

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS
(PARIS II)

MEMOIRE DE DESS

**LES APPORTS DU REGLEMENT
COMMUNAUTAIRE SUR LES
FAILLITES
AU DROIT INTERNATIONAL PRIVE**

par
ERIC MADRE

sous la direction de M. le Professeur Daniel FASQUELLE

DESS DROIT DES AFFAIRES ET FISCALITE – D.J.C.E.

Année universitaire 2003/2004

Traditionnellement considéré comme un « îlot de résistance à l'internationalisation¹ », le droit des procédures collectives ne peut rester totalement indifférent au vaste mouvement de « mondialisation » et de multiplication des échanges transfrontières. Les sociétés ayant de plus en plus d'activités en dehors des frontières de leur Etat d'origine, leurs défaillances ont des effets à l'étranger. Les faillites internationales voient donc leur nombre grandir.

Le caractère international d'une faillite résulte de la présence d'un élément d'extranéité : à savoir la dispersion des actifs du débiteur dans plusieurs Etats, ou la présence de créanciers dans différents pays. Ces procédures sont marquées par une grande complexité : « *entre le droit des procédures collectives et le droit international privé et à la frontière de la procédure et du fond, la faillite devenue internationale projette toutes ses interrogations de droit interne vers l'ordre international* »².

Dans ce contexte, le règlement du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité vise à harmoniser les règles de droit international privé des faillites au sein de l'Union européenne et à coordonner les procédures entre les Etats membres.

Précisions terminologiques³

En droit interne français, le terme de « faillite » n'est plus employé depuis la Loi du 25 janvier 1985⁴ : l'expression officielle est celle de « procédures collectives de redressement ou de liquidation judiciaires ».

Cependant, en droit international privé, on continue de désigner par le mot « faillites » des procédures judiciaires de traitement organisé de la défaillance d'un débiteur. Cette persistance du

¹Jacques Béguin, mélange en l'honneur d'Yvon Loussouarn 1994 p.31

²Marie-Elisabeth Mathieu-Bouyssou, « *Aperçu des règles de droit judiciaire privé relatives aux procédures d'insolvabilité européennes après le règlement communautaire n°1346/2000* », D. 2002 chron. p. 2245 §2

³Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, éd. 2001, § 280s.

⁴ou uniquement dans un sens très étroit visant des sanctions professionnelles prononcées contre les dirigeants d'une entreprise en difficultés

terme faillite révèle que dans le cadre d'une procédure internationale, le redressement de l'entreprise en difficultés est plus rarement envisagé et que l'on privilégie le paiement des créanciers.

Le règlement communautaire du 29 mai 2000 emploie l'expression « procédures d'insolvabilité » pour désigner les « *procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic*⁵ ».

Après avoir exposé brièvement les difficultés auxquelles se trouvait confronté en matière de faillites internationales le législateur communautaire (A), il conviendra de présenter le champ d'application du règlement du 29 mai 2000 (B).

A/ la problématique des faillites internationales

Aux difficultés d'harmonisation du droit des procédures collectives (1) et aux solutions théoriques proposées par le droit international privé (2) le règlement du 29 mai 2000 répond par un compromis (3).

1) les difficultés

Les faillites internationales apparaissent beaucoup moins nombreuses que les faillites internes. Mais elles mettent en jeu des intérêts souvent considérables et leur caractère international est un grand facteur de complexité⁶. Un décalage s'est creusé entre le droit et la réalité économique : les sociétés sont internationales alors que le traitement de leurs difficultés est essentiellement national. En effet, il n'existe pas d'autorité supra-étatique en matière de faillites, les procédures étant mises en oeuvre par des juridictions internes. Peu de dispositions de nature internationales régissent les faillites. Le « *mouvement naturel d'harmonisation*⁷ » qui devrait conduire à l'admission par tous les Etats d'une faillite internationale unique semble rester un rêve qui tarde à devenir réalité. Il convient dès lors de s'interroger sur les obstacles à cette harmonisation.

Monsieur Paul Didier⁸ recense trois raisons principales à la difficulté d'harmoniser le droit international des faillites.

⁵Article 1er du règlement

⁶Comme en témoigne l'affaire « *BCCI* »

⁷J. Béguin, article précité §3

⁸Paul Didier, « *la problématique du droit de la faillite internationale* », Revue de Droit des affaires internationales 1989, p. 201

Tout d'abord, le *poids de l'Histoire* : le droit de la faillite de chaque Etat est le fruit du contexte sociologique qui l'a vu naître. Ainsi le droit anglais est-il marqué par la philosophie libérale selon laquelle l'impossibilité dans laquelle se trouve un commerçant de payer ses dettes est un simple incident de parcours qui ne peut lui être reproché. Au contraire, le droit français est beaucoup plus sensible au souci de sanctionner, voire d'humilier le failli, seul responsable de sa situation. Ainsi la divergence des législations nationales est-elle un obstacle à l'harmonisation des droits nationaux en matière de faillites.

Ensuite, les règles gouvernant les faillites sont pour la plupart d'*ordre public*. En effet, la faillite ne met pas en jeu que des intérêts purement privés, mais peut au contraire intéresser par ses réactions en chaînes toute l'économie d'une région, sans compter ses répercussions sociales. D'où le souhait des Etats de garder le contrôle sur ces procédures et leur réticence à tout abandon de souveraineté dans ce domaine. La méfiance naturelle envers les institutions étrangères conduit à refuser de reconnaître pleinement les jugements de faillites émanant de juridictions étrangères et à préférer confier le pouvoir de décision à ses propres institutions.

Enfin, Monsieur Didier souligne que le droit des faillites est *une matière à l'intersection entre différentes branches du droit*. Une faillite fait intervenir principalement le droit des biens, le droit des sûretés, et le droit des sociétés. Mais peuvent également être en cause le statut des personnes et leur régime matrimonial; le droit des contrats ; le droit du travail ; la responsabilité civile et pénale, en particulier, celle des dirigeants du débiteur; la procédure civile... Ainsi « *il ne faut pas s'étonner, dans ces conditions, que le droit de la faillite soit un droit profondément national : on ne peut y porter la main sans ébranler l'entier système juridique auquel il appartient et qu'il résume* ».

La diversité des finalités des procédures de règlement collectif et organisé des dettes selon les Etats est également une source majeure des difficultés d'harmonisation⁹. Une distinction est proposée entre des objectifs traditionnels des procédures de faillites et des objectifs plus contemporains.

Les objectifs traditionnels apparaissent communs à tous les Etats européens mais sont plus ou moins accentués. Il s'agit tout d'abord de sanctionner le débiteur défaillant pour les fautes commises et d'éliminer le mauvais commerçant qui ne paie pas ses dettes. Cette finalité est très présente dans les Etats de tradition « latine » tels que la Belgique, l'Italie, ou l'Espagne. Ensuite, d'assurer le règlement des créanciers sur une base collective et égalitaire. Cet objectif, essentiel dans les droits d'origine germanique, se traduit par un rôle important donné à la masse des créanciers. De même, les assemblées de créanciers ont un rôle prépondérant en droit anglais puisqu'elles approuvent les décisions de l'administrateur en cas de redressement et prennent le contrôle de la société pour se

⁹cf. Jurisclasseur « Europe » fasc. 870 : procédures collectives – droits internes – droit international, par Laurence Idot et Corinne Saint-Alary-Houin, spécialement § 55s.

répartir les actifs en cas de liquidation.

Les objectifs modernes traduisent une perception plus économique des faillites, qui met moins l'accent sur le désintéressement des créanciers. Ainsi, en France, le Code de commerce dispose que la procédure de redressement judiciaire est « *destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif* »¹⁰. Ces finalités modernes sont principalement d'assurer la survie de l'entreprise et le maintien de l'emploi. Elles impliquent l'institution de mesures préventives avant la cessation des paiements¹¹, ou l'élaboration d'un plan de redressement ou d'un concordat qui, selon les Etats, seront négociés et acceptés par les créanciers ou leurs seront imposés.

Il faut en conclure que « *plus qu'une différence profonde de nature entre les droits des différents pays de la Communauté paraît exister une différence de degré. (...) les droits se divisent en deux groupes selon que la priorité est accordée au règlement des créanciers ou au sauvetage de l'unité économique* »¹². La coexistence de ces différentes finalités entre les Etats de l'Union européenne rend très complexe toute tentative d'harmonisation. Confronté à cette situation, le droit international privé des faillites propose plusieurs remèdes.

2) les solutions du droit international privé :

Deux approches théoriques permettent de régler les difficultés inhérentes aux différences d'appréhension des faillites par les Etats : la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite (a) et celle contraire de pluralité et de territorialité des procédures (b). Le droit international privé français fait référence à chacune de ces deux approches (c).

a. unité et universalité de la faillite

Le principe de la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite est simple : un débiteur défaillant ne fait l'objet à un moment donné que d'une seule procédure qui déploiera ses effets dans tous les Etats où ce débiteur a des biens ou des créanciers. Cette procédure unique aura vocation à répartir l'ensemble des biens du débiteur, quel que soit le lieu de leur situation.

L'universalité de la faillite s'avère conforme à certaines conceptions du droit français telles que l'unité du patrimoine. Ainsi, comme le rappelle un arrêt du 7 avril 2004 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation à propos d'une défaillance purement interne, le principe de l'unité du patrimoine des personnes juridiques interdit l'ouverture de deux procédures collectives

¹⁰Article L620-1 du Code de commerce

¹¹introduites en France en 1984; en Grande-Bretagne dans l'*insolvency Act* de 1986

¹²cf. Jurisclasseur « Europe » fasc. 870, par Laurence Idot et Corinne Saint-Alary-Houin, § 77

contre un seul débiteur¹³.

L'avantage d'une procédure unique est que tous les créanciers peuvent être traités de manière vraiment égalitaire, puisque tous les biens du débiteur, même dispersés dans différents pays sont regroupés en une masse unique. Par ailleurs, cette méthode est plus ordonnée et donc plus favorable à un éventuel redressement de l'entreprise en difficulté.

Ce système exige que soit désigné pour un débiteur donné un seul tribunal compétent pour ouvrir la procédure, à priori celui du domicile du débiteur ou du centre principal de ses intérêts. Par ailleurs, il faut que les jugements rendus par ce tribunal soient reconnus de manière quasi automatique dans les autres Etats concernés et qu'ils puissent produire tous les effets que la *lex fori concursus* leur donne.

b. pluralité et territorialité de la faillite

La théorie de la pluralité et de la territorialité de la faillite postule au contraire qu'une faillite ne peut avoir que des effets territorialement limités aux frontières de l'Etat. On ouvre donc autant de procédures que de pays où le débiteur possède des biens. Plusieurs procédures parallèles coexistent donc, dont les effets restent limités aux biens locaux.

Cette doctrine est justifiée par la souveraineté des Etats : puisque les procédures de faillite nécessitent des actes d'exécution qui impliquent éventuellement des mesures de contrainte qui ne peuvent être ordonnées que par une autorité nationale et pas par une autorité étrangère, il revient à chaque Etat d'organiser la procédure de faillite sur son territoire. Elle présente l'intérêt de protéger les créanciers locaux et s'avère plus facile à mettre en oeuvre, puisque les organes de la procédure, et en particulier le syndic, sont sur place. Sur un plan théorique, on peut estimer que les créanciers ont accordé leur crédit non pas en considération de tous les biens de l'entreprise dans le monde, mais uniquement au regard des biens situés dans cet Etat; et qu'ainsi chacun des créanciers sera désintéressé avec les biens qui se trouvent dans le même Etat que lui. Mais c'est une vision simpliste des choses et, en pratique, la territorialité de la faillite conduit les créanciers à déclarer plusieurs fois leurs créances et il est tenu compte dans chaque procédure des dividendes reçus dans les autres.

Les inconvénients de la territorialité sont nombreux : elle entraîne la constitution de sous-masses et interdit quasiment le traitement égalitaire des créanciers. De plus, elle rend la faillite beaucoup plus onéreuse en raison de la pluralité de syndics, d'inventaires à établir et de procédures à organiser. En outre, elle empêche en pratique le redressement de l'entreprise en difficulté.

¹³Cass. com., 7 avr. 2004, n° 01-15.057 (Décision en ligne)

Niboyet¹⁴ a proposé une distinction entre une « *territorialité réciproque* » en vertu de laquelle, une faillite française n'étendra ses effets à l'étranger et une faillite étrangère n'étendra ses effets en France que si, dans l'un et l'autre cas, le jugement de faillite a reçu l'exequatur, et une « *territorialité unilatérale* » dans laquelle une faillite étrangère ne produit pas d'effets en France sans exequatur alors que la faillite ouverte en France englobe l'actif et le passif universels du débiteur, y compris ses actif et passif localisés à l'étranger; la faillite française aura ainsi une prétention à l'universalité.

c. le droit français : un système mixte

Entre les deux solutions extrêmes que constituent l'universalité et la territorialité de la faillite, le droit international privé français opte pour une solution médiane.

Par certains aspects, il applique la théorie de l'universalité : ainsi les tribunaux français sont-ils compétents quand le débiteur a le siège de son entreprise en France, et la procédure a alors en principe une portée universelle, sous réserve de sa reconnaissance par les droits étrangers. Un important arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 19 novembre 2002¹⁵ se réfère au principe d'universalité : sous réserve des traités internationaux ou d'actes communautaires non applicables en l'espèce, et dans la mesure de l'acceptation par les ordres juridiques étrangers, le redressement judiciaire prononcé en France produit ses effets partout où le débiteur a des biens.

Par ailleurs, les tribunaux français peuvent ouvrir une faillite simplement territoriale lorsque le débiteur possède en France un centre d'intérêts, ou lorsqu'une des parties est française. Mais cette faculté n'est plus offerte dès lorsqu'un jugement d'ouverture étranger a fait l'objet en France d'un exequatur.

Ainsi le principe d'universalité et le principe de territorialité sont alternativement consacrés avec une préférence de la jurisprudence française pour le principe de territorialité. Qu'en est-il du règlement communautaire du 29 mai 2000?

3) le règlement du 29 mai 2000 : une oeuvre de compromis

Après avoir exposé brièvement le long processus qui a conduit à l'entrée en vigueur du règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité (a), il conviendra de montrer qu'il s'agit d'une oeuvre de compromis, qui emprunte aux deux systèmes de droit international de la faillite ci-dessus

¹⁴Niboyet, S. 1938, 2, p. 193, note sous CA Colmar 21 novembre 1934

¹⁵1ère Civ. 19 novembre 2002, D. 2003 p.797, par Georges Khairallah ; D. 2003 Somm. p.1625, par Caroline Henry ; Somm. p.3341, par Alain Lienhard

présentés (b).

a. la genèse du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité

Avant le règlement du 29 mai 2000, les faillites internationales étaient régies essentiellement par des règles internes d'origine jurisprudentielle. Les seules sources internationales étaient des conventions bilatérales anciennes et peu nombreuses¹⁶.

C'est en février 1960 qu'a eu lieu la première réunion d'un comité d'experts chargé de préparer une convention internationale sur le sujet. Elle aboutit à la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Les procédures collectives avaient été expressément exclues du champ d'application de cette convention¹⁷. Officiellement cette exclusion était justifiée par la préparation dès cette époque d'une autre convention, spécifique aux procédures de faillites. Mais celle-ci mit encore beaucoup de temps à aboutir. Plusieurs projets ont été successivement élaborés, puis abandonnés, car ils prévoyaient de manière trop ambitieuse des règles de droit matériel formant une sorte de un droit international substantiel de la faillite.

L'harmonisation des règles nationales sur les procédures collectives s'avérant trop difficile, on décida plus modestement de créer des règles communes de droit international privé des faillites pour coordonner les procédures.

L'accélération des échanges internationaux, le développement des implantations à l'étranger, la multiplication des multinationales de taille moyenne, mais aussi le ralentissement de la croissance et la hausse des défaillances d'entreprises qui marquent les années 1990 ont rendu particulièrement nécessaire une action de la Communauté européenne dans ce domaine¹⁸.

Parallèlement aux travaux communautaires, le Conseil de l'Europe travaillait également sur le sujet et proposa à la signature, le 5 juin 1990, la Convention d'Istanbul sur certains aspects internationaux du droit de la faillite¹⁹. Ce texte servit de modèle au projet proposé par la Commission européenne en 1992, qui aboutit à la signature d'une convention du 23 novembre 1995 relative aux procédures d'insolvabilité. Il en reprenait en particulier la structure formelle en cinq

¹⁶Convention franco-suisse du 15 juin 1869, franco-belge du 8 juillet 1899, franco-italienne du 3 juin 1930, franco-monégasque du 13 septembre 1950 et franco-autrichienne du 27 février 1979

¹⁷Considérant 7 du règlement

¹⁸Comme en témoigne le considérant 3 du règlement : « *Les activités des entreprises ont de plus en plus souvent des effets transfrontaliers et sont dès lors de plus en plus réglementées par le droit communautaire. L'insolvabilité de telles entreprises affectant également le bon fonctionnement du marché intérieur, il est nécessaire d'établir un acte communautaire qui exige la coordination des mesures à prendre concernant le patrimoine d'un débiteur insolvable.* »

¹⁹Jacques Béguin, « *Un îlot de résistance à l'internationalisation : le droit international des procédures collectives* », mélange en l'honneur d'Yvon Loussouarn 1994 p.31s ; cette convention n'a été ratifiée que par un seul Etat, Chypre, et n'est donc jamais entrée en vigueur

chapitres : Dispositions générales, Exercice de certains pouvoirs du syndic, Faillites secondaires, Information des créanciers et production de leurs créances, Dispositions finales. Mais le projet communautaire comportait en plus des règles de compétence internationale et des règles de conflits de lois. La convention du 23 novembre 1995 ne fut pas ratifiée par la Grande-Bretagne et n'est donc jamais entrée en vigueur.

Le projet a été relancé à la suite du traité d'Amsterdam²⁰ : ce dernier a communautarisé la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures, ce qui a permis le « reformatage » de certaines conventions antérieurement négociées et signées mais non encore ratifiées. Le reformatage consiste en leur transformation en instruments communautaires - essentiellement des règlements -, opérée sans rouvrir de négociations, en conservant l'essentiel de leur contenu.

A la demande de l'Allemagne et de la Finlande qui ont usé du droit d'initiative conféré aux Etats membres par l'article 67 §1 du traité CE, un règlement relatif aux procédures d'insolvabilité a été proposé, opérant une reprise quasi intégrale²¹ du contenu de la convention du 23 novembre 1995. Après les avis du Parlement européen et du Comité économique et social, le règlement fut adopté par le Conseil, le 29 mai 2000.

Le règlement du Conseil 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité vise non pas à harmoniser de manière substantielle le droit des procédures collectives en Europe, mais à établir des règles communes en matière de faillites internationales, et constitue désormais le « *droit international privé communautaire des procédures collectives* »²². Ses principales dispositions prévoient la reconnaissance et l'effet des jugements de faillite dans les autres Etats membres, ainsi que l'extension des pouvoirs du syndic au-delà du territoire de l'Etat membre de la juridiction qui l'a nommé. Le rapport explicatif qui était joint à la convention de 1995 a été intégré dans le préambule, composé de 33 considérants. Dénué de valeur juridique, ce préambule n'en constitue pas moins une source essentielle pour interpréter et comprendre le règlement.

b. une oeuvre de compromis

La plupart des auteurs s'accordent pour considérer que le règlement communautaire prévoit un système mixte entre universalité et territorialité de la faillite. Le règlement prévoit l'ouverture d'une procédure principale de portée universelle et éventuellement d'une ou plusieurs procédures secondaires de caractère territorial. En réalité, il consacre une conception universaliste et unitaire de la faillite, tempérée par la possibilité d'ouvrir parallèlement des procédures secondaires territoriales

²⁰signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1er mai 1999

²¹Un seul alinéa n'a pas été repris : l'article 37 alinéa 1er qui permettait au syndic de la procédure principale d'ordonner la clôture d'une procédure simplement territoriale ouverte antérieurement sur le fondement de l'article 3.2

²²Daniel Fasquelle, in Petites Affiches 12 décembre 2003 n°248 p.62

à l'égard des établissements du débiteur.

On essaya de faire admettre une pleine reconnaissance entre les Etats de la Communauté de l'universalité de la faillite, mais ce n'était pas encore réaliste, ainsi qu'en rend compte le considérant 11 du règlement : « *Le présent règlement tient compte du fait que, en raison des divergences considérables entre les droits matériels, il n'est pas pratique de mettre en place une procédure d'insolvabilité unique ayant une portée universelle pour toute la Communauté. L'application sans exception du droit de l'Etat d'ouverture susciterait dès lors fréquemment des difficultés.* »

L'universalité se manifeste par les dispositions qui visent à reconnaître les effets les plus étendus aux procédures principales; la territorialité par la limitation des effets des procédures secondaires aux frontières de l'Etat dans lequel elles sont prononcées. Ainsi une combinaison est possible entre les deux modèles théoriques que sont l'universalité et la territorialité. Plus précisément, l'unité de la procédure est particulièrement recherchée lorsqu'il s'agit de redresser l'entreprise, même si elle n'est pas toujours atteinte, tandis que la pluralité des procédures apparaît moins gênante lorsqu'il s'agit de purement et simplement liquider l'entreprise²³.

Après avoir décrit le cadre général dans lequel s'inscrit le règlement du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité, il convient de définir son champ d'application.

B/ le domaine très limité du règlement sur les procédures d'insolvabilité

Comme tout règlement communautaire, le règlement du 29 mai 2000 est un acte obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les Etats membres, sans ratification, ni transposition. Dès lors qu'une procédure entre dans son champ d'application, il doit être appliqué et est opposable à chacune des parties et à chacun des organes de la procédure.

A première vue, il aurait été plus logique d'introduire ces dispositions, qui n'harmonisent pas du droit matériel mais coordonnent des procédures et tranchent des conflits de lois entre Etats, dans une convention internationale multilatérale. C'était d'ailleurs le cas avec le projet initial de convention du 23 novembre 1995, repris dans le règlement. Ce projet était fondé sur l'article 220 du traité CEE, l'objectif étant d'assurer la libre circulation des jugements en matière de faillites.

L'emploi d'un instrument de droit communautaire dérivé est justifié par la communautarisation de la coopération judiciaire civile entre les Etats membres opérée par le Traité d'Amsterdam. Ainsi, le règlement est-il fondé sur le nouvel article 65 du Traité CE, qui vise en particulier à « *améliorer et simplifier (...) la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* ».

²³cf. article 3 du règlement

Quelle est la place de ce règlement dans la hiérarchie des normes? Comme toute règle de droit communautaire, il a une valeur supérieure au droit interne. Son article 44 précise qu'il remplace les conventions conclues dans le domaine des procédures collectives entre les Etats membres²⁴.

Il conviendra de présenter succinctement le domaine limité du règlement du 29 mai 2000, en examinant son domaine spatio-temporel (1), puis son domaine matériel (2).

1) le domaine géographique et temporel

a. application dans le temps

Le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité a été signé le 29 mai 2000, et publié au Journal Officiel de la Communauté le 30 juin 2000. Cependant son entrée en vigueur a été repoussée au 31 mai 2002. Ainsi, il a vocation à s'appliquer aux procédures ouvertes à partir de cette date. Tous les actes accomplis antérieurement y échappent, ainsi que les actes passés au titre de procédures ouvertes avant le 31 mai 2002 qui seraient encore en cours aujourd'hui.

C'est une certaine prudence des institutions européennes qui a incité à ce report ; il s'agissait de permettre aux différents acteurs, avocats, syndics et juges, d'en prendre connaissance et de s'y préparer.

b. application dans l'espace

Le champ d'application géographique est encadré par le considérant 14 du règlement qui le limite curieusement aux débiteurs dont le centre des intérêts principaux est situé dans la Communauté. Seules les procédures « intracommunautaires » sont donc concernées. Il faut en conclure que si l'entreprise a son centre principal d'activité dans un Etat tiers, mais qu'elle a néanmoins des biens dans différents Etats de l'Union européenne, le règlement ne régira pas la procédure qui sera soumise au droit conventionnel ou au droit commun national. On peut le regretter : l'application du règlement dans une telle situation aurait simplifié les choses, même si elle n'aurait pas résolu tous les problèmes. En effet, au lieu d'appliquer le droit international privé des faillites d'au moins trois Etats différents, l'application du règlement aurait permis de réduire le problème à un conflit entre deux ordres juridiques : celui de l'Etat de la procédure principale prévue par le règlement et celui de l'Etat tiers dans lequel l'entreprise a son centre principal d'activité. Rien

²⁴l'article 44 énumère la liste de ces conventions

ne semble vraiment justifier une telle exclusion, si ce n'est la difficulté de définir le lieu de la procédure principale en absence de centre principal d'activité sur le territoire de la Communauté²⁵.

Cette disposition réduit profondément le domaine d'application du règlement. De nombreuses sociétés ayant des activités en Europe ont en effet leur siège aux Etats-Unis ou dans d'autres pays tiers. De plus, cette règle crée une inégalité de traitement entre les débiteurs, selon qu'ils ont ou non leur siège dans la Communauté, sans que cette discrimination soit réellement justifiée.

Précisons que le territoire de la Communauté se trouve diminué : le Danemark n'est pas concerné par le règlement sur les procédures d'insolvabilité puisque ce texte est fondé sur un article du titre IV du traité CE dont cet Etat s'est exclu au moment de la ratification du Traité d'Amsterdam²⁶. Le Danemark a en effet choisi de rester à l'écart du mouvement de reformatage communautaire.

2) domaine matériel

Il conviendra d'exposer les débiteurs (a), puis les procédures (b) concernées par le règlement du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité.

a. domaine quant aux débiteurs

La notion de « débiteur » pas définie en tant que telle dans le règlement. Le considérant 9 indique que le texte est applicable « *aux procédures d'insolvabilité, que le débiteur soit une personne physique ou morale, un commerçant ou un particulier.* » Impossible d'avoir une vision plus vaste.

L'article 4.2.a donne compétence à la loi de l'Etat d'ouverture pour déterminer les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de leur qualité. Ce renvoi au droit interne révèle une sorte d'échec dans la négociation du règlement et relativise nettement l'effort d'harmonisation.

Pour la France, la liste des débiteurs concernés est donnée par l'article L620-2 alinéa 1er du Code de commerce : « *Le redressement et la liquidation judiciaires sont applicables à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé.* »

²⁵Mais dans cette hypothèse résiduelle, une solution aurait pu être trouvée, par exemple, décider que la première procédure ouverte constituait la procédure principale.

²⁶Considérant 33

Mais la référence au droit interne ne vaut que pour l'ouverture d'une procédure. S'agissant de la reconnaissance d'une procédure ouverte à l'étranger, la définition de la notion de débiteur relève de la loi de l'Etat d'ouverture. Ainsi, la France, qui n'admet pas l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un particulier, devra reconnaître les effets sur son territoire d'une décision d'un Etat membre ayant déclaré la faillite d'une personne physique non-commerçante.

Les *banques et entreprises d'assurances* sont exclues²⁷ du champ d'application du règlement, car elles sont soumises à une réglementation prudentielle particulière et des textes spécifiques sont consacrés à leur défaillance : la directive 2001/17/CE du 19 mars 2001 sur la liquidation obligatoire des entreprises d'assurance directe et la directive 2001/24/CE du 4 avril 2001 relative aux mesures d'assainissement et à la liquidation d'un établissement de crédit. Par ailleurs, le règlement ne concerne pas non plus les entreprises d'investissement et les organismes de placement collectif soumis eux aussi à des réglementations particulières.

Le règlement ignore la notion de *groupe de sociétés*²⁸ : il n'est pas applicable aux filiales, ni aux sociétés mères mais seulement aux établissements et aux succursales, c'est-à-dire à des entités qui ne sont pas juridiquement autonomes.

b. domaine quant aux procédures

La CJCE, par l'arrêt « Gourdain »²⁹, définissait les faillites comme « *les procédures fondées selon les diverses législations [des Etats membres] sur l'état de cessation des paiements, l'insolvabilité ou l'ébranlement du crédit du débiteur impliquant une intervention de l'autorité judiciaire aboutissant à une liquidation forcée ou collective des biens ou, à tout le moins, un contrôle de cette autorité* ».

Le champ d'application du règlement du 29 mai 2000 est sensiblement différent, puisqu'il vise les « *procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic*³⁰ ». En un sens, cette définition est plus large puisque le règlement ne se réfère plus à l'intervention nécessaire d'un juge. Mais elle est aussi plus étroite en ce qu'elle exige l'insolvabilité du débiteur et non pas seulement « l'ébranlement de son crédit », ainsi que son dessaisissement qui n'est pas un élément constitutif de la faillite selon la jurisprudence communautaire.

²⁷Article 1.2 du règlement

²⁸cf. le commentaire de l'arrêt « Daisytek » ci-dessous

²⁹CJCE 22 février 1979, Rec. p.73

³⁰Article 1er du règlement

L'annexe A du règlement fait la liste, Etat par Etat, des procédures visées. Pour la France, ne sont concernés que la liquidation judiciaire et le redressement judiciaire avec nomination d'un administrateur. Ainsi le règlement est-il loin de viser toutes les procédures collectives envisagées par le Code de commerce. Il ne concerne pas tous les redressements judiciaires, car la plupart d'entre eux n'entraînent pas de dessaisissement du débiteur, ni de nomination d'un administrateur judiciaire³¹; il ne concerne pas non plus les règlements amiables.

Echappent également au règlement les procédures de surendettement des particuliers. L'ouverture de ces procédures en France n'aura donc pas d'effet direct dans les autres Etats. Cependant, il convient de remarquer que les procédures de traitement de l'insolvabilité des particuliers de certains Etats - notamment l'Allemagne, la Belgique et les Pays-Bas - sont mentionnées à l'annexe. Celles-ci sont, en conséquence, susceptibles de produire leurs effets en dehors de ces Etats, et notamment en France.

L'articulation entre énumération figurant à l'annexe A et la définition donnée par le règlement peut donner lieu à des difficultés d'interprétation. Il convient de préciser que la mention à l'annexe ne constitue pas une présomption simple d'application ou d'exclusion du champ d'application et ne dispense pas le praticien de s'interroger sur le point de savoir si la procédure considérée répond ou non à la définition de l'article 1.1 du règlement. Monsieur Dominique Bureau propose la méthode : « *C'est de l'annexe qu'il faudra partir, pour vérifier si la procédure en cause y est mentionnée, et examiner ensuite si elle répond de surcroît aux conditions posées par l'article 1er du règlement.*³² » Cette appréciation se fera notamment au regard des motifs de l'ouverture de la procédure : elle n'entrera dans le champ d'application du règlement que si elle est fondée sur l'insolvabilité du débiteur.

En énonçant les différents éléments de définition des procédures qu'il concerne (ii), le règlement du 29 mai 2000 élimine certains critères (i).

(i) les éléments non requis

Les éléments non requis dans la définition de la faillite entrant dans le champ d'application du règlement sont d'une part l'intervention d'un juge (1) et d'autre part la liquidation des biens (2).

1. *l'intervention d'une autorité judiciaire*

³¹cf. article L621-137 du Code de commerce pour la procédure simplifiée

³²Dominique Bureau « *La fin d'un îlot de résistance : le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité* » Rev. Crit. DIP 2002, p. 613

La CJCE, dans l'arrêt « Gourdain », exigeait pour retenir la qualification de faillite qu'une autorité judiciaire intervienne dans la procédure. Cette exigence ne figure pas dans le règlement sur les procédures d'insolvabilité. Ce n'est pas en effet une condition commune à tous les droits internes des procédures collectives en Europe. Ainsi en Italie ou en Grèce, une procédure collective peut être ordonnée par une autorité administrative. En Grande-Bretagne, les créanciers peuvent l'ouvrir par leur seule volonté, sans intervention d'une autorité officielle.

Ainsi, le règlement devait admettre que les procédures d'insolvabilités n'impliquent pas nécessairement l'intervention d'une autorité judiciaire. L'expression « juridiction », utilisée tout au long du règlement doit « être prise au sens large et comprendre une personne ou un organe habilités par le droit national à ouvrir la procédure d'insolvabilité.³³ »

2. la liquidation des biens du débiteur

Il n'est pas non plus exigé que la procédure d'insolvabilité soit susceptible d'entraîner la liquidation du débiteur. Le règlement inclut ainsi toutes les procédures d'assainissement des entreprises en difficultés qui se sont développées dans les législations nationales au cours des dernières décennies. Pour la France, sont ainsi incluses certaines procédures de redressement judiciaire³⁴.

(ii) les éléments requis

Le règlement du 29 mai 2000 a vocation à s'appliquer aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur (1) qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic (2).

1. une procédure collective fondée sur l'insolvabilité du débiteur

Le concept d'« insolvabilité » n'est pas défini par le règlement. Il faut donc recourir au droit interne, comme le suggère l'article 4.2 du règlement : « La loi de l'Etat d'ouverture détermine les conditions d'ouverture ... de la procédure d'insolvabilité ». Or, si cette notion d'insolvabilité semble être une condition commune à l'ouverture d'une procédure collective en Europe, elle varie suivant les législations nationales. Certains Etats exigent une cessation des paiements, d'autres que celle-ci s'accompagne d'un ébranlement du crédit, d'autres encore un surendettement du débiteur. En France, l'insolvabilité correspond à la cessation des paiements, c'est-à-dire une situation où l'actif

³³Considérant 10 du règlement

³⁴L'annexe A du règlement cite « le redressement judiciaire avec nomination d'un administrateur ».

disponible est devenu inférieur au passif exigible³⁵.

Or en droit interne, la cessation des paiements est loin d'être la seule cause d'ouverture d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire. Cependant le règlement est applicable aux seules hypothèses dans lesquelles la procédure est ouverte en raison d'un état de cessation des paiements du débiteur. Les procédures qui ne sont pas fondées sur son insolvabilité y échappent.

Il convient d'énumérer toutes les situations susceptibles de se présenter et d'examiner si elles entrent ou non dans le domaine matériel du règlement. Si la plupart des cas d'ouverture de faillite sont consensuels (a,b,c), l'applicabilité du règlement à l'un d'entre eux fait encore débat (d). Dans toutes les hypothèses, la circulaire du 17 mars 2003³⁶ conseille aux juridictions de « *préciser si le fondement juridique retenu pour l'ouverture de la procédure est la cessation des paiements du débiteur.* »

a- l'extension de procédure en cas de confusion de patrimoine

Le cas de l'extension de la procédure à une société déclarée fictive ou à une personne dont le patrimoine est confondu avec celui du débiteur insolvable entre-t-il dans le champ d'application du règlement sur les procédures d'insolvabilité? A priori, la cessation des paiements de la personne dont le patrimoine est confondu avec celui du débiteur n'est pas nécessaire pour ouvrir la procédure. La Cour de cassation considère d'ailleurs que « *pour étendre la procédure collective ouverte à l'égard d'une personne à une autre personne, les juges du fond n'ont pas à constater la cessation des paiements de la personne à laquelle la procédure est étendue*³⁷ ». Mais, comme le fait remarquer la circulaire, « *dès lors que les patrimoines ne peuvent plus être distingués, l'état de cessation des paiements leur est commun* ». L'unité de fait rend impossible de traiter séparément les différentes entités, même si elles ont leurs domiciles ou leurs sièges dans des Etats différents.

Les commentateurs du règlement³⁸ s'accordent pour reconnaître que ce cas pourrait ainsi entrer dans le champ d'application du règlement dans la mesure où il s'agit de la même procédure que celle précédemment ouverte contre un débiteur principal en état de cessation des paiements : dès lors que l'un est insolvable, l'autre l'est également.

Il convient ici de rappeler que pour établir la fictivité ou la confusion des patrimoines, la jurisprudence ne se contente pas de l'identité des associés, ni de dirigeants communs, ou encore d'une domiciliation commune, elle exige que soient caractérisés des flux financiers anormaux entre

³⁵Article L621-1 du Code de commerce

³⁶Circulaire du 17 mars 2003 relative à l'entrée en vigueur du règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, J.O n° 174 du 30 juillet 2003 page 12939

³⁷Com. 3 avril 2001, pourvoi n°98-16070

³⁸Dominique Bureau, article précité §19 ; Michel Menjuq, *Droit international et européen des sociétés*, §324

les sociétés³⁹.

Cette preuve n'est pas aisée en matière de faillites internationales, comme en témoigne l'affaire « May International⁴⁰ ». Alors que les juges de première instance avaient admis la confusion entre la filiale française du groupe et l'établissement en France de la société-mère belge, la Cour de cassation considère que la confusion devait être établie non par rapport à la succursale mais par rapport à la société-mère elle-même, et qu'ainsi la confusion n'était pas démontrée en l'espèce. On peut regretter cette sévérité de la jurisprudence car, en droit, la succursale fait partie intégrante de la société-mère : certes dotée d'une certaine autonomie, elle n'a cependant pas la personnalité morale et, en application de la théorie de l'unité du patrimoine, les biens de la succursale ne sont pas distincts de ceux de la société-mère.

Cette affaire, qui entraine dans le champ d'application du traité franco-belge du 8 juillet 1899, est néanmoins intéressante, car la Cour de cassation admet indirectement que l'on peut exclure une règle de compétence du traité en cas d'extension de procédure sur le fondement de la confusion. Une telle solution pourrait être opportunément reprise s'agissant du règlement du 29 mai 2000.

L'extension de procédure fondée sur la fictivité ou la confusion de patrimoine donne lieu à une procédure de faillite unique qui a pour origine l'insolvabilité d'un des débiteurs et relève donc du règlement. La circulaire souligne que la reconnaissance et l'efficacité dans les autres Etats membres de cette extension de la faillite relèveront de la procédure simplifiée d'exequatur, conformément à l'article 25 du règlement.

b- l'inexécution des engagements pris dans un règlement amiable ou en cas de résolution du plan de redressement

L'article L621-3 du Code de commerce prévoit l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur, qui, bien que ne se trouvant pas en état de cessation des paiements, n'a pas exécuté ses engagements financiers pris dans un règlement amiable. De même, une procédure peut être ouverte à la suite de la résolution d'un plan de redressement⁴¹. Par ailleurs, en vertu de l'article L621-101, le commerçant qui a pris une entreprise en location-gérance au cours d'une procédure de redressement peut lui-même faire l'objet d'une procédure collective, s'il n'acquiert pas l'entreprise dans les délais convenus.

Au sujet de ces procédures, la circulaire propose de décider au cas par cas de l'applicabilité du règlement : *« s'il apparaît que le manquement aux obligations imposées par le plan révèle un état de cessation des paiements, la nouvelle procédure relève des dispositions du règlement. Dans le cas contraire, et notamment si les engagements non tenus ne sont pas financiers, la solution*

³⁹par exemple : Com. 24 novembre 1998; cf. Com. 11 mai 1993, Bull. Civ. IV n°187

⁴⁰Com. 16 mars 1999, Bull. Joly 1999 p. 638, note Menjucq

⁴¹articles L621-82 et L621-91 du Code de commerce

inverse peut prévaloir : la procédure est alors fondée sur une sanction et non sur l'insolvabilité. »

c- l'ouverture d'une procédure à titre de sanction à l'encontre d'un dirigeant

Une procédure collective peut être ouverte à titre de sanction envers le dirigeant qui n'a pas payé le passif social mis à sa charge dans une action en comblement de passif⁴², ou contre lequel a été relevé une faute de gestion⁴³. Le juge français s'est reconnu compétent pour ouvrir une telle procédure à l'égard de dirigeants domiciliés à l'étranger⁴⁴.

Selon la circulaire et les commentateurs, la nouvelle procédure n'étant pas fondée sur la cessation des paiements ou l'insolvabilité du débiteur, elle ne peut être soumise aux dispositions du règlement.

d- l'ouverture d'une procédure contre les dirigeants ou associés indéfiniment et solidairement responsables

Le dernier cas est sans doute le plus controversé : il s'agit des procédures ouvertes sur le fondement de l'article L 624-1 du code de commerce à l'égard des membres ou associés indéfiniment et solidairement responsables du passif d'une personne morale déjà placée en redressement ou en liquidation judiciaire. Sont concernés en particulier les associés d'une société en nom collectif, les commandités, ou les membres d'un GIE. Le jugement d'ouverture rendu à l'encontre d'une personne morale produit ses effets à l'égard de tous les membres ou associés de cette personne morale qui sont indéfiniment et solidairement tenus de son passif. Le Code précise que « *le tribunal ouvre à l'égard de chacune d'elles une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire selon le cas.* » Il s'agit donc de procédures distinctes et autonomes et non pas d'une procédure unique comme dans le cas précédent de la confusion de patrimoine.

Les procédures ouvertes sur le fondement de cet article entrent-elles dans le champ d'application du règlement du 29 mai 2000?

La circulaire du 17 mars 2003 considère qu'il faut les y inclure puisque « *cette décision est fondée sur une présomption d'insolvabilité de l'associé qui n'a pas assuré le financement de la personne morale.* » Pour Monsieur Jean-Claude Coviaux⁴⁵, ces procédures ouvertes contre les dirigeants ou associés indéfiniment et solidairement responsables demeurent fondées sur l'insolvabilité de la personne morale débitrice, même si cette dernière n'est pas celle qui est objet de la procédure, ce qui conduit à « *admettre que de telles procédures relèvent du règlement, ce que ce dernier n'exclut pas expressément* ».

⁴²article L. 624-4 du code de commerce

⁴³article L. 624-5 du code de commerce

⁴⁴Com. 16 Juillet 1981, Rev. Crit. DIP 1982 p.134, note J. Lemontey

⁴⁵« *Présentation générale du règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité* » Petites Affiches n°231, 20 novembre 2001, p.20

D'autres auteurs, au contraire, jugent que le règlement n'est pas applicable à de telles procédures. Monsieur Dominique Bureau justifie cette exclusion par l'existence d'une nouvelle procédure « *qui peut d'ailleurs aboutir à un résultat différent de celui auquel conduira la procédure initialement ouverte contre la personne morale*⁴⁶ ». Monsieur Michel Menjucq est également de cet avis, pour la même raison⁴⁷. Cet argument semble l'emporter sur la prétendue présomption d'insolvabilité de l'associé indéfiniment responsables, qui paraît bien artificielle. D'ailleurs, la circulaire du 17 mars 2003 relativise elle-même son ambition de principe : elle indique que le juge français qui a ouvert la procédure initiale n'est plus compétent si le centre principal des intérêts de l'associé est situé dans un autre Etat que celui du siège de la personne morale, sauf en cas de fraude. Attendons que la jurisprudence se prononce.

2. le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic

Enfin, le règlement du 29 mai exige pour se déclarer applicable que la procédure en cause entraîne le dessaisissement partiel ou total du débiteur et la désignation d'un syndic. Il faut interpréter largement cette exigence. La nécessité d'un « dessaisissement » exclut les procédures sans nomination d'un administrateur. De plus, les procédures de redressement judiciaire dans lesquelles le tribunal confie à l'administrateur une simple mission de surveillance⁴⁸ n'entrent pas dans le champ d'application du règlement. En effet, elles n'entraînent pas le dessaisissement du débiteur, contrairement à la mission d'assistance, qui a pour effet un dessaisissement partiel.

Les raisons qui justifient cette exclusion restent obscures. On peut simplement imaginer que les procédures simplifiées dans lesquelles aucun administrateur n'est désigné ont peu de chance de concerner des entreprises ayant des biens à l'étranger.

La définition du « syndic » est donnée par l'article 2.b du règlement : il s'agit de « *toute personne ou tout organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires.* »

Cette définition est suffisamment large pour couvrir toute la diversité des organes qui remplissent ce rôle dans les Etats membres. En France, des administrateurs judiciaires sont chargés de la gestion de l'entreprise en difficultés et des mandataires liquidateurs représentent les créanciers en cas de redressement et de vendent les actifs pour payer les créanciers dans l'hypothèse d'une liquidation. En Espagne, ce sont trois créanciers qui sont nommés administrateurs. Dans les autres Etats, des avocats spécialisés, des experts-comptables, voire des fonctionnaires⁴⁹ interviennent.

⁴⁶Article précité § 20

⁴⁷Ouvrage cité § 324

⁴⁸article L. 621-22 II 1° du code de commerce

⁴⁹en Grande-Bretagne, les *official receivers* qui suivent les procédures jusqu'à la nomination d'un expert-comptable.

En vue de faciliter la mise en oeuvre du règlement, les Etats membres ont désigné dans l'annexe C les personnes ou autorités qui remplissent cette fonction. Il s'agit, pour la France, du représentant des créanciers, du mandataire liquidateur, de l'administrateur judiciaire et du commissaire à l'exécution de plan.

Monsieur Dominique Bureau⁵⁰ s'étonne de cette exigence de désignation d'un syndic dans la définition de la procédure d'insolvabilité au sens du règlement et souligne le paradoxe qu'il y a à fonder son champ d'application « *sur un critère présupposant que la procédure est déjà ouverte* ». En effet, c'est dans le jugement d'ouverture qu'est prononcé le dessaisissement du débiteur et la nomination du syndic. Or la compétence du juge pour ouvrir la procédure est une question préalable à celle d'un éventuel dessaisissement

Il convient enfin de relever que n'est pas résolue la difficulté suivante : en cas de changement au cours de la procédure, si une faillite qui ne répondait pas initialement à la définition du règlement y correspond désormais, le règlement devient-il applicable? Une telle solution serait vraiment compliquée et impossible à mettre en oeuvre, puisqu'il faudrait, par exemple, revenir sur la compétence du tribunal.

Le champ d'application du règlement sur les procédures d'insolvabilité est donc plutôt limité ; de nombreuses faillites ayant une dimension communautaire ou internationale y échappent, auxquelles le droit international privé des faillites antérieur continue de s'appliquer. Ainsi le texte ne se substitue que très partiellement au droit international privé de chaque Etat. Mais si les cas d'application du règlement sont très rares, il ne sont pas inexistantes comme en témoigne la fameuse affaire « Parmalat »⁵¹.

L'objet du droit international privé est de régler des conflits de compétences juridictionnelle et des conflits de lois, plutôt que de trancher les litiges sur le fond. Le règlement du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité se situe dans cette optique et contient peu de dispositions matérielles : il procède au règlement des conflits de compétence (I) au sein de l'Union européenne en matière de faillites, avant de trancher les conflits de lois (II).

⁵⁰Note précitée § 21

⁵¹« *Parmalat : casse-tête pour les créanciers* » par Anne Covillard, la Tribune du jeudi 29 janvier 2004

section I : le règlement des conflits de compétence

Le point-clef du règlement communautaire du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité est la hiérarchisation qu'il opère entre d'une part une procédure principale dont les effets sont reconnus dans tous les Etats et d'autre part une procédure secondaire territorialement limitée. Après avoir exposé les critères de compétence prévus par le règlement (1), il conviendra d'analyser la hiérarchisation des procédures (2).

§ 1 : les critères de compétence internationale des juridictions

Les enjeux de la compétence juridictionnelle sont loin d'être négligeables car, en l'absence de droit matériel harmonisé au sein de la Communauté, les droits nationaux relatifs aux procédures de faillite continuent de s'appliquer. Or, la solution du conflit de juridiction commande la solution du conflit de lois : la loi du tribunal désigné régira une part essentielle de la faillite. Le juge qui sera compétent pour ouvrir la procédure appliquera sa propre loi.

Le règlement du 29 mai 2000 prévoit deux critères de compétence, l'un autorise l'ouverture d'une procédure « principale » qui produira ses effets dans tous les Etats membres (A) et le second permet d'ouvrir une procédure simplement territoriale (B).

A/ l'ouverture d'une procédure principale reconnue dans tous les Etats

Avant d'examiner le critère de compétence principale posé par le règlement, il convient de rappeler la distinction entre la compétence internationale des juridictions et la compétence territoriale interne. Seules les règles de compétence internationale sont fixées dans le règlement⁵², c'est-à-dire les règles qui désignent l'Etat membre dont les juridictions peuvent ouvrir une procédure d'insolvabilité. Ensuite, sera déterminée la juridiction compétente au sein de l'Etat désigné. Cette seconde opération relève de la loi nationale de cet Etat. Seule la compétence internationale nous intéresse donc ici⁵³.

⁵²Considérant 15

⁵³Si les tribunaux français sont reconnus compétents sur le fondement du règlement, la juridiction spécialement et territorialement compétente sera désignée par le droit interne, conformément à l'article 1er du décret du 27 décembre 1985.

En droit international privé français, de multiples chefs de compétence sont envisagés. Les principaux sont connus : le siège de l'entreprise, la présence en France d'un établissement secondaire, ou encore la nationalité française. Mais d'autres sont plus douteux, tels que la présence de biens ou d'une activité sur le territoire français, ou encore des hypothèses de compétence dérivée avec l'extension de procédure en cas de confusion de patrimoine.

Le règlement du 29 mai 2000 est plus limitatif. Son article 3.1 définit l'unique critère de compétence pour l'ouverture d'une procédure principale : « *Les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité.* »

Nous montrerons que si le centre des intérêts principaux du débiteur est un critère connu et prépondérant en droit international privé français (1), il n'est pas toujours facile à mettre en oeuvre (2).

1) le centre des intérêts principaux du débiteur : un critère prépondérant en droit international privé français

Le droit international privé français utilise le siège de l'entreprise comme principal critère de compétence territoriale en matière de faillite. Il procède ainsi à l'internationalisation du critère de compétence territoriale interne posée par l'article 1er du décret du 27 décembre 1985. Ce dernier prévoit en effet, dans l'ordre interne, que « *le tribunal territorialement compétent pour connaître de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est celui dans le ressort duquel le débiteur a le siège de son entreprise.* » Ainsi le juge français est compétent pour ouvrir une procédure collective contre un débiteur lorsque celui-ci a son siège en France.

Il s'agit d'un procédé classique, mis en lumière par l'arrêt « Pelassa » de la Chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 19 octobre 1959⁵⁴ : la compétence internationale est définie par extension à l'ordre international des règles de compétence interne.

Pour les personnes physiques, en droit français, le siège correspond au domicile professionnel, à savoir le centre principal de leurs intérêts professionnels, distinct de leur domicile ou du centre d'exploitation. S'agissant des personnes morales, on utilise la notion de siège social, c'est-à-dire le lieu de direction effective de l'entreprise. Ce lieu est présumé être le siège statutaire ; mais tout intéressé peut en démontrer la fictivité et se prévaloir du siège réel pour déterminer le tribunal compétent.

⁵⁴D. 1960 p. 37 note Holleaux

La notion de centre des intérêts principaux du débiteur utilisée par le règlement coïncide-t-elle avec celle de siège de l'entreprise?

On pourrait hésiter sur le contenu de cette notion : s'agit-il du principal lieu d'exercice des activités économiques? Du siège de direction de l'entreprise? Du lieu de son incorporation? Certains auteurs vont même jusqu'à qualifier ce critère de « *pauvre et ambigu* », susceptible d'interprétations divergentes⁵⁵. Cependant de nombreuses indications sont fournies pour définir la notion de centre des intérêts principaux du débiteur.

De cette manière, le considérant 13 du règlement indique que « *le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers.* » La circulaire du 17 mars 2003, qui n'a qu'une valeur interprétative, précise qu'il faut comprendre le centre des intérêts principaux du débiteur comme « *désignant le centre effectif de direction de ses affaires* ».

En France, la notion de centre des intérêts principaux du débiteur ou de siège de l'entreprise est à distinguer du « centre principal des intérêts en France ». Cette dernière, qui apparaît à l'article 1er du décret du 27 décembre 1985⁵⁶, permet de déterminer le tribunal français territorialement compétent lorsque le siège de l'entreprise se trouve à l'étranger. Il faut comprendre cette expression comme désignant le centre principal « des intérêts en France » du débiteur, même si ces intérêts en France sont bien moindres que les intérêts dans d'autres Etats⁵⁷.

La notion de centre des intérêts principaux du débiteur était aussi déjà connu du droit fiscal international qui le désigne sous diverses appellations : le centre des intérêts économiques, le centre des intérêts vitaux du contribuable, ou encore le lieu du siège de la direction effective de la société⁵⁸ sont des critères qui permettent la détermination de la résidence fiscale. Il s'agit du lieu où sont principalement concentrés les organes de direction, d'administration et de contrôle.

Le règlement précise que « *pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire.* » Une telle présomption existe en droit français et n'est pas propre au droit des procédures collectives. Par exemple, la nationalité d'une société est définie sur ce critère du siège réel, comme l'affirme la Cour de cassation, qui définit le siège réel, « *comme le siège de la direction effective et présumé*

⁵⁵Guy-Auguste Likillimba JCP 2003, note sous l'arrêt « Daisytek »

⁵⁶« *Le tribunal territorialement compétent pour connaître de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est celui dans le ressort duquel le débiteur a ..., à défaut de siège en territoire français, le centre principal de ses intérêts en France.* »

⁵⁷Com. 26 octobre 1999, Bull. Joly 2000 p.385, note Menjucq ; Com. 1er octobre 2002, pourvoi n°99-11858

⁵⁸article 990D et suivants du CGI portant sur la Taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales

*conforme à celui indiqué par les statuts*⁵⁹ ». En France, seule la fictivité du siège statutaire permet de déroger à la compétence du tribunal du siège de l'entreprise. Mais dans d'autres Etats, le centre des intérêts principaux du débiteur pourrait être défini dans un endroit différent du siège statutaire sans que ce dernier soit nécessairement fictif, il en est ainsi dans les pays qui adoptent la théorie de l'incorporation des sociétés. Un risque de divergence existe donc entre les juridictions des différents Etats à ce sujet et l'on ne peut que souhaiter l'intervention de la CJCE pour y remédier.

Le choix du siège réel au détriment du siège statutaire présente des avantages indéniables en matière de faillites : la procédure a lieu sur place, au plus près de l'entreprise défaillante, à l'endroit où l'on peut supposer que sont réunis ses biens, son personnel et ses activités les plus essentiels.

L'alinéa 2 de l'article 1er du décret du 27 décembre 1985 prévoit que lorsque le siège a été transféré moins de six mois avant la saisine, la compétence du tribunal de l'ancien siège demeure. Cette règle de droit français ne peut être appliquée alors que le transfert du siège s'est opéré d'un Etat à un autre, puisque le règlement ne la prévoit pas et qu'elle fait exception à la compétence du tribunal du siège de l'entreprise. Toutefois, la circulaire du 17 mars 2003 invite les praticiens à réserver l'hypothèse de la fraude, qui pourrait être retenue lorsque le transfert du siège est dicté exclusivement par la volonté de nuire aux créanciers.

Il est intéressant de souligner que la théorie de l'universalité de la faillite imprègne le choix par les auteurs du règlement du centre des intérêts principaux du débiteur comme premier critère de compétence. Les procédures principales ont une portée universelle et visent à inclure tous les actifs du débiteur⁶⁰.

Il en est de même en droit international privé français : quand un tribunal compétent à raison du siège de l'entreprise ouvre une procédure collective, les effets de la faillite ont vocation non pas à rester limités au territoire national mais à s'étendre dans tous les Etats où le débiteur possède des biens⁶¹. Bien entendu, ceci reste vain tant que les autorités étrangères ne veulent pas en tenir compte.

2) les difficultés de mise en oeuvre du critère choisi

En théorie, le critère du centre des intérêts principaux du débiteur est clair et incontestable. Cependant, en pratique, les choses ne sont pas aussi simples et le risque existe que plusieurs Etats revendiquent simultanément leur compétence sur le fondement de l'article 3.1 du règlement qui

⁵⁹Ass. Plén. 21 décembre 1990, Rev. Crit. DIP 1992 p.70 note Duranton, D. 1991 p.305 concl. Dontewille

⁶⁰considérant 12

⁶¹1ère Civ. 19 novembre 2002, précité

devrait normalement donner lieu à l'ouverture d'une seule procédure principale sur le territoire communautaire.

Une illustration de ces difficultés nous est fournie par *l'affaire « Daisytek »*, qui a donné lieu à *un arrêt de la Cour d'appel de Versailles, rendu le 4 septembre 2003*, abondamment commenté⁶², qui constitue la première application en France du règlement sur les procédures d'insolvabilité.

a. présentation succincte de l'arrêt « Daisytek »

1. les faits et la procédure

L'affaire concerne un groupe de sociétés en difficulté. La société-mère était établie en Angleterre et avait des filiales en Allemagne et en France, dont la SAS Daisytek. Le siège statutaire de cette dernière se situait dans le ressort du tribunal de commerce de Pontoise, mais elle disposait d'un bureau à Bradford en Angleterre.

Par un jugement du 16 mai 2003, la Haute Cour de Justice de Leeds a ouvert une procédure d'insolvabilité contre chacune des sociétés du groupe, y compris la SAS Daisytek, au motif que le centre des intérêts principaux de cette société se trouvait en Grande-Bretagne. Quelques jours plus tard, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte en France contre cette même société par le tribunal de commerce de Pontoise. Les administrateurs nommés par la juridiction britannique ont formé tierce opposition à ce jugement d'ouverture. Le tribunal français a rejeté cette tierce opposition et les administrateurs ont alors fait appel du jugement devant la Cour d'appel de Versailles.

Les demandeurs estimaient que la procédure d'insolvabilité ouverte au Royaume-Uni interdisait l'ouverture d'une procédure en France. La difficulté provenait du fait que les deux procédures ouvertes étaient des procédures d'insolvabilité principales, fondées sur l'article 3.1 du règlement. Ainsi, comme le relèvent immédiatement l'arrêt, la notion de procédure d'insolvabilité secondaire de l'article 3.2, fondée sur la simple présence d'un établissement, était étrangère au litige.

2. Le problème juridique et la solution donnée

La Cour d'appel de Versailles devait répondre à la question suivante : Comment trancher les

⁶²« Première application du Règlement européen sur les procédures collectives : premières atteintes à l'ordre public », par Jean-Luc Vallens, « Confirmation du principe de « communautarisation » d'une procédure d'insolvabilité principale ouverte en Angleterre, en application du règlement 1346/2000 », par Guy-Auguste Likillimba JCP 2003 « Confirmation du principe de « communautarisation » d'une procédure d'insolvabilité principale ouverte en Angleterre, en application du règlement 1346/2000 » par Michel Menjucq, JCP 2004 II 10 007 ; Georges Khairallah, Rev. Crit. DIP 2003 p.655

conflit positif de compétence lorsque dans une procédure d'insolvabilité soumise au règlement deux juridictions se sont déclarées compétentes pour ouvrir une procédure principale? Laquelle des deux procédures d'insolvabilité principales ouvertes fallait-il appliquer à la SAS Daisytek?

La Cour d'appel de Versailles déduit de l'article 3 du règlement que la juridiction compétente pour ouvrir la procédure d'insolvabilité principale est celle sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux de la société et que toute autre juridiction est incompétente. Lorsque le siège statutaire n'est pas le centre des intérêts principaux de la société, la juridiction compétente n'est pas celle dans le ressort duquel est situé le siège statutaire mais celle dans le ressort duquel se trouve le centre des intérêts principaux de la société, à charge pour cette juridiction de constater que ce fait est démontré.

Analysant le jugement rendu par la Haute Cour de Justice de Leeds, la Cour d'appel de Versailles relève que le juge anglais a estimé que les conditions de fond étaient réunies pour que soient ordonnées l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard de chacune des sociétés du groupe, mais a précisé que, pour les trois sociétés allemandes et pour la société française, il ne pouvait prendre ces mesures que sous réserve que le tribunal anglais ait compétence.

Afin de faire tomber la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux est situé au lieu du siège social et se déclarer compétent, le juge anglais a recherché s'il était suffisamment établi que le centre de ces intérêts principaux était effectivement en Angleterre : il a énuméré les actes significatifs exécutés à Bradford par le bureau de la SAS Daisytek, puis il a exposé les critères devant commander en droit la notion de centre des intérêts principaux pour en déduire que ce centre se situait effectivement à Bradford en Angleterre. Ainsi la Haute Cour de Justice de Leeds s'est déclarée compétente pour prononcer l'*administration order* à l'égard de la SAS Daisytek. Cette décision ouvrant une procédure d'insolvabilité devait donc être reconnue en France et, conformément à l'article 17 du règlement, y produire tous les effets que lui attribue le droit anglais sans aucune autre formalité.

Par ces motifs, la Cour d'appel de Versailles déclare bien fondée la tierce opposition formée par les administrateurs contre la procédure collective ouverte en France par le tribunal de Pontoise. La SAS Daisytek ne pouvait pas faire l'objet d'un redressement judiciaire en France.

b. les difficultés révélées par l'arrêt « Daisytek »

La décision rendue par les juges versaillais semble plutôt conforme à l'esprit du règlement qui vise à l'ouverture d'une procédure principale unique, reconnue dans tous les Etats membres.

Cependant de véritables réquisitoires ont été publiés contre cet arrêt; il faut admettre que les auteurs critiquent indirectement le règlement lui-même, plus que l'arrêt, comme le reconnaît l'un des commentateurs⁶³. Deux points font particulièrement débat : la difficulté de s'accorder sur le centre des intérêts principaux du débiteur (1), en particulier dans le contexte d'un groupe de sociétés (2).

1. les difficultés d'appréciation de la caractérisation du centre des intérêts principaux du débiteur par le juge étranger

– la règle de priorité et le principe de reconnaissance mutuelle

Le risque de divergence entre les juridictions de plusieurs Etats membres sur la détermination du centre des intérêts principaux du débiteur était une des craintes des rédacteurs du règlement. Le considérant 22 aurait dû suffire à résoudre le conflit, puisqu'il pose une règle de priorité : lorsque les juridictions de deux Etats membres se considèrent comme compétentes pour ouvrir une procédure principale, « *la décision de la juridiction qui ouvre la première la procédure devrait être reconnue dans tous les autres Etats membres, sans que ceux-ci aient la faculté de soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle.* »

Cette règle de priorité découle du principe de « confiance mutuelle » entre les Etats membres proclamé par ce même considérant, qui implique, en particulier, une confiance à l'égard de la juridiction étrangère qui a ouvert la première procédure.

Cette règle de priorité est critiquée : « *C'est le prix de la course entre les créanciers relevant du siège social statutaire et ceux du centre des intérêts principaux du débiteur !* »⁶⁴. Une telle objection semble excessive : il fallait bien trouver une règle objective pour trancher raisonnablement un conflit insoluble. De plus, on peut espérer que les juridictions étrangères n'appliqueront pas n'importe comment le critère du centre des intérêts principaux du débiteur : c'est le principe même de la confiance mutuelle.

On reproche également à cet arrêt de conduire à une « *délocalisation des procédures de faillites* »⁶⁵, mais celle-ci pourrait très bien jouer en faveur de la France. Le règlement permet à des juges français de se déclarer compétents pour ouvrir des procédures contre des sociétés étrangères.

– le choix du siège réel, au détriment du siège statutaire

Alors que certains droits internes comme le droit anglais privilégient la théorie de l'incorporation, le règlement du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité adopte le critère du siège réel, conformément à une conception majoritaire en Europe.

⁶³« Confirmation du principe de « communautarisation » d'une procédure d'insolvabilité principale ouverte en Angleterre, en application du règlement 1346/2000 », par Guy-Auguste Likillimba JCP 2003

⁶⁴Guy-Auguste Likillimba JCP 2003, note sous l'arrêt « Daisytek »

⁶⁵V. de Senneville, Les Echos du 16 septembre 2003

Comme le fait remarquer Monsieur Jean-Luc Vallens, le critère du centre des intérêts principaux du débiteur a un caractère plus objectif et réel que celui du siège statutaire, qui dépend de la seule volonté des fondateurs de la société et rend donc possible le *forum shopping*. Utiliser le siège réel permet aussi de faire prévaloir l'unité du groupe, et de pallier « l'atomisation » de la procédure collective résultant de la pluralité des personnes morales.

On peut cependant relever que ce choix du siège réel au détriment du siège statutaire marque une incohérence avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur le droit d'établissement des sociétés et sur la loi applicable aux sociétés : les juges communautaires ont consacré le caractère suffisant du siège statutaire et l'impossibilité d'opposer à une société son siège réel quand elle a son siège statutaire dans un autre Etat membre⁶⁶. Une telle approche n'est pas sans inconvénient, comme en témoigne le cas du dirigeant d'une société de droit anglais ayant un établissement en Belgique qui admet avoir fondé la société en Angleterre, où il ne souhaitait pourtant exercer aucune activité, parce qu'il ne disposait pas du capital nécessaire à la fondation de la société en Belgique⁶⁷.

Or l'une des préoccupations du règlement du 29 mai 2000 était justement de lutter contre le *forum shopping* afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur⁶⁸. Le *forum shopping* est une technique qui consiste pour le demandeur à jouer sur les critères de rattachement territoriaux, afin de rendre compétent le tribunal qu'il estime être celui qui sera le plus favorable à ses intérêts, par exemple, par le déplacement de certains biens d'un Etat à un autre, ou par un transfert de siège social. Ceci requiert une vigilance extrême des juges. En effet, un débiteur pourrait par exemple être tenté de déclarer sa cessation des paiements en France pour faire supporter par les organismes français de protection sociale les licenciements consécutifs à ses difficultés.

On le voit les arguments sont nombreux pour justifier le choix par le règlement du siège réel, présumé de manière réfragable coïncider avec le siège statutaire.

– ***le contrôle limité de la caractérisation du centre des intérêts principaux du débiteur par le juge étranger***

L'article 16 du règlement prévoit la reconnaissance mutuelle des décisions d'ouverture, mais celle-ci reste soumise à une condition : que la juridiction soit compétente en vertu de l'article 3. Cette exigence autorise un contrôle de la compétence pour vérifier que condition bien remplie.

⁶⁶CJCE 9 mars 1999 « Centros », D. 1999 p.550, note Menjuq; CJCE 5 novembre 2002 « Uberseeing », JCP éd. E 2003 p.520, note Menjuq ; CJCE 30 septembre 2003 « Inspire Art » D. 2003 p.2874, note Menjuq

⁶⁷T. Comm. Bruxelles, jugement du 18 août 2003, cité par doc5

⁶⁸Considérant 4 du règlement

Monsieur Michel Menjuq⁶⁹ reproche à l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles d'avoir pris « *une certaine liberté avec la lettre du règlement* » et de présenter des « *insuffisances par rapport aux exigences formelles du contrôle de la Cour de cassation* ». Si la qualification d'une notion telle que centre des intérêts principaux du débiteur relève du pouvoir souverain des juges du fond, la Cour de cassation exerce néanmoins un contrôle formel de la motivation en exigeant que les juges du fond constatent effectivement dans leur décision que sont réunies toutes les conditions d'application de la règle de droit. La Cour de cassation n'hésite pas à opérer un tel contrôle comme en témoigne une décision⁷⁰ dans laquelle elle casse un arrêt d'appel qui avait retenu la compétence du tribunal du principal établissement du débiteur au motif que « *en se déterminant ainsi après avoir constaté que le siège social était situé à Monaco et sans préciser que ce siège était fictif, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

Selon le même auteur, si l'on peut admettre que le principe de confiance mutuelle dispense le second juge de contrôle quand la juridiction étrangère s'est déclarée compétente à raison du siège statutaire⁷¹, il en va différemment quand un juge considère que le siège statutaire ne coïncide pas avec le centre des intérêts principaux et se déclare compétent en renversant la présomption. Il apparaît dans ce cas nécessaire que « *la juridiction ayant à résoudre le conflit de compétences relève précisément et mentionne formellement dans sa décision les éléments retenus par la juridiction ayant renversé la présomption et qu'elle apprécie s'ils permettent effectivement de caractériser que le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts est distinct du siège statutaire* ». Ainsi la motivation de la Cour d'appel est très insuffisante pour situer le centre des intérêts principaux de la société faisant l'objet de la procédure. Les éléments qui ont conduit à le localiser en Angleterre auraient dû être exposés avec précision. Leur simple mention, sans vérification de leur exactitude, aurait permis de sauvegarder la confiance mutuelle entre les juridictions des Etats membres.

On sait par d'autres sources qu'en l'espèce la filiale française avait confié à la société-mère la gestion de ses comptes bancaires, ainsi que sa gestion financière; ses principaux contrats commerciaux étaient directement négociés et conclus par la mère (interdiction était faite aux filiales de conclure des contrats d'un montant supérieur à 5000€ et d'embaucher du personnel d'encadrement sans l'accord préalable du siège anglais). On le voit l'indépendance juridique de la personne morale est très théorique. Il semble que dans cette affaire le centre des intérêts principaux du débiteur était effectivement en Grande-Bretagne mais cela ne ressort pas de l'arrêt.

Remarquons qu'une appréciation extensive de la notion de centre des intérêts principaux du débiteur peut conduire à l'ouverture d'une procédure dans un Etat nonobstant l'absence

⁶⁹Note sous l'arrêt « Daisytek » JCP 2004 II 10 007

⁷⁰Com. 13 décembre 1983, JCP éd. G 1985 II 20421, note G. Signoret-Serrano

⁷¹Car le centre des intérêts principaux est présumé coïncider avec le siège statutaire

d'établissement ou même de biens sur son territoire, ce qui est le résultat opposé au but recherché par le règlement. En l'espèce, la SAS Daisytek ne disposait d'aucun actif en Grande-Bretagne et c'est à la demande du dirigeant de la société que la procédure a été ouverte dans cet Etat : le *forum shopping* semble manifeste.

Monsieur Georges Khairallah⁷² reproche lui aussi au juge français d'admettre la compétence du juge anglais sans même vérifier que le renversement de la présomption est justifié. Il suggère de « *donner compétence au seul juge dans le ressort duquel se trouve le siège statutaire pour décider lui-même, d'après sa conception, si ce siège est bien le centre des intérêts principaux du débiteur.* » ou, ce qui revient au même, d'obliger le juge saisi à examiner si le siège réel est ou non le siège statutaire conformément au droit de l'Etat où se situe le siège statutaire. Une telle solution, qui nécessiterait une révision du règlement, permettrait de restreindre efficacement le risque de *forum shopping* dans le champ d'application du règlement.

2. les difficultés d'application du critère du centre des intérêts principaux du débiteur en présence d'un groupe de sociétés

La Cour d'appel de Versailles relève dans l'arrêt « Daisytek » que « *la notion de groupe de sociétés, ou de filiale, n'a aucune vocation à commander la compétence de la juridiction* ». Mais il faut convenir qu'il est pratiquement impossible d'en faire totalement abstraction ; les juges en tiennent nécessairement compte.

Cela apparaît à travers la motivation de l'arrêt, qui se réfère au fonctionnement des autres sociétés du groupe : « *le Juge a énuméré pour les sociétés allemandes les actes significatifs exécutés à Bradford, puis a exposé les critères devant commander en droit la notion de centre des intérêts principaux pour en déduire que ce centre se situait effectivement à Bradford en Angleterre ; le juge a relevé, pour la société française SAS Daisytek, que le bureau de Bradford fonctionne en relation avec cette société de la même façon qu'avec les sociétés allemandes, et en déduit que Bradford est le centre des intérêts principaux de la société française* ». On ne sait pas quelles activités le bureau de Bradford exerçait pour la SAS Daisytek, mais le siège du groupe se trouvant dans cette ville, on peut supposer que toutes les décisions stratégiques s'y prenaient. Si la SAS n'avait pas fait partie d'un groupe, la Cour d'appel de Versailles n'aurait probablement pas statué dans le même sens.

L'existence d'un groupe est caractérisée par « *l'appartenance de plusieurs sociétés à un ensemble économique international obéissant au principe d'unité d'action, de stratégie ou de*

⁷²Rev. Crit. DIP 2003 spéc. p.664

*finance*⁷³ ». La notion de groupe ignorée par le règlement du 29 mai 2000 mais le fait que la procédure d'insolvabilité concerne une société membre d'un groupe en accentue les difficultés pratiques. En effet, en dépit de l'indépendance juridique de chacune des sociétés, le pouvoir de direction économique de chacune des filiales appartient dans les faits à la société mère. C'est au niveau de la société-mère que sont prises les décisions fondamentales qui engagent l'activité et le patrimoine des filiales et donc leur solvabilité.

Pour Monsieur Michel Menjucq⁷⁴ cette extension excessive d'une procédure collective devant un seul tribunal à toutes les sociétés du groupe va au delà de l'universalité de la faillite sur lequel repose le règlement. En effet, ce principe « *consiste à traiter de manière unitaire la faillite d'une personne morale mais ne va pas jusqu'au traitement unitaire de plusieurs personnes morales, à défaut d'avoir prouvé leur fictivité ou la confusion des patrimoines* ». Ceci est d'autant plus vrai que le règlement prévoit lui-même la possibilité de procédures secondaires qui concernent non pas des personnes morales distinctes mais de simple établissement du débiteur. Il serait paradoxal de soumettre la filiale au même tribunal que la société-mère dont elle est pourtant juridiquement indépendante à défaut de l'être économiquement et de confier un établissement simplement autonome à une procédure secondaire distincte de la procédure principale.

Est donc compétent pour ouvrir une procédure principale, le tribunal de l'Etat du centre des intérêts principaux du débiteur, c'est-à-dire celui du siège réel de l'entreprise défailante, peu importe la dispersion de ses avoirs et l'exercice de son activité. Nous allons maintenant étudier le second critère de compétence posé par le règlement, qui ne permet que l'ouverture d'une procédure simplement territoriale.

⁷³Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, § 195

⁷⁴Note précitée sous l'arrêt « Daisytek »

B/ l'ouverture d'une procédure secondaire territoriale

La coexistence de deux critères de compétence nuit à la capacité du règlement à remplir ses objectifs d'harmonisation du droit international privé des faillites : l'ambition de l'universalité n'est pas encore réalisée et un compromis a dû être trouvé. Le considérant 12 justifie l'existence de procédures secondaires parallèles à la procédure principale par le souci de protéger tous les intérêts différents. Il s'agit de protéger par application de leur propre réglementation, les créanciers locaux, en particulier les titulaires de créances fiscales ou sociales.

Les procédures secondaires sont territoriales, leurs effets se limitent donc aux actifs situés dans leur État d'ouverture⁷⁵. Des règles de coordination avec les procédures principales visent à assurer l'unité du règlement des difficultés du débiteur insolvable. Précisons que la procédure secondaire est nécessairement une liquidation⁷⁶.

On peut distinguer deux types de procédures territoriales : selon qu'elle est ouverte en présence ou non d'une procédure principale.

Si une procédure principale est déjà ouverte, il n'est pas nécessaire de vérifier l'insolvabilité du débiteur pour ouvrir la procédure secondaire⁷⁷. Cette règle résulte de la reconnaissance de plein droit de la décision d'ouverture de la procédure principale dans tous les Etats membres qui implique l'admission par tous les ordres juridiques de l'état d'insolvabilité du débiteur. Cette solution s'écarte de la jurisprudence française antérieure qui considère comme étant toujours *in bonis* un débiteur contre lequel est ouverte une procédure collective à l'étranger tant que la décision étrangère n'a pas fait l'objet d'un exequatur en France.

L'article 3.4 fixe les deux seuls cas d'ouverture d'une procédure territoriale en absence de procédure principale antérieure. Une telle procédure peut être ouverte si la loi de l'Etat où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur ne permet pas l'ouverture d'une procédure principale, par exemple pour des conditions d'activité, de forme ou délai. En effet, il faut rappeler que les conditions d'ouverture d'une procédure ne sont pas harmonisées au niveau communautaire et relèvent des droits nationaux. Le second cas est celui où l'ouverture de la procédure est demandée par un créancier établi dans l'Etat membre sur le territoire duquel est situé l'établissement concerné, ou dont la créance a son origine dans l'exploitation de cet établissement. Cette faveur faite aux créanciers peut être remise en cause si une procédure principale est ensuite ouverte : le syndic de la

⁷⁵Il est précisé à l'article 12 du règlement que les brevets et marques communautaires, non localisées dans un Etat particulier, relèvent toujours de la procédure principale.

⁷⁶Article 3.3 du règlement - sauf si elle a été ouverte avant la procédure principale et dans ce cas le syndic principal peut demander sa conversion en liquidation.

⁷⁷article 27 du règlement

procédure principale peut en effet demander la conversion en liquidation de la procédure territoriale ouverte antérieurement⁷⁸.

Ces cas sont restreints au maximum dans l'idée de privilégier l'ouverture d'une procédure principale : ainsi ni le débiteur, ni le tribunal d'office, ni un créancier ne remplissant pas les conditions ci-dessus énoncées ne peuvent déclencher l'ouverture d'une procédure secondaire.

Précisons que si aucune procédure principale n'est ouverte contre le débiteur, la procédure secondaire fait l'objet d'une reconnaissance de plein droit mais ses effets resteront limités territorialement à l'Etat d'ouverture : dans les autres Etats, le débiteur restera libre de l'usage de son patrimoine et les créanciers conservent leur droit de poursuite individuel sur les biens situés hors du territoire de l'Etat d'ouverture.

Le règlement du 29 mai 2000 fait le choix de la notion d'établissement comme critère de compétence pour ouvrir une procédure secondaire (1). Il écarte ainsi les autres critères de compétence connus du droit international privé français (2).

1) le critère de compétence retenu pour ouvrir une procédure territoriale : l'existence d'un établissement

L'article 3.2 du règlement dispose que « *lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un Etat membre, les juridictions d'un autre Etat membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre Etat membre.* ». Est ainsi instituée un deuxième critère de compétence, subsidiaire : la présence d'un établissement.

L'article 2.h définit l'établissement comme « *tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens.* » Ainsi il faut que l'entreprise ait dans l'Etat considéré une activité économique et des moyens présentant une certaine permanence. L'exigence va au-delà de la simple présence de biens isolés, mais l'établissement n'est pas non plus une filiale dotée de la personnalité morale, qui devrait faire l'objet d'une procédure autonome.

Cette définition plus économique que juridique existait déjà en droit international privé français. C'est en effet l'équivalent du critère subsidiaire du décret du 27 décembre 1985 du centre principal des intérêts du débiteur en France, interprété par la Cour de cassation comme « *le principal des établissements secondaires du débiteur situés en France*⁷⁹ ». Ce chef de compétence

⁷⁸Article 37 du règlement

⁷⁹Com 11 avril 1995 affaire « BCCI », Bull. Civ. IV n° 126, D. 1995 p.640, note M. Vasseur

secondaire se retrouvait également dans tous les autres Etats membres⁸⁰.

L'affaire « Daisytek » a fait surgir un débat autour de la question suivante : peut-on ouvrir une procédure secondaire dans l'Etat dans lequel la personne morale a son siège statutaire? En l'espèce, une procédure principale avait été ouverte en Angleterre contre la SAS Daisytek alors que son siège statutaire se trouvait en France ; un juge français pouvait-il dans ces conditions se déclarer compétent non pour ouvrir une procédure principale mais une procédure simplement territoriale?

La plupart des auteurs écartent cette possibilité. Ainsi Monsieur Michel Menjuq, dans son commentaire de l'arrêt « Daisytek » considère qu'il était impossible d'ouvrir une procédure *secondaire* en France contre la SAS Daisytek car, dotée de la personnalité morale, elle ne répondait pas à la définition de l'établissement qui correspond à une simple succursale ou agence, sauf si on interprète largement la notion d'établissement. Monsieur Jean-Luc Vallens partage cette opinion : une procédure secondaire d'insolvabilité ne pourrait être ouverte en France « *dans la mesure où la société, même mise en faillite par le tribunal étranger, ne perd pas sa qualité de personne morale juridiquement autonome*⁸¹ ».

Cependant l'argument n'emporte pas la conviction dans la mesure où le règlement n'exclut pas expressément cette situation et où, analysé à la lettre, il ne s'y oppose pas. L'article 3.2 dispose que « *lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre.* » On peut considérer que ces conditions sont remplies : le centre des intérêts principaux du débiteur, par hypothèse distinct du siège statutaire, est situé sur le territoire d'un État membre. Reste à savoir si le débiteur possède un établissement sur le territoire de l'Etat dans lequel il a son siège social. La définition de l'établissement donnée par l'article 2.h du règlement est suffisamment large pour l'admettre. Cette possibilité a déjà trouvé écho en jurisprudence dans la mesure où le tribunal de Cologne a admis l'ouverture d'une procédure secondaire envers une filiale, qui avait son siège statutaire dans son ressort territorial, alors qu'une procédure principale était déjà ouverte dans l'Etat du siège de la société mère⁸². Ainsi, il semble que l'on puisse admettre l'ouverture d'une procédure secondaire, territoriale, à l'égard d'une société dans l'Etat de son siège statutaire lorsqu'une procédure principale a déjà été ouverte dans l'Etat de son centre des intérêts principaux.

⁸⁰À l'exception de la Belgique, qui a une conception unitaire de la faillite. cf. Jurisclasseur « Europe » fasc. 870 §87s.

⁸¹D. 2003 p.2352

⁸²Cité par Fabienne Jault-Seseke et David Robine, « *le droit européen de la faillite* », D. 2004, p. 1009, § 19

2) les critères exclus

Les rédacteurs du règlement étaient animés par le souci de fixer un critère de compétence indiscutable et unique afin d'éviter au maximum les conflits. Pour réaliser cette clarification, ils n'avaient pas d'autre solution qu'éliminer tous les autres chefs de compétence connus des droits des Etats membres.

Deux critères ont été retenus par le règlement du 29 mai 2000 pour déterminer le juge compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité : le centre des intérêts principaux du débiteur pour une procédure principale et la présence d'un établissement pour une procédure secondaire. Tout autre critère de compétence est donc exclu. Ainsi sont écartés les autres critères de compétence retenus par le droit français, à savoir la présence de biens ou l'exercice d'une activité sur le territoire national (a) ou encore le privilège de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil (b).

a. la présence de biens ou l'exercice d'une activité sur le territoire français

Le droit international privé français déclare compétentes les juridictions françaises pour ouvrir une procédure collective à l'égard d'un débiteur dont le siège est à l'étranger et qui ne dispose pas d'établissement en France, quand il possède des biens sur le territoire français ou qu'il y exerce une activité.

Cette règle, admise par la plupart des auteurs, résulte d'une jurisprudence ancienne et très peu fournie. Sont cités pour l'appuyer des arrêts qui ont fondé cette compétence internationale des juridictions françaises sur la possession d'actifs en France par le débiteur à l'exclusion de toute activité⁸³, sur l'émission d'obligations en France⁸⁴, ou encore sur la conclusion de marchés⁸⁵.

Ce critère qui fonde la compétence sur la localisation en France d'obligations contractuelles était presque considéré comme éteint, avant d'être remis à l'honneur par un arrêt du 26 octobre 1999⁸⁶. Dans cette décision, la Cour de cassation reconnaît la compétence d'un tribunal français pour ouvrir une procédure collective à l'égard d'une société dont le siège se situait à l'étranger, alors que celle-ci ne possédait pas en France d'établissement, mais était seulement partie à un contrat de crédit-bail portant sur des locaux situés en France et sous-loués à une association qui y gérait une maison de retraite. La prise de ces locaux en crédit-bail était la seule activité en France de la société, et la Cour de cassation considère sur le fondement de l'article 1er alinéa 1 du décret du 27 décembre

⁸³CA Colmar-Metz 10 mai 1932, JDI 1934, p. 98

⁸⁴T. Comm. Amiens 8 mai 1888, Clunet 1891 p. 917

⁸⁵CA Paris 19 juin 1891, JDI 1891 p.1198

⁸⁶Com. 26 octobre 1999, Bull. Joly 2000 p.385, note Menjucq ; cf. Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, § 292s.

1985 que ce lieu constitue le centre principal de ses activités en France⁸⁷, faisant une interprétation très large de cette notion, le lien avec la France étant particulièrement ténu.

On peut reprocher à une telle solution de ne faire porter l'appréciation de la cessation des paiements que sur l'activité française, voire même simplement sur le non-paiement d'une dette échue, au détriment d'une appréciation d'ensemble, qui serait plus conforme à l'esprit des procédures collectives. Ainsi ce critère risque-t-il de conduire à considérer qu'un débiteur est en cessation des paiements en France alors qu'il est parfaitement solvable à l'étranger.

Un critère similaire se retrouve aussi dans des droits étrangers. Par exemple, en Grande-Bretagne, l'*insolvency Act* de 1986 contient un article 265c très laxiste. Il autorise en effet à présenter sa demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devant un tribunal anglais toute personne qui, dans les trois ans qui précèdent, soit a été résident en Angleterre ou au Pays de Galles, soit a exercé une activité économique (*has carried on business*) sur ces territoires⁸⁸.

De tels critères, un peu artificiels, de compétence sont écartés par le règlement du 29 mai 2000, car ils dérivent de l'application de la théorie de la territorialité de la faillite, qui n'est que résiduelle dans le règlement.

b. la nationalité

Les personnes de nationalité française peuvent se prévaloir du privilège de juridiction issu des articles 14 et 15 du Code civil. La jurisprudence de la Cour de cassation admet que ces articles soient invoqués en matière de faillites internationales. Ainsi un créancier français peut-il, sur le fondement de l'article 14, demander à un tribunal français de mettre en redressement ou en liquidation judiciaire un débiteur domicilié à l'étranger⁸⁹. Et, en vertu de l'article 15, un débiteur français ne disposant pas d'établissement en France peut se prévaloir de sa nationalité pour obtenir qu'une procédure collective soit ouverte contre lui par un tribunal français⁹⁰. Cependant ce chef de compétence exorbitant peut sembler sans intérêt car il n'est souvent pas reconnu par les ordres juridiques étranger et les décisions prises lors de telles procédures ont peu de chance d'être exécutées si le débiteur n'a pas de biens en France.

Le règlement, qui ne prévoit que deux critères exclusifs de compétence, élimine donc le

⁸⁷En précisant que la vocation du preneur à devenir propriétaire des locaux est une forme d'exploitation, même si la gestion est effectuée par le sous-locataire

⁸⁸Reconnu par Cass. com., 18 janv. 2000, arrêt « Pehrsson », Rev. crit. DIP 2000 p. 442, note D. Bureau ; Gaz. Pal. 2000, n° 275, p. 28, obs. M.-L. Niboyet ; D. 2000, AJ p. 105, obs. J. Faddoul, estimant que la faillite se rattachait de manière caractérisée aux tribunaux anglais dès lors que le débiteur a eu sur le territoire anglais une résidence effective pendant les trois années ayant précédé la saisine de la Haute Cour de Justice de Londres ainsi qu'une activité commerciale y ayant généré des dettes

⁸⁹2ème Civ. 12 juillet 1962, Bull. Civ. II n°584, JDI 1963, p.1056, note B. Goldman

⁹⁰2ème Civ. 7 juin 1962, JDI 1963 p.106, note A. Ponsard

critère de la nationalité, un critère parasite qui, s'il peut paraître utile pour les avocats quand aucun autre critère n'est établi, peuvent faire autrement, est inacceptables par les autres ordres juridiques et ne fait que nuire à l'efficacité des procédures de faillites internationales.

Le règlement du 29 mai 2000 reconnaît donc deux critères de compétence des juridictions, donnant lieu à deux types de procédures dont il fixe l'articulation et la hiérarchie.

§2 : la pluralité et la hiérarchie des procédures

Le règlement du 29 mai 2000 prévoit que les procédures d'insolvabilité sont reconnues de plein droit dans tous les Etats membres⁹¹ (A). Cette reconnaissance vaut pour les procédures principales comme pour les procédures secondaires, si bien qu'il faut coordonner ces deux types de procédures (B).

A/ la reconnaissance d'une procédure ouverte à l'étranger

Le droit commun des faillites internationales ne refuse pas de tenir compte des jugements rendus à l'étranger. Au contraire, cela va même dans la logique de la théorie de l'universalité de la faillite, qui conduit à reconnaître les décisions des juridictions de l'Etat du siège. Cependant pour produire plein effet en France, un jugement étranger de faillite doit avoir reçu l'exequatur.

L'exequatur d'un jugement en matière de faillite est soumis à deux conditions préalables, ainsi qu'aux conditions de droit commun. Tout d'abord, il ne faut pas qu'un jugement d'ouverture ait déjà été prononcé en France contre le même débiteur ; ensuite, il faut que la décision rendue à l'étranger soit susceptible d'exequatur : à cet égard, la Cour de cassation définit la décision susceptible d'exequatur comme toute intervention du juge qui produit des effets juridiques à l'égard des personnes ou des biens⁹². Quant aux conditions de droit commun, ce sont celles qui résultent de l'arrêt « *Munzer*⁹³ » et de la jurisprudence qui l'a suivi : application de la loi compétente en vertu des règles françaises de conflit, absence de fraude à la loi, absence de contrariété à l'ordre public international, et compétence du juge étranger qui a rendu la décision. Au sujet de cette dernière condition, l'arrêt « *Simitch*⁹⁴ » indique que le tribunal étranger est compétent dès lors que le litige se rattache « de manière caractérisée » au pays dont le juge a été saisi et que le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux; on ne recherche donc pas le tribunal qu'aurait désigné la règle française de

⁹¹Toujours à l'exception du Danemark, cf. supra

⁹²1ère Civ. 17 octobre 2000, Rev. Crit. DIP 2001, p.121, notes J-P. Rémy et H. Muir-Watt

⁹³1ère Civ. 7 janvier 1964, JCP 1964 II 13590, note M. Ancel

⁹⁴1ère Civ. 6 février 1985, Rev. Crit. DIP 1985 p.369

conflit de compétence.

Revêtu de l'exequatur, le jugement étranger de faillite se voit reconnaître l'autorité de chose jugée : il produit ainsi sur le territoire français les effets prévus par la loi étrangère de faillite. En outre l'exequatur interdit toute demande d'ouverture d'une procédure collective en France contre le même débiteur. De plus, l'exequatur confère force exécutoire au jugement étranger, ce qui permet la réalisation des biens du débiteur situés en France. Par l'arrêt « *Kléber*⁹⁵ », la Cour de cassation a posé une exception au principe de non-rétroactivité des jugements d'exequatur : un jugement d'exequatur rendu en matière de faillite peut rétroagir, à la date de la décision étrangère ouvrant la procédure.

Le jugement étranger non revêtu d'exequatur est privé de l'essentiel de ses effets en France. Le jugement d'ouverture est un jugement constitutif, puisqu'il établit une situation juridique nouvelle. Or le droit international privé français reconnaît normalement une autorité *de plano* en France aux jugements constitutifs. Cependant cette autorité n'est pas admise pour les jugements de faillite : en effet, l'existence d'une procédure à l'étranger n'interdit pas l'ouverture d'une procédure en France. Cela peut s'expliquer par le caractère patrimonial de ces jugements, qui implique l'emploi de la contrainte pour leur exécution et donc une intervention étatique. Le débiteur reste considéré en France comme étant *in bonis*, il n'est pas dessaisi de ses biens, et le droit de poursuite individuel des créanciers est maintenu⁹⁶. En outre, le syndic nommé par le juge étranger ne peut accomplir aucun acte d'exécution en France⁹⁷. La décision étrangère ouvrant une procédure collective constitue néanmoins un fait juridique pris en compte par le droit. Par exemple, elle apporte la preuve du mandat du syndic qui peut ainsi ester en justice en France au nom du débiteur.

Le règlement du 29 mai 2000 institue dans son chapitre II un régime spécifique de reconnaissance des décisions judiciaires relatives aux procédures d'insolvabilité : véritable innovation dans le droit international privé des faillites, il affirme la règle de la reconnaissance de plein droit dans tous les Etats membres des procédures ouvertes dans le cadre du règlement. Nous examinerons le principe de cette reconnaissance (1), avant d'en étudier l'unique limite : le respect de l'ordre public (2).

1) le principe de la reconnaissance des décisions étrangères

Alors que le jugement d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité fondée sur le règlement

⁹⁵1ère Civ. 25 février 1986, Rev. Crit. DIP 1987 p.587, note H. Synvet

⁹⁶Cass. 1re civ., 24 mars 1998, Darby, D. 1998, IR p. 108 ; JCP 1998, II, n° 10155, note E. Kerkhove ; Gaz. Pal. 1998, 2, pan. p. 231.

⁹⁷Par exemple, 1ère Civ. 25 févr. 1986, arrêt « *Kléber* » précité

fait l'objet d'une reconnaissance de plein droit dans tous les Etats membres (a), les autres jugements doivent faire l'objet d'une procédure simplifiée de reconnaissance pour produire effet (b).

a. la reconnaissance de plein droit des jugements d'ouverture

Le règlement prévoit la reconnaissance de plein droit des décisions d'ouverture de procédures d'insolvabilité : « *Toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un Etat membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres Etats membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'Etat d'ouverture.*⁹⁸ »

Ce principe de reconnaissance de plein droit marque une rupture avec le droit français antérieur. Alors que l'exequatur était normalement indispensable pour qu'un jugement étranger de faillite produise ses effets en France, ce n'est désormais plus le cas pour les décisions d'ouverture de procédures soumises au règlement. Une telle solution ne peut cependant pas être généralisée et ne paraît pas extensible au niveau mondial : la reconnaissance de plein droit suppose une grande proximité des réponses juridiques à l'insolvabilité du débiteur et une organisation judiciaire stable et indépendante. Elle repose sur la confiance mutuelle, pierre angulaire de la coopération judiciaire civile en Europe.

Cette reconnaissance concerne tous les jugements d'ouverture fondés sur l'article 3 : elle couvre donc à la fois les procédures principales et les procédures secondaires. Mais les effets de la reconnaissance seront différents selon le type de procédure.

Le jugement d'ouverture est d'une grande importance, puisque c'est lui qui fixe le cadre général de la procédure d'insolvabilité. Ainsi, en France, il fixe la date de cessation des paiements, la durée de la période d'observation, il opte pour le redressement ou la liquidation judiciaire, définit l'étendue du dessaisissement et pose le principe de la suspension des poursuites individuelles⁹⁹.

Le caractère « de plein droit » de la reconnaissance ne signifie pas qu'elle est sans condition. Il indique seulement que la reconnaissance est automatique : elle n'est soumise à aucune formalité, ni procédure particulière et en particulier elle dispense d'exequatur. Ainsi dans l'affaire « Daisytex » ci-dessus exposée, le demandeur critiquait le fait que l'*administration order* de la Haute Cour de Justice de Leeds n'avait fait l'objet d'aucune publicité au greffe du Tribunal de commerce de Pontoise, ni d'une inscription au registre du commerce et des sociétés ; sur le fondement de l'article 17 du règlement, la Cour d'appel de Versailles répond à juste titre que ces formalités sont exigées pour les procédures collectives internes mais que l'absence de cette publication n'empêche pas la décision d'ouverture rendue par le juge anglais de produire ses effets en France. Cette interprétation

⁹⁸Article 16 du règlement

⁹⁹Articles L621-1 et suivants du Code de commerce

du règlement est conforme au considérant 29 de son préambule qui pose que, si la publication des jugements peut utilement être organisée, elle ne constitue en aucun cas une condition de la reconnaissance de la procédure menée dans un autre État membre.

La reconnaissance de plein droit reste soumise à une condition : il faut que la décision d'ouverture ait été prise par une juridiction compétente. Faut-il vérifier la compétence du juge d'origine pour que le jugement étranger produise effet? Non, car ce serait introduire une formalité que ne prévoit pas le règlement. Ainsi le juge saisi en second ne devrait pas pouvoir vérifier que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve sur le territoire de l'Etat dans lequel a été ouverte la procédure d'insolvabilité, mais simplement constater que le juge étranger qui s'est déclaré compétent a suffisamment justifié cette compétence. Le juge de l'Etat requis n'a pas à contrôler la compétence du juge d'origine.

La reconnaissance de la décision d'ouverture de la procédure principale produit dans les autres Etats membres les mêmes effets que dans l'Etat d'ouverture, sous réserve des droits des tiers sur les biens du débiteur et des restrictions liées à l'existence d'une procédure secondaire. Ainsi elle entraîne dans tous les Etats le dessaisissement du débiteur et l'arrêt des poursuites individuelles. Pour le reste, ses effets portent essentiellement sur les pouvoirs conférés aux syndics qui s'étendent à tous les Etats membres.

Une limite importante à la reconnaissance *de plano* du jugement d'ouverture est posée par l'article 24.1 du règlement. Cette disposition prévoit que celui qui, ignorant l'ouverture de la procédure dans un autre Etat membre, a exécuté une obligation envers le débiteur alors qu'il aurait dû le faire au profit du syndic est valablement libéré. L'article 24.2 instaure une présomption simple d'ignorance de la procédure avant que les mesures de publicité aient été effectuées dans l'Etat considéré, et une présomption de connaissance après leur accomplissement. Tant que les mesures de publicité n'ont pas été réalisées, le tiers est excusé d'avoir ignoré l'existence de la procédure. Ainsi la personne qui était tenue d'une obligation envers le débiteur peut établir que, de bonne foi, elle ignorait l'existence de la procédure d'insolvabilité et justifier ainsi un acte accompli en dehors de la procédure.

La plénitude de la reconnaissance est en outre limitée par l'existence éventuelle de procédures secondaires.

b. la procédure simplifiée de reconnaissance des autres jugements

En vertu de l'article 25 du règlement, toutes les décisions relatives au déroulement et à la

clôture de la procédure d'insolvabilité, autres que le jugement d'ouverture font l'objet d'une procédure simplifiée de reconnaissance : elles sont reconnues sans formalité et sont exécutées en appliquant la procédure d'exequatur retenue par le règlement « Bruxelles I¹⁰⁰ », qui reprend la distinction traditionnelle entre reconnaissance et exécution. Cette règle s'applique non seulement aux décisions relatives au déroulement et à la clôture de la procédure, mais aussi aux concordats conclus entre le débiteur et ses créanciers et homologués par le tribunal.

Sont applicables les articles 31 à 51 du règlement « Bruxelles I »¹⁰¹, à l'exception de l'article 34.2 qui refuse la reconnaissance de la décision si l'acte introductif d'instance n'a pas été notifié au défendeur défaillant en temps utile et de sorte qu'il puisse se défendre. S'agissant de la procédure d'exequatur à titre principal, une procédure originale en deux temps a été mise en place : celui qui veut obtenir l'exequatur doit d'abord saisir par requête un juge désigné par le règlement¹⁰², qui rend l'ordonnance d'exequatur de manière non contradictoire, après avoir simplement vérifié que la décision qui lui est soumise est conforme à l'ordre public ; dans un second temps, cette déclaration constatant la force exécutoire de la décision étrangère doit être notifiée à l'autre partie, qui ne peut la contester que par un appel dans le délai d'un mois s'il réside dans l'Etat ou dans les deux mois sinon. Seule la procédure d'appel permet un débat contradictoire. Cette procédure se veut simple et rapide, ce qui autorise des mesures conservatoires, par exemple pour faire bloquer les comptes bancaires de son adversaire.

Les autres décisions que les décisions d'ouverture ou celles visées à l'article 25.1 sont régies par le règlement « Bruxelles I », pour autant qu'il soit applicable¹⁰³. Ce règlement prévoit en particulier que les décisions concernées ont dans tous les Etats une autorité provisoire de chose jugée et que cette autorité peut être contestée incidemment dans toute procédure.

Le renvoi à une procédure, certes simplifiée, d'exequatur limite sérieusement l'efficacité de plein droit des procédures d'insolvabilité, pourtant érigée en principe par le règlement.

2) le respect de l'ordre public, seule limite de la reconnaissance

¹⁰⁰Règlement n°44-2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (issu du reformatage de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)

¹⁰¹La circulaire a pris le parti d'inviter à appliquer non pas le règlement « Bruxelles I » mais la convention de 1968 qui le précédait. Elle considère cette interprétation comme étant plus conforme au texte du règlement du 29 mai 2000 qui se réfère à la convention et non pas au règlement. La conséquence pratique de l'application de la convention est que le contrôle de la décision étrangère sera préalable à la reconnaissance, contrairement au système mis en place par le règlement du 22 décembre 2000 qui lui substitue un simple contrôle formel, suivi d'un contrôle plus poussé uniquement en cas de contestation. Nous ne partageons pas cette interprétation : d'une part, parce que l'esprit du règlement sur les procédures d'insolvabilité est de favoriser la reconnaissance de plein droit des décisions dans les Etats membres et donc d'alléger les contrôles et, d'autre part, parce que le règlement « Bruxelles I » précise à son article 68.2 que tout renvoi à la convention de Bruxelles s'entend comme un renvoi au nouveau règlement.

cf. sur cette question : Jean-Luc Vallens, D. 2003 chron. p. 1421 et la circulaire du 17 mars 2003 page 17

¹⁰²En France, le président du Tribunal de grande instance – cf. annexe II du règlement Bruxelles I

¹⁰³Article 25.3 du règlement sur les procédures d'insolvabilité

Un seul motif de non-reconnaissance d'une décision étrangère a été prévu par le règlement : l'article 26 dispose qu'un Etat membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre Etat membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cela produirait « *des effets manifestement contraires à son ordre public* ». On retrouve ici la notion de conformité à l'ordre public international, qui fait partie des conditions générales d'exequatur en France de décisions étrangères.

Quel est le contenu de cet ordre public? Le règlement nous en donne quelques indications. Tout d'abord, il se réfère dans l'article 26 aux « *principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles* » garantis par la constitution de l'Etat considéré. Par ailleurs, l'article 25.3 précise que n'est pas obligatoirement reconnue une décision qui « *aurait pour effet de limiter la liberté individuelle ou le secret postal.* » Ce dernier ajout est curieux : on pourrait légitimement penser que l'article 26 couvre déjà la liberté individuelle et le secret de la correspondance.

Il est intéressant de relever la similitude existant entre la référence à l'ordre public contenue à l'article 26 du règlement sur les procédures d'insolvabilité et celle qui figure à l'article 34.1 du règlement « Bruxelles I »¹⁰⁴. Si la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le règlement du 29 mai 2000, elle a déjà précisé dans plusieurs arrêts la manière dont il fallait comprendre l'ordre public au sens du règlement « Bruxelles I ». Ainsi, dans l'arrêt « *Krombach*¹⁰⁵ », elle rappelle qu'il ne lui appartient pas de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat contractant, mais qu'il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'un autre Etat contractant. La Cour affirme ensuite que le recours à la clause d'ordre public « *n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre Etat contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique.*¹⁰⁶ » Une parenté évidente existe entre cette définition jurisprudentielle de l'ordre public et les éléments figurant dans l'article 26 du règlement sur les procédures d'insolvabilité.

¹⁰⁴Ex-article 27.1 de la convention « Bruxelles I » de 1968

¹⁰⁵CJCE 28 mars 2000, affaire C-7/98, Dieter Krombach c/ André Bamberski, Rec., I-1935, en particulier les § 23, 37

¹⁰⁶Cette motivation a été reprise ensuite dans l'arrêt CJCE 11 mai 2000, affaire C-38/98, « Régie nationale des usines Renault SA c/Maxicar SpA », Rec., I-2973

En droit international privé français, la notion d'ordre public a un effet actualisé¹⁰⁷ et surtout atténué : il ne couvre pas toutes les dispositions impératives du droit interne, mais permet uniquement d'écarter les décisions qui méconnaîtraient gravement les valeurs de la société française.

En matière de faillites internationales, la contrariété à l'ordre public est souvent invoquée mais très rarement admise par la jurisprudence qui favorise ainsi l'efficacité des procédures étrangères en France.

Ainsi la Cour de cassation admet-elle l'ouverture d'une procédure de faillite et l'exequatur des décisions prises à l'encontre d'un non-commerçant¹⁰⁸, alors qu'une telle procédure n'aurait pas pu être ouverte en France. « *L'exequatur d'une décision étrangère ouvrant une procédure collective à l'égard d'un non-commerçant n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international*¹⁰⁹ ».

Par ailleurs, la Cour de cassation considère que n'est pas contraire à l'ordre public international la décision étrangère qui fixe la date de cessation des paiements plus de dix-huit mois avant le prononcé de l'ouverture de la procédure, alors que cette durée maximale de la période suspecte est impérative en droit interne¹¹⁰. Cette solution est assez critiquée dans la mesure où depuis l'arrêt « *Kléber* » l'exequatur en France d'une décision étrangère en matière de faillite produit un effet rétroactif. Or cela peut conduire à remettre en cause des transactions antérieures non seulement à l'exequatur du jugement de faillite mais également antérieures au jugement d'ouverture étranger lui-même. Cette annulation des actes passés durant la période suspecte est source d'une grande insécurité juridique et fragilise la situation des cocontractants du débiteurs, qui sont la plupart du temps de bonne foi.

Très peu de décisions ont écarté les effets d'une procédure étrangère de faillite au nom de l'exception d'ordre public international. Mais on trouve un peu plus de jurisprudence en matière d'exequatur de sentences arbitrales. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle décidé, sur le fondement de la loi du 13 juillet 1967 que « *le principe de l'égalité des créanciers dans la masse ... est à la fois d'ordre public interne et international*¹¹¹ » ; ou encore que « *les principes de l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers, de dessaisissement du débiteur et d'interruption de l'instance en cas de faillite sont à la fois d'ordre public interne et international*¹¹². »

¹⁰⁷La notion d'ordre public évolue avec les mœurs et la société, et elle est donc appréciée au moment où le juge se prononce et non pas à la date du jugement étranger.

¹⁰⁸1ère Civ. 20 mai 1967, Bull. Civ. I n°172, affaire « Cole Weiss » - en l'espèce, l'exequatur visait non pas à ouvrir une procédure en France, mais seulement à permettre la réalisation des biens du débiteur en France

¹⁰⁹Com. 18 janvier 2000, Bull. Civ. IV n°17

¹¹⁰Com. 5 février 2002, JCP éd. E 2003 §854, note M. Raimon ; 1ère Civ. 15 juillet 1975, Bull. Civ. I n°236

¹¹¹1ère Civ. 4 février 1992, Bull. Civ. I n°38

¹¹²1ère Civ. 5 février 1991, Bull. Civ. I n°44 ; cf. aussi 1ère Civ. 8 mars 1988, Bull. Civ. I n°65

Selon l'analyse de Madame Marie-Noëlle Jobard-Barbellier¹¹³, il n'est pas certain que la suspension des poursuites individuelles et le dessaisissement du débiteur fassent réellement partie de l'ordre public international français en matière de faillites, puisque ces principes ne sont pas absolus en droit interne. Le principe d'égalité des créanciers paraît être l'élément essentiel de la notion d'ordre public international en matière de faillites¹¹⁴. Plus généralement, cet auteur suggère que la notion a vocation à jouer un rôle dès lors qu'un bien du débiteur se trouve en France et que des mesures prises à l'étranger relatives aux droits et garanties réels portant sur ces biens risquent de heurter les principes du droit français de la faillite.

On peut s'interroger sur l'articulation entre cette jurisprudence sur l'ordre public international et l'article 26 du règlement du 29 mai 2000 : la jurisprudence adoptera-t-elle pour appliquer le règlement la même conception de l'ordre public qu'en droit commun des faillites internationales? Ou, au contraire, aura-t-elle une appréciation encore plus étroite de l'ordre public comme semble l'y inciter le règlement, qui renforce ses exigences avec l'emploi de l'adverbe « *manifestement* » contraire à l'ordre public? Rien ne l'indique, mais le principe de confiance mutuelle invite à éviter au maximum le recours à l'exception d'ordre public et à une appréciation compréhensive de la décision étrangère.

La contrariété à l'ordre public international apparaît comme le seul motif de non-reconnaissance prévu par le règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité. On peut remarquer que dans le règlement « Bruxelles I » sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹¹⁵ beaucoup d'autres motifs de non-reconnaissance sont institués¹¹⁶, à savoir l'absence de signification de l'acte introductif d'instance au défendeur défaillant en temps utile, ou le caractère inconciliable de la décision avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État membre requis ou avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause. Cette limitation dans le règlement du 29 mai 2000 des motifs de non-reconnaissance à l'exception d'ordre public marque la volonté du législateur communautaire de réduire au maximum le risque qu'une procédure d'insolvabilité ne soit pas reconnue dans les autres États membres.

Reconnues dans tous les États membres, les procédures d'insolvabilité, principale et

¹¹³« *Quelques observations sur le domaine d'application de la loi de la faillite* », in Droit et pratiques du commerce international 1995 pages 23s.

¹¹⁴cf. par exemple un arrêt Civ. 22 mars 1944, Rev. Crit. 1946 p.107, note Niboyet, jugeant contraire à l'ordre public international la modification d'un concordat homologué par le Tribunal de commerce de Lisbonne adoptée par une catégorie limitée de créanciers

¹¹⁵Non applicable, rappelons-le, en matière de faillites

¹¹⁶Article 34 du règlement Bruxelles I

secondaire(s), ouvertes contre un débiteur doivent être coordonnées.

B/ la coordination des procédures

Le règlement du 29 mai 2000 opère une hiérarchie entre les procédures et organise leur coordination en subordonnant les procédures territoriales à la procédure principale, qui a vocation à l'universalité. Cette coordination des procédures se traduit par une répartition des pouvoirs entre les syndics (1) et des règles matérielles relatives aux droits des créanciers (2).

1) les pouvoirs conférés aux syndics

Après avoir mesuré l'étendue des pouvoirs conférés par le règlement aux syndics (a), il conviendra d'examiner la répartition de ces pouvoirs (b).

a. l'étendue des pouvoirs conférés aux syndics

L'article 18 du règlement qui fixe les pouvoirs conférés aux syndics dans les Etats dans lesquels la procédure est reconnue, distingue deux situations, selon qu'une procédure secondaire a été ouverte ou non contre le débiteur.

Une disposition commune prévoit que dans l'exercice de ses pouvoirs, le syndic doit respecter la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel il entend agir, en particulier quant aux modalités de réalisation des biens. Ces pouvoirs ne peuvent inclure l'emploi de moyens contraignants, ni le droit de statuer sur un litige ou un différend¹¹⁷.

Cette précision est utile et permet de délimiter le rôle du syndic : il n'a pas à se substituer à l'autorité chargée de prendre les décisions, que celle-ci soit judiciaire ou non. Par ailleurs, le syndic ne dispose pas de la force publique; à défaut d'accord du débiteur ou de la personne concernée, il devra recourir à l'intervention des autorités locales.

1. en l'absence de procédure secondaire

Les principes posés à l'article 18.1 du règlement sont « *simples quoi que révolutionnaires*¹¹⁸ ». Des pouvoirs très étendus sont conférés au syndic désigné dans le cadre d'une procédure principale : il peut en effet exercer sur le territoire d'un autre Etat membre tous les

¹¹⁷Article 18.3 du règlement

¹¹⁸Laurence Idot, « *Un nouveau droit communautaire des procédures collectives* » JCP éd. E 2000 n°42, n°31

pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'Etat d'ouverture. Ce pouvoir est néanmoins limité en cas d'ouverture d'une procédure secondaire.

Le syndic procède à l'inventaire de tous les biens et droits du débiteur, y compris ceux situés à l'étranger, conformément à l'universalité de la procédure principale. S'il s'agit d'un syndic désigné à titre provisoire en vue d'assurer la conservation des biens du débiteur, ce syndic provisoire est habilité à demander toute mesure de conservation ou de protection sur les biens du débiteur qui se trouvent dans un autre État membre prévue par la loi de cet État¹¹⁹. Il peut demander la publication dans les autres Etats des jugements de la procédure ; cette publicité n'est pas obligatoire mais peut lui faciliter la tâche. Le syndic peut déplacer les biens du débiteur hors de l'Etat membre sur lequel ils se trouvent, sous réserve des dispositions relatives aux droits réels des créanciers ou des tiers et aux clauses de réserve de propriété¹²⁰. Ainsi il peut les réintégrer au lieu d'ouverture de la procédure afin de favoriser le règlement unitaire de la faillite.

L'exercice de ces pouvoirs n'est soumis à aucune condition particulière, si ce n'est d'apporter la preuve de sa qualité par la production d'une copie de la décision le nommant ou un certificat établi par la juridiction compétente et traduite dans la langue de l'Etat où le syndic souhaite agir.

Il n'est pas nouveau de reconnaître en France des pouvoirs aux syndics étrangers. Le droit international privé français reconnaît depuis longtemps une certaine capacité à agir au syndic de la faillite prononcée à l'étranger même en l'absence d'exequatur de la décision qui l'a nommé. Ainsi il est acquis que le jugement fait la preuve du mandat du syndic étranger et que ce dernier peut agir en justice en France pour demander l'exequatur du jugement étranger, déclarer à une procédure française les créances de la masse qu'il représente¹²¹, ou encore effectuer des actes conservatoires¹²². L'aspect novateur du règlement réside plutôt dans l'étendue des pouvoirs du syndic principal.

2. en présence d'une procédure secondaire

En présence d'une procédure secondaire, le syndic de la procédure principale s'efface au profit du syndic secondaire. Ce dernier n'a à priori aucun pouvoir dans les autres Etats, puisqu'il s'agit d'une procédure territoriale. Cependant l'article 18.2 permet au syndic d'une procédure secondaire dans tout autre Etat membre de faire valoir par voie judiciaire ou extrajudiciaire, qu'un bien mobilier a été transféré du territoire de l'Etat d'ouverture sur le territoire de cet autre Etat

¹¹⁹Article 38

¹²⁰Articles 5 et 7 du règlement

¹²¹Com. 14 mai 1996, affaire « BCCI » D. 1996, p.586 note M. Vasseur

¹²²cf. « *La réalisation de l'actif en cas de procédures parallèles de faillite : les pouvoirs du syndic étranger de la procédure principale à l'épreuve du droit français des effets des jugements* » par Horatia Muir-Watt, DPCI 1994 p.541

membre après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il peut également exercer toute action révocatoire utile aux intérêts des créanciers.

b. la répartition des pouvoirs des syndics

Le règlement du 29 mai 2000 pose le caractère réciproque du devoir de coopération et d'information entre les syndics (1), ce qui ne l'empêche pas d'affirmer la prééminence du syndic de la procédure principale (2).

1. le devoir de coopération et d'information réciproque

Pour que le règlement sur les procédures d'insolvabilité réponde aux objectifs qui lui sont assignés, il convient d'instaurer une coopération « *effective et loyale*¹²³ » entre les syndics.

A cet égard, l'article 31 du règlement énonce de manière très général le devoir de coopération entre syndics, mais se montre plutôt discret sur ses aspects pratiques. Il précise simplement que le syndic de la procédure principale et les syndics des procédures secondaires sont tout d'abord tenus d'un devoir d'information réciproque, sous réserve du respect de la vie privée et du secret professionnel. Ils doivent ainsi communiquer sans délai tout renseignement qui peut être utile à l'autre procédure, notamment l'état de la production et de la vérification des créances et les mesures visant à mettre fin à la procédure. Cette énumération des informations susceptibles d'échanges n'est pas limitative, de sorte que les syndics pourront se communiquer tous les éléments relatifs à l'actif et au passif des procédures ainsi qu'aux perspectives de clôture. Ensuite, le syndic d'une procédure secondaire doit en temps utile permettre au syndic de la procédure principale de présenter des propositions relatives à la liquidation ou à toute utilisation des actifs de la procédure secondaire.

Ce sera à la pratique de donner un contenu plus consistant au devoir de coopération, au fur et à mesure que le besoin s'en fera sentir. Il est à noter qu'aucune précision n'est apportée par le règlement sur les sanctions éventuelles à prendre contre un syndic qui ne respecterait pas son devoir de coopération.

2. la prééminence du syndic de la procédure principale

Conformément à la hiérarchie opérée entre les procédures principale et secondaires, c'est au syndic de la procédure principale que revient la prééminence, c'est lui qui dispose du plus de pouvoirs. Il joue un peu le « *rôle de chef d'orchestre*¹²⁴ ».

¹²³Selon l'expression de la circulaire du 17 mars 2003

¹²⁴S. Poillot-Peruzzetto, cité par M. Menjucq, Bull. Joly 2000 p.1109s

Le syndic de la procédure principale peut ainsi demander la suspension temporaire de la procédure secondaire, sauf si elle est manifestement sans intérêt pour les créanciers de la procédure principale,¹²⁵ ou sa conversion en liquidation si elle a été ouverte avant la procédure principale¹²⁶.

Ensuite lorsque la loi applicable à la procédure secondaire prévoit la possibilité de clôturer cette procédure sans liquidation par un plan de redressement, un concordat ou une mesure comparable, une telle mesure peut être proposée par le syndic de la procédure principale¹²⁷. Il est de plus interdit de clôturer la procédure secondaire par l'une des mesures précitées sans l'accord du syndic de la procédure principale, sauf si les mesures n'affectent pas les intérêts financiers qu'il représente. Tous ces pouvoirs du syndic principal marquent bien la prééminence de la procédure principale sur la procédure secondaire.

Enfin le syndic de la procédure secondaire est tenu de transférer au syndic de la procédure principale le surplus d'actif, si la liquidation de la procédure secondaire permet de payer toutes les créances admises dans cette procédure¹²⁸.

2) les droits des créanciers

Le règlement du 29 mai 2000 mélange aux règles de conflit et de procédure, quelques règles matérielles relatives aux droits des créanciers.

Peut en bénéficier tout créancier, quelle que soit sa qualité, privilégié ou ordinaire, dès lors qu'il a sa résidence habituelle dans l'Union européenne¹²⁹. On retrouve ici le lien de rattachement géographique habituel qui justifie l'applicabilité du droit communautaire, on peut néanmoins s'interroger sur ce qui justifie une telle restriction : pourquoi les créanciers extra-communautaires devraient-ils être moins bien traités? C'est certainement une considération pratique qui a dicté cette disposition : il peut être difficile pour le syndic d'aller prévenir individuellement un créancier domicilié à l'autre bout de la planète. La finalité de ces règles uniformes est de préserver l'égalité entre les créanciers, mais seuls les créanciers européens en bénéficient et cette égalité est fortement relativisée par la diversité des lois applicables à certaines créances¹³⁰.

Sont prévues à l'égard des créanciers des mesures d'information et de publicité (a), ainsi que des règles relatives à la production de leurs créances et la répartition des dividendes (b).

a. les mesures d'information et de publicité

¹²⁵Article 33 du règlement

¹²⁶Article 37

¹²⁷Article 34

¹²⁸Article 35

¹²⁹Article 39

¹³⁰cf. infra, les multiples exceptions à l'application de la *lex fori concursus*

Les créanciers sont informés de l'existence de la procédure dans un autre Etat membre de deux manières : d'une part le jugement d'ouverture peut faire l'objet de mesures de publicité et d'autre part, une obligation d'informer les créanciers pèse sur la juridiction d'ouverture ou sur le syndic.

L'article 21 du règlement permet au syndic de demander que le contenu essentiel de la décision ouvrant la procédure d'insolvabilité soit publié dans tout autre État membre, selon les modalités de publication prévues dans cet État. La publication obligatoire de la décision peut même être prévue par tout État membre sur le territoire duquel le débiteur a un établissement, auquel cas le syndic de la procédure principale doit prendre les mesures nécessaires pour assurer cette publication.

Quant à l'obligation d'informer les créanciers, elle repose sur l'article 40 du règlement. Lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la juridiction compétente ou le syndic nommé par celle-ci informe sans délai les créanciers connus qui ont leur résidence habituelle, leur domicile ou leur siège dans les autres États membres. Cette information est assurée par l'envoi individuel d'une note et porte notamment sur les délais à observer, les sanctions prévues quant à ces délais, l'organe ou l'autorité habilitée à recevoir la production des créances et les autres mesures prescrites. Cette note indique également si les créanciers dont la créance est garantie par un privilège ou une sûreté réelle doivent produire leur créance.

b. les règles relatives à la production des créances et la répartition des dividendes

L'article 32 du règlement formule un principe général et inconditionnel : Tout créancier peut produire sa créance à la procédure principale et à toute procédure secondaire. Ainsi plutôt que de trier les créanciers selon leur origine géographique parallèlement au morcellement des procédures, on admet qu'une même créance soit produite plusieurs fois. Cette règle existait déjà en droit international privé français¹³¹ et trouve sa justification à la fois dans le principe d'égalité entre les créanciers et dans la théorie de l'unité du patrimoine.

L'article 32 prévoit en outre qu'un syndic peut produire dans toute autre procédure les créances déjà produites dans la procédure qu'il a à connaître, s'il respecte les délais de la loi applicable à cette autre procédure, et dans la mesure où cette production est utile aux créanciers. Ainsi, le syndic désigné dans une procédure principale pourra produire dans une procédure secondaire, les créances déjà produites dans la procédure principale. Les créanciers seront donc

¹³¹Civ. 11 mars 1913, arrêt « Nebel » DP 1914 1 p.185

dispensés de produire eux-mêmes à nouveau dans la procédure secondaire. Ils sont présumés avoir donné mandat au syndic pour produire dans celle-ci.

Les modalités de la production des créances sont fixées aux articles 41 et 42 du règlement : elle se fait par écrit, accompagnée des copies des pièces justificatives et peut être rédigée dans la langue officielle de l'Etat du créancier.

La répartition des dividendes est régie par l'article 20.2 : « *Afin d'assurer un traitement égal des créanciers, le créancier qui a obtenu, dans une procédure d'insolvabilité, un dividende sur sa créance, ne participe aux répartitions ouvertes dans une autre procédure, que lorsque les créanciers de même rang ou de même catégorie ont obtenu, dans cette autre procédure, un dividende équivalent.* » Un créancier ne peut donc pas se faire payer deux fois sur deux masses de biens distinctes. Une certaine coordination des opérations de clôture des procédures principale et secondaires est donc nécessaire.

Une fois la juridiction compétente déterminée, reste à régler la seconde question de droit international privé que tranche le règlement : quelle est la loi applicable à la procédure d'insolvabilité ouverte?

section II : la détermination de la loi applicable

Les procédures d'insolvabilité étant au carrefour entre de multiples branches du droit¹³², nombreuses sont les lois susceptibles de s'appliquer aux faillites internationales. Le règlement des conflits de lois est donc d'une importance majeure dans cette matière.

Dans la lignée du droit international privé classique, le règlement du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité pose la compétence de principe de la *lex fori* (1), mais tempère cette règle de multiples exceptions (2).

§ 1 : la compétence de principe de la *lex fori concursus*

Après avoir exposé le principe de la compétence de la loi du tribunal saisi (A), nous examinerons son domaine (B).

A/ l'attraction du conflit de juridictions sur le conflit de lois

Le principe gouvernant la solution du conflit de lois est posé dès l'article 4.1 du règlement : « *Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte* ». Le considérant 23 précise que « *la lex concursus détermine tous les effets de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, sur les personnes et les rapports juridiques concernés.* » Est ainsi affirmée la compétence générale de la loi de l'Etat où la procédure d'insolvabilité est ouverte. En vertu de ce principe simple, dès lors qu'un tribunal français est compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité, il devra appliquer la loi interne française sur les procédures collectives.

C'est une règle classique de droit international privé que d'appliquer la *lex fori*, c'est-à-dire la loi de l'Etat de la juridiction d'ouverture, en matière de faillites internationales. Le règlement ne fait que reprendre une solution connue de tous les Etats membres.

En droit international privé français, la loi du for avait déjà pour rôle de déterminer les conditions de saisine du tribunal et d'ouverture de la procédure, ainsi que ses effets tels que le dessaisissement du débiteur, la nomination des organes, les responsabilités encourues, ou les restrictions aux droits des créanciers. Les juridictions françaises avaient également admis que si la faillite était prononcée

¹³²cf. supra

à l'étranger, la loi du for étranger précise les effets en France du jugement étranger¹³³.

La principale raison d'appliquer la *lex fori concursus* est la forte importance des aspects procéduraux en matière de faillites. La faillite est par nature une procédure, et même une « *procédure judiciaire sui generis*¹³⁴ » comme l'écrit Monsieur Paul Didier. Cette nature procédurale se manifeste dans tous les aspects de la faillite, saisie collective du patrimoine du débiteur, concordat collectif ou plan imposé par une autorité publique, répression des commerçants défaillants, mais aussi par l'existence d'organes propres aux procédures collectives. Or en droit international privé, la loi qui gouverne la procédure est systématiquement la loi du tribunal saisi.

D'autres arguments peuvent être invoqués au soutien de l'attraction du conflit de juridictions sur le conflit de lois. Tout d'abord, des considérations d'intérêt général invitent à ce choix : c'est l'intérêt de l'Etat d'ouverture que de voir reconnaître sa loi comme étant compétente¹³⁵. Mais aussi la nécessité de s'accorder sur une loi unique, en dépit la diversité des acteurs et des lois qui présentent un lien avec la procédure : il s'agit de favoriser le règlement d'ensemble des difficultés du débiteur défaillant, de manière cohérente. Enfin, on ne peut nier une raison pratique : il est plus simple et naturel pour le juge d'appliquer sa propre loi, ne serait-ce que parce qu'il la connaît mieux que les lois étrangères.

B/ le domaine de la *lex fori concursus*

L'article 4.2 assigne comme rôle à la *lex fori concursus* de déterminer les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité. C'est sensiblement le même domaine que lui attribue le droit international privé français.

Cette règle de conflit s'applique aussi bien à la procédure secondaire qu'à la procédure principale¹³⁶. Chaque procédure est donc régie par sa loi nationale.

Le règlement fixe ensuite la liste non limitative des aspects de la procédure soumis à cette règle. Nous exposerons ces thèmes en distinguant trois étapes : l'ouverture de la procédure (1), son déroulement (2) et sa clôture (3).

Précisons que si la liste énoncée à l'article 4.2 du règlement n'est pas limitative, elle n'est pas non plus extensible à l'infini. La compétence générale de la loi du for n'est pas sans limite; en sont

¹³³1ère Civ. 22 février 2000, Bull. Civ. I n°51

¹³⁴Paul Didier, *Droit commercial, l'entreprise en difficulté*, 2ème éd. p.43

¹³⁵Cet argument nationaliste a aussi son revers : l'application de la loi du for n'est pas sans danger pour les créanciers étrangers, le législateur du for pouvant être tenté de modifier la loi interne au gré de ses intérêts, comme cela a été le cas en Italie avec l'affaire « Parmalat ». Mais en l'absence de règles uniformes régissant les faillites, on ne peut éviter l'application d'une loi interne.

¹³⁶Article 28 du règlement

exclus en particulier la responsabilité des mandataires de justice, ou les sanctions et interdictions professionnelles contre les dirigeants.

1) l'application de la *lex fori* à l'ouverture de la procédure

L'article 4.2 pose tout d'abord que la *lex fori concursus* détermine les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de leur qualité; et les biens qui font l'objet du dessaisissement et le sort des biens acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

En absence d'une définition harmonisée de la notion de débiteur soumis au règlement sur les procédures d'insolvabilité, il était logique de laisser au droit de chaque Etat membre le soin de décider à quelles personnes s'applique le droit des faillites.

Plus généralement, et conformément au droit international privé antérieur au règlement, la loi du *for* aura vocation à régir la saisine du tribunal et la procédure applicable devant lui.

2) l'application de la *lex fori* au déroulement de la procédure

L'article 4.2 poursuit ainsi son énumération : la *lex fori concursus* détermine les pouvoirs respectifs du débiteur et du syndic; les conditions d'opposabilité d'une compensation; les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie¹³⁷.

Au sujet des contrats en cours, une précision est à apporter : le règlement semble écarter l'application de la *lex contractus*, mais il reste nécessaire de s'y référer pour vérifier qu'il s'agit bien d'un contrat en cours et s'assurer de sa validité ; la loi du tribunal saisi permettra simplement de décider de la suite à donner à ce contrat, à savoir sa continuation ou sa résiliation.

La *lex fori concursus* détermine également les créances à produire au passif du débiteur et le sort des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ainsi que les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances. Une fois encore, le règlement pose une règle déjà connue du droit international privé français. Ce dernier admet depuis longtemps que tous les créanciers sans distinction de nationalité peuvent déclarer leur créance à une procédure ouverte en France¹³⁸, y compris lorsque les créanciers n'ont aucun lien avec l'établissement français en cause¹³⁹. Le Code de commerce octroie même aux créanciers domiciliés hors de France métropolitaine un

¹³⁷Article 4.2.c,d,e

¹³⁸Civ. 11 mars 1913, arrêt « Nebel » DP 1914 1 p.185

¹³⁹Com. 14 mai 1996, affaire « BCCI », précité

délai plus long pour déclarer leurs créances¹⁴⁰.

Il est ensuite énoncé que la *lex concursus* fixe les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles, à l'exception des instances en cours. Cette exception est précisée à l'article 15 qui dispose que « *les effets de la procédure d'insolvabilité sur une instance en cours concernant un bien ou un droit dont le débiteur est dessaisi sont régis exclusivement par la loi de l'État membre dans lequel cette instance est en cours.* » Par conséquent, si le droit fait l'objet d'une contestation en France, l'article L621-41 du Code de commerce trouvera à s'appliquer : il prévoit que les instances en cours sont suspendues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance, puis qu'elles sont reprises de plein droit, le représentant des créanciers et l'éventuel administrateur judiciaire ayant été dûment appelés, mais tendent alors uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant.

En revanche, l'éventuelle suspension des poursuites individuelles contre le débiteur relève toujours de la *lex fori concursus*, car elle est inhérente à la procédure de faillite. Son but est en effet de garantir l'aspect collectif et égalitaire de la procédure. Cette règle est conforme au droit commun français : la jurisprudence affirme en effet que les règles françaises relatives à la suspension des poursuites individuelles sont d'ordre public international et ne peuvent être écartées par une immunité du créancier résultant d'une convention internationale¹⁴¹.

3) l'application de la *lex fori* à la clôture de la procédure

Au sujet de la clôture de la procédure, la *lex fori concursus* détermine les règles de distribution du produit de la réalisation des biens, le rang des créances et les droits des créanciers qui ont été partiellement désintéressés après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en vertu d'un droit réel ou par l'effet d'une compensation; les conditions et les effets de la clôture de la procédure d'insolvabilité, notamment par concordat; les droits des créanciers après la clôture de la procédure d'insolvabilité¹⁴².

Cette dernière disposition semble indiquer que le créancier qui resterait impayé après la clôture de la procédure et qui souhaiterait engager la responsabilités de dirigeants du débiteur défaillant ou d'autres créanciers fautifs ne pourrait le faire que dans le cadre de la *lex concursus*¹⁴³.

La *lex fori concursus* a donc vocation à régler l'essentiel de la procédure d'insolvabilité. Cependant,

¹⁴⁰Article L621-67 du Code de commerce

¹⁴¹1ère Civ. 19 décembre 1995, Bull. Civ. I n°470

¹⁴²Article 4.2.i,j,k du règlement

¹⁴³cf. aussi Guy-Auguste Likillimba JCP 2003, note sous l'arrêt « Daisytek », §14

le règlement apporte de nombreuses dérogations à cette compétence générale de la loi de la faillite dans des matières revêtant un intérêt particulier dans de telles procédures.

§ 2 : les exceptions multiples à l'application de la *lex fori concursus*

Une pure application de la théorie de l'universalité de la faillite donnerait lieu à l'ouverture d'une procédure unique, soumise à une loi unique. Le règlement du 29 mai 2000 incite à l'ouverture d'une procédure unique, avec une procédure principale reconnue dans tous les Etats membres, mais il échoue à soumettre cette procédure à une loi unique : l'application de la *lex fori concursus* rencontre de multiples exceptions. La diversité de ces tempéraments au principe fait courir le risque d'un manque de cohérence dans la solution des procédures d'insolvabilité et l'on peut souhaiter que la liste des exceptions soit amenée à se réduire.

Les exceptions à la compétence de la *lex fori concursus* sont de deux ordres : d'une part, le règlement soumet certaines matières à d'autres lois (A), et d'autre part, il prévoit que certaines questions ne sont pas affectées par la procédure (B).

A/ les matières relevant d'une loi différente de la loi du tribunal

Les articles 8 à 15 du règlement établissent une liste de matières échappant au moins partiellement à l'application de la *lex fori concursus*. Ces exceptions reposent sur le souci de préserver la sécurité juridique et l'idée qu'il ne faut pas que les droits régulièrement acquis par les créanciers soient remis en cause par une loi dont ils ne pouvaient prévoir l'application ni les effets. Les matières visées sont les relations de travail (1), les contrats relatifs aux biens immobiliers (2), les droits soumis à un enregistrement (3) et les obligations nées dans les systèmes de paiement ou sur les marchés financiers (4).

Il convient de noter que dans tous ces cas, les lois internes auxquelles le règlement donne compétence ne sont pas les règles matérielles de droit commun, mais celles relatives à la faillite¹⁴⁴.

1) le droit du travail

¹⁴⁴Ouvrage précité § 332

Alors qu'en principe la *lex concursus* détermine les effets de la procédure sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie¹⁴⁵, l'article 10 du règlement proclame que « *les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de travail et sur le rapport de travail sont régis exclusivement par la loi de l'État membre applicable au contrat de travail.* » On peut regretter une telle exception à l'application de la *lex concursus* qui ne favorise pas le règlement unitaire de la faillite, alors même que la plupart des droits internes incluent le maintien de l'emploi parmi les priorités des procédures de faillite¹⁴⁶. Cette exception a sans doute été introduite dans le règlement par crainte de la diversité des législations sociales entre les États membres.

Le considérant 28 du préambule n'est pas aussi tranché et propose plutôt un partage de compétence entre la loi de l'État d'ouverture et celle applicable au contrat de travail : « *les effets de la procédure d'insolvabilité sur la poursuite ou la cessation des relations de travail et sur les droits et les obligations de chaque partie découlant de ces relations doivent être déterminés par la loi applicable au contrat en vertu des règles générales de conflit de lois. D'autres questions d'insolvabilité, telles que, par exemple, celle de savoir si les créances des travailleurs sont garanties par un privilège et quel est le rang éventuel de ce privilège, devraient être déterminées conformément à la loi de l'État d'ouverture.* »

Ainsi, les contrats de travail et tout ce qui concerne les relations de travail, les conventions collectives par exemple, sont régis exclusivement par la loi de l'État membre applicable au contrat de travail en vertu des règles de conflit de droit commun. A cet égard, la Convention de Rome du 19 juin 1980¹⁴⁷ sur la loi applicable aux obligations contractuelles servira à déterminer la loi applicable aux contrats de travail.

Cette convention consacre le principe de la liberté des parties de choisir la loi applicable à leur contrat. Cette faculté est accordée de façon très libérale; toutefois, dans une situation purement interne, le choix d'une loi étrangère ne peut écarter les règles impératives de la loi du pays concerné par cette situation. N'importe quel élément objectif d'extranéité suffit pour que la relation contractuelle soit qualifiée d'internationale. La liberté de choix est néanmoins limitée pour les contrats conclus par les consommateurs et surtout pour les contrats individuels de travail, qui nous intéressent ici. Le choix d'une loi applicable n'est valable que pour autant qu'il offre une protection juridique au travailleur équivalant à celle du droit applicable en l'absence de choix par les parties. A défaut de choix par les parties, la convention déclare applicable la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Ce pays est présumé être celui où réside la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du type de contrat en cause et non pas le cocontractant qui est

¹⁴⁵Article 4.2.e du règlement

¹⁴⁶Comme en témoigne l'article L620-2 du Code de commerce

¹⁴⁷JOCE L.266 du 9 octobre 1980

simplement tenu de payer la prestation de celui-ci. Le contrat de travail est donc soumis, faute de choix, à la loi du pays où le travailleur accomplit habituellement le travail ou, si plusieurs pays entrent en ligne de compte, du pays où le travailleur a été embauché.

La *lex concursus* n'est donc pas applicable aux contrats de travail, qui font exception au principe d'attraction du conflit de juridictions sur le conflit de lois. En revanche, pour déterminer le rang des salariés parmi les autres créanciers, le considérant 28 du règlement du 29 mai 2000 invite à appliquer la *lex concursus*. Cette solution est de loin la plus cohérente : il est salubre que le classement des créanciers relève du plus petit nombre d'ordres juridiques différents.

Remarquons que la Communauté européenne a eu depuis longtemps le souci de protéger les salariés en cas de défaillance de leur employeur. Cela s'est traduit par la directive 1980/987/CEE du Conseil du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur¹⁴⁸. Ce texte oblige les Etats membres à mettre en place une institution qui garantisse aux travailleurs concernés le paiement des créances impayées des travailleurs. En cas d'insolvabilité d'une entreprise employant des travailleurs dans différents Etats membres, les créances salariales sont payées aux salariés par l'institution de garantie du lieu d'exécution de leur contrat de travail. Cette règle d'origine prétorienne, initiée par la Cour de Justice des Communautés Européennes, reprise par la Cour de cassation¹⁴⁹, a été introduite dans la directive¹⁵⁰. Ainsi, c'est le lieu où les salariés exercent habituellement leur travail qui détermine l'institution de garantie compétente.

Cette harmonisation des règles de protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur a permis de décider, dans le règlement sur les procédures d'insolvabilité¹⁵¹, que la loi applicable à la garantie des salaires est celle de l'Etat d'ouverture, sans craindre de trop fortes inégalités de protection entre les salariés européens.

2) les contrats permettant d'acquérir ou de jouir d'un bien immobilier

Le règlement du 29 mai 2000 a prévu un second tempérament à l'application de la *lex fori concursus*, en matière de biens immobiliers. Les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat donnant le droit d'acquérir un bien immobilier ou d'en jouir sont régis exclusivement par la loi de

¹⁴⁸JOCE L.283 du 20 octobre 1980 p.3

¹⁴⁹Soc. 2 juillet 2002, Bull. Civ. V n°228

¹⁵⁰Depuis la directive n°2002/74/CE du 23 septembre 2002 ; on peut noter que cette directive a aligné sa définition de la procédure d'insolvabilité sur celle du règlement du 29 mai 2000.

¹⁵¹Considérant 28 *in fine*

l'État membre sur le territoire duquel ce bien est situé¹⁵². L'application de la *lex rei sitae* aux droits portant sur un immeuble est un réflexe traditionnel du droit international privé qui estime toujours que la loi du lieu de localisation de l'immeuble est la plus appropriée pour régir les droits portant sur le bien.

3) les droits inscrits dans un registre

L'article 11 du règlement ajoute une exception à l'application de la *lex concursus*, au sujet des droits du débiteur sur un bien immobilier, un navire ou un aéronef, qui sont soumis à inscription dans un registre public : les effets de la procédure d'insolvabilité sur ces droits sont régis par la loi de l'État membre sous l'autorité duquel le registre est tenu.

4) les droits et obligations des participants à un marché financier

Enfin, l'article 9 du règlement prévoit que les droits et obligations des participants à un système de paiement ou de règlement ou à un marché financier sont régis exclusivement par la loi de l'État membre applicable audit système ou marché. Cette exception à l'application de la *lex concursus* est justifiée au considérant 27 par un « *besoin de protection particulier en ce qui concerne les systèmes de paiement et les marchés financiers.* »

A cet égard, la directive de 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres¹⁵³ veille à ce que les procédures d'insolvabilité aient le moins d'incidences possibles sur le fonctionnement des marchés financiers. Les dispositions du règlement du 29 mai 2000 s'effacent devant celles de la directive.

Les opérations concernées sont la compensation et la liquidation prévues dans les systèmes de paiement, ainsi que la cession de titres et les sûretés constituées pour les transactions sur les marchés financiers. Seule la loi applicable au système ou au marché concerné s'applique à ces transactions. Cette disposition vise à éviter l'instabilité qui résulterait de toute modification des mécanismes de règlement et de liquidation des transactions prévus dans des systèmes de paiement ou de règlement ou sur les marchés financiers des États membres, en cas d'insolvabilité d'une des parties à une transaction.

¹⁵²Article 8 du règlement

¹⁵³directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998, JOCE du 11 juin 1998, L.166

L'article 2.j donne une définition très large de la «procédure d'insolvabilité» au sens de cette directive : « *toute mesure collective prévue par la législation d'un Etat membre, ou d'un pays tiers, aux fins soit de liquider le participant, soit de le réorganiser dès lors que cette mesure implique la suspension ou une limitation des transferts ou des paiements* »

A côté de ces exceptions à l'application de la *lex fori concursus*, le règlement prévoit que certains droits « ne sont pas affectés par la procédure d'insolvabilité ».

B/ des droits « non affectés par la procédure »

Le règlement du 29 mai 2000 pose que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas les droits réels d'un créancier sur les biens du débiteur se trouvant à l'étranger, le droit d'un créancier d'invoquer la compensation, ou encore les droits du vendeur fondés sur une réserve de propriété¹⁵⁴.

Le fondement de ces exceptions est l'intérêt général du crédit. Les mécanismes visés correspondent à des sûretés, c'est-à-dire des techniques destinées à mettre à l'abri le créancier des défaillances du débiteur. La reconnaissance des sûretés est un facteur d'accroissement du crédit des entreprises que le droit international privé se doit de protéger.

Les sûretés prennent tout leur sens dans le concours entre les créanciers, en cas d'insolvabilité du débiteur : il aurait été regrettable que le règlement n'en tienne pas compte. Or leur appréhension varie beaucoup selon les Etats membres, qui décident de rompre plus ou moins l'égalité entre les créanciers munis de sûretés et les créanciers chirographaires. Le dispositif mis en place par le règlement, la neutralité de la *lex fori concursus* et l'application des règles de conflit de droit commun, permet de ne pas déjouer les prévisions des créanciers qui ont accordé leur crédit en fonction des garanties obtenues. Cette façon de déterminer les droits des créanciers entraîne néanmoins un risque de décomposition du patrimoine en sous-masses au détriment du principe d'unité de la faillite.

Il convient de préciser ici que dans ces trois situations, la limitation des effets de la loi de la faillite peut être écartée dans la mesure où le régime des actes de la période suspecte reste soumis à la *lex concursus*. L'article 4.2.m du règlement dispose en effet que la *lex concursus* détermine les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers. Ainsi, comme le mentionnent expressément les articles 5 à 7 du règlement, tous les actes, constitution d'un droit réel sur un bien, compensation ou réserve de propriété, pourraient être remis en cause lorsque la *lex concursus* prévoit l'annulation ou l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers¹⁵⁵. La doctrine traditionnelle considère qu'en droit international privé des faillites, les nullités de la période suspecte relève non pas de la *lex contractus*

¹⁵⁴Articles 5 à 7 du règlement

¹⁵⁵En droit français, le régime de la nullité des actes de la période suspecte est prévu par l'article L621-107 du Code de commerce

mais de la *lex concursus*, car ces nullités ne résultent pas d'un vice interne du contrat mais de la procédure collective.

Cependant, cette limitation des exceptions à l'application de la *lex concursus* prévues par les articles 5 à 7 du règlement est elle-même à relativiser, puisqu'en vertu de l'article 13, il est possible au bénéficiaire de l'acte d'échapper à la sanction de la loi de la faillite en montrant que l'acte est soumis à une autre loi que celle de la faillite et que la loi concernée ne permet par aucun moyen d'attaquer l'acte en cause.

Nous examinerons successivement la non-affectation par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité des droits réels d'un créancier sur les biens du débiteur se trouvant à l'étranger (1), du droit d'un créancier d'invoquer la compensation (2), et des droits du vendeur fondés sur une réserve de propriété (3).

1) les créanciers titulaires d'un droit réel

La *lex concursus* détermine la masse des biens du débiteur à partager entre les créanciers. Certains de ces biens peuvent être affectés d'une sûreté. L'article 5 du règlement dispose à ce sujet que « *l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens ... appartenant au débiteur, et qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre.* »

Pour délimiter le champ d'application exact de cette disposition, il conviendra de rechercher successivement les biens (a) puis les droits réels (b) concernés.

a. les biens concernés

Toutes les catégories de biens sont concernés : les biens incorporels autant que les biens corporels, les meubles autant que les immeubles. La notion de biens couvre « *à la fois les biens déterminés et les ensembles de biens indéterminés dont la composition est sujette à modification* ». Cette dernière précision permet d'inclure les *floating charges* connues des droits anglais et irlandais.

Ces biens doivent appartenir au débiteur qui fait l'objet de la procédure d'insolvabilité. Ainsi seuls les droits réels accessoires¹⁵⁶ sont concernés par l'article 5, puisque l'existence d'un droit réel principal exclurait le bien du patrimoine du débiteur.

En outre, les seuls biens visés sont ceux qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la

¹⁵⁶c'est-à-dire ceux ne conférant qu'une garantie éventuelle à leurs titulaires, qui ne peuvent utiliser directement les choses comme les titulaires de droits réels principaux. cf. Gérard Cornu, *Droit des biens* § 982s.

procédure, sur le territoire d'un autre État membre. Sont ainsi exclus les biens situés dans l'Etat d'ouverture mais aussi tous les biens situés dans des Etats tiers. Le règlement précise les critères de localisation des biens¹⁵⁷. Pour les biens corporels, il s'agit de l'État membre sur le territoire duquel le bien est concrètement situé. Les biens et les droits qui doivent faire l'objet d'un enregistrement, comme par exemple les navires et les aéronefs, sont localisés dans l'État membre où le registre est tenu. Quant aux créances, elles se trouvent situées pour les besoins du règlement au lieu du centre des intérêts principaux du tiers débiteur. Notons que des difficultés de preuve sont susceptibles de survenir au sujet de la localisation des biens meubles.

b. les droits réels concernés

L'article 5.2 donne une liste non limitative des droits réels qui ne sont pas affectés par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Sont couverts notamment le droit de réaliser ou de faire réaliser le bien et d'être désintéressé par le produit ou les revenus de ce bien, en particulier en vertu d'un gage ou d'une hypothèque; le droit exclusif de recouvrer une créance, notamment en vertu de la mise en gage ou de la cession de cette créance à titre de garantie; le droit de revendiquer le bien et/ou d'en réclamer la restitution entre les mains de quiconque le détient ou en jouit contre la volonté de l'ayant droit; le droit de percevoir les fruits d'un bien.

La notion de droit réel n'est pas définie par le règlement; elle relève donc de la loi interne dont relève le droit considéré et peut varier selon les Etats membres. Parmi les droits cités figure la cession de créance à titre de garantie; or le droit de recouvrer une créance suite à une telle n'est pas regardé par le droit français comme un droit réel mais comme un droit de créance contre le débiteur cédé. Peut-être faudra-t-il le considérer comme un droit réel lorsque s'applique le règlement.

Soulignons enfin que l'article 5 protège les droits réels et non les biens eux-mêmes : ainsi le syndic peut toujours entreprendre des actes de disposition sur le bien sur lequel porte le droit, dès lors qu'il désintéresse le titulaire du droit à hauteur de sa créance.

L'extinction des créances non déclarées à la procédure, prévue par le droit interne français¹⁵⁸, est jugée inconciliable avec le principe posé par l'article 5 du règlement sur les procédures d'insolvabilité, selon lequel l'ouverture du redressement judiciaire n'affecte pas les droits réels. En effet, comme le souligne l'exposé des motifs du projet de loi de sauvegarde des entreprises, transmis au Conseil d'Etat le 26 janvier 2004, « *une créance éteinte ne peut être garantie par un droit réel* ». Critiquée dès son introduction en 1985, l'extinction des créances non

¹⁵⁷article 2.g du règlement

¹⁵⁸alinéa 4 de l'article L 621-46 du Code de commerce

déclarées constitue un véritable piège pour les créanciers. Le projet de loi prévoit sa suppression. Du nouveau texte, il résulterait que les créanciers ayant omis de déclarer seraient simplement forclos : ils ne participeraient pas, le cas échéant, aux répartitions et dividendes, mais leur créance ne serait pas éteinte¹⁵⁹.

Sauf en cas d'action en nullité ou en inopposabilité, les droits réels répondant à toutes les conditions précitées ne sont pas affectés par l'ouverture de la procédure : conformément aux règles de droit commun de conflit de lois, la *lex rei sitae*, la loi du lieu de situation du bien s'appliquera. Un doute subsiste sur la détermination de cette loi : s'agit-il du lieu où se trouvait le bien lors de la constitution de la sûreté ou de celui où il se situe lorsque la procédure est ouverte? C'est au droit interne de chaque Etat de trancher, avec le risque d'assister à la naissance de nouveaux conflits de lois.

En application de la loi désignée, le créancier titulaire d'un droit réel pourra normalement réaliser individuellement le bien en vue de couvrir sa créance ; si le produit de la vente excède ses droits, il devra restituer le surplus. La réalisation des biens sur lesquels portent les droits réels peut aussi se faire par ouverture d'une procédure secondaire dans la juridiction où sont nés les droits réels dans la mesure où le débiteur a un établissement dans cet État, à la demande du syndic principal¹⁶⁰.

2) les vendeurs bénéficiant d'une clause de réserve de propriété

La clause de réserve de propriété a pour objet de retarder le transfert de propriété du vendeur à l'acheteur jusqu'au paiement intégral du prix de vente. L'article 7.1 du règlement du 29 mai 2000 dispose que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre l'acheteur d'un bien n'affecte pas les droits du vendeur fondés sur une réserve de propriété, lorsque ce bien se trouve, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre que l'État d'ouverture. Le paragraphe 2 ajoute que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le vendeur d'un bien, après la livraison de ce bien, ne constitue pas une cause de résolution ou de résiliation de la vente et ne fait pas obstacle à l'acquisition par l'acheteur de la propriété du bien vendu.

Il s'agit d'assurer l'efficacité de la clause de réserve de propriété. Ce dispositif cherche à protéger les fournisseurs étrangers qui ignorent souvent les modalités à suivre pour obtenir restitution du bien en cas de faillite. Les fournisseurs locaux sont présumés connaître les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de la clause de réserve de propriété.

¹⁵⁹article 43 du projet, cf. Alain Lienhard, D. 2004 Somm. p. 419

¹⁶⁰Considérant 25

Cette disposition écarte la compétence de la loi de l'Etat d'ouverture pour régir la réserve de propriété, mais plutôt que de trancher le conflit de compétence entre la *lex rei sitae* et la *lex contractus*, elle préfère établir une règle matérielle : l'opposabilité à la procédure de la clause de réserve de propriété.

Le droit international privé français antérieur donnait compétence à la loi du *for* pour édicter des causes particulières d'inopposabilité à la faillite de la clause de réserve de propriété : « *les conditions auxquelles peuvent être revendiquées des marchandises vendues avec réserve de propriété sont, en cas de redressement judiciaire de l'acheteur, déterminées par la loi de la procédure collective, quelle que soit la loi régissant la validité et l'opposabilité, en général, de la clause de propriété réservée*¹⁶¹ ». Appliquer la *lex concursus* présentait l'avantage de placer tous les créanciers titulaires d'une réserve de propriété sur un pied d'égalité.

3) les créanciers susceptibles d'invoquer la compensation de leur créance

L'article 6 énonce que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit d'un créancier d'invoquer la compensation de sa créance avec la créance du débiteur, lorsque cette compensation est permise par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable. La compensation, qui se définit comme l'extinction totale ou partielle de deux obligations réciproques entre les mêmes personnes, échappe donc au domaine de la *lex concursus* et reste possible si la loi de la créance le permet.

Le considérant 26 justifie cette exception par le fait que la compensation constitue « *une sorte de garantie* », qui doit être régie par une loi dont le créancier concerné peut se prévaloir au moment de la naissance de la créance.

¹⁶¹1ère Civ. 8 janvier 1991, Bull. Civ. I n°9

conclusion

Cette brève étude montre que les apports au droit international privé français des faillites du règlement communautaire du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité sont relativement modestes. Parvenu à un compromis entre une utopique universalité de la faillite et un morcellement désordonné de procédures territoriales, le règlement s'avère d'une trop grande complexité par la diversité des lois applicables à une même faillite.

Sans doute ne s'agit-il que d'une oeuvre de transition. Il faut en effet relever que le texte du règlement est appelé à évoluer. L'article 46 prévoit qu'au plus tard le 1er juin 2012, et ultérieurement tous les cinq ans, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social, un rapport relatif à son application. Ce rapport sera accompagné, le cas échéant, de propositions visant à adapter le présent règlement. Ainsi les auteurs sont-ils conscients des imperfections et du chemin qui reste à parcourir pour l'améliorer; le temps ne pourra que favoriser l'harmonisation et la convergence des droits nationaux auxquelles les institutions communautaires n'ont pas renoncé¹⁶². On ne peut que souhaiter que le droit international privé européen des faillites se simplifie et s'oriente encore plus résolument vers une seule procédure universellement reconnue et soumise à la seule *lex fori concursus*.

¹⁶²cf. Daniel Fasquelle, Petites Affiches 12 décembre 2003, n°248 p.62, §9-10

bibliographie

Textes

Règlement CE n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité

Circulaire du 17 mars 2003 relative à l'entrée en vigueur du règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, J.O n° 174 du 30 juillet 2003 page 12939

Articles

Jacques Béguin, « *Un îlot de résistance à l'internationalisation : le droit international des procédures collectives* », mélange en l'honneur d'Yvon Loussouarn 1994 p.31

Dominique Bureau « *La fin d'un îlot de résistance : le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité* » Rev. Crit. DIP 2002, p. 613

Jean-Luc Vallens, « *La mise en oeuvre du règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité : questions de procédure* », D. 2003 chron. p. 1421

Marie-Elisabeth Mathieu-Bouyssou, « *Aperçu des règles de droit judiciaire privé relatives aux procédures d'insolvabilité européennes après le règlement communautaire n°1346/2000* », D. 2002 chron. p. 2245

Michel Menjucq, « *Ouverture, reconnaissance et coordination des procédures d'insolvabilité dans le règlement 1346/2000* », Bull. Joly 2000 p.1109

Laurence Idot, « *Un nouveau droit communautaire des procédures collectives : le règlement CE n°1346/2000 du 29 mai 2000* » JCP éd. E 2000 n°42

Georges Teboul, « *la circulaire du 17 mars 2003 sur l'application du règlement sur les procédures d'insolvabilité* » Petites Affiches, 20 juin 2003 n°123, p. 10

sous la direction de Daniel Fasquelle, Petites Affiches, 12 décembre 2003, n°248, numéro spécial sur le droit européen des procédures collectives

Fabienne Jault-Seseke et David Robine, « *le droit européen de la faillite* », D. 2004, p. 1009

Paul Didier, « *la problématique du droit de la faillite internationale* », Revue de Droit des affaires internationales 1989, p. 201

Michaël Wilderspin, « *la genèse du règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité* », Petites Affiches 20 novembre 2001, n°231 p.13

Nadine Watté et Vanessa Marquette, « *Le Règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité* », Revue de Droit commercial belge 2000, p. 564

Nadine Watté, « *L'opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d'insolvabilité* », Rev. Droit de l'U.L.B. 2001/2, p. 7

Arrêts

Cour d'appel de Versailles 4 septembre 2003 « Kempla contre Daisytek »

« Première application du Règlement européen sur les procédures collectives : premières atteintes à l'ordre public », par Jean-Luc Vallens, D. 2003 p.2352

« Confirmation du principe de « communautarisation » d'une procédure d'insolvabilité principale ouverte en Angleterre, en application du règlement 1346/2000 », par Guy-Auguste Likillimba JCP 2003

« Confirmation du principe de « communautarisation » d'une procédure d'insolvabilité principale ouverte en Angleterre, en application du règlement 1346/2000 » par Michel Menjucq, JCP 2004 II 10 007

commentaire de Georges Khairallah, Rev. Crit. DIP 2003 p.655

Com. 26 octobre 1999, Bull. Joly 2000 § 78, note M. Menjucq

Com. 16 mars 1999, Bull. Joly 1999 § 139, note M. Menjucq

Com. 5 février 2002

« Conséquences de la reconnaissance en France d'un jugement étranger de faillite » JCP éd. E 2003 §854, note M. Raimon

Com. 7 avril 2004, pourvoi n°01-15057

Com. 19 novembre 2002

« Le principe de l'universalité de la faillite : son affirmation par la Cour de cassation et sa portée » D. 2003 p.797, par Georges Khairallah

« La Cour de cassation consacre le principe de l'universalité de la faillite », D. 2003 Somm. p.1625, par Caroline Henry ; Somm. p.3341, par Alain Lienhard

Ouvrages généraux

Pierre Mayer, *Droit international privé*, § 665s.

Bernard Audit, *Droit international privé*, § 766s.

Jurisclasseur « Europe » fasc. 870 : procédures collectives – droits internes – droit international, par Laurence Idot et Corinne Saint-Alary-Houin

Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, éd. 2001, § 280s.

table des matières

Introduction

A/ la problématique des faillites internationales

- 1) les difficultés
- 2) les solutions du droit international privé :
 - a. *unité et universalité de la faillite*
 - b. *pluralité et territorialité de la faillite*
 - c. *le droit français : un système mixte*
- 3) le règlement du 29 mai 2000 : une oeuvre de compromis
 - a. *la genèse du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité*
 - b. *une oeuvre de compromis*

B/ le domaine très limité du règlement sur les procédures d'insolvabilité

- 1) le domaine géographique et temporel
 - a. *application dans le temps*
 - b. *application dans l'espace*
- 2) domaine matériel
 - a. *domaine quant aux débiteurs*
 - b. *domaine quant aux procédures*
 - (i) les éléments non requis

1. *l'intervention d'une autorité judiciaire*

2. *la liquidation des biens du débiteur*

(ii) les éléments requis

1. *une procédure collective fondée sur l'insolvabilité du débiteur*

a- *l'extension de procédure en cas de confusion de patrimoine*

b- *l'inexécution des engagements pris dans un règlement amiable ou en cas de résolution du plan de redressement*

c- *l'ouverture d'une procédure à titre de sanction à l'encontre d'un dirigeant*

d- *l'ouverture d'une procédure contre les dirigeants ou associés indéfiniment et solidairement responsables*

2. *le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic*

section I : le règlement des conflits de compétence

§ 1 : les critères de compétence internationale des juridictions

A/ l'ouverture d'une procédure principale reconnue dans tous les Etats

1) *le centre des intérêts principaux du débiteur : un critère prépondérant en droit international privé français*

2) *les difficultés de mise en oeuvre du critère choisi*

a. *présentation succincte de l'arrêt « Daisytek »*

1. *les faits et la procédure*

2. *le problème juridique et la solution donnée*

b. *les difficultés révélées par l'arrêt « Daisytek »*

1. *les difficultés d'appréciation de la caractérisation du centre des intérêts principaux du débiteur*

par le juge étranger

- la règle de priorité et le principe de reconnaissance mutuelle
- le choix du siège réel, au détriment du siège statutaire
- le contrôle limité de la caractérisation du centre des intérêts principaux du débiteur par le juge étranger

2. les difficultés d'application du critère du centre des intérêts principaux du débiteur en présence d'un groupe de sociétés

B/ l'ouverture d'une procédure secondaire territoriale

1) le critère de compétence retenu pour ouvrir une procédure territoriale
: l'existence d'un établissement

2) les critères exclus

a. la présence de biens ou l'exercice d'une activité sur le territoire

français

b. la nationalité

§2 : la pluralité et la hiérarchie des procédures

A/ la reconnaissance d'une procédure ouverte à l'étranger

1) le principe de la reconnaissance des décisions étrangères

a. la reconnaissance de plein droit des jugements d'ouverture

b. la procédure simplifiée de reconnaissance des autres jugements

2) le respect de l'ordre public, seule limite de la reconnaissance

B/ la coordination des procédures

1) les pouvoirs conférés aux syndics

a. l'étendue des pouvoirs conférés aux syndics

1. en l'absence de procédure secondaire

2. en présence d'une procédure secondaire

b. la répartition des pouvoirs des syndics

1. le devoir de coopération et d'information réciproque

2. la prééminence du syndic de la procédure principale

2) les droits des créanciers

a. les mesures d'information et de publicité

b. les règles relatives à la production des créances et la répartition

des dividendes

section II : la détermination de la loi applicable

§ 1 : la compétence de principe de la *lex fori concursus*

A/ l'attraction du conflit de juridictions sur le conflit de lois

B/ le domaine de la *lex fori concursus*

1) l'application de la *lex fori* à l'ouverture de la procédure

2) l'application de la *lex fori* au déroulement de la procédure

3) l'application de la *lex fori* à la clôture de la procédure

§ 2 : les exceptions multiples à l'application de la *lex fori concursus*

A/ les matières relevant d'une loi différente de la loi du tribunal

- 1) le droit du travail
- 2) les contrats permettant d'acquérir ou de jouir d'un bien immobilier
- 3) les droits inscrits dans un registre
- 4) les droits et obligations des participants à un marché financier

B/ des droits « non affectés par la procédure »

- 1) les créanciers titulaires d'un droit réel
 - a. *les biens concernés*
 - b. *les droits réels concernés*
- 2) les vendeurs bénéficiant d'une clause de réserve de propriété
- 3) les créanciers susceptibles d'invoquer la compensation de leur créance

conclusion