

# 13 Réviser le règlement communautaire CE 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité

Jean-Luc VALLENS,

magistrat, professeur associé à l'université de Strasbourg

L'actualisation du règlement communautaire du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité est à l'ordre du jour. Le paysage politique, juridique et économique de l'Europe a significativement évolué depuis 10 ans et il s'avère nécessaire d'adapter les règles à ce nouveau contexte. C'est aussi l'occasion de revoir certaines imperfections du règlement qui ont pu se révéler au fil du temps. Quelques pistes sont ici proposées dans cette perspective.

## Introduction

1 - Le règlement communautaire du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité a aujourd'hui 10 ans et s'applique depuis 8 ans.

Il était prévu d'en évaluer l'application après 10 années<sup>1</sup>. La jurisprudence développée dans les États membres de l'Union européenne et signataires de ce règlement<sup>2</sup> a révélé les avancées et l'efficacité des règles qu'il instituait, garantissant aux procédures collectives ouvertes par chacun des États une effectivité immédiate et une universalité effectives dans les autres États membres<sup>3</sup>. Il a aussi imposé des changements dans les comportements des acteurs économiques et judiciaires, plus attentifs qu'avant à la localisation des débiteurs et des biens et plus soucieux qu'avant des règles de procédure applicables dans les autres États membres, caractérisant un état d'esprit d'ouverture aux droits étrangers.

2 - Les années passées ont aussi révélé une inadéquation du règlement pour plusieurs raisons :

- tout d'abord l'évolution du capital des sociétés et la constitution de groupes, qui ont pris un essor considérable en 10 ans ;

- ensuite une approche plus favorable au redressement dans tous les pays européens que ce soit par des accords amiables et des procédures de prévention ou à l'occasion de procédures judiciaires ;

- en raison aussi de l'apparition de nouveaux acteurs, comme les fonds d'investissement, et de nouvelles sûretés, comme la fiducie, ainsi que d'une approche plus souple quant à l'ouverture des procédures collectives, désormais plus volontiers utilisées pour restructurer les dettes, indépendamment d'un état d'insolvabilité ;

- enfin, du fait de l'élargissement de l'Union européenne, qui a conduit à appliquer le règlement communautaire, comme les autres textes constituant « l'acquis communautaire », à des procédures collectives aux formes variées, ignorées des rédacteurs initiaux du règlement, en leur reconnaissant, comme aux autres, une efficacité universelle<sup>4</sup>.

Il est temps de s'interroger sur les modifications nécessaires qui pourront faire du règlement un instrument adapté à la réalité économique de ce siècle.

3 - Dans le contexte des relations internationales, il nous faut également mentionner les différents autres organismes, étatiques et privés, qui parallèlement ont cherché depuis une quinzaine d'années, à améliorer le fonctionnement des procédures collectives et à faciliter leur reconnaissance et leur exécution aux situations internationales, afin d'élaborer un système efficace pour le traitement des dettes.

C'est ainsi que le Fonds monétaire international<sup>5</sup>, la Banque mondiale<sup>6</sup> et la Commission des Nations unies pour le droit commercial international<sup>7</sup> ont élaboré dans cet intervalle des dispositions consacrées aux procédures transfrontalières, qu'elles ont ensuite proposées aux États. Les règles adoptées par ces organismes internationaux constituent, malgré l'absence d'effet contraignant vis-à-vis des législateurs nationaux, une référence et une inspiration, dans la mesure où elles tiennent compte de l'évolution de la structure et de l'organisation juridique des activités commerciales.

Elles ne se substituent évidemment pas au règlement communautaire, limité aux relations intra-communautaires, mais leur champ d'application et leur prétention universelle ne peuvent pas ne pas être pris en compte dans la réflexion à conduire sur une actualisation de ce règlement.

4 - De leur côté, les professionnels (avocats et praticiens de l'insolvabilité) ont établi des règles de coordination, mises en œuvre sous forme de protocoles, comme celui adopté par l'Association internationale du Barreau en 1995 et, à l'occasion de procé-

1. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 46.

2. Les 25 États de l'Union européenne à l'exception du Danemark qui n'avait pas adhéré à ce règlement lors de sa signature (Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, cons. n° 12).

3. V. ann. A et B, modifiées par les règlements CE 603/2005, 12 avr. 2005, 694/2006, 27 avr. 2006 et 1791/2006, 20 nov. 2006, suite à l'Acte d'adhésion (JOUE 23 sept. 2003).

4. Ce qui a conduit la Cour de justice de l'Union européenne à donner sa pleine efficacité à une procédure d'insolvabilité et d'assainissement ouverte en Pologne, en faisant interdiction de prendre des mesures sur les biens de la

société polonaise en Allemagne (CJUE, 21 janv. 2010, aff. C-444/07, *MG Probud* : Dict. perm. Difficultés des entreprises 2010, bull. 312, p. 3973, comm. J.-P. Rémy).

5. Sur les travaux du Fonds monétaire international : *Orderly and effective insolvency procedures*, 2 août 1999 sur le site du FMI : [imf.org/external/pubs/ft/orderly](http://imf.org/external/pubs/ft/orderly).

6. Sur les travaux de la Banque mondiale, V. : *Principles and guidelines for effective insolvency and creditors' rights* : World Bank 2001 ([www.worldbank.org/gild](http://www.worldbank.org/gild)).

7. V. la loi modèle de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) et nos obs. : *Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives ?* : D. 2007, p. 1225. — *La faillite internationale en dehors du droit communautaire, rapport français*, in : *Faillite internationale et conflit de juridiction*, ss la dir. de G. Afaki : éd. Bruylant (Bruxelles) 2007, p. 135. — *La loi modèle de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*, in *Les faillites internationales, Centre français de droit comparé* : éd. Société de législation comparée, 2008, p. 53.

dures collectives transnationales, ont défini des modalités de fonctionnement et de coopération, permettant de faciliter et d'améliorer le traitement international des procédures collectives. De même en dehors des frontières européennes, l'Institut de droit américain a élaboré des règles de coopération, applicables aux procédures d'insolvabilité « transnationales » à l'attention des praticiens des États membres de l'ALENA<sup>8</sup>. Enfin en dernier lieu, le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires vient de conclure à Rome avec son homologue italien un traité de coopération, formalisant à partir de l'expérience des praticiens des deux pays, les modalités de coordination pour le traitement des dettes et des actifs d'une société insolvable.

Ces travaux constituent aussi des éléments venant enrichir un travail de réflexion pour la révision à venir du règlement communautaire.

5 - Les observations qui suivent recensent quelques pistes qui permettraient d'améliorer ses règles, étant souligné que le règlement communautaire ne représente qu'une étape sur la voie d'un rapprochement effectif des législations, seul facteur véritable d'un marché intégré. Aux améliorations envisagées, il serait ainsi opportun d'ajouter l'ébauche de règles uniformes.

## 1. Les grandes lignes d'une réforme

### A. - Redéfinir les procédures collectives couvertes par le règlement communautaire

6 - Plusieurs éléments de fait peuvent être mis en avant : le caractère inadéquat du règlement actuel face au nombre croissant de procédures de redressement fondées sur l'insolvabilité et de procédures fondées sur le risque d'insolvabilité parfois même sur de simples difficultés financières<sup>9</sup>.

On mentionnera aussi la contradiction latente, qui apparaît de plus en plus manifeste, entre la définition des procédures collectives contenue dans le règlement et les procédures mentionnées en annexe. Cette contradiction provient de la volonté normative du règlement, qui a défini les procédures couvertes comme étant celles « fondées sur l'insolvabilité d'un débiteur entraînant un dessaisissement partiel ou total de celui-ci et la désignation d'un syndic »<sup>10</sup> : or, les listes annexées au règlement comportent, à l'appréciation de chaque État, la ou les procédures censées répondre à cette définition mais ne remplissant pas nécessairement les conditions requises. Cette différence s'est accrue avec l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale, qui du fait de l'acquis communautaire, ont mentionné, sans un examen préalable de la Commission et des autres États membres, les procédures d'insolvabilité établies dans leur propre système législatif national<sup>11</sup>.

7 - La notion de procédure d'insolvabilité n'a pas été autrement définie par la Banque mondiale ni par la CNUDCI. Mais on observera avec intérêt qu'en 2009 une nouvelle définition a été élaborée par Unidroit pour le traitement des titres intermédiaires. Dans une convention dite de Genève sur les titres adoptée par cet organisme,

la procédure collective est désormais ainsi définie : constitue une procédure d'insolvabilité « une procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les actifs et les activités du débiteur sont soumis au contrôle ou à la supervision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente, aux fins de redressement ou de liquidation »<sup>12</sup>.

Contrairement au choix du droit communautaire confronté à la variété des systèmes législatifs<sup>13</sup>, on y trouve une approche plus souple du critère d'ouverture, l'indication des objectifs et la mention d'une autorité administrative ou judiciaire chargée de contrôler son fonctionnement. Ces éléments, absents du règlement communautaire, constituent un apport précieux en vue d'une définition mieux adaptée à la réalité des procédures collectives d'aujourd'hui.

8 - La France a de son côté déjà ajouté à la liste des procédures en annexe la procédure de sauvegarde malgré l'absence d'insolvabilité et l'absence de dessaisissement du débiteur<sup>14</sup> : elle pourrait également y ajouter les procédures de surendettement, dans la mesure où ces procédures, assimilées à de véritables procédures collectives par la Cour de cassation<sup>15</sup>, entraînent des effets voisins. Cela mettrait la France au même niveau que ses voisins, qui soit mentionnent les procédures applicables aux consommateurs comme la Belgique<sup>16</sup> soit ne distinguent pas (sauf par des dispositions secondaires internes à chaque loi) les procédures applicables aux commerçants et celles applicables aux particuliers comme l'Allemagne<sup>17</sup>.

À cela s'ajoute une difficulté qui devra être résolue : faut-il reconnaître une procédure dans laquelle le débiteur n'est placé que sous une surveillance externe, à l'instar des procédures américaines de réorganisation, qui laissent le débiteur « in possession » ? La nécessité d'un niveau minimum de contrôle devrait accompagner l'octroi d'une efficacité universelle à la procédure ouverte dans un État déterminé : un raisonnement voisin avait conduit la France en 2007 à écarter la procédure de conciliation du périmètre du règlement communautaire.

9 - **Proposition** : le règlement communautaire s'appliquerait ainsi aux procédures fondées sur l'existence de difficultés économiques nécessitant le contrôle d'une juridiction ou d'une autorité habilitée par la loi, entraînant une surveillance des affaires du débiteur ou le transfert de ses pouvoirs à un administrateur désigné à cette fin et destinée à permettre un redressement de l'entreprise ou la liquidation de ses biens. Ce critère serait présumé correspondre aux procédures énumérées dans les annexes ouvertes en vertu d'une loi spécifique sur l'insolvabilité.

Une telle approche élargie ne dispenserait vraisemblablement pas de procéder à une remise à plat des annexes, dans le cadre d'une négociation globale, les caractéristiques de toutes les procédures en cause devant faire l'objet d'un examen véritable.

Si la réciprocité n'est évidemment pas une condition préalable à la reconnaissance et l'exécution d'une procédure collective étrangère, un rapprochement minimum entre les lois quant au champ d'application du règlement communautaire pourrait contribuer à éviter un *forum shopping* et limiterait l'incertitude juridique dommageable aux créanciers institutionnels : les différences de traitement leur sont peu compréhensibles compte tenu de la mobilité des personnes. Cette approche permettrait également d'actualiser la correspondance entre l'intitulé des lois et leur contenu : le Royaume-Uni a ainsi modifié les effets de certaines de ses lois sans en changer le titre...

8. Sur le protocole de l'Association internationale du barreau, V. notamment le *Concordat de l'Association Internationale du Barreau* : LPA 4 déc. 1995, n° spéc. 145. - Sur les principes de l'*American Law Institute*, V. J. L. Westbrook, *Multinational enterprises in general default* : Chapter 15, *the ALI Principles and the EU Regulation*, in *The American Law Journal*, 2002 n° 76 p. 1.

9. Cette orientation guide les législateurs de la plupart des pays européens : Royaume-Uni, France, Allemagne, Belgique Espagne et Italie.

10. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 1<sup>er</sup>-1 et 2 a) et c), à comp. avec les ann. A et C. - Sur ce point V. F. Mélin, *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures de solvabilité* : *Bruyant Bruxelles 2008*, p. 43.

11. Les différences peuvent concerner aussi bien les critères d'ouverture que les caractéristiques mêmes d'une procédure, avec ou sans dessaisissement du débiteur, ou leur champ d'application. La Cour de justice de Luxembourg semble avoir opiné en faveur de la prééminence donnée à la mention de la procédure dans l'annexe, sur la définition prévue par le règlement (CJUE, 21 janv. 2010, aff. C 444/07, *MG Probud* ; V. J.-P. Rémy, note ss cet arrêt *Dict. perm. Difficultés des entreprises 2010*, *Bull.* 312, p. 3973).

12. *Convention de Genève Unidroit sur les titres intermédiaires*, 9 oct. 2009, art. 1<sup>er</sup>. - V. la convention sur le site de Unidroit : [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org).

13. Ces divergences sont un postulat pris en considération par le Règlement lui-même (V. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, cons. n° 11).

14. Règl. n° 694/2006, 27 avr. 2006.

15. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juill. 2001, n° 00-04.104 : *Bull. civ.* 2001, I, n° 210 ; *D.* 2001, p. 2412, obs. C. Rondey ; *RTD com.* 2001, p. 985, obs. C. Paisant.

16. *Procédure de règlement collectif des dettes (loi du 5 juillet 1998)*.

17. *Procédure d'insolvabilité (loi du 5 octobre 1994)*.

## B. - Revoir les critères de compétence

10 - Dans un souci de centralisation des procédures et de coordination des mesures applicables à une même entreprise, le règlement a par une référence explicite au principe d'unité et d'universalité adopté un critère de compétence directe : le centre des intérêts principaux<sup>18</sup>, en donnant à la procédure ouverte sur la base de ce critère un effet universel dans tous les États membres de l'Union européenne et signataires du règlement<sup>19</sup>.

Bien que le règlement lui-même n'ait pas défini ce critère, l'un des considérants qui le précèdent en a proposé un contenu précis : le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers<sup>20</sup>.

Ainsi que l'a souligné la CJCE, il s'agit là d'une notion autonome<sup>21</sup>, devant primer sur les définitions nationales, y compris sur celle du droit de l'État d'ouverture pourtant applicable aux conditions d'ouverture.

En présence d'une société ou plus largement d'une personne morale, le règlement contient en outre une règle importante : le centre des intérêts principaux du débiteur est présumé correspondre au siège statutaire de la personne morale<sup>22</sup>.

En adoptant un critère fondé sur la réalité du centre de direction des affaires, le règlement tient compte naturellement de l'évolution contemporaine du droit communautaire, qui permet, grâce à une jurisprudence libérale de la CJCE, de transférer le siège statutaire, et favorise, par le principe de la liberté d'établissement, une véritable mobilité des sociétés commerciales : le critère du centre des intérêts principaux veut contrebalancer le risque de *forum shopping* que crée une telle liberté.

11 - Les tribunaux des États européens ont su faire une application à la fois prudente et audacieuse de ces critères. Application prudente, grâce aux règles d'interprétation posées par la Cour de justice de Luxembourg : la présomption en faveur du siège social n'est pas un critère parmi d'autres mais bien une présomption forte, et seuls des éléments objectifs et précis, vérifiables par les tiers, peuvent conduire les tribunaux à écarter le siège statutaire d'une personne morale au profit d'une autre localisation<sup>23</sup>.

Application audacieuse néanmoins, grâce à l'articulation des procédures ouvertes contre les sociétés dépendant d'un même groupe : les tribunaux ont ainsi volontiers retenu comme localisation du centre des intérêts principaux des filiales le siège de leur société-mère. Certes, le critère d'appréciation établi par le règlement n'avait pas vocation à s'appliquer à des groupes mais n'en interdisait pas non plus l'application aux sociétés filiales du groupe en difficulté. Par ce détour, des tribunaux des pays membres se sont estimés compétents non seulement l'égard des sociétés établies dans leur juridiction mais aussi de celles établies dans d'autres États membres et dont le centre de direction, le lieu névralgique où les décisions étaient prises, se trouvait dans leur ressort, parfois en appliquant le critère du droit communautaire à une société française...<sup>24</sup>.

Outre l'interprétation dynamique du critère de compétence, les tribunaux ont ainsi pu mieux coordonner les procédures concernant des groupes de sociétés, en désignant un même administrateur pour les différentes sociétés du groupe.

12 - Force est de constater que le règlement est resté volontairement silencieux sur la question des groupes, dans la mesure où une même procédure ne pouvait concerner qu'une seule entité juridique et que les groupes, même dans les États où le contrat de groupe est reconnu et réglementé<sup>25</sup>, ne constituent toujours pas une personne juridique distincte.

À cela s'ajoutent les difficultés pratiques d'une centralisation des procédures, lorsque la mise en œuvre des mesures prises dans un État doit s'appliquer à des biens situés dans un autre État : remettre en cause les sûretés et les contrats conclus à l'étranger suivant la loi de l'État d'ouverture, mettre en œuvre les règles applicables aux actes conclus avant l'ouverture d'une procédure dans les autres États membres aux opérations financières intra groupe... : ces difficultés majeures ne pouvaient que conduire à une limitation du périmètre du règlement communautaire aux seules sociétés.

13 - Il a également été objecté que le critère du centre des intérêts principaux n'empêchait pas le *forum shopping*, contrairement au vœu formulé par les rédacteurs du règlement, tel que l'exprime l'un des premiers considérants<sup>26</sup>. Mais aucune des critiques exprimées n'a su proposer une définition opératoire offrant de meilleures garanties à l'égard de localisations d'opportunité en fonction des différences de législation.

Pas plus le retour à un critère rigide, telle qu'une présomption irrefragable en faveur du siège statutaire ou du lieu d'incorporation, également suggéré, ne serait en mesure d'éviter ce risque, compte tenu de la mobilité accrue des sociétés dans l'espace économique européen.

Il faut dès lors admettre que le critère du centre des intérêts principaux tel qu'il a été défini par le règlement communautaire pourrait être conservé mais amélioré en intégrant sa définition dans le règlement lui-même et en y ajoutant un critère de stabilité qui n'y figure pas expressément.

**Proposition :** il pourrait être ajouté aux définitions contenues à l'article 2 du règlement celle du centre des intérêts principaux d'un débiteur, comme étant le lieu où celui-ci gère ses intérêts et dirige son entreprise de manière habituelle et stable et qui est considéré comme tel par les tiers

14 - À l'égard des groupes de sociétés, une disposition supplémentaire pourrait être envisagée, afin que, pour les groupes de sociétés présentant une intégration forte et stable, le centre des intérêts principaux du groupe soit localisé à partir de critères précis au lieu où les décisions stratégiques et commerciales sont prises à l'égard des sociétés filiales<sup>27</sup>.

Une première difficulté à résoudre porte sur le périmètre du groupe considéré : il serait nécessaire d'intégrer des critères suffisamment prévisibles tels que la détention d'une partie significative

18. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 3-1.

19. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 16 et 17.

20. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, cons. n° 13 ; ce principe diffère de celui adopté par le règlement général, qui détermine le domicile des sociétés par leur siège statutaire (V. Règl. CE 44/2000, 22 déc. 2000, art. 60).

21. CJCE, 2 mai 2006, aff. C 341/04, Eurofood : Rev. Lamy dr. aff. 2006/8, 419, comm. Y. Chaput ; JCP E 2006, 2071, comm. J.-L. Vallens ; JCP G 2006, II, 10089, comm. M. Menjucq ; D. 2006, p. 1752, comm. R. Dammann ; Rev. sociétés 2006, p. 360, comm. J.-P. Rémy.

22. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art 3-1.

23. CJCE, 2 mai 2006, préc. note 22. - V. sur ce point, T. Portwood, Synthèse des jurisprudences européennes en matière de centre des intérêts principaux : Cah. dr. entr., 2009, n° 5, p. 44, et spéc. p. 48.

24. La jurisprudence des tribunaux européens a développé ces pratiques pour de nombreux groupes commerciaux ou industriels : Rover, Emtec, Daisytek, Euro-tunnel, Energotec, Marie Brizard, Hettlage et Parkside Flexibles etc. Cette approche est importante car elle remet en cause ou peut remettre en cause l'indépendance juridique des sociétés, qui est le critère essentiel du groupe, défini comme étant une technique de responsabilité limitée organisée autour

du principe d'indépendance des sociétés (Ch. Hannoun, Le droit des groupes de sociétés : LGDJ, 1991, n° 193). Pour une application contestable du centre des intérêts principaux à une société française, V. T. com. Beaune, 16 juill. 2008 : Bull. Joly Sociétés 2008, p. 1015, comm. F. Mélin et sur l'application des nouvelles procédures françaises à des entreprises étrangères, V. M. Menjucq, Droit français des faillites internationales : de Daisytek à Emtec, in Les faillites internationales : éd. Législation comparée 2008, p. 117.

25. Le droit allemand prend en considération les liens contractuels et les obligations déterminées entre les sociétés d'un groupe.

26. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, cons. n° 4. - Sur le *forum shopping*, V. notamment, Th. Montéran, La tentation du *forum shopping* : Gaz. Pal. 26-27 oct. 2007, p. 7 et J.-L. Vallens, *Forum shopping* : Cah. dr. entr., 2009, n° 5, p. 52.

27. Suivant la notion du « *Head quarter functions* » d'un groupe. La réalité du groupe a été ainsi prise en compte et consacrée, en matière de responsabilité de la société mère pour une infraction commise par sa filiale, par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE, 10 sept. 2009, aff. C97/08, Akzo Nobel NV : Bull. Joly Sociétés 2010, § 16, p. 69).

du capital (50 % ?) et l'exercice effectif de prise de décisions concernant une société (la filiale) par une autre (la société-mère).

Mais le parallélisme avec les règles communautaires existantes ne peut aller au-delà d'un tel critère de compétence : ainsi, une fois la procédure principale ouverte sur la base de ce critère, l'universalité de la procédure ne pourrait être admise à l'égard des sociétés filiales sans établir des règles de protection des différents intérêts en présence : les droits des créanciers et des actionnaires minoritaires, les droits des créanciers des filiales, les règles applicables aux droits grevant les actifs des filiales, etc. De même, les règles de coordination établies par le règlement communautaire pour faciliter la gestion et la liquidation des actifs étrangers d'une même société insolvable<sup>28</sup> ne pourraient être adoptées telles quelles à l'égard d'un groupe : la présomption d'insolvabilité instituée pour faciliter l'ouverture d'une procédure secondaire, ne pourrait être applicable<sup>29</sup> et la subordination instituée par le règlement entre la procédure principale et les procédures territoriales ou secondaires devrait faire l'objet d'une adaptation prudente, en particulier les règles relatives à la production des créances, et au transfert des actifs résiduels. Seule la règle relative à la suspension des opérations serait pertinente, dans un souci de coordination des procédures<sup>30</sup>.

15 - Une autre approche pourrait consister à déconnecter la question de la compétence du regroupement des procédures ouvertes à l'égard d'un groupe : il s'agirait non pas d'instituer un regroupement des procédures ou des actifs et des dettes des différentes sociétés du groupe, mais de mettre en place des règles de coordination véritables entre chacune des procédures visant les différentes sociétés du groupe en difficulté.

Élaborer une norme autonome de compétence avec le centre des intérêts principaux du débiteur n'a pas à l'évidence empêché le *forum shopping*. Les motifs en sont connus : la concurrence entre les systèmes juridiques a conduit les chefs d'entreprise en difficulté à opter en faveur des juridictions considérées comme offrant une meilleure protection de leurs intérêts. À cela s'ajoute un autre facteur, lié à la variété des critères de compétence, qui constitue également une source de conflit : la possibilité que deux juridictions s'estiment compétentes, chacune considérant que le centre des intérêts principaux était dans son ressort. Un tel « conflit positif » était envisagé par le règlement communautaire, qui avait préconisé dans un de ses considérants que la première procédure ouverte devrait être seule reconnue<sup>31</sup>.

**Proposition** : dans le cas de groupes de sociétés, le centre des intérêts principaux des sociétés filiales pourrait être défini par le critère du règlement communautaire déjà défini, à partir d'éléments caractérisant le lieu où sont prises les décisions concernant les filiales.

16 - Une telle préconisation renvoie ainsi à la juridiction saisie en second la responsabilité de décliner sa compétence même si dans son interprétation, le droit communautaire la rendait compétente. Cette difficulté est également liée à la variété des systèmes

législatifs, confrontés à la détermination du moment de l'ouverture d'une procédure collective. La difficulté a été illustrée par l'arrêt *Eurofood* dans lequel la Cour de justice des communautés européennes a été amenée à considérer que la désignation d'un liquidateur provisoire équivalait à l'ouverture d'une procédure collective<sup>32</sup>.

**Proposition** : Bien que cela soit une application de la règle générale de l'article 4 du règlement soumettant toute procédure à la loi de l'État d'ouverture, il conviendrait d'abord de préciser aux définitions de l'article 2 du règlement que le moment de l'ouverture de la procédure est déterminé par la loi de cet État, d'insérer au règlement lui-même une règle de litispendance et de prévoir que le moment de l'ouverture se rattache à une décision judiciaire sous réserve de la possibilité dans le droit national de prévoir une mesure équivalente comme la désignation d'un liquidateur ou d'un administrateur provisoire.

### C. - Instituer une véritable coopération judiciaire

17 - Le règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité a établi des principes généraux de coopération et d'échange d'informations entre le syndic de la procédure principale et ceux des procédures territoriales ou secondaires, ainsi que des règles de coordination entre ces procédures<sup>33</sup> : ouverture d'une procédure secondaire à la seule demande du syndic de la procédure principale, droit d'intervention du syndic de la procédure principale dans la procédure secondaire, demande de suspension des opérations de la procédure secondaire, prise en compte des intérêts des créanciers de la procédure principale, avant d'arrêter une solution dans la procédure secondaire, transfert du surplus des actifs vers la procédure principale après le désintéressement des créanciers de la procédure secondaire, etc.<sup>34</sup>.

Ces règles sont apparues souvent insuffisantes alors que ce lacune était délibéré et laissait la pratique comme elle en a montré ses capacités, élaborer elle-même ses propres règles de coordination dans le cadre des orientations générales données par ce règlement.

18 - **Proposition** : En présence d'une procédure d'insolvabilité envisagée contre une société dépendant d'un groupe international, les tribunaux compétents devraient procéder à un échange d'informations avec les autorités judiciaires ou administratives compétentes à l'égard des autres sociétés du groupe et surseoir à toute mesure telle que l'ouverture d'une procédure (sauf l'adoption de mesures provisoires) ainsi que les diverses opérations portant sur le sort de l'entreprise et de ses dettes.

En parallèle, un rapprochement des critères de compétence ne pourrait que bénéficier à une approche coordonnée des procédures ouvertes à l'égard de sociétés établies dans des États différents.

19 - Si le centre des intérêts principaux, notion autonome commune aux différents États membres, recouvre généralement le domicile du débiteur ou le siège de l'entreprise, l'appréciation de ce critère varie encore largement selon les États et en fonction de la définition du domicile qui reste déterminée par chaque droit national<sup>35</sup>. De plus, de nombreux États (notamment le Royaume-Uni) ont une approche particulièrement souple des critères de rattachement, en permettant aux tribunaux locaux de se déclarer compétents sur la base d'une présence effective limitée comme des

28. V. notamment, Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 27 et s.

29. Dès qu'il existe deux sociétés dépendant de droits différents, seul le droit national applicable à chacune peut définir les critères d'ouverture. De plus l'insolvabilité d'une société ne peut suffire à faire présumer l'insolvabilité de l'autre. Il a été aussi suggéré, parallèlement à l'ouverture de la procédure principale au centre des intérêts principaux d'une société étrangère, de permettre l'ouverture d'une procédure secondaire dans l'État du siège social de celle-ci (R. Dammann : D. 2005, p. 1779 et spéc. p. 1785). Une telle approche est critiquable car elle évacue les questions liées au droit des sociétés applicable à la filiale, qui contrairement à l'établissement, est dotée d'une personnalité juridique indépendante (V. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe* : LGD, 2<sup>e</sup> éd. 2002, n° 228. - J.-M. Bischoff : JDI 1988, p. 544).

30. Le créancier d'une des sociétés n'est pas créancier de l'autre, et il ne peut faire valoir ses droits dans une procédure distincte. Sauf confusion des patrimoines et regroupement des « masses », le transfert des actifs résiduels ne peut pas plus opérer, tant qu'ils ne dépendent que du patrimoine de la société (V. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 32 et 35).

31. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, cons. n° 22.

32. CJCE, 2 mai 2006, préc. note 22.

33. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 31. - V. R. Dammann et C. Poteur, *La coordination des procédures d'insolvabilité principale et secondaire au sens du règlement européen n° 1346/2000*, in *Les faillites internationales* : éd. Législation comparée, 2008, p. 41.

34. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 27 et 32 à 35.

35. C. civ., art. 102. - *Comp.* dans le règlement général sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale : Règl. CE 44/2001, 22 déc. 2000, art. 59.

simples biens sur leur territoire<sup>36</sup>. Ces variations ne peuvent qu'entraîner des risques de contrariété de décisions, risque accru par l'absence de publication automatique des décisions d'ouverture au niveau communautaire.

Avant d'envisager une telle harmonisation, il apparaît donc nécessaire d'établir au moins des règles de coordination en préalable à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans les États membres et de définir des règles minimum s'imposant aux tribunaux pour vérifier leur propre compétence.

Une fois les procédures ouvertes, la coopération actuellement prescrite aux seuls administrateurs et mandataires judiciaires devrait s'imposer également aux tribunaux dans les mêmes termes comme le recommande la loi modèle de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : à ce jour, nombreux sont les tribunaux qui se refusent à toute coopération judiciaire du seul fait que le règlement communautaire ne la prévoit pas, ce qui souvent se traduit par une absence d'autorisation.

#### D. - Améliorer la coordination des procédures

20 - Il peut être envisagé de donner aux tribunaux la possibilité de déterminer par accords entre les juridictions celle qui serait chargée des différentes entités d'un groupe. De même, il doit être possible par le biais d'une coopération judiciaire de désigner un seul administrateur chargé d'administrer, de gérer et de liquider les biens des entités d'un groupe, dès lors que des précautions sont prises pour sauvegarder les intérêts des tiers : la désignation nécessaire d'un administrateur ou d'un mandataire par les juridictions des autres États dans le cadre de procédures auxiliaires, notamment en cas de conflits d'intérêts, l'établissement de règles d'échange sur les créances externes des sociétés du groupe, la définition d'une coopération minimum pour le traitement des dettes intra groupe, une recherche conjointe des financements nécessaires pour permettre aux sociétés en difficulté du groupe de poursuivre leurs activités, au besoin par le biais de soutiens financiers. À cet égard, la CNUDCI préconise de permettre à des sociétés d'un groupe de financer une autre société du même groupe sous réserve d'y être autorisées par les tribunaux ayant compétence à l'égard de la société pouvant disposer d'un crédit<sup>37</sup>. Si cette orientation est de nature à susciter des inquiétudes légitimes, du fait du risque d'atteinte aux garanties bancaires ou d'aliénation des sûretés, la coordination judiciaire préalable est de nature à encadrer ces pratiques sans nuire aux intérêts des créanciers des filiales du groupe. Si, à la clé, le redressement du groupe en difficulté est atteint, les créanciers concernés ne se trouveraient pas lésés.

21 - Une distinction pourrait être aussi faite entre les solutions de redressement et les solutions de liquidation pour le partage des actifs : dans ce dernier cas, seraient nécessairement pris en considération les sûretés et les privilèges institués sur les différents patrimoines des sociétés du groupe. La coordination serait en ce cas limitée au traitement coordonné des dettes externes et des dettes intra-groupes et aux mesures de regroupement éventuel des actifs pour atteindre une valorisation optimale des actifs au moment de leur réalisation. Des économies significatives seraient évidemment un résultat tangible de telles mesures.

22 - Il faut par ailleurs envisager de faciliter les procédures territoriales. Dans l'économie générale du règlement communautaire, les procédures territoriales et secondaires avaient été naturellement limitées, afin de garantir la cohérence des procédures concernant une même entreprise. Il favorisait l'effectivité de la procédure principale et de ses objectifs. Parmi les restrictions apportées, figurait le choix assumé par le règlement d'imposer la forme liquidative à toute procédure collective visant un établissement d'un débiteur

en difficulté, c'est-à-dire qui entraîne la liquidation des biens du débiteur y compris lorsque cette procédure est clôturée par un concordat ou une autre mesure mettant fin à l'insolvabilité ou est clôturée en raison de l'insuffisance de l'actif<sup>38</sup>. Le souci était, à la base, de faciliter le redressement éventuel de l'entreprise dans l'État de son siège, au besoin en liquidant les actifs secondaires y compris ses établissements : « couper les branches pour sauver le tronc »<sup>39</sup>.

Cette règle est apparue à l'expérience contestable, d'abord lorsque l'entreprise en difficulté poursuivait une activité profitable dans une succursale étrangère, ensuite lorsqu'il s'est avéré qu'une telle option contrariait l'élaboration d'un plan de redressement global. Il en a découlé que la règle a parfois dissuadé des créanciers de demander l'ouverture de procédures territoriales.

23 - Le règlement communautaire pourrait être en conséquence modifié sans dommage par la simple suppression de cette règle, en permettant au débiteur lui-même de demander l'ouverture d'une procédure territoriale et en y ajoutant une disposition garantissant qu'une solution de redressement localement élaborée serait subordonnée à sa coordination avec la procédure éventuelle ouverte à l'étranger au centre des intérêts principaux de l'entreprise.

La coordination des procédures devrait être enfin réglementée de manière plus détaillée en ce qui concerne les échanges d'informations sur les créances, la coordination des opérations et l'élaboration de solutions conjointes<sup>40</sup>.

#### E. - Améliorer l'information des tiers en publiant les décisions

24 - Le bon fonctionnement d'une procédure collective ne va pas sans une information véritable des créanciers et une transparence des opérations. Le règlement communautaire avait confié au liquidateur le soin de faire publier et si nécessaire inscrire dans des registres publics, lorsque cela lui paraissait utile, les décisions ouvrant une procédure et nommant le mandataire dans le ou les autres États membres<sup>41</sup>. Le caractère facultatif de cette mesure était lié au souci d'éviter des frais inutiles.

Cette approche différait on doit le noter de celle adoptée par l'Union européenne au même moment avec les directives sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit et des assurances<sup>42</sup>.

25 - Avec l'essor des supports électroniques, cette réserve n'a plus lieu d'être. Les capacités de stockage des banques de données et les hyperliens permettent d'accéder à toutes les informations légales publiées dans les États membres de l'Union européenne. Si la constitution d'un support de publication légale européen apparaît l'idéal, il peut être également envisagé de mentionner dans une annexe susceptible de modification le support établi par chaque État recensant les publications légales et la désignation des mandataires de justice<sup>43</sup>.

## 2. Élaborer des règles uniformes

### A. - Établir des règles de conflit de lois effectives

26 - Le règlement communautaire s'est efforcé dans un ensemble de dispositions de régler les conflits de lois, par un principe :

38. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 2, c).

39. Y. Chaput, *Le droit européen de l'insolvabilité, de prometteuses lacunes* : Rev. Lamy dr. aff. juill. 2002, suppl. p. 30.

40. V. F. Mélin, *Le règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 et la coordination des procédures d'insolvabilité* : JCP E 2009, 1022, p. 23 et G. Jazotte et M. Sénéchal, *L'ouverture d'une « faillite européenne »* : Rev. proc. coll. 2008, dossier 4.

41. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 21 et 22 et cons. n° 29. – Sur ce point, V. circ. min. just. n° CIV 19/06, 15 déc. 2006, n° 2.1.1 : JCP E 2007, 1498.

42. Dir. 2001/24/CE, 4 avr. 2001, art. 6, lorsque ces mesures peuvent affecter les droits des tiers ; dir. 2001/17/CE, 19 mars 2001, art. 6, lorsqu'un recours est possible.

43. Une telle mesure, d'un coût désormais marginal, garantirait l'information réelle et actuelle et, parallèlement, imposerait la consultation dès la conclusion des relations commerciales.

36. V. R. Calnan, *Cross border insolvency in England : a haven for european insolventcies ?*, in *Les faillites internationales*, Centre français de droit comparé : éd. Législation comparée, 2008, p. 105.

37. V. le document de travail de la CNUDCI : [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org), doc. A/CN.9/WG.V/WP.90, WP.90 add. 1 et WP.90 add. 2.

l'application de la loi de l'État d'ouverture, et des exceptions : l'application concurrente de lois étrangères<sup>44</sup>. Les dispositions adoptées sont conformes dans leur esprit aux principes généraux du droit international privé et comme telles échappent à la critique. Il n'en demeure pas moins qu'une interprétation littérale de ces textes conduit à des situations inapplicables. Il serait ainsi nécessaire de réécrire les règles de conflits relatives aux effets de la procédure d'insolvabilité notamment pour les droits portant sur des biens immobiliers, les droits des salariés et les droits soumis à enregistrement<sup>45</sup>, afin que la loi de l'État d'ouverture ne soit pas totalement évincée au profit d'une autre loi : il devient nécessaire de créer un véritable droit international privé communautaire dans le périmètre des procédures collectives, afin d'en faciliter l'appropriation par les juridictions nationales.

27 - Dans quelques domaines, cette révision en profondeur est réalisable, compte tenu de la communautarisation croissante du droit international privé et de l'atténuation du contrôle juridictionnel sur les décisions étrangères. Si le principe de la *lex fori concursus* est appelé à durer, celle-ci doit se combiner avec d'autres lois dans les différentes situations visées par le règlement.

28 - Le sort de la personne morale insolvable doit d'abord tenir compte d'une autre loi que celle de l'État d'ouverture : si une société commerciale est soumise à une loi étrangère du fait de la localisation du centre de ses intérêts principaux dans cet autre État, les effets de la procédure d'insolvabilité ne peuvent méconnaître la *lex societatis* : seule cette dernière peut déterminer si une liquidation judiciaire entraîne la dissolution de la société comme le fait le droit français<sup>46</sup> : ces dispositions ne seraient pas automatiquement applicables à une société étrangère.

29 - À l'égard des contrats en cours, l'administrateur ou le mandataire judiciaire tient de la loi de l'État d'ouverture le pouvoir de décider de poursuivre ou de résilier les contrats<sup>47</sup>, mais il ne peut méconnaître les dispositions impératives du règlement du 17 juin 2008 ayant remplacé la convention de Rome et qui détermine la loi applicable aux contrats : ainsi, définir si un contrat est ou n'est pas en cours relève avant tout de la loi applicable à ce contrat, bien avant d'être soumis aux dispositions de la loi de l'État d'ouverture<sup>48</sup>.

30 - Quant aux biens immobiliers du débiteur, le règlement vient également déroger au principe général faisant application de la loi de l'État d'ouverture aux contrats en cours en optant de manière traditionnelle pour la loi du lieu de situation du bien<sup>49</sup>. Le renvoi à la loi du lieu de situation du bien, qualifié de renvoi « exclusif » par le règlement, semble soustraire les contrats portant sur des biens immobiliers aux règles de la procédure collective ouverte dans un autre État membre : il n'en est rien.

La loi de l'État d'ouverture reste en réalité applicable aux pouvoirs du débiteur sur le bien, aux droits qu'il peut avoir d'agir en justice dans un autre État membre, au règlement des créanciers inscrits sur ce bien<sup>50</sup>. De même, seraient aussi applicables les règles de l'État d'ouverture pour une action en nullité visant un contrat portant sur un tel bien immobilier<sup>51</sup>.

31 - À l'égard des contrats de travail, le règlement opère un renvoi exclusif à la loi applicable aux contrats, sous-entendu des salariés travaillant pour le compte de l'entreprise insolvable<sup>52</sup>. Par cette règle, le règlement communautaire rend applicable la loi telle qu'elle est déterminée par le règlement communautaire du 19 juin

2008, qui définit la loi applicable aux contrats de travail, par référence à la loi choisie par les parties et à défaut par des critères objectifs de rattachement<sup>53</sup>. Or la loi de l'État d'ouverture n'est pas en réalité totalement évincée : elle continue de définir les privilèges opposables dans la procédure collective, le rang des créances salariales, l'obligation ou la dispense de produire la créance au passif, la représentation de leurs intérêts dans la procédure et leur information.

Qu'en est-il des licenciements ? La loi applicable aux contrats de travail aurait seule vocation à déterminer les modalités des licenciements entrepris par le syndic. Le ministère de la Justice avait opiné en ce sens<sup>54</sup>. En réalité, la loi de la procédure ne peut être non plus évincée, car elle seule définit les pouvoirs du débiteur et ceux du syndic<sup>55</sup>. Cette combinaison s'impose : comment un administrateur judiciaire pourrait-il licencier des salariés sans autorisation judiciaire en violation du droit de l'État d'ouverture si sa loi l'exige, au seul motif que la loi étrangère applicable aux contrats de travail ne requerrait pas une telle autorisation ? Il est à craindre qu'un tel licenciement serait jugé irrégulier, et qu'il n'offrirait pas aux salariés les mêmes garanties qu'ils seraient en droit d'attendre et exposerait l'administrateur judiciaire à la mise en cause de sa responsabilité.

32 - Quant aux garanties des créances salariales, d'autres textes que la loi applicable au contrat de travail ont aussi vocation à s'appliquer. Tout d'abord le privilège est on l'a dit plus haut déterminé avant tout par la loi de l'État d'ouverture : seule cette loi détermine également les modalités de paiement des créances salariales, l'étendue et les plafonds reconnus aux créances de cette nature, la participation éventuelle des organes de la procédure dans les diligences à accomplir. Par ailleurs, une autre loi a également vocation à s'appliquer, celle de l'État où le salarié exerçait son travail de manière habituelle : la directive européenne du 23 septembre 2002 sur la protection des salariés détermine en effet l'organisme de garantie compétent pour les salaires impayés des employés d'une entreprise insolvable : le critère applicable est celui du lieu d'activité des salariés de l'entreprise, indépendamment de la loi de l'État d'ouverture et de la loi éventuelle applicable aux contrats<sup>56</sup>. Ces organismes ne peuvent appliquer que la loi de l'État qui les a institués. D'où une nécessaire combinaison des différents textes concurrents.

33 - En ce qui concerne les droits soumis à enregistrement, les différents États membres ont des règles de publicité voisines pour garantir l'information des tiers et l'opposabilité des droits inscrits sur certains biens, immeubles, aéronefs et navires, mais aussi fonds de commerce, gages, fiducies et biens en crédit-bail : est applicable la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu<sup>57</sup>.

Là encore la règle de renvoi contenue dans le règlement communautaire doit se lire comme une dérogation limitée aux principes généraux prévoyant l'application principale de la loi de l'État d'ouverture et la sauvegarde des droits réels des tiers portant sur des biens situés dans un autre État membre.

De même, si la loi de l'État où les registres sont tenus n'est pas mentionnée comme étant seule à s'appliquer, cette règle pourrait en effet évincer les dispositions générales de règlement, ce qu'elle ne fait pas : restent applicables les règles relatives aux pouvoirs du débiteur sur les biens et aux prérogatives du syndic à l'égard de ceux-ci, les modalités de réalisation des biens et le paiement des créanciers inscrits. On est loin d'une compétence exclusive de la loi de l'État teneur de registres.

44. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 4 et 5 à 13.

45. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 8, 10 et 11.

46. C. civ., art. 1844-7, 7°.

47. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 4-2, e).

48. En ce sens, F. Mélin, *op. cit.*, p. 215.

49. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 8.

50. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 4-2, i).

51. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 4-2, m) : en ce sens, F. Mélin, *op. cit.*, p. 263.

52. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 10.

53. Règl. CE 593/2008, 19 juin 2008, art. 8. - V. C. Nourissat, *le nouveau droit des contrats internationaux et le règlement CE 593/2008 du 19 juin 2008* : *Rev. Lamy dr. aff.* 2008/29, n° 1752 et 1758.

54. *Circ. min. just.* 15 déc. 2006, *préc.*, § 3.2.2.2.

55. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 42, c).

56. *Dir.* 2002/74/CE, 23 sept. 2002, *cod. dir.* 2008/94/CE, 22 oct. 2008.

57. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 11.

## B. - Assurer la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans le cours d'une procédure collective

34 - Le règlement communautaire avait pour vocation de combler le vide laissé par la convention de Bruxelles de 1968 qui excluait de son champ d'application les faillites, les concordats et les procédures analogues<sup>58</sup>. Afin d'assurer la cohérence des conditions de reconnaissance et des mesures d'exécution des décisions judiciaires, le règlement sur les procédures d'insolvabilité avait, parallèlement aux règles de reconnaissance et d'effectivité immédiates des décisions ouvrant une procédure, procédé par un renvoi à la convention de Bruxelles pour les décisions rendues ultérieurement dans le cours d'une procédure collective<sup>59</sup>.

Mais le règlement renvoyait ainsi à une convention qui allait être abrogée, puisque le règlement CE 44/2001 du 22 décembre 2000 est entré en vigueur<sup>60</sup>, venant remplacer la convention de Bruxelles<sup>61</sup>. Cette différence n'est pas de pure forme : le règlement CE 44/2001 institue un mécanisme de reconnaissance et d'exécution beaucoup plus efficace, en renvoyant le contrôle éventuel de la décision étrangère à la juridiction de second degré en cas de contestation de la mesure d'exécution entreprise<sup>62</sup>. Cette différence avait conduit le ministère de la Justice à opter pour une interprétation littérale et à rendre applicable les règles d'*exequatur* de la convention de Bruxelles à ce type de décisions<sup>63</sup>, avant de renoncer à cette interprétation par sa seconde circulaire, désormais silencieuse sur ce point<sup>64</sup>.

35 - La Cour de justice des Communautés européennes a fait littière de ces hésitations, en confirmant que c'est bien au règlement CE 44/2001 du 22 décembre 2000 qu'il convient de se référer pour l'exécution de ces décisions<sup>65</sup>.

Le règlement communautaire devrait entériner cette interprétation dynamique du texte, préciser les dispositions du règlement général applicables et simplifier les dispositions relatives à l'exécution des décisions découlant de la procédure d'insolvabilité.

## C. - Élaborer un droit communautaire de l'insolvabilité

36 - Ces orientations seraient de nature à améliorer la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de procédures collectives et à garantir le réalisme du règlement communautaire. Peut-on aller plus loin ? Le règlement sur les procédures d'insolvabilité contenait l'ébauche d'un droit matériel : un principe général d'égalité, une information écrite individuelle minimum destinée aux créanciers s'imposant aux syndics, le droit de tous les créanciers de déclarer leurs créances, le droit d'utiliser sa propre langue pour déclarer une créance dans un autre État membre, et le maintien des droits réels des tiers portant sur des biens situés en dehors de l'État d'ouverture<sup>66</sup>, ainsi que les règles ci-dessus de droit international privé.

37 - Il est possible d'envisager une harmonisation plus large des droits nationaux en instituant un formalisme minimum commun. Une telle harmonisation, pour demeurer réaliste, devrait porter sur des aspects de procédure susceptibles de rapprochement soit dans le règlement lui-même, soit par le biais d'une directive, susceptible

d'adaptation au moment de sa transcription dans les droits nationaux.

38 - Le rapprochement manifeste qui peut être constaté entre les droits nationaux européens permet d'envisager aujourd'hui d'élaborer un ou des critères communs d'ouverture, le cas échéant en établissant des règles distinctes pour les procédures de prévention et les procédures collectives et pour l'ouverture à l'initiative du débiteur en vue d'une restructuration de l'entreprise ou à l'initiative des créanciers confrontés à la défaillance ou la cessation des paiements de leur débiteur. Cette orientation limiterait, ce qui n'est pas négligeable, les inconvénients du *forum shopping*, par une meilleure prévisibilité du risque de défaillance par les investisseurs.

39 - Il est aussi possible d'établir des règles communes relatives aux délais et aux modalités de déclaration des créances, à l'organe destiné à les recevoir qu'il s'agisse d'une juridiction ou d'un auxiliaire de justice, le contenu des informations à produire, les créanciers soumis à l'obligation de déclaration et ceux qui en sont dispensés, les sanctions attachées à la négligence d'un créancier, le droit de déclarer ses créances par courrier électronique sous une signature sécurisée...

40 - Il est par ailleurs concevable d'envisager, parce qu'il s'agit d'une orientation majeure des procédures collectives en Europe d'établir un ordre de classement des créances bénéficiant d'un privilège général, sans préjudice des lois nationales qui en prévoient d'autres. Un privilège général s'appliquerait ainsi, car il le fait déjà dans la plupart des lois des États membres, aux créances d'administration, aux créances salariales, aux créances nées de la poursuite d'activité et aux frais de justice. Au-delà, une harmonisation des créances de nature fiscale et sociale exigerait un effort de rapprochement des législations qui reste largement tributaire d'autres facteurs que le seul fonctionnement des procédures collectives (droit fiscal, protection sociale, intérêt général et ordre public). Mais le principe d'égalité et de non-discrimination entre les créanciers impose désormais aux États membres de tendre à un tel rapprochement, s'agissant de catégories de créances de même nature.

41 - L'étendue de l'arrêt des poursuites individuelles, principe commun à tous les droits nationaux, peut aussi faire l'objet de dispositions harmonisées, ce qui clarifierait au bénéfice des créanciers étrangers le périmètre de cette règle : les procédures d'exécution et les poursuites individuelles concernées, le sort des instances en cours (aujourd'hui laissées à la législation de l'État où ces instances sont pendantes) et les créanciers exclus ou dispensés de la discipline collective.

42 - Un rapprochement peut aussi être envisagé en ce qui concerne les actions en nullité, élément fondamental des procédures collectives dans les lois de tous les États membres. L'harmonisation et l'adaptation de règles communes ont été envisagées au niveau international par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international dans un souci de clarification et de sécurité juridique : il est en effet apparu fondamental pour les tiers en particulier pour les créanciers ayant pu bénéficier d'un paiement avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité de connaître le risque de remise en cause par le biais de telles actions. Par ailleurs, l'essor des procédures de prévention a souvent conduit les législateurs à sécuriser ces opérations et les sûretés et les paiements établis dans le cadre d'accords amiables préventifs, comme cela a été le cas en France en Espagne et en Italie. Cette sécurisation est passée par le biais de règles protégeant les tiers contre d'éventuelles actions en annulation. Une harmonisation et l'adoption de règles uniformes porteraient sur la durée maximum de la période suspecte, une énumération des actes présumés préjudiciables à l'intérêt collectif des créanciers, les personnes habilitées à agir et l'effet de ces actions, en considérant que les différents droits prévoient tantôt la nullité, tantôt l'inopposabilité des actes et des paiements irréguliers.

58. Règl. CE 44/2001, 22 déc. 2000, art. 1<sup>er</sup> 2, b).

59. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 25.

60. Soit le 1<sup>er</sup> mars 2002 (Règl. CE 44/2001, 22 déc. 2000, art. 7).

61. De sorte que les références doivent s'entendre comme renvoyant au nouveau règlement (V. règl. CE 44/2001, 22 déc. 2000, art. 68).

62. Règl. CE 44/2001, 22 déc. 2000, art. 38, 43 et 45.

63. Circ. min. just. 17 mars 2003, JUS CO 32 201 34 C.

64. Circ. min. just. 15 déc. 2006, JUS CO 6990 C : JCP E 2007, 1498, p. 30.

65. CJCE, 10 sept. 2009, aff. C 292/08, German Graphics : D. 2009, p. 2782 et nos obs.

66. Règl. CE 1346/2000, 29 mai 2000, art. 20, 32 et 39 à 42. - V. J.-L. Vallens, Vers un droit matériel en matière de faillite ? : LPA 12 déc. 2003, n° spéc., p. 47.

43 - Enfin, d'autres axes de rapprochement existent comme l'élaboration de règles communes sur le traitement des contrats en cours et/ou la possibilité d'accorder aux débiteurs, à l'issue des opérations de liquidation, une remise des dettes pour un nouveau départ, comme le recommande la Commission européenne...

Ces réflexions s'insèrent naturellement dans le cadre plus général du droit communautaire dérivé tel qu'il résulte des autres instruments de coordination et de coopération judiciaire concernant la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires

en matière civile et commerciale ou l'obtention des preuves, mais aussi dans le contexte de la sortie laborieuse de la crise financière de 2008/2009, où le droit de l'insolvabilité apparaît comme un outil au service de la restructuration des entreprises au niveau européen. Un vaste chantier pour le législateur communautaire... ■

Mots-Clés : Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 - Révision  
Droit communautaire - Règlement n° 1346/2000 - Révision  
Faillite internationale - Règlement n° 1346/2000 - Révision

## 14 Résiliation judiciaire du contrat de travail et garantie de l'AGS

David JACOTOT,

maître de conférences à la faculté de droit de Dijon, CREDIMI

**Si l'AGS couvre les créances de rupture intervenant dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation, en l'hypothèse d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, il est essentiel de s'interroger sur la date d'effet de la résiliation afin de vérifier si la garantie est due au salarié. Doit-elle être fixée au jour du jugement prononçant la résiliation du contrat ou à l'époque de l'inexécution par l'employeur de ses obligations ? L'intervention de l'AGS, du reste, ne saurait être écartée au motif que le contrat est rompu par décision de justice et non par la volonté unilatérale du liquidateur.**

1 - La résiliation judiciaire, notion de droit civil appréhendée de manière originale en droit du travail<sup>1</sup>, influence l'étendue de la garantie due par l'AGS en présence d'un jugement de liquidation judiciaire. L'arrêt du 14 octobre 2009<sup>2</sup>, soumis à large diffusion (PB), donne l'occasion de traiter de ce sujet.

2 - Un chef de chantier a saisi, le 29 novembre 2006, le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail. Le régime juridique de ce mode de rupture présente, en droit du travail, des particularités. Si l'employeur est l'auteur de faits suffisamment graves<sup>3</sup>, le juge prononce, certes, la résiliation, mais aux torts de l'entreprise, ce qui emporte des effets singuliers, ceux d'un licenciement injustifié. L'employeur est, par conséquent, débiteur des indemnités compensatrice de préavis, légales (ou conventionnelles) de licenciement, et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La juridiction de première instance résilie le contrat par jugement du 18 janvier 2007, mais, avant celui-ci, plus précisément le 1<sup>er</sup> décembre 2006, la société a été placée en liquidation judiciaire. Se pose alors la question de la **détermination de la date d'effet de la résiliation**. L'enjeu immédiat d'une telle interrogation réside dans la couverture par l'AGS de diverses sommes : cette dernière garantit, selon l'article L. 3253-8, 2<sup>o</sup> du Code du travail, « Les créances résultant de la rupture intervenant [...] dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation ». La cour d'appel

considère que la « résiliation prend effet au jour de la convocation devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, à savoir le 1<sup>er</sup> décembre 2006 » ; elle conclut que « l'AGS devra sa garantie [...] » car la dissolution du lien contractuel est intervenue moins de quinze jours avant la liquidation judiciaire. La Haute juridiction casse l'arrêt. Sous le visa de l'article 1184 du Code civil, elle retient une autre date d'effet de la résiliation, celle du « jour [où le juge] la prononce », soit le 18 janvier 2007, donc plus de deux semaines après la liquidation judiciaire, ce qui entraîne l'exclusion de toute couverture par l'AGS. Cette solution n'étonnera pas les lecteurs assidus des décisions de la chambre sociale, cette dernière l'ayant consacrée en 2007, mais elle surprendra ceux qui scrutent les arrêts des autres chambres. La troisième chambre civile, en effet, a récemment jugé : « la résiliation judiciaire des contrats à exécution successive ne prend pas nécessairement [nous soulignons] effet à la date de la décision qui la prononce »<sup>4</sup>. Faut-il croire qu'une divergence traverse la Cour de cassation et, alors, s'attendre à l'avenir à une unification jurisprudentielle, qui risquerait de ne pas être favorable à l'AGS ? Il est vrai qu'il est difficile d'expliquer qu'une règle différente régisse, au sein des contrats à exécution successive, le seul contrat de travail. Pour autant, à la lumière d'une doctrine récente, il est possible d'approuver la solution de la chambre sociale (1).

3 - Cet arrêt invite également à réfléchir au lien qui existe entre la couverture de l'AGS et l'auteur de l'anéantissement du contrat de travail. Il est soutenu dans le pourvoi, que la « garantie n'est pas

1. J. Pélessier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail* : Précis Dalloz, 24<sup>e</sup> éd. 2008, n° 447.

2. JCP S 2009, 1559, note F. Dumont.

3. En l'espèce, l'employeur pouvait difficilement le contester car il a manqué à son obligation principale, celle de fournir du travail à son salarié et de lui verser sa rémunération, ce dont il ne s'est pas acquitté pendant plusieurs mois (cf. le pourvoi).

4. À propos d'un contrat de bail : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2008 ; *Loyers et copr.* 2008, comm. 266, obs. B. Vial-Pedroletti ; RDC 2009, p. 70, obs. Th. Génicon et p. 168, obs. J.-B. Seube ; *Defrénois* 2008, art. 38874-1, p. 2499, note R. Libchaber.