

## LE DROIT COMMUNAUTAIRE DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ À L'ÉPREUVE DES JURIDICTIONS NATIONALES

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE  
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 4 DECEMBRE 2006

PAR MICHEL MENJUCQ\*

Lors de son adoption le 29 mai 2000, le règlement n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité n'avait guère suscité d'enthousiasme. Il était très en retrait dans ses ambitions par rapport à une précédente proposition de 1982 et ses dispositions ne voyaient le jour que grâce au repêchage réalisé par le traité d'Amsterdam qui a communautarisé la coopération judiciaire dans les matières civiles et commerciales ayant une incidence transfrontière. Le nouveau titre IV de la troisième partie du traité CE intégrait le domaine de la justice et des affaires intérieures qui relevait désormais de la compétence de l'Union européenne. Concrètement, cette communautarisation s'est traduite par la reprise dans le règlement n° 1346/2000, sur le fondement de l'article 65 du traité CE, des dispositions de la Convention du 23 novembre 1995<sup>(1)</sup>, mort-née en raison du refus de ratification du Royaume-Uni.

Le règlement 1346/2000 n'embrasse pas à lui seul tout le droit communautaire des procédures collectives puisque deux autres textes propres à des secteurs spécifiques, la directive n° 2001/17 du 19 mars 2001 sur l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurances<sup>(2)</sup> et la directive n° 2001/24 du 4 avril 2001<sup>(3)</sup> relative à l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit le complètent<sup>(4)</sup>. Pour être parfaitement exhaustif sur le droit communautaire, il faut enfin ajouter la directive n° 80/987 du 20 octobre 1980 relative au rapprochement des législations des Etats membres sur la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur<sup>(5)</sup>, modifiée par la directive n° 2002/74 du 23 septembre 2002<sup>(6)</sup>, qui oblige les Etats membres à instituer des organismes de garantie des salaires et prévoit les règles de compétence internationale de ces organismes.

---

\* Michel Menjuq est professeur à l'Université Paris I. Ce texte est celui de la conférence prononcée devant l'association Droit et Commerce au tribunal de commerce de Paris le 4 décembre 2006.

Nous limiterons cependant notre propos au règlement n° 1346/2000 qui constitue le droit commun des procédures d'insolvabilité communautaires et, à ce titre, a fait l'objet, depuis son entrée en vigueur le 31 mai 2002, d'applications pour le moins controversées par les juridictions nationales.

Critiqué pour son manque d'ambition, le règlement 1346/2000 emporte cependant des effets non négligeables.

Certes, il n'institue pas une procédure universelle unique et unifie moins encore les droits nationaux matériels sous réserve de quelques dispositions ponctuelles cherchant à assurer une égalité de traitement entre les créanciers locaux et les créanciers étrangers.

Néanmoins, il simplifie les critères de compétence juridictionnelle en les réduisant à deux. Recherchant effectivement des solutions acceptables par l'ensemble des Etats membres, le règlement n° 1346/2000 a renoncé à imposer une procédure unique ayant une portée universelle. Il a trouvé un compromis par la mise en place d'une procédure principale de portée universelle, qualifiée de procédure principale, coordonnée avec une ou plusieurs procédures, en principe liquidative, de portée territoriale, qualifiées de procédures secondaires. L'ouverture d'une procédure principale ne fait donc pas obstacle à l'ouverture ultérieure d'une procédure secondaire et au contraire la facilite puisqu'il n'est pas nécessaire de prouver l'insolvabilité du débiteur dans cette seconde procédure.

La complexité de cette construction n'a pas manqué de soulever des critiques, notamment parce que la coordination des procédures, chacune soumise sa propre nationale, reposait sur l'action des syndics nommés dans les différentes procédures.

Un autre apport du règlement, probablement le plus important, consiste dans le principe de la reconnaissance immédiate et sans formalité de la décision d'ouverture dans tous les autres Etats membres. Il s'agit d'une avancée considérable par rapport au droit international des faillites qui demeure malgré deux décisions récentes de la Cour de cassation<sup>(7)</sup> sous la dépendance de l'exequatur.

Quoiqu'il en soit, le règlement 1346/2000 semblait promis à une application restreinte, les praticiens des procédures collectives étant eux-mêmes assez peu sensibles en France à la problématique communautaire. L'application de ce texte ne figurait pas non plus parmi les priorités de la Chancellerie puisqu'il fallut attendre le 17 mars 2003<sup>(8)</sup>, soit neuf mois après l'entrée en vigueur du règlement, pour qu'une circulaire d'application du règlement soit diffusée.

Toutefois, le contexte changea dès les premières applications du règlement par les juridictions nationales. Alors que le règlement retenait une conception du débiteur indépendant, le cas échéant exerçant sous forme sociétaire, les juridictions nationales, notamment anglaises, appliquèrent le règlement 1346/2000 aux groupes de sociétés par le biais d'une interprétation souple de la notion de centre des intérêts principaux qui constitue le critère de compétence juridictionnelle de l'article 3 § 1 du règlement pour ouvrir une procédure principale. Renversant la présomption en faveur du siège statutaire établie par ledit article, ces juridictions localisaient le centre des intérêts principaux des filiales au siège de leur société mère.

Le courant jurisprudentiel était ainsi lancé et paraissait même irrésistible. Ainsi, après les premières affaires Daisytek et SAS Rover se rapportant à des procédures anglaises ouvertes à l'encontre de filiales implantées en France, les juridictions françaises ouvrent à leur tour, à partir de sociétés ayant leur siège en France, des procédures de droit français à l'encontre des autres sociétés du même groupe localisées sur le territoire d'autres Etats membres, par exemple dans l'affaire EMTEC<sup>(9)</sup>.

Ailleurs en Europe, les juridictions nationales étaient aussi favorables à la centralisation des procédures par le tribunal de l'Etat de la société contrôlante. Ont ainsi fleuri plusieurs procédures d'insolvabilité délocalisées par rapport à l'Etat du siège social des filiales. (affaires *Enron*, *Brac Rent-a-car*, *Crisscross*, *Eurofood/Parmalat...*)<sup>(10)</sup>. La résistance d'une juridiction irlandaise du lieu du siège statutaire d'une filiale du groupe Parmalat donna l'occasion à la Cour de justice des communautés européennes de marquer sa différence d'interprétation dans le désormais célèbre arrêt Eurofood/Parmalat du 2 mai 2006<sup>(11)</sup>.

A rebours du courant dominant des juridictions nationales, elle précise que la présomption en faveur du siège statutaire du règlement ne saurait être renversée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers démontrent l'existence d'une situation réelle distincte de la localisation du siège statutaire et que tel serait "notamment le cas d'une société "boîte aux lettres" qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'Etat membre où est situé son siège".

Elle poursuit en explicitant que dans le cas contraire, "lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'Etat où est situé son siège social, le simple fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre Etat membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par le règlement" (CJCE, 2 mai 2006, aff. C-341/04, considérant 37).

Sans fermer complètement la porte à l'application du règlement aux groupes de sociétés, elle manifeste nettement ses réticences à l'égard de l'ouverture systématique de procédures délocalisées par rapport à l'Etat du siège statutaire des filiales.

Toutefois, elle ne semble pas être parvenue à enrayer la jurisprudence des juges nationaux qui ont ainsi réussi à modifier l'économie du règlement sur les procédures d'insolvabilité (I). En effet, l'ouverture de procédures délocalisées par rapport au siège des sociétés dominées<sup>(12)</sup> implique nécessairement l'adaptation d'autres dispositions du règlement 1346/2000.

Mais au-delà, la centralisation par une juridiction nationale des procédures affectant un groupe européen provoque l'exportation des conceptions du *for* dans les Etats où se situent les sociétés dominées, en raison du lien traditionnel entre la compétence du tribunal et la loi applicable à la procédure consacré par le règlement 1346/2000. Si bien que par son extension aux groupes, le règlement est devenu un vecteur de confrontation des droits nationaux des procédures collectives. A son tour, en raison de la modification qu'il a subi et par un phénomène d'interaction, le règlement emporte un effet retour sur les droits nationaux (II).

## I – L'économie du règlement 1346/2000 modifiée par les juridictions nationales

Alors que le règlement ne prévoyait pas l'application de ses dispositions aux groupes de sociétés, le principe inverse paraît désormais acquis (A), et ce, malgré la réticence de la Cour de justice des communautés européennes. Cette extension du champ d'application du règlement ne reste cependant pas sans conséquence sur d'autres dispositions du même règlement dont l'interprétation doit aussi être élargie, source de modifications en chaîne, (B).

### A – L'application du règlement aux groupes : un principe acquis

L'application du règlement 1346/2000 aux groupes de sociétés par les juridictions nationales a été réalisée à partir de l'interprétation de la notion du centre des intérêts principaux présumé être pour les personnes morales, selon l'article 3 § 1 du règlement, au lieu du siège statutaire. Toutefois, cette disposition n'établit qu'une présomption simple, le considérant 13 du règlement 1346/2000 précisant 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".

Le caractère simple de la présomption a d'ailleurs pu être considéré comme un vice d'origine du règlement portant en germe un risque de conflit de juridictions<sup>(13)</sup>. C'est donc en estimant que toutes les sociétés d'un même groupe étaient gérées habituellement depuis l'Etat du siège de la société mère, voire comme dans l'affaire EMTEC, depuis l'Etat d'une filiale, que plusieurs juridictions nationales ont renversé la présomption et ont centralisé les procédures ouvertes contre toutes les sociétés d'un groupe.

### 1 – Interprétation de la CJCE

Dans sa forme et sur le fond, l'arrêt Eurofood a voulu marquer un coup d'arrêt par rapport à cette jurisprudence des juges nationaux.

La CJCE retient une conception de la notion du centre des intérêts principaux que nous avons qualifiée de matérielle plus conforme à l'esprit du règlement. C'est aussi probablement la conception la plus prévisible pour les tiers. En conséquence, selon la Cour de justice, dès lors qu'une société emploie des salariés et développe une activité dans l'Etat où est situé son siège statutaire, elle y dispose du centre de ses intérêts principaux puisqu'elle y gère habituellement ses intérêts de manière vérifiable par les tiers. En revanche, si le siège statutaire correspond à une localisation où n'est exercée aucune activité, la présomption peut être renversée mais il s'agit d'une simple faculté.

Ainsi, la CJCE écarte la conception intellectuelle, trop subjective et difficilement vérifiable par les tiers, du centre des intérêts principaux fondée sur le contrôle exercé par une société. Pour autant, l'arrêt Eurofood ne s'oppose pas expressément à l'application du règlement aux groupes mais pose l'exigence que les juridictions nationales renforcent leur motivation pour renverser la présomption en faveur du siège statutaire.

Quoi qu'il en soit, l'interprétation de la CJCE est parfaitement cohérente non seulement avec le règlement 1346/2000 dont elle respecte l'esprit mais plus largement avec sa propre jurisprudence en matière de liberté d'établissement résultant de la trilogie *Centros* (9 mars 1999), *Überseering* (5 novembre 2002) et *Inspire Art* (30 septembre 2003) qui, en cas de dissociation, fait prévaloir le siège statutaire et limite fortement les prérogatives de l'Etat d'accueil de l'administration centrale.

A l'issue cette décision attendue de la CJCE on aurait pu penser qu'il y aurait un avant et un après arrêt *Eurofood*<sup>(14)</sup>. Cependant, la portée de cette décision sur les juridictions nationales risque de se révéler plus théorique que concrète.

## 2 – Portée de l'arrêt *Eurofood*

**En premier lieu, elle n'emporte pas sanction des premières décisions nationales non conformes à l'interprétation qu'elle a retenue.** Effectivement, l'arrêt *Eurofood* consacre aussi, sur le fondement du principe de confiance mutuelle énoncé par le considérant 22 du règlement, la règle de priorité en faveur de la juridiction ayant en premier ouvert une procédure d'insolvabilité, dont la conséquence directe est l'impossibilité de tout contrôle, sous réserve de la violation manifeste de l'ordre public, par les juridictions des autres Etats membres. Si des intéressés entendent contester la compétence de la juridiction qui a ouvert la procédure, selon l'arrêt *Eurofood*, ils doivent le faire uniquement devant les juridictions nationales du même Etat selon les voies de recours prévues par le droit national de cet Etat.

En conséquence, les décisions nationales antérieures à l'arrêt *Eurofood* doivent *ipso facto* être reconnues dans les autres États même si elles ont interprété différemment le critère du centre des intérêts principaux. C'est ainsi que la Cour de cassation dans l'affaire *Isa Daysitek a*, par un arrêt du 27 juin 2006<sup>(15)</sup> constaté sur le fondement de la règle de priorité la validité de décision de la *High Court de Leeds*. La Cour de cassation n'a pas retenu non plus la violation de l'ordre public en estimant que l'absence totale d'audition des représentants du personnel préalablement à l'ouverture ne constituait pas une atteinte inacceptable à l'ordre juridique français, se conformant en cela à la position de la Cour de justice des communautés européennes définie dans l'arrêt *Eurofood* selon laquelle la clause d'ordre public ne doit jouer que de manière très exceptionnelle.

Une autre interprétation paraissait possible mais n'a pas été retenue<sup>(16)</sup>. Elle consistait à appliquer le principe de confiance mutuelle en cas d'ouverture d'une procédure dans l'Etat du siège statutaire de la filiale mais à maintenir un contrôle de la qualification du centre des intérêts principaux en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par une juridiction ayant renversé la présomption.

**En deuxième lieu, la portée de l'arrêt *Eurofood* risque d'être limitée par le fait que les juridictions nationales, tout en se conformant formellement à l'arrêt *Eurofood*, devraient poursuivre leur jurisprudence antérieure en prenant simplement la précaution de motiver davantage leur décision.** Les jugements du tribunal de commerce de Paris du 2 août 2006 dans l'affaire *Eurotunnel* qui ouvrent dix-sept procédures de sauvegarde en sont un exemple concret. En ce sens, on relève que les jugements reprennent formellement l'attendu de principe

de l'arrêt *Eurofood* qu'ils font suivre d'éléments de fait démontrant la localisation en France du centre des intérêts principaux des sociétés du groupe Eurotunnel.

Quoi qu'il en soit, les juges nationaux doivent conserver à l'esprit la *ratio legis* du règlement rappelé par l'arrêt *Eurofood* : les parties intéressées, spécialement les créanciers et les salariés, doivent pouvoir identifier avec certitude et prévisibilité le tribunal compétent et ce d'autant plus que la compétence juridictionnelle conditionne la loi applicable à la procédure. Les motifs de sécurité juridique et de prévisibilité doivent ainsi guider l'interprétation de la notion de centre des intérêts principaux. En conséquence, les éléments à considérer pour déterminer le centre des intérêts principaux sont ceux qui sont objectifs et vérifiables par les tiers.

La difficulté vient du fait que tous les créanciers n'ont pas les mêmes moyens de vérification. Par exemple, les créanciers les plus importants peuvent savoir que les principaux contrats sont négociés par la société mère alors que les créanciers ordinaires n'ont pas cette connaissance parce que leurs contrats conclus pour les besoins courant sont négociés directement par la filiale. Le caractère vérifiable conduit aussi à s'interroger sur la place de l'apparence dans la détermination du centre des intérêts principaux puisque les tiers doivent pouvoir se fier aux éléments qu'ils constatent lors de leur relations contractuelles avec la filiale pour la localisation du centre des intérêts principaux.

En définitive, malgré l'interprétation orthodoxe de la Cour de justice des Communautés européennes, l'application du règlement aux groupes de sociétés, à l'initiative des juridictions nationales, est désormais acquise. Elle n'est pas sans conséquence sur l'application de plusieurs dispositions du règlement.

## ***B – L'application du règlement aux groupes : des modifications en chaîne***

### *1 – Les inconvénients des procédures délocalisées*

L'application du règlement 1346/2000 aux groupes de sociétés ne reste pas sans effet sur la mise en œuvre d'autres dispositions de ce même texte. En effet, l'ouverture de procédures délocalisées par rapport à l'Etat du siège statutaire des filiales lorsque ces filiales sont opérationnelles et disposent d'actifs dans l'Etat de leur siège emporte au moins trois séries de conséquences.

D'une part, la délocalisation des procédures favorise le jeu des articles 5 et 7 du règlement qui empêchent que les créanciers titulaires de sûretés réelles ou d'une clause de réserve de propriété soient affectés par la procédure ouverte dans un autre Etat. Un nombre non négligeable de créanciers pourraient ainsi totalement échapper à la procédure délocalisée, en se payant directement sur le bien objet de leur garantie, puisque dans la plupart des cas, les actifs des filiales se situent dans l'Etat de leur siège. Ce résultat aboutit à l'effet inverse que celui recherché par le règlement 1346/2000 qui tend à l'égalité des créanciers.

D'autre part, l'ouverture d'une procédure principale délocalisée par rapport à l'Etat membre où se situent le siège social et les actifs de la filiale d'un groupe conduit à une application purement extraterritoriale qui aboutit à multiplier les

cas où l'exequatur doit être demandé. En effet, puisque les actifs du débiteur sont dans un autre Etat membre que celui d'ouverture de la procédure principale, c'est seulement dans cet Etat que s'effectue l'exécution des décisions, notamment celles se rapportant à la vente de certains biens du débiteur. Or l'exécution de ces décisions n'est pas dispensée d'exequatur même si les conditions sont simplifiées par l'article 25 du règlement qui renvoie à la convention de Bruxelles.

Enfin, le risque de *forum shopping* existe dans la mesure où les juges ont une marge d'appréciation dans la détermination du centre des intérêts principaux.

## 2 – Les adaptations du règlement nécessaires

La neutralisation des effets négatifs de l'application du règlement 1346/2000 aux groupes, désormais acquise, est cependant envisageable si l'on retient une interprétation extensive des articles 2, h et 3 § 2 du règlement pour permettre l'ouverture d'une procédure secondaire dans l'Etat du siège statutaire de la filiale. C'est en ce sens que l'on peut parler de modifications en chaîne ou d'effet dominos puisque l'acceptation d'une interprétation large du règlement pour l'étendre aux groupes de sociétés exige d'adapter d'autres dispositions du même règlement en les interprétant elles aussi largement.

L'article 2, h du règlement identifie plutôt la notion d'établissement à une succursale en définissant l'établissement comme "*tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de manière non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens*", ce qui explique que les premiers commentateurs du règlement<sup>(18)</sup>, comme la circulaire du 17 janvier 2003 avaient considéré qu'il était impossible d'ouvrir une procédure secondaire dans l'Etat du siège statutaire. Cependant, la définition est plus économique que juridique et dans la mesure où cet article ne fait aucune référence à la notion de personnalité morale, il ne s'oppose pas expressément à ce qu'une filiale puisse aussi caractériser un établissement.

L'ouverture d'une procédure secondaire dans l'Etat du siège statutaire de la filiale qui peut être demandée par le syndic de la procédure principale ou par toute personne ou autorité habilitée à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure secondaire en vertu de l'article 29 du règlement<sup>(19)</sup> :

- *en premier lieu*, elle neutralise le jeu des articles 5 et 7 du règlement, les créanciers titulaires de garanties réelles ou de clauses de réserve de propriété sur les actifs situés dans l'Etat du siège statutaire étant alors affectés par la procédure secondaire ;

- *en second lieu*, elle évite la multiplication des demandes d'exequatur, les décisions ne faisant pas l'objet d'une exécution extraterritoriale puisque les actifs dépendent du syndic de la procédure secondaire ;

- *en troisième lieu*, elle permet l'application du droit local des procédures collectives mis en œuvre par un syndic local en lieu et place de la loi et des organes de la procédure principale délocalisée, ce qui présente l'avantage de rendre plus acceptable par les créanciers locaux et les salariés une procédure principale délocalisée puisqu'ils retrouvent leur juge et leur loi<sup>(20)</sup>, particulièrement pour les répartitions ;

- *en quatrième lieu*, elle déjoue le *forum shopping* puisque le débiteur se voit appliquer les règles locales auxquelles il comptait échapper ;

– en cinquième lieu, elle permet de renouer avec la structure du règlement qui prévoit une hiérarchie des procédures qui en ce cas reflète aussi la hiérarchie existant au sein du groupe.

Au regard de ces avantages, le coût et la lourdeur procédurale supplémentaires résultant de l'ouverture d'une procédure secondaire ne paraissent pas dissuasifs.

Cette solution a déjà été admise par plusieurs juridictions nationales, notamment le tribunal de Cologne dans l'affaire *Automold* du 23 janvier 2004 à d'une filiale allemande, ou le tribunal de commerce de Nanterre dans l'affaire EMTEC.

Dans cette dernière affaire<sup>(21)</sup>, l'articulation entre les procédures principales ouvertes en France et les procédures secondaires locales a d'ailleurs permis d'atteindre un résultat intéressant d'une part, en facilitant la cession du groupe entier puisque le tribunal de Nanterre a arrêté pour chaque société du groupe un plan de cession au profit d'un même repreneur et d'autre part en répartissant le produit de la cession et des actifs résiduels selon le droit local par un syndic local grâce à l'ouverture d'une procédure secondaire, à l'initiative du syndic de la procédure principale. Evidemment, une coordination satisfaisante doit exister entre le syndic de la procédure principale et celui de la procédure secondaire. A ce titre, le protocole conclu entre le syndic anglais de la procédure principale et le syndic français de la procédure secondaire dans l'affaire *Sendo International* constitue un exemple d'une coordination contractualisée complétant les principes indiqués par le règlement<sup>(22)</sup>.

Enfin, les créanciers locaux échappent en ce cas à l'application d'un droit étranger au contenu éventuellement très différent dont ils n'avaient pas prévu l'application lorsqu'ils ont contracté avec la filiale. Ainsi, par le biais de la procédure secondaire, on rejoint indirectement l'objectif de prévisibilité pour les tiers énoncé par l'arrêt *Eurofood*<sup>(23)</sup>.

En définitive, la possibilité d'ouvrir une procédure secondaire devient le véritable pivot de la protection des créanciers dans le cadre de l'application du règlement aux groupes de sociétés. Le règlement révèle à cet égard ses importantes facultés d'adaptation car l'existence de procédures secondaires était fortement critiqué, beaucoup regrettant l'absence d'unicité de procédure. Il n'en subit pas moins d'importantes modifications de son économie qui ne sont pas sans retour sur les législations nationales.

## II – L'effet retour du règlement modifié sur les législations nationales

La conjonction de la modification de l'économie du règlement par son application aux groupes de sociétés d'une part et de la mise en œuvre par la Cour de justice des communautés européennes du principe de confiance mutuelle d'autre part entraîne deux conséquences sur les droits nationaux. En premier lieu, il accentue la compétition des droits nationaux (A), notamment au regard de la précocité de l'ouverture de la procédure. En second lieu, il influence l'évolution des droits matériels nationaux (B).

## A – Une compétition des droits nationaux accentuée par le règlement

Les premières années d'application du règlement 1346/2000 ont profondément modifié l'approche des Etats européens et particulièrement de la France. Effectivement, lors de l'adoption du règlement, la France avait tenu à se conformer strictement à l'article 1er du règlement en vertu duquel "le règlement s'applique aux 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".

### 1 – La modification offensive de l'annexe A

Ainsi, la France n'avait inscrit dans l'annexe A qui définit pays par pays les procédures principales que la liquidation judiciaire et le redressement judiciaire avec nomination d'un administrateur pour respecter la condition énoncée par ledit article de désignation d'un syndic.

En raison de la réforme des procédures collectives, le Gouvernement français a obtenu du Conseil de l'Union européenne, le 27 avril 2006, la modification de l'annexe A<sup>(24)</sup>. Or, cette modification ne s'est pas effectuée dans le même esprit puisque le Gouvernement français a clairement abandonné son interprétation stricte au profit d'une démarche plus offensive qui a consisté à mentionner dans l'annexe A, outre, comme précédemment, la liquidation judiciaire, le redressement judiciaire avec ou sans administrateur et la procédure de sauvegarde.

On pouvait se demander si cette dernière procédure emportait toujours dessaisissement même partiel qui est l'une des conditions visées par l'article 1<sup>er</sup> du règlement pour définir les procédures concernées par le règlement. La mention de la procédure de sauvegarde dans l'annexe A tranche la difficulté car les annexes ont la valeur normative que les dispositions mêmes du règlement par le renvoi qui leur est fait par les articles 2,a et 2,b du règlement.

A l'évidence, le Gouvernement français a tiré les leçons des premières applications du règlement n° 1346/2000/CE par les juridictions nationales. L'extension du règlement aux groupes de sociétés combinée à la règle de priorité en faveur de la juridiction nationale ayant ouvert en premier une procédure a conduit le Gouvernement français à changer de perspective et à adopter une interprétation plus large des procédures pouvant être mentionnées dans l'annexe A.

Ainsi, en ayant fait inscrire la procédure de sauvegarde dans ladite annexe, le Gouvernement français permet aux tribunaux français d'ouvrir désormais une procédure avant leurs homologues des autres Etats membres, quitte ensuite à convertir en procédure de redressement ou de liquidation judiciaires. En ce sens, la mention en annexe de la procédure de sauvegarde se révèle pertinente au regard de la concurrence persistante entre juridictions nationales.

Faut-il aller plus loin et inscrire en annexe A la conciliation ? Des praticiens ont démontré l'intérêt de procéder à une telle modification qui permettrait d'anticiper plus encore que la sauvegarde sur l'ouverture de procédures dans d'autres Etats membres<sup>(25)</sup>.

L'interprétation du règlement retenue par l'arrêt *Eurofood* de la CJCE s'oppose néanmoins actuellement à l'inscription en annexe d'une telle procédure puisqu'elle précise que doit être considérée comme une décision ouvrant une procédure d'insolvabilité celle entraînant la nomination d'un syndic au sens de l'annexe C

(modifiée le 27 avril 2006 pour viser le mandataire judiciaire) et un dessaisissement qui implique une perte de pouvoir du débiteur sur la gestion de son patrimoine.

Or conciliation ne réunit aucune de ces conditions<sup>(26)</sup> car d'une part, elle ne comporte pas d'intervention de syndic, le conciliateur, (sauf accord spécial de négociation), n'ayant aucune mission légale dans le fonctionnement de l'entreprise, d'autre part, elle n'affecte pas la gestion par le débiteur de son patrimoine, enfin elle est, sauf homologation (peu fréquente en pratique), confidentielle, ce qui n'est guère compatible avec l'esprit du règlement qui suppose l'information des créanciers, notamment étrangers (voir article 21 § 2 du règlement).

Mais l'évolution n'est peut-être pas terminée sur cette question et ce d'autant moins qu'aucun contrôle n'est réalisé lors de l'inscription de nouvelles procédures en annexe. Toutefois, une certaine auto-discipline des Etats apparaît nécessaire car il ne faudrait pas que dans un esprit de compétition acharnée des droits nationaux, certains Etats membres, particulièrement les nouveaux membres, jouent la course à l'ouverture en permettant des procédures toujours plus précoces et confidentielles.

En ce sens, on peut regretter qu'aucun véritable contrôle n'existe lors d'une demande de modification des annexes qui est décidée en vertu de l'article 45 du règlement, par le Conseil de l'Union européenne statuant à la majorité qualifiée mais sans débat. En ce sens, la modification des annexes par le Conseil présente moins de garanties que le mécanisme de comitologie qui aurait permis d'entreprendre un examen au fond des demandes de modifications des annexes<sup>(27)</sup>.

## 2 – La modification à réaliser de l'annexe B

La discussion sur les annexes rebondit par ailleurs sur l'annexe B du règlement qui définit pays par pays les procédures secondaires au sens du règlement. Or la France n'a pas demandé la modification de cette annexe pour y faire figurer d'autres procédures que la liquidation judiciaire, respectant en cela la lettre du règlement dont l'article 3 § 2 précise que "*cette procédure doit être liquidative*". D'autres Etats membres, comme le Royaume-Uni ou l'Allemagne, ont eu moins de scrupules en faisant figurer dans l'annexe B d'autres procédures que la seule liquidation.

L'intérêt d'une modification par la France de l'annexe B vient surtout de l'article 34 du règlement selon lequel "*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 principale*".

Compte tenu de l'importance de la procédure secondaire, nouveau pivot du règlement depuis son application aux groupes de sociétés, certains praticiens<sup>(28)</sup> ont regretté que l'article 34 ne puisse pas jouer à l'égard d'une procédure secondaire ouverte en France en raison de la seule mention de la liquidation judiciaire en annexe B. Ils proposent en ce sens que le redressement judiciaire, la sauvegarde voire la conciliation soient aussi inscrites en annexe B.

Cette remarque est probablement justifiée pour ce qui concerne le redressement et la sauvegarde ; simplement nous observerons que depuis la réforme du 26 juillet 2005, le plan de cession est mis en œuvre dans le cadre de la liquidation judiciaire,

ce qui constitue d'ores et déjà une autre sortie que la seule liquidation qui peut être mise en œuvre dans le cadre de l'article 34 du règlement. Il faut aussi remarquer que la considération du règlement n'a pas été totalement étrangère dans l'introduction de cette disposition par la réforme de 2005<sup>(29)</sup>.

## ***B – L'évolution des droits matériels nationaux influencée par le règlement 1346/2000***

Lors de son adoption, une partie de la doctrine avait reproché le manque d'ambition du règlement qui, à l'exception de quelques dispositions ponctuelles assurant l'égalité de l'information et du paiement des créanciers, n'unifiait pas les droits matériels nationaux.

Néanmoins, si le règlement ne réalise pas directement une harmonisation des droits nationaux, son influence sur l'évolution des droits matériels nationaux est significative et devrait s'accroître.

### *1 – Les premières manifestations de l'influence du règlement*

L'influence du règlement s'est déjà manifestée en droit français puisqu'il a justifié dans la réforme de 2005 l'abandon du principe de l'extinction des créances non déclarées. L'exposé des motifs de la loi présente la suppression de cette règle comme la conséquence directe de l'article 5 du règlement 1346/2000. On sait que selon ce texte, l'ouverture d'une procédure n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur les biens appartenant au débiteur qui se situent, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre Etat. Quelle que soit la nature des biens, les créanciers conservent notamment, malgré l'ouverture d'une procédure dans un autre Etat :

- le droit de réaliser ou de faire réaliser les biens et de se désintéresser sur le produit de la réalisation, en particulier en vertu d'un gage ou d'une hypothèque ;
- le droit de recouvrer une créance mise en gage ou cédée à titre de garantie ;
- ou encore le droit de revendiquer un bien et/ou d'en réclamer la restitution entre les mains de quiconque le détient ;
- enfin le droit de percevoir les fruits d'un bien.

La question s'était donc posée de savoir si les créanciers disposant de tels droits réels devaient déclarer leur créance et à défaut de l'avoir fait, ce qu'il en était de la pérennité de leur droits réels accessoires. Bien que la déclaration de créance et l'extinction de la créance non déclarée ait été qualifiées d'ordre public interne et international par la Cour de cassation<sup>(30)</sup>, une interprétation littérale des textes communautaires militait pour le maintien de ces droits réels malgré l'absence de déclaration ou la déclaration hors délai.

En effet, dès lors que le règlement communautaire prévoit que les droits réels ne sont pas affectés par l'ouverture d'une procédure et qu'il prime le droit national, il fallait considérer qu'ils survivaient à l'extinction des créances prévue par le droit national alors qu'ils en étaient l'accessoire. Comme on a pu le relever, "l'extinction d'une créance non déclarée affectait un droit réel sur un bien situé en France, mais non à l'étranger. Le principe de l'accessoire n'y aurait pas résisté."<sup>(31)</sup>

C'est donc pour éviter des effets peu cohérents avec la logique juridique que le législateur français a modifié en ce sens le droit français.

## 2 – La convergence des droits nationaux favorisée par le règlement

Au-delà de cette première manifestation concrète de l'influence du règlement, en mettant en concurrence les droits nationaux, le règlement constitue un aiguillon pour que les droits nationaux s'orientent vers davantage de souplesse. Par exemple, l'article 34 du règlement précédemment évoqué pourrait inciter le législateur français à prévoir une sortie plus contractuelle de la liquidation judiciaire.

En effet, le règlement n°1346/2000/CE, surtout depuis son application aux groupes de sociétés est révélateur de l'attractivité des droits nationaux.

Ainsi, le droit français dont la réforme a développé les procédures contractuelles ou préventives comme la sauvegarde apparaît bien placé. On aperçoit aujourd'hui les effets bénéfiques de la mise sous sauvegarde de toutes les sociétés du groupe *Eurotunnel* sous l'égide du seul tribunal de commerce de Paris. De plus, même si le mandat ad hoc ne saurait bien sûr prétendre au rang de procédure d'insolvabilité au sens du règlement, il peut être très utile pour préparer l'application ultérieure du règlement à un groupe de sociétés en raison de son caractère contractuel. Or, il est sans véritable équivalent dans les autres droits nationaux<sup>(32)</sup>.

En définitive, ce ne serait pas le moindre des intérêts du règlement n°1346/2000/CE que de révéler l'attractivité du droit français et de favoriser son application à travers l'Europe, les susceptibilités locales pouvant être ménagées par l'ouverture d'une procédure secondaire au lieu du siège statutaire des filiales.

Au terme de cette réflexion, une question se pose : faut-il renégocier ce règlement ballotté par l'interprétation créative des juridictions nationales ?

Certaines voix à l'Université ou à la Chancellerie évoquent cette perspective. Nous ne sommes par certains qu'une discussion à 27 (avec l'entrée en 2007 de deux nouveaux Etats membres) permette de dégager un texte de meilleur qualité. On pourrait au contraire faire le pari de l'élaboration d'un règlement plus rigide.

A rebours de cette première opinion, nous estimons que le règlement a démontré des qualités de souplesse et d'adaptation intéressantes. Bien qu'héritier de conceptions plus anciennes puisqu'il a été conçu, en retrait certes mais dans la continuité du projet de 1982, il a pu être ajusté au contexte économique actuel par la jurisprudence. Il est en outre porteur d'une convergence des droits nationaux. Pour ces raisons, il paraît préférable de laisser les juges nationaux continuer à lui donner un souffle vivifiant, la Cour de justice des communautés européennes veillant à éviter les excès. Par ailleurs, cela n'exclut pas toutes modifications du règlement puisque la Commission doit faire au plus tard en 2012 un rapport sur son application et proposer éventuellement des modifications.

Ripert disait que les lois les plus anciennes sont les meilleures car elles ont justement démontré leur faculté d'adaptation aux évolutions économiques et sociales. Laissons au règlement 1346/2000 le temps de vieillir et de constituer un îlot de stabilité juridique au milieu d'un océan d'instabilité normative. A l'heure où les ouvrages de droit sont obsolètes avant même que l'encre de l'imprimeur n'ait eu le temps de sécher, nul ne devrait s'en plaindre.

## Notes :

- 1- L'avenir de cette convention était d'ailleurs obéré car le Royaume-Uni avait refusé de signer le texte de la convention avant le 23 mai 1996, date limite de dépôt.
- 2- JOCE n° L. 110 du 20 avril 2001.
- 3- JOCE n° L. 125 du 5 mai 2001.
- 4- La France a transposé d'une part la directive du 19 mars 2001 par l'ordonnance n° 2004-504 du 7 juin 2004 et d'autre part, la directive du 4 avril 2001 par l'ordonnance n° 2004-1127 du 21 octobre 2004.
- 5- JOCE n° L. 283/23 du 28 octobre 1980.
- 6- JOCE n° L. 270 du 8 octobre 2002.
- 7- Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 2002, aff. Banque Worms, D. 2003, p. 797, note G. Khairallah ; JCP E 2003, 1675, note M. Menjuq ; JDI 2003, p. 132, note E. Loquin. Cass. com. 21 mars 2006, aff. Khalifa Airways, D. 2006, p. 1466, note C. Henry ; Bull. Joly 2006, § 185, note D. Bureau.
- 8- Circulaire du 17 mars 2003 relative à l'entrée en vigueur du règlement 1346/2000, BO Ministère de la justice, n° 89 (1<sup>er</sup> janvier – 31 mars 2003).
- 9- T. com. Nanterre, 15 févr. 2006, D. 2006, p. 793, note J.-L. Vallens
- 10- Sur cette jurisprudence, cf. R. Dammann, L'évolution du droit européen des procédures d'insolvabilité et ses conséquences sur le projet de loi de sauvegarde, Rev. Lamy dr. aff. 2005, n° 81, n° 5066
- 11- cf. CJCE, 2 mai 2006, aff. C-341/04, Eurofood, JCP G 2006, II, n° 10089, note Menjuq M., BRDA 2006, n° 10, info. 10, D. 2006, p. 1286, note A. Lienhard, D. 2006, p. 1752, note R. Dammann, Bull. Joly sociétés 2006, p. 907, note D. Fasquelle, Rev. sociétés 2006, p. 360, note J.-P. Rémy, JCP E 2006, I, n° 2071, note J.-L. Vallens ; Y. Chaput, Centre des intérêts principaux et catégories juridiques de l'insolvabilité des entreprises (à propos de l'arrêt de la CJCE du 2 mai 2006), RLDA 2006/6, n° 309
- 12- Cf notre note sous Trib. com. Nanterre, 19 avril 2005, affaire SAS Rover, JCP éd. G, 2005, II, 10116.
- 13- En ce sens Rémy, note précitée sous CA Versailles, 4 septembre 2003, Rev. société, 2003, p. 891.
- 14- Voir J. Deharveng, Bilan de quatre années d'application du règlement n° 1346/2000, Revue Lamy de droit des affaires, 10/2006, p. 108.
- 15- cf. D. Tricot, Les enjeux de la réforme française dans la mise en œuvre du règlement communautaire, Revue Lamy Droit des affaires, 10/2006, p. 100 ; cf., aussi, Cass. com., 27 juin 2006, n° 03-19.863, JCP G 2006, II, n° 10147, note M. Menjuq, D. 2006, p. 2257, note J.-L. Vallens, Banque et droit 2006, n° 109, p. 3, note R. Dammann et G. Podeur.
- 16- Voir notre note sous CA Versailles, 4 septembre 2003, JCP G 2004, II, 10007.
- 17- Cette Convention est remplacée depuis le 1<sup>er</sup> mars 2002 par le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000. Il revient aux autorités de chaque Etat membre de donner leur propre interprétation, ce qui a d'ores et déjà conduit à l'adoption de solutions différentes par les Etats membres ; la plupart ayant opté pour l'application des dispositions du règlement n° 44/2001, la France étant l'un des rares Etats se référant aux dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. La circulaire du 17 mars 2003 déduit effectivement des articles 1<sup>er</sup>, 67 et 68 du règlement 44/2001 ainsi que de son considérant 24 qu'il "apparaît conforme aux principes d'interprétation des règles communautaires de continuer à appliquer la lettre de l'article 25 du règlement n° 1346/2000 en ce qu'il se réfère à la Convention du 27 septembre 1968".
- 18- Par exemple, Ph. Rousel Galle, J.-cl. Procédures collectives, fasc. 3125, n° 37.
- 19- Cf. A. Adeline, De l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité, Journal des sociétés, juillet 2005 ; R. Dammann, Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridictions et de forum shopping, D. 2005, p. 1779.
- 20- R. Dammann et G. Podeur, Le mandat ad hoc, une porte d'entrée pour l'application aux groupes de sociétés du règlement européen relatifs aux procédures d'insolvabilité, Revue Lamy droit des affaires, 10/2006, p. 104.
- 21- Cf. R. Dammann et M. Sénéchal, La procédure secondaire du Règlement n° 1346/2000 : mode d'emploi, Revue Lamy droit des affaires, 9/2006, p. 81.
- 22- Voir R. Dammann et M. Sénéchal, La procédure secondaire : mode d'emploi, article précité.
- 23- Dans le même sens, R. Dammann et M. Sénéchal, article précité.
- 24- Voir J. Deharveng, Quatre années d'application du règlement n° 1346/2000, article précité. Cette modification est entrée en vigueur le 7 mai 2006 au lendemain de sa publication au JOUE.
- 25- voir R. Dammann et G. Podeur, Le mandat ad hoc, une porte d'entrée pour l'application aux groupes de sociétés du règlement européen relatifs aux procédures d'insolvabilité, article précité.
- 26- Dans le même sens, D. Tricot, Les enjeux de la réforme française dans la mise en œuvre du règlement communautaire, article précité ; J. Deharveng, article précité.
- 27- En ce sens, J. Deharveng, article précité.
- 28- Par exemple, voir R. Dammann et G. Podeur, Le mandat ad hoc, une porte d'entrée pour l'application aux groupes de sociétés du règlement européen relatifs aux procédures d'insolvabilité, article précité.
- 29- Cf. J. Deharveng, article précité.
- 30- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 septembre 2004, D. 2004, p. 2717.
- 31- J. Deharveng, article précité.
- 32- R. Dammann et G. Podeur, Le mandat ad hoc, une porte d'entrée pour l'application aux groupes de sociétés du règlement européen relatifs aux procédures d'insolvabilité, article précité.