

Université Jean Moulin Lyon 3

Université de Genève

École doctorale : Droit

Faculté de droit

**Le centre des intérêts principaux à  
l'épreuve du groupe transnational de  
sociétés**

*Réflexions à partir du Règlement 1346/2000 relatif  
aux procédures d'insolvabilité*

par Christophe BOUILLOT

thèse de doctorat en Droit des affaires

sous la direction de Cyril NOURISSAT et Nicolas JEANDIN

présentée et soutenue publiquement le 5 juillet 2010

Membres du jury :

Arlette MARTIN-SERF, Professeur à l'Université de Bourgogne

Michel MENJUCQ, Professeur à l'Université Panthéon- Sorbonne (Paris 1)

Cyril NOURISSAT, Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)

Henry PETER, Professeur à l'Université de Genève

Nicolas JEANDIN, Professeur à l'Université de Genève

Yves REINHARD, Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)

## **[Avertissement]**

*L'université Jean Moulin n'entend accorder aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

## [dédicace]

*À mes grands-parents,*

# Remerciements

Mes plus vifs remerciements vont tout d'abord à Messieurs les Professeurs N. Jeandin et C. Nourissat qui ont accompagné le travail de recherche avec disponibilité. L'attention particulière au raisonnement et leurs encouragements ont ainsi contribué à sa forme définitive. Je tiens aussi à souligner le soutien familial et amical qui s'est avéré indispensable tout au long de cette recherche universitaire.

Je tiens en outre à témoigner de ma profonde gratitude à Mesdames les Professeures G. Kaufmann-Kohler et A. Petitpierre-Sauvain ainsi qu'à Monsieur le Professeur H. Peter. Leurs suggestions tant en droit international privé qu'en droit des groupes de sociétés ont mis en lumière des questions de droit pertinentes à l'avancée de la présente recherche.

Rendre géométrique la représentation, c'est-à-dire dessiner les phénomènes et ordonner en série les événements décisifs d'une expérience, voilà la tâche première où s'affirme l'esprit scientifique. C'est en effet de cette manière qu'on arrive à la quantité figurée, à mi-chemin entre le concret et l'abstrait, dans une zone intermédiaire où l'esprit prétend concilier les mathématiques et l'expérience, les lois et les faits.

Gaston Bachelard, La formation de l'esprit scientifique

# Abréviations principales

ATF Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse

CO LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations)

D Recueil Dalloz

Def Répertoire du Notariat Defresnois

DPCI Droit et Pratique du Commerce international

GA Grands arrêts de la jurisprudence française en droit international privé

Gaz. Pal. Gazette du Palais

JCP Semaine juridique- Edition générale

JCP E Semaine juridique- Edition entreprise

JDI Journal du droit international

Jurisl. Jurisclasseur

LDIP LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé

LP LF du 11 avril 1989 sur la poursuite pour dettes et la faillite

Rec. Crit. DIP Revue critique de droit international privé

RCADI Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye

RDAI Revue de Droit des Affaires internationales

RDSA Revue de droit suisse des affaires

Rec. Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes

Rev. Lamy. dr. aff Revue Lamy droit des affaires

Rev. Proc. Coll Revue des Procédures Collectives

Rev. Soc Revue des sociétés

RIDC Revue Internationale de Droit comparé

RTD. Com. Revue Trimestrielle de droit commercial

SJ La semaine juridique

TCFDIP Travaux du Comité Français de Droit international privé

# I. Introduction

Prima facie, l'économie contemporaine est marquée par une internationalisation croissante des entreprises<sup>1</sup>. Selon l'allocution du doyen Hamel le 2 février 1951, « le problème capital consiste à savoir si la société par actions, jusqu'à présent cellule de base de la vie des affaires, va le demeurer. Je crois que cette position est sérieusement ébranlée, et par la création de grands groupes économiques constitués par des fédérations de plusieurs sociétés par actions, et par la constitution juridique du statut de l'entreprise »<sup>2</sup>.

Malgré ce constat, de nombreuses législations sont encore inadaptées en la matière. La réglementation actuelle en matière de groupe de sociétés est une toile impressionniste. L'absence de personnalité juridique du groupe<sup>3</sup> souligne le principe d'autonomie juridique des sociétés apparentées ainsi qu'une responsabilité limitée des actionnaires choisissant en règle générale la forme juridique d'une société par actions<sup>4</sup>. L'identité existante entre l'exercice du pouvoir et celui de la personnalité morale requiert que les juges apprécient l'étendue de la fonction économique de la société tête de groupe stricto sensu tant sur le plan communautaire<sup>5</sup> qu'au niveau des États membres<sup>6</sup>.

Le thème semble trouver des repères épars selon le droit étudié en l'absence de contours précis (les procédures collectives, le droit du travail, le droit comptable et le droit de la concurrence)<sup>7</sup>.

L'unité de décision économique en tant qu'unité organisationnelle des groupes de sociétés est partout présente derrière le droit économique moderne<sup>8</sup>. La doctrine précise que « ça et là l'entreprise tente de parvenir à la vie juridique, mais ses contours ne sont pas encore suffisamment dessinés dans le monde des catégories juridiques pour que le maintien d'une

---

<sup>1</sup> S. Blili, *La Suisse qui gagne, L'internationalisation des entreprises*, Edition S. B. & F. S., 2006.

<sup>2</sup> Monsieur le Doyen Hamel, *Droit de l'entreprise et droit social*, RIDC 1954, p. 554.

<sup>3</sup> Les articles 52 et suivants du Code civil suisse précisent la constitution d'une personne morale ; l'article 1842 du Code civil français précise qu'une société jouit de la personnalité morale dès son immatriculation. Il en résulte l'absence de personnalité morale du groupe de sociétés : Cass., com. 2 avril 1996, Bull. Joly. 1996 §173, p. 510, note P. Le Cannu.

<sup>4</sup> Le choix d'une constitution d'une société anonyme est la forme communément admise en droit comparé.

<sup>5</sup> Point 31, Arrêt Eurofood IFCS Ltd du 2 mai 2006 (demande de décision préjudicielle de la Supreme Court), JO C 143 du 17.6.2006, p. 11–11.

<sup>6</sup> CA Douai., 2 octobre 2003, Affaire Métaleurop, D. 2003, p. 2571, note A. Lienhard.

<sup>7</sup> Il convient de relever la pertinence de l'étude consacrée à la notion d'entreprise en ce que l'analyse économique du droit explique le phénomène transnational du groupe de sociétés selon l'existence ou non d'un pouvoir autonome de décision : S. Schiller, *L'entreprise et le droit communautaire, quel bilan pour un cinquantenaire*, PUF, Paris, 2007 p. 29.

<sup>8</sup> J-P. Robé, « L'entreprise et le droit », PUF, Coll. Que sais-je ?, Paris, 1999, p. 12.

telle notion n'aïlle pas sans difficultés ni incertitudes »<sup>9</sup>. L'organisation transnationale de l'entreprise conduit ainsi les juristes à s'interroger sur l'existence juridique de l'entreprise car conformément au droit, la forme sociétaire est un moyen privilégié de fonctionnement de l'entreprise. Ainsi, la notion de grande entreprise est étroitement liée à celle du groupe transnational de sociétés. En outre, la multiplication des entités économiques et leur concentration à l'intérieur du marché intérieur conduisent à apprécier ce phénomène à l'échelle européenne. L'effet transnational souligne donc le dépassement du cadre national.

Certains secteurs économiques sont nettement concernés par la concentration économique : la sidérurgie, les transports, l'industrie alimentaire<sup>10</sup>, la métallurgie, la chimie, l'immobilier, le pétrole<sup>11</sup>, la banque<sup>12</sup>, l'automobile, l'édition<sup>13</sup> en sont des illustrations.

Le marché international voit donc fleurir de nombreuses concentrations d'entreprises revêtues de formes sociétaires variées dont les groupes transnationaux de sociétés<sup>14</sup>.

La présente thèse retient la définition du Conseil économique et social français. Celle-ci souligne un siège social dans un pays déterminé qui exerce une activité dans un ou plusieurs pays, par l'intermédiaire de succursales ou de filiales que la société mère coordonne<sup>15</sup>.

La création d'un espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité ne peut donc s'entrevoir qu'à l'aune d'une compréhension renforcée du groupe transnational de sociétés<sup>16</sup>. L'extension des idées nouvelles en matière d'assainissement<sup>17</sup> depuis un for principal visé au centre des intérêts principaux renforce les exigences du marché intérieur. Le visage qu'offrent

---

<sup>9</sup> Citation G. Vedel, Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, Rapport à la société suisse des juristes, RDS 1973 II, p. 572.

<sup>10</sup> Voir : Groupe Danone international sur [www.danone.com/wps/portal/jump/DanoneCorporateIntl.Home](http://www.danone.com/wps/portal/jump/DanoneCorporateIntl.Home).

<sup>11</sup> Voir : Groupe Wendel sur [www.wendel-investissement.com/pageLibre0001164b.php](http://www.wendel-investissement.com/pageLibre0001164b.php).

<sup>12</sup> Voir : UBS location finder sur [www.ubs.com/1/e/index.html](http://www.ubs.com/1/e/index.html).

<sup>13</sup> Voir : « Le marché du livre 2005 », Supplément au n° 637 de Livres Hebdo, 17 mars 2006 ; l'exemple d'hachette qui est sous contrôle de Lagardère SCA.

<sup>14</sup> Les groupes transnationaux de sociétés désignent une puissante organisation qui possède et contrôle un réseau international de production et/ou de services. Les définitions du groupe de sociétés doivent être examinées afin d'en apprécier la consistance à travers un critère de localisation visé en droit communautaire de l'insolvabilité. L'analyse identifie plusieurs filiales opérant dans divers pays, sous le contrôle d'une société centrale qui possède ces filiales en tout ou partie et qui en général est à son tour la propriété du public, dans lequel ses actions sont largement répandues. En somme, les filiales disposent de l'autonomie juridique tout en étant étroitement liées économiquement envers une ou plusieurs autres sociétés. Selon J. Schapira, « l'entreprise multinationale est une entreprise privée qui détient en divers pays des actifs industriels, commerciaux ou financiers, actifs dont elle contrôle en dernier ressort la gestion dont elle coordonne l'emploi dans le cadre d'une stratégie internationale ». On identifie alors un premier caractère qui est l'objet stratégique du groupe de sociétés. Ainsi, une multinationale est un groupe, le plus souvent de grande taille, qui, à partir d'une base nationale, a implanté à l'étranger plusieurs filiales dans plusieurs pays, avec une stratégie et une organisation conçues à l'échelle mondiale.

<sup>15</sup> Rapport de P. Moch, Les entreprises multinationales, Conseil économique et Social, Paris, 1972.

<sup>16</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) : Trente-cinquième session Vienne, 17-21 novembre 2008 disponible sur le site suivant : [www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/5Insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/5Insolvency.html).

<sup>17</sup> C. Saint-Alary-Houin, l'ouverture de la procédure de sauvegarde, Rev. Proc. Coll. juin 2008, p. 86.

les procédures d'insolvabilité au sein de l'Union européenne est en effet encore marqué par le vocabulaire des internationalistes. Le renvoi à une définition convergente de l'état d'insolvabilité<sup>18</sup> du débiteur souligne le caractère judiciaire<sup>19</sup> des procédures d'insolvabilité communautaire ouvertes conformément au Règlement 1346/2000. Ces dernières entraînent en effet le dessaisissement partiel ou total du débiteur ainsi que la désignation d'un syndic<sup>20</sup> et restent *prima facie* en marge de l'évolution observée au sein des législations nationales. L'institution est dorénavant davantage appréciée comme un acte de gestion plutôt que l'opprobre traditionnellement attachée au dépôt de bilan<sup>21</sup>. Cette dernière connaît une transformation d'ampleur qui se précise au plan communautaire<sup>22</sup>. Celui-ci interroge sur le régime d'une insolvabilité transfrontière qui vise à apprécier les moyens techniques et les buts<sup>23</sup> que poursuit une procédure d'insolvabilité communautaire.

Cette dernière combine deux principaux éléments déterminants qui sont la réorganisation de l'entreprise et une activité débordant les frontières nationales. L'ouverture d'une procédure s'entrevoit dès lors selon un fractionnement sociétaire<sup>24</sup> qui structure un montage transfrontalier autorisé et légitime.

D'autant plus que l'harmonisation dans ce domaine est relative<sup>25</sup>. Le mouvement de communautarisation du droit international privé mis en œuvre depuis le traité d'Amsterdam du 20 octobre 1997 demeure le principal mode d'intervention du droit communautaire. La compétence matérielle du Règlement Bruxelles I en exclut toutefois expressément les faillites, concordats et procédures analogues<sup>26</sup>.

---

<sup>18</sup> L'insolvabilité est définie selon la Cour de justice des Communautés européennes comme l'état de cessation de paiement, l'insolvabilité ou l'ébranlement du crédit du débiteur impliquant une intervention de l'autorité judiciaire aboutissant à une liquidation forcée et collective des biens ou à tout le moins un contrôle de cet autorité : CJCE., Gourdain, 22 février 1979, Aff. 133/78, Volume 1979, p. 733.

<sup>19</sup> J.-L. Vallens, Des procédures collectives en Europe, sécurité juridique et entreprise en difficulté, PA. janvier 1994, p. 13-14.

<sup>20</sup> Article 1§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>21</sup> B. Soinne, à propos du projet de loi de sauvegarde. D. 2004. p. 1056.

<sup>22</sup> Le règlement définit la procédure d'insolvabilité à l'article 1<sup>er</sup> en ce qu'il doit s'agir d'une procédure collective fondée sur l'insolvabilité du débiteur. Les créanciers doivent alors être désintéressés à travers l'organisation d'une procédure collective et non selon la mise en œuvre d'une voie d'exécution individuelle. Celle-ci doit en outre entraîner le dessaisissement partiel ou total du débiteur et la désignation du syndic. Ce dernier concerne toute personne ou tout organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires. Le renforcement des règles communautaires en matière d'insolvabilité se vérifie alors au renvoi de l'article 2 a à l'annexe A du Règlement 1346/2000. L'annexe A est en effet complétée par le Règlement 694/2006 eu égard le vent de réforme soufflant en Europe introduisant alors la procédure de sauvegarde de droit français s'ajoutant aux procédures de liquidation et de redressement judiciaire de droit français. Ce qui permet d'inclure les procédures sans dessaisissement du débiteur au sein de la coopération transfrontalière.

<sup>23</sup> J.-A. Pastor Riduejo, La faillite en droit international privé, RCADI. 1971, Tome133, p. 147.

<sup>24</sup> C. Champaud, Stratégie judiciaire des entreprises, Dalloz, Paris 2006, p. 40.

<sup>25</sup> Ph. Warin, « Les procédures collectives dans la CEE », D. 1992, p. 98.

<sup>26</sup> Article 2 b du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001, p. 1-23.

Les institutions communautaires ont alors renforcé la coopération judiciaire à travers une formation progressive du droit international privé communautaire<sup>27</sup> précisément celui en matière d'insolvabilité<sup>28</sup>. Le Règlement 1346/2000 est entré en vigueur le 31 mai 2002 et « obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre conformément au traité instituant la Communauté européenne »<sup>29</sup>. Le présent texte ne lie toutefois pas le Danemark<sup>30</sup>. Une double observation mesure l'applicabilité matérielle du présent Règlement. Ce dernier exclut d'une part de son champ d'application les entreprises d'assurance, de crédit et d'investissement qui renvoient à l'examen du droit spécial communautaire de l'insolvabilité<sup>31</sup>. Les restructurations contractuelles<sup>32</sup> ne satisfont pas d'autre part les critères prévus au sein du Règlement 1346/2000<sup>33</sup> dont la portée mesure pourtant une localisation efficiente de prise de décision au sein d'un groupe de sociétés. C'est là soulever l'application *ratione personae* du Règlement 1346/2000 qui vise tant les personnes physiques que morales<sup>34</sup> en excluant cependant le groupe de sociétés.

Le droit communautaire de l'insolvabilité relève classiquement la présence d'actifs et les créanciers de l'activité transfrontalière dans plusieurs États membres. L'élément d'extranéité occulte toutefois le groupe de sociétés qui considère chaque société conformément au siège social et donc soumise traditionnellement à une procédure d'insolvabilité distincte. La présente thèse propose in fine un instrument communautaire capable d'apprécier la réalité économique et transnationale du groupe de sociétés. L'introduction de dispositions d'une loi communautaire sur l'insolvabilité suppose que soit défini un cadre relatif aux opérations entre « personnes ayant des liens privilégiés entre elles », ce à quoi répond l'activité des groupes de sociétés qui caractérise l'activité d'une société mère, d'une société partenaire ou d'une filiale à l'encontre desquelles la procédure d'insolvabilité est initiée<sup>35</sup>.

---

<sup>27</sup>C. Bruneau, « Le traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile. Transformation en règlements communautaires de quatre conventions européennes », JCP G. 2000, I, 266.

<sup>28</sup> Règlement communautaire (CE) n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000, JOCE n° L 160 du 30 juin 2000 p. 1-18.

<sup>29</sup> Article 47 du Règlement 1346/2000.

<sup>30</sup> Considérant 33 du Règlement 1346/2000.

<sup>31</sup> Article 1§2 du Règlement 1346/2000.

<sup>32</sup> La doctrine souligne une évolution de la procédure d'insolvabilité communautaire en ce sens. La jurisprudence s'en fait l'écho à travers une méthode de localisation du centre des intérêts principaux du groupe transnational de sociétés. L'hypothèse soulevée est celle où les négociations de la dette dont dépend la pérennité de chaque entreprise requérante précède l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité prévue en droit communautaire : R. Dammann, le mandat ad hoc, une « porte d'entrée » pour l'application aux groupes de sociétés du Règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy dr. aff. nov 2006. p. 106.

<sup>33</sup> Article 1§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>34</sup> Considérant 9 du Règlement 1346/2000.

<sup>35</sup> Point 34 du groupe de travail : droit de l'insolvabilité, 35<sup>ème</sup> session. Vienne 17-21 septembre 2008 ; Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international A/CN.9/WGV/WP 82 add.2.

La création d'un for adéquat en matière d'insolvabilité des sociétés d'un groupe reste donc à découvrir. La définition proposée du centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés vise donc à apporter des éclaircissements afin d'éviter les écueils liés aux « subtiles distinctions qui pourraient naître entre le siège statutaire ou réel et le centre des intérêts principaux »<sup>36</sup>.

La lutte contre le forum shopping est évoquée au considérant 4 du Règlement<sup>37</sup>. Ce dernier corrobore l'idée selon laquelle on ne peut « imaginer l'existence d'une Communauté économique instaurant la liberté d'établissement, la libre circulation des biens, des capitaux et des services sans régler en commun la faillite, il est indispensable que le failli soit dessaisi en même temps dans tous les pays où il exerce son activité, possède des biens, des agences, succursales, des filiales tout comme il faut empêcher que des créanciers puissent s'approprier des biens dans un autre pays que celui qui a prononcé la faillite. Sans cela, les fraudes et manœuvres seront aisées et tout ce que les législateurs nationaux pourront avoir édifiés pour les éviter et pour assurer l'égalité des créanciers sera déjoué, le marché commun de la fraude étant plus facile à organiser que l'union économique elle-même »<sup>38</sup>.

L'application du droit à cette forme de concentration économique met en évidence l'étude d'une classification des regroupements d'entreprises. L'analyse selon laquelle l'interdépendance financière, l'intégration économique, la participation de la société mère dans le pouvoir de décision du groupe de sociétés et l'apparence qu'il s'agit d'une entreprise unique intégrée<sup>39</sup> a vocation à interférer dans l'établissement d'un for principal en matière d'insolvabilité<sup>40</sup>. L'importance d'un dispositif en faveur du débiteur se mesure donc selon une définition extensive de la procédure d'insolvabilité communautaire<sup>41</sup> s'appréciant comme un mode de gestion<sup>42</sup> et de traitement préventif des entreprises européennes en difficulté<sup>43</sup>. Il repose alors davantage sur la confiance accordée au débiteur mais n'exonère point

---

<sup>36</sup> J.-P. Dom, Le contexte international du nouveau droit des procédures collectives, Rev. Proc. Coll. 2006, p. 125.

<sup>37</sup> Le Règlement précise qu'il est nécessaire, pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, d'éviter que les parties ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique (forum shopping).

<sup>38</sup> Extrait de la citation de M.-J. Van Der Gucht, La prévention de la défaillance de paiement, Actes du 2<sup>ème</sup> Congrès Sanguinetti 1998, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 88.

<sup>39</sup> P. L. Blumberg, The law of corporate groups : procedural problems in the law of parent and subsidiary corporations, Boston, 1992, p. 442; Faillite internationale et conflit de juridictions, Bruylant, 2007, p. 90 sous la direction de G. Affaki.

<sup>40</sup> T. com, Paris, 2 août 2006, D. 2006. Jur. 2329, note R. Dammann et G. Podeur.

<sup>41</sup> Lesdites procédures sont en effet visées à l'article 2a du Règlement lequel renvoie cumulativement au paragraphe 1 de l'article 1 du même texte et à l'annexe A de ce dernier.

<sup>42</sup> R. Dammann, Le mandat ad hoc, une « porte d'entrée » pour l'application aux groupes de sociétés du Règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy. dr. aff. nov 2006. p. 107.

<sup>43</sup> R. Damman, L'évolution du droit européen des procédures d'insolvabilité et ses conséquences sur le projet de loi de sauvegarde, Rev. Lamy. dr. aff. avril 2005, numéro 81.

l'appréciation d'un centre des intérêts principaux qui se veut le reflet d'une gestion habituelle et vérifiable par les créanciers des sociétés du groupe<sup>44</sup>. Le renforcement des règles communautaires en matière d'insolvabilité souligne les limites d'un droit communautaire naissant excluant en principe de son champ d'application matérielle le groupe transnational de sociétés.

Aussi, l'intérêt de la présente recherche est une discussion nécessaire en ce qu'elle porte sur l'interprétation des concepts fondamentaux du Règlement à laquelle contribue la Cour de justice des Communautés européennes<sup>45</sup>.

Le contexte économique marqué par l'émergence du phénomène transfrontalier s'appuie sur le principe fondamental relatif à la liberté d'établissement prévu à l'article 48 CE<sup>46</sup>. L'un des traits saillants de notre propos se loge dans les effets de ladite liberté en ce qu'elle justifie l'activité de sociétés dans d'autres États membres en constituant des succursales, des agences et des filiales. La présence d'une société mère et le développement de son activité transfrontalière au moyen de filiales voire de succursales sont donc caractéristiques d'une liberté d'établissement prévue en droit communautaire.

Ainsi, selon qu'il s'agisse d'un fractionnement juridique (la filiale) et/ou seulement territorial (les succursales et les agences), le critère de compétence principale communautaire souligne la structuration d'un centre des intérêts principaux<sup>47</sup> prévu au sein du Règlement 1346/2000.

La mise en œuvre d'une compétence juridictionnelle au niveau communautaire souligne dorénavant une « réglementation matérielle qui résout le problème de droit posé sans passer par le canal de la désignation préalable d'une loi applicable. La réglementation détermine directement la compétence du tribunal d'un État membre ou se situe le centre des intérêts principaux<sup>48</sup> à l'intérieur de l'Union européenne. L'ouverture d'une procédure principale interroge alors sur un critère de proximité et rattaché à l'activité principale du débiteur envisageant un système de conflit de juridiction selon deux approches<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Considérant 13 du Règlement 1346/2000.

<sup>45</sup> La Cour de justice des Communautés européennes est compétente pour interpréter les dispositions du Règlement comme cela est le cas pour l'interprétation des autres Textes communautaires, Virgos et E. Schmit, Report on the convention on insolvency proceedings, point 278 ; le mécanisme du renvoi préjudiciel est organisé à l'article 234 CE permettant au juge national de poser une question préjudicielle à la Cour sur l'interprétation des actes pris par les institutions communautaires : C. Boutayeb, Droit européen, ellipses, Paris 2007, p. 335.

<sup>46</sup> C. Nourissat, Droit communautaire des affaires, Dalloz, Paris, 2005, p. 128. L'article 48 correspond désormais à l'article 54 du traité sur l'Union européenne : voir tableau de correspondance, K. Wendt, Droit constitutionnel de l'Union européenne, Helbing Lichtenhahn, 2010, p. 215.

<sup>47</sup> L'article 3§1 prévoit que les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire.

<sup>48</sup> Y. Loussouarn et P. Bourrel, Droit international privé, 9<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2007, p. 540.

<sup>49</sup> M. Raimon, Le principe d'unité du patrimoine en droit international privé, L.G.D.J, Paris, 2002, p. 192.

L'approche personnelle du domicile favorise des critères comme celui des sièges statutaires et sièges sociaux réels et désormais selon un centre des intérêts principaux guidés par un enjeu de réorganisation de l'activité et d'égalité des créanciers communautaires. L'ouverture de procédures d'insolvabilité à vocation strictement territorialiste<sup>50</sup> consacre une volonté de maîtrise des enjeux locaux alors que ceux-ci peuvent ne point se révéler pertinents en présence d'une activité transnationale caractérisée par des sociétés dominantes et dominées. On oppose traditionnellement la thèse dite de l'unité et de l'universalité de la faillite à celle de la pluralité/territorialité. Le débat doctrinal porte alors sur le déclenchement d'une procédure d'insolvabilité englobant l'ensemble des biens du débiteur quelque soit leur localisation (le système de l'universalité) ou au contraire autant de procédures qu'il y a de biens dans d'États différents (le système de la territorialité)<sup>51</sup>. La procédure d'insolvabilité communautaire présente à cet effet les traits de l'universalité à travers le principe de reconnaissance de plein droit de la décision d'ouverture initiée au centre des intérêts principaux. L'unité n'est toutefois point expressément mentionnée puisque le système de la territorialité est également représenté en ce que l'ouverture d'une procédure territoriale communautaire est permise<sup>52</sup>. Un zeste de territorialité et d'universalité de la procédure d'insolvabilité communautaire est précisé en doctrine<sup>53</sup>.

Une hiérarchisation des procédures est améliorée par l'adoption de règles de coopération renforcée entre une procédure territoriale secondaire qui reste dans la dépendance étroite de la procédure principale (l'article 31 du Règlement 1346/2000).

L'interprétation et la fonction créatrice<sup>54</sup> des Tribunaux des États membres soulèvent donc l'épineuse question de la localisation du débiteur insolvable développant une activité sous la

---

<sup>50</sup> Les avantages que procure l'universalité de la faillite réside dans les buts que poursuit la faillite (la stricte égalité des créanciers et le relèvement du failli à son domicile). La territorialité et la pluralité de faillites se justifient en ce que la faillite concerne non la personne du débiteur mais son patrimoine et certaines propositions doctrinales l'ont rattaché à ce titre au statut réel en ce que la loi de la faillite vise les biens. Une autre justification fut avancée, somme toute, plus conforme à l'institution de la faillite est de souligner que seuls les magistrats de l'État ou sont situés les biens sont habilités à agir car le souverain local ne peut accepter que des agents étrangers se livrent à des actes d'exécution sur son territoire : M. Trochu, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Sirey, Paris, 1967. p. 16-52.

<sup>51</sup> La discussion doctrinale opposant la territorialité et l'universalité de la procédure d'insolvabilité se situe dans les effets que produit une procédure se limitant pour la première théorie au territoire sur lequel ladite procédure est initiée alors que selon la seconde théorie, l'extension de la procédure produit un effet sur tous les biens du débiteur : C. Jacques, *La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger*, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Lugano, 2006, p. 7.

<sup>52</sup> Considérant 12 du Règlement 1346/2000.

<sup>53</sup> D. Bureau, *La fin d'un îlot de résistance, le Règlement du conseil relatif aux procédures d'insolvabilité*, Rev. Crit. DIP. 2002, p. 613 et s.

<sup>54</sup> J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, PUF, Paris, 2002, p. 81.

forme d'un groupe de sociétés qui, selon les rédacteurs du Règlement, doit s'identifier en principe<sup>55</sup> au siège statutaire<sup>56</sup>.

La présente thèse en souligne le caractère de pluralité à travers des personnalités juridiques distinctes (les filiales) ou non (les succursales) et d'une constitution selon des droits nationaux divers<sup>57</sup>. La distinction entre ces deux formes d'établissement réside dans l'autonomie juridique d'une filiale au contraire d'une succursale. Celle-ci est en effet figée dans sa forme juridique d'établissement secondaire puisqu'elle est partie intégrante de l'établissement principal<sup>58</sup>. L'intérêt de notre propos n'est point d'extraire la présente analyse à une forme d'établissement plutôt qu'une autre mais de souligner l'importance à l'intérieur du marché intérieur du développement de filiales au moyen d'un droit national du pays d'implantation<sup>59</sup>. L'implantation grandissante de sociétés filiales met donc en évidence la structure de l'entreprise selon une responsabilité limitée et un principe d'autonomie juridique. Tout au contraire est l'activité de la succursale qui crée un lien de droit avec la société mère. En l'absence de personnalité juridique autonome, les dettes de la succursale sont celles de l'établissement principal<sup>60</sup>.

L'établissement de succursales intéresse donc notre démonstration dans la recherche d'une qualification juridique d'un centre des intérêts principaux en ce qu'elle offre une alternative à la détermination du domicile d'une société fixée en principe au siège statutaire (l'article 3§1 du Règlement). Les effets de la liberté d'établissement sont appréciés en droit communautaire de l'insolvabilité en ce que l'administration d'une société au lieu de succursales caractérise le centre des intérêts principaux d'une société<sup>61</sup> et donc son siège social réel.

---

<sup>55</sup> Le principe d'une compétence juridictionnelle propre pour chaque débiteur corrobore une localisation de la filiale insolvable au centre des intérêts principaux qui se présume au siège statutaire ; ladite présomption peut toutefois être renversée en apportant la preuve d'une réalité économique objective et différente que celle visée par les statuts de la filiale : Point 1.2.3 de la Circulaire du 15 décembre 2006 relative au Règlement 1346/2000, JCP E. 2007. 1498.

<sup>56</sup> Un exemple significatif est celui de l'affaire BCCI qui, si elle a généré l'ouverture de multiples procédures d'insolvabilité d'une unité économique, pose un conflit positif de compétence juridictionnelle entre les autorités luxembourgeoises et anglaises. Chacune des autorités considéra qu'elles étaient compétentes en ce que pour les britanniques, le siège social est localisé au Luxembourg à l'inverse des juges Luxembourgeois selon lesquels les juges anglais sont compétents en raison de la localisation du principal établissement sur leur sol. Ce que l'on ne peut s'empêcher d'observer quant à la qualification du centre des intérêts principaux d'une activité sociétaire fractionnée sur le plan juridique (les filiales) et/ou territorial (la succursale) soulignant un élément d'extranéité.

<sup>57</sup> A. Fatouros, Problèmes et méthodes d'une réglementation des entreprises multinationales, JDI. 1974. p.498.

<sup>58</sup> M. Colombes, Le droit d'établissement et des investissements dans la CEE, Editions Delmas, Paris, 1971, p. 351.

<sup>59</sup> M. Colombes, Le droit d'établissement et des investissements dans la CEE, *Ibidem*, p. 354.

<sup>60</sup> Cette solution est de longue date admise : T. com, 31 mai 1922, JDI. 1923, p. 523.

<sup>61</sup> T. com . Bruxelles, 18 septembre 2003, Summit Air LTD, le droit européen de la faillite. D. 2004, p. 1013.

La présente thèse tend dès lors à démontrer que le renforcement du Règlement 1346/2000 s'impose à plusieurs effets. L'application du Règlement 1346/2000 aux groupes transnationaux de sociétés est en effet limitée par la Haute juridiction communautaire<sup>62</sup>.

Celle-ci confirme la lettre du Règlement qui exclut de son domaine d'application matérielle les groupes de sociétés. L'établissement d'un centre des intérêts principaux souligne la présomption posée en faveur du siège statutaire. Un tel postulat s'explique en ce qu'aucun droit harmonisé des groupes à éclot<sup>63</sup>. Une des conséquences médiates conduit à ce que les justiciables d'une procédure d'insolvabilité est en principe conforme à l'approche atomiste<sup>64</sup>.

L'éclatement sociétaire rend ainsi malaisé l'application d'un droit autre que celui du siège social d'une des sociétés du groupe. La présente recherche examine donc l'activité transnationale<sup>65</sup> comme la combinaison du plusieurs centres de direction et/ou une direction unique au sein de la société mère et recrutés dans les diverses filiales, centres d'exploitation de l'activité économique.

Le centre des intérêts principaux est donc un instrument de règlement des conflits dans les groupes de sociétés. Celui-ci mesure en effet l'étendue d'un centre de décision au sein d'un groupe transnational de sociétés. L'établissement d'une compétence juridictionnelle en matière d'insolvabilité communautaire introduit l'analyse de l'approche unitaire du groupe de sociétés<sup>66</sup>. Il est alors opportun de s'interroger sur le fait de savoir si le critère du centre de décision constitue un facteur de rattachement du groupe de sociétés insolvable. Le débat doctrinal est alors nécessaire en ce que la Cour de justice des Communautés européennes confirme la règle générale selon laquelle l'extension d'une procédure d'insolvabilité contre une des sociétés parentes au titre de débiteur principal ou solidaire requiert de respecter la règle de compétence édictée par le règlement à l'égard de chacun des débiteurs en cause ayant une personnalité juridique distincte<sup>67</sup>.

L'interprétation du centre des intérêts principaux limite ainsi le centre autonome de décision en réaffirmant l'ouverture d'une procédure principale au siège statutaire d'une société. La

---

<sup>62</sup> CJCE., 2 mai 2006, Affaire Eurofood, JCP. 2006, p. 1127, note M. Menjucq.

<sup>63</sup> J.-L. Vallens, le Règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy. dr. Aff. 2002. chron. Numéro 3301.

<sup>64</sup> Article 4.2 a du Règlement 1346/2000 : la loi de l'État d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine notamment les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de leur qualité.

<sup>65</sup> J. Béguin et M. Menjucq, Droit du commerce international, Litec, Paris, 2005, p. 261.

<sup>66</sup> Trib. Com. Nanterre 19 mai 2005, D. 2005, n° 26, p. 1787.

<sup>67</sup> M. Virgos et E. Schmit, Report on the convention on insolvency proceedings, point 76 : « The convention offers no rule for groups or affiliated companies (parent and subsidiary-schemes). The general rule to open an insolvency proceedings against any of related companies as a principal or jointly liable debtor is that jurisdiction must exist according to the convention for each of the concerned debtors with a separate legal entity ».

question du rattachement juridique prévisible et vérifiable par les créanciers du groupe de sociétés suppose néanmoins de se pencher sur les effets de la liberté d'établissement<sup>68</sup> quant à la localisation d'une activité transfrontalière. Le renversement de la présomption en faveur du siège statutaire de la société est ainsi discuté.

La résolution du conflit entre l'autonomie juridique et l'unité économique que structure le groupe de sociétés met d'une part en évidence la théorie de l'entreprise unique. Le groupe de sociétés est ainsi défini à travers l'étude de la notion d'entreprise qui caractérise une unité de décision économique<sup>69</sup> ou encore une unité économique réelle qui s'oppose à un fractionnement juridique apparent<sup>70</sup>. Le droit de la concurrence apporte sa pierre à l'édifice en ce qu'une pluralité de sociétés peut ne constituer qu'une seule société et même entreprise lorsque dans le cadre d'un groupe, il y a un seul centre de décision, normalement situé au niveau de la société mère qui donne des directives à l'ensemble de ses filiales<sup>71</sup>. Le pouvoir stratégique de la société mère sur l'activité transnationale est désormais appréhendé en droit communautaire de l'insolvabilité. Celui-ci résout le paradoxe inhérent à l'activité du groupe à travers l'établissement d'un for principal au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés.

Une voie jurisprudentielle tente donc de se frayer un chemin juridique quelque peu divergent de celui préconisé initialement par les rédacteurs du Règlement et des conventions internationales le précédant<sup>72</sup>.

Les statuts d'une société confirment la force d'attraction d'une procédure d'insolvabilité initiée au lieu du centre des intérêts principaux. Les créanciers du groupe ou le débiteur lui-même peuvent cependant se prévaloir d'une réalité économique différente que celle prévue par le contrat de société. En l'occurrence, la notion d'entreprise unique érige une passerelle entre des entités distinctes sur le plan juridique et l'unité économique qu'elle compose. Ceci suscite alors la réflexion sur l'application d'un remède en amont à l'insolvabilité du groupe transnational de sociétés<sup>73</sup> et souligne l'arbitrage jurisprudentiel en droit communautaire de l'insolvabilité. Les notions de centre des intérêts principaux et d'établissement de l'activité

---

<sup>68</sup> La liberté d'établissement bénéficie aux sociétés ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement ; mais comme le souligne Y. Loussouarn, si le siège statutaire suffit, c'est le critère le moins rigoureux dont la société se prévaudra : Le rattachement des sociétés et la Communauté économique européenne par Yvon Loussouarn, *Ibidem*. p. 245.

<sup>69</sup> M. Despax, *L'entreprise et le droit*, th. Toulouse, L.G.D.J, Paris, 1957. p. 8.

<sup>70</sup> C.-L. Lazarus, *L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, Paris, 1977, p. 50.

<sup>71</sup> P. Corruble, *Droit européen des affaires*, Dunod, Paris 1998, p. 100.

<sup>72</sup> Rapport de MM. Virgos et Schmitt sur la convention du 23 novembre 1995 dont le règlement a repris les dispositions : M. Virgos et E. Schmit, *Report on the convention on insolvency proceedings*.

<sup>73</sup> T. com., Paris, 2 août 2006, Bull. Joly. 2007, p. 37, note F. Jault-Seseke.

transnationale retiennent ainsi notre attention puisque ceux-ci sont les critères d'ouverture d'une procédure principale et secondaire au sein de l'Union européenne<sup>74</sup>. L'organisation procédurale communautaire se précise et renseigne les tiers créanciers contre le risque d'insolvabilité transfrontalière d'un groupe de sociétés. Une question essentielle innervait alors la résolution du conflit de juridiction qui consiste à dégager une localisation de la société ou du groupe transnational de sociétés afin de favoriser la sécurité dans la gestion des affaires. Les créanciers doivent donc pouvoir se fier à la personnalité juridique d'une voire plusieurs sociétés que structure l'activité transnationale puisque les droits et obligations y sont attachés<sup>75</sup>.

Le critère de la gestion habituelle et la vérification d'une activité transnationale par les tiers<sup>76</sup> oriente ainsi la discussion vers un mode de résolution de conflit face à une pluralité de sièges statutaires.

La Cour de justice des Communautés européennes ajoute qu'un dispositif peut s'entrevoir notamment à des fins de lutte contre la constitution de sociétés « boîtes aux lettres »<sup>77</sup>. Le rôle de l'apparence<sup>78</sup> en droit international privé est alors mentionné comme un mécanisme favorable à la sécurité des transactions. Ce dernier mécanisme trouve précisément un terrain d'élection afin de renforcer l'objectif de sécurité juridique dans les rapports internationaux en corrigeant l'absence d'activité au siège statutaire reposant sur la notion de croyance légitime où se situe l'administration de fait. Cette théorie est corroborée en droit communautaire de l'insolvabilité puisque le Règlement prévoit un critère de gestion habituelle et vérifiable du débiteur par les tiers<sup>79</sup>.

La sanction d'une réserve de fictivité justifie selon nous un corps de règles<sup>80</sup> à l'endroit d'un centre des intérêts principaux et souligne l'objectif communautaire de lutte contre le forum shopping. Une délimitation entre un forum shopping bonus et malus au sein du Règlement

---

<sup>74</sup> L'article 3 du Règlement 1346/2000.

<sup>75</sup> Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail, trente et unième session, Vienne, 11-15 décembre 2006, A/CN.9/WG.V/WP.74.

<sup>76</sup> Considérant 13 du Règlement 1346/2000.

<sup>77</sup> CJCE., Centros, 9 mars 1999, aff. C-212/97 *ibidem*, point 37 ; Arrêt Eurofood, C-341/04, Rec.I-3813, le point 35 de l'Arrêt Eurofood IFCS Ltd du 2 mai 2006 commence par « tel pourrait être le cas d'une société boîte aux lettres qui n'exercerait aucune activité ».

<sup>78</sup> Seule l'apparence trompeuse est ici soulignée en ce qu'elle exprime la force des représentations individuelles même erronées dans le droit et qui a comme effet d'adoucir les effets rigoureux de la norme juridique, procédé d'adaptation du droit aux réalités matérielles, facteur d'équité : Dictionnaire de la culture juridique, Lamy PUF, Paris, 2003, p. 73.

<sup>79</sup> Considérant 13 du Règlement 1346/2000.

<sup>80</sup> L'article 4 du Règlement 1346/2000 prévoit que sauf disposition contraire du présent Règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État Membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte.

1346/2000 situe le débat doctrinal sur deux figures juridiques essentielles au règlement de conflit de juridiction en droit communautaire de l'insolvabilité.

Une prévisibilité renforcée de la gestion de l'activité habituelle du débiteur est donc soulignée. L'examen d'un renversement à la présomption posée en faveur du siège statutaire conjugué à l'objectivation d'un for principal caractérisent en conséquence la mise en œuvre du droit communautaire de l'insolvabilité naissant des groupes de sociétés.

L'identification d'une stratégie judiciaire<sup>81</sup> cible « l'intérêt supérieur de l'entreprise » et conduit in fine à structurer l'établissement d'une compétence juridictionnelle selon les critères de contrôle et de direction du groupe de sociétés. L'intérêt supérieur de l'entreprise requiert en outre une stratégie en l'absence de cessation des paiements à des fins de sauvegarde de l'activité économique. Une réponse régionale préventive et dynamique au traitement des difficultés des entreprises européennes introduit la réflexion sur la mise en œuvre de procédures d'insolvabilité favorisant la vie des affaires<sup>82</sup>.

Le centre des intérêts principaux est à tous ces effets un critère d'appréciation de l'activité transnationale sociétaire fractionnée en difficulté (Partie I.).

La démonstration s'efforce en outre de vérifier le rôle pivot du centre des intérêts principaux, favorisant une règle de coopération et de coordination des patrimoines du groupe.

Tout d'abord, la coopération transfrontalière se comprend selon un dispositif du Règlement 1346/2000 qui couplé au mécanisme institué par le Règlement 44/2000 favorise l'exécution transfrontalière des décisions étroitement liées à la procédure d'insolvabilité. La règle générale selon laquelle la compétence est établie à l'égard de chacun des débiteurs<sup>83</sup> n'échappe point à l'analyse juridique.

La solution en droit communautaire se fonde donc davantage sur des règles de coopération et s'écarte d'une systématisation d'un for principal érigé au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés. Il faut alors comprendre les règles de coopération à travers un système de reconnaissance de plein droit et une exécution facilitée des jugements communautaires rendus au centre des intérêts principaux d'une société (une filiale d'un groupe). L'analyse porte dès lors sur une concentration des actions étroitement liées à la procédure d'insolvabilité et la confirmation d'une consécration d'une vis *attractiva concursus*<sup>84</sup>. Or, si la transparence justifie

---

<sup>81</sup>C. Champaud, La stratégie judiciaire de l'entreprise, Dalloz, 2006, *ibidem*.

<sup>82</sup>C. Saint-Alary-Houin : Loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies, Rev. Proc. Coll. Mars 2007, p. 13.

<sup>83</sup> Point 76 du rapport Virgos Schmit, *ibidem*.

<sup>84</sup> P. Ehret, La CJCE instaure le principe « vis *attractiva concursus* » concernant les actions révocatoires au niveau communautaire, Rev. Proc. Coll. avril 2009, p. 19.

une structuration qui reflète une souplesse d'organisation de l'activité du groupe de sociétés<sup>85</sup>. La relation existante entre certains moyens juridiques favorise également la transparence des relations intragroupes en faveur des créanciers externes<sup>86</sup>. Car en l'absence de traitement en amont au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés insolvable, le juge peut s'efforcer d'envisager l'unité de fait que peut induire l'existence du groupe transnational de sociétés conformément à la présomption simple prévue au siège statutaire d'une filiale. Si le droit comparé confirme le principe d'autonomie juridique corollaire de l'effet relatif des contrats, celui-ci en infléchit les effets en certaines circonstances. Notre propos repose sur des mécanismes d'extension de procédure dont la caractéristique commune est que ceux-ci sont intimement liés à la procédure d'insolvabilité. L'extension de procédures peut alors « réduire le groupe à l'unité juridique »<sup>87</sup>. Le droit interne désigne sous ce vocable « l'éviction de la forme juridique au profit de la réalité sous-jacente »<sup>88</sup>. La doctrine suisse et française recourt à la notion de transparence ou celle du « Durchgriff »<sup>89</sup>. Les principes généraux du droit éclairent une casuistique<sup>90</sup> apportant une exception à l'autonomie juridique et à une responsabilité limitée dans la mesure des actifs sociaux. L'élaboration d'une théorie de la transparence consiste ainsi à substituer une « conception pratique qui tienne compte des intérêts en présence et du milieu de fait dans lequel le principe d'autonomie juridique est invoqué »<sup>91</sup>.

Le maintien du for d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité communautaire en matière d'action révocatoire est aussi apprécié<sup>92</sup> à des fins de reconstitution des patrimoines visés au sein d'un groupe de sociétés. La réaffirmation d'une vis attractiva concursus dans ce domaine s'inspire de l'arrêt Gourdain rendu le 22 février 1979<sup>93</sup>.

Ensuite, les règles matérielles de coordination prévues entre le syndic de la procédure principale<sup>94</sup> et celui désigné au lieu d'ouverture d'une procédure secondaire<sup>95</sup> favorisent l'esprit

---

<sup>85</sup> Cass. Crim., 4 février 1985, Rev. Soc. 1985, p. 648, note B. Bouloc.

<sup>86</sup> A propos de la mise en œuvre de la Convention franco-monégasque et concerne une demande d'extension à un établissement de crédit, la Banque industrielle de Monaco, du redressement judiciaire ouvert à l'égard de trois sociétés françaises. : CA Aix-en-Provence, 19 avr. 1990 : D. 1991, jurispr. p. 116, note M. Vasseur.

<sup>87</sup> M. Menjucq, *ibidem*, p. 165

<sup>88</sup> C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, Paris, 1991, p. 157.

<sup>89</sup> La traduction en français correspond à la transparence.

<sup>90</sup> A. Von Planta, *La théorie de la transparence, Responsabilité de l'actionnaire majoritaire*, Schulthess, Zurich 2000, p. 20.

<sup>91</sup> C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, Bibliothèque de droit privé, Tome 216, L.G.D.J, Paris, 1991, p. 213.

<sup>92</sup> CJCE., *Deko Marty Belgium*, 1re ch., 12 févr. 2009, aff. C-339/07, Procédures n° 5, Mai 2009, comm. 150, note C. Nourissat.

<sup>93</sup> CJCE., *Gourdain c/Nadler*, 22 février 1979, aff 133/178, Rec. 733.

<sup>94</sup> Article 29 du Règlement 1346/2000.

<sup>95</sup> Considérant 11 du Règlement 1346/2000.

de coopération au sein d'un espace judiciaire européen de l'insolvabilité. La hiérarchisation des procédures et la reconnaissance automatique d'une procédure principale résultent en effet du principe de confiance mutuelle entre les États membres. Les syndics ont ainsi un rôle renforcé en cas d'ouverture d'une procédure secondaire ultérieure et identifie « un rouage essentiel à la coordination de la procédure principale et de la procédure secondaire »<sup>96</sup>.

Des règles matérielles améliorent à cet effet les pouvoirs du syndic. Un devoir de coopération et d'information entre les syndics est alors précisé<sup>97</sup>. Les règles de coopération et de coordination au centre des intérêts principaux conduisent à ériger une passerelle entre une procédure principale et secondaire. Certains jugements récents<sup>98</sup> en soulignent la portée par la rédaction de protocoles organisant les conditions de répartition des actifs entre les créanciers, la vérification des créances et sa répartition « sans faire de distinction entre les créanciers des différentes procédures et donc des sociétés appartenant au groupe ».

Le maintien de l'unité de la *lex fori concursus* au lieu d'ouverture de la procédure principale est alors en principe conféré par l'unité des compétences législatives et juridictionnelles à propos de certains litiges<sup>99</sup>. Comme le souligne Monsieur le Professeur Paul Didier, « la faillite est indissociable de l'organisation judiciaire et des règles de procédure »<sup>100</sup>. L'innovation porte tout d'abord sur la préservation du gage des créanciers qui se vérifie désormais au sein d'un instrument communautaire. Le principe d'égalité des créanciers transnationaux<sup>101</sup> de l'activité de l'entreprise est désormais organisé dans un espace redéfini au niveau de l'Union européenne<sup>102</sup>.

La nécessité d'une loi principale de l'insolvabilité applicable au groupe de sociétés est donc instituée en raison des effets attribués à la loi de l'insolvabilité et sa reconnaissance immédiate dans les autres États membres<sup>103</sup>. L'effet en est l'accroissement de l'effectivité extraterritoriale des mesures concernant le patrimoine ou les patrimoines du groupe de

<sup>96</sup>M. Menjucq, Intervention du syndic : nouveaux pouvoirs et nouvelles responsabilités, Supplément : Rev. Lamy. dr. aff. 2002, p. 13.

<sup>97</sup> L'importance d'une combinaison des articles 18 et 32 du Règlement 1346/2000 soulève l'objectif qui relève du domaine de la coopération judiciaire au sens de l'article 65 du Traité CE.

<sup>98</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York. Mai 2009 : *ibidem*, p. 104.

<sup>99</sup> Le principe est énoncé à l'article 4 du Règlement 1346/2000 suivant lequel « la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte ».

<sup>100</sup> P. Didier, La problématique du droit de la faillite internationale, RDAI. 1989, p. 203

<sup>101</sup> C'est l'aspect le plus novateur du Règlement 1346/2000 en ce qu'il améliore le droit à l'information et la production des créances communautaires : chapitre IV du Règlement 1346/2000.

<sup>102</sup> L'article 32 §1 du Règlement 1346/2000 souligne que « tout créancier peut produire sa créance à la procédure principale et à toute procédure secondaire ». Lorsque le créancier a « son siège dans un État membre autre que l'État d'ouverture », ce dernier est donc « invitée à produire une créance » en respectant le délai prévu par la *lex fori concursus*.

<sup>103</sup> Considérant 22 du Règlement 1346/2000 : l'application du principe de confiance mutuelle sous-tend l'application du Règlement au groupe de sociétés en ce qu'il se manifeste de la façon suivante. Les motifs de non reconnaissance devraient être réduits au minimum nécessaire.

sociétés (la conservation des actifs du débiteur est précisée en droit communautaire par l'arrêt des poursuites individuelles et l'inopposabilité des paiements suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité). Ainsi et au contraire du droit commun, la loi d'ouverture prévue à cet effet contraint les créanciers à interrompre leurs poursuites sans qu'il y ait besoin de recourir à une procédure d'exequatur<sup>104</sup>.

Son domaine souffre cependant d'une limitation importante et invite à la discussion sur le rôle d'attraction qu'on attribue à la loi de l'insolvabilité lui faisant étendre son domaine à des matières normalement soumises à des lois propres<sup>105</sup>. Une limitation de la *lex fori concursus* s'entrevoit selon un renvoi aux règles de conflits de lois à caractère substantiel<sup>106</sup> (l'exemple de l'article 10 du Règlement). Le renvoi à la loi applicable au contrat de travail retient notre attention puisque cette dernière se substitue à la loi de la procédure.

L'articulation des règles prévues par la loi d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et celle gouvernant le contrat de travail<sup>107</sup> est donc examinée.

Le domaine de la loi applicable et la détermination de la juridiction compétente au contrat de travail se mêle alors intimement au droit communautaire de l'insolvabilité. L'unité de la *lex fori* est alors réduite en ce que le juge doit interroger la règle de conflit de lois dont la finalité est « d'assurer un résultat matériel par l'intermédiaire de la règle de conflit ; il s'agit de l'incorporation dans l'énoncé de la règle de conflit d'un présupposé de droit matériel »<sup>108</sup>. Celui-ci s'exprime eu égard les dispositions de proximité ayant trait à la « partie faible » selon la Convention de Rome du 19 juin 1980 et le Règlement Rome I à compter du 17 décembre 2009<sup>109</sup>.

Le règlement souligne également la présence de règles matérielles<sup>110</sup> en énonçant directement la règle applicable en précisant une « règle spéciale »<sup>111</sup> en faveur des sûretés réelles.

---

<sup>104</sup> Circulaire du 15 décembre 2006, *ibidem*.

<sup>105</sup> La jurisprudence française en matière de faillite internationale, TCFDIP. 1992-1993, Pédone. Paris, p. 237.

<sup>106</sup> H. Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, RCADI. 2005, p. 233

<sup>107</sup> Le considérant 28 du Règlement 1346/2000 précise « qu'aux fins de la protection des travailleurs et des emplois de travail, les effets de la procédure d'insolvabilité sur la poursuite ou la cessation des relations de travail et sur les droits et les obligations de chaque partie découlant de ces relations doivent être déterminés par la loi applicable au contrat en vertu des règles générales de conflit de lois ».

<sup>108</sup> H. Gaudemet-Tallon, *ibidem*, p. 233.

<sup>109</sup> Article 29 du Règlement (CE) numéro 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : JOUE 4 juillet 2008, numéro L 177/6.

<sup>110</sup> L'existence d'une réglementation matérielle vise à résoudre directement le problème de droit posée.

<sup>111</sup> Le considérant 11 du Règlement 1346/2000 précise que celui-ci tient compte de droits préférentiels dont jouissent certains créanciers en énonçant des règles spéciales relatives à la loi applicable en prenant l'exemple des droits réels et des contrats de travail ; F. Melin, *le règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité*, Bruylant, Bruxelles, 2008. p. 231.

Cette réglementation communautaire permet la « non soumission »<sup>112</sup> des biens grevés de sûretés réelles à la *lex fori* dès lors qu'ils sont localisés dans un autre État membre que l'État d'ouverture. Il s'agit alors d'une solution discutable en ce qu'un actif grevé peut s'avérer essentiel à l'activité économique<sup>113</sup>. Le Règlement ne les soumet donc point aux effets généraux de la procédure d'insolvabilité principale (l'arrêt des poursuites individuelles). Le choix entre une sécurité juridique renforcée, ce qui suppose de laisser des sûretés protéger leur titulaire<sup>114</sup> et l'égalité entre les créanciers entraînant la remise en cause de leurs conséquences<sup>115</sup> conformément à la loi sur l'insolvabilité fait donc débat. Ces règles sont néanmoins prévues afin « de protéger la confiance légitime et la sécurité des transactions dans les États différents de celui d'ouverture »<sup>116</sup>.

Les aléas de la globalisation<sup>117</sup> supposent en outre d'apprécier les règles gouvernant le droit de la faillite internationale<sup>118</sup> selon les exigences du commerce international.

L'applicabilité du droit communautaire de l'insolvabilité est déterminée au considérant 14 du Règlement 1346/2000. Celui-ci est applicable dans l'hypothèse où le débiteur dispose de son centre des intérêts principaux à l'intérieur de l'Union européenne. Aussi, l'extranéité du problème d'insolvabilité n'est pas résolue si celui-ci révèle un rapport extracommunautaire<sup>119</sup>. La mise en œuvre d'un corps de règles régissant les règles de coopération dans ce domaine conduit à en préciser la teneur entre l'Union européenne et la Suisse<sup>120</sup>. L'applicabilité du droit communautaire de l'insolvabilité vérifie l'étendue de la compétence de l'espace judiciaire européen en cette matière. L'activité transnationale du groupe de sociétés identifie l'importance d'une structure commune (la société mère) qui facilite la circulation des flux financiers entre les sociétés d'un même groupe. L'attractivité de la Suisse quant à l'implantation d'une société dite principale et jouant le rôle de direction paneuropéenne des activités de gestion et commerciales des filiales situées au sein de l'Union européenne

<sup>112</sup> N. Jeandin, *Défaillance, réalisation, insolvabilité : enseignements pour le droit suisse, Réformes des sûretés mobilières*, Schulthess, Genève, 2006. p. 140.

<sup>113</sup> Voir Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, p. 85.

<sup>114</sup> Le considérant 11 du Règlement 1346/2000 précise que les droits préférentiels dont jouissent certains créanciers supposent l'application de règles spéciales quant à la loi applicable : les droits réels et le contrat de travail sont expressément mentionnés.

<sup>115</sup> P. Woodland, *Observations sur les orientations des droits européens de la faillite*, JCP. 1984, p. 30.

<sup>116</sup> Considérant 24 du Règlement 1346/2000 ; F. Melin, *le règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité*, *ibidem*, p. 231.

<sup>117</sup> N. Jeandin, *Défaillance, réalisation, insolvabilité : enseignements pour le droit suisse, Réformes des sûretés mobilières*, Schulthess, Genève. 2006. p. 142.

<sup>118</sup> Il s'agit des règles applicables hors du champ d'application du Règlement 1346/2000 qui visent alors les sources internes et internationales du droit de la faillite internationale : *Code des entreprises en difficulté*, Litec, Paris, 2007, p. 785.

<sup>119</sup> CA. Versailles., 20 mars 2008, D. 2008, p. 1662, note J.-L. Vallens.

<sup>120</sup> S. Marchand, *Les règles de droit suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes*, *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Genève, 2005, p. 120.

interroge la présente démonstration<sup>121</sup>. L'existence de fors principaux concurrents limite en effet la reconnaissance d'une procédure principale qu'elle soit initiée au sein de l'Union européenne ou en Suisse. Il est dès lors nécessaire d'examiner les règles de coordination des procédures d'insolvabilité extracommunautaires<sup>122</sup> tant du point de vue local<sup>123</sup> qu'en établissant une méthode d'harmonisation des règles de reconnaissance et de coordination des procédures d'insolvabilité<sup>124</sup>.

Les problèmes de droit soulevés par une faillite internationale ne font alors que mettre en exergue le « paradigme de la création normative internationale incluant des normes matérielles et des normes de conflit »<sup>125</sup>. La « modernité juridique » suppose en outre l'introduction de normes tendres (soft law) afin, comme le souligne Madame le Professeur C. Kessedjian, de permettre aux États d'adapter « leur idiosyncrasie »<sup>126</sup> aux normes internationales.

L'adoption de la loi type CNUDCI<sup>127</sup> sur l'insolvabilité internationale et/ou l'élaboration d'une Convention multilatérale de type « Lugano »<sup>128</sup> tant par l'Union européenne que par la Suisse répond selon nous à cette exigence. La précision d'un régime adapté conduisant à des approches adéquates et coordonnées d'une procédure d'insolvabilité transfrontière suppose en effet une inspiration commune aux principes communautaires et conventionnels.

Une interprétation homogène d'un centre des intérêts principaux, critère d'ouverture de la procédure principale selon le droit communautaire et conventionnel, contribue in fine à régler le conflit positif de juridiction et la loi applicable dans les rapports extracommunautaires<sup>129</sup>.

---

<sup>121</sup>Chambre France-Suisse pour le commerce et l'industrie disponible sur le site suivant : [www.cfsci.ch/Pdf/Fiches/actu](http://www.cfsci.ch/Pdf/Fiches/actu%20attractivité%20Suisse.pdf) attractivité Suisse.pdf.

<sup>122</sup> V. Marquette et C. Barbé, Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires, JDI. 2006, p. 526.

<sup>123</sup> Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Commentaire des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2005, p. 1618 et s ; Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 785-810.

<sup>124</sup> La décision de la juridiction qui ouvre en droit communautaire la première la procédure devrait être reconnue dans tous les autres États membres, sans que ceux-ci aient la faculté de soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle. Ce qui signifie que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au siège de la société d'un groupe soit reconnue dans les autres États membres conformément au principe de reconnaissance prévu à l'article 16 et 17 du Règlement 1346/2000 en l'absence d'ouverture de procédures secondaires.

<sup>125</sup> C. Kessedjian, Droit commercial et droit international privé, RCADI. 2002, p. 168.

<sup>126</sup> C. Kessedjian, Droit commercial et droit international privé, *ibidem*, p. 163.

<sup>127</sup> Règles proposées par la CNUDCI : Loi type du 30 mai 1997, Code des entreprises en difficulté, 2007, Litec Paris. 2007, p. 851.

<sup>128</sup> H. Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, Paris, 2002, p. 401.

<sup>129</sup>Le rapport extracommunautaire est précisé au considérant 14 du Règlement 1346/2000 en ce que le centre des intérêts principaux doit être situé au sein de l'Union européenne. La circulaire française précise en outre que les effets sur un bien ou à l'égard d'un créancier situés dans un Etat tiers ne sont pas soumis aux dispositions communautaires, JCP E. 2007. 1498.

Le centre des intérêts principaux se révèle ainsi être le pivot d'une règle de coopération et de coordination des patrimoines du groupe transnational de sociétés insolvable (Partie II).

# Partie I : Un critère d'appréciation d'une activité transnationale sociétaire fractionnée en difficulté

L'analyse du centre des intérêts principaux comme critère d'appréciation d'une activité transnationale sociétaire fractionnée a le mérite selon nous de souligner l'apparition d'une unité économique formée par le groupe de sociétés. Il jaillit alors d'une société qui contrôle un ensemble de sociétés filiales ou de succursales dans plusieurs pays. L'apparition d'un pouvoir « transnational » met en exergue le déclin des souverainetés étatiques face à l'extranéité des problèmes de droit soulevés par de telles entreprises. L'effet transnational du groupe de sociétés en difficulté suppose donc un traitement régional et notamment communautaire<sup>130</sup>.

Le Règlement communautaire 1346/2000 propose un dispositif normatif, certes intéressant, car il est directement applicable au sein des États membres à l'exception du Danemark. Il semble toutefois encore insuffisant notamment lorsqu'on envisage une organisation sociétaire fractionnée présentant un élément d'extranéité.

Nous apprécions précisément l'influence de la société tête de groupe selon divers critères et analyses dont celle de la notion d'entreprise unique ou celle distincte, telle qu'elle résulte de l'arrêt Eurofood<sup>131</sup> réaffirmant la désignation d'un for au lieu du siège social des sociétés distinctes juridiquement.

La théorie de l'entreprise unique est incontestablement intéressante puisqu'elle justifie le traitement du groupe de sociétés en difficulté de façon consolidée. Ainsi, la promotion « des intérêts du groupe dans son ensemble, ou ceux de la société dominante, plutôt que ceux de chacun des membres »<sup>132</sup> ou encore la souscription d'emprunts à l'échelle du groupe conjuguées aux mécanismes de trésorerie intragroupes expliquent une stratégie financière globale.

---

<sup>130</sup> Règlement communautaire (CE) n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000, JOCE n° L 160 du 30 juin 2000 p. 1-18.

<sup>131</sup> CJCE., Eurofood IFSC Ltd, 2 mai 2006, aff. C-341/04, Rec. 3813, point 34.

<sup>132</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) Trente et unième session : Vienne, 11-15 décembre 2006.

La résistance du centre des intérêts principaux face au centre autonome de décision limite cependant l'approche unitaire du groupe de sociétés puisqu'une présomption simple est posée en faveur du siège statutaire. L'étendue d'un centre de décision est alors appréciée eu égard l'article 3§1 du Règlement communautaire 1346/2000. La solution Eurofood en limite toutefois la portée en ce qu'elle réfute tout renvoi systématique au centre autonome de décision alors localisée au siège d'une société dominante.

Le traitement de l'insolvabilité communautaire du groupe de sociétés suppose néanmoins que l'on se penche sur la mise en œuvre d'un système de résolution de conflit entre l'autonomie juridique des sociétés et son unité économique. L'extension de compétence reposant sur la notion de centre des intérêts principaux est un arbitrage intéressant.

L'interprétation conférée au centre des intérêts principaux constitue dorénavant un instrument de règlement de conflit dans les groupes transnationaux de sociétés (Titre I).

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité communautaire en un centre des intérêts principaux vise à pallier l'insécurité juridique au sein d'un marché intérieur. L'introduction aux règles de compétence juridictionnelle prévues par le droit communautaire de l'insolvabilité met en lumière l'attrait d'un for principal en présence d'une organisation transnationale sociétaria fractionnée. L'établissement d'un for secondaire<sup>133</sup> n'est par ailleurs point exclu et vise à protéger les intérêts locaux et les créanciers au lieu d'établissement de l'activité transfrontière.

La notion de centre des intérêts principaux et l'organisation procédurale communautaire sont examinées à cet effet. Le rôle clef conféré à la procédure principale et initiée au centre des intérêts principaux concourt à l'établissement d'un faisceau d'indices désignant le centre des intérêts principaux. L'arrêt Eurofood<sup>134</sup> renforce quant à lui une présomption prévue au siège statutaire ne tirant point toutes les conclusions de l'appartenance des filiales au groupe transnational de sociétés sur le plan organisationnel. La solution précisée par la Cour de justice des Communautés européennes suscite néanmoins la discussion doctrinale en droit comparé sur les remèdes au système de l'incorporation et une méthode de renversement de la présomption posée en faveur du siège statutaire d'une filiale. Le mécanisme de l'apparence est évoqué en ce qu'il relativise la règle de conflit de lois désignant le siège statutaire face aux effets de la liberté d'établissement

---

<sup>133</sup> Article 3§2 du Règlement 1346/2000.

<sup>134</sup> CJCE., Eurofood IFSC Ltd, 2 mai 2006, aff. C-341/04, Rec. 3813, point 34.

Le critère de la gestion habituelle du débiteur et vérifiable par les tiers<sup>135</sup> met en exergue une résolution de conflit face à une pluralité de sièges statutaires ou en présence de succursales au sein d'un groupe.

La notion de centre des intérêts principaux introduit par voie de conséquence une analyse des fonctions d'administration particulièrement idoines lorsque l'on s'interroge sur un remède en amont à l'insolvabilité du groupe de sociétés. Celui-ci entrevoit la « topographie » de l'activité transfrontière et ce que les créanciers principaux perçoivent (les banques et les fournisseurs<sup>136</sup>).

L'objectivation d'un for principal à la lumière des objectifs de sécurisation de l'activité transfrontalière est débattue. Celui-ci est précisé selon le risque de forum shopping malus en l'absence de précisions sur l'activité transnationale du groupe de sociétés. La sauvegarde de l'activité économique introduit quant à elle l'analyse d'une définition extensive de la procédure d'insolvabilité communautaire incluant un traitement préventif et dynamique de l'entreprise en difficulté.

L'éclosion d'un for communautaire principal en ce qu'il structure une compétence juridictionnelle hiérarchisée introduit un critère de localisation de l'activité administrative qui se mesure selon une gestion habituelle des intérêts de l'entité économique et vérifiable par les tiers (Titre II.).

## **Titre I : Un instrument de règlement des conflits dans les groupes de sociétés**

Aux termes des divers droits nationaux européens à l'exception du droit allemand, le droit des sociétés organise un fonctionnement distinct à chaque forme de société disposant de la personnalité juridique<sup>137</sup> et donc d'un patrimoine propre, gage des créanciers. Ainsi, le concept du groupe de sociétés a une position accessoire en droit suisse puisqu'il est discrètement logé à l'art. 663<sup>e</sup> al.1 CO<sup>138</sup>. Quant au Code de commerce français, la section « filiales, des

---

<sup>135</sup> Considérant 13 du Règlement 1346/2000.

<sup>136</sup> Les comités d'établissement de crédit et de fournisseurs constituent le comité des créanciers depuis la loi du 26 juillet 2005 et renseignent ainsi sur les créanciers importants de l'activité du débiteur : J. Vallansan, *difficultés des entreprises*, Litec, Paris 5<sup>ème</sup> édition, 2009, p. 252.

<sup>137</sup> Les articles 52 et 54 CC suisse, Helbing Lichtenhahn, 8<sup>ème</sup> édition, Bâle, 2008, p. 71.

<sup>138</sup> Aspects du droit international des sociétés, Journée suisse de droit international, Schulthess, Neuchâtel, 25 novembre 1994, p. 4.

participations et des sociétés contrôlées » recourt à des critères chiffrés<sup>139</sup>. Aussi, l'absence de la personnalité juridique du groupe de sociétés irrigue une organisation flexible dont la portée conduit à vérifier la gestion d'un intérêt commun au groupe. Néanmoins et comme le souligne justement la doctrine suisse, la politique du groupe est l'expression de l'unité de direction et le facteur de cohésion du groupe<sup>140</sup>.

Ainsi, le choix entre la loi de la société dominante ou celle régissant la société dominée renvoie à la question de l'unité du groupe transnational de sociétés en droit international privé des sociétés<sup>141</sup> et suppose d'apprécier une convergence d'intérêts communs en une centralisation décisionnelle en matière d'insolvabilité.

L'application d'une règle de droit matériel en raison des objectifs qui la sous-tendent<sup>142</sup> trouve là un réceptacle au sein du Règlement 1346/2000. Cela interroge sur la systématisation d'un for à travers une localisation du centre de décision du groupe transnational de sociétés. Si celui-ci reflète le pouvoir de domination de la société mère sur ses filiales. Peut-il en conséquence constituer un facteur de rattachement du for applicable aux groupes de sociétés en difficulté ?

Pour cela, l'étendue d'un centre de décision suppose d'être examinée au sein d'un groupe de sociétés (chapitre I).

L'exercice d'un pouvoir stratégique d'une société dominante souligne un paradoxe inhérent au groupe de sociétés qu'il convient d'examiner. L'établissement d'un critère du pouvoir stratégique d'une société mère souligne l'apport de la théorie de l'entreprise unique<sup>143</sup>. L'arbitrage du droit communautaire de l'insolvabilité mesure pareille observation. Un courant jurisprudentiel depuis la non moins célèbre affaire Isa Daisyteck<sup>144</sup> autorise dorénavant l'extension de compétence juridictionnelle depuis le centre des intérêts principaux d'un groupe transnational de sociétés. Celui-ci caractérise la résolution du conflit entre l'autonomie juridique et l'entité économique (chapitre II).

---

<sup>139</sup> Code des sociétés et autres groupements, Litec, Paris, 2010, p. 321.

<sup>140</sup> A. Petitpierre-Sauvain, *ibidem*, p. 19.

<sup>141</sup> Aspects du droit international des sociétés, Journée suisse de droit international, *Ibidem*, p. 42.

<sup>142</sup> Règlement communautaire (CE) N°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000.

<sup>143</sup> Le droit de la concurrence souligne la notion d'unité économique et le dépassement du cloisonnement juridique qu'implique la personnalité morale : F. Chapput, L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles, *Juriscl. contrats, concurrence-consommation*, janvier 2010, p. 11.

<sup>144</sup> Affaire Daisytek, High court, Chancery Division, 16 mai 2003, n°861-876/03 disponible sur [www.eir-database.com](http://www.eir-database.com).

# Chapitre I : L'étendue d'un centre de décision au sein d'un groupe de sociétés

La résistance du centre des intérêts principaux face au centre autonome de décision (Section II) n'exonère point l'examen d'un rapport de dépendance entre des entités juridiquement indépendantes. Celui-ci s'identifie à travers des sociétés dominantes et dominées (Section I).

## Section I. Sociétés dominantes et dominées

La centralisation des procédures est structurée au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés. Celui-ci se présente selon un mécanisme de coordination communautaire<sup>145</sup> qui concerne l'établissement d'un for principal (§2). Une discussion doctrinale sur le critère du centre de décision est donc nécessaire à des fins de rattachement du groupe de sociétés en difficulté (§1.)

### §1 Le centre de décision : un facteur de rattachement du groupe de société en difficulté ?

L'interrogation selon laquelle les filiales sont autonomes juridiquement ou seulement formellement pose la question de l'autonomie décisionnelle de ces dernières (A.). L'étude de l'interprétation jurisprudentielle d'un critère de compétence juridictionnelle fixé au centre des intérêts principaux éclaire notre propos (B.).

#### *A. L'autonomie formelle ou décisionnelle des filiales*

##### 1. Filiales et notions voisines

La divergence entre la filiale et la succursale, l'établissement ou l'agence réside essentiellement dans l'absence d'autonomie patrimoniale de ces dernières. Il s'agit là d'une distinction fondamentale. Elle permet ainsi aux créanciers de poursuivre directement l'établissement principal de la succursale ou de l'agence. Cela s'explique d'une part par le fait que les créanciers ont consenti une relation contractuelle eu égard l'établissement principal. L'objet social de l'agence ou de la succursale est identique à celui de la maison principale, ce qui n'est pas nécessairement le cas en présence d'une filiale et d'une société mère. D'autre part, la succursale est dépendante juridiquement de l'établissement principal. Si le groupe de

---

<sup>145</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), Trente-sixième session, New York, 18-22 mai 2009, p. 5.

sociétés se distingue d'une société unique, il se différencie de l'établissement d'une maison principale qui forme une seule et même société puisqu'il se caractérise avant tout par la présence d'une pluralité d'entités juridiques dont la filiale. En l'occurrence, la filiale est intégrée au groupe de sociétés mais elle possède ses propres organes prévus par la loi à la réalisation de son objet social et traite en son nom propre avec les tiers. Selon le droit français, « la filiale est une filiale dont plus de la moitié du capital social est détenu par une autre société »<sup>146</sup>. Autrement dit, ledit groupe est composé de sociétés de capitaux qui disposent de leur propre capital social jouissant de la personnalité juridique et d'un patrimoine sur lequel répond les dettes de chaque société.

Mais qu'il s'agisse de filiales, de succursales ou d'agences, l'exercice d'une activité en dehors du siège statutaire, de l'administration centrale ou du principal établissement se réalise pleinement eu égard la liberté d'établissement prévue aux articles 43 et 48 du Traité CE<sup>147</sup>.

L'avantage de la personnalité morale de la filiale est mis en avant précisément sur le plan international puisqu'elle constitue un facteur d'extension globale. Compte tenu de la mondialisation de l'économie, il s'agit d'une organisation rationnelle permettant aux entreprises de combiner habilement des principes de subordination économique et d'autonomie juridique des filiales<sup>148</sup>. Les avantages de la filiale sont de plusieurs ordres. Elles sont un moyen privilégié de la concentration des entités économiques et minimisent les inconvénients en termes d'extension d'obligations. Le principe de l'autonomie juridique de la filiale conduit ainsi à ne pas étendre systématiquement la responsabilité solidaire de la société dominante alors qu'elle oriente économiquement la stratégie de ses filiales.

## 2. Étude du mode de saisine du groupe de société : l'apport du droit comparé

Le phénomène d'expansion internationale des groupes de sociétés requiert de « longues lignes de communication avec le siège social, des procédures uniformes de communication des résultats et des flux d'information » ainsi « qu'une planification financière permettant la formulation d'une stratégie globale »<sup>149</sup>. Cela se traduit par la mise en place d'un contrôle permettant d'exercer une influence dominante sur le destin de la société dominée<sup>150</sup>. Et malgré

---

<sup>146</sup> Article L. 233-1 du Code de commerce français.

<sup>147</sup> C. Nourissat, *Droit communautaire des affaires*, Dalloz, Paris, 2005, p. 128 ; voir tableau de correspondance, K. Wendt, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Helbing und Lichtenhahn, 2010, p. 215.

<sup>148</sup> M. Pelletier, *ibidem*, p. 15.

<sup>149</sup> Investissement international et entreprises multinationales, *ibidem*, p. 39.

<sup>150</sup> M. Cozian, *ibidem*, p. 569.

un certain degré d'autonomie concédé aux filiales, le pouvoir des cadres du groupe demeure délimité et subordonné<sup>151</sup>.

Le cadre décisionnel des dirigeants de filiales dudit groupe se trouve donc affaibli puisque les fonctions d'administration en matière stratégique, financière et commerciale sont très souvent du ressort de la société mère<sup>152</sup>. Les fonctions de la filiale sont alors de simples tâches d'exécution. La centralisation décisionnelle<sup>153</sup> au sein d'un groupe transnational de sociétés est alors mise en évidence.

C'est pourquoi, certaines opérations de trésorerie intragroupes conduisent à « ruiner le fondement de l'autonomie patrimoniale »<sup>154</sup>.

L'établissement ou non de comptes consolidés, l'existence de prêts intragroupe et de garanties réciproques, la présentation du groupe comme une entité unique sont autant de facteurs qui « brouillent les contours juridiques des sociétés du groupe »<sup>155</sup>.

En conséquence, l'expression du pouvoir conféré par la détention de capital d'une autre société s'identifie à partir des comptes consolidés, obligeant la société mère à établir des comptes annuels consolidés tant au niveau communautaire<sup>156</sup> qu'au niveau du droit positif<sup>157</sup>. L'obligation d'établir des comptes consolidés suppose ainsi que la société mère détienne soit un pouvoir légal de contrôler une ou plusieurs filiales (majorité des droits de vote) soit un contrôle de fait lorsque la société mère ne possède qu'une participation minoritaire dans le capital des filiales. Ainsi, la détention de capital et l'exercice des droits attachés à la qualité d'actionnaire principal, majoritaire ou minoritaire illustrent donc un lien capitalistique. La politique du groupe et la détérioration de la situation financière peuvent donc caractériser une manifestation du pouvoir de domination de la société, tête de groupe.

La jurisprudence européenne permet cependant aux groupes de sociétés d'utiliser des techniques assurant la fiabilité et la stabilité des flux financiers légitimes. Les opérations financières sont en effet légitimées par la finalité économique du groupe de sociétés. Il convient cependant de mesurer l'incidence d'« un acte formellement contraire à l'intérêt

---

<sup>151</sup>H. Peter, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Thèse Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing und Lichtenhahn, 1990, p. 48.

<sup>152</sup>T. com., Paris, 2 août 2006, *ibidem*, p. 37.

<sup>153</sup>L'interprétation extensive de la notion de centre des intérêts principaux corrobore l'idée d'unité économique.

<sup>154</sup>C. Champaud, *ibidem*, p. 1020.

<sup>155</sup>Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), Trente-deuxième session, Mars 2007, p. 10.

<sup>156</sup>Directive 83/349/CEE du Conseil de la Communauté européenne du 13 juin 1983 concernant les comptes consolidés, Journal officiel n° L 193 du 18/07/1983, p. 0001-0017.

<sup>157</sup>Article 663e al. 1 CO.

d'une société qui se justifie par l'appartenance à un ensemble économique »<sup>158</sup>. De telles opérations sont ainsi imposées aux sociétés filiales auxquelles une société indépendante ne souscrirait point. Une nuance dans le mode de saisine du groupe transnational de sociétés ressort donc de l'analyse. Nous visons ce que Monsieur le Professeur M. Menjucq caractérise selon que le groupe est appréhendé en tant qu'unité juridique (la confusion des patrimoines, la fictivité et le Durchgriff : voir partie II) ou selon un maintien de sa pluralité juridique (l'extension de procédure fondée sur le centre des intérêts principaux : voir infra). Certains auteurs avancent en outre « l'idée de fusion de fait comme technique d'imputation d'obligations, l'unité d'entreprise à laquelle fait référence la jurisprudence aboutissant à un résultat similaire à ce qui découle d'une fusion de droit »<sup>159</sup>. Monsieur le Professeur Charley Hannoun voit dans la fusion de fait un nouveau fondement. Celui-ci caractérise alors l'unité d'entreprise en constatant l'unité des organes de gestion, les flux de trésorerie, l'identité de locaux et l'identité à la fois économique (activité) et social (personnel)<sup>160</sup>.

### *B. L'interprétation jurisprudentielle du critère fixé au centre des intérêts principaux*

En définitive, « le critère du centre de décision résulte du constat de la distorsion entre l'autonomie juridique de la filiale et sa dépendance économique »<sup>161</sup>. Si le centre décisionnel ou la direction unique du groupe de société reflète le pouvoir de domination de la société mère sur ses filiales. Certains auteurs évoquent alors une garantie de fait<sup>162</sup> accordée par la société mère et permettant à la filiale du groupe d'être financièrement avantagée par rapport à une situation où la société se trouve isolée.

Quelles en sont les conséquences en droit communautaire de l'insolvabilité ?

L'opportunité de faire de plusieurs liquidations ou redressements un seul et même dossier dans l'intérêt des sociétés du groupe et des créanciers trouve un fondement juridique logé à l'article 3§1 du Règlement 1346/2000. Ce cheminement consiste alors à distinguer l'unicité de procédure qui répond à un contrôle sévère des Hauts magistrats français en matière de confusion des patrimoines (voir Partie II) et celle opérant une jonction de procédures justifiée par l'unité de l'entreprise<sup>163</sup>. L'objectif est donc d'initier une procédure d'insolvabilité prévue

---

<sup>158</sup>C. Hannoun, *ibidem*, p. 92.

<sup>159</sup>C. Hannoun, Cass.com., 26 février 2008, Bull. Joly. 1<sup>er</sup> juillet 2008, n°7, p. 602.

<sup>160</sup>Cass.com., 26 février 2008, *Ibidem*, p. 606.

<sup>161</sup> M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, Montchrétien, Paris, 2008, p. 23.

<sup>162</sup> Le raisonnement se fonde alors soit sur l'apparence : L. Leveneur, Situation de fait et droit privé, LGDJ, Paris, 1990, p. 175 soit sur des techniques d'imputation d'obligations envers une société mère (voir infra p. 69 : arrêt Swissair qui évoque une responsabilité sur la confiance).

<sup>163</sup> Trib. Com. Lille, 11 février 1977, D. 1977. 301.

par le Règlement communautaire 1346/2000 au siège de la société, tête de groupe. L'organisation fractionnée du groupe requiert donc l'identité d'associés et de dirigeants<sup>164</sup> car en règle générale les groupes de sociétés sont dirigés par des directeurs et les membres du conseil d'administration<sup>165</sup>. Le contrôle directorial est exercé soit de façon directe soit de façon indirecte. Le contrôle direct consiste pour une société à « se faire élire et siéger en tant que personne morale, au conseil d'administration de la société contrôlée »<sup>166</sup>. Quant au contrôle indirect d'une société, il se manifeste en désignant un de ses propres administrateurs ou actionnaires au conseil d'administration de la société contrôlée. Or, par le biais de ce contrôle, les sociétés membres d'un groupe dépendent les unes des autres eu égard le contrôle directorial détenu par la société mère de type holding et de ses dirigeants leur permettant alors de maîtriser l'ensemble des filiales du groupe.

Ces arguments ne sont pas dénués d'intérêt en ce que la communauté d'administrateurs et de dirigeants au sein d'un groupe de sociétés participe au faisceau d'indices localisant le centre des intérêts principaux. L'évolution de l'extension de procédure marque un regain d'intérêt compte tenu du nouveau droit communautaire de l'insolvabilité dont l'interprétation consiste à centraliser les procédures d'insolvabilité affectant un groupe de sociétés. L'identité de dirigeants comme source d'extension de procédure mérite une attention particulière. Le droit positif est significatif à cet effet puisqu'il autorise « qu'un directeur général unique exerce un second mandat dans une société contrôlée par celle dont il assure déjà la direction en cette qualité ou membre du directoire »<sup>167</sup>. Ainsi, une combinaison des articles du Code de commerce français<sup>168</sup> permet d'envisager un cumul de trois mandats au sein des sociétés que constitue le groupe. Or, la jurisprudence des États membres objective précisément la notion de centre des intérêts principaux en renversant la présomption prévue au siège statutaire à travers la domiciliation des dirigeants du groupe. La conséquence d'une semblable qualification est l'ouverture d'une procédure principale à effet universel au lieu du domicile des dirigeants du groupe<sup>169</sup> à l'égard de sociétés établies statutairement dans d'autres États membres. La présente thèse précise in fine le pouvoir d'influence exercé en matière de décisions stratégiques du groupe dont l'exécution relève des organes sociaux, des employés et des

---

<sup>164</sup> C. Champaud, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, 2006, Paris, p. 43.

<sup>165</sup> J.-P. Scarano, *Dictionnaire de droit des affaires*, Ellipses, Paris, 2007, p. 181.

<sup>166</sup> M. Vanhaecke, *Les groupes de sociétés*, Thèse Doctorat, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J, Paris, 1962, p. 117.

<sup>167</sup> J. P. Scarano, *Dictionnaire de droit des affaires*, Ellipses, Paris, 2007, p. 181.

<sup>168</sup> Les articles L. 225-54-1, L. 225-67 et L. 225-94 respectivement à l'alinéa 3 du Code de commerce français : *Dictionnaire de droit des affaires*, *ibidem*, p. 181.

<sup>169</sup> M. Raimon, *Le Règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, L.G.D.J, Paris, 2007, p. 81.

mandataires commerciaux exerçant des fonctions de direction au sein du groupe de sociétés. Le critère du lieu de réunion du conseil d'administration de la société mère ou du domicile des dirigeants est retenu parmi les indices contribuant à une définition objective du centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés. La jurisprudence communautaire souligne cet état de fait en recourant au concept de « headquarter function »<sup>170</sup> ou encore selon une terminologie française les fonctions d'administration et de gestion du groupe.

## §2. L'établissement d'un for central en cas d'insolvabilité du groupe de sociétés

La voie d'une centralisation des procédures d'insolvabilité au centre des intérêts principaux favorise l'approche unitaire d'un groupe transnational de sociétés (sous paragraphe §2.).

L'unité économique du groupe est recherchée selon une signification autonome d'un centre des intérêts principaux<sup>171</sup> (sous paragraphe §1.).

### *Sous paragraphe 1. La signification autonome du centre des intérêts principaux*

Le Règlement établit la compétence des juges au lieu du siège statutaire. Cette présomption est corroborée en droit comparé (A.). Celle-ci souffre cependant d'une compétence concurrente qu'il convient de préciser selon une signification autonome d'un centre des intérêts principaux (B.). Un contrôle de qualification est néanmoins suggéré en doctrine dès lors que la compétence repose sur un renversement de la présomption simple posée en faveur du siège statutaire (C.).

#### A. L'apport du droit comparé

L'article 154 LDIP suisse prévoit le principe du rattachement à l'état d'organisation de la société et celui subsidiaire au lieu de son administration<sup>172</sup>. Il s'agit d'un rattachement en cascade, donnant la priorité au critère de l'incorporation « et reflète la volonté du législateur d'éviter dans toute la mesure du possible la nullité de la société »<sup>173</sup>.

---

<sup>170</sup> High Court, Chancery Division, 4 juillet 2002 ; J. Cole, « The most Important Current International Bankruptcy Cases, UK 2002-2003 », p. 18 sur [www.iiiiglobal.org](http://www.iiiiglobal.org). Les juges anglais se sont considérés comme compétents à l'égard de la filiale espagnole dans la mesure où les fonctions de direction étaient assurées depuis le Royaume-Uni, où les décisions-clés y étaient prises et où certaines réunions du conseil d'administration s'y étaient tenues.

<sup>171</sup> Le regroupement des procédures sous la houlette d'un même tribunal : les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy. dr.aff. mai 2007, p. 68, note R. Damman et G. Podeur.

<sup>172</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, principe de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse, Zurich, Schulthess, 2001, p. 189.

<sup>173</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, *ibidem*, p. 190

En effet, selon cet article, c'est uniquement dans l'hypothèse où la société ne remplit pas les conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, si elles n'existent pas, ne répondent point à l'organisation prévue par cet État que l'administration de fait est envisagée.

En d'autres termes, le présent dispositif introduit un correctif au siège statutaire mais s'entrevoit de façon exceptionnelle. Ce qui implique que sa capacité civile relève en principe de son lieu d'enregistrement et de constitution qui coïncide généralement avec le lieu désigné dans les statuts de la société. Aussi et dans la mesure où le siège social réel est réduit à une peau de chagrin, la protection des créanciers se manifeste t'il différemment qu'en droit français ?

Un consensus autour du siège statutaire comme critère de rattachement des personnes morales est observé tant au regard de la *lex societatis* que de la *lex concursus*.

Cependant, la cohérence d'application du Règlement 1346/2000 requiert l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale au lieu du centre des intérêts principaux qui guide la loi applicable<sup>174</sup> et non point exclusivement au lieu d'enregistrement d'une société. Si celle-ci est justifiée par des raisons juridiques et économiques, son effet en matière de réorganisation d'entreprise et d'apurement du passif trouve une limite notable<sup>175</sup>.

Comme le souligne Monsieur le Président J. P Rémy, « la règle de compétence qui ne prend en considération que le siège réel est d'ordre public et peut être invoquée par les représentants de la société elle-même [...] le siège apparent n'est donc pas un facteur de compétence internationale directe ou indirecte en matière de faillite »<sup>176</sup>. C'est le cas lorsque les opérations de la société se font toutes ou généralement dans un autre endroit <sup>177</sup> que les statuts de la société. On pense alors aux fonctions d'administration de l'activité transnationale.

En effet, la règle de conflit de lois est issue de la règle de conflit de juridictions à l'exception des règles dérogatoires<sup>178</sup> prévues par le Règlement.

Aussi un parallèle est instructif lorsqu'on s'interroge sur la détermination de la loi applicable aux sociétés apparentées. Celui-ci conduit à interpréter les dispositions du Code civil

---

<sup>174</sup> L'article 4 du Règlement précise que « sauf disposition contraire du présent Règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte ».

<sup>175</sup> T. com. Bruxelles, 18 septembre 2003, Summit Air LTD, Le droit européen de la faillite, D. 2004, p. 1013.

<sup>176</sup> J.-P. Rémy, La compétence juridictionnelle pour ouvrir une faillite internationale, D.P.C.I. 1994, Tome 20, p.561.

<sup>177</sup> Cass.civ., 21 juillet 1987, D. 1988, jurisp. p. 169, note J.-P. Rémy.

<sup>178</sup> Article 5 à 13 du Règlement 1346/2000.

français<sup>179</sup>. Ce dernier prévoit que « toute société dont le siège social est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française. Les tiers peuvent alors se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège social réel est situé en un autre lieu ». Monsieur le Professeur Synvet apprécie fait observer qu'il s'agit ni plus ni moins qu'une confirmation du siège statutaire comme règle de rattachement d'une société et l'application d'un correctif reposant sur la notion de siège social réel<sup>180</sup>. Une partie de la doctrine française<sup>181</sup> considère ainsi que le siège social réel illustre l'exception de fraude à des fins de protection des tiers créanciers en localisant objectivement un siège social effectif en rendant inopposable le siège statutaire. Le droit communautaire des sociétés confirme quant à lui le rattachement aux sièges statutaires des sociétés d'un groupe. La désignation d'un for au centre des intérêts principaux d'une société en difficulté limite cependant la règle de conflit de lois désignant la *lex societatis*.

La méthode consiste donc à vérifier si la loi de constitution n'est pas infirmée par des critères objectifs examinés. Le regain d'une telle démarche en matière d'insolvabilité d'un groupe de sociétés constitue un point d'ancrage utile puisqu'il crée un for favorable à l'entité économique. L'unité de direction économique est alors visée en droit communautaire supplantant l'apparence de sièges statutaires des sociétés dominées.

## B. L'interprétation autonome du centre des intérêts principaux

### 1. L'apport du point 37 de l'arrêt Eurofood

L'application du système de l'incorporation lors de la création d'un for en droit communautaire de l'insolvabilité fait débat. L'objectif de sauvegarde de l'activité économique apporte une nuance puisque l'interprétation du siège social statutaire voire réelle connaît une extension de son domaine. Il l'est au niveau spatiale (le territoire de l'Union européenne) et quant à la nature des justiciables de la procédure d'insolvabilité à laquelle on oppose le groupe de sociétés. Le champ d'application du Règlement 1346/2000 réaffirme toutefois la solution consacrée en droit interne qui consiste à ouvrir autant de procédures que de sièges sociaux (le centre des intérêts principaux est présumé au siège statutaire).

Les juges luxembourgeois corroborent le présent rattachement en cas d'insolvabilité mais nuancent une solution qui, d'application stricte, est dénuée de bon sens. D'ailleurs, si la circulaire du 15 décembre 2006 soustrait les groupes de sociétés de son application matérielle,

---

<sup>179</sup> Article 1837 du Code civil, Litec, Paris, 2010, p. 1128.

<sup>180</sup> R. Crône, Loi applicable au pouvoir des dirigeants de sociétés étrangères, TCFDIP, Paris, Années 1998-2000, p. 252.

<sup>181</sup> M. Menjuq, Droit international et européen des sociétés, *Ibidem*, p. 103.

elle se ravise ensuite en précisant qu'une compétence juridictionnelle peut être établie en direction d'une société dont le siège statutaire est localisé dans un autre État membre. Les éléments objectifs supposent la démonstration d'une réalité concurrente à celle localisée aux statuts<sup>182</sup>.

Le point 37 de l'arrêt Eurofood renseigne ainsi sur l'appréciation de la vérification de l'activité du débiteur et dégage deux critères quant à la force de présomption prévue au siège statutaire. L'un limite la réalité économique du groupe en ajoutant que « lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social, le fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par le règlement ». L'autre autorise l'examen de la stratégie de l'unité de décision économique qui consiste à expliquer le rôle d'une société dans l'organisation d'autres patrimoines et reposant sur l'établissement d'un faisceau d'indices. Celui-ci consiste à démontrer une réalité économique différente de celle visée par les statuts d'une société dominée.

Le Règlement consacre la centralisation d'une procédure à l'endroit d'un centre des intérêts principaux des établissements du groupe transnational de sociétés. Il conduit cependant à appliquer la loi de l'établissement en cas d'ouverture d'une procédure secondaire au siège d'une filiale en introduisant la hiérarchisation des procédures (voir infra).

## 2. Précisions sur le faisceau d'indices d'une réalité concurrente aux statuts

Le mode de saisine du groupe transnational de sociétés en présence de filiales est donc à explorer. La jurisprudence communautaire conjuguée à celle des juridictions nationales consiste à porter le débat sur d'une part un conflit entre l'autonomie juridique d'une filiale et l'émergence d'une unité économique. C'est ce sur quoi nous envisageons les enseignements de la jurisprudence Eurofood. D'autre part, la présente question requiert d'approfondir la méthode appliquée à la recherche d'une solution coordonnée du groupe transnational de sociétés en difficulté en considérant les effets d'une localisation objective instituée au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés. L'anarchie totale sur la question de la nationalité que l'on présente dorénavant à travers l'étude du domicile des sociétés « sacrifie la prévisibilité et la sécurité des relations juridiques ouvrant la porte de l'arbitraire »<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> M. Raimon, Le Règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, L.G.D.J, Paris, 2007, p. 80.

<sup>183</sup> CA. Paris., 17 mai 1967, JDI. 1967, p. 874, note Y. Loussouarn.

Le considérant 13 du Règlement précise alors le sens de l'article 3§1 qui se construit dès lors autour de deux axes. Un critère de localisation d'une société désignant la gestion habituelle de l'activité administrative et vérifiable par les tiers (un siège statutaire voire une localisation concurrente du groupe).

La prévisibilité et la sécurité de la compétence juridictionnelle gouvernent une solution plutôt qu'une autre et suppose la vérification de l'activité administrative et commerciale par les créanciers (l'élément subjectif).

La conséquence d'une autonomie résiduelle laissée aux filiales sur le bon déroulement de la procédure d'insolvabilité est une question sensible à laquelle la Cour de justice des Communautés européennes peut à l'avenir répondre. Un degré d'organisation légitime du groupe souligne le lieu à partir duquel l'entité économique doit être conseillée afin que cette dernière puisse réorganiser son activité.

Le débat porte alors sur les justifications d'une centralisation de la procédure. La jurisprudence des États membres révèle une orientation favorisant la prise en compte de l'unité d'entreprise en élargissant la discussion doctrinale sur l'étendue d'un centre des intérêts principaux. La construction d'une réglementation communautaire se tourne davantage vers le sauvetage du groupe transnational de sociétés favorisant la centralisation des procédures en un for principal<sup>184</sup>.

Le faisceau d'indices privilégie alors « la localisation de la direction générale, effective et opérationnelle du groupe de sociétés ; le domicile du Président directeur général de l'ensemble des entités du groupe, la centralisation de la direction générale dans la mesure où l'essentiel des décisions intéressant le groupe y est pris »<sup>185</sup>.

L'analyse privilégie par voie de conséquence « la communauté de dirigeants et d'associés et la centralisation de certains services, la participation dans le capital et l'existence d'activités liées » corroborant la notion d'unité d'entreprise appréciée en droit positif<sup>186</sup>. Les exigences d'une bonne administration de la justice et les exigences d'intérêt général structurent donc une centralisation des procédures en un for principal communautaire<sup>187</sup> (voir infra).

### C. Un contrôle de qualification d'une gestion habituelle et vérifiable du groupe

---

<sup>184</sup> T. com. Nanterre, 15 février 2006, D. 2006, p. 793, note J.L. Vallens.

<sup>185</sup> T. com. Roubaix-Tourcoing, 21 avr. 2008, n° 2008-131, Sté Illochroma-Belgique, Bull. Joly. décembre 2008 n° 12, p. 993. note F. Melin.

<sup>186</sup> CA Versailles., 16 décembre 1987, D. 1988, p. 383, obs. A. Honorat.

<sup>187</sup> T. com., Paris, 2 août 2006, Bull. Joly. 2007, p. 37, note F. Jault-Seseke.

La Cour de justice des Communautés européennes apporte des précisions sur ce qu'il convient de démontrer et rejette sèchement l'analyse qui consiste à initier systématiquement une procédure au siège de la société mère du seul fait que les choix économiques d'une filiale soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre. Nous opposons à cette interprétation stricto sensu la sauvegarde de l'activité économique et la protection des créanciers qui caractérisent selon nous les exigences d'intérêt général.

Car nous l'avons démontré, l'application aveugle de la règle de conflits de juridiction, qui rappelons le, gouverne la loi applicable pourrait conduire à des résultats contraires aux objectifs du Règlement 1346/2000.

La portée de l'arrêt Eurofood demeure incertaine. En l'espèce, une société immatriculée à Dublin offrant des facilités de financement au groupe, filiale à cent pour cent de la société mère de droit italien, a son siège social en Irlande. La Cour de justice des Communautés européennes précise alors que celle-ci ne peut être atraite devant une juridiction italienne aux motifs que la politique du groupe est contrôlée par la société mère<sup>188</sup>.

Que doit-on comprendre par ce contenu, certes solennel, mais dont l'incidence reste encore à circonscrire ?

Ceci laisse présager qu'un renversement de la présomption prévue en faveur du siège statutaire n'est possible qu'en l'absence d'activité de la filiale. La justification mise en avant par la Cour vise à la consolidation du principe de confiance mutuelle ne pouvant obéir qu'à un critère suffisamment objectif et vérifiable<sup>189</sup>.

La mention formelle des éléments caractérisant une gestion habituelle et vérifiable par les tiers à l'endroit de la localisation de la société mère confirme néanmoins le concept de « head office function »<sup>190</sup>. Certains auteurs suggèrent alors d'inclure un contrôle de qualification dès lors que la compétence repose sur le fondement du siège de la direction effective. Dans cette hypothèse, la mention formelle<sup>191</sup> des éléments établissant le concept de « head office function » introduit une flexibilité requise dans le traitement de l'insolvabilité des groupes transnationaux de sociétés.

Le risque d'insécurité juridique a néanmoins été surmonté dans l'arrêt Eurotunnel. Le siège social d'Eurotunnel PLC est localisé au Royaume-Uni, celui-ci fut renversé pour être localisé en France. Le bon sens présida à l'application étendue du Règlement à l'entreprise Eurotunnel

---

<sup>188</sup> Point 36 de l'arrêt Eurofood.

<sup>189</sup> CJCE., 2 mai 2006, Affaire Eurofood, JCP. 2006, p. 1129, note M. Menjucq.

<sup>190</sup> CJCE., 2 mai 2006, D. 2006, p. 1287, note A. Lienhard.

<sup>191</sup> M. Menjucq, L'effet international de la faillite : une réalité ?, Dalloz, 2004, p. 170.

eu égard la valeur localisatrice de la majorité des actifs et de l'essentiel des salariés conjugués à une centralisation de la direction<sup>192</sup>.

Le but assigné à une telle procédure est d'organiser une sauvegarde de l'activité économique voire d'une liquidation consolidée au niveau communautaire en envisageant les effets d'une domination caractérisée et dont les choix stratégiques et financiers interfèrent avec le remède applicable à la société fille. Nous optons in fine en faveur d'une définition fonctionnelle du centre des intérêts principaux dont le sens doit répondre à l'organisation transnationale du groupe, ce que le Règlement actuel omet de son domaine d'application matérielle.

Il ne s'agit ici pas d'ériger en règle l'ouverture systématique d'une procédure au siège statutaire de la société mère. Mais à l'unité transnationale de commandement décisionnel doit répondre une organisation procédurale adéquate (voir infra).

Est-ce la position de la Cour de justice des Communautés européennes ? Elle semble plutôt traduire la présomption simple en faveur du siège statutaire visée à l'article 3§1 du Règlement 1346/2000. L'ouverture d'une procédure principale au siège d'une société dominante (le cas d'une activité centralisée) suppose ainsi de démontrer une situation réelle différente de celle prévue par les statuts d'une société dominée. L'ouverture d'une procédure au siège social est donc la règle et se conçoit lorsque les autres sociétés du groupe sont in bonis. Le cas d'une activité transfrontalière insolvable décentralisée permet en outre d'associer une procédure principale et des procédures secondaires.

Dans ce cas, le devoir de coopération révèle l'importance du mécanisme instauré à cet effet<sup>193</sup> en cas d'insolvabilité d'un groupe de sociétés. Celui-ci met en évidence les éléments constitutifs et la portée d'un devoir de communication entre les syndics chargés des procédures<sup>194</sup> ouvertes conformément au Règlement 1346/2000 (voir partie II).

### *Sous paragraphe 2. La centralisation des procédures*

L'application d'une centralisation des procédures a l'avantage de préserver la personnalité morale des sociétés du groupe dont la circulation transnationale requiert que les sociétés s'inscrivent dans une stratégie globale élaborée à l'échelle du groupe. Les règles de compétence territoriale sont prévues à cet effet en droit comparé (A.). Le regroupement des

---

<sup>192</sup> T. com., Paris, 2 août 2006, Bull. Joly. 2007, p. 37, note F. Jault-Seseke.

<sup>193</sup> Article 31 du Règlement européen 1346/2000.

<sup>194</sup> H. Bourbouloux, le redressement de EMTEC de 2006 : succès d'une procédure européenne, Insol Europe, été 2009, p. 47 : Les modalités pratiques du traitement du passif et de l'actif favorisent l'éclosion de protocoles et ont vocation à informer les créanciers en précisant les modalités de déclaration des créances prévues à l'article 32 du Règlement 1346/2000 (voir partie II).

procédures d'insolvabilité communautaire à la faveur d'un seul tribunal est alors reconnu d'après le principe de confiance mutuelle (B.).

#### A. D'après les règles de coordination procédurale et judiciaire en droit comparé

Le guide législatif en matière d'insolvabilité auquel renvoie la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international<sup>195</sup> précise encore la notion de « demande conjointe » de membres appartenant au groupe de sociétés qui entretiennent des liens économiques étroits, par exemple en raison d'une confusion des actifs ou d'un degré déterminé de contrôle ou de participation. L'appréciation du groupe comme une entité économique<sup>196</sup> favorise ainsi le cadre d'un plan de redressement. L'accord des créanciers et le consentement des membres du groupe corroborés par l'établissement d'un centre des intérêts principaux soulignent ce pourquoi le tribunal saisi en ce lieu est compétent pour ouvrir une procédure principale à effet universel. Si la présente observation s'impose d'une part selon des considérations politiques, économiques et sociales. La mise en œuvre d'une centralisation de procédures distinctes ouvertes contre des sociétés diverses du groupe répond à des conditions particulières.

Tout d'abord, le renvoi de l'affaire devant une autre juridiction que celle du siège statutaire n'est point prévu en droit communautaire. L'ouverture d'une procédure principale suppose que celle-ci soit compétente en vertu du centre des intérêts principaux alors que plusieurs juridictions considèrent celui-ci sur son territoire<sup>197</sup>. Une fois la qualification opérée, l'ouverture d'une procédure principale sur ce fondement s'apparente davantage aux mesures d'administration judiciaire qui consistent à joindre différentes procédures pendantes devant un même Tribunal<sup>198</sup>. Le principal effet réside ainsi dans une extension d'une procédure déjà ouverte en direction d'autres personnes morales. L'objet d'une coordination procédurale est « de faciliter la coordination de l'administration de ces procédures, tout en respectant l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe ainsi que de permettre aux créanciers de recouvrer des sommes plus importantes et de favoriser la rationalisation des coûts »<sup>199</sup>. L'administration conjointe consiste alors à traiter « les différentes masses facilitées par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique. La présente coordination

---

<sup>195</sup> Groupe de travail V, Trente-cinquième session, Vienne, 17-21 novembre 2008, point 13, A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1. [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/5Insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/5Insolvency.html).

<sup>196</sup> Traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international, Vienne 11, 15 décembre 2006, p. 5.

<sup>197</sup> T. com. Nanterre, 15 février 2006, D. 2006, p. 793, note J.-L. Vallens : Le commentaire souligne le risque de conflit positif de compétence dans l'hypothèse d'une pluralité de centres de directions.

<sup>198</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), Trente-sixième session, New York, 18-22 mai 2009, p. 5.

<sup>199</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *ibidem*.

favorise l'administration des différents membres en réduisant les frais et facilite la collecte d'informations sur le groupe dans son ensemble »<sup>200</sup>

La subtilité de régime applicable à une procédure d'insolvabilité du groupe de sociétés diffère dans son fondement. Un regroupement de toutes les procédures est donc envisagé en centralisant une procédure au siège d'une société dominante<sup>201</sup> au contraire d'une procédure abolissant les frontières de la personnalité juridique. Le prononcé d'une confusion des patrimoines<sup>202</sup> ou le principe de transparence appréciée en droit suisse réunit à cet effet les actifs et les passifs de chaque société en une masse unique (voir partie II). L'unité d'entreprise ou économique justifie quant à elle l'ouverture d'une procédure principale en établissant le centre des intérêts principaux du groupe de sociétés. La résolution du conflit entre l'autonomie juridique et l'unité économique du groupe de sociétés insolvable se résout donc sans une consolidation matérielle des patrimoines. La décision de centralisation des procédures logée à l'article 3§1 du Règlement 1346/2000 s'apparente en effet davantage à une consolidation procédurale.

## B. D'après le principe de confiance mutuelle en droit communautaire de l'insolvabilité

### 1. L'article 16§1 : Un mécanisme de résolution de conflit de juridiction

#### *1.1 Les limites de la solution Eurofood*

L'étendue d'un rattachement international effectif induit par le groupe de sociétés suppose par conséquent l'éviction de critères de compétence juridictionnelle qui ne satisferaient point à l'esprit du Règlement. L'une des finalités de celui-ci est de lutter contre le forum shopping et donc « d'éviter que les parties ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique »<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), Trente-sixième session, New York, 14-18 mai 2007, p. 9.

<sup>201</sup> Selon H. Peter, la consolidation procédurale se présente de la manière suivante: «there is an administrative consolidation, where the same court (forum) is declared to have jurisdiction so as to order and monitor the liquidation of the bankruptcy of all group companies, or the same trustee is appointed for more than one of the affiliated companies. In short, procedural consolidation means that bankruptcies are administratively dealt with together, but without substantively pooling the assets and liabilities. Il faut donc comprendre qu'une consolidation procédurale conduit à la désignation d'un for où le syndic désigné va traiter l'insolvabilité du groupe de sociétés sans qu'il y ait toutefois de consolidation matérielle des patrimoines ou de mécanisme de responsabilité solidaire: The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Schulthess, 2006, p. 207.

<sup>202</sup> Pour une distinction en droit interne sur le plan des effets selon qu'il s'agit d'une « jonction de procédures » ou d'une confusion des patrimoines : Cass. com., 9 avril 1991, JCP E. 1991, p. 353, obs P. Petel.

<sup>203</sup> Considérant 4 du Règlement 1346/2000.

Le choix d'un for favorable à l'intérêt du groupe se mesure devant les conséquences d'une systématisation d'une procédure d'insolvabilité au siège d'une société dominante. L'appartenance d'une société à un groupe est dorénavant insuffisante à cet effet<sup>204</sup>.

Les sociétés sont malgré tout présentes dans plusieurs États membres et l'administration efficace et homogène d'une justice reconfigurée au-delà des frontières nationales interroge la présente démonstration.

En effet, la cohérence du régime juridique du groupe de sociétés en difficulté requiert un premier versant caractérisé par une souplesse juridique propre à générer de l'activité au sein de l'Union européenne accompagné d'un second versant assurant la protection des créanciers de ce dernier. L'arête est constituée par une qualification autonome du centre des intérêts principaux au niveau communautaire de l'entité économique. L'innovation porte alors sur le principe de la confiance mutuelle qui innerve l'ordre juridictionnel communautaire en construction<sup>205</sup>.

Ainsi, la règle de priorité<sup>206</sup> résulte du critère chronologique fixé au considérant 22 du Règlement. Celui-ci vise à résoudre un conflit positif de juridictions dans l'hypothèse où les tribunaux d'États membres s'estiment compétents sur le fondement du critère du centre des intérêts principaux. La reconnaissance mutuelle des jugements rendus au sein d'un État membre<sup>207</sup> concerne les faits sur lesquels la Cour de justice des Communautés européennes s'est prononcée dans l'arrêt Eurofood à propos d'un groupe de sociétés.

La société de droit irlandais Eurofood assure alors le financement du groupe Parmalat et est une filiale à cent pour cent de la société italienne Parmalat. Deux procédures principales d'insolvabilité sont initiées respectivement en Irlande et en Italie sur le fondement de l'article 3§1 du Règlement 1346/2000. La Haute juridiction communautaire rappelle que le siège statutaire demeure le socle de tout raisonnement en la matière et ne peut céder que pour de fortes raisons<sup>208</sup>. Surtout, la Cour dit pour droit que l'article 16 §1 du Règlement 1346/2000 doit être interprété « en ce sens que la procédure d'insolvabilité principale ouverte par la juridiction d'un État membre doit être reconnue par les juridictions des autres États membres,

---

<sup>204</sup> Point 37 de l'arrêt Eurofood : « lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social, le fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par le règlement ».

<sup>205</sup> Y. Chaput, l'harmonisation par la procédure : vers un procès européen, Pour une justice économique efficace en Europe, enjeux et perspectives d'une harmonisation, Bruylant, 2009, p. 119.

<sup>206</sup> Le vingt-deuxième considérant du Règlement 1346/2000 prévoit un principe de confiance mutuelle qui exige que les juridictions des autres États membres reconnaissent la décision d'ouverture sans pouvoir contrôler l'appréciation portée par la première juridiction sur sa compétence : point 42 de l'arrêt Eurofood.

<sup>207</sup> H. Gaudemet-Tallon, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Dalloz, 2008, p. 399.

<sup>208</sup> T. Montéran, La tentation du « forum shopping », Gaz. Pal. octobre 2007, p. 11.

sans que celles-ci puissent contrôler la compétence de la juridiction de l'État d'ouverture ». En l'espèce, les juridictions italiennes et irlandaises se considèrent compétentes mais la procédure collective irlandaise est ouverte le 27 janvier 2004 alors que celle retenue en Italie est fixée le 20 février 2004. L'application du critère chronologique est donc au bénéfice de la décision d'ouverture irlandaise.

Le principe de confiance mutuelle interdit par ailleurs au juge italien de « soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle »<sup>209</sup>. En l'occurrence, l'article 16 du Règlement communautaire 1346/2000 prévoit que « toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture ». Par conséquent, le Règlement diminue fortement les obstacles à la reconnaissance de plein droit des décisions prises dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. L'atteinte aux libertés fondamentales et aux droits garantis par la constitution est alors expressément mentionnée<sup>210</sup>. L'objectif dudit Règlement consiste expressément à faciliter l'exécution des décisions d'insolvabilité intracommunautaires.

Si l'on peut se réjouir d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité<sup>211</sup>. L'interrogation est permise quant à l'ordonnement d'une réglementation communautaire en présence d'un groupe de sociétés insolvable.

Et en l'absence de définition d'un centre des intérêts principaux d'une unité économique, la portée de l'arrêt Eurofood éclaire les limites d'une absence de raisonnement quant aux liens de dépendance appréciés entre des sociétés dominantes et dominées. Car en l'espèce, la société irlandaise ; immatriculée à Dublin, est filiale à cent pour cent de Parmalat Spa, société de droit italien. Son appartenance au groupe Parmalat n'emporte toutefois point la conviction des juges communautaires alors même qu'il s'agit précisément d'une société offrant des facilités de financement au groupe dans son ensemble. Le traitement de l'insolvabilité communautaire du groupe de sociétés est en fait occulté et repose sur la règle prior tempore<sup>212</sup>. Le dispositif de droit italien relatif aux mesures urgentes en vue de réorganiser le groupe de

---

<sup>209</sup> Point 49 de l'arrêt Eurofood.

<sup>210</sup> Article 26 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000, JOCE n° L 160 du 30 juin 2000.

<sup>211</sup> F. Melin, Le règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 322; les points 39 et 40 de l'arrêt Eurofood, aff C-341/04, Rec. 3813.

<sup>212</sup> L'article 16§1 du Règlement prévoit que toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture.

sociétés s’efface donc devant l’ouverture d’une procédure de liquidation forcée de droit irlandais. La sauvegarde de l’activité économique est donc dans cette espèce limitée contrairement au jugement Eurotunnel (voir infra).

### *1.2 La transposition des règles positives de litispendance*

L’hypothèse d’un renvoi devant un Tribunal d’un autre État de l’Union européenne n’est point prévue par le droit communautaire. Une solution pourrait consister en la projection de l’article L. 662-2 du Code de commerce<sup>213</sup> dans l’ordre juridique communautaire qui conduit à appliquer le principe selon lequel « une juridiction peut se déclarer incompétente lorsqu’un for apparaît mieux adapté »<sup>214</sup>.

Selon cet article, « lorsque les intérêts en présence le justifient, la Cour d'appel peut décider de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, compétente dans le ressort de la Cour, pour connaître des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, dans des conditions fixées par décret. La Cour de cassation, saisie dans les mêmes conditions, peut renvoyer l'affaire devant une juridiction du ressort d'une autre Cour d'appel ».

Le droit français envisage « une dérogation facultative apportée au droit commun de la compétence territoriale en permettant de confier une procédure collective au tribunal apparemment le plus apte à en connaître, pour une meilleure administration de la justice »<sup>215</sup>.

L’appréciation du tribunal « apparemment le plus apte » peut ainsi s’imposer au siège de la société dont la démonstration rigoureuse vérifie que toutes les opérations intéressant les diverses sociétés apparentées sont réalisées à cet endroit<sup>216</sup>.

## 2. Un mécanisme de sauvegarde de l’activité économique du groupe de sociétés

### *2.1 Les exigences d’une bonne administration de la justice*

La préparation d’un plan de sauvetage du groupe en un for principal est l’effet universel sur l’ensemble des actifs du groupe<sup>217</sup>. L’étendue d’une résolution de conflit de juridictions à des fins de sauvegarde de l’activité transnationale se mesure en jurisprudence.

---

<sup>213</sup> Le décret d’application du livre VI du Code de commerce, Juriscl. sociétés. mai 2006, p. 11, Obs. J.P. Legros.

<sup>214</sup> J.-P. Dom, Le contexte international du nouveau droit des procédures collectives, Rev. Proc. Coll. Juin 2006, p. 127.

<sup>215</sup> A. Martin-Serf, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, Règles générales de compétence, Juriscl. Commercial, Fasc. 2200, 2007, p. 15.

<sup>216</sup> CA Douai, 3 juill. 1986 : D. 1987, somm. p. 5, obs. F. Derrida.

<sup>217</sup> Point 43 de l’arrêt CJUE, 21 janvier 2010, *ibidem*.

La demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde d'Eurotunnel fait état que toutes les entités ne constituent qu'une seule et même entreprise Eurotunnel en un centre des intérêts principaux. Ses dirigeants ajoutent qu'il n'y a pas entre ces différentes entités de flux financiers particuliers qui devraient être portés à la connaissance du Tribunal. Cela permet d'une part d'éviter la problématique de la négation de la personnalité morale<sup>218</sup>. Et en l'absence de dispositions concernant les groupes de sociétés au sein du Règlement 1346/2000, il invoque d'autre part une bonne administration de la justice<sup>219</sup> consistant à trouver une solution unique à la même difficulté financière qui menace les dix-sept entités requérantes toutes garantes solidaires d'une dette qui excède leur capacité de remboursement (voir infra).

La Cour d'appel de Versailles confirme dans le même « esprit » le jugement rendu le 1<sup>er</sup> février 2006 par le Tribunal de commerce de Nanterre et confirme la philosophie des législations récentes fixant comme objectif la poursuite de l'activité. La discussion porte en effet sur les règles de compétence territoriale applicables suite à l'appel interjeté par le Ministère Public en vue d'infirmer le premier jugement. Ce dernier soutient que la compétence du juge repose sur la méconnaissance de l'article 1<sup>er</sup> du Décret du 28 décembre 2005. Celui-ci prévoit que le Tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues au livre VI du Code de commerce est celui dans le ressort duquel la personne morale a son siège social. En l'espèce, le Tribunal de commerce<sup>220</sup> de Nanterre observe que « les fonctions de gestion de la SA Augros Packaging Metal étaient exercées dans les locaux de la société mère SA Augros Cosmetics Packaging » et se reconnaît donc compétent pour ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de la filiale au centre des intérêts principaux où est localisé la société Holding. Indépendamment de la discussion sur la présence d'éléments d'extranéité requis dans la résolution du conflit de juridiction en matière d'insolvabilité communautaire, nous soulignons la tendance à l'affirmation d'un principe de bonne administration de la justice. L'arrêt traduit en définitive l'exigence qui se dégage de l'interprétation communautaire du centre des intérêts principaux. La volonté de « saisir le groupe dans son unité économique afin de permettre, sous l'autorité d'un juge unique, la centralisation et la coordination des procédures ouvertes à l'égard des entités le composant » s'impose non au lieu respectif des sièges statutaires de chacune des sociétés mais à l'endroit d'une société dominante.

---

<sup>218</sup> H. Peter, *Insolvency in a group of companies, consolidation, how and when: the challenges of insolvency law reform in the 21st century*, Schulthess, 2006, p. 205.

<sup>219</sup> T. com. Paris, 2 août 2006, D. 2006, p. 2329, note R. Dammann et G. Podeur.

<sup>220</sup> T. com. Beaune 2<sup>e</sup> ch., 16 juill. 2008, n° 001586, J. R. c/ SAS Marie Brizard et Roger international, Bull. Joly. 2009 n° 1, p. 53, note M.-L. Coquelet.

## 2.2 La portée en droit interne ?

La portée du présent arrêt tend in fine à apprécier ledit concept non seulement au sein de la Communauté européenne mais également lorsque l'activité fractionnée se situe au sein du territoire national. En effet, la configuration de l'activité transfrontalière et interne suscite quelque émoi quant à la projection du droit communautaire ou du moins l'étendue que lui confèrent les juridictions amenées à se prononcer sur ce point dans un problème qui relève « strictement » du droit interne. Car il est reproché non pas tant d'avoir déterminé la compétence internationale des juges français du Tribunal de Beaune en direction des sociétés filles polonaises, ce d'ailleurs pourquoi les effets extraterritoriaux se justifient sur le plan communautaire. Mais plutôt de son caractère inadéquat dans les rapports internes qu'entretiennent la société SA Belvédère et la SAS Marie Brizard et Roger International sur le territoire français. L'ouverture d'une procédure au siège social de la filiale française semble s'expliquer par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité selon le critère du siège statutaire. Celle-ci présente malgré tout l'inconvénient de suivre une procédure d'insolvabilité distincte de celles affectant ses sœurs polonaises situées en un point de coordination à l'endroit de la société mère.

On ne peut que saluer la démarche de la société demanderesse qui satisfait aux exigences d'une « philosophie qui sous-tend tant sur le plan communautaire que national à la poursuite de l'activité des entreprises en difficulté »<sup>221</sup>. Les impératifs d'une bonne administration de la justice ne s'apprécient-t-il point, et cela comme le fait observer Madame le Professeur M.-L. Coquelet, dans les effets insoupçonnés du Règlement 1346/2000 en droit interne. Le jugement rendu par le Tribunal de Beaune a ainsi le mérite de structurer une réglementation transfrontalière en ce qu'il instaure des modalités de continuité de l'entreprise dont les actifs et les sociétés sont localisés dans plusieurs États membres (voir infra : la procédure de sauvegarde). Même s'il est vrai que l'applicabilité du droit communautaire est discutable dans une affaire concernant deux sociétés n'exerçant leur activité que sur le territoire français. Celles-ci ne possédant des biens que sur le territoire français<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> T. com. Beaune 2<sup>e</sup> ch., 16 juill. 2008, *ibidem*.

<sup>222</sup> Le Règlement se fixe en effet comme objectif la coordination des mesures affectant le patrimoine d'un débiteur insolvable dont le centre des intérêts principaux est situé au sein de l'Union européenne et disposant des biens dans plusieurs États : Circulaire de la DACS n° 2006-19 du 15 décembre 2006 relative au règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : JCP E. 2007. 1498.

## Section II. La résistance du centre des intérêts principaux face au centre autonome de décision

Le reflet d'un intérêt commun lorsque le groupe de sociétés est in bonis (§1) n'emporte pas la conviction des juges communautaires qui limite au contraire le centre autonome de décision en droit de l'insolvabilité (§2.).

### §1. L'intérêt commun au sein d'un groupe de sociétés

Selon le Doyen Carbonnier, la « familiarisation du contrat » signifie que son exécution est prévue dans l'intérêt commun des sociétés qui composent le groupe<sup>223</sup>. Et l'intérêt social des sociétés groupées justifie le lien qui existe entre « la personnalité morale de ces dernières et les biens et droits affectés d'autre part »<sup>224</sup>.

La structuration de l'intérêt commun au groupe transnational de sociétés est un instrument de gestion (A.) à travers une holding qui détient un pouvoir autonome de décision (B.). La politique du groupe suppose ensuite d'être mesurée parmi les objectifs du législateur communautaire en matière d'insolvabilité transfrontalière (C.).

#### *A. Un instrument de gestion du groupe*

Selon Monsieur le Professeur J.-L. Pierre « le siège de direction effective correspond au lieu où sont prises les décisions clés sur le plan de la gestion et sur le plan commercial, à savoir celles nécessaires pour la conduite des activités de la société »<sup>225</sup>.

La structuration de l'intérêt du groupe influe in fine sur les décisions stratégiques lorsqu'on envisage la planification stratégique internationale du groupe de sociétés.

L'établissement d'une structure regroupant les services financiers, administratifs, juridiques et comptables rendus par une société sont autant d'éléments laissant présumer une administration effective du groupe transnational de sociétés.

D'une part, la concentration de certains services constitue un moyen utile à l'optimisation organisationnelle et fiscale. Ainsi, la description des différents services correspondant à des fonctions de direction, de coordination et ou de contrôle permettent de caractériser une participation active qui concourt à la recherche en amont des solutions d'une insolvabilité

---

<sup>223</sup> C. d'Hoir-Lauprêtre, L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés, D.1993, Chron. 250.

<sup>224</sup> N. Fadel Raad, L'abus de la personnalité morale en droit privé, L.G.D.J, Paris, 1991, p. 136.

<sup>225</sup> J.-L. Pierre, « siège social, siège réel et siège de direction en fiscalité française internationale », Dr. Soc. 2003 n° 11, p. 3.

transfrontalière. En cas d'échec de redressement, il contribue en outre à déceler les opérations fautives lorsqu'une procédure d'insolvabilité intracommunautaire est envisagée.

La notion d'animation effective contribue donc à étayer la thèse de l'unité économique et la qualification juridique d'un centre des intérêts principaux.

Le raisonnement tenu par les Hauts magistrats français vise la notion « d'animation effective » lorsqu'il revient à vérifier la réalité d'une coordination du groupe. L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 septembre 2005<sup>226</sup> en est une illustration. Au-delà des motivations fiscales, certes intéressantes, la démonstration entreprise par la Haute juridiction commerciale oriente le présent débat autour de la qualification juridique du centre des intérêts principaux. En l'espèce, la recherche d'indices corroborant une animation effective constitue un moyen permettant au détenteur d'actions au sein de la holding que ses droits sociaux n'entrent pas dans l'assiette de l'impôt sur les grandes fortunes. Concernant la présente analyse, il semble pertinent d'adosser l'appréciation du centre des intérêts principaux à l'effectivité d'une participation active de la holding à la conduite du groupe. Car si l'établissement des comptes consolidés est exigé en présence d'une direction unique sur plusieurs entités juridiques<sup>227</sup>, l'étendue de celle-ci demeure incertaine.

C'est pourquoi, l'explication du rôle déterminant d'une société dominante se mesure suivant un faisceau d'indices contenant les conventions conclues entre la société mère et ses filiales. L'arrêt est alors rendu au visa de l'article 1134<sup>228</sup> du Code civil français et oblige les dirigeants de filiales visés par l'accord à se conformer aux prescriptions convenues. En réaffirmant la loi des parties, la politique générale du groupe se réalise pleinement eu égard la nature des prestations de services envisagées. En l'espèce, les conventions précitées prévoyaient expressément que « les organes dirigeants des sociétés filiales devront respecter la politique générale définie seule et exclusivement par la Holding ».

En l'occurrence, la force obligatoire de « prestations de services correspondant à des fonctions de direction, de gestion et de coordination ou de contrôle » sont des moyens sur laquelle une prétention peut reposer notamment lorsqu'il convient d'apprécier une immixtion d'un dirigeant de fait suite à l'insolvabilité de certaines de ses filiales. Car à défaut d'être qualifiées de relations financières anormales<sup>229</sup>, une communauté d'intérêts trop prononcée

---

<sup>226</sup> Cass. com., 27 septembre 2005, Rev. Soc. 2005, p. 877, note J.-P. Dom.

<sup>227</sup> Septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité, concernant les comptes consolidés, Article 1er, section 1 : les conditions d'établissement des comptes consolidés, Journal officiel n° L 193 du 18/07/1983.

<sup>228</sup> Cet article précise que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

<sup>229</sup> CA Douai., 2 octobre 2003, Affaire Métaleurop, *ibidem*.

laisse entrevoir la mise en jeu de la responsabilité d'une société holding, dirigeante de fait de ses filiales (voir partie II).

### *B. La holding et le pouvoir autonome de décision*

La Cour de justice des Communautés européennes aime par ailleurs à rappeler que « la mise à disposition par la société mère de capitaux auprès de filiales peut être caractéristique d'une immixtion lorsqu'elle est intéressée, habituelle et qu'elle ne se limite pas à gérer des investissements à l'instar d'un investisseur privé »<sup>230</sup>. Cet arrêt est édifiant à notre propos et fournit sa part de raisonnement puisque d'une question de droit à déduction en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA), nous avançons prudemment, sur ce qu'il importe d'inclure dans notre effort de qualification de la notion « d'entité économique » doué d'une unité de fait, alors susceptible de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité communautaire en un centre des intérêts principaux. L'autonomie juridique d'une société filiale semble parfois nuancée par ce qui sert de calcul au périmètre de l'activité transnationale, dépassant une surface financière caractérisée par une transmutation organisationnelle. Quelques remarques brèves et explicatives visent ce pourquoi la présente démonstration s'avère pertinente. Tout d'abord, seule une holding qui rend des services à ses filiales est assujettie à la TVA. Mais là où l'apport prend toute sa dimension réside dans l'étendue de la fourniture de ceux-ci. En effet, l'organisation administrative, comptable, informatique et financière des filiales réalisée à l'échelle du groupe traduit une gestion des patrimoines, certes morcelée, mais caractérisant un prolongement d'une stratégie, permanente et nécessaire à la croissance du groupe.

En définitive, la permanence et la nécessité d'une direction générale du groupe interroge sur le contenu d'une immixtion dans la gestion des filiales et les incidences d'un contrôle effectif dans la conduite des affaires de celles-ci. Surtout, elle met en exergue les indices concordants d'une fonction économique essentielle au profit de toutes les sociétés qui lui sont liées.

Si la simple appartenance à un groupe de sociétés est insuffisamment consistante au regard d'une interprétation extensive du centre des intérêts principaux. L'élaboration d'une règle fonctionnelle en matière d'insolvabilité intracommunautaire serait de mesurer la fonction économique à travers celle « d'organe de direction et de décision au service des sociétés d'exploitation, opérant à l'intérieur du groupe ». D'autant plus que les administrateurs importants du groupe siègeraient au sein de cette structure.

En conséquence, le jaillissement d'une procédure d'insolvabilité ajustée aux activités de management, de financement et de conseil serait in fine profitable à l'ensemble de l'activité et

---

<sup>230</sup> CJCE., Affaire Floridienne et Berginvest, 14 novembre 2000, aff. C-142/99, Rec. 9567.

donc des intérêts qui l'y entourent. En d'autres termes, le réfléchissement d'un centre d'administration et de gestion pourrait, somme toute, créer les conditions d'une solution de compromis entre la sanction d'une violation de l'autonomie juridique d'une filiale et celle qui consisterait à s'exonérer d'une unité de décision économique.

### *C. Les objectifs du législateur communautaire en matière d'insolvabilité*

À la notion d'intérêt social entouré de divergences doctrinales<sup>231</sup>, l'appréciation des relations intragroupes est teintée d'une influence et d'une domination souvent guidées par un intérêt commun.

Or, cette notion peut être appréhendée au même titre qu'une résolution de conflits de lois, notamment celle développée par les juristes américains en ce que celle-ci se préoccupe du caractère fonctionnel de la règle de conflits. Selon la doctrine américaine, « le juge doit tenir compte à la fois des liens plus ou moins étroits des diverses législations en présence avec la situation litigieuse, et du contenu de ces lois »<sup>232</sup>. La méthode dite de la balance des intérêts<sup>233</sup> conduit à régler le conflit entre d'une part le principe d'autonomie juridique des filiales et d'autre part les effets d'une réalité économique du groupe.

La présente thèse souligne l'analyse selon laquelle la liberté financière et stratégique à l'intérieur du groupe contribue à l'efficacité économique. Le principe de sécurité juridique suppose de se pencher sur les effets du principe de confiance mutuelle au niveau communautaire quant au renversement de la présomption en faveur du siège statutaire lorsqu'on localise le centre des intérêts principaux du groupe de sociétés. Parmi les objectifs du législateur communautaire en matière d'insolvabilité du groupe transnational de sociétés, la maximisation de la valeur des actifs net du groupe et la sauvegarde de l'activité économique (voir infra). Le renforcement des règles de protection du crédit international (un rattachement spécial est alors prévu pour les sûretés)<sup>234</sup> et de coopération entre une procédure principale et secondaire compte parmi les desseins utiles à l'appréciation de la situation des filiales, des créanciers ainsi que des salariés<sup>235</sup> (voir partie II). La consécration d'une vis

---

<sup>231</sup> Pour une conception large de l'intérêt social : J. Paillusseau, *Modernisation du droit des sociétés*, D. 1996, *Chronique* p. 289. En un sens plus restrictif, une conception défendue par le gouvernement d'entreprise anglo saxon : les organes de direction dirigent dans le seul intérêt des actionnaires : S. Hadji Artignan, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, Paris, 2001, p. 133.

<sup>232</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, Droit privé*, Montchrétien, 2007, p. 102.

<sup>233</sup> Q. Urban, la « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés, *RTD. com.* 2000, p. 20.

<sup>234</sup> Considérant 25 du Règlement 1346/2000.

<sup>235</sup> Article 10 du Règlement 1346/2000.

attractiva concursus renforce la protection de la masse en faillite<sup>236</sup>. Ce mécanisme structure in fine le contrôle de transfert d'avoirs accompli au détriment de sociétés apparentées insolubles.

## §2. Un centre autonome de décision limité en droit communautaire de l'insolvabilité

La réaffirmation d'un siège statutaire comme critère d'ouverture de la procédure principale (A.) pose la question du rattachement juridique prévisible et vérifiable par les créanciers du groupe de sociétés (B.).

### *A. La réaffirmation d'un siège statutaire*

L'apport de la solution Eurofood (1.) interroge sur un mode d'infléchissement jurisprudentiel des règles prévues pour les sociétés autonomes (2.).

#### 1. L'apport de la solution Eurofood

La constitution de sociétés filiales semble en l'occurrence être un instrument juridique efficient au développement du commerce international puisqu'il est le miroir de la stratégie des groupes de sociétés dans les relations économiques internationales. Un même toit regroupe « l'ensemble des services que l'on peut rendre aux entreprises agissant hors de leurs frontières »<sup>237</sup>. Si les banques consortiales furent les premières à suivre l'évolution du commerce international, la planification financière est dorénavant opérée à partir de la société mère de type holding ou filiale du groupe qui au lieu de distribuer et d'emprunter le canal d'intermédiaires financiers développe les opérations de trésorerie intragroupes.

Le régime de ces opérations est notamment précisé à l'article L.511-17, 3° du Code monétaire et financier français et autorise dès lors les opérations de trésorerie entre les membres d'un groupe de sociétés. L'existence d'une filiale financière<sup>238</sup> contribue donc au déploiement transnational du groupe de sociétés. On peut cependant d'ores et déjà apprécier la casuistique sinon l'application d'un régime communautaire de l'insolvabilité non convergent dans la détermination du centre des intérêts principaux. En l'occurrence, l'arrêt Eurofood vise deux procédures d'insolvabilité initiées en Irlande et en Italie et la question est de savoir si l'on doit faire prévaloir le siège statutaire « d'une filiale à cent pour cent de Parmalat, société de droit

---

<sup>236</sup> L'affaire Deko est sur ce point pertinente. Il s'agit d'une demande de restitution requise par l'administrateur judiciaire au sujet d'une somme de 50 000 euros versée par la société Frick alors insolvable à Deko localisé au sein d'un autre État membre : CJCE., Deko, 12 février 2009, aff. C-339/07, JO C 82, 2009, p.4.

<sup>237</sup> R. Gendarme, Des sorcières dans l'économie : les multinationales, Cujas, Paris, 1981, p. 319.

<sup>238</sup> L'exemple d'Eurofood est topique : il s'agit d'une filiale financière qui offre une domiciliation aux services financiers du groupe Parmalat.

italien qui fonctionnait à travers des sociétés filiales dans plus de 30 pays à travers le monde ; l'objectif principal d'Eurofood était de fournir des possibilités de financement aux sociétés du groupe Parmalat »<sup>239</sup>. La Cour de justice des Communautés européennes considère néanmoins « que la procédure ouverte en Irlande dès le 27 janvier 2004 constituait la procédure d'insolvabilité principale au sens du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité ». Selon la Cour suprême, le respect de l'identité sociale au siège statutaire d'une filiale et la vérification d'une gestion habituelle en ce lieu et vérifiable par les tiers l'emportent sur le contrôle supposé d'une société mère et le pouvoir effectif exercé sur la filiale à travers la nomination de ses administrateurs. Nous adhérons que partiellement à la thèse défendue par l'Avocat général. Si l'attente légitime de certains créanciers quant à la possibilité de vérification aux fonctions exercées au siège statutaire d'une filiale suppose d'être mise en évidence. La réaffirmation du principe de l'atomisme ne doit point s'exonérer du rôle de la confiance que l'activité du groupe a pu générer à l'égard des créanciers principaux. L'appréciation d'une gestion centralisée au siège statutaire italien Parmalat n'a pas convaincu, mais l'absence d'arbitrage entre le degré d'organisation du groupe de sociétés et le droit résultant d'une procédure d'insolvabilité semble en être la cause. La pertinence de ce choix se mesure ensuite selon que les solutions adoptées favorisent in fine seulement certains créanciers ou une communauté de créanciers voire le sauvetage du groupe. La maîtrise d'un plan de réorganisation voire de liquidation conformément au Règlement 1346/2000 introduit en effet un premier axe de réflexion qui consiste à saisir l'unité économique du groupe de sociétés. Et nous pensons que l'espace judiciaire européen conduit à envisager l'unité du groupe à partir d'un centre stratégique qui consiste à irriguer les différents courants de l'activité transnationale.

Les conclusions de l'Avocat Général Jacobs<sup>240</sup> rendues dans l'affaire Eurofood structurent le règlement de conflit de juridiction et de lois selon que l'entité est distincte juridiquement ou non. Ce dernier souligne alors que « le Règlement s'applique à chaque société et non aux groupes de sociétés en ne régissant pas le rapport d'une société mère et ses filiales ». Une approche restrictive du groupe transnational de sociétés relève que la simple appartenance au groupe réfute toute systématisation au siège statutaire de la société mère et donc en un centre autonome de décision (voir supra). Les critères de gestion habituelle de l'activité

---

<sup>239</sup> Considérant 25 de l'arrêt Eurofood.

<sup>240</sup> Conclusions de l'avocat général Jacobs rendues au sein de l'arrêt CJCE du 2 mai 2006, Eurofood IFSC Ltd, aff. C-341/04, Rec. 3813.

transnationale et son caractère vérifiable entrent néanmoins un renversement de la présomption posée en faveur du siège statutaire<sup>241</sup> (voir infra).

## 2. L'infléchissement jurisprudentiel

Le droit des structures du capitalisme contemporain s'élabore<sup>242</sup> à travers l'émergence du groupe transnational de sociétés. L'un des traits marquants est l'apparition d'une technique de concentration, expliquant l'émergence d'un nouveau corps économique regroupant de multiples sociétés indépendantes juridiquement. En effet, le droit des sociétés gravite autour de la société, titulaire de droits et d'obligations. Cette dernière jouit en effet de la personnalité juridique distincte des personnes qui la composent laquelle peut voir sa responsabilité engagée<sup>243</sup>. Ce qui amène les juristes à repenser le droit en évoquant l'entreprise comme un sujet de droit naissant en un centre autonome de décision<sup>244</sup>.

Notre réflexion vise ainsi à examiner les moyens juridiques permettant de saisir l'unité décisionnelle malgré la personnalité morale et la nationalité différente des membres composant le groupe de sociétés. Cela intéresse bien évidemment les acteurs externes (créanciers) du groupe de sociétés qui souhaitent une plus grande sécurisation des relations juridiques engagées avec lesdites sociétés quelque soit leur localisation au sein de l'Union européenne.

Cette démonstration suppose de nommer ce qui s'analyse comme étant « l'intérêt supérieur du groupe ». Subséquemment, sa reconnaissance ou non gouverne in fine les relations financières en son sein et le sauvetage des membres du groupe de sociétés<sup>245</sup>. En conséquence, la stratégie industrielle, commerciale et financière des groupes transnationaux de sociétés exprime un intérêt qui envisage l'entreprise en tant qu'ensemble. L'établissement et la gestion d'une filiale sont par exemple décidés, organisés et gérés tant en fonction des risques auquel l'ensemble du groupe doit faire face qu'au niveau des résultats globaux. L'établissement des comptes consolidés vise précisément à donner une image fidèle du patrimoine de la situation financière ainsi que le résultat de l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation<sup>246</sup>.

---

<sup>241</sup> CJCE., Eurofood IFSC Ltd, 2 mai 2006, JCP. 2006, p. 1127, note M. Menjucq.

<sup>242</sup> C. Champaud, Le pouvoir de concentration de la société par actions, bibliothèque de droit commercial, tome 5, Sirey, Paris, 1962, p. 2

<sup>243</sup> Définition disponible sur le site : [uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/5Insolvency.html](http://uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/5Insolvency.html).

<sup>244</sup> T. Lamarche, La notion d'entreprise, RTD com. 2006, p. 716.

<sup>245</sup> H. Peter, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Thèse Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing und Lichtenhahn, 1990, p. 133.

<sup>246</sup> Considérant 5 de la Directive 83/349/CEE du Conseil de la Communauté européenne du 13 juin 1983 concernant les comptes consolidés, Journal officiel n° L 193 du 18/07/1983.

Une analyse semble d'ores et déjà instructive lorsqu'il convient de déterminer le régime de l'extension de faillite au sein d'un groupe de sociétés. En effet, les opérations de trésorerie intragroupe entre des sociétés affiliées peuvent être justifiées dans l'intérêt du groupe afin précisément d'infléchir des règles prévues pour des sociétés autonomes<sup>247</sup>. En l'occurrence, l'abus de biens sociaux<sup>248</sup> n'est pas retenu lorsqu'un acte est conforme à l'intérêt du groupe. L'interdépendance financière<sup>249</sup> entre membres d'un même groupe de sociétés ne suffit plus à caractériser la confusion des patrimoines (voir partie II).

Le renversement du critère de l'incorporation comme élément de détermination de la compétence juridictionnelle communautaire conduit à assouplir le principe d'autonomie juridique en appréciant le sauvetage du groupe transnational de sociétés en centralisant les procédures en un for principal<sup>250</sup>. La loi sur l'insolvabilité communautaire « respecte ainsi le statut juridique distinct de chaque membre d'un groupe de sociétés et une demande distincte d'ouverture de procédure d'insolvabilité doit être formée pour chaque entité insolvable »<sup>251</sup> en un for de centralisation des procédures.

## *B. La constitution de sociétés et la protection des tiers*

### 1. La portée de la liberté d'établissement

En Europe, le marché unique représente un périmètre géographique propice à la mobilité internationale des sociétés. En effet, la suppression progressive des obstacles aux échanges économiques au sein de la Communauté européenne a permis le regroupement d'entreprises européennes et ainsi faire face à la concurrence internationale. Cela se manifeste notamment à travers les libertés de circulation prévues lors de l'élaboration du marché commun. Outre la libre circulation des travailleurs, des services et des capitaux, le droit d'établissement prévoit la suppression totale des restrictions à la liberté d'établissement des succursales, d'agences ou de filiales de ressortissants des autres États membres.

La globalisation de la stratégie des firmes opérant en Europe requiert donc des moyens juridiques utiles à la consolidation du marché unique.

---

<sup>247</sup> C. Hannoun, *ibidem.*, p. 85.

<sup>248</sup> Cass.crim., 4 févr. 1985, Bull. crim. n°54, Rev. Soc. 1985, p. 648, note B. Bouloc.

<sup>249</sup> Cass. Com., 8 janvier 2002, Me Moyrand ès qual. c/Société Saint-Gill et autres (F-D), pourvoi n° 98-23177, Juris-Data n°2002-01 2641.

<sup>250</sup> T. com. Nanterre, 15 février 2006, D. 2006, p. 793, note J.-L. Vallens.

<sup>251</sup> Traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international, Vienne, 15 décembre 2006, p. 5.

L'ancien article 48 du traité CE<sup>252</sup> prévoit ainsi la liberté d'établissement aux sociétés dès lors qu'elles sont « constituées en conformité de la législation d'un État membre et ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la communauté ». La jurisprudence communautaire favorise ainsi un rattachement juridique souple de la société puisque les dispositions statutaires sont suffisantes à des fins de liberté d'établissement<sup>253</sup>. La Haute juridiction communautaire favorise alors la constitution de sociétés permettant aux sociétés de droit national de s'immatriculer dans l'État membre le moins contraignant tout en conservant le centre effectif de direction dans un autre État ou l'activité est réellement exercée. En l'occurrence, la dissociation entre le siège statutaire et le domicile économique (siège effectif) incite les entreprises européennes à circuler à l'intérieur de l'Union en déplaçant le lieu principal de ses activités tout en conservant le siège statutaire dans un État membre. La problématique se pose en des termes identiques lorsque nous abordons l'épineuse question du choix de la loi en matière d'insolvabilité intracommunautaire. Le visage qu'offre l'internationalisation croissante des entreprises au sein du marché unique doit nécessairement être pris en compte afin de maîtriser au mieux les traits de l'activité en difficulté. Doit-on alors privilégier le principe fondamental de la liberté d'établissement en faisant prévaloir le siège social statutaire à des fins d'établissement du for de l'insolvabilité? Et si oui, comment peut-on concilier le système de l'incorporation et celui du siège social réel à dessein d'objectifs de redressement d'une société transnationale. Les effets de la liberté d'établissement requièrent des indices en ce sens à des fins de définition d'un centre des intérêts principaux vérifiable par les tiers (voir infra).

Nous pensons qu'un règlement de discordance de la jurisprudence communautaire entre l'affirmation d'un siège statutaire plutôt que le siège social réel interroge sur l'adoption de voies médianes novatrices au centre des intérêts principaux. L'application d'une localisation du débiteur s'explique en outre davantage par une volonté d'appréhender les fonctions de direction en transposant la théorie du siège social réel au groupe de sociétés composé de succursales<sup>254</sup>. Le renversement de la présomption prévue en faveur du siège statutaire d'une filiale favorise aussi l'apparition d'un centre des intérêts principaux du groupe de sociétés (voir infra).

---

<sup>252</sup> L'article 48 correspond désormais à l'article 54 du traité sur l'Union européenne : voir tableau de correspondance, K. Wendt, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Helbing und Lichtenhahn, 2010, p. 215.

<sup>253</sup> CJCE, *Centros*, 9 mars 1999, aff. C-212/97, Rec. 1459; D. 1999, p. 550, note M. Menjucq ; CJCE., *Uberseering* 5 mars 2002, aff. C-208/00, Rec. 9919; Rev. Soc. 2003, p. 315, note J.-P. Dom; CJCE., *Inspire art*, 30 sept 2003, aff. C-167/01, Rec. I-7747, D. 2004, p. 491, note E. Pataut.

<sup>254</sup> T. com Bruxelles, 18 septembre 2003, *Summit Air LTD*, le droit européen de la faillite, D. 2004, p. 1013.

## 2. Le traitement centralisé des sociétés en difficulté

En l'occurrence, la *lex societatis* prévoit les conditions de formation de la société, les rapports entre associés et actionnaires, la responsabilité des organes de direction mais qu'advient-il lorsque la société rencontre des difficultés financières ? Le règlement communautaire 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité limite-t-il alors la *lex societatis*. A s'en tenir à l'article 3§1, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité où se situe le centre des intérêts principaux de l'entreprise est présumé être au lieu du siège statutaire jusqu'à preuve du contraire. La jurisprudence européenne s'est alors prononcée relativement au centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés (voir infra). Parmi les décisions rendues, l'arrêt *Daisytek* illustre une conception libérale dudit critère conduisant à traiter l'insolvabilité du groupe au siège de la société mère<sup>255</sup>. Malgré cette conception extensive du centre des intérêts principaux, la CJCE a mesuré cette interprétation<sup>256</sup>. La Cour précise alors que « pour la détermination du centre des intérêts principaux d'une société débitrice, le législateur communautaire a prévu une présomption simple au bénéfice du siège statutaire de cette société et ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle de la localisation audit siège statutaire est censé refléter »<sup>257</sup>..

La nécessité de définir le centre des intérêts principaux participe alors à la prévisibilité juridique compte tenu du risque de généralisation de la *lex concursus* à l'État du siège statutaire.

Or, l'hypothèse d'un centre autonome de décision qui est situé dans un autre État membre que celui visé par le siège statutaire d'une des filiales du groupe est discutée. Les avantages de l'universalité de la procédure sont alors soulignés en ce lieu puisque ses effets incluent l'ensemble des actifs transfrontaliers. La perception des tiers suppose en outre que ceux-ci puissent vérifier le centre des intérêts principaux là où se situe la gestion habituelle de l'activité transnationale (voir titre II).

### Conclusion chapitre I :

Les notions de sociétés dominantes et dominées introduisent le règlement de conflit de juridiction communautaire en matière d'insolvabilité. L'analyse de critères juridiques en droit

---

<sup>255</sup> CA Versailles., 4 sept. 2003, D. 2003, p. 2352, note J.-L. Vallens ; Procédures nov. 2003, n°239, obs. C. Nourissat.

<sup>256</sup> CJCE., 2 mai 2006, Rev.Soc. Avril/juin 2006 n°2 p. 360, note J.-P. Rémy.

<sup>257</sup> CJCE., 2 mai 2006, Eurofood IFSC Ltd, aff. C-341/04, Rec. 3813.

comparé converge vers une centralisation décisionnelle à l'intérieur du groupe de sociétés. L'établissement d'une compétence juridictionnelle en présence d'une activité transfrontalière confirme l'avènement du critère du centre autonome de décision. Le contexte actuel économique souligne alors un dispositif transfrontalier sur la base du Règlement 1346/2000 à des fins de traitement en amont d'une voire plusieurs situations d'insolvabilité affectant les sociétés apparentées.

L'étendue d'un centre de décision suppose néanmoins de rappeler l'identité existante entre l'exercice du pouvoir et celui de la personnalité morale. Les juges apprécient donc l'étendue de la fonction économique de la société tête de groupe stricto sensu tant sur le plan communautaire<sup>258</sup> qu'au niveau des États membres<sup>259</sup>. L'arrêt Eurofood relève en effet que la simple appartenance au groupe réfute toute systématisation au siège statutaire de la société mère que l'on peut qualifier in casu comme un centre autonome de décision. La réaffirmation d'un siège statutaire comme critère d'ouverture de la procédure principale limite le centre autonome de décision en droit communautaire de l'insolvabilité. Le centre des intérêts principaux fait néanmoins l'objet d'une interprétation lato sensu ou contra legem selon la doctrine interrogée. L'arrêt Daisytek illustre ainsi une conception libérale dudit critère conduisant à traiter l'insolvabilité du groupe au siège de la société mère<sup>260</sup>. Il est par ailleurs nécessaire d'examiner la dissociation entre le siège statutaire et l'administration centrale ou le centre des intérêts principaux, conséquence de la liberté d'établissement prévue en droit communautaire. L'application d'un for prévisible favorise dès lors la localisation du centre des intérêts principaux au lieu d'une gestion de l'activité habituelle du débiteur et vérifiable par les créanciers. Le raisonnement juridique consiste donc à apprécier la liberté d'établissement à travers un critère qui se définit selon « des éléments objectifs et vérifiables par les tiers<sup>261</sup>. Celui-ci permet d'établir in casu l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censé refléter. La centralisation des procédures au centre des intérêts principaux du groupe se fait ainsi l'écho de l'incidence des rapports contractuels et financiers entre la société mère et ses filiales malgré une présomption renforcée en faveur du siège statutaire rappelé au sein de l'arrêt Eurofood. Un système de résolution de conflit de juridictions en faveur de la sauvegarde de l'activité transfrontalière

---

<sup>258</sup> Point 31 de l'arrêt Eurofood IFCS Ltd du 2 mai 2006 (demande de décision préjudicielle de la Supreme Court), JO C 143 du 17.6.2006, p. 11–11.

<sup>259</sup> CA Douai., 2 octobre 2003, Affaire Métaeurop, D. 2003, p. 2571, note A. Lienhard.

<sup>260</sup> CA Versailles, 4 sept. 2003, D. 2003, p. 2352, note J.-L. Vallens ; Procédures. nov 2003, n°239, obs. C. Nourissat.

<sup>261</sup> Considérant 13 du Règlement 1346/2000 ; CJCE., Eurofood IFSC Ltd, 2 mai 2006, JCP. 2006, p. 1127, note M. Menjuq.

écloît eu égard l'évolution du droit des procédures collectives qui repose sur l'absence de dessaisissement du débiteur et davantage de confiance accordé à celui-ci. L'effet de contagion des difficultés économiques à l'intérieur du groupe met en évidence l'opportunité que consacre l'interprétation dynamique de l'article 3§1 du Règlement. L'interprétation du siège statutaire et réel connaît donc une extension de son domaine et vise l'endroit où le groupe est administré et géré. Celle-ci l'est au niveau spatial (le territoire de l'Union européenne est concerné) et quant à la nature des justiciables de la procédure d'insolvabilité puisque la procédure s'étend au groupe de sociétés. Une signification autonome d'un centre des intérêts principaux confirme in fine l'interprétation des notions communautaires à la lumière des objectifs du Règlement 1346/2000.

Le principe de confiance mutuelle est ambivalent à notre propos. Si celui-ci favorise la reconnaissance de plein droit du jugement d'insolvabilité, un contrôle de qualification du centre des intérêts principaux est préconisé par une partie de la doctrine afin de soumettre une juridiction communautaire qui s'est d'ores et déjà reconnue compétente à un effort de qualification juridique. Dans cette hypothèse, la mention formelle<sup>262</sup> des éléments établissant l'étendue des fonctions d'administration et de gestion est suggérée afin d'opérer un traitement centralisé des groupes de sociétés en difficulté.

## **Chapitre II : La résolution du conflit entre l'autonomie juridique et l'entité économique**

Les manifestations juridiques du contrôle de patrimoines de sociétés apparentées invitent à l'expertise économique. Outre les présomptions légales laissant apparaître par touches successives la manifestation d'un lien capitalistique, l'analyse du groupe conduit à apprécier la théorie de l'entreprise unique (Section I). Un mécanisme d'extension de compétence juridictionnelle souligne l'arbitrage jurisprudentiel entre une réalité économique des groupes de sociétés et l'application d'un droit communautaire de l'insolvabilité naissant (section II.).

### **Section I. L'apport de la théorie de l'entreprise unique**

La démonstration précise en pareil cas les effets d'une absence d'indépendance patrimoniale des sociétés insolubles groupées.

---

<sup>262</sup> M. Menjuq, L'effet international de la faillite : une réalité ?, Dalloz, 2004, p. 170.

La réalité économique du groupe de sociétés suppose ainsi d'apprécier l'étendue du centre autonome de décision en s'appuyant sur la notion entreprise (§1). Le critère du pouvoir stratégique exercé par l'une des sociétés du groupe (en général : la société mère) met en lumière l'unité stratégique qui préside ladite activité (§2). Le droit comparé fait en outre ressortir la notion de contrôle du patrimoine social et de direction unique à l'intérieur d'un groupe de sociétés (§3.).

## §1. Le droit de l'entreprise : un droit applicable aux sociétés en difficulté ?

[Le droit de l'entreprise : un droit applicable aux sociétés<sup>263</sup> en difficulté ?]

L'infléchissement de la règle d'autonomie juridique corrobore un centre autonome de décision (A.) eu égard la notion d'entreprise unique ou d'unité économique (B.) dont l'étendue oriente la qualification du centre des intérêts principaux.

### *A. L'étendue d'un centre autonome de décision*

La conjugaison de la notion d'entreprise à celle de groupes de sociétés est alors un élément de réflexion utile à l'édifice d'un droit des entreprises en difficulté au niveau européen. Tout d'abord, le terme d'entreprise est envisagé dans de nombreuses branches du droit. Il suffit de se reporter aux réformes les plus récentes et s'apercevoir que ladite notion est privilégiée. Prenons l'exemple des réformes françaises en matière de droit de la faillite. On constate donc aisément son emploi à travers précisément la loi de sauvegarde des entreprises que l'on présente comme un véritable sujet de droit<sup>264</sup>.

La symétrie s'accroît précisément eu égard la conception extensive de l'entreprise évoquée par Monsieur le Professeur M. Despax. L'entreprise correspond alors à une unité de décision économique<sup>265</sup>. Le raisonnement consiste alors à considérer le groupe de sociétés comme étant le reflet de l'unité de direction économique prévue au sein de la notion d'entreprise. La doctrine a alors tenté de faire surgir une notion homogène de l'entreprise et du groupe de société, restée vaine jusqu'à présent. Le groupe transnational de sociétés est ainsi présenté comme étant le reflet d'une unité économique réelle qui s'oppose à un fractionnement juridique apparent<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> M. Menjucq, L'Europe et le droit de l'entreprise, JCP. 21 mars 2007, p. 32.

<sup>264</sup> T. Lamarche, La notion d'entreprise, RTD com. 2006, p. 714.

<sup>265</sup> M. Despax, L'entreprise et le droit, thèse Toulouse, L.G.D.J, Paris, 1957, p. 8.

<sup>266</sup> C.-L. Lazarus, L'entreprise multinationale face au droit, Litec, Paris, 1977, p. 50.

L'analyse économique de l'entreprise contribue ainsi à ce que « l'unité de contrôle soit l'expression d'un unique centre autonome de décision, d'une seule et même entreprise »<sup>267</sup>. Or, la notion d'entreprise privilégie les formes juridiques sociétaires nationales en ce qu'elles constituent un support juridique mis en œuvre par le groupe de sociétés au sein des États où l'implantation est opérée selon la règle de conflit de lois désignant la *lex societatis*.

La jurisprudence fait alors état de l'entité économique qui souligne l'identité de gestion pour l'ensemble des sociétés, l'identité d'associés et des membres du conseil d'administration en raison des liens financiers et la complémentarité des activités consolidées par une politique commune de l'entreprise.

Nous verrons que la conceptualisation de l'entreprise unique incluant celle des groupes de sociétés s'identifie au moyen de critères de droit international privé communautaire de l'insolvabilité<sup>268</sup>. La théorie de l'entreprise explique notamment les opérations intragroupes et la promotion des intérêts du groupe dans son ensemble ou celui de la société dominante. L'accent est alors mis sur la stratégie globale largement admise au sein des groupes transnationaux de sociétés. Une volonté nouvelle s'exprime à travers l'unité d'entreprise et les fonctions d'administration du groupe. Ce mécanisme s'identifie précisément dans la sujétion des organes sociaux des sociétés envers la société mère, véritable centre autonome de décision. Dès lors, l'élaboration d'une réglementation communautaire en matière d'insolvabilité ne peut faire l'économie de moyens du traitement particulier d'une forme intégrée. Or, la Cour de justice des Communautés européennes semble au contraire confirmer l'activité administrative de la société au siège statutaire. Ladite localisation éprouve cependant des limites quant au traitement anticipé du groupe transnational de sociétés en proie à des difficultés économiques identiques qui requièrent la désignation d'un for principal<sup>269</sup>.

### *B. L'étendue de la notion d'entreprise unique*

Malgré tout, les développements de la doctrine et de la jurisprudence ayant trait au droit économique permettent de mieux cerner cette notion protéiforme.

Aussi et conformément à une tendance doctrinale, le concept d'entreprise unique ou d'entité économique sous-tend la construction d'un droit de l'insolvabilité au niveau communautaire. En effet, certains de ses effets confirment l'établissement d'une compétence juridictionnelle du groupe de sociétés selon l'interprétation conférée à l'article 3§1 du Règlement 1346/2000. La précision d'un for de l'activité transnationale en difficulté ne doit pas occulter le

<sup>267</sup> T. Lamarche, *ibidem*, p. 729.

<sup>268</sup> Article 3§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>269</sup> T. com. Paris., 2 août 2006, D. 2006, p. 2329, note R. Dammann et G. Podeur.

phénomène de faillite en chaîne d'un groupe intégré. La jurisprudence des États membres se prononce ainsi davantage en faveur d'une centralisation des procédures fixée au centre des intérêts principaux.

Les limites à la personnalité morale de filiales membres d'un groupe de sociétés supposent d'être soulignées. Comment alors faire abstraction de la personnalité morale de la filiale et dégager une conception unitaire du groupe de sociétés ?

Le droit communautaire de la concurrence dont les articles 81 et 82 du Traité CE (les articles 101 et 102 du traité sur l'Union européenne)<sup>270</sup> s'appliquent directement aux entreprises apporte sa pierre à l'édifice. Ce dernier prévoit qu'une pluralité de sociétés peut ne constituer qu'une seule société et même entreprise lorsque dans le cadre d'un groupe, il y a un seul centre de décision, normalement situé au niveau de la société mère qui donne des directives à l'ensemble de ses filiales<sup>271</sup>. La méthode utilisée consiste alors à engager la responsabilité de la société mère en raison du comportement de sa filiale puisqu'on considère le groupe de société comme une et même entreprise<sup>272</sup>. À l'inverse, l'autonomie décisionnelle des filiales du groupe de société permet de distinguer chaque entité du groupe constituant alors des entreprises distinctes.

Le droit de la concurrence caractérise alors un dépassement de la personnalité morale des filiales en retenant une seule entité soit en considérant le groupe de société comme une entreprise unique afin de reconnaître l'unité de l'ensemble économiquement intégré. L'absence d'autonomie décisionnelle des filiales retenue en droit communautaire de la concurrence constitue une solution intéressante qui s'apparente à celui composé de succursales. Ainsi, dans la décision *Christiani & Nielsen*<sup>273</sup>, chaque filiale est appréciée comme la continuité des activités de la société mère au même titre qu'une succursale. Surtout, l'approche économique du groupe de sociétés ne se limite pas à l'examen de la société personnalité morale qui d'interprétation stricte conduit à l'ouverture d'autant de procédures d'insolvabilité qu'il y a des filiales. La définition proposée en droit de la concurrence a en conséquence l'avantage de se prononcer indépendamment du statut juridique de l'entité qui exerce une activité économique<sup>274</sup>. Le Règlement n°139/2004 renseigne aussi sur la notion d'influence déterminante. Ainsi, la qualification de concentration suppose un contrôle d'une

---

<sup>270</sup> K. Wendt, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Helbing und Lichtenhahn, 2010, p. 215.

<sup>271</sup> P. Corruble, *Droit européen des affaires*, Dunod, Paris 1998, p. 100.

<sup>272</sup> CJCE., *Hydrotherm Gerätebau*, 22 juillet 1984, aff. 170/83, Rec. 2999.

<sup>273</sup> L. Focsaneanu, *La concurrence à l'intérieur des groupes de sociétés*, *Réflexion sur l'attestation négative Christiani & Nielsen*, *Rev. M.C* 1970, pp 32-38.

<sup>274</sup> F. Chaput, *L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles*, *Juriscl. Contrats, concurrence. Consommation*, Janvier 2010, p. 11.

ou plusieurs entreprises examiné « comme la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise »<sup>275</sup>.

L'émergence d'une influence va au-delà du simple contrôle conféré par une détention d'une fraction du capital dans d'autres sociétés. L'influence notable exercée à l'intérieur d'un groupe de sociétés permet de structurer la politique financière et stratégique de l'entité économique. Dans ce cas, l'établissement de comptes consolidés<sup>276</sup> est obligatoire. L'influence notable peut ainsi résulter « d'une représentation dans les organes de direction et de la participation aux décisions stratégiques, de l'échange de personnel, de direction et de liens de dépendance technique conjugués à l'existence d'opérations inter entreprises importantes »<sup>277</sup>.

## §2. Le critère du pouvoir stratégique exercé par la société mère sur ses filiales

Le pouvoir stratégique est précisé en l'absence de comportement indépendant des filiales dans les domaines régis par la société mère (A.) et l'introduction d'un mécanisme de responsabilité solidaire prévue en droit comparé (B.).

### *A. Absence de comportement indépendant dans les domaines régis par la société mère*

Parmi les évolutions les plus significatives vers une reconnaissance juridique du groupe de sociétés, les décisions de la Commission en matière de droit communautaire de la concurrence sont convaincantes. En effet, la montée à la vie juridique de l'unité économique constituée par le groupe de sociétés s'avère instructive notamment lorsqu'on envisage le critère du pouvoir économique exercé par la société mère et l'influence dominante qui en découle sur ses filiales. La décision Kodak<sup>278</sup> fournit des indices permettant de caractériser le pouvoir de contrôle de la société mère. Ainsi, « lorsqu'il est établi, que les sociétés filiales dont il s'agit, sont dans la dépendance exclusive et complète de la société mère et que cette dernière exerce effectivement son pouvoir de contrôle en leur adressant des instructions précises, il leur est impossible de se comporter d'une manière indépendante les une vis-à-vis des autres dans des domaines régis par la société mère ». La Cour de Justice des Communautés européennes<sup>279</sup> exclut donc la qualification d'accords ou de pratiques concertées au sein d'un groupe de

---

<sup>275</sup> C. Nourissat, Droit communautaire des affaires, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd, 2005, p. 295.

<sup>276</sup> Art. L. 233-16 du Code des sociétés.

<sup>277</sup> P. Le Cannu, Droit des sociétés, Montchrétien, Paris, 2009, p. 860.

<sup>278</sup> Déc. 30 juin 1970, Kodak, JOCE, n° L 147 du 7 juillet 1970.

<sup>279</sup> CJCE., Viho Europe c/ Commission, 24 octobre. 1996, aff. C-73/95, Rec. 5482.

sociétés qui forme une unité économique. Les filiales ne jouissent d'aucune autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché car elles appliquent les instructions qui leur sont imparties par la société mère qui les contrôle. La jurisprudence communautaire contribue de façon significative au développement de la théorie de l'unité économique. Ainsi, en l'absence d'autonomie économique d'une filiale d'un groupe de sociétés, la société mère est responsable solidairement d'une infraction commise par ladite filiale. Le principe de l'unité économique<sup>280</sup> permet de condamner une société A pour l'infraction commise par une société B dès lors que ces deux sociétés constituent une unité économique. Il ressort de cette jurisprudence que le pouvoir d'une société de donner des instructions à une autre société rejoint l'analyse d'un mécanisme de responsabilité solidaire cette fois-ci propre au droit des obligations.

### *B. L'étude en droit comparé d'un mécanisme de responsabilité solidaire*

La qualification juridique du groupe en une société « simple » ou « créée de fait » (1.) interroge sur l'étendue d'un chef de responsabilité fondée sur la confiance en direction des tiers créanciers à l'activité du groupe de sociétés (2.).

#### 1. La qualification juridique du groupe en une société « simple »

##### 1.1 Selon l'article 530 et suivants CO

La responsabilité solidaire des sociétés du groupe envers les tiers est avancée par une partie de la doctrine helvétique en ce qu'elle est susceptible d'être qualifiée de société simple<sup>281</sup>. L'apparence suscitée par le groupe en droit français<sup>282</sup> contribue à surmonter les difficultés de qualification du groupe en une société créée de fait (voir infra). Selon l'article 530 al 1 CO, la société simple est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts et leurs ressources en vue d'atteindre un but commun.

Ce mécanisme ne peut-il pas en certaines circonstances s'apprécier en présence d'un groupe transnational de sociétés insolvable ?

La volonté d'œuvrer ensemble sur un strict pied d'égalité au succès de l'entreprise commune<sup>283</sup> pose la question du degré d'organisation à l'intérieur du groupe qui permet d'entrevoir « la soumission des filiales à un destin commun »<sup>284</sup>.

<sup>280</sup> CJCE., *Metsa-Serla c/Commission*, 16 novembre 2000, aff. C-294/98, Rec. 10077.

<sup>281</sup> L'article 530 al 1 CO dispose que la société simple est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts et leurs ressources en vue d'atteindre un but commun.

<sup>282</sup> Théorie de l'apparence et sociétés, *Rev. Soc.* 1991, p. 477, Obs. M. de Gaudemaris.

<sup>283</sup> M. Cozian et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 22<sup>ème</sup> édition, Litec, Paris 2009, p. 69.

<sup>284</sup> C. Hannoun, *ibidem*, p. 66.

L'affectio societatis requis se justifie par la communauté d'intérêts dont l'une des manifestations trouve son origine à travers l'idée de collaboration<sup>285</sup>.

L'îlot d'indépendance des filiales dans leur lien de soumission à la direction unique s'apparente ainsi à la communauté d'intérêts tant des apporteurs en capitaux que des dirigeants du groupe de sociétés (les dirigeants légaux de la société mère). La politique commune confirme en effet dans sa forme la plus décentralisée l'autonomie juridique ou décisionnelle des filiales.

Une volonté stratégique et directionnelle se dégage donc d'une unité économique transnationale que l'on peut rapprocher de l'article 530 al 1 du Code des obligations suisse. Celui-ci vise en effet « deux ou plusieurs personnes qui unissent leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun ».

Les diverses fonctions exercées par chacune des entités de l'entreprise poursuivent donc le but commun assigné à l'article 530 al 1 du Code des obligations. L'intérêt commun est donc apprécié à travers les décisions clefs indispensables à la conduite de l'activité d'une société simple ou de l'entreprise. Ainsi, lorsqu'une pluralité d'entités juridiques unit leur effort pour un but commun (la situation d'un actionnaire majoritaire) ; la répartition des tâches à l'intérieur du groupe se vérifie à travers une organisation administrative, comptable, informatique et financière<sup>286</sup> des filiales réalisée à l'échelle du groupe.

Il s'agit certes d'une gestion des patrimoines distincts organisés juridiquement et qui plus est, morcelé, mais dont la caractéristique est le prolongement d'une stratégie, permanente et nécessaire à l'entreprise. D'autant plus que l'article 535 CO prévoit des règles d'administration à cet effet. Tous les associés ont le droit d'administrer à moins que le contrat l'ait confié à l'un d'entre eux<sup>287</sup>.

L'étendue de ces fonctions se réalise donc au niveau d'une société simple en présence de personnes physiques exerçant lesdites activités<sup>288</sup>. L'analyse selon laquelle des personnes morales exercent les fonctions de direction, de coordination et/ou de contrôle conférant une participation active d'une société est suggérée par une partie de la doctrine suisse. L'organisation conventionnelle de prestations de services attribue un rôle économique réel généralement localisée en un siège social ou se situe les fonctions d'administration du groupe de sociétés. Il est alors insufflé une mise en commun des ressources et des pertes

---

<sup>285</sup> C. Hannoun, *ibidem*, p. 65.

<sup>286</sup> P. Le Cannu, *Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives*, *ibidem*, p. 56.

<sup>287</sup> Article 535 CO, CC&CO, Helbing & Lichtenhahn, 8<sup>ème</sup> édition, Bâle, 2008, p. 396.

<sup>288</sup> H. Peter, *ibidem*, p. 119.

indispensables à l'activité économique de l'entreprise. Le lien qui unit de fait les sociétés du même groupe suscite donc des interrogations sur le périmètre d'un engagement et l'éventuelle règle de solidarité qui en résulte au même titre que les rapports entre associés en présence d'une société simple.

Les conditions d'une solidarité entre plusieurs débiteurs résultent non seulement d'une déclaration selon laquelle ceux-ci s'obligent « de manière qu'à l'égard du créancier chacun d'eux soit tenu pour le tout »<sup>289</sup>. Mais aussi lorsque la loi prévoit que le créancier peut exiger des débiteurs solidaires ou de l'un d'eux l'exécution intégrale ou partielle de l'obligation<sup>290</sup>. Chaque forme de société dispose cependant de la personnalité juridique<sup>291</sup> et donc d'un patrimoine propre sur lequel les dettes ne sont garanties que par l'actif social<sup>292</sup> de chaque filiale que compose le groupe. Les créanciers n'ont alors accès qu'au patrimoine des sociétés dont « ils sont formellement créanciers »<sup>293</sup>. La société mère n'est en effet en principe point tenue de financer sa filiale afin que cette dernière remplisse ses obligations précisément lorsque celle-ci est insolvable.

L'hypothèse d'une responsabilité solidaire<sup>294</sup> se pose néanmoins en ce que les créanciers vont faire « prévaloir des prétentions à l'égard des sociétés les plus solvables »<sup>295</sup> eu égard l'unité décisionnelle qui préside l'activité du groupe de sociétés. Dans ce cas, une société dominante peut être solidairement responsable des actes juridiques<sup>296</sup> que certaines sociétés ont noués avec des tiers agissant conjointement ou par l'entremise d'un représentant des différentes sociétés dans l'intérêt du groupe transnational de sociétés.

## 1.2 L'application de la théorie de l'apparence au groupe de sociétés

L'application de la théorie de l'apparence au groupe de société offre dans ce domaine un fondement « permettant d'exiger l'exécution d'une obligation de l'associé de fait apparent de son débiteur »<sup>297</sup>. Une société dominante peut en effet « se voir enserrer dans des liens contractuels auxquels elle était pourtant étrangère » voire tenue de réparer un dommage alors que les conditions de la responsabilité contractuelle et civile ne sont pas réunies<sup>298</sup>.

---

<sup>289</sup> Article 143 CO, CC&CO, Helbing und Lichtenhahn, 8<sup>ème</sup> édition, Bâle, 2008, p. 119.

<sup>290</sup> Article 143-144 CO, *ibidem*.

<sup>291</sup> Les articles 52 et 54 CC suisse, Helbing und Lichtenhahn, 8<sup>ème</sup> édition, Bâle, 2008, p. 71.

<sup>292</sup> L'exemple de la SA est mentionnée en ce qu'il s'agit de la forme juridique privilégiée de l'organisation de l'entreprise : article 620 CO, *ibidem*, p. 421.

<sup>293</sup> H. Peter, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, RSDA. 1998, p. 114.

<sup>294</sup> Article 544 CO, CC&CO, *ibidem*, p. 399.

<sup>295</sup> H. Peter, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, *ibidem*, p. 123.

<sup>296</sup> H. Peter, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, *ibidem*, p. 122.

<sup>297</sup> Théorie de l'apparence et sociétés, Rev. Soc. 1991, p. 477, Obs. M. de Gaudemar.

<sup>298</sup> L. Leveneur, Situation de fait et droit privé, LGDJ, Paris, 1990, p. 175.

L'apparence et le fait de confiance que le groupe induit dans ses rapports avec les tiers supposent qu'en cas d'insolvabilité d'une société dominée, les créanciers disposent d'un mécanisme de solidarité des dettes à l'intérieur du groupe transnational de sociétés. L'erreur légitime ou commune<sup>299</sup> du créancier est un critère d'appréciation de l'apparente unité d'entreprise. La croyance vraisemblable des créanciers réside alors en ce qu'une société occupe une « position prééminente dans l'arrière plan de l'activité de la filiale confirmant le sérieux du contrat pour lequel le créancier s'engage »<sup>300</sup>. Ainsi, une solidarité se justifie en présence « d'une unité apparente ou réelle » du groupe dès lors que la politique commune s'appuie sur des directions techniques et financières réalisées à l'échelle du groupe cantonnant les filiales à une simple apparence de réalité<sup>301</sup>. Ou encore le fait que « deux sociétés avaient donné l'apparence qu'elles agissaient en étroite interdépendance, sous une même unité de contrôle et de direction, et ainsi condamner la société mère à payer une dette de sa filiale mise en redressement judiciaire »<sup>302</sup>. La Cour de cassation française précise encore la solidarité de deux sociétés d'un groupe au motif que « les tiers qui traitaient avec l'une d'elles ne pouvaient se rendre compte qu'il s'agissait de deux sociétés différentes »<sup>303</sup>. L'apparence trompeuse peut donc, selon une casuistique précise, créer une obligation à la charge d'une société mère dès lors que le créancier n'a commis de faute causale à son propre dommage. La Cour de cassation française contrôle ainsi la motivation des juges du fond au visa de l'article 1842 du Code civil français<sup>304</sup>. Car dans la mesure où chacune des sociétés du groupe disposent de la personnalité morale dès l'immatriculation, la société mère n'est pas tenue de financer sa filiale insolvable afin qu'elle exécute ses obligations. Il en va autrement « dès lors que diverses sociétés du groupe se présentaient à leur clientèle comme une entité unique, ayant les mêmes locaux et le même logo minimisant leurs désignations propres, que les dirigeants de plusieurs de ces sociétés étaient intervenus dans l'exécution du contrat litigieux, par des correspondances adressées, et que c'est par une décision du groupe que l'activité de la société filiale a pris fin et ceci avant l'achèvement de l'exécution du contrat. L'absence d'autonomie de cette société et l'immixtion des autres sociétés du groupe dans sa gestion

---

<sup>299</sup> L'erreur commune est « une erreur qu'un homme normalement raisonnable n'aurait pas pu surmonter, compte tenu d'investigations et de vérifications normales auxquelles il convient de procéder » : M. Boudot, Répertoire de droit civil, mai 2009, numéro 134.

<sup>300</sup> B. Schmidlin, La responsabilité fondée sur la confiance, centre d'études juridiques européennes, Genève, Schulthess, 2001, p. 178.

<sup>301</sup> Cass.civ., 13 décembre 1967, D. 1968, p. 340, note P.L.

<sup>302</sup> Cass.com., 18 octobre 1994, Bull. Joly, décembre 1994 n° 12, p. 1317, note A. Courret.

<sup>303</sup> D. Schmidt, La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés (Chambre commerciale de la Cour de cassation, 15 nov 1977), Rev. Soc. 1981, p.732.

<sup>304</sup> Article 1842 du Code civil français, Litec, Paris, 2010, p. 1129 : Cass.com., 26 mars 2008, Bull. joly. 2008, p. 908, note F.-G. Trébulle.

permet de justifier l'arrêt de la Cour d'appel qui condamne la société mère à supporter les conséquences de l'inexécution du contrat »<sup>305</sup>.

## 2. Un chef de responsabilité fondée sur la confiance ou l'apparence fautive

La faute civile délictuelle fonde également la responsabilité d'une société dominante induisant en erreur les créanciers du groupe. Le fondement d'une responsabilité de la société mère repose en droit français sur l'article 1382 du Code civil français. Celle-ci s'entrevoit donc à côté de la théorie de l'apparence<sup>306</sup> (voir supra).

La Cour de cassation précise que « l'apparence trompeuse créée par plusieurs sociétés du groupe envers le créancier d'une filiale est source de responsabilité civile de la société mère envers le cocontractant de la filiale en permettant une condamnation in solidum de la société mère avec la société débitrice »<sup>307</sup>. En droit français, l'établissement de la faute, d'un dommage et du lien de causalité sont requis contrairement au mécanisme correcteur de l'apparence qui « déroge à la stricte logique juridique ».

En se fondant sur l'article 1382 du Code civil, la faute de la société mère suppose alors d'être caractérisée. Selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, cette condition résulte « de l'imbrication étroite entre deux sociétés et d'une lettre circulaire soulignant l'absence d'autonomie de la filiale »<sup>308</sup>.

La responsabilité civile suppose l'établissement du caractère fautif de l'apparence. La clarté du présent cheminement est précisée en doctrine<sup>309</sup> et en jurisprudence. Une entreprise dominante engage donc sa responsabilité sur le terrain de l'article 1382 du Code civil français envers les fournisseurs d'une entreprise subordonnée insolvable, quand les interférences existant entre les deux sociétés ont engendré dans l'esprit des tiers une confusion certaine, laissant croire que la société subordonnée était une filiale ou une simple succursale bénéficiant de la garantie financière de l'entreprise dominante, et conférant à la société subordonnée un crédit apparent auquel elle ne pouvait prétendre »<sup>310</sup>.

---

<sup>305</sup> Cass. com., 4 mars 1997, RTD. civ. 1997, p. 691, obs. P.Y. Gautier.

<sup>306</sup> Ch. Hannoun, L'extension de la responsabilité civile au sein d'un groupe matériellement intégré, Bull. Joly. 1991, p. 479, § 165.

<sup>307</sup> Le maintien par l'ordonnance du 18 décembre 2008 du dispositif de l'extension de procédure dans la sauvegarde : pour quoi faire ? D. 2009, p. 2298, obs. D. Demeyere.

<sup>308</sup> Ch. Hannoun, L'extension de la responsabilité civile au sein d'un groupe matériellement intégré, *ibidem*, p. 479.

<sup>309</sup> C. Hannoun, Redressement et liquidation judiciaire, groupe de sociétés, Juriscl. Commercial. 2000, Fasc. 3190.

<sup>310</sup> C. Hannoun, Redressement et liquidation judiciaire, groupe de sociétés, *ibidem*, point 50.

Le refus de s'acquitter d'une dette d'une société appartenant à un même groupe est dès lors admis s'il n'est pas établi que la société mère laisse croire au créancier que la société filiale agit sans autonomie et selon ses instructions.

L'arrêt *Swiss Air* rendu par le Tribunal fédéral suisse<sup>311</sup> conforte la présente analyse en ce qu'une responsabilité de la société mère peut découler de l'apparence de solidité financière résultant de la forme sous laquelle elle s'est présentée dans ses différentes transactions. La doctrine soulève l'étendue du gage que constitue le patrimoine des sociétés du groupe. On s'interroge dès lors sur le fait de savoir si « il ne serait pas justifié que le groupe, qui s'est présenté comme un tout durant son existence, réponde globalement au moment où il fait naufrage »<sup>312</sup>.

Le chef de responsabilité fondé sur la confiance requiert qu'une société mère et ses filiales apparaissent sous la forme d'une unité décisionnelle. La doctrine se prononce diversement sur le fondement juridique de ce type de responsabilité. Le Tribunal fédéral suisse précise dans l'arrêt *Swissair* qu'il s'agit ni d'un cas de responsabilité délictuelle de la société mère (article 46 CC) ni d'une obligation contractuelle (article 97 CO). Aucune transgression ou interdiction prescrite par l'ordre juridique suisse n'est en effet caractérisée. L'absence de volonté de se lier contractuellement en direction du partenaire de la filiale est aussi mentionnée<sup>313</sup>.

Une nouvelle source de responsabilité fondée sur l'article 2 du Code civil suisse apporte au raisonnement une construction intéressante. Celui-ci souligne « que chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi »<sup>314</sup>. Une interprétation lato sensu des règles de bonne foi trouve précisément à s'appliquer dans le cas de la responsabilité sur la confiance. Le régime de cette responsabilité obéit à des conditions spécifiques qui peuvent se vérifier de façon liminaire comme suivant. Un comportement qui éveille l'attente du créancier, un rapport spécial de confiance, une déception des attentes du lésé, un dommage et un lien de causalité entre le dommage (l'insolvabilité d'une filiale) et le comportement incriminé<sup>315</sup>. Malgré l'absence de « tout contact entre la société mère et le partenaire de la filiale », le comportement du responsable fait « naître certaines attentes du

---

<sup>311</sup> ATF 120 II 331.

<sup>312</sup> H. Peter, *Insolvenz, desendettament et redressement*, études réunies en l'honneur de Louis Dallèves, B. Foex et L. Thevenoz, Helbing & Lichtenhahn, Genève 2000, p. 223.

<sup>313</sup> N. Sauerwein, *La responsabilité de la société mère*, stämpfli, Berne 2006, p. 342.

<sup>314</sup> CC&CO annotés, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2008, p. 7.

<sup>315</sup> N. Sauerwein, *La responsabilité de la société mère*, *ibidem*, p. 350.

lésé » dont se déduit un rapport spécial de confiance<sup>316</sup>. Le responsable a alors déçu de façon contraire à la bonne foi la confiance créée<sup>317</sup>.

### §3. La notion de contrôle du patrimoine social

La direction unique au sein d'un groupe de sociétés est soulignée en droit comparé (A.). L'apport doctrinal confirme le contrôle patrimonial et directorial d'une société affirmant sa domination sur des sociétés apparentées (B.).

#### *A. L'apport du droit comparé : la notion de direction unique*

En droit suisse, la notion de direction unique est préférée à la notion de contrôle mais les entreprises suisses considèrent qu'une société est contrôlée lorsque le groupe possède directement ou indirectement plus de cinquante pour cent des droits de vote<sup>318</sup>. Conformément au droit français, l'article L 233-1 du Code de commerce prévoit que lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, comme filiale de la première.

Retenons alors la conception de l'affiliation selon le droit suisse (Konzernierung) qui correspond à la réunion par une entreprise (individuelle ou collective) sous une direction unique d'une ou plusieurs sociétés (art. 663e CO). Celui-ci suppose ainsi d'examiner ladite notion dont l'orientation a une incidence sur le résultat de la filiale. Celui-ci précise qu' « une société qui, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière réunit avec elle sous une direction unique une ou plusieurs sociétés doit établir les comptes annuels consolidés ». En doctrine, deux approches divergent selon l'importance conférée à la direction unique que l'on présume soit par la détention de capital soit d'une autre manière. Contrairement à l'approche anglo-saxonne qui ne requiert point l'exercice d'une influence déterminante sur l'activité des filiales (une holding financière suffit), l'obligation d'établir des comptes consolidés s'apprécie de manière restrictive selon une partie de la doctrine en ce que la mère doit effectivement coordonner les activités du groupe<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> C. Chappuis, La responsabilité de l'actionnaire majoritaire fondée sur la confiance, Schulthess, Genève, 2000, p. 94.

<sup>317</sup> N. Sauerwein, La responsabilité de la société mère, *ibidem*, p. 352.

<sup>318</sup> B. Raffournier, Les comptes consolidés : Normes et pratiques suisses et internationales, éd. Georg, Genève, 1995, p. 12.

<sup>319</sup> Commentaire Romand : CO Art 530-1186, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2008, p. 657.

En l'occurrence, les indices de centralisation de la volonté sociale des filiales en une direction unique résultent du pouvoir de déterminer l'orientation économique et stratégique<sup>320</sup> de plusieurs entités juridiques.

Ainsi, la *einheitliche Leitung* (la direction unique) forme la volonté des filiales qui s'exerce de manière centralisée et dépend du conseil d'administration de la société mère<sup>321</sup>. La notion de contrôle ressort nettement lorsque la doctrine envisage de cerner la notion de groupe de sociétés. Ainsi, on peut dire qu'il y a groupement de sociétés toutes les fois que sont réunies, sous une même influence dominante, plusieurs sociétés ayant une existence juridique distincte. La domination des maîtres communs étant, dans nombre de cas, assurée par des participations de l'une ou plusieurs sociétés dans le capital d'une ou plusieurs autres. Les rapports entre les filiales et une société mère peuvent donc être considérés comme un cas particulier des rapports entre les sociétés d'un même groupe.

Il est encore précisé que « la filiale serait une société issue d'une autre et serait soumise à la puissance de la société mère qui l'aurait fondée et contrôlerait son patrimoine »<sup>322</sup>.

### *B. L'apport doctrinal*

Partant, la réunion des critères susceptibles d'engendrer un lien de dépendance est nécessaire. Néanmoins, la preuve du contrôle de la société mère sur une ou plusieurs filiales se vérifie par l'établissement de faits qui varie sensiblement d'un groupe à l'autre. Certains critères mesurent l'importance de l'influence d'une société sur l'autre. En effet, pour une partie de la doctrine, la caractérisation du contrôle constitue la trame du statut juridique des filiales.

Elle soulève plusieurs modes de contrôle qui permet à la société mère d'assurer une maîtrise de sa filiale. L'importance du contrôle patrimonial et du contrôle directorial est soulignée afin de rendre plus transparent « le jeu des influences occultes »<sup>323</sup> opéré à l'intérieur du groupe de sociétés. La preuve desdits critères permet d'affirmer la domination de la société mère sur la filiale et de porter atteinte selon certaines conditions au principe d'autonomie juridique de la filiale. Selon le Doyen Goldmann, « la filiale d'une société étrangère est une société distincte de celle-ci, constitué selon la loi du pays où elle fixe son siège social, et dont la société étrangère (société mère) s'assure le contrôle, par la propriété d'une partie substantielle de son capital, voire de la totalité ou par d'autres moyens, généralement combinés avec celui-ci ».

---

<sup>320</sup> H. Peter, De quelques conséquences ultimes de la direction unique dans les groupes, De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch, Genève, Ed Slatkine, 2004, p. 177-182.

<sup>321</sup> H. Peter, *ibidem*, p. 181.

<sup>322</sup> C. Champaud, *ibidem*, p. 266.

<sup>323</sup> Rousseau, note sous Req. 20.11.1922, S. 1926, 305.

Le contrôle est en conséquence multiforme et assemble des mécanismes contractuels et financiers dont l'objet est d'élargir le périmètre d'intégration, faisant alors prévaloir une unité de décision au sein du groupe de sociétés. Elle peut alors découler d'une participation en capital, d'un contrat ou de liens personnels. Mais quelque soit le mode de domination, le contrôle est nécessairement combiné à la direction unique, élément le plus caractéristique de la définition de l'affiliation en droit suisse<sup>324</sup>.

Partant, il ressort de cette organisation une centralisation de certaines fonctions qui consiste à harmoniser et optimiser la structure fonctionnelle du groupe<sup>325</sup>. Le constat que l'organisation du groupe est considérée dans son ensemble ne requiert-il point l'établissement d'un for principal à des fins de continuité de l'activité économique ?

C'est sur cette voie que s'oriente la jurisprudence des États membres eu égard le droit communautaire de l'insolvabilité naissant.

## Section II. L'arbitrage jurisprudentiel en droit communautaire de l'insolvabilité

L'arrêt Eurofood<sup>326</sup> souligne l'interprétation autonome d'un centre des intérêts principaux prévu en droit communautaire (§1.) et donc la mise en œuvre d'un faisceau d'indices à cet effet (§2.).

### §1. L'interprétation autonome du centre des intérêts principaux

L'organisation transnationale nuance l'exercice d'un pouvoir indépendant résultant de la création des organes prévus par la loi lors de la création d'une société. L'unité décisionnelle ou encore une direction unique interroge en effet quant à l'interprétation autonome d'un centre des intérêts principaux en droit communautaire.

Or, l'unité d'entreprise<sup>327</sup> ne doit-elle point être appréhendée lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité intracommunautaire en amont des difficultés du groupe.

---

<sup>324</sup> R. Ruedin, Droit des sociétés, Stämpfli, Berne, 2007, p. 424.

<sup>325</sup> H. Peter, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, *ibidem*, p. 48.

<sup>326</sup> Le point 31 de l'arrêt Eurofood prévoit que « la notion de centre des intérêts principaux est propre au Règlement. Partant elle revêt une signification autonome et doit donc être interprétée de manière uniforme et indépendante des législations nationales ».

<sup>327</sup> T. com. Corbeil, 29 mai 1986, Gaz. Pal. 1986, 5, p. 647 : cet arrêt distingue l'unité d'entreprise de la confusion des patrimoines, cause d'extension de procédure. Nous pensons au contraire que ledit concept peut guider l'appréciation d'un for principal au sein d'un groupe de sociétés.

Le réfléchissement d'une unité de direction des filiales conduit ainsi à préciser les règles de compétence juridictionnelle au niveau communautaire. Le risque économique que peut faire courir l'activité transnationale suppose de préciser les finalités du Règlement 1346/2000 à cet effet.

Dans cette perspective, la défense de l'intérêt du groupe fait d'ores et déjà apparaître le rôle d'une centralisation des procédures d'insolvabilité en un for principal communautaire<sup>328</sup>. Celui-ci repose sur la notion de centre des intérêts principaux<sup>329</sup>. Le critère de la gestion habituelle d'une unité économique et vérifiable par les tiers<sup>330</sup> précise in casu un centre des intérêts principaux. Les notions de siège social réel et de siège statutaire ne sont toutefois point appréciées selon les principes de droit interne mais par référence aux objectifs du Règlement 1346/2000. L'on peut inférer des conclusions rendues lors du rapport Virgos-Schmit que le caractère international du Règlement afin de résoudre un problème réglé par le droit communautaire ne renvoie pas au droit des États de l'Union concernés mais à une interprétation autonome de ses concepts<sup>331</sup>.

L'interprétation téléologique des règles communautaires en matière d'insolvabilité consiste alors à vérifier les fonctions d'administration du groupe de sociétés. Il ressort de la jurisprudence que le conseil d'administration de la société mère est en mesure de solliciter des mesures de sauvegarde concernant l'activité économique dans son ensemble. Le haut degré d'intégration suppose qu'une filiale puisse en outre demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au siège de la société mère. La restructuration du groupe s'opère ainsi selon une décision de centralisation des procédures concernant l'ensemble des entités du groupe<sup>332</sup>.

## §2. L'établissement d'un faisceau d'indices

La notion de centre des intérêts principaux<sup>333</sup> est donc définie selon un faisceau d'indices.

La centralisation directionnelle en matière de ressources humaines, marketing et financière conduit à l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité au siège d'une des sociétés à l'encontre de l'ensemble des filiales dudit groupe<sup>334</sup>. La High Court anglaise a dans l'affaire

---

<sup>328</sup> T. com. Nanterre, 15 février 2006, D. 2006, p. 793, note J.-L. Vallens.

<sup>329</sup> Article 3§1 du Règlement 1346/2000 (CE) relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000.

<sup>330</sup> Considérant 13 du Règlement 1346/2000.

<sup>331</sup> Paragraphe 43 du Rapport Virgos Schmit.

<sup>332</sup> Affaire Daisytek, High court, Chancery Division, 16 mai 2003, *ibidem*.

<sup>333</sup> Article 3§1 du Règlement communautaire, *ibidem*.

<sup>334</sup> Une société soumise à une procédure d'insolvabilité principale ouverte à l'étranger: Trib. Com. Nanterre 19 mai 2005, D. 2005, n° 26, p. 1787.

*Isa Daisyteck*<sup>335</sup> déterminé le centre des intérêts principaux des filiales du groupe au siège de la société mère *Isa international*. Cette dernière motive sa décision en invoquant le concept de *headquarter function*<sup>336</sup> et précise alors que les fonctions de directions de l'ensemble des filiales sont assurées par la société mère. Une affaire jugée par la Haute Cour française précise les critères de centralisation décisionnelle qui permettent d'ouvrir une procédure d'insolvabilité au siège de la société mère<sup>337</sup>. Celle-ci envisage le lieu de réunion du conseil d'administration, le lieu où les principaux contrats sont négociés et conclus, la situation géographique des principaux clients, la localisation du quartier général du groupe (marketing, ressources humaines, comptabilité...) ainsi que l'autorisation ou non de la société mère concernant les opérations de financement du groupe. L'affaire Eurotunnel témoigne également de l'importance de certains indices lorsqu'on envisage le redressement d'un groupe de sociétés. En conséquence, les lieux de la direction stratégique, opérationnelle et financière des entités d'Eurotunnel ont permis de localiser le centre des intérêts principaux du groupe<sup>338</sup>. Cette construction juridique est fort utile notamment dans une perspective de consolidation procédurale au siège de la société mère ou d'une autre société remplissant lesdites fonctions. La filiale est alors envisagée comme une division stratégique d'une entité économique homogène. L'idée de création d'un centre des intérêts principaux du groupe de sociétés contribue ainsi à une centralisation de la procédure. L'intérêt de cette approche est de mettre en exergue la capacité active de contrôle qu'exerce une société mère voire une autre société sur ce qui constitue une unité économique. La détention de capital<sup>339</sup>, les orientations majeures de la gestion et de la stratégie du groupe sont ainsi vérifiées depuis un centre des intérêts principaux face aux nécessités de réorganisation de l'activité transnationale en difficulté.

## Conclusion chapitre II :

L'apport de la théorie de l'entreprise unique oriente la réflexion sur l'établissement d'un for tenant compte de l'unité de décision économique<sup>340</sup> à l'intérieur du groupe transnational de sociétés. Dès lors, l'élaboration d'une réglementation communautaire en matière

---

<sup>335</sup> Affaire Daisytek, High court, Chancery Division, 16 mai 2003, n°861-876/03 disponible sur [www.eir-database.com](http://www.eir-database.com).

<sup>336</sup> P. Nabet, La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire, Th. Bourgogne, 2009, p. 32.

<sup>337</sup> D. Robine et F. Jault-Seseke, Affaire Emtec, Bull. Joly. mai 2006, p. 575.

<sup>338</sup> R. Dammann et G. Podeur, L'affaire Eurotunnel, première application du règlement CE n° 1346-2000 à la procédure de sauvegarde, D. 2006, Jur. p. 2329.

<sup>339</sup> Article L. 233-1 du Code de Commerce.

<sup>340</sup> M. Despax, L'entreprise et le droit, th. Toulouse, L.G.D.J., Paris, 1957, p. 8 ; T. Lamarche, La notion d'entreprise, RTD. com. 2006, p. 714.

d'insolvabilité ne peut faire l'économie de moyens du traitement particulier d'une forme intégrée. Le droit communautaire de la concurrence constitue une solution intéressante puisque l'absence d'autonomie décisionnelle des filiales est vérifiée selon l'influence stratégique de la société mère. Le destin des filiales peut en conséquence se former de manière centralisée et dépend du conseil d'administration de la société mère<sup>341</sup>. Ladite organisation est alors prise en compte dans l'interprétation du critère du centre des intérêts principaux dont l'arbitrage jurisprudentiel favorise l'éclosion d'un droit communautaire naissant de l'insolvabilité des groupes de sociétés.

## Conclusion Titre I

Le centre des intérêts principaux est en définitive un instrument de règlement de conflit dans les groupes de sociétés. L'étude souligne le renoncement des filiales à leur autonomie et au pouvoir de décision attaché à la personnalité morale inhérente à la constitution de sociétés. La quintessence même du groupe repose alors sur un aménagement du contrôle des patrimoines sociaux, destiné à soumettre les sociétés groupées à une direction économique unitaire<sup>342</sup>. La centralisation décisionnelle<sup>343</sup> au sein d'un groupe transnational de sociétés est alors mise en évidence et interroge quant à son incidence sur la détermination d'un for en matière d'insolvabilité communautaire. Le cheminement consacre la centralisation de la procédure d'insolvabilité ou se situe la société dominante.

La résolution du conflit entre l'autonomie juridique et l'unité économique du groupe de sociétés insolvable se pose eu égard l'existence d'un pouvoir de contrôle et de direction sur les filiales insolubles. L'arbitrage jurisprudentiel entre la réalité économique du groupe et le droit communautaire de l'insolvabilité a ainsi fait le choix d'une interprétation lato sensu du centre des intérêts principaux. La démonstration des critères de centralisation décisionnelle permet ainsi d'étendre une compétence juridictionnelle aux filiales localisées dans d'autres États de l'Union européenne depuis le centre des intérêts principaux d'un groupe transnational de sociétés<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> H. Peter, *ibidem*, p. 181.

<sup>342</sup> C. Champaud, Le pouvoir de concentration de la société par actions, bibliothèque de droit commercial, tome 5, Sirey, Paris, 1962, p. 87 ; F. Chaput, l'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles, *Juriscl. Contrats, concurrence. Consommation*, Janvier 2010, p. 11.

<sup>343</sup> L'interprétation extensive de la notion de centre des intérêts principaux corrobore l'idée d'unité économique.

<sup>344</sup> D. Robine et F. Jault-Seseke, *Affaire Emtec*, Bull. Joly. mai 2006, p. 575.

# **Titre II. Un critère de gestion et de vérification par les tiers de l'activité habituelle de l'entité économique**

Le critère de gestion de l'activité transnationale du groupe de sociétés suppose l'introduction des règles de compétence juridictionnelle prévues en droit communautaire commun de l'insolvabilité (Chapitre I).

L'évolution de la liberté d'établissement en droit communautaire<sup>345</sup> et son interprétation<sup>346</sup> concourent à situer l'évolution du droit communautaire de l'insolvabilité vers une plus grande maîtrise de l'activité économique en se munissant d'un instrument juridique capable de protéger les tiers créanciers. La vérification de l'organisation procédurale communautaire par les tiers est examinée à cet effet (Chapitre II).

La Cour de justice des Communautés européennes précise par ailleurs de prendre des mesures afin de prévenir « les montages purement artificiels dépourvus de réalité économique »<sup>347</sup>.

Une méthode de renversement à la présomption posée en faveur du siège statutaire entrevoit en conséquence l'étendue d'un centre des intérêts principaux (Chapitre III).

L'objectivation d'un for principal privilégie en outre l'endroit à partir duquel les décisions d'administration et de gestion sont prises à la lumière des objectifs de sécurisation et de sauvegarde de l'activité transfrontière (Chapitre IV).

## **Chapitre I. L'introduction aux règles de compétence juridictionnelle selon le Règlement 1346/2000**

Les règles de compétence juridictionnelle prévues en droit communautaire de l'insolvabilité sont le choix d'un compromis entre la thèse de l'universalité et celle visée par la territorialité de la faillite. L'universalité d'une procédure d'insolvabilité communautaire se comprend depuis la fixation d'un for principal prévu à l'article 3§1 du Règlement 1346/2000 (Section

---

<sup>345</sup> C. Nourissat, Droit communautaire des affaires, Dalloz, Paris, 2005, p. 130.

<sup>346</sup> CJCE., Centros, 9 mars 1999, aff. C-212/97, Rec. 1459; D. 1999, p. 550, note M. Menjucq ; CJCE., Uberseering, 5 mars 2002, aff. C-208/00, Rec. 9919; Rev. Soc. 2003, p. 315, note J.-P. Dom; CJCE., Inspire art 30 sept 2003, aff. C-167/01, Rec. 7747, D. 2004, p. 491, note E. Pataut.

<sup>347</sup> Arrêt Eurofood, aff. C-341/04, Rec. 3813, le point 35 de l'Arrêt Eurofood IFCS Ltd du 2 mai 2006 commence par « tel pourrait être le cas d'une société boîte aux lettres qui n'exercerait aucune activité ».

I.). L'établissement d'un for d'inspiration territorialiste est maintenu à l'endroit d'établissement en limitant ses effets aux actifs sur le territoire duquel ils sont visés (Section II).

## Section I. L'établissement d'un for principal selon l'article 3§1

L'article 3§1 du Règlement édicte une présomption simple en faveur du siège statutaire à des fins de désignation d'un centre des intérêts principaux (§1.). L'établissement d'un centre des intérêts principaux du groupe (§2.) ainsi que sa désignation à l'endroit d'une succursale (§3.) confirment le renversement de cette présomption s'il est démontré une réalité objective différente de celle prévue par les statuts.

### §1. Le centre des intérêts principaux d'une filiale

La discussion doctrinale porte sur l'existence d'une compétence juridictionnelle fixée au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés. La compétence de principe prévue en droit communautaire envisage néanmoins la société isolément et non suivant son appartenance à un groupe de sociétés. Selon le Règlement, « les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire »<sup>348</sup>.

Il s'agit d'une présomption simple en faveur du critère du siège social qui peut être renversée en démontrant que le centre des intérêts principaux est établi dans un autre État membre<sup>349</sup>.

Ceci laisse présager qu'une procédure principale peut être envisagée au siège social d'une filiale. La Cour de justice des Communautés européennes confirme en effet la règle générale selon laquelle l'extension d'une procédure d'insolvabilité contre une des sociétés parentes au titre de débiteur principal ou solidaire requiert de respecter la règle de compétence édictée par le règlement à l'égard de chacun des débiteurs en cause ayant une personnalité juridique distincte<sup>350</sup>.

### §2. Le centre des intérêts principaux du groupe

<sup>348</sup> Article 3§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>349</sup> E. Fabriès-Lecea, Sociétés et groupements, JCP G. 2007, I, 172, p. 22.

<sup>350</sup> M. Virgos et E. Schmit, Report on the convention on insolvency proceedings, point 76 : « the convention offers no rule for groups or affiliated companies (parent and subsidiary-schemes). The general rule to open an insolvency proceedings against any of related companies as a principal or jointly liable debtor is that jurisdiction must exist according to the convention for each of the concerned debtors with a separate legal entity ».

La méthode de désignation de la compétence juridictionnelle en présence d'un groupe de sociétés fractionné juridiquement nourrit les débats doctrinaux. En effet, les juges nationaux exercent leur pouvoir d'appréciation quant à la qualification d'un centre des intérêts principaux. Celle-ci consiste à ne point nier la réalité des sièges sociaux que constitue l'activité du groupe. L'approche structure l'endroit où se localise l'essentiel des activités administratives depuis un centre des intérêts principaux (voir supra). La méthode de localisation est davantage caractérisée par un faisceau d'indices<sup>351</sup> structurant celle-ci concurremment à la présomption posée en faveur du siège statutaire. Les lieux de réunion du conseil d'administration et celui des relations d'affaires avec les banques créancières, les principaux partenaires opérationnels du groupe conjugués au domicile des dirigeants mettent en relief la démonstration d'une réalité économique différente de celle prévue par les statuts de chaque société<sup>352</sup>.

### §3. Le centre des intérêts principaux d'une succursale

Nous précisons d'ores et déjà l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai le 1<sup>er</sup> décembre 1955<sup>353</sup> dont la portée temporelle n'est point circonscrite aux faits de l'espèce. Il s'agit d'une société de droit luxembourgeois qui développe l'essentiel de son activité à Lille à partir d'une succursale.

Dans cette affaire et comme le rappelle Monsieur le Professeur Y. Loussouarn, le siège social n'est point en l'espèce fictif et c'est donc sur un autre terrain que les juges du second degré se placent afin de déterminer la compétence des juges français. La démarche ne doit pas être approuvée dans une explication d'inspiration territoriale qui continue néanmoins à justifier la jurisprudence française en matière de faillite internationale. L'affaire BCCI<sup>354</sup> et Khalifa airways<sup>355</sup> en sont des illustrations en ce que la compétence des juges français repose sur la notion de centre principal des intérêts<sup>356</sup> d'une société en France ayant son siège social à

---

<sup>351</sup> CA. Versailles., 4 sept. 2003, D. 2003, p. 2352, note J.-L. Vallens ; Procédures nov. 2003, n°239, obs. C. Nourissat ; Le regroupement des procédures sous la houlette d'un même tribunal : les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy.dr.aff. 2007, p. 67, note R. Damman et G. Podeur.

<sup>352</sup> T. com. Paris, 2 août 2006, D. 2006, p. 2329, note R. Damman et G. Podeur ; T. com. Beaune 2<sup>e</sup> ch., 16 juill. 2008, n° 001586, J. R. c/ SAS Marie Brizard et Roger international, Bull. Joly. janvier 2009 n° 1, p. 53, note M.-L. Coquelet.

<sup>353</sup> CA Douai, 1<sup>er</sup> déc. 1955. D. 1956, jurispr. p. 498, note Y. Loussouarn.

<sup>354</sup> Cass. Com., 11 avril 1995, BCCI, JCP G. 1995, I, 3871, obs. P. Petel.

<sup>355</sup> Cass. Com., 21 mars 2006, Khalifa airways, Bull. Jol. juillet 2006 n° 7, p. 930, note D. Bureau.

<sup>356</sup> Il s'agit du critère opposé par la jurisprudence française en droit international privé commun et reposant sur le décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 ; celui-ci précise qu'en l'absence de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts correspondant à des établissements non dotés de la personnalité morale.

l'étranger. Dans la présente affaire, la Cour d'appel de Douai suggère « le principal établissement qui semble être dans son esprit à mi-chemin entre le siège social et le centre d'exploitation ». En conséquence, indépendamment du fait que l'espèce rapportée désigne la compétence du juge au lieu d'une succursale. Il s'agit d'un raisonnement qui attache à « cette notion de fait des conséquences importantes en matière de faillite ». Ce que l'on ne peut s'empêcher d'observer suite aux effets de la liberté d'établissement<sup>357</sup>.

L'étude de la LDIP suisse prévoit aussi un mécanisme de correction au siège statutaire en ce que les tribunaux suisses du lieu où la société est administrée en fait sont compétents pour connaître des actions dirigées contre une personne responsable en vertu de l'art. 159 LDIP. Il s'agit là encore non point d'une condition d'existence de la société étrangère qui exerce une activité administrative en Suisse mais de permettre aux créanciers croyant légitimement contractés avec une entité locale de retrouver leur droit et un for de proximité. Un for applicable en matière d'insolvabilité ou la loi régissant la responsabilité des administrateurs illustrent le propos (voir infra).

Le raisonnement n'aboutit point le cas comme dans l'autre au refus de reconnaître une société valablement constituée conformément à son État d'origine, mais de déduire des faits une localisation tant du point du for que de la législation applicable eu égard l'administration locale de l'activité transfrontalière en difficulté.

## Section II. L'établissement d'un for d'inspiration territorialiste

Les articles 3§2 et 27 du Règlement 1346/2000 (§1.) auxquels s'ajoute l'article 3§4 du même texte (§2.) confirment la désignation d'un for territorial.

### §1. En vertu de l'article 3§2 et 27 du Règlement 1346/2000

Le Règlement précise que « lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre »<sup>358</sup>.

Si la notion d'établissement inclut la filiale (voir infra), l'ouverture d'une procédure territoriale secondaire est donc envisageable au siège de la filiale du groupe de sociétés. Dans

---

<sup>357</sup> T. com. Bruxelles, 18 septembre 2003, Summit Air LTD, le droit européen de la faillite. D. 2004, p. 1013.

<sup>358</sup> Article 3§2 du Règlement 1346/2000.

ce cas, « la loi applicable à la procédure secondaire est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure secondaire est ouverte »<sup>359</sup>.

Celui-ci ne subordonne point l'ouverture d'une procédure territoriale à la démonstration de l'insolvabilité<sup>360</sup>. Il peut cependant s'avérer utile d'établir l'insolvabilité d'un établissement puisque la notion de cessation des paiements en droit français constitue par exemple un repère aux mécanismes de responsabilité en cas d'insolvabilité<sup>361</sup> et des nullités de la période suspecte<sup>362</sup>.

L'ouverture d'une procédure secondaire conduit donc en principe à vérifier les difficultés de l'entreprise que caractérise le groupe de sociétés. Le mouvement de réforme en droit de l'insolvabilité favorise donc l'exigence d'une appréciation globale en amont des difficultés rencontrées par le groupe au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés (le critère des difficultés insurmontables est ainsi visé au siège social d'une société dominante : voir infra).

## §2. En vertu de l'article 3§4 du Règlement 1346/2000

Un deuxième cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est prévu au lieu d'établissement. L'ouverture d'une procédure territoriale en vertu du règlement 1346/2000 puise son explication en ce que celle-ci peut être ouverte avant la procédure principale. Les raisons invocables sont soit dues au fait que la loi du centre des intérêts principaux ne permet point l'ouverture d'une procédure principale soit que le créancier demande l'ouverture d'une procédure territoriale car il détient une créance qui a son origine dans l'exploitation de l'établissement<sup>363</sup>.

Les Hauts magistrats français se sont prononcés sur les conditions d'ouverture d'une procédure territoriale à l'endroit d'un établissement français créée par une société belge dont le siège statutaire est situé en Belgique<sup>364</sup>. L'affaire présente un intérêt d'une part en ce que la possibilité de qualifier l'établissement de centre des intérêts principaux n'est point retenue dans la présente espèce car la preuve contraire d'une réalité objective différente de celle des statuts n'est point établie (le considérant 13 du Règlement 1346/2000).

---

<sup>359</sup> Article 28 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000, JOCE n° L 160 du 30 juin 2000.

<sup>360</sup> Article 27 du Règlement 1346/2000.

<sup>361</sup> Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 165.

<sup>362</sup> Article L. 631-8 du Code de commerce français.

<sup>363</sup> Article 3§4 a et b du Règlement 1346/2000.

<sup>364</sup> Cass. com., 18 mars 2008, Gaz. Pal. 29 juillet 2008, p. 25, note F. Melin.

Or, le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel reproche à celui-ci d'avoir confirmé le jugement selon lequel l'établissement immatriculé en France d'une société Belge doit faire l'objet « d'une procédure territoriale au sens de l'article 3 § 4, b du règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité ».

Le moyen pris en sa première branche fait grief à l'arrêt d'appel d'avoir confirmé le jugement en « affirmant qu'elle était compétente pour ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de la société de droit belge Euro-Car aux seuls motifs que cette société exerçait une activité et était dirigée depuis la France et ceci sans constater que la société Euro-Car n'exerçait aucune activité sur le territoire de l'État où était situé son siège social ». Les subtilités introduites par la notion de centre des intérêts principaux se comprennent depuis l'arrêt Eurofood comme la preuve de l'absence d'activité au lieu du siège statutaire, ce qui n'est pas rapportée dans la présente espèce. La chambre commerciale enlève toute ambiguïté, si l'on peut dire, au problème du critère de compétence retenu en ce que la Cour d'appel n'a pas retenu sa compétence sur le fondement du centre des intérêts principaux.

Cette dernière retient comme base légale les articles 3§2 et 3§4b du Règlement 1346/2000 et donc l'ouverture d'une procédure territoriale. Le moyen soulevé par le débiteur n'est donc pas fondé.

## **Chapitre II. L'organisation procédurale communautaire et sa vérification par les tiers**

La vérification de l'activité transnationale par les tiers créanciers suppose que l'on précise un mécanisme correcteur au siège statutaire favorable à la sécurité des transactions en droit communautaire (Section I). L'incidence d'une perception des tiers sur l'établissement d'une compétence juridictionnelle communautaire renseigne les créanciers contre le risque d'une insolvabilité transfrontière (Section II).

### **Section I. Un mécanisme correcteur au siège statutaire**

L'apparence en droit international privé se déduit de la relativité de la règle de conflit désignant la *lex societatis* (§1.). La qualification d'un centre des intérêts principaux conduit également à évincer le siège statutaire selon le considérant 13 du Règlement 1346/2000 (§2.).

#### **§1. La théorie de l'apparence**

## A. En droit comparé

L'apparence se définit comme une situation non conforme à la norme (la *lex societatis*) et justifie l'éviction de la réalité juridique au profit de l'apparence. Selon la doctrine la plus autorisée, « les situations apparentes sont des situations de fait auxquelles le droit confère des effets juridiques en raison des circonstances qui les accompagnent<sup>365</sup>. Il s'agit alors d'une erreur légitime des individus à partir d'une mauvaise représentation juridique de la réalité matérielle.

La question de la régularité d'un engagement se pose alors en vertu d'une *lex societatis* inconnue de ceux qui à l'étranger ont traité avec la société. L'empire de la *lex societatis* suppose d'être éclairci, semble-t-il, lorsqu'une société est enregistrée dans un pays de l'Union européenne alors qu'aucune activité réelle et économique ne s'y déploie<sup>366</sup>.

La liberté d'établissement n'exonère point que les dispositions statutaires renseignent sur l'exercice du pouvoir d'administration et de représentation d'une société développant une activité transfrontalière.

Un mécanisme favorable à la sécurité des transactions en droit comparé relativise la règle de conflit posée en faveur du siège statutaire.

La relativité de la règle de conflit posée à l'article 150 et 154 LDIP suisse<sup>367</sup> se manifeste au sein de l'article 158 LDIP. Celui-ci prévoit que « la société ne peut pas invoquer des restrictions du pouvoir de représentation d'un organe ou d'un représentant qui sont inconnues du droit de l'État de l'établissement ou de la résidence habituelle de l'autre partie, à moins que celle-ci n'ait connu ou dû connaître ces restrictions ». Celui-ci limite donc le principe qui veut que la loi applicable soit celle de l'organisation de la société présumée au lieu du siège statutaire. L'hypothèse soulevée conduit à apprécier la situation d'une succursale d'une société étrangère en Suisse<sup>368</sup>.

L'étendue du droit régissant le statut de la société mère est limitée par le droit suisse concernant la représentation de la succursale<sup>369</sup>. L'on oppose ici le droit du statut de la société

---

<sup>365</sup> M.-N. Jobard-Bachellier, *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1984, p. 15.

<sup>366</sup> L'exemple est celui d'un créancier hongrois ayant obtenu un cautionnement par contrat signé en Autriche par le représentant de la société qui y déploie toute son activité alors que le siège statutaire se localise en France. La question se pose de savoir si le créancier doit vérifier l'exigence de la *lex societatis* française : Voir H. Gaudemet-Tallon, *Autorisation des cautionnements, avals et garanties pour une ignorance excusable de la lex societatis*, in *Code de Commerce, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, Paris II, p. 766.

<sup>367</sup> L'article 154 LDIP suisse prévoit que « les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet État », Bucher (A.), *Droit international privé, lois fédérales et conventions internationales*, 7<sup>ème</sup> éd, Bâle, 2009, p. 40.

<sup>368</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, Schulthess, Zurich, 2001, p. 40.

mère et la protection des tiers<sup>370</sup> à travers notamment l'application du droit local au rapport de représentation d'une succursale en Suisse<sup>371</sup>.

Le Règlement Rome I<sup>372</sup> adopte une disposition similaire en matière d'incapacité des personnes physiques. Celui-ci prévoit que « dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant de la loi d'un autre pays que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part ».

### *B. Selon la doctrine*

Un élément dérogatoire à la règle de conflit est également discuté en droit français à travers l'exception d'ignorance excusable<sup>373</sup>. La doctrine avance la règle de bonne foi du tiers cocontractant en justifiant l'application de cette norme et confirme le régime selon lequel la relativité de la règle de conflit est d'application générale « toutes les fois ou le choix opéré par le système de conflit de lois du for à travers les règles de conflits, conduit à écarter la loi au contenu de laquelle certains s'étaient pourtant légitimement fiés pour agir, et dont la mise à l'écart apparaît trop sévère, compte tenu des circonstances »<sup>374</sup>.

Le débat s'instaure relativement à la qualification de la croyance légitime<sup>375</sup>, élément dérogatoire prévu par la règle de conflit désignant la *lex societatis*. Si l'incertitude résulte de l'application d'une loi plutôt qu'une autre (*lex societatis* ou celle du contrat), la présente observation vise à pallier l'insécurité juridique résultant de la jurisprudence communautaire en matière de liberté d'établissement. Car, conformément à celle-ci, la dissociation siège statutaire/domicile économique suppose d'apprécier l'apparence trompeuse qui justifie l'application de « l'ignorance excusable »<sup>376</sup> de la règle de conflit étrangère (la *lex societatis* d'une société sans aucune activité). La méconnaissance de celle-ci se justifie dès lors que l'illusion laisse croire aux créanciers que la société se déploie non au siège d'une société

---

<sup>369</sup> L'article 160 al 1 LDIP suisse prévoit « qu'une société étrangère peut avoir une succursale en Suisse. La succursale est régie par le droit suisse », Bucher (A.), *Droit international privé, lois fédérales et conventions internationales*, 7<sup>ème</sup> éd, Bâle, 2009, p. 41.

<sup>370</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, *ibidem*, p. 43.

<sup>371</sup> L'article 160 al 2 LDIP suisse prévoit « que le droit suisse régit la représentation d'une telle succursale », Bucher (A.), *Droit international privé, lois fédérales et conventions internationales*, 7<sup>ème</sup> éd, Bâle, 2009, p. 41.

<sup>372</sup> Article 13 du [Règlement \(CE\) n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles \(Rome I\)](#), JO n° L 177 du 4 juillet 2008, p.6.

<sup>373</sup> Cass. Req. 16 janvier 1861, Lizardi, GA, B. Ancel et Y. Lequette, Dalloz, 2006, numéro 5.

<sup>374</sup> M.-N. Jobard-Bachellier, *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1984, p. 148.

<sup>375</sup> J.-L. Souriaux, *la croyance légitime*, JCP. 1982, p. 3058.

<sup>376</sup> Cass., Req, 16 janvier 1861, Lizardi, *ibidem*, GA, numéro 5.

enregistrée dans un autre État membre mais dont l'activité administrative voire commerciale leur apparaît localement eu égard la prise de décision en ce lieu<sup>377</sup>.

En définitive, le défaut de pouvoir du représentant d'une société conformément à la *lex societatis* étrangère suppose-t-il son éviction ou au contraire le maintien de l'acte conformément à la croyance qui s'avère trompée par l'inopposabilité d'une garantie sur laquelle le créancier a fait reposer sa croyance légitime. La jurisprudence Lizardi recourt à la théorie de l'apparence, l'étendue de cette dernière concernant les personnes morales conduit à ce que la règle de conflit de loi s'efface derrière les circonstances apparentes.

Le cocontractant de bonne foi a pu croire que le dirigeant étranger disposait des pouvoirs à cet effet au lieu de réalisation de l'activité administrative et commerciale. Plusieurs lois ont donc vocation à s'appliquer concurremment à la *lex societatis* et résident alors dans l'application de la loi du contrat ou celle de l'établissement du créancier<sup>378</sup>.

L'absence d'activité au siège statutaire souligne en outre l'importance de la croyance légitime à l'endroit ou se situe l'administration de fait en renforçant l'objectif de sécurité juridique dans les rapports internationaux. L'apparence conduit par voie de conséquence à écarter la règle de conflit de loi étrangère qu'ont pu ignorer légitimement les créanciers (l'absence d'activité au lieu du siège statutaire) afin que celui-ci ne subisse point les conséquences d'un défaut de pouvoir du représentant<sup>379</sup>. Le créancier commet donc une erreur légitime en croyant que le droit local est identique à un point de droit prévu selon le droit communautaire, à savoir l'inopposabilité aux tiers des clauses statutaires restrictives des pouvoirs des dirigeants sociaux<sup>380</sup>.

La bonne foi du créancier résulte alors d'éléments de fait et de droit<sup>381</sup>. Et Madame le Professeur H. Gaudemet-Tallon met en lumière ces différents éléments qui correspondent respectivement à « l'apparence de pouvoir plus ou moins convaincante, l'importance de l'opération, la difficulté à s'informer sur la *lex societatis*, le caractère professionnel du cocontractant » conjugués à des éléments de droit qui en l'absence de corrélation entre le siège statutaire et le centre effectif de l'activité économique du groupe conduit à privilégier objectivement la loi du siège social réel et l'apparence générée induite par la liberté d'établissement.

---

<sup>377</sup> H. Gaudemet-Tallon, Autorisation des cautionnements, avals et garanties pour une ignorance excusable de la *lex societatis*, Dalloz, 2007, p. 766.

<sup>378</sup> H. Gaudemet-Tallon, Autorisation des cautionnements, *ibidem*, p. 767.

<sup>379</sup> H. Gaudemet-Tallon, Autorisation des cautionnements, avals et garanties pour une ignorance excusable de la *lex societatis*, Dalloz, 2007, p. 763.

<sup>380</sup> M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, Paris, 2008, p. 115.

<sup>381</sup> H. Gaudemet-Tallon, *ibidem*, p. 751.

## §2. Le considérant 13 du Règlement 1346/2000

L'absence de droit des groupes de sociétés au sein du Règlement brouille alors les contours d'une activité transnationale. Celui-ci souligne l'ambivalence d'un Règlement structuré à des fins de lutte contre le forum shopping. Aussi, une situation réelle et différente que celle prévue par les statuts permet au juge saisi de renverser la présomption prévue par le Règlement. Le siège social réel ou le centre des intérêts principaux de l'activité transfrontière se décline donc au lieu de l'administration centrale ou du principal établissement selon une terminologie encore usitée au sein du Règlement Bruxelles I<sup>382</sup>. Selon l'espèce soumise au juge, le centre des intérêts principaux peut donc être désigné à l'endroit d'une succursale<sup>383</sup> (l'absence d'activité au siège statutaire de l'État d'origine de constitution).

La protection des créanciers requiert donc l'application d'une procédure d'insolvabilité à l'endroit où la société est active administrativement et non point en la seule considération des statuts<sup>384</sup>.

Et, il en va de l'efficacité d'une procédure d'insolvabilité au niveau communautaire !

On ne peut alors s'exonérer d'apprécier la teneur du siège statutaire dans les relations transfrontalières à la lumière du droit comparé. Car, comme le souligne l'article 3§1 du Règlement 1346/2000, le centre des intérêts principaux est présumé au siège statutaire sauf si la démonstration d'une situation réelle économique différente est établie selon un critère de « gestion habituelle » et « vérifiable par les tiers ». À l'étendue du siège statutaire semble ainsi se poser la question du recours au siège social réel en droit communautaire. La Cour de justice des Communautés européennes précise alors qu'une société « boîte aux lettres »<sup>385</sup> conduit à renverser la présomption prévue en faveur du siège statutaire.

Nous retenons par voie de conséquence l'appréciation de Monsieur le Professeur Mayer en ce que la volonté des fondateurs qui résulte de la théorie de l'incorporation<sup>386</sup> est nécessairement limitée afin de protéger les tiers contractants<sup>387</sup>. L'autonomie de la volonté est donc « implicitement limitée par le principe de proximité »<sup>388</sup>. Or, la découverte du lien effectif entre la sphère économique et un État de l'Union s'impose encore eu égard ce que suggère la

---

<sup>382</sup> Article 60 Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE n°L 012 du 16/01/2001, p. 1-23.

<sup>383</sup> Cass. Com., 18 mars 2008, Gaz. Pal. 29 juillet 2008, p. 25, note F. Mélin.

<sup>384</sup> T. com Bruxelles, 18 septembre 2003, Summit Air LTD, le droit européen de la faillite. D. 2004, p. 1013.

<sup>385</sup> L'Arrêt Eurofood, aff. C-341/04, Rec. 3813, le point 35 de l'Arrêt Eurofood IFCS Ltd du 2 mai 2006 commence par « tel pourrait être le cas d'une société boîte aux lettres qui n'exercerait aucune activité ».

<sup>386</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, *ibidem*, p. 125.

<sup>387</sup> P. Mayer, *Droit international privé*, 7<sup>ème</sup> édition, Montchrétien, Paris, 2001, p. 667.

<sup>388</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, *ibidem*, p. 305.

Cour de justice des Communautés européennes au sein de l'arrêt Centros<sup>389</sup>. Relayant les propos du représentant du gouvernement allemand au sein de l'affaire inspire art, les moyens de lutte contre des « sociétés boîtes à lettre » soupçonnées d'abuser de la liberté d'établissement restent donc à imaginer<sup>390</sup>.

Ainsi d'une problématique ayant trait à la liberté d'établissement et de son éventuelle limitation à celle du for et de la loi applicable en matière d'insolvabilité, le différend oppose en règle générale la régularité du siège statutaire posée en présomption simple comme rattachement de la personne morale tant pour bénéficier de la liberté d'établissement que lors de la détermination d'un for au lieu du centre des intérêts principaux. Le champ d'analyse visé permet-il d'entrevoir un raisonnement commun ? Nous le croyons en ce que le siège statutaire (l'endroit désigné par les fondateurs dans l'acte constitutif) va donc s'appliquer. Or, c'est précisément ce que confirment les juges luxembourgeois au sein des Arrêts Centros et überseering puis Eurofood rappelant le libre choix de la loi applicable à la société par les fondateurs. Une limite est cependant posée en droit de l'insolvabilité en ce que la société ne doit point être une société « boîte aux lettres ».

Il faut donc vérifier l'incidence de la jurisprudence communautaire en matière de liberté d'établissement sur l'application de la présomption simple errigée en faveur du siège statutaire.

L'objectif d'un tel dispositif est de concilier une flexibilité dans le choix des statuts et le respect de l'intérêt des tiers afin de ne pas aboutir à l'application non idoine d'une loi de l'insolvabilité. Le marché intérieur se structure ainsi en favorisant non seulement la liberté d'établissement mais aussi un objectif de protection des créanciers publics.

Le présent raisonnement conduit ainsi à privilégier la loi de l'État membre où se situe l'établissement d'une société immatriculée en Angleterre et sans activité<sup>391</sup>. Car, selon le considérant 13 du Règlement 1346/2000, la qualification du centre des intérêts principaux au lieu d'établissement répond ainsi à un critère de gestion habituelle et vérifiable par les tiers. En ce sens, les juges sont cependant soumis à un effort de qualification au risque de voir l'ouverture d'une compétence territoriale conformément à l'article 3§4 du Règlement 1346/2000<sup>392</sup> (voir supra).

---

<sup>389</sup> CJCE., Centros, 9 mars 1999, D. 1999, p. 550, note M. Menjuçq.

<sup>390</sup> Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Dalloz, Paris, 2008, p. 645-646.

<sup>391</sup> T. com Bruxelles, 18 septembre 2003, Summit Air LTD, le droit européen de la faillite. D. 2004, p. 1013, note J.-L. Vallens.

<sup>392</sup> Cass. Com., 18 mars 2008, Sté Eurocar. Bull. Joly. août 2008, p. 699, note F. Mélin.

## Section II. L'incidence d'une perception des tiers sur l'établissement d'une compétence juridictionnelle

Le rattachement d'un établissement selon un lien sérieux avec l'économie d'un État membre constitue le prolongement effectif d'un centre des intérêts principaux. Les critères d'appréciation de l'établissement du groupe de sociétés sont examinés (§1). L'organisation procédurale transfrontalière en un centre des intérêts principaux a vocation à apprécier les rapports de dépendance économique<sup>393</sup> entre la société mère et ses filiales (§2.).

### §1 Les critères d'appréciation de l'établissement

L'appréciation des litiges qui se rapportent à un établissement d'une société dominante insolvable interroge sur le caractère restrictif de la notion d'établissement et donc la détermination d'un for secondaire prévu à l'article 3§2 du Règlement 1346/2000 (A.). Le traitement de l'unité économique s'entrevoit dès lors de manière centralisé et coordonné (B.).

#### *A. Vers un critère étendu d'ouverture de la procédure secondaire*

Le concept d'établissement suppose d'apprécier le critère du pouvoir autonome de décision prévu en droit communautaire de la concurrence (2.). La qualification d'une filiale au sein de la notion d'établissement consacre une conception extensive prévue à l'article 2h du Règlement 1346/2000. (1.).

#### 1. Établissement et filiale

L'application d'autant de lois que de sièges sociaux à l'intérieur du groupe pose nécessairement la question de savoir s'il faut traiter la filiale au sein de la notion d'établissement. L'ouverture éventuelle d'une procédure principale d'insolvabilité au siège d'une exploitation locale et de direction secondaire n'est par ailleurs point exclusivement théorique (voir infra : arrêt Eurofood). Dans ce cas de figure, la procédure est principale et s'impose aux autres États membres conformément au principe de confiance mutuelle dont résulte la règle de priorité énoncée au sein du Règlement 1346/2000.

---

<sup>393</sup> Il s'agit d'une proposition soulevée par Madame le Professeur H. Gaudemet-Tallon concernant les litiges relevant de l'option de compétence pour les litiges concernant l'exploitation d'une succursale en vertu de l'article 5§5 du Règlement 44/2000 et de la Convention de Lugano. Le règlement autorise en effet au demandeur d'attirer le défendeur domicilié dans un État communautaire devant le Tribunal d'un autre État de l'Union du lieu de situation d'une succursale, d'une agence ou tout autre établissement ; ce qui pose la question de la définition de l'établissement et l'inclusion de la filiale en son sein qui est dépendante économiquement d'une autre société.

L'organisation procédurale communautaire est sur ce point « poussive » puisqu'elle prévoit des procédures secondaires à caractère exclusivement liquidatifs<sup>394</sup>. Celle-ci n'indique par ailleurs point si la filiale est incluse dans la définition visée à l'article 2h du Règlement.

L'absence de volonté sociale d'une filiale et l'unité de décision que constituent le groupe de société met en lumière la dualité du régime intracommunautaire en présence d'une organisation interne qui diffère selon qu'il s'agit de succursales ou de filiales.

Ainsi, une situation dans laquelle une filiale dispose de ses salariés et d'une usine peut soit être soumise à l'unicité de procédure et donc soumise à un droit autre que local<sup>395</sup> alors qu'une procédure secondaire fut admise en présence de faits similaires<sup>396</sup>. Les affaires Isa Daisytek, Rover<sup>397</sup> et Emtec<sup>398</sup> et Eurotunnel<sup>399</sup> conduisirent ainsi à délocaliser l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale au centre des intérêts principaux des filiales du groupe au siège de la société mère. L'affaire Emtec illustre aussi l'ouverture d'une procédure secondaire concurrente suite à la centralisation des procédures décidée en France<sup>400</sup>.

Une partie de la doctrine appelle ainsi de ses vœux une conception extensive de la notion d'établissement. Celle-ci se définit comme tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens.

Dès lors, les créanciers locaux d'une filiale localisée dans un autre Etat que celui où est initiée la procédure principale peuvent attirer une société d'un groupe conformément au droit local issu de l'ouverture d'une procédure secondaire au lieu d'établissement. L'étendue de ce dispositif semble s'entrevoir selon des objectifs de protection des intérêts localisés au lieu d'établissement (les créanciers et les salariés). La portée d'une procédure secondaire est cependant limitée eu égard le caractère exclusivement liquidatif des procédures secondaires initiées en France et soulève des difficultés d'application dans une optique d'assainissement<sup>401</sup>.

L'existence d'une exploitation économique minimum conduit à apprécier la multitude d'établissements d'un groupe transnational de sociétés et enjoint de prendre en compte sa

---

<sup>394</sup> Article 3§3 du Règlement 1346/2000.

<sup>395</sup> Affaire Daisytek, High court, Chancery Division, 16 mai 2003, n°861-876/03 disponible sur [www.eir-database.com](http://www.eir-database.com).

<sup>396</sup> M. Raimon, Centre des intérêts principaux et coordination des procédures dans la jurisprudence européenne sur le Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité, JDI. 2005, p. 761.

<sup>397</sup> T. com. Nanterre, 19 mai 2005, Juris-Data n° 2005-271011 ; D. 2005, p. 1787, note R. Dammann ; JCP G. 2005, II, 10116, note M. Menjucq ; Rev. Proc. Coll. 2005, p. 241, obs. M. Menjucq.

<sup>398</sup> T. com. Nanterre, 14 et 15 févr. 2006 : D. 2006, p. 651, obs. A. Lienhard et p. 793 note J.-L. Vallens.

<sup>399</sup> T. com. Paris, 2 août 2006 : D. 2006, p. 2329, note R. Dammann et G. Podeur.

<sup>400</sup> Eurofenix, Un coup on le voit, un coup on le voit plus !, La revue d'INSOL Europe, 2009, p. 47.

<sup>401</sup> R. Damman et M. Sénéchal, La procédure secondaire du règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 : mode d'emploi, Rev. Lamy dr. aff. octobre 2006, n°s 9-10, p. 81.

dimension pluri territoriale. L'ouverture de procédures secondaires où sont localisées des filiales n'a alors d'intérêt que si elle améliore l'intérêt des créanciers conformément au droit local consistant à fixer leurs droits et à la répartition des actifs<sup>402</sup>. Surtout, le dispositif doit permettre le cas échéant un plan de redressement unique sous la houlette d'une procédure principale conformément au Règlement en soumettant les procédures secondaires aux objectifs de la procédure principale<sup>403</sup> (voir partie II : la technique du protocole).

En effet, le syndic de la procédure principale « se voit conférer plusieurs possibilités d'influer sur les procédures secondaires en cours »<sup>404</sup>.

Si le Règlement 1346/2000 introduit un for secondaire au lieu d'établissement, celle-ci incluant la filiale s'oriente davantage vers l'application de la loi d'insolvabilité aux sûretés réelles inscrites et au droit des salariés sur le territoire en question. Car, rappelons le, l'ouverture d'une procédure territoriale permet certes aux créanciers locaux de se voir appliquer la loi locale, mais il implique de tenir compte de l'article 28 du Règlement. Celui-ci prévoit l'application de la loi de la procédure secondaire. En d'autres termes, la *lex concursus* va déterminer le régime des sûretés et des contrats de travail et donc l'opposabilité de celles-ci ainsi que leur rang dans la procédure. Le principe de prévisibilité juridique et d'attente légitime des créanciers locaux justifie la présente solution.

Aussi, à l'exclusion d'une compétence à raison d'un établissement au siège de la filiale telle que cela résulte de la circulaire du 15 décembre 2006<sup>405</sup> : deux critères ressortent de la jurisprudence des États membres en ce qu'il convient ou non d'inclure la filiale dans la définition de l'article 2h.

La teneur de celui-ci oriente dès lors la continuité de l'activité économique sur le plan procédural soit en centralisant les procédures en direction des filiales soit en appréciant l'ouverture d'une procédure secondaire les concernant. La centralisation des procédures se mesure selon que l'activité de la filiale satisfait ou non aux conditions visées par le Règlement. C'est-à-dire une activité économique conjuguée à des moyens humains et des biens. L'absence de fonctions de direction d'une société dominante sur l'activité de la filiale et/ou la présence de salariés, d'une usine et des actifs grevés en son sein autorise une interprétation extensive de l'établissement et donc une loi de l'insolvabilité locale.

## 2. La notion d'établissement et le pouvoir autonome de décision

<sup>402</sup> T. com. Nanterre, 14 et 15 févr. 2006, *ibidem*.

<sup>403</sup> Article 33 du Règlement 1346/2000.

<sup>404</sup> Considérant 20 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>405</sup> F. Melin, Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, Bruylant, 2008, p. 490.

L'étude du pouvoir autonome de décision est examinée en droit communautaire de la concurrence. L'élément constitutif de l'entreprise autorise la désignation d'un for selon l'autonomie décisionnelle ou non d'une filiale. En l'occurrence, l'ouverture d'une procédure conduit à apprécier les mesures de réorganisation par rapport au groupe selon notamment une continuité de l'activité et dépendant d'une direction supérieure et contrôlant celle-ci<sup>406</sup>.

Le dépassement de la définition prévue à l'article 2h du Règlement 1346/2000 se justifie à la lumière d'une interprétation téléologique. Ainsi, le critère du pouvoir autonome de décision est utile à cette fin. L'application du droit de l'entreprise aux sociétés en difficulté requiert que l'on caractérise la filiale ou la succursale comme une entreprise ou non. La jurisprudence communautaire décide d'une telle qualification lorsque ces dernières jouissent d'une autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché<sup>407</sup>.

A défaut, la société n'est point une entreprise. L'explication du présent schéma, il est vrai propre au droit communautaire de la concurrence, n'a rien d'anodin en ce que le for secondaire se déduit principalement d'une activité économique et de moyens humains. Dans cette hypothèse, le centre d'exploitation a un pouvoir de négocier avec les tiers et peut donc avoir une incidence sur l'établissement d'un for secondaire.

Dans ce cas, l'ouverture d'une procédure secondaire déploie des effets seulement à l'égard de l'établissement concerné. Le syndic de la procédure principale peut initier cette première en raison du lien hiérarchique établi entre celle-ci et la procédure principale.

Une solution médiane consiste donc à vérifier les conditions d'ouverture compte tenu de l'article 2h du Règlement corroboré par un pouvoir autonome de décision de l'établissement tant dans son fonctionnement interne qu'en égard son activité commerciale extérieure. Il s'agit là d'arguments pouvant alors être avancés par les titulaires du droit d'initier une procédure territoriale. L'article 29<sup>408</sup> du Règlement 1346/2000 renvoie en outre au droit positif qui autorise le débiteur, les créanciers, le parquet ou le Tribunal<sup>409</sup> à requérir l'ouverture d'une procédure secondaire.

### *B. Un traitement centralisé et coordonné de l'unité économique*

---

<sup>406</sup> Th. Montéran, La tentation du forum shopping, les critères de territorialité appliqués aux groupes de sociétés dans le règlement européen du 19 mai 2000, Gaz. proc. coll. 26-27 octobre 2007/4, p. 10.

<sup>407</sup> CJCE., Centrafarm, 31 octobre 1974, aff. 15/74, Rec.1147.

<sup>408</sup> Celui-ci prévoit que l'ouverture d'une procédure secondaire peut être demandée par le syndic de la procédure principale et toute autre personne ou autorité habilitée à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi de l'État membre sur le territoire duquel l'ouverture de la procédure secondaire est demandée.

<sup>409</sup> F. Melin, Le Règlement 1346/2000, Bruylant, 2008, p. 182.

## 1. Une complémentarité nécessaire entre la procédure principale et secondaire

Le Règlement 1346/2000 se structure davantage vers un esprit de coopération et solutionne le conflit de juridiction en harmonisant ses règles évitant ainsi l'absence de coordination entre une procédure principale et secondaire. Ce mode de résolution harmonisé réconcilie, si l'on peut dire, la doctrine de l'universalité et celle de la territorialité. Surtout, l'activité du groupe soumet l'analyse du Règlement à des interprétations divergentes, lesquelles interfèrent avec les objectifs assignés par ledit Règlement<sup>410</sup>.

En conséquence, la recherche impérative de coordination se mesure selon les paramètres suivants. Soit l'on considère comme la doctrine française que la procédure principale transforme les procédures secondaires en composantes de fait de cette première tenant compte de l'unité réelle des patrimoines des sociétés apparentées. L'hypothèse présente alors l'avantage d'une définition large de l'établissement en incluant la filiale en son sein. L'ouverture d'une procédure secondaire subordonnée à la procédure principale permet dès lors une valorisation des actifs et l'accomplissement des opérations de répartition de l'actif des patrimoines du groupe de sociétés. La nécessité de conserver les actifs qui auraient dû être réalisés dans le cadre de la procédure secondaire permet la suspension de cette dernière sur demande du syndic à des fins de redressement envisagé dans la procédure principale<sup>411</sup>. À défaut de coopération suffisante, la procédure secondaire peut vider de son contenu économique la procédure principale et s'avère dommageable tant pour la restructuration des sociétés apparentées que pour les créanciers qui bénéficient d'un cadre pour l'exercice de leurs droits. Une procédure secondaire dont le bénéfice ne concerne exclusivement les créanciers locaux est contraire à l'égalité des créanciers prévue en droit communautaire<sup>412</sup>.

## 2. Vers des solutions innovantes en présence d'une activité transnationale

L'unité d'entreprise caractérise in casu « une réalité économique différente » que celle prévue par les statuts de la société résultant du système de l'incorporation<sup>413</sup>. Il en résulte une centralisation des différentes procédures au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés. La résolution du litige ayant trait à l'insolvabilité se tourne d'avantage vers une

---

<sup>410</sup> Considérant 5 du Règlement 1346/2000.

<sup>411</sup>P. Roussel Galle, Règlement (CE) n° 1346/2000 du conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *juriscl. Proc. coll.*, Fasc. 871, point 126.

<sup>412</sup> Article 32 du Règlement 1346/2000.

<sup>413</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, *ibidem*, p. 117.

appréhension de l'activité économique dans sa globalité en mesurant l'incidence des liens conventionnels et financiers entre les membres du groupe<sup>414</sup>.

La centralisation d'une procédure principale a un effet universel sur l'ensemble des actifs mais connaît une limitation selon que le créancier, titulaire de sûretés réelles est localisé ou non dans l'État membre d'ouverture de la procédure principale<sup>415</sup> (voir partie II).

Ainsi, l'ouverture d'une procédure principale en direction des filiales (l'hypothèse d'absence d'autonomie décisionnelle des filiales) conjuguée à la déclinaison de procédures secondaires (une activité décentralisée) trouve un équilibre satisfaisant au sein de solutions novatrices. Ces dernières se caractérisent par un esprit de coopération étroit entre les différents syndics qui doit notamment comprendre un échange d'informations suffisant, conférant un rôle prédominant à la procédure principale<sup>416</sup> initié au centre des intérêts principaux. La protection des intérêts locaux des créanciers est alors visée en sollicitant l'ouverture d'une procédure secondaire et peut selon le cas d'espèce répondre à l'attente légitime qu'ils se sont faits de l'activité du débiteur.

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale de portée universelle et la possibilité d'initier des procédures nationales qui ne concernent que les actifs situés dans l'État d'ouverture met en évidence la protection des créanciers locaux et la rationalisation de la procédure principale. Dès lors, l'attente légitime de ces derniers est remplie en ce que le rang de leurs créances et la loi du concours fixant leurs droits lors de la réalisation de l'actif s'appliquent conformément à la *lex concursus*<sup>417</sup>. En l'occurrence, l'ouverture d'une procédure secondaire ordinaire voire contractuelle ou la centralisation de procédures contribue à « bâtir sur mesure »<sup>418</sup> des solutions innovantes<sup>419</sup> dans le respect de l'intérêt des créanciers et de l'organisation conventionnelle du groupe transnational de sociétés (voir partie II).

## §2. Le centre des intérêts principaux et une organisation procédurale transfrontalière

L'établissement d'un for principal au centre des intérêts principaux (A.) interroge sur la justification d'une compétence juridictionnelle communautaire au lieu d'établissement d'une activité transnationale (B.).

<sup>414</sup> P. Le Cannu, *Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives*, P.A. Janvier 2002, p. 56.

<sup>415</sup> Les articles 5 et suivants limitent l'universalité de la procédure principale d'insolvabilité.

<sup>416</sup> Considérant 20 du Règlement 1346/2000.

<sup>417</sup> L'article 4.2 i du Règlement 1346/2000 précise que la loi d'ouverture détermine le rang des créances et celle gouvernant la distribution du produit de la réalisation des biens.

<sup>418</sup> L. Henry, *Procédure civile et Règlement communautaire* : Nice les 16 et 17 mai 2008, PA. nov 2008, p. 39.

<sup>419</sup> Le protocole Sendo, D. 2006, AJ, p. 2237, obs. A. Lienhard.

## *A. L'établissement d'un for principal*

En effet, la lecture stricto sensu du Règlement requiert que soit mis sur un pied d'égalité les sièges sociaux des sociétés<sup>420</sup> du groupe (les sièges statutaires désignent les centres d'exploitation commerciale et le centre d'administration du groupe). Alors que des sociétés apparentées précisent un fonctionnement selon lequel certaines d'entre elles n'ont vocation qu'à financer<sup>421</sup> l'activité du groupe, d'autres la réalisation de l'activité commerciale tandis que l'administration du groupe est confiée à un quartier général s'occupant de la stratégie directionnelle du « navire ».

Le degré d'organisation centralisé voire décentralisé du groupe se réalise au travers un système de centralisation<sup>422</sup> d'une procédure principale à effet universel. Une centralisation des procédures semble alors prévaloir dès lors que les créanciers commerciaux du groupe savent que les fonctions de direction les plus significatives sont exercées au niveau d'une société dominante (un parallèle avec le comité des créanciers dans le plan de sauvegarde renseigne la démonstration<sup>423</sup>).

La jurisprudence des États membres déduit d'une direction et d'un contrôle d'une société dominante sur les autres sociétés du groupe un renversement de la présomption posée en faveur du siège statutaire. Face à de telles directives, les tribunaux considèrent que la direction financière, la trésorerie mise à la disposition du groupe ainsi que celle stratégique à l'ensemble du groupe autorise la centralisation<sup>424</sup> de la procédure en un centre des intérêts principaux.

L'établissement des directives techniques et financières organise le rapport existant entre une société mère et ses filiales et il en résulte l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sous la houlette d'un seul tribunal. La procédure d'insolvabilité produit alors des effets en direction de filiales établies dans les autres États de l'Union européenne.

Le principal argument relève de « l'obligation inhérente à la centralisation opérée autour du domicile afin de préserver l'unité du patrimoine au niveau international »<sup>425</sup> ou désormais des

---

<sup>420</sup> J.-L. Vallens, La maison mère d'un groupe, centre des intérêts principaux de ses filiales étrangères. D. 2006, p. 793.

<sup>421</sup> CJCE., 2 mai 2006, Affaire Eurofood, JCP. 2006, p. 1129, note M. Menjucq.

<sup>422</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), Trente-sixième session, New York, 18-22 mai 2009, p. 5.

<sup>423</sup> L'article L. 620-30 du Code de commerce : Les comités d'établissement de crédit et de fournisseurs constituent le comité des créanciers depuis la loi du 26 juillet 2005 et renseigne ainsi sur les créanciers importants de l'activité du débiteur : J. Vallansan, difficultés des entreprises, Litec, Paris, 2009, p. 252.

<sup>424</sup> CA. Douai., 3 juillet 1986. D. 1987, Obs. F. Derrida : le renvoi devant une autre juridiction permet la concentration de procédures ouvertes à l'encontre des sociétés d'un groupe qui présentent des liens économiques étroits et dont les sièges sociaux sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions.

<sup>425</sup> M. Raimon, Le principe d'unité du patrimoine en droit international privé, L.G.D.J., 2002, p. 285.

patrimoines des diverses sociétés que composent le groupe. Les difficultés d'application du principe de proximité se vérifient puisque la personne morale est l'élément primordial du patrimoine<sup>426</sup>. La personne morale a en effet un patrimoine propre mais dans le cas présent, celui-ci est sous contrôle d'une société dominante. Le centre des intérêts principaux met ainsi en évidence le contrôle des patrimoines sociaux à travers l'ouverture d'une procédure principale qu'il convient de coordonner in casu avec une procédure secondaire afin de protéger le cocontractant de l'établissement secondaire.

## *B. La création d'un for communautaire au lieu d'un établissement*

### 1. La précision d'une compétence juridictionnelle au lieu d'établissement

La notion d'établissement se définit comme « tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ». La condition suivant laquelle l'établissement doit faire juridiquement partie de l'entreprise principale n'est point mentionnée. En principe, il s'agit là d'un élément essentiel sur lequel se fonde les conventions fiscales qui définissent l'établissement stable comme non doté de la personnalité morale et exerçant tout ou partie de son activité au lieu d'installation. L'absence de personnalité morale de l'établissement légitime l'extraterritorialité et l'extension d'une mesure d'exécution forcée pratiquée sur les comptes d'un client d'une banque française à des fonds inscrits au sein d'une des ses succursales à l'étranger<sup>427</sup>.

Ceci laisse une brèche au sein de laquelle peuvent « s'engouffrer » les tenants d'un traitement homogène et coordonné de l'insolvabilité de patrimoines juridiquement distincts mais sous la coupe d'une coopération renforcée.

Une filiale tout comme une succursale ou tout autre établissement peut être dépendant économiquement de la société mère et met en perspective les notions d'influence dominante d'une maison mère et l'absence de comportement indépendant d'une filiale.

L'étude de l'option de compétence conformément à l'article 5§5 du Règlement 44/2000<sup>428</sup> soulève l'étude d'une compétence juridictionnelle au lieu de localisation de l'établissement. La doctrine nuance toutefois la détermination du for au lieu d'un établissement selon la nature

---

<sup>426</sup> M. Raimon, Le principe d'unité du patrimoine en droit international privé, *ibidem*, p. 102.

<sup>427</sup> M. Menjuq, Droit européen et international des sociétés, Domat, Paris, 2008, p. 445.

<sup>428</sup> Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée devant un autre État membre s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout établissement devant le tribunal du lieu de situation : article 5§5 du Règlement Bruxelles I, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 1-23.

du litige. Celle-ci précise alors que les litiges relatifs à « l'exploitation interne de l'établissement secondaire »<sup>429</sup> échappe au domaine de l'article 5§5. L'on ne peut alors s'empêcher de souligner la fonction d'une procédure d'insolvabilité qui concerne un établissement dont le fonctionnement interne dépend essentiellement de la maison mère. Dans ce cas, l'importance d'un for principal en ce lieu est mise en évidence. Tout au contraire est le litige concernant l'activité extérieure de l'établissement.

L'étendue de la notion d'établissement et donc le sens à lui conférer suppose de vérifier si au regard de l'article 3§2 du Règlement 1346/2000 une personne morale indépendante puisse être concernée par une procédure territoriale.

La mise en relief de l'article 3§2 du Règlement 1346/2000 et celle développée relativement à l'article 5§5 du Règlement 44/2000 a un intérêt en ce qu'elle organise une compétence juridictionnelle au lieu d'établissement de succursales voire de tout établissement ayant donc vocation à inclure les filiales. Le parallèle s'arrête cependant là en ce qu'il ne s'agit point d'un for optionnel à l'endroit où est localisé le domicile du défendeur (*actor sequitur forum rei*) mais un for de subordination à la procédure principale au lieu du centre des intérêts principaux.

## 2. La dépendance d'un établissement et le prolongement décentralisé de la maison mère

Des précisions concernant la définition de l'établissement s'apprécient néanmoins à la lumière des observations de la Commission rendues dans l'affaire Somafer<sup>430</sup>. Celle-ci conduit à dégager une définition instructive. Ainsi, « la notion de succursale, d'agence ou de tout autre établissement implique un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement ».

L'établissement a une certaine autonomie de fait désignant alors une succursale voire une agence mais ne concerne point à priori une filiale.

Une controverse sur le contenu de la notion d'établissement est de nature à induire un régime communautaire ambivalent que l'on se doit de remédier. Une conception restrictive exclut en

---

<sup>429</sup> H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, L.G.D.J., 2002, p. 190.

<sup>430</sup> CJCE., *Somafer*, 22 nov 1978, aff. 33/78, Rec. 2188.

effet la filiale de la définition prévue à l'article 2h du Règlement 1346/2000 en favorisant la centralisation des procédures en un for principal produisant un effet universel en direction de toutes les sociétés apparentées.

Le raisonnement concernant l'option de compétence conférée à l'article 5§5 du Règlement Bruxelles I permet au demandeur d'attirer le défendeur localisé dans un autre État membre devant le tribunal du lieu de situation d'une succursale ou de tout autre établissement.

La condition posée joue précisément au cas où la société filiale agit en tant que prolongement d'une société établie dans un autre État contractant<sup>431</sup> soumise à la direction et au contrôle de la société mère<sup>432</sup>.

Nous pensons qu'une observation similaire conduit à créer un for de compétence secondaire en matière d'insolvabilité à l'endroit d'une filiale dès lors qu'elle est dans la dépendance économique d'une société mère (postulat de départ). Le présent cheminement semble pouvoir s'appliquer à toutes formes d'établissements<sup>433</sup>. L'aspect extérieur de l'activité commerciale qui se manifeste par un pouvoir de négocier des affaires avec des tiers<sup>434</sup> contribue à rapprocher la procédure d'insolvabilité d'une filiale de ses créanciers locaux. L'appréciation souveraine des juges consiste à prendre en compte la présence physique de salariés, d'un compte en banque et donc du développement d'une activité économique alors même que les décisions stratégiques sont exercées au sein d'un autre État membre. Les litiges relatifs aux engagements pris par le centre d'opération alors même qu'ils sont avalisés par une société dominante ainsi que les litiges qui ont leur origine dans les activités de la filiale contribuent en conséquence à rapprocher le litige « avec celui qui a souffert de l'activité ou de celui qui a contracté »<sup>435</sup>.

Le lien de rattachement entre le litige et la juridiction désignée s'apprécie sur la base des relations juridiques existantes entre des personnes morales établies dans différents États membres. Les critères de la dépendance économique, de la soumission à la direction et au contrôle d'une maison mère entrevoient l'ouverture d'une procédure secondaire territoriale subordonnée à la procédure principale afin de rapprocher les créanciers locaux du juge national conformément à l'article 3§2 du Règlement 1346/2000.

---

<sup>431</sup>Cette solution s'inspire de la proposition formulée par H. Gaudemet-Tallon à propos de l'option de compétence pour les litiges concernant l'exploitation d'une succursale prévu à l'article 5§5 du Règlement 44/2001.

<sup>432</sup> CJCE., De Bloos, 6 octobre 1976, aff. 14/76, Rec. 1497.

<sup>433</sup> CJCE., 9 décembre 1987, *ibidem*, Rec. 4909.

<sup>434</sup> CJCE., 22 novembre 1978, *ibidem*, Rec. 2188.

<sup>435</sup> H. Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe, L.G.D.J., 2002, p. 191.

## Conclusion chapitre II :

La vérification de l'organisation procédurale communautaire par les tiers est soulignée à des fins de désignation du for applicable. La désignation d'une règle de conflit désignant le siège statutaire<sup>436</sup> éprouve in casu des limites dans les rapports transfrontaliers. L'apparence conduit par voie de conséquence à écarter le principe d'une localisation du débiteur selon la règle de conflit de lois désignant la *lex societatis* afin de renforcer la sécurité des transactions dans les rapports transfrontaliers. Une loi est alors désignée applicable conformément à la croyance légitime des tiers contractants. La conséquence d'un défaut de pouvoir du représentant conformément à la *lex societatis* d'une société ayant une activité à l'étranger<sup>437</sup> en est un exemple criant.

La réaffirmation du siège statutaire en droit communautaire de l'insolvabilité comme étant le socle du présent raisonnement suppose aussi une limitation. La règle de conflit de juridiction et de loi applicable est en effet appréciée à la lumière du considérant 13 du Règlement 1346/2000 en ce qu'il interroge sur la qualification du centre des intérêts principaux au lieu d'établissement<sup>438</sup>. Le créancier voit ainsi ses droits sauvegardés précisément à travers la désignation d'un for applicable à l'endroit où l'activité se déploie réellement (le centre des intérêts principaux est donc au lieu d'établissement). Les effets de la liberté d'établissement conduisent à désigner non le siège statutaire comme rattachement de la personne morale mais une réalité concurrente aux statuts au lieu du siège social réel. Le traitement centralisé de l'unité économique se déduit en outre d'une soumission à la direction et au contrôle de la maison mère en présence de filiales. La présente solution semble trouver une justification dans la fonction même d'une procédure d'insolvabilité qui concerne un établissement et dont le fonctionnement interne dépend essentiellement de la maison mère. La jurisprudence s'en fait l'écho en fixant un for principal en ce lieu. Les fonctions de direction les plus significatives sont alors exercées au niveau d'une société dominante et renseignent les créanciers importants de l'activité du débiteur<sup>439</sup>.

---

<sup>436</sup> Le droit international privé suisse désigne la *lex societatis* comme règle de conflit en vertu de l'article 158 LDIP : Bucher (A.), *Droit international privé, lois fédérales et conventions internationales*, 7<sup>ème</sup> éd, Bâle 2009, p. 40.

<sup>437</sup> H. Gaudemet-Tallon, *Autorisation des cautionnements, avals et garanties pour une ignorance excusable de la lex societatis*, Dalloz, 2007, p. 763.

<sup>438</sup> Cass. Com., 18 mars 2008, Sté Eurocar, Bull. Joly. août 2008, p. 699, note F. Mélin.

<sup>439</sup> L'article L. 620-30 du Code de commerce : Les comités d'établissement de crédit et de fournisseurs constituent le comité des créanciers depuis la loi du 26 juillet 2005 et renseigne ainsi sur les créanciers importants de l'activité du débiteur, J. Vallansan, *difficultés des entreprises*, Litec, Paris 5<sup>ème</sup> édition 2009, p. 252.

L'organisation procédurale communautaire est aussi complétée par un traitement coordonné du patrimoine ou des patrimoines des débiteurs insolvables. L'étendue d'une définition de l'établissement visée à l'article 2h du Règlement requiert d'être caractérisée en présence d'une filiale. Dans l'affirmative, l'ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité peut être initiée à cet endroit<sup>440</sup>. Le droit communautaire de la compétence judiciaire en matière civile et commerciale caractérise l'exemple d'une compétence juridictionnelle au lieu d'établissement d'une activité transfrontalière. Le présent raisonnement contribue à rapprocher la procédure d'insolvabilité d'une filiale de ses créanciers locaux.

Une solution médiane consiste in fine à vérifier les conditions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité eu égard un pouvoir autonome de décision de l'établissement tant dans son fonctionnement interne qu'eu égard son activité commerciale extérieure. Une conception extensive de la notion d'établissement incluant en son sein la filiale est alors préconisée par la doctrine majoritaire. Celle-ci corrobore l'esprit du Règlement à travers la recherche impérative de coordination entre une procédure principale et secondaire et l'application distributive de la loi applicable et du juge compétent selon un principe de proximité<sup>441</sup>.

### **Chapitre III. L'étendue d'un centre des intérêts principaux**

Le centre des intérêts principaux introduit la réflexion sur un système de résolution face à une pluralité de sièges statutaires caractérisant l'activité transnationale (Section II). Le droit comparé met en évidence les contours d'un remède au siège statutaire (Section I).

#### **Section I. Les remèdes au siège statutaire**

Les fondements légaux d'une correction à la *lex societatis* sont examinés selon l'article 159 LDIP suisse (§1). La Cour de justice des Communautés européennes introduit quant à elle une réserve de fictivité à des fins de renversement d'une présomption posée en faveur du siège statutaire (§2).

#### **§1. Selon l'article 159 LDIP suisse**

---

<sup>440</sup> Considérant 12 du Règlement 1346/2000.

<sup>441</sup> Ce principe exprime l'idée du rattachement du rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits et d'une subordination de l'efficacité d'une décision à l'étroitesse des liens qui se rattachent à l'autorité qui l'a prise ; M. Raimon, *Le principe d'unité du patrimoine en droit international privé*, *ibidem*, p. 101 ; P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI, 1986, T. 196, p. 25-26.

La dissociation d'un siège statutaire et du siège social réel de l'activité transfrontalière (A.) introduit l'examen d'une règle de conflit unilatérale suisse visant à corriger le principe de l'incorporation (B.).

### *A. La dissociation du siège statutaire et réel de l'activité transfrontière*

#### 1. Une correction exceptionnelle au principe de l'incorporation

L'étude du droit comparé concerne les mécanismes légaux visant à corriger le risque d'incorporation abusive et les moyens de droit visés à cet effet afin de protéger les tiers créanciers.

L'analyse d'une soustraction abusive des fondateurs à l'emprise d'une législation nationale oriente un dispositif dont la finalité est d'asseoir une localisation objective de l'activité économique. La réponse suisse face à une dissociation frauduleuse de l'activité transfrontalière a conduit le législateur helvète à introduire l'article 159 LDIP<sup>442</sup>.

Celui-ci introduit une action en responsabilité contre les personnes qui contrôlent et déterminent l'activité administrative en corrigeant la loi de la société désignée au siège statutaire.

La loi applicable est celle qui apparaît aux yeux des tiers comme le centre effectif de l'activité économique à l'endroit où se situe l'activité commerciale et administrative.

En l'occurrence, la correction à une application systématique d'une *lex societatis* au siège statutaire dépend de l'incidence de la théorie de l'apparence non exclusivement au siège statutaire. La localisation du siège réel rend en effet légitime l'exercice d'un centre d'administration aux yeux des créanciers de l'activité transfrontalière. L'application du droit de la responsabilité conformément à la loi ou la société est active corrobore une localisation différente que celle visée par les statuts. Généralement, cette dérogation se justifie dès lors que la *lex societatis* se caractérise par l'absence de dispositions sur le capital social ou est d'une plus grande clémence concernant l'action en responsabilité pour dettes. On entrevoit ici le rôle de l'apparence qui corrige le risque qu'on oppose aux créanciers suisses une *lex societatis* plus clémente alors qu'aucune activité n'est exercée en ce lieu.

Monsieur le Professeur Reymond considère que l'étendue de cette norme est limitée aux situations de dissociations du siège statutaire et réel qui consiste à tromper les créanciers

---

<sup>442</sup>L'article 159 LDIP prévoit que lorsque les activités d'une société créée en vertu du droit étranger sont exercées en Suisse ou à partir de la Suisse, la responsabilité des personnes qui agissent au nom de cette société est régie par le droit Suisse, Bucher (A.), *Droit international privé, lois fédérales et conventions internationales*, 7<sup>ème</sup> éd, Bâle 2009, p. 41.

induits en erreur par une incorporation qualifiée d'abusive. En d'autres termes, l'application de la loi du siège statutaire s'étend aux questions d'organisation de la société conformément à la LDIP suisse<sup>443</sup>. Ce n'est qu'exceptionnellement que le régime de la responsabilité pour une société étrangère se vérifie conformément au droit suisse. Notamment lorsque les activités d'une société créée en vertu du droit étranger sont exercées sur le territoire helvète ou à partir de son territoire, la responsabilité des personnes qui agissent au nom de cette société est dès lors régie par le droit suisse.

## 2. Un mécanisme de protection des tiers créanciers

L'établissement d'un critère objectif à travers un mécanisme de responsabilité pour dettes<sup>444</sup> introduit par voie de conséquence un mécanisme de protection des tiers créanciers au lieu d'administration<sup>445</sup> de fait d'une activité transfrontalière.

Les tribunaux suisses sont alors compétents pour statuer sur la responsabilité des personnes qui agissent au nom de cette société. Les tribunaux suisses sont alors compétents pour les actions susvisées au lieu où la société est administrée en fait conformément à l'article 152 b LDIP<sup>446</sup>.

La théorie du siège effectif permet alors de rechercher la responsabilité d'une société qui est dirigée effectivement depuis la Suisse. L'apport de la doctrine quant à la qualification et l'étendue d'une direction d'une société depuis ledit pays éclaire la présente démonstration sur ce qu'il convient d'apprécier quant à l'existence d'une activité principale d'administration. Le centre d'administration l'emporte alors sur l'activité commerciale<sup>447</sup> en ce que le droit local de la responsabilité va s'appliquer alors même que la société enregistrée à l'étranger y déploie une activité commerciale.

### *B. L'exemple d'une règle corrigeant le principe de l'incorporation*

#### 1. La mise en œuvre d'une règle de conflit unilatérale

---

<sup>443</sup> L'article 154 LDIP prévoit que les sociétés sont régies par le droit de l'État en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet État.

<sup>444</sup> Article 159 LDIP, *ibidem*.

<sup>445</sup> Sur la notion d'existence d'une activité principale d'administration et sur sa controverse quant aux éléments de qualification de cette dernière en droit Suisse : F. Guillaume, *Lex societatis*, Schulthess, Zurich, 2001, p. 222

<sup>446</sup> L'article 152 LDIP suisse précise que sont compétents pour connaître des actions dirigées contre une personne responsable en vertu de l'art. 159 ou contre la société étrangère pour laquelle cette personne agit les tribunaux suisses du lieu où la société est administrée en fait ou du domicile du défendeur, Bucher (A.), *Droit international privé, lois fédérales et conventions internationales*, 7<sup>ème</sup> éd, Bâle 2009, p. 41.

<sup>447</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, *ibidem*, p. 222.

La règle de conflit de lois suisse est unilatérale en ce qu'elle « détermine seulement la compétence de l'ordre juridique à laquelle elle appartient »<sup>448</sup>.

Le principe de l'incorporation est alors confirmé. Selon la théorie des strates<sup>449</sup>, le droit de l'incorporation s'applique à presque tout alors que le droit du siège effectif va gouverner la protection des créanciers en permettant une action contre ceux qui dirigent en apparence la société. Le risque que ceux-ci soit induit en erreur par l'apparence trompeuse des fondateurs de la société requiert in fine un mécanisme correcteur au système d'incorporation par la mise en œuvre de règles de responsabilité pour dettes<sup>450</sup> de la société conformément à la loi du siège social réel. L'effet est donc à rapprocher de la théorie du siège social réel seulement dans les effets de cette dernière en direction des tiers puisqu'il rend inopposable le siège statutaire aux créanciers de la société<sup>451</sup>.

## 2. La mise en œuvre d'une action en responsabilité pour dettes

La règle de conflit unilatérale suisse vise à permettre d'engager la responsabilité d'une société précisément dans l'hypothèse où une procédure d'insolvabilité est engagée. Le créancier qui est victime d'une gestion non diligente doit pouvoir engager la responsabilité du dirigeant de droit comme de fait mais aussi « tous ceux qui de façon apparente ont participé à la gestion »<sup>452</sup> en cas d'insolvabilité à l'endroit où il a pu vérifier le centre d'administration de l'activité transfrontière. La réparation du dommage indirect<sup>453</sup> des créanciers suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peut alors s'exercer si cette dernière est initiée en Suisse en vertu de l'article 166 al 2 LDIP<sup>454</sup>. Cela pourrait être le cas si l'activité administrative y est exercée au moyen d'une succursale dont le siège statutaire est enregistré au sein d'un autre État. L'étude des termes de l'article 159 LDIP en ce qu'il renvoie aux questions de responsabilité des personnes qui agissent au nom de cette société autorise la symétrie du présent fondement avec celui reposant sur une insuffisance d'actif prévu en droit français. La projection au plan communautaire de l'article L. 651-2 du Code de commerce français autorise l'action en responsabilité où se localise le centre des intérêts principaux au

---

<sup>448</sup> H. Fulchiron et C. Nourissat, Travaux dirigés de droit international privé, Litec, Paris, 2009, 4<sup>ème</sup> édition, p. 346.

<sup>449</sup> Aspect international du droit des sociétés, Journée suisse de droit international, Neuchâtel, Schulthess, 25 novembre, 1994, p. 163.

<sup>450</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, *ibidem*, p. 219.

<sup>451</sup> Article 1837 du Code des sociétés, Litec, Paris, 2007, p. 21.

<sup>452</sup> A. Bottiau, Faillite internationale et groupe de sociétés, Th. Lille II, 1989, p. 102.

<sup>453</sup> R. Trigo Trindade, la responsabilité des organes de gestion de la société anonyme dans la jurisprudence récente du tribunal fédéral, SJ 1998, p. 1-27.

<sup>454</sup> Si le débiteur a une succursale en suisse, la procédure prévue à l'art. 50, al. 1, de la LP est admissible jusqu'au moment où l'état de collocation au sens de l'art. 172 de la présente loi est définitif : loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite éditée par la chancellerie fédérale, Berne, 2005, 135 p.

lieu d'un établissement (voir infra). Dans le premier cas, les créanciers s'appuient sur l'article 159 LDIP afin d'attirer en responsabilité les dirigeants que l'incorporation à l'étranger a floué selon une règle de conflit unilatérale, par exemple suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité initiée sur le sol suisse<sup>455</sup>. Alors que l'étendue du dispositif français est applicable, selon les circonstances, en un centre des intérêts principaux ailleurs qu'au siège statutaire et corrobore l'importance d'une localisation d'une administration de fait à des fins de protections des tiers créanciers<sup>456</sup>.

## §2. L'introduction d'une réserve de fictivité

L'étude du droit comparé a vocation à éclairer les critères de la réalité de la personnalité morale en droit de l'insolvabilité (A.). La sanction d'une réserve de fictivité est alors étudiée sous l'angle du droit international privé (B.).

### *A. Le critère de la réalité de la personnalité morale à la lumière du droit comparé*

#### 1. L'appréciation stricte de la fictivité

##### 1.1 L'introduction d'une réserve de fictivité en droit communautaire

La lecture de l'arrêt Eurofood pourrait cependant laisser croire qu'un renversement de la présomption fixée en faveur du siège statutaire conduit à une appréciation stricte de la fictivité. La Haute juridiction communautaire se réfère à la notion de sociétés « boîte aux lettres ». La doctrine s'interroge alors sur l'incidence de l'unité de direction économique qui « tend à vider de sa substance juridique la personnalité morale des sociétés subordonnées, la personne morale subsistant seulement en apparence »<sup>457</sup>.

L'absence d'activité précisée en droit communautaire semble au contraire limiter l'appréciation des juges nationaux sur le sens à conférer à ladite notion. L'emploi du conditionnel décelable au sein de sa formulation<sup>458</sup> conduit toutefois à élargir « l'absence d'activité » en ne faisant point automatiquement coïncider la lex concursus au lieu d'immatriculation de l'entité économique.

---

<sup>455</sup> L'article 50 LP prévoit en effet que le débiteur domicilié à l'étranger et qui possède un établissement en Suisse peut y être poursuivie pour les dettes de celui-ci : Poursuite pour dettes et faillite éditée par la chancellerie fédérale, 2005, p. 16.

<sup>456</sup> Deux arrêts caractérisent l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à partir d'un établissement dans l'hypothèse où le lieu d'immatriculation de la société ne s'accompagne point d'une activité économique : T. com. Bruxelles, 18 décembre 2003, Electra Airlines Compagnie et le 18 Aout 2003, Summit Air Ltd, D. 2004, p. 1013.

<sup>457</sup> P. Rouast-Bertier, Société fictive et simulation, Rev. Soc. 1993, p. 725.

<sup>458</sup> Le point 35 de l'Arrêt Eurofood IFCS Ltd du 2 mai 2006 commence par « tel pourrait être le cas d'une société boîte aux lettres qui n'exercerait aucune activité ».

La Cour de justice des Communautés européennes tire d'ailleurs les conséquences de sa propre jurisprudence en matière de liberté d'établissement. C'est ce qu'elle semble annoncer en invitant l'État membre au sein duquel l'activité s'exerce réellement à prendre les « mesures » de nature à prévenir ou à sanctionner des fraudes commises à l'égard des créanciers de l'activité transnationale. Celles-ci prennent alors la forme d'une coopération examinée sous l'angle du Règlement 1346/2000. Celui-ci constitue in fine un outil précieux à cet effet puisqu'il structure un for de centralisation de la procédure au centre des intérêts principaux.

En d'autres termes, l'appréciation souveraine des juges nationaux vise à préciser un outil de mesure de « la fictivité »<sup>459</sup>. Il convient ainsi de déduire des effets de la liberté d'établissement l'instauration d'un for en matière d'insolvabilité<sup>460</sup>. La société enregistrée n'est alors point frappée de nullité puisque l'absence d'activité au lieu d'enregistrement s'inscrit dans une garantie effective d'assurer un principe de liberté d'établissement au sein de l'Union européenne.

1.2. L'étendue d'une fictivité de la filiale selon le droit français

La définition traditionnelle de la société fictive repose sur la simulation. Il s'agit alors d'une création à l'attention des tiers d'une apparence (le contrat de société) non conforme à l'attention réelle des parties, précisément la volonté de se mettre en société. Il en résulte une simple façade, car l'aspect contractuel n'a pas de réalité traduisant une apparence sans réalité<sup>461</sup>. La simulation peut encore se définir « comme la création volontaire d'une apparence trompeuse organisant une contradiction entre l'acte ostensible et l'acte secret qui contient l'intention véritable des parties » ; celle-ci suppose alors la réunion d'un accord apparent des cocontractants (la constitution de société) et un accord réel et secret<sup>462</sup> (ce qui semble dans ce cas précis faire défaut). Le caractère occulte importe en effet peu quand il convient de qualifier la société fictive puisque l'absence de consentement des associés, élément essentiel de constitution de société, illustre précisément l'absence de contre-lettre derrière la société fictive<sup>463</sup>. Les liens de dépendance étroits et les formes d'assujettissements dans l'établissement du mode de gestion de la filiale par la société mère sont alors mis en évidence

---

<sup>459</sup> Le moyen soulevé par le Procureur Général près de la Cour d'appel de Versailles souligne qu'une décision d'ouverture ouverte au siège d'une société dominante située dans un autre État membre ne peut être reconnue en France que si l'on établit la fictivité de la filiale française : l'arrêt de la Cour de cassation à propos de l'affaire Daisytek : disponible sur le site suivant [www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/).

<sup>460</sup> T. com. Bruxelles, 18 décembre 2003, Electra Airlines Compagnie et le 18 Aout 2003, Summit Air Ltd, D. 2004, p. 1013.

<sup>461</sup> P. Rouast-Bertier, Société fictive et simulation, Rev. Soc. 1993, p. 725.

<sup>462</sup> C. Ophèle, La notion de simulation, répertoire de droit civil, février 2000, numéro 14.

<sup>463</sup> A. Martin- Serf, Société fictive et frauduleuse, Juriscl. Sociétés. 2003, p. 4.

par les demandeurs à l'extension de procédure d'insolvabilité en droit interne sur le fondement de la fictivité<sup>464</sup>.

La perte de maîtrise des fonctions essentielles à l'autonomie des filiales entre-t-elle dans ce cas de figure lorsqu'on apprécie la réalité de la personnalité morale d'une filiale et les effets du groupe transnational de sociétés en matière d'insolvabilité. Le débat doctrinal renvoie in fine à des courants fort divers considérant pour certains l'immatriculation comme l'acte décisif dans l'acquisition de la personnalité morale eu égard les formalités de constitution accomplies<sup>465</sup>. Les éléments essentiels de la société supposent en outre leurs réunions en vertu des dispositions du Code civil français et donc l'affectio societatis précisée en jurisprudence<sup>466</sup>.

L'affaire Métaleurop constitue un ancrage utile puisque les mandataires de justice sont demandeurs à l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire en direction de la société mère Métaleurop. Ces derniers sont alors déboutés sur le terrain de la fictivité. Les juges du fond précisent alors que « les moyens mis en commun et la subordination à celui du groupe des intérêts des sociétés le composant ne doivent pas dépasser le degré d'organisation inhérent à un ensemble économique alors que les sociétés contrôlées doivent conserver la maîtrise de leurs fonctions essentielles à leur autonomie »<sup>467</sup>.

Selon les juges du second degré, la filiale d'exploitation n'est point fictive en raison de sa seule absence d'autonomie économique. L'appréciation de la personnalité morale doit être réalisée in concreto et son absence d'autonomie ne peut être déduite des contraintes budgétaires imposées par le groupe et l'autonomie financière limitée de la filiale.

Cet argument peut être rapproché du critère des choix économiques exercés par la société mère sur ses filiales non retenu par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>468</sup>.

Les juges du fond précisent à cet effet que « la simple dépendance économique, même doublée d'une unité de direction, ne permettait pas d'établir la fictivité »<sup>469</sup> d'une société alors même que celle-ci est détenue à quatre-vingt-dix neuf pour cent par la société mère.

---

<sup>464</sup> L'article L. 621-2 du Code de commerce consacre l'extension de procédure en cas de fictivité ou lorsque plusieurs autres personnes ont confondu leur patrimoine avec celui du débiteur : Code de commerce, Dalloz, Paris, 2010, p. 579. F. Reille, La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives, Th. Montpellier, 2005, p.1 et s.

<sup>465</sup> A. Martin- Serf, Société fictive et frauduleuse, *ibidem*, p. 4.

<sup>466</sup> Articles 1832 et suiv du Code civil français, Litec, Paris, 2008, p. 1061.

<sup>467</sup> CA Douai., 2 octobre 2003, Affaire Métaleurop, D. 2003, p. 2571, note A. Lienhard.

<sup>468</sup> CJCE., 2 mai 2006, Affaire Eurofood, JCP. 2006, p. 1127, note M. Menjucq.

<sup>469</sup> CA Douai., 2 octobre 2003, Affaire Métaleurop, *ibidem*.

Ceux-ci font alors observer « qu'une société apparaît fictive lorsqu'elle est dépourvue de toute autonomie décisionnelle et notamment de la faculté de décider, dans le cadre de ses dispositions statutaires et légales, de sa liquidation ou de sa survie, cette faculté appartenant au véritable maître de l'affaire »<sup>470</sup>. Cette précision invite donc à s'interroger sur l'incidence éventuelle d'un ensemble économique sur la maîtrise des fonctions essentielles à l'autonomie des filiales. Les juges considèrent alors que la défaillance d'une société appartenant au groupe ne peut être rendue fictive sauf s'il est apporté la preuve d'une volonté de frauder les créanciers précisément lorsque la filiale conserve un patrimoine réel et une activité commerciale. Il est alors expliqué que la constitution de la société filiale ne résulte pas de la volonté du propriétaire du groupe de porter atteinte aux créanciers. La fonction de la filiale est alors explicitée à travers les fonctions et la désignation des organes de la société. La réalité de la personne morale est en outre vérifiée eu égard l'objet social réel. La fraude au droit de gage général des créanciers semble au contraire être apportée lorsqu'un élément de l'actif patrimonial est modifié en ce que le maître de l'affaire fait supporter l'ensemble du passif à la filiale<sup>471</sup> visée en étroite dépendance de la société mère.

## 2. Le dépassement de la fictivité selon la mise en œuvre d'une action en responsabilité

Les risques environnementaux et sociaux de la filiale défaillante permettent toutefois d'entrevoir les prémisses d'une action conforme à l'autonomie des personnes morales sur le fondement du Code de commerce français<sup>472</sup> et compatible avec les règles du droit communautaire<sup>473</sup>. La mise en jeu de la responsabilité d'une société tête de groupe suppose d'évaluer le préjudice économique (l'insolvabilité) subit par les créanciers (voir infra).

Au contraire de l'extension de procédure fondée sur la fictivité ou la confusion des patrimoines, l'action en responsabilité<sup>474</sup> n'aboutit point à l'unité juridique du groupe et donc à la négation de la personnalité morale de la filiale. L'établissement d'une faute de gestion permet d'entrevoir par voie de conséquence une indemnisation du préjudice économique subit par une société dominée et ses créanciers. L'indemnisation relève dès lors de la libre appréciation des juges guidée par les conséquences financières d'un pouvoir exercé par un dirigeant de fait dont il convient de vérifier la consistance de son patrimoine<sup>475</sup> (voir partie II).

---

<sup>470</sup>CA Douai., 2 octobre 2003, Affaire Métaleurop, *Ibidem*.

<sup>471</sup>A. Martin- Serf, *ibidem*, p. 15.

<sup>472</sup> L'article L.651-2 du Code de commerce français : voir partie II.

<sup>473</sup> T. com., Paris, 19 mai 1981, Rev. Crit. DIP. 1982, note Lemontey, p. 132 et s.

<sup>474</sup> P. Roussel Galle, Responsabilité et sanction des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005. JCP E. 2005, p. 1761.

<sup>475</sup> Le Code de commerce, Livre du bicentenaire, Dalloz, 2007, p. 256.

## *B. La sanction d'une réserve de fictivité en droit international privé comparé*

### 1. L'importance du siège social réel en matière d'insolvabilité

C'est précisément sur ce point que nous pensons utile de nous référer à l'article 21 LDIP suisse. Celui-ci prévoit en substance à son alinéa 2 que « le siège d'une société est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société. À défaut de désignation, le siège d'une société se trouve au lieu où la société est administrée en fait ». La doctrine suisse considère alors que le siège statutaire est réfuté si celui-ci est fictif en faveur du siège effectif<sup>476</sup>. La question soumise aux juges et à la doctrine est de déterminer ce qui relève de l'habileté ou de la fraude et « passer de la morale au droit » en établissant le caractère abusif du montage retenu ainsi que l'atteinte réelle à l'autonomie des personnes morales concernées »<sup>477</sup>.

Le parallèle est saisissant car la jurisprudence suisse s'est précisément prononcée sur l'articulation d'un siège statutaire en matière de faillite internationale. La reconnaissance d'une faillite ouverte non au siège statutaire mais conformément au siège effectif localisé au sein d'un autre État fut accordée conformément à l'article 166 LDIP Suisse<sup>478</sup>. Ce dernier prévoit alors « qu'une décision de faillite étrangère rendue dans l'Etat du domicile du débiteur est reconnue en Suisse à la réquisition de l'administration de la faillite ou d'un créancier ». Dans le cas présent, la localisation au siège statutaire et l'établissement de la fictivité recouvrent en droit positif « l'hypothèse d'utilisation abusive du concept de la personnalité morale »<sup>479</sup>.

La légitimité du siège statutaire interroge sur la croyance légitime qu'ont les tiers face à l'activité transfrontière. La jurisprudence communautaire suit ledit cheminement en présument l'activité au siège statutaire mais non exclusivement. La portée d'une présomption simple en faveur du siège statutaire semble renforcée par la Cour de justice des Communautés européennes, mais l'appréciation d'une réalité économique différente qu'en ce lieu trouve un écho au sein des juridictions nationales. Un raisonnement similaire est visé en droit international privé commun français de la faillite en ce que la preuve de l'absence de coïncidence entre le siège statutaire et le siège social réel peut être rapportée par tout

---

<sup>476</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, Schulthess, Zurich, 2001, p. 53.

<sup>477</sup> C. Champaud, *Stratégie judiciaire des entreprises*, Dalloz, 2006, p. 40.

<sup>478</sup> G. Kaufmann-Kohler, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite ainsi que les articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé*, *ibidem*, p. 1613.

<sup>479</sup> Cass. com., 8 février 1994, P.A. 1995, note A. Honorat.

intéressé<sup>480</sup>. L'application du siège social réel apparent en matière d'insolvabilité souligne l'importance du siège social réel en cette matière.

La Haute juridiction civile française confirme que ce dernier doit prévaloir à l'égard de tous et ceci contrairement aux dispositions de l'article L. 210-3 du Code de commerce français<sup>481</sup>. Les créanciers ne sont donc point les seuls à opposer le siège social réel qui peut être invoqué par les associés. Une espèce peut être rapportée à cet effet en ce que ces derniers ont déposé le bilan non au siège statutaire parisien mais à Bruxelles. Il s'agissait de l'endroit à partir duquel les opérations de la société étaient toutes réalisées<sup>482</sup>. L'équilibre fondamental du droit des procédures d'insolvabilité communautaire conduit à ce que la thèse de l'abus de la personnalité morale soit adaptée aux exigences de la liberté d'établissement par le biais d'un for idoine prévu au centre des intérêts principaux d'une société insolvable.

## 2. L'importance d'un critère d'administration localisé au centre des intérêts principaux

L'analyse du Tribunal fédéral suisse confère au critère du rattachement du siège statutaire une place prédominante qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence communautaire récente en matière de liberté d'établissement. Aussi, l'évolution de la jurisprudence suisse en ce qu'elle s'est prononcée sur le droit applicable au statut de la société dans ses relations économiques internationales renseignent sur le sens d'une réserve de fictivité en droit international privé comparé. La présente démonstration intéresse à des fins d'établissement d'un for en présence d'une fragmentation sociétaire de l'activité transfrontalière. L'arrêt Vernet<sup>483</sup> illustre ce type d'activité en ce qu'il s'agit d'un transport de pétrole par mer. L'absence de plan de fracture n'enlève rien à l'intérêt porté au présent cheminement pour les raisons suivantes. La société est de droit panaméen et dispose d'une agence à Gènes, Lausanne et New-York. Or, l'absence d'inscription comme succursale de l'agence en Suisse empêche la création d'un for en ce lieu puisque l'application du siège statutaire désigne applicable la loi du Panama. L'intérêt de notre propos n'est pas tant de revenir sur une éventuelle obligation d'inscription de la succursale en Suisse en vue d'établir un for mais d'apprécier les considérants du Tribunal Fédéral. Celui-ci précise alors « qu'on peut en effet douter que les attaches de la compagnie « Anne SA » avec Panama city soient suffisantes afin de le considérer comme le siège

---

<sup>480</sup> Cass. Com, 1<sup>er</sup> octobre 2002, Rev. Crit. DIP. 2003, p. 109, note D. Bureau.

<sup>481</sup> Celui-ci prévoit que les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en autre lieu : Code des sociétés et autres groupements, Litec, Paris, 2009, p. 23 et 118.

<sup>482</sup> Cass. Civ, 21 juillet 1987, Rev. Soc. 1988, p. 97, note A. Honorat.

<sup>483</sup> ATF 76 I 150.

effectif. Celui-ci précise alors que si le siège est tenu pour fictif, cela n'implique pas que l'administration de la SA soit considérée en Suisse. En effet, un membre du Conseil d'administration étant domicilié à New-York, peut être de la sorte considérée comme étant le centre des activités principales eu égard la nature de celles-ci. Les considérants du Tribunal Fédéral ne font qu'ajouter aux difficultés rencontrées par la Cour de justice des Communautés européennes (la CJCE) sur le caractère fictif d'une société sur lequel nous insistons tant la Haute juridiction communautaire<sup>484</sup> a précisé qu'il s'agissait d'un indice conduisant à renverser la présomption posée en faveur du siège statutaire. L'interrogation sur l'activité « à minima » recueille l'assentiment de la doctrine en matière d'insolvabilité à laquelle renvoie l'appréciation de la CJCE. Une nuance est apportée sur le plan communautaire en ce que l'absence d'activité au lieu d'enregistrement de la société à des fins d'établissement n'emporte aucunement la nullité de celle-ci. Le rapport avec la réalité des choses suppose en effet d'être lâche en matière de liberté d'établissement. Une activité administrative, commerciale et/ou industrielle guide ainsi la structuration d'un for autour de la qualification du centre des intérêts principaux. L'analyse du centre des intérêts principaux prévaut à des fins de lutte contre le forum shopping en ce qu'elle concurrence le siège statutaire en appréciant l'administration de l'activité transfrontalière. Ce système de détermination de la compétence juridictionnelle communautaire est ensuite complétée par un arsenal<sup>485</sup> qui repose sur une coordination des patrimoines en un for principal et secondaire (voir partie II).

## Section II : Un mode de résolution du conflit face à une pluralité de sièges statutaires

La sécurisation du crédit commercial suppose un for d'ouverture qui assure une protection idoine des créanciers à travers la vérification de l'activité « habituelle » du groupe transnational de sociétés (§1). L'esprit de coopération inhérent au Règlement contribue aussi à apprécier l'étendue d'une coopération communautaire à l'endroit d'établissement de l'activité transnationale (§2).

### §1. La vérification de l'activité habituelle du groupe de sociétés

---

<sup>484</sup> Arrêt Eurofood, aff. C-341/04, Rec. 3813, le point 35 de l'Arrêt Eurofood IFCS Ltd du 2 mai 2006 commence par « tel pourrait être le cas d'une société boîte aux lettres qui n'exercerait aucune activité ».

<sup>485</sup> Les articles 18 et 31 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000, JOCE n° L 160 du 30 juin 2000 ; Article 4.2 m du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

La localisation de l'organe social avec lequel la majorité des créanciers à traité<sup>486</sup> contribue à cibler l'extériorisation de l'administration du groupe (A.) et de jeter les bases utiles aux modalités d'une solution globale de redressement (B.).

### *A. L'extériorisation de l'administration du groupe*

#### 1. Élément de qualification du centre des intérêts principaux

L'extériorisation d'un centre des intérêts principaux auquel se réfère le créancier communautaire dans la vérification de l'activité de son débiteur se présente comme suivant.

Le centre des intérêts principaux a en effet comme finalité d'asseoir les indices de centralisation décisionnelle dont les lieux de réunion du Conseil d'administration, l'autorisation de la société mère pour les décisions financières du groupe et le lieu où les principaux contrats sont négociés<sup>487</sup>.

La désignation d'un centre des intérêts principaux en présence d'une insolvabilité transnationale du groupe de sociétés est ainsi confirmée par l'affaire Rover. Le centre des intérêts principaux d'une filiale est cette fois-ci localisé au siège de la société mère compte tenu de ce que les tiers savent et notamment « que le centre des intérêts principaux de la SAS Rover France se situe non au siège social mais en Angleterre »<sup>488</sup>. Dans ce cas, le désaccord entre une situation de droit (le critère du siège statutaire localise la société ou se situe le siège social) et la situation de fait (la société mère dirige en fait celle-ci) permet tant au dirigeant qu'au créancier de bonne foi d'obtenir une dérogation au critère d'ouverture de la procédure localisé au siège statutaire.

Le présent cheminement consiste ici à interpréter « la vérification de la gestion habituelle du débiteur » selon que la filiale apparaît ou non autonome ou intégrée au sein d'une unité économique. L'unité plurale que constitue le groupe interroge aussi sur la possibilité d'attirer le débiteur (le siège statutaire de la société dominée) au sein d'un autre État membre à des fins de réorganisation de l'activité transfrontalière. Le créancier communautaire dispose donc d'une sécurité dynamique dans les relations commerciales internationales qu'il noue avec le groupe (les banques créancières et les principaux fournisseurs de l'activité).

Certains paramètres comme l'assistance technique, le lieu de rédaction des contrats au siège d'une société dominante permet in fine de sécuriser le créancier transfrontalier. La qualification du centre des intérêts principaux des filiales du groupe était en conséquence la

---

<sup>486</sup> CA Versailles., 4 septembre 2003, JDI. 2004, p. 157, note A. Jacquemont.

<sup>487</sup> D. Robine et F. Jault-Seseke, Affaire Emtec, Bull. Joly. mai 2006, p. 575.

<sup>488</sup> T. Com., Nanterre, 19 mai 2005, D. 2005, p. 1791, note R. Dammann.

thèse de l'unité économique décisionnelle malgré un fractionnement juridique apparent. L'effet de contagion des difficultés financières requiert ainsi de définir une solution identique à l'ensemble du groupe au siège d'une société dominante.

## 2. La vérification de l'activité habituelle par les créanciers

Aussi, la recherche de l'unité de décision localisée en un centre des intérêts principaux (siège statutaire d'une des sociétés du groupe) contribue à caractériser le centre des intérêts principaux.

Dans l'hypothèse d'un groupe de société hautement intégré, « la filialisation n'est alors qu'une simple répartition des tâches à l'intérieur d'une même entité économique »<sup>489</sup>.

L'interprétation du centre des intérêts principaux scrute donc les éléments objectifs afin de localiser le centre effectif de direction des affaires<sup>490</sup>. Cette orientation traduit un courant fort en faveur de la prise en compte de l'unité économique de l'entreprise<sup>491</sup> à laquelle peuvent se référer les créanciers.

On peut donc nuancer la présomption simple en faveur du siège statutaire en l'absence d'autonomie de fait des filiales d'un groupe dès lors que tout porte à croire qu'aucun des sièges de ces dernières ne répond à l'activité d'administration exercée par la société mère. L'appréciation souveraine des juges confirme cependant la réalité juridique fondée sur la pluralité de sociétés apparentées. D'ailleurs, le Tribunal de Commerce de Beaune a rendu huit jugements en se fondant sur ce que les salariés et les partenaires financiers percevaient quant à la localisation du centre névralgique où sont traitées les opérations de gestion et d'administration du groupe. Les juges précisent en conséquence que « selon toute apparence aucune autre place est susceptible de disputer la prééminence au siège de Beaune comme centre des intérêts principaux de chacune des filiales du groupe »<sup>492</sup>. Celui-ci est corroboré par un faisceau d'indices et vérifié par les tiers. En définitive, les créanciers trouvent au sein du Règlement les conditions d'une vérification efficiente de l'activité habituelle du groupe de sociétés. En l'espèce, le pouvoir décisionnaire n'est point localisé à l'endroit de chaque filiale du groupe puisque celles-ci sont « captives » d'une société mère.

---

<sup>489</sup> S. Schiller, *L'entreprise : un nouveau sujet de droit, L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire*, Puf, Paris, 2007, p. 19 ; *Affaire Viho Europe*, 24 octobre 1996, aff. C 73/95, Rec. 5457.

<sup>490</sup> Circulaire du 17 mars 2003 relative à l'entrée en vigueur du règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, J.O n° 174 du 30 juillet 2003, page 12939.

<sup>491</sup> T. com., Paris, 2 août 2006, Bull. Joly. 2007, p. 37, note F. Jault-Seseke.

<sup>492</sup> T. Com, 16 juillet 2008, Rev. Soc. 2008, p. 895, note M. Menjucq.

Les créanciers locaux de l'activité transnationale conservent néanmoins la possibilité effective de contester l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale initiée au centre des intérêts principaux renversant la présomption posée en faveur du siège statutaire (voir infra).

### *B. Les modalités d'une solution globale de redressement*

L'exposé de la demande d'ouverture de procédure de sauvegarde de droit français de l'entreprise « Eurotunnel » examine avec minutie la problématique ici soulevée. Le but commun transparait alors clairement de l'entité économique Eurotunnel. Le dirigeant souligne « que l'actuelle structure du groupe, en multiples sociétés qui se répartissent les diverses tâches de l'entreprise, est le fruit d'un montage juridique résultant de l'entreprise Eurotunnel, et de l'histoire de l'entreprise, des conditions de sa création, mais que toutes ces entités ne constituent qu'une seule et même entreprise, dont le centre des intérêts principaux est parisien »<sup>493</sup>.

On observe par voie de conséquence une union des sociétés du groupe dont la finalité consiste à pérenniser l'entreprise dont le but commun est la prospérité de celle-ci<sup>494</sup>. Or, le raisonnement conduit inexorablement à préciser l'influence exercée ou non sur la conduite de ce qui est la substance même de l'entreprise<sup>495</sup>. La décision du Ministère public français justifie ce pourquoi la juridiction française est compétente pour ouvrir une procédure de sauvegarde à l'égard de l'ensemble des sociétés du groupe en vertu de l'article 3§1 du Règlement 1346/2000. Celles-ci constituent « en réalité » une seule et même entreprise en un centre des intérêts principaux français. Cette approche corrobore alors celle retenue par le droit communautaire de la concurrence (voir supra). L'influence notable exercée en une localisation est alors révélatrice de la communauté d'intérêts des apporteurs en capitaux et du mécanisme de prise de décisions au sein de l'entreprise, animant effectivement la politique générale du groupe.

L'affectation des biens et les ressources se déclinant donc en divisions fonctionnelles et recouper l'analyse proposée par la doctrine suisse<sup>496</sup>. Aussi, l'émanation voire le prolongement de l'activité de la société mère au travers de filiales sur la base du Règlement 1346/2000 met en lumière l'unité économique.

L'exemple d'Eurotunnel est significatif à cet égard. L'entité économique se compose d'Eurotunnel SA, l'une des deux Holding du groupe où se situe le siège social français tandis

---

<sup>493</sup> T. com., Paris, 2 août 2006, Bull. Joly. 2007, p. 37, note F. Jault-Seseke.

<sup>494</sup> H. Peter, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, RSDA. 1998, p. 117.

<sup>495</sup> ATF 99 II 303/305.

<sup>496</sup> H. Peter, *ibidem*, p. 117.

que l'autre est localisée en Angleterre. Elle détient ainsi une participation en capital d'une autre société du groupe à qui l'on a confié l'exploitation de la liaison fixe transmanche.

Une participation est également détenue au sein d'une société qui assure et gère le personnel recruté en France. Les dettes financières sont portées par deux entités et pour lesquelles toutes les sociétés du groupe sont garantes solidaires de la totalité de la dette d'Eurotunnel. Enfin, les prestations effectuées par Eurotunnel SA pour le compte des sociétés du groupe leurs sont facturées.

Aussi, un processus de négociation avec les créanciers bancaires visant à la restructuration financière sous le nom de procédure de mandat ad hoc<sup>497</sup> fut suivi de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde de droit français<sup>498</sup>. Cette dernière permit au groupe de se restructurer financièrement permettant de traiter une difficulté économique identique à l'ensemble des sociétés que caractérise l'entreprise Eurotunnel (voir infra).

## §2. Elément de support d'une coopération communautaire au lieu d'établissement

Une coopération hiérarchisée est inhérente au Règlement 1346/2000 en direction de l'établissement de l'activité transnationale (A.). L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité initiée au siège social d'une société dominée suppose de dresser un régime d'extension des actions étroitement liées à la procédure (B.).

### *A. Une coopération hiérarchisée en direction de l'établissement du groupe*

L'universalité atténuée de la procédure principale conformément à la structure hiérarchisée du Règlement invite à la discussion quant à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire au lieu du siège statutaire alors que l'une des sociétés du groupe fait l'objet d'une procédure principale<sup>499</sup>.

C'est alors déjà s'orienter vers une autre question fondamentale qui consiste à s'interroger sur le degré d'organisation du groupe, l'incidence des décisions prises sur une exploitation locale et l'intérêt d'ouvrir soit une procédure centralisée soit une procédure secondaire subordonnée à une procédure principale. L'âme du Règlement repose en effet sur la coopération entre les juridictions saisies assurant un traitement des actifs à l'intérieur du groupe. Dès lors,

<sup>497</sup> R. Dammann, Le mandat ad hoc, une « porte d'entrée » pour l'application aux groupes de sociétés du Règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy. dr.aff. nov 2006. p. 107.

<sup>498</sup> Article L 620-1 du Code de commerce, Code des entreprises en difficulté, Litec, 2007, Paris. p. 13.

<sup>499</sup> R. Damman et M. Sénéchal, « La procédure secondaire du Règlement 1346/2000 : mode d'emploi », Rev. Lamy.dr.aff. 2006, p. 81.

l'interprétation conférée à la notion d'exploitation est des plus utiles précisément lorsqu'on s'interroge sur la consistance de celle-ci et le lien sérieux avec l'économie d'un État membre. L'ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité contribue parallèlement à apprécier une proximité au lieu d'établissement de filiales dès lors que celles-ci disposent d'une autonomie suffisante (l'autonomie décisionnelle éclaire alors la démonstration). L'importance des installations matérielles au lieu des diverses exploitations commerciales suppose donc d'être caractérisée selon la définition proposée à l'article 2h du Règlement 1346/2000. L'activité non transitoire d'une activité économique avec des moyens humains et des biens constitue un critère d'évaluation alors complété par le rapport Virgos-Schmidt qui opte en faveur d'une interprétation lato sensu de la notion d'établissement<sup>500</sup>. Des perspectives d'ouverture d'une procédure secondaire au siège statutaire corroborent in fine le souhait d'une partie de la doctrine en faveur « d'une application distributive de la loi en fonction du pays d'implantation de chacune des sociétés »<sup>501</sup>.

L'ordonnancement d'une procédure principale et secondaire ajoute au Règlement une cohérence de traitement de l'insolvabilité lorsque l'activité se distingue par une décentralisation qui empêche de saisir avec certitude le centre de décision<sup>502</sup>. Nous pensons par voie de conséquence que le domaine des procédures d'insolvabilité secondaire est limité en présence d'une filiale possédant de nombreux salariés et la totalité de ses actifs.

La décision de centraliser des procédures peut selon le cas d'espèce s'imposer à l'endroit du centre des intérêts principaux du groupe. Les faits vont donc guider les juges selon une appréciation in concreto estimant par exemple que l'ouverture d'une procédure secondaire ne présente point en l'espèce d'avantages notamment en améliorant la protection des intérêts localisés<sup>503</sup> ou la réalisation des actifs<sup>504</sup> au lieu d'établissement. L'autonomie réelle d'une filiale dans la détermination d'une ligne d'action sur le marché<sup>505</sup> favorise par exemple l'initiative du syndic de la procédure principale de requérir l'ouverture d'une procédure secondaire. Cette action est en effet facilitée par l'absence de la démonstration d'une situation d'insolvabilité. Cette faculté interroge toutefois sur l'intérêt de limiter l'universalité de la

---

<sup>500</sup> Le concept d'établissement est interprété de « manière large » : M. Virgos et E. Schmit, Report on the convention on insolvency proceedings, point 70.

<sup>501</sup> J. Béguin et M. Menjucq, *Droit du commerce international*, Litec, Paris, 2005, p. 265.

<sup>502</sup> J. Béguin et M. Menjucq, *ibidem*, p. 264.

<sup>503</sup> L'affaire Rover : la Cour d'appel de Versailles précise les conditions d'ouverture d'une procédure secondaire dans le cadre du Règlement 1346/2000, D. 2006, p. 379, note R. Damman.

<sup>504</sup> R. Damman et M. Sénéchal, *ibidem*, p. 84.

<sup>505</sup> CJCE., Centrafarm, 31 octobre 1974, aff. 15/74., Rec. 1147.

procédure principale tout en mesurant les subtilités introduites dans le règlement du conflit de lois selon l'ouverture ou non d'une procédure secondaire d'insolvabilité (voir partie II).

### *B. Une coopération communautaire favorisant une action étroitement liée à la procédure*

#### 1. Le principe de l'ouverture d'une procédure à l'égard de chacun des débiteurs

Une filiale dispose de ses organes<sup>506</sup> pour conclure des affaires dans un autre État membre que celui où se situe la société mère. La compétence juridictionnelle naturelle en matière d'insolvabilité communautaire est donc initiée en principe à l'endroit d'un centre des intérêts principaux présumé au siège statutaire<sup>507</sup>.

La position soutenue par les rédacteurs du Règlement sur le sens à conférer à la notion de centre des intérêts principaux est maintenue. En effet, le renversement de la présomption simple prévue au siège statutaire<sup>508</sup> d'une société dominée relève du point 76 du rapport Virgos Schmit. Celui-ci précise, en effet, la règle générale pour ouvrir ou étendre une procédure d'insolvabilité contre une des sociétés parentes au titre de débiteur principal ou solidaire. Selon ce dernier, la règle de compétence édictée par le règlement à l'égard de chacun des débiteurs en cause ayant une personnalité juridique distincte doit être respectée. L'arrêt Eurofood<sup>509</sup> emboîte le pas au point 36 de son arrêt indiquant que « lorsqu'une société exerce son activité 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 État membre ne suffit pas à écarter la présomption prévue par le Règlement ».

Il s'agit d'un courant fort qui considère qu'une telle organisation n'entraîne point ipso facto une contagion de la procédure collective de la filiale à l'égard de la société mère<sup>510</sup> précisément lorsque cette dernière est in bonis.

---

<sup>506</sup> M. Pelletier, *Les filiales*, Th. Paris II, 1980, p. 15.

<sup>507</sup> Le point 34 de l'arrêt Eurofood précise que le législateur communautaire pose une présomption simple au bénéfice du siège statutaire afin de déterminer le centre des intérêts principaux ; des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent de renverser ladite présomption en établissant l'existence d'une situation réelle différente que celle visée aux statuts.

<sup>508</sup> Notion autonome du centre des intérêts principaux d'une filiale étrangère d'un groupe, JCP G. juin 2006, p. 1125, obs M. Menjuq.

<sup>509</sup> Notion autonome du centre des intérêts principaux d'une filiale étrangère d'un groupe, *ibidem*, p. 1125.

<sup>510</sup> Le regroupement des procédures sous la houlette d'un même tribunal : les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy.dr.aff. mai 2007, p. 68, note R. Damman et G. Podeur.

La soumission de cette société au contrôle et à la direction d'une autre société<sup>511</sup> conduit cependant à mesurer l'étendue de cette compétence eu égard l'autonomie de décision des dirigeants des filiales. C'est ce que confirme la haute juridiction civile française<sup>512</sup> lorsqu'elle apprécie l'ouverture d'une procédure principale au lieu du siège de la société mère qui sied en Grande-Bretagne.

La présence d'arrangements financiers entre la société mère et sa filiale ainsi que la répartition de la responsabilité pour la fourniture de documents techniques et juridiques ainsi que la signature des contrats<sup>513</sup> permettent in fine de tirer toutes les conséquences de l'activité du groupe de sociétés en un for de centralisation des procédures et/ou l'instauration d'une coopération hiérarchisée en direction de l'établissement<sup>514</sup>.

## 2. L'introduction au régime d'extension d'actions résultant de la procédure

L'examen de sanctions d'une fraude ou d'un abus de droit dans le domaine de l'insolvabilité interroge sur les moyens juridiques à des fins de désintéressement des créanciers. La mise en œuvre d'une confusion des patrimoines et du *durchgriff* (le principe de la transparence en droit suisse) ou d'une action en responsabilité en cas d'insolvabilité fait en général observer qu'une filiale ne dispose pas d'une autonomie suffisante. Cette dernière est alors « dénuée de moyens financiers, matériels et humains nécessaires à son projet empruntant les locaux, les machines et les salariés de la société mère »<sup>515</sup>. Le droit de gage des créanciers d'une filiale est ainsi atteint en présence d'une soustraction d'un actif important et répond à un souci d'équité en ce que certaines sociétés doivent payer les dettes d'une autre société avec lesquelles elles ont confondu leurs biens<sup>516</sup>. Surtout, la personnalité morale d'une filiale ne doit point être utilisée pour protéger des comportements illégitimes au détriment des parties extérieures au groupe<sup>517</sup>. Ceci interroge donc sur le régime des actions étroitement liées à la procédure

---

<sup>511</sup>V. Finch souligne que “ most business of any size or substance now conduct their operation through subsidiaries that are owned by a parent company. The essential problem is that there is disjuncture between the law's vision of the limited liability company and the reality of commercial life. The law doesn't hold parent company liable for subsidiaries because it treats companies as juristic persons with separate corporate personality”: corporate insolvency law, second edition, Cambridge university press, 2009. p. 582.

<sup>512</sup>Cass. com., 27 juin 2006, Dr. Sociétés. octobre 2006, note J-P. Legros.

<sup>513</sup>Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, traitement des groupes d'entreprise en cas d'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international, Vienne, 17-21 novembre 2008, p. 3.

<sup>514</sup>R. Damman et M. Sénéchal, La procédure secondaire du règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 : mode d'emploi, Rev. Lamy dr. aff. octobre 2006, n°s 9-10, p. 86.

<sup>515</sup>C. Champaud, Les stratégies judiciaires des entreprises, Dalloz, Paris, 2006, p. 41.

<sup>516</sup>C. Saint Alary-Houin, Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, P.A. janvier 2002, p. 59 ; F. Rey, la notion de confusion des patrimoines : cause d'extension des procédures collectives, th. Montpellier, p. 261.

<sup>517</sup>D. Vidal, L'extension de l'engagement compromissaire dans un groupe de société : application arbitrale et judiciaire de la théorie de l'alter ego, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Vol 16. 2005, p. 76.

d'insolvabilité en droit communautaire. Ces dernières tendent en effet à préciser « l'appréhension des biens » du débiteur insolvable en raison d'une libre affectation des patrimoines à l'intérieur du groupe de sociétés (voir partie II).

La coopération communautaire s'entrevoit dès lors selon un principe de reconnaissance automatique de la décision d'ouverture. Cette dernière est alors visée à l'article 3, paragraphe 1, et produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre État membre les effets que lui attribue la loi de l'État d'ouverture »<sup>518</sup>. Les décisions qui naissent de cette procédure<sup>519</sup> repose dorénavant sur un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution transfrontalier prévu au sein du Règlement 1346/2000<sup>520</sup> couplé au dispositif du Règlement CE 44/2001 (voir partie II).

### Conclusion chapitre III :

L'étendue d'une présomption posée en faveur du siège statutaire prévue à l'article 3§1 du Règlement 1346/2000 suppose d'être précisée. Une méthode de renversement à la présomption posée en faveur du siège statutaire est donc suggérée. La construction d'une règle de conflit unilatérale en ce qu'elle « détermine seulement la compétence de l'ordre juridique auquel il appartient »<sup>521</sup> est un exemple de mécanisme correcteur au système de l'incorporation. L'exemple du droit suisse constitue à cet effet une réponse en droit comparé face à l'activité de succursales d'une société mère étrangère. L'article 159 LDIP met en œuvre un mécanisme de responsabilité pour dettes selon un droit local. Les tribunaux suisses sont alors compétents pour les actions susvisées au lieu où la société étrangère est administrée en fait conformément à l'article 152 b LDIP<sup>522</sup>.

L'évolution de la liberté d'établissement requiert aussi une réponse en présence de filiales. Le législateur communautaire invoque une réserve de fictivité mentionnée au sein de l'arrêt Eurofood<sup>523</sup>. Des précisions sont alors apportées en droit positif puisqu'une société apparaît

---

<sup>518</sup> Article 17§1 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

<sup>519</sup> Nous visons l'action en révocation, l'action en responsabilité et l'unicité de procédure. L'action portant sur une clause de réserve de propriété au cours d'une procédure d'insolvabilité est également discutée à l'article 25 du Règlement 1346/2000 : le régime communautaire de l'action portant sur une clause de réserve de propriété sur des machines localisées sur le territoire d'ouverture de la procédure principale d'insolvabilité est alors discutée, voir p. 288 de la présente thèse.

<sup>520</sup> L'article 25 §1 et 2 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>521</sup> H. Fulchiron et C. Nourissat, Travaux dirigés de droit international privé, Litec, Paris, 2009, 4<sup>ème</sup> édition, p. 346.

<sup>522</sup> L'article 152 LDIP suisse précise que sont compétents pour connaître des actions dirigées contre une personne responsable en vertu de l'art. 159 ou contre la société étrangère pour laquelle cette personne agit: les tribunaux suisses du lieu où la société est administrée en fait.

<sup>523</sup> Le point 35 de l'Arrêt Eurofood IFCS Ltd du 2 mai 2006 commence par « tel pourrait être le cas d'une société boîte aux lettres qui n'exercerait aucune activité ».

fictive lorsqu'elle est dépourvue de toute autonomie décisionnelle et de sa faculté de décider, dans le cadre de ses dispositions statutaires et légales, de sa liquidation ou de sa survie, cette faculté appartenant au véritable maître de l'affaire<sup>524</sup>. L'approche restrictive du critère de la fictivité adoptée en droit français interroge alors sur d'autres fondements d'extension de la procédure d'insolvabilité. L'équilibre fondamental du droit des procédures d'insolvabilité communautaire au sein d'un espace européen intégré conduit à ce que le régime de droit commun de la fraude et de l'abus de la personnalité morale<sup>525</sup> soit résolu par le biais d'un for communautaire adéquat défini au centre des intérêts principaux.

La structuration d'un for autour de la qualification du centre des intérêts principaux se mesure aussi à des fins de lutte contre le forum shopping en ce qu'elle concurrence le siège statutaire en appréciant un centre des intérêts principaux de l'activité transfrontière<sup>526</sup>.

Le considérant 13 du Règlement 1346/2000 invite alors à apprécier la dépendance économique d'une filiale. Celui-ci structure d'une part « la vérification de la gestion habituelle du débiteur » selon que la filiale est intégrée au sein d'une unité économique décisionnelle. L'unité plurale que constitue le groupe interroge donc sur la possibilité d'attirer le débiteur (siège de la société dominée) au sein d'un autre État membre au siège de la société mère à des fins de réorganisation de l'activité économique. La centralisation des procédures est alors pertinente en cas de contagion des difficultés financières. L'ordonnancement d'une procédure principale et secondaire se vérifie aussi lorsque l'activité de l'entreprise se distingue par une décentralisation qui empêche de saisir avec certitude le centre de décision<sup>527</sup>.

La jurisprudence des États membres s'appuie précisément sur ce que les salariés et les partenaires financiers perçoivent quant à la localisation d'un centre névralgique où sont traitées les opérations de gestion et d'administration du groupe<sup>528</sup>. L'établissement de l'activité habituelle du groupe et sa vérification par les tiers permettent ainsi de limiter le siège statutaire d'une société dominée comme critère du lieu d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale communautaire<sup>529</sup>. Les modalités d'une solution globale de redressement envisagent ainsi le groupe dans son ensemble. L'exemple d'Eurotunnel est

---

<sup>524</sup>CA Douai., 2 octobre 2003, Affaire Métaleurop, *Ibidem*.

<sup>525</sup> C. Saint Alary-Houin, Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, P.A. janvier 2002, p. 59.

<sup>526</sup> Deux arrêts caractérisent l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à partir d'un établissement dans l'hypothèse où le lieu d'immatriculation de la société ne s'accompagne point d'une activité économique : T. com. Bruxelles, 18 décembre 2003, Electra Airlines Compagnie et le 18 Aout 2003, Summit Air Ltd, D. 2004, p. 1013.

<sup>527</sup>J. Béguin et M. Menjucq, Droit du commerce international, Litec, Paris, 2005, p. 264.

<sup>528</sup> T. Com, 16 juillet 2008, Rev. Soc. 2008, p. 895, note M. Menjucq.

<sup>529</sup> Article 3§1 du Règlement 1346/2000.

apprécié à cet effet. Une restructuration réussie en un for unique permet de traiter une difficulté économique identique à l'ensemble des sociétés que caractérise l'entreprise Eurotunnel<sup>530</sup>.

## Chapitre IV : L'objectivation d'un for principal

L'activité économique du groupe de sociétés suppose de dégager une méthode de sécurisation de son activité transnationale (Section I).

La restructuration en amont d'un groupe de sociétés encourage la dynamisation d'un droit européen des groupes de sociétés en difficulté. Une réflexion sur une méthodologie de la sauvegarde de l'activité économique est alors suggérée (Section II).

### Section I. Une méthode de sécurisation de l'activité transnationale

L'effort de qualification d'un centre des intérêts principaux entrevoit les limites d'une conception restrictive de ce critère en présence d'un groupe de sociétés (§1).

La notion de fraude au droit des créanciers invite à la réflexion sur une localisation davantage tournée vers un critère de gestion habituelle du groupe qui constitue un rempart contre le risque de forum shopping malus (§2).

#### §1. Les limites d'une conception restrictive du centre des intérêts principaux

Une présomption simple renforcée en faveur du siège statutaire (A.) ne doit cependant point priver d'efficacité la procédure d'insolvabilité transfrontalière (B.).

##### *A. Une présomption simple renforcée en faveur du siège statutaire*

L'appartenance d'une filiale au groupe transnational de sociétés n'est pas prévue par les rédacteurs du Règlement dont l'activité est pourtant grandissante<sup>531</sup> au sein de l'Union européenne. L'importance de ce phénomène souligne l'ambiguïté d'un système de compétence juridictionnelle reposant sur le siège statutaire dont l'application s'avère controversée selon la juridiction de l'État membre désignée compétente. Ainsi, et comme le

---

<sup>530</sup> R. Dammann, Le mandat ad hoc, une « porte d'entrée » pour l'application aux groupes de sociétés du Règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy. dr. aff. nov 2006, p. 107.

<sup>531</sup> G. Duval, Alternatives économiques, hors série numéro 79, 2009, p. 30.

souligne M. Raimon, l'importance de la présomption en faveur du siège statutaire corrobore un centre d'organisation et de direction administrative de l'activité visée. La présomption n'étant point irréfragable, une réalité différente que celle admise statutairement permet de renverser celle-ci au centre des intérêts principaux renvoyant donc au critère fonctionnel de l'activité transfrontalière<sup>532</sup>. Et c'est précisément sur ce point que la structure du Règlement trouve à s'améliorer. Partant, l'enjeu est de taille puisqu'il oppose inévitablement un critère rigide mais sécurisant (le siège statutaire) et un critère souple tenant compte des règles de gouvernement de l'ensemble économique (l'administration et la gestion de l'activité transnationale) sachant que ce dernier doit être corroboré et vérifié par les tiers (l'élément subjectif réside dans la vérification de l'activité du débiteur par les tiers)<sup>533</sup>.

Les décisions rendues par les juridictions européennes ont alors objectivé le centre des intérêts principaux. Celles-ci localisent en effet le centre des intérêts principaux des filiales au siège de la société mère au motif qu'elle les contrôle<sup>534</sup>.

L'affaire Eurofood limite néanmoins la gestion globale que la société de droit italien « Parmalat » laisse entrevoir en précisant qu'elle se situe en arrière plan de la société de droit irlandais « Eurofood ». En conséquence, la croyance que fait naître aux yeux des tiers convainc les juges italiens de localiser le centre des intérêts principaux en Italie (élément subjectif). Celle-ci est néanmoins enrichie d'éléments objectifs parmi lesquels « le domicile italien des directeurs généraux, la prise de décisions opérationnelles en Italie et le rôle clef joué dans le financement du groupe » devaient contribuer à ne point retenir comme critère d'ouverture de la procédure principale le siège statutaire de la société irlandaise Eurofood. Le scénario de départ élude néanmoins la problématique du groupe de sociétés. La doctrine fait alors observer que les groupes de sociétés sont écartés du casting des rédacteurs du Règlement<sup>535</sup>. L'activité transfrontalière réapparaît néanmoins à la lumière des projecteurs qui, comme le fantôme de l'opéra, domine la scène internationale économique sans que l'on puisse en connaître les contours ou alors sous la forme d'ombres juridiques. Or, la portée de l'arrêt Eurofood confirme le flou juridique quant à l'appréciation de l'activité transnationale. La présomption en faveur du siège statutaire est confirmée et renforcée par les Hauts juges européens. L'avocat général souligne en outre que le lien pertinent de localisation de l'activité du débiteur est le centre d'administration, c'est-à-dire le siège social de la filiale irlandaise.

---

<sup>532</sup> D. Tricot, Les enjeux de la réforme française des procédures collectives dans la mise en œuvre du Règlement communautaire, *Rev. Lamy. dr. Aff.* nov. 2006, p. 101

<sup>533</sup> Considérant 13 du Règlement 1346/2000.

<sup>534</sup> Affaire Enron, Crisscross, Parmalat, *Rev. Lamy dr.aff.* avr 2005, p.18, note R. Dammann.

<sup>535</sup> L. Henry, Procédure civile et Règlement communautaire : Nice les 16 et 17 mai 2008, *PA.* nov 2008, p. 39.

Les juges irlandais argumentent en ce sens car ceux-ci expliquent que l'activité se développe dans le respect de la réglementation fiscale et financière irlandaise. La localisation d'un centre des intérêts principaux au siège social de la société mère italienne n'emportent ainsi pas la conviction des juges malgré les instructions données par la société mère ou des actionnaires vivant ailleurs qu'en Irlande<sup>536</sup>.

### *B. Un objectif d'efficacité de la procédure d'insolvabilité transfrontalière*

L'édifice d'une réglementation saisissant entièrement le mouvement d'internationalisation des groupes de sociétés est donc requis. Le considérant 13 du Règlement prévoit alors 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 ».

Il revient donc aux juges nationaux d'apprécier l'article 3§1 du Règlement 1346/2000 et de dégager des tempéraments à l'application du siège statutaire en mesurant l'unité économique du groupe de sociétés (voir supra). Ceci appelle à la création de conditions favorables à l'éclosion d'un régime juridique approprié. Le phénomène transnational de l'activité économique consiste à « porter une information financière sur ces ensembles d'entreprises à la connaissance des associés et des tiers<sup>537</sup>. L'effet domino<sup>538</sup> qui résulte d'un groupe fortement intégré, est comme ce qu'il induit en partie, due à l'absence d'autonomie financière des filiales.

Celui-ci consiste à découvrir un rattachement des groupes transnationaux insolvable à la lumière des objectifs du Règlement 1346/2000. La coordination des mesures à prendre concernant le patrimoine du débiteur insolvable en est une. Or, le bon fonctionnement du marché intérieur ne requiert alors point d'aller par delà une localisation statutaire en privilégiant en certaines circonstances la sauvegarde de l'activité économique. La construction de l'espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité inclut donc la finalité même des procédures d'insolvabilité (le maintien au moins partiel de l'emploi et la survie de l'entreprise ainsi que le désintéressement des créanciers)<sup>539</sup>. Le critère d'ouverture initié au lieu d'un centre des intérêts principaux dépasse dorénavant les définitions prévues en droit

---

<sup>536</sup> Point 121 des Conclusions de l'avocat général Jacobs rendues au sein de l'arrêt CJCE du 2 mai 2006, Eurofood IFSC Ltd, C-341/04, Rec. 3813.

<sup>537</sup> Considérant 1 de la Septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité, concernant les comptes consolidés, Journal officiel n° L 193 du 18/07/1983.

<sup>538</sup> R. Dammann, Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridiction et de forum shopping, D. 2005, p. 1784.

<sup>539</sup> J.L. Vallens, Des procédures collectives en Europe, sécurité juridique et entreprise en difficulté, PA. janvier 1994, p. 14.

interne<sup>540</sup>. La jurisprudence dégage en conséquence un rattachement dont la valeur localisatrice aboutit à un fonctionnement efficace et effectif des procédures d'insolvabilité transfrontalières<sup>541</sup>. Les juges du fond ont donc apprécié en ce sens « les lieux de réunion du conseil d'administration ; la localisation des relations d'affaires avec la clientèle ; le lieu où la politique commerciale est définie, l'autorisation préalable de la société mère pour conclure certains engagements financiers ; la localisation des banques créancières »<sup>542</sup>.

L'interprétation jurisprudentielle du centre des intérêts principaux contribue sur plusieurs points à étayer la thèse de l'unité économique du groupe de sociétés dont la synergie opérationnelle vise à regrouper les directions fonctionnelles localisées au siège social ou se réunit le conseil d'administration et l'assemblée générale de la société mère.

## §2. Un rempart contre le risque de forum shopping malus

L'objectif de cohérence dans la résolution du conflit de juridictions interroge sur une délimitation entre un forum shopping bonus et malus au sein du Règlement 1346/2000 (A). Une prévisibilité renforcée de la gestion habituelle du débiteur structure d'une part le droit communautaire des conflits de juridiction en matière d'insolvabilité (B). La possibilité de contester la compétence prévue à l'article 3§1 limite d'autre part le risque de forum shopping malus (C).

### *A. Délimitation entre un forum shopping bonus et malus au sein du Règlement 1346/2000*

#### 1. Un objectif communautaire de prévention contre le forum shopping

La délimitation entre un forum shopping bonus et malus<sup>543</sup> suppose d'apprécier si selon la Cour de justice des Communautés européennes, législateur européen, celle-ci entend institutionnaliser une forme de forum shopping. Celle-ci semble au contraire en proscrire la portée.

Aussi, et selon le considérant 4 du Règlement, « il est nécessaire, pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, d'éviter que les parties ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation

---

<sup>540</sup> Cass.com., 8 mars 1988, Rev. Soc. 1988, note A. Honorat, p. 289.

<sup>541</sup> Considérant 2 du Règlement 1346/2000.

<sup>542</sup> TGI de Lure, ch. com., 29 mars 2006, D. 2006, p. 1043, note A. Lienhard.

<sup>543</sup> P. de Vareilles-Sommières, Le forum shopping devant les juridictions françaises, TCFDIP 1998-1999, Pedone, Paris, p. 51.

juridique (forum shopping) ». La discussion porte donc sur l'exploitation d'une compétence juridictionnelle<sup>544</sup> compte tenu de la pluralité de sièges statutaires au sein d'un groupe de sociétés.

Surtout, le choix d'une législation en faveur d'un dessein plutôt qu'un autre peut influencer une compétence juridictionnelle localisée en un centre des intérêts principaux et ainsi favoriser le forum shopping. En effet, les stratégies sur le choix du tribunal compétent semblent en effet être admises sachant qu'il appliquera sa propre loi, plus ou moins favorable au débiteur, aux salariés, aux créanciers<sup>545</sup>. Celui-ci est alors encouragé soit en l'absence de l'identification de l'unité économique soit en cas d'ouverture systématique d'une procédure au siège de la société mère.

En effet, le fait d'aller plaider à l'étranger afin d'évincer un jugement dans un pays visé alors que les juges normalement saisis auraient refusé une telle solution constitue un forum shopping.

Le dilemme est de distinguer le caractère licite ou non d'une stratégie procédurale reposant sur une pluralité de for, ce que l'application stricto sensu du Règlement permet face à une pluralité de sociétés du groupe exerçant une activité commerciale et/ou d'administration. L'appréciation d'un for centralisé au siège d'une des sociétés du groupe interroge en effet sur la notion de forum shopping au sein du Règlement. La doctrine en souligne d'ores et déjà les traits caractéristiques lorsque comme le résume M. Raimon, « this is the real draw for forum shopping. Simply pick your favorite jurisdiction, transfer your company's paper and bank accounts there and you're away. If you're worried about antecedent transaction, go to Greece. Preferential creditors? Try Germany or the UK<sup>546</sup> ».

La structure de la procédure d'insolvabilité et l'incidence des objectifs assignés<sup>547</sup> peuvent inciter à créer un lien artificiel en instrumentalisant le droit communautaire de l'insolvabilité. C'est le cas, selon nous, dès lors que le débiteur obtient indirectement au lieu du siège statutaire d'une des filiales une plus grande clémence concernant le régime de l'action révocatoire afin de faire échec au recouvrement de certaines créances. Une législation favorable au débiteur ou encore celle privilégiant les créanciers garantis sont autant de

---

<sup>544</sup> J.-L. Vallens, La maison mère, centre des intérêts principaux de ses filiales étrangères, D. 2006, p. 793.

<sup>545</sup> T. Montéran, La tentation du forum shopping, les critères de territorialité appliqués aux groupes de sociétés dans le règlement européen du 19 mai 2000, Gaz. Proc. Coll. 26-27 octobre 2007/4, p. 7.

<sup>546</sup> M. Raimon, Le règlement 1346/2000, *ibidem*, p. 246 : l'on peut traduire par un encouragement au forum shopping. Le débiteur peut alors choisir sa juridiction et le transfert du siège ainsi que le déplacement des avoirs bancaires. La Grèce est favorable quant au régime des nullités de la période suspecte. L'Allemagne et l'Angleterre favorable aux créanciers garantis.

<sup>547</sup> P. Woodland, Observations sur les orientations des droits européens de la faillite, JCP. 1984, p. 30.

paramètres dans le choix du for. Le règlement est en outre nuancé sur ce point en ce que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne produit point d'effet universel sur les actifs grevés alors qu'ils sont localisés dans un autre État membre que l'État d'ouverture (voir partie II). La stratégie repose alors davantage en amont selon un dispositif en faveur des créanciers dans la mise en œuvre de financement selon le centre des intérêts principaux du débiteur<sup>548</sup>.

## 2. Éléments de qualification de forum shopping malus

### 2.1 En l'absence d'activité au siège statutaire

La qualification de forum shopping malus se distingue tout d'abord de la fraude à la loi dans la mesure où il s'agit d'une manipulation des critères de compétence juridictionnelle<sup>549</sup>.

Celle-ci requiert traditionnellement la réunion d'un élément matériel, intentionnel et légal. Le premier suppose la preuve d'une manœuvre frauduleuse et dépend du cadre dans lequel la fraude veut s'exercer. L'utilisation d'une règle de compétence juridictionnelle est ici privilégiée<sup>550</sup>. La volonté de se soustraire à un for révèle l'élément intentionnel. Le demandeur saisit une juridiction afin d'obtenir une décision différente de celle qu'aurait rendu le juge normalement compétent éludant une disposition impérative (l'élément légal). Le choix du for est donc irrégulier dès lors que celui-ci n'a d'autre but que de soustraire par exemple le recouvrement d'une créance et les droits attachés à ses juges naturels<sup>551</sup>. En l'espèce, la société suisse Progress-Aviation attaque une compagnie américaine pour violation d'un contrat d'exclusivité dans la vente d'un Boeing 727 à la République de Congo. La procédure est cependant pendante aux États-Unis, ce pourquoi la société suisse cède ses droits litigieux à une société française<sup>552</sup>.

L'espèce en question souligne la cession d'une créance que détient une société suisse sur une société américaine à une société française afin que cette dernière puisse se prévaloir du privilège de juridiction conféré par la nationalité française suite à la saisine du juge américain. L'élément matériel est ici caractérisé par la manœuvre destinée à contourner le juge normalement compétent (la cession de créance). L'élément intentionnel est quant à lui vérifié quant à l'objectif procédural qui consiste à soustraire le litige à son juge naturel (le juge américain).

---

<sup>548</sup> M. Raimon, Le règlement 1346/2000, *ibidem*, p. 245.

<sup>549</sup> E. Cornut, La théorie critique de la fraude à la loi, Def. Paris. 2006, p. 227.

<sup>550</sup> H. Fulchiron et C. Nourissat, Travaux dirigés de droit international privé, Litec, Paris, 2007, p. 106.

<sup>551</sup> P. Vareilles-Sommières, *ibidem*, p. 54.

<sup>552</sup> Cass. civ., Affaire Garret, 24 novembre 1987, Rev. Crit. DIP. 1988, p. 365, note G. Droz.

C'est alors s'interroger sur l'esprit des rédacteurs du Règlement 1346/2000 et l'éventuel abus dans la saisine d'une juridiction compétente conformément au centre des intérêts principaux. L'étendue d'une localisation de l'activité sociale se vérifie donc selon la représentation juridique du groupe transnational de sociétés. En d'autres termes, la vérification du centre des intérêts principaux lors de l'introduction de la demande<sup>553</sup> oscille entre la notion de centre des intérêts principaux, d'un siège statutaire voire le siège social réel (élément objectif) et sa perception par les tiers (élément subjectif).

Le débat autour d'une qualification d'un forum shopping en droit communautaire des procédures d'insolvabilité nous transporte dès lors vers une appréciation de la fictivité d'une société.

C'est précisément ce que les juges communautaires visent lorsqu'ils désignent la société fictive comme une société boîte aux lettres. La portée consiste à éluder la compétence du juge en ce lieu et désigner un for de proximité au lieu d'un centre des intérêts principaux conformément au considérant 13 du Règlement 1346/2000.

L'étendue d'un forum shopping inhérent à une stratégie procédurale en présence d'éléments d'extranéité (la pluralité de siège statutaires et la présence d'actifs au sein de filiales) requiert dès lors de caractériser l'élément frauduleux. La manœuvre frauduleuse rend donc compétent un juge qui ne l'est point si l'on suit les règles de conflit de juridiction<sup>554</sup>. Mais compte tenu de l'interprétation divergente du centre des intérêts principaux en présence d'une activité fractionnée. Ne doit-on point en déduire qu'il s'agit d'une exploitation de la situation internationale préexistante dont la portée est l'absence de fraude<sup>555</sup> et ceci quelque soit les motifs et le résultat matériel ?

Une limitation à la localisation de l'activité conformément au centre des intérêts principaux peut cependant être appréciée en introduisant une réserve dans la saisine de la juridiction prévue au sein du Règlement 1346/2000. On en entrevoit ici les prémisses lorsque le demandeur (le débiteur mais aussi les créanciers) saisit le Tribunal d'un État membre dont la seule justification à sa compétence réside dans la règle prior tempore. L'absence d'une pluralité de for<sup>556</sup> mis à la disposition des parties comme cela est prévu au sein du Règlement 1346/2000 ne soustrait point la présente analyse à l'application d'un abus du droit d'option conféré par le droit communautaire.

---

<sup>553</sup> CJCE., Staubitz-Schreiber, 17 janvier 2006, Rev. Soc. 2006, p. 346, note J.-L. Vallens.

<sup>554</sup> Cass. civ, 24 novembre 1987, Rev. Crit. DIP. 1988, p. 364, note Droz.

<sup>555</sup> E. Cornut, La théorie critique de la fraude à la loi, *ibidem*, p. 228.

<sup>556</sup> B. Ancel, La désunion européenne : le Règlement dit de Bruxelles II, Rev. Crit DIP. 2001, p. 403.

L'absence de prise en compte du groupe de sociétés par le Règlement 1346/2000 induit que chaque État membre peut établir une compétence de ses Tribunaux en présence d'un siège statutaire sur son territoire. Le principe de confiance mutuelle visé au considérant 42 de l'arrêt Eurofood oblige cependant les autres États de l'Union à reconnaître la procédure principale ouverte au sein d'un État contractant. Si le conflit positif de compétence est de prime abord résolu, l'utilisation abusive du critère du centre des intérêts principaux semble pouvoir se concevoir en cas de pluralité de sièges statutaires.

La prévisibilité d'une localisation de l'activité de gestion et d'administration d'une société clarifie le choix du tribunal mais l'absence de dispositions spécifiques au groupe de sociétés rend des plus incertains la centralisation d'une procédure principale ou son articulation avec une procédure secondaire. Car, selon le principe d'atomisation juridique des sociétés, l'émergence d'une procédure principale acceptable par tous alors qu'un droit des sociétés, un droit des sûretés ainsi que les privilèges fiscaux et sociaux<sup>557</sup> établis selon chaque droit laisse au plaignant une faculté de s'adresser à chacune des sociétés<sup>558</sup>. Si l'arrêt Eurofood limite l'étendue d'un centre des intérêts principaux d'une société mère envers l'ensemble de ses filiales en cas d'absence d'activité<sup>559</sup> de ces dernières, il lui faut à l'avenir davantage se prononcer sur le choix d'une for plutôt qu'un autre. La pertinence de la saisine d'une juridiction ne dissimule pas les objectifs qui sous-tendent à la procédure. Le débiteur peut ainsi transférer provisoirement le centre des intérêts principaux afin de bénéficier de l'arrêt des poursuites individuelles non pas dans la recherche d'une solution à l'insolvabilité mais pour faire échec au règlement du passif de certains créanciers locaux.

## 2.2 Un forum shopping admis en démontrant une réalité économique différente des statuts

Une démonstration rigoureuse d'une réalité économique différente que celle prévue au statut d'une société est néanmoins permise. En l'occurrence, la présomption du siège statutaire n'est point réfutée du seul fait que les choix économiques d'une filiale soient orientés par une société mère<sup>560</sup>. La jurisprudence française a néanmoins récemment emboîté le pas d'une jurisprudence européenne<sup>561</sup> qui apprécie le critère du centre des intérêts principaux à l'échelle d'un groupe transnational de sociétés. L'étendue d'un centre des intérêts principaux conduit

---

<sup>557</sup> T Com. 15 février 2006, Affaire Emtec, D. 2006, p. 793.

<sup>558</sup> M. Raimon, L'abus du droit d'action dans les litiges internationaux, JCP. 2000, p. 1697.

<sup>559</sup> CJCE., Eurofood, 2 mai 2006, considérant 35, JCP. 2006, p. 1125.

<sup>560</sup> D. Tricot, Les enjeux de la réforme française des procédures collectives dans la mise en œuvre du Règlement communautaire, Rev. Lamy. dr.aff, nov 2006, p. 101.

<sup>561</sup> Cass.com., Daysitek, 27 juin 2006, D. 2006, act. jurispr. p. 1816, note A. Lienhard.

désormais sous la réserve d'une motivation rigoureuse à un interlocuteur unique. Des éléments objectifs (la direction stratégique et opérationnelle du groupe, l'essentiel des activités et des actifs conjugués à la présence de sièges sociaux des principales sociétés du groupe définissent objectivement la notion) et subjectifs (le lieu de restructuration de la dette qui permet de ne pas se limiter à l'acte de constitution qui en l'occurrence vise une société du groupe) supposent d'être réunis.

Les « conséquences favorables ou défavorables du choix de chacun des tribunaux possibles »<sup>562</sup> dépendent donc de la notion de centre des intérêts principaux. Celle-ci tend malgré tout à s'homogénéiser sur le plan communautaire<sup>563</sup>. Le centre des intérêts principaux suppose en effet la réunion rigoureuse de ses éléments constitutifs en présence d'un groupe transnational de sociétés. Le renversement de la présomption posée en faveur d'un siège statutaire fait ainsi l'objet d'une consécration prétorienne lorsqu'une solution d'ensemble s'impose. À défaut, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité communautaire suppose d'établir un lien caractérisé avec l'activité insolvable et d'examiner les causes objectives d'irrégularité de choix du for<sup>564</sup>. Un mécanisme d'éviction de la *lex fori concursus* repose donc sur la fraude<sup>565</sup> voire l'admission d'un abus de droit dans les litiges internationaux<sup>566</sup>.

Le Règlement 1346/2000 est donc perfectible à cet effet en ce que la présomption posée en faveur du siège statutaire doit selon nous être assortie de mécanismes correcteurs selon lesquels doivent être mentionnés l'hypothèse d'un abus chaque fois qu'un siège fictif est choisi afin d'échapper aux lois du pays où la société est gouvernée en fait<sup>567</sup>. Les cas de fraude au droit des créanciers supposent d'être mis en évidence notamment selon un for de concentration des actions étroitement liées à la procédure (voir partie II).

### 3. Une limitation des fors applicables en cas d'insolvabilité communautaire

L'étendue du centre des intérêts principaux conduit à vérifier l'absence de lien caractérisé à l'insolvabilité transfrontalière. Le jugement rendu au sein d'un État au sein duquel une

---

<sup>562</sup> J.-F. Sagaut, Regard communautaire sur le forum shopping et le forum non conveniens, PA. avril 2005, p. 51.

<sup>563</sup> CJCE., 2 mai 2006, Affaire Eurofood, *ibidem*.

<sup>564</sup> P. de Vareilles-Sommières, *ibidem*, p. 52.

<sup>565</sup> M. Menjuq, Droit international et européen des sociétés, Montchrétien, Paris 2008, p. 44.

<sup>566</sup> M. Raimon, L'abus du droit d'action dans les litiges internationaux, JCP I. 2000, p. 1695.

<sup>567</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, *Ibidem*, p. 53. L'auteur se prononce dans ce sens à propos de la formulation de l'article 21 al 2 LDIP qui répute le siège de la société désigné par les statuts.

activité résiduelle est accomplie voire qu'aucun bien y est localisé<sup>568</sup>souligne l'absence de liens étroits entre l'insolvabilité et le for applicable.

Le régime de la compétence indirecte en droit français<sup>569</sup> renseigne sur l'élaboration d'un critère de compétence juridictionnelle en matière d'insolvabilité. En effet, l'établissement de garde-fou en la matière s'avère indispensable eu égard l'abandon du contrôle de la juridiction compétente et de la loi applicable<sup>570</sup> (les pouvoirs de gestion et/ou la préparation de redressement du patrimoine du débiteur relève de la loi du for d'ouverture<sup>571</sup>).

Ainsi, les conditions que doivent remplir une décision rendue par une juridiction étrangère pour produire des effets sur le territoire français sont au nombre de trois. Parmi elles figurent la compétence internationale indirecte de la juridiction étrangère, l'absence de fraude à la loi et la compatibilité avec l'ordre public français.

Concernant la compétence du juge étranger, la Haute juridiction civile française précise « que toutes les fois que la règle française de conflit de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux »<sup>572</sup>. Il faut tout d'abord souligner le mouvement selon lequel l'application des privilèges de juridiction fondée sur la nationalité du demandeur français révèle des limites majeures quant aux buts assignés à une procédure d'insolvabilité.

L'avis du Professeur Martin-Serf à ce propos met en évidence son utilisation qui empêche « la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif »<sup>573</sup>. Il convient d'apprécier à cet effet positivement l'abandon du caractère exclusif d'une compétence juridictionnelle reposant sur la nationalité du demandeur français<sup>574</sup> tant en droit français des faillites internationales qu'en droit communautaire de l'insolvabilité.

---

<sup>568</sup> L'hypothèse visée fut appréciée dans le cadre de la compétence juridictionnelle des tribunaux américains, affaire Youkos ou l'instrumentalisation du droit de la faillite, D. 2005, p. 779, note J.L. Vallens.

<sup>569</sup> L'étude de la compétence indirecte en droit français consiste non pas de déterminer le juge compétent avant toute procédure, mais de vérifier la compétence d'une autorité ayant déjà statué sur le litige et dont la reconnaissance de sa décision est demandée en France.

<sup>570</sup> Voir les Principes posés à l'article 16 et 4§1 du Règlement 1346/2000. Ceux-ci prévoient respectivement que toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture; la loi d'ouverture étant celle de la procédure.

<sup>571</sup> Articles 4§2 c e et h et 18§1 § du Règlement 1346/2000.

<sup>572</sup> Cass. civ., 6 février 1985, Rev. Crit. DIP. 1985, p. 369 ; Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt Simitch de la Cour de cassation, Rev. Crit. DIP. 1985, p. 10, Obs. Ph. Francescakis.

<sup>573</sup> A. Martin-Serf, La faillite internationale : une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant, JDI. 1995, p. 41.

<sup>574</sup> Cass. civ., 22 mai 2007, D. 2007. 1596, Obs I. Gallmeister.

L'étendue d'une compétence exclusive se définit selon la jurisprudence française comme suivant. Celle-ci retient le siège social voire le principal établissement<sup>575</sup> alors que le droit communautaire se réfère prioritairement au centre des intérêts principaux puis à l'établissement. Il ressort de l'une comme de l'autre tacitement ou expressément qu'un tribunal compétent désigné selon un critère de nationalité du demandeur est non conveniens dès lors que le siège social du débiteur se localise dans un autre État.

Le droit positif indique, à cet effet, un lien « suffisamment » caractérisé auquel nous rapprochons les solutions prévues en droit communautaire. La désignation du for applicable se tourne alors davantage vers un critère de proximité de l'activité principale du débiteur tant en application du Règlement (le centre des intérêts principaux et l'établissement de l'activité économique en présence d'un groupe de sociétés) qu'en droit positif (le domicile et l'activité commerciale du débiteur)<sup>576</sup>.

#### 4. Le droit des procédures d'insolvabilité : un préalable à l'investissement international

La crise financière actuelle invite par ailleurs à considérer les règles en matière d'insolvabilité comme un préalable à l'investissement afin de rétablir la confiance des partenaires économiques dans l'hypothèse de défaillance d'entreprises. L'évolution des échanges commerciaux et de la structure des entreprises<sup>577</sup> requiert donc une réglementation non plus seulement nationale mais européenne se traduisant selon les principes prévus en droit communautaire de l'insolvabilité.

La réorganisation du groupe transnational de sociétés en difficulté requiert donc un renforcement de l'espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité. Les multiples difficultés financières auxquelles doit faire face l'entreprise au cours de sa vie économique requiert l'émergence de procédure d'insolvabilité en réponse à l'organisation contractuelle du groupe de sociétés<sup>578</sup>. La gestion centralisée de l'entreprise est ainsi envisagée selon un critère d'ouverture de la procédure d'insolvabilité structuré au centre des intérêts principaux. La loi fédérale américaine sur les faillites témoigne de cette évolution en permettant au débiteur de se réorganiser alors qu'il ne se trouve pas encore en état de cessation des paiements ou d'insolvabilité<sup>579</sup>. Les objectifs de réorganisation ou de liquidation de l'activité transfrontalière

---

<sup>575</sup> TGI Paris, 5 juillet 1982, Sté Clover Trading, Rev. Crit. DIP. 1983, p. 652, note J. Lemontey.

<sup>576</sup> Cass. com., 18 janvier 2000, Rev. Crit. DIP. 2000, p. 442, note D. Bureau.

<sup>577</sup> J.-L. Vallens, Des procédures collectives en Europe, P.A. janvier 1994, numéro 5, p. 15.

<sup>578</sup> P. Le Cannu, Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, P.A. Janvier 2002, p. 56.

<sup>579</sup> L. Clark, US Bankruptcy Code, the challenges of insolvency law reform in the 21st century, Schulthess, Genève, 2006, p. 18.

se réalisent dorénavant à travers l'effet universel de la procédure en direction des patrimoines de sociétés localisées dans d'autres États membres.

L'universalité d'une procédure d'insolvabilité communautaire se vérifie dorénavant au-delà des frontières nationales selon un principe de confiance mutuelle<sup>580</sup>.

En l'occurrence, le droit communautaire des procédures d'insolvabilité met en lumière une interprétation flexible du centre des intérêts principaux qui peut désormais contribuer à maîtriser le lieu d'implantation des groupes transnationaux de sociétés à l'intérieur de l'Union européenne. La désignation d'une loi sur l'insolvabilité ne repose à cet effet point exclusivement sur le dessaisissement du débiteur et souligne les avancées d'un régime communautaire. L'on considère « le droit des faillites comme un préalable à l'investissement international »<sup>581</sup> puisque l'attractivité et la centralisation d'une procédure d'insolvabilité sont dorénavant étroitement imbriquées au sein de l'Union européenne. Celle-ci met en exergue un mouvement de réforme en ce domaine tant parmi les pays continentaux que ceux de la Common law<sup>582</sup>. Un corpus communautaire en matière d'insolvabilité contribue donc à coordonner les législations nationales davantage tournées vers l'assainissement des groupes de sociétés tout en obérant point les mécanismes de préservation de la masse en cas de liquidation de l'activité transfrontière (les effets d'un dessaisissement en sont les caractéristiques principales<sup>583</sup>). Aussi, la construction du marché unique qui prévoit la liberté d'établissement rend nécessaire la coordination d'une procédure principale et l'ouverture de procédures secondaires où se logent les filiales et les succursales.

La convergence des réglementations suppose ainsi des règles de coopération renforcées au travers tout d'abord une reconnaissance de plein droit et une exécution simplifiées des décisions rendues dans le cadre de la procédure communautaire (voir partie II). La valorisation des actifs du groupe de sociétés suppose ensuite une coordination de la procédure principale et secondaire selon la technique du protocole et davantage harmonisé vers les modalités de poursuite de l'activité économique<sup>584</sup>. L'intérêt de tous les créanciers transfrontaliers se vérifie aussi puisque les frontières nationales ne constituent plus un

---

<sup>580</sup> CJUE., MG Probud, 21 janvier 2010, aff. C-444/07, disponible sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

<sup>581</sup> J.-P. Dom, Le contexte international du nouveau droit des procédures collectives, Rev. Proc. Coll. juin 2006, p. 127.

<sup>582</sup> Série législation comparée disponible sur le site suivant : [www.senat.fr/lc/lc135/lc135.html](http://www.senat.fr/lc/lc135/lc135.html).

<sup>583</sup> Arrêt Eurofood, aff. C-341/04, Rec. 3813 : point 54.

<sup>584</sup> Voir la présente thèse : p. 255.

obstacle à l'information et à l'égalité de traitement des créanciers communautaires<sup>585</sup> en présence d'une activité transnationale.

### *B. Une prévisibilité renforcée de la gestion de l'activité habituelle du débiteur*

L'examen d'une gestion « habituelle »<sup>586</sup> du débiteur suppose d'étudier les règles de transfert d'un siège social en cas d'insolvabilité communautaire.

L'interprétation du droit communautaire des sociétés constitue un exemple de limitation au transfert de l'administration centrale (1.). Les règles d'inopposabilité d'un transfert de siège social sont également prévues en droit positif de l'insolvabilité (2.).

#### 1. Un exemple de limitation au transfert de l'administration centrale

La jurisprudence *Daily Mail*, *Centros* et *Inspire Art* et dorénavant l'arrêt *Cartesio*<sup>587</sup> renseignent sur d'éventuelles justifications à une limitation de la liberté d'établissement. Selon la Cour de justice des Communautés européennes, un État membre peut empêcher le transfert d'une société constituée en vertu de son droit dans un autre État de l'Union. Ce dernier peut en effet exiger une cessation préalable des activités de la société entraînant sa radiation au registre du commerce avant que cette dernière puisse se constituer au sein d'un autre État de l'Union. La Cour justifie la présente solution en ce que la législation nationale définit le lien de rattachement exigé pour que la société soit constituée et donc le maintien de cette qualité ou non selon le droit en question.

Il faut toutefois se demander si la liberté d'établissement prévue au sein de l'Union européenne n'implique pas qu'une société puisse se déplacer vers un autre État membre sans que sa dissolution et sa liquidation soient nécessaires dès lors que le droit de l'État membre d'accueil le permet.

Celle-ci requiert alors de déterminer si le fait d'appliquer des règles ou pratiques internes qui empêchent une société de transférer son siège social dans un autre État de l'union<sup>588</sup> est incompatible avec les articles 43 et 48 CE<sup>589</sup>. Il ressort du présent arrêt un équilibre désormais acquis en matière de liberté d'établissement dont la stabilité repose sur une volonté de garantir effectivement celle-ci.

---

<sup>585</sup> Les articles 32 et 39 du Règlement 1346/2000.

<sup>586</sup> Considérant 13 du Règlement 1346/2000.

<sup>587</sup> CJCE., *Cartesio*, 16 décembre 2008, aff. C-210/06, Rec. 9641.

<sup>588</sup> M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrétien, Paris 2008, p. 134.

<sup>589</sup> Ceux-ci sont dorénavant visés aux articles 49 et 54 du Traité sur l'Union européenne.

Mais l'entrave au transfert du siège de direction conformément à l'arrêt Daily mail s'explique « dans le cas où la société désirait transférer son siège de direction dans un autre État membre tout en gardant sa personnalité juridique et sa qualité de société de droit britannique »<sup>590</sup>.

Les conditions posées par l'arrêt Cartesio concernent la mobilité de l'administration centrale ou du centre des intérêts principaux d'une société à l'intérieur de l'Union. On peut désormais comprendre que les mesures nationales de l'État membre d'accueil qui refuse d'immatriculer une succursale en cas de dissociation du siège statutaire et réel constituent une « négation à la liberté d'établissement ». Le transfert d'une direction effective dont l'opération est restreinte par l'État membre où est initialement enregistrée une société est posé en débat dans l'arrêt Cartesio. La Haute juridiction communautaire valide à cet effet les règles hongroises attaquées par la société alors que celles-ci excluent complètement le transfert de l'administration centrale de la société. Les règles hongroises font une application stricte de la théorie du siège réel au « motif que le droit hongrois en vigueur ne permettait pas à une société constituée selon ce droit de transférer son siège à l'étranger tout en continuant à être soumise à la loi hongroise en tant que loi personnelle »<sup>591</sup>.

La portée de l'arrêt Cartesio contribue donc à apprécier le centre des intérêts principaux. L'obligation de dissolution et de liquidation préalable conformément au pays de départ est par ailleurs présentée comme un obstacle à la liberté d'établissement et à l'esprit d'entreprendre une activité économique effective dans un autre État membre<sup>592</sup>.

L'étendue d'un transfert du centre des intérêts principaux s'inscrit naturellement dans le cadre de la liberté d'établissement mais des règles spécifiques en matière d'insolvabilité sont mises en évidence lors d'un transfert de siège social avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Le transfert du centre des intérêts principaux du débiteur « dans un autre État membre postérieurement à la mise en place du crédit entraîne en effet un conflit mobile »<sup>593</sup>.

La protection des créanciers justifie ainsi l'introduction de règles communautaires de préservation de la masse active à travers la localisation du centre des intérêts principaux. Celui-ci permet aux créanciers nouant des rapports juridiques avec le centre des intérêts principaux de la société d'être davantage sécurisés en cas d'insolvabilité transfrontalière. Une solution peut par exemple consister à renforcer un mécanisme de protection des créanciers à

---

<sup>590</sup> G. Jazottes, Le transfert de siège : statu quo ou revirement, Bull. Joly. octobre 2008 n° 10, p. 828.

<sup>591</sup> R. Kovar, La mobilité des sociétés dans l'espace européen, D. 2009, p. 469.

<sup>592</sup> CJCE., Cartesio, 16 décembre 2008, aff. C-210/06, Rec. 9661.

<sup>593</sup> R. Dammann, La mobilité des sociétés et localisation des actifs, Cahiers de droit de l'entreprise, Avril 2006, p. 45.

la lumière du régime du transfert de siège transfrontalier conformément au Règlement (CE) 2157/2001<sup>594</sup>. Celui-ci prévoit que l'organe de direction ou d'administration de la société européenne (SE) établit un rapport expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques du transfert et les conséquences pour les actionnaires, les créanciers et les travailleurs. Le transfert ne donne alors lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.

## 2. D'après les règles d'inopposabilité d'un transfert de siège social en droit de l'insolvabilité

En définitive, le juge est compétent sur le fondement de l'article 3§1 en présence d'un lien caractérisé avec le litige et donc « en l'absence de fraude dans la création de ce lien ou en l'absence d'abus de droit dans l'exploitation de ce lien caractérisé »<sup>595</sup>. L'étendue de l'article 3§1 du Règlement suppose que l'on examine l'option de compétence conférée au débiteur voire à ses créanciers dans le choix de la juridiction compétente en présence d'un groupe transnational de sociétés.

Ladite compétence offre un choix qui semble *prima facie* limité en l'absence de fors optionnels. Toutefois, l'hypothèse d'un groupe transnational dont les sociétés sont éparpillées au sein de l'Union européenne porte le débat sur le risque de transfert fictif du siège social.

La portée d'un transfert de siège social antérieurement à l'ouverture de la procédure ou entre la demande d'ouverture de la procédure et la décision d'ouverture<sup>596</sup> met en évidence les risques de transfert réel ou fictif d'un centre des intérêts principaux dont l'une des caractéristiques est de refléter la gestion « habituelle » du débiteur et « prévisible » pour les tiers.

L'introduction de normes limitant le transfert fictif d'un « centre des intérêts principaux » trouve donc un domaine d'application. La Cour de justice des Communautés européennes dissuade *prima facie* « les stratégies de forum shopping en décidant que la juridiction de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur lors de la demande d'ouverture par le débiteur de la procédure d'insolvabilité demeure compétente pour ouvrir ladite procédure lorsque le débiteur déplace le centre de ses intérêts principaux sur le territoire d'un autre État membre après l'introduction de la demande mais avant l'ouverture de

---

<sup>594</sup> L'article 8 du Règlement 2157/2001 du Conseil relatif au statut de la société européenne, JO L 294/1 du 10 novembre 2001.

<sup>595</sup> Paris, 10 novembre 1971, JDI 1973, p. 239, note Huet.

<sup>596</sup> CJCE., 17 janvier 2006, *ibidem*.

la procédure »<sup>597</sup>. La Haute juridiction communautaire<sup>598</sup> favorise alors la prévisibilité d'une gestion de l'activité habituelle du débiteur mais n'envisage pas le déplacement du centre des intérêts principaux précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Une difficulté supplémentaire se pose et ceci alors que les Hauts juges européens se sont prononcés sur une volonté réelle de déplacement du centre des intérêts principaux entre la demande d'ouverture et le déclenchement de celle-ci. L'intention d'éluder une compétence au lieu du centre des intérêts principaux qu'il soit sincère<sup>599</sup> ou fictif suppose que la présomption de l'activité du débiteur puisse être réfutée seulement dans le cas où celle-ci est vérifiable par les tiers et s'inscrivant dans le cadre d'une gestion habituelle. Dès lors, un changement du centre des intérêts principaux avant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peut s'avérer abusif et requiert une présomption de fictivité du nouveau siège. Ce dernier est donc présumé frauduleux dès lors que le débiteur transfère son siège social quelques mois précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La règle est justifiée par l'intérêt collectif des créanciers afin de ne pas laisser le débiteur choisir la juridiction compétente<sup>600</sup>. L'application stricte de cette règle d'ordre public en droit français conduit à rendre inopposable le transfert du siège social<sup>601</sup> alors même qu'il est non fictif<sup>602</sup>. Il faut toutefois nuancer l'application de la présente règle en présence d'une procédure dont la principale caractéristique est l'absence de dessaisissement du débiteur. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde attache en effet une importance déterminante à la réalité des faits. L'application d'une règle trop rigide peut donc comme le soulève la doctrine écarter la compétence du tribunal le mieux à même de statuer sur l'entreprise<sup>603</sup>.

### *C. Les moyens de contester la compétence d'une juridiction fondée sur l'article 3§1*

---

<sup>597</sup> A. Martin-Serf, Redressement et liquidation judiciaire, Règles générales de compétence, Juriscl. Commercial, Janvier 2007, Fasc 2200.

<sup>598</sup> CJCE., 17 janv. 2006, D. 2006, p. 367, obs. A. Lienhard ; Bull. Joly. 2006, p. 753, § 158, note D. Fasquelle ; RJ com. 2006, p. 243, note J.-P. Sortais ; Rev. crit. DIP. 2006, p. 678, note J.-M. Jude ; JDI. 2006, p. 652, note B. Volders et V. Rétornaz ; Rev. Soc. 2006, p. 346, note J.-L. Vallens.

<sup>599</sup> Cécilia Carrara, Forum shopping : de l'importance de bien choisir son moment, Insol Europe 2008, p. 28.

<sup>600</sup> CA Paris, 3e ch. A, 21 sept. 2004, RTD. com. 2005, p. 176, obs. J.-L. Vallens.

<sup>601</sup> L'article R. 600-1 du Code de commerce prévoit qu'en cas de transfert de siège social avant l'ouverture de la procédure, la règle impose implicitement une présomption irréfutable de fictivité de transfert du siège lorsque celui-ci intervient dans les six mois qui ont précédé la saisine du tribunal : J. Valansan, difficulté des entreprises, Litec, Paris 5<sup>ème</sup> édition 2009, p. 5.

<sup>602</sup> Le tribunal du lieu du siège social initial demeure seul compétent lorsque le changement de siège social n'a pas plus de six mois : le délai court à compter de l'inscription modificative opérée au RCS du siège initial : Le décret d'application du livre VI du Code de commerce, Droit des sociétés, Mai 2006, p. 10, Obs J.P. Legros.

<sup>603</sup> CA Paris, 3e ch. A, 21 sept. 2004, RTD com. 2005, p. 176, obs. J.L. Vallens.

L'interprétation stricte du recours à la clause d'ordre public favorise la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité initiée au centre des intérêts principaux (1.). L'organisation de voies de recours nationales contre le jugement d'ouverture est toutefois requise (2.).

## 1. L'interprétation stricte du recours à la clause d'ordre public

### 1.1 L'application de la clause d'ordre public selon l'arrêt Eurofood

Le principe de reconnaissance de plein droit<sup>604</sup> de la décision d'ouverture interdit à ce qu'une juridiction d'un autre État membre se déclare compétente à cette fin ou en contrôle la compétence<sup>605</sup>. Et seul un recours de droit national ouvert conformément à une procédure principale doit pouvoir garantir les créanciers étrangers d'une voie de contestation de la décision d'ouverture<sup>606</sup>.

La reconnaissance des décisions rendues par les juridictions des États membres repose sur le principe de la confiance mutuelle. Ce principe introduit une unification procédurale entre les différents États membres afin de « construire un espace unique dénué de frontières internes »<sup>607</sup>. Celui-ci implique que les juridictions nationales ne puissent se déclarer compétentes selon le critère du centre des intérêts principaux lorsqu'une procédure principale est d'ores et déjà initiée alors même qu'une filiale est localisée au sein d'un autre État de l'Union.

Le considérant 44 de l'arrêt Eurofood explique la portée du Règlement en ce qu'une procédure ouverte sur le fondement de l'article 3§1 est reconnue dans les autres États membres sans que ceux-ci puissent contrôler la compétence de la juridiction de l'État d'ouverture.

La reconnaissance automatique des décisions relatives à l'ouverture, au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité<sup>608</sup> entraîne l'extension à tous les autres États membres des effets attribués à cette procédure par la loi de l'État d'ouverture de la procédure<sup>609</sup>. La mise en place du « système obligatoire de compétences » conduit à la renonciation de la part des États membres à leurs règles internes de reconnaissance et d'exequatur au profit d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exequatur des décisions rendues dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité<sup>610</sup>.

<sup>604</sup> Article 16§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>605</sup> Cass.com., 27 juin 2006, Daysitek, *ibidem*.

<sup>606</sup> CJCE., 2 mai 2006, Affaire Eurofood, considérant 43, *ibidem*.

<sup>607</sup> E. Pataut, L'espace judiciaire européen : un espace cohérent, Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ? Dalloz, Paris, 2004, p. 49.

<sup>608</sup> Article 4.2 du Règlement 1346/2000.

<sup>609</sup> CJUE., MG Probud, 21 janvier 2010, Aff. C-444/07, *ibidem*.

<sup>610</sup> Considérant 40 de l'arrêt Eurofood.

La violation de l'ordre public de l'État requis constitue toutefois une limitation à la reconnaissance d'une procédure principale. Le Règlement prévoit en effet que « tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution »<sup>611</sup>.

La jurisprudence communautaire<sup>612</sup> en réduit toutefois la portée. Seule la violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle ou d'un droit reconnu comme fondamental<sup>613</sup> est susceptible de limiter la reconnaissance de l'ouverture d'une procédure principale. L'exception d'ordre public est admissible au regard du principe général de droit communautaire qui reconnaît à toute personne un procès équitable. Le droit à obtenir communication des pièces de procédure et le droit à être entendu<sup>614</sup> est en conséquence précisé au point 66 de l'arrêt Eurofood. Celui-ci indique le droit pour les créanciers de participer à la procédure dans le respect du principe d'égalité des armes et que toute restriction au droit à être entendu doit être dûment justifiée. Cette restriction doit également être entourée de garanties procédurales assurant aux personnes concernées par une procédure une possibilité effective de contester les mesures adoptées dans l'urgence. La Cour irlandaise interroge à cet effet les Hauts juges européens afin de savoir « si un État membre est-il tenu, en vertu de l'article 17 du Règlement, de reconnaître une procédure d'insolvabilité dans un autre État membre lorsque la décision ouvrant cette procédure a été rendue en méconnaissance de modalités procédurales garanties dans le premier État par les exigences de son ordre public »<sup>615</sup>. En l'espèce, le « provisional liquidator » désigné par la juridiction irlandaise se plaint d'une absence d'information concernant la procédure italienne<sup>616</sup>. La Haute juridiction communautaire réaffirme d'abord le principe de confiance mutuelle et l'exigence d'un fonctionnement efficace et effectif des procédures d'insolvabilité transfrontalières (considérant 2 du Règlement 1346/000). Cette dernière justifie la conception restrictive de

---

<sup>611</sup> Article 26 et article 25 §3 du Règlement 1346/2000.

<sup>612</sup> CJCE., Krombach, 28 mars 2000, aff. C-7/98, Rec. 1935, points 19 et 21.

<sup>613</sup> La Cour irlandaise dans l'arrêt Eurofood interroge la Cour afin de savoir « si un État membre est-il tenu, en vertu de l'article 17 du Règlement, de reconnaître une procédure d'insolvabilité dans un autre État membre lorsque la décision ouvrant cette procédure a été rendue en méconnaissance de modalités procédurales garanties dans le premier État par les exigences de son ordre public » : C. Seraglini, Faillite internationale et conflit de juridiction, Bruylant, 2007, p. 175.

<sup>614</sup> M. Raimon, Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, L.G.D.J, Paris, 2007, p. 134.

<sup>615</sup> C. Seraglini, Faillite internationale et conflit de juridiction, Bruylant, 2007, p. 175

<sup>616</sup> C. Seraglini, Faillite internationale et conflit de juridiction, *ibidem*.

l'ordre public visée à l'article 26 du Règlement en ce que la conception de l'oralité des débats et son caractère fondamental ne s'apprécie point seulement en considération de l'ordre juridique interne mais eu égard l'ensemble des circonstances à être entendu<sup>617</sup>.

## 1.2 La portée en droit interne

La Haute juridiction commerciale française confirme une approche restrictive de la violation de l'ordre public précisée par l'arrêt Eurofood<sup>618</sup>. Celle-ci considère en effet que l'arrêt déféré et rendu par la Cour d'appel de Versailles rejette à bon droit le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public fondé sur l'article 26 du Règlement. Un rappel de la procédure et des faits soumis aux juges du fond conduit à éclairer la question de droit. Il est ici question d'une résolution d'un conflit positif de juridictions en ce que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est initiée au Royaume-Uni le 16 mai 2003 alors que le 23 mai 2003 le tribunal de commerce français ouvre une procédure de redressement judiciaire. Les administrateurs de la procédure anglaise forment alors une tierce opposition au jugement français et s'appuient sur le Règlement communautaire afin d'en déduire l'impossibilité pour les juges français d'ouvrir une autre procédure principale compte tenu des dispositions combinées visées aux articles 3§1 et 16§1 du présent Règlement. Ces derniers sont confirmés en appel et le Procureur général forme donc un pourvoi en cassation (voir partie II : le droit des salariés). Le Ministère public précise que « tout État membre peut refuser de reconnaître une décision d'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité lorsque cette reconnaissance aurait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ; que l'audition des représentants du personnel constitue un tel principe dont la violation était de nature à faire obstacle à la reconnaissance en France de la décision d'ouverture ; qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé l'article 26 du Règlement 1346/2000 ». La Cour de cassation exclut au contraire la violation de l'ordre public français en pareilles circonstances. Les Hauts juges français adoptent un raisonnement *in concreto* eu égard les engagements des administrateurs anglais. Les conditions et les effets de la procédure anglaise apportent des garanties similaires à ce que prévoit le droit français concernant le paiement des créances salariales (voir partie II).

## 2. Les modalités d'un recours transfrontalier contre le jugement d'ouverture

---

<sup>617</sup> Point 68 de l'arrêt Eurofood ; Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, L.G.D.J, Paris, 2007, p. 135.

<sup>618</sup> M. Menjucq, Notion autonome du centre des intérêts principaux d'une filiale étrangère d'un groupe, JCP G. 2006, p. 1126.

## 2.1 Précisions sur une tierce opposition en droit comparé

En droit communautaire de l'insolvabilité, les créanciers doivent pouvoir utiliser, devant les juridictions de l'État membre où la décision est rendue, les recours prévus par le droit national de cet État membre à l'encontre de la décision d'ouverture<sup>619</sup>.

Le fait pour les créanciers de ne pas résider dans l'État d'ouverture de la procédure conduit à apprécier l'existence d'un moyen de contestation de jugement d'ouverture précisément lorsque celui-ci est « délocalisé » au siège statutaire d'une des sociétés du groupe. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité va donc répondre aux critères d'une gestion habituelle qu'elle soit initiée par le débiteur (une procédure de sauvegarde) ou par le créancier<sup>620</sup>.

L'ambivalence du régime de contestation d'une procédure d'insolvabilité est soulignée en doctrine. Le droit français souligne que les décisions statuant sur l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sont susceptibles de tierce opposition<sup>621</sup>. Cette dernière constitue une voie de recours extraordinaire afin de réformer un jugement au profit de celui qui n'y a pas participé. Dans l'arrêt Eurotunnel, la tierce opposition est ainsi formée par des fonds d'investissement étrangers. La discussion doctrinale porte alors sur les moyens de recours contre la compétence des juridictions françaises qui ouvre une procédure de sauvegarde à l'ensemble des sociétés appartenant à l'entreprise Eurotunnel. Selon la Cour d'appel française et en présence d'une procédure de sauvegarde qui a la particularité d'être initiée du seul chef du débiteur, les créanciers se voient refuser toute possibilité d'agir en contestation<sup>622</sup>.

En vertu de l'article 583 du code de procédure civile français « est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque. La tierce opposition est alors fermée aux créanciers qui « sont considérés comme étant ayant été représentés par la partie »<sup>623</sup>. Cette solution nous apparaît dès lors discutable en ce que les créanciers ont précisément la qualité de tiers lorsqu'une procédure de sauvegarde est initiée au contraire d'une procédure de redressement judiciaire. Dans ce dernier cas, les créanciers sont représentés par une communauté d'intérêts puisque la procédure n'est pas initiée du seul chef du débiteur mais aussi par ces premiers qui peuvent poursuivre le débiteur en saisissant le Tribunal<sup>624</sup>.

---

<sup>619</sup> Considérant 43 de l'arrêt Eurofood.

<sup>620</sup> Les articles L. 631-5 al 2 et L. 640-5 al 2 du Code de commerce français.

<sup>621</sup> Article L. 661-2 du Code de commerce : J. Vallansan, *Difficultés des entreprises*, 5<sup>ème</sup> éd, Litec, 2009, p. 465.

<sup>622</sup> Cette solution est admise en droit interne : J. Vallansan, *Difficultés des entreprises*, *ibidem*, p. 465.

<sup>623</sup> Tierce opposition et procédures collectives, PA. 28 novembre 2008, p. 26, note N. Fricero.

<sup>624</sup> Les articles L. 631-5 al 2, *ibidem*.

Les créanciers d'une partie peuvent toutefois former tierce opposition au jugement rendu en fraude de leurs droits ou s'ils invoquent des moyens qu'ils leur sont propres ». Compte tenu des déductions faites des articles 31 et 32<sup>625</sup> du code de procédure civile et de la procédure d'insolvabilité réservée au débiteur, aucune autre personne ne pourrait former tierce-opposition, même en invoquant un moyen propre<sup>626</sup>. La qualité à agir fait aussi défaut puisqu'il s'agit d'une action « attitrée au débiteur »<sup>627</sup>

L'exercice d'une tierce opposition suppose néanmoins de se pencher sur la caractérisation d'une fraude à la juridiction. La Cour d'appel<sup>628</sup> se fonde ainsi sur l'absence de fraude aux juridictions britanniques pour refuser la tierce opposition formée par les sociétés créancières d'Eurotunnel domiciliées au Royaume Uni et au Luxembourg contre le jugement d'ouverture de sauvegarde prononcé en France.

Les juges du fond écartent en effet le risque de forum shopping en ce « qu'il n'est pas prétendu que la société Eurotunnel « aurait à dessein, pour porter atteinte aux droits des créanciers fait le choix du tribunal de commerce de Paris pour obtenir l'ouverture d'une procédure de sauvegarde en renversant la présomption posée en faveur du siège statutaire, désignant la compétence des juges anglais »<sup>629</sup>.

## 2.2 Une solution convergente en droit positif et en droit communautaire

La Cour de cassation<sup>630</sup> casse l'arrêt d'appel rendu le 29 novembre 2007 en rappelant que les créanciers domiciliés dans un autre État membre que celui où est initiée la procédure principale ne peuvent être privés de contester la compétence des juges selon l'article 3§1 du Règlement. Au visa du présent arrêt, les dispositions du Règlement 1346/2000 et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; celles-ci ouvrent en conséquence une possibilité effective de contester la compétence d'une juridiction se fondant sur le centre des intérêts principaux du groupe de sociétés (le renversement de la présomption posée en faveur du siège statutaire). Les droits fondamentaux font donc partis des principes généraux du droit communautaire en ce que toute personne a droit à un procès

---

<sup>625</sup>L'article 31 du Code de procédure civile prévoit que l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé. L'article 32 prévoit qu'est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir.

<sup>626</sup> Tierce opposition et procédures collectives, PA. novembre 2008, p. 26, note N. Fricero.

<sup>627</sup> Tierce opposition, *ibidem*.

<sup>628</sup> CA. Paris., 29 novembre 2007, JCP E. 2007, 1087, note E. Scholastique.

<sup>629</sup> A. Lienhard, Affaire Eurotunnel, D. 2009, p. 1886.

<sup>630</sup> Cass. Com., 30 juin 2009, Affaire Eurotunnel, D. 2009, p. 1886, obs A. Lienhard.

équitable<sup>631</sup>. La place qu'occupe alors ce dernier dans l'organisation d'une procédure transfrontalière d'insolvabilité implique le respect du principe de l'égalité des armes. La Cour de justice des Communautés européennes en souligne son importance particulière au travers le droit pour les créanciers ou leurs représentants d'être entendu. L'établissement du « non respect des principes d'un procès équitable et du contradictoire »<sup>632</sup> semble être la contrepartie à l'absence de contrôle quant à l'appréciation portée par une première juridiction sur sa compétence. Les créanciers transfrontaliers se voient donc attribuer une possibilité effective et concrète<sup>633</sup> de contester la compétence des juridictions qui se considèrent compétentes eu égard précisément l'interprétation extensive du centre des intérêts principaux.

La recevabilité d'une tierce opposition se justifie alors et éclaire la démonstration en écartant ou non « le caractère vérifiable et prévisible du juge et de la loi du siège statutaire des filiales » et en retenant comme convaincant ou non « les éléments de fait et de droit » à l'appui d'une prétention en ce sens. La primauté des dispositions communautaires visées à cet effet est exigée au sein de l'arrêt Eurofood<sup>634</sup>. L'organisation d'une voie de recours national à des fins de contestation de l'ouverture d'une procédure principale est donc confirmée en droit positif et corrobore le droit d'accès au juge prévu en droit communautaire de l'insolvabilité.

## Section II. Une méthode de sauvegarde de l'activité économique

Le rappel des conditions tenant au dessaisissement partiel ou total du débiteur (§1) n'exonère point l'adoption de « stratégies en l'absence de cessation des paiements ». L'intérêt d'une restructuration transfrontalière là où se situe la gestion habituelle de l'activité transnationale justifie sa mise en œuvre au niveau communautaire (§2.).

### §1. Le rappel des conditions tenant au dessaisissement partiel ou total du débiteur

---

<sup>631</sup> Considérant 66 de l'arrêt Eurofood qui souligne que s'agissant plus précisément du droit à obtenir communication des pièces de procédure et, plus généralement, du droit à être entendu auxquels fait référence la cinquième question posée par la juridiction de renvoi, il convient de relever qu'ils occupent une place éminente dans l'organisation et le déroulement d'un procès équitable. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, le droit pour les créanciers ou leurs représentants de participer à la procédure dans le respect du principe de l'égalité des armes revêt une importance particulière. Si les modalités concrètes du droit à être entendu peuvent varier en fonction de l'urgence qu'il peut y avoir à statuer, toute restriction à l'exercice de ce droit doit être dûment justifiée et entourée de garanties procédurales assurant aux personnes concernées par une telle procédure une possibilité effective de contester les mesures adoptées dans l'urgence.

<sup>632</sup> R. Dammann, Droit européen des procédures d'insolvabilité: problématique des conflits de juridictions et de Forum shopping, D. 2005, p. 1781.

<sup>633</sup> M. Menjucq, Réflexions critiques sur les arrêts du 29 novembre 2007 de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire Eurotunnel, Rev. Proc. Coll. Mars 2008, p. 12.

<sup>634</sup> Point 67 de l'arrêt Eurofood, *ibidem*.

Le droit comparé souligne le dessaisissement du débiteur en cas d'ouverture dont les modalités dépendent du type de procédure d'insolvabilité initiée (A.).

Les règles sur le dessaisissement du débiteur supposent d'en vérifier la teneur conformément à la définition autonome du concept de procédure d'insolvabilité en droit communautaire (B.).

### A. D'après le droit comparé

#### 1. En droit suisse

Tout d'abord, la doctrine internationaliste perçoit dans le dessaisissement du débiteur un des mécanismes principaux actionnés par le jugement d'ouverture<sup>635</sup>. L'intérêt de notre propos suppose de préciser les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. En droit suisse, l'ouverture d'une faillite entraîne un dessaisissement du débiteur. Ce principe est logé à l'article 204 LP et prévoit « l'incapacité du failli de disposer ». Celui-ci se caractérise par la nullité des actes à l'égard des créanciers dont a pu disposer le débiteur depuis l'ouverture de la faillite de biens appartenant à la masse<sup>636</sup>. Le débiteur n'a donc plus « le pouvoir de disposer de ses droits patrimoniaux qui ont été mis sous main de justice<sup>637</sup>. La doctrine fonde le dessaisissement selon une définition théorique qui s'appuie sur le droit de mainmise légal sur l'ensemble des biens appartenant au failli. La présente définition fait ainsi écho à l'article 2285 du Code civil français<sup>638</sup> c'est-à-dire au droit de gage que possède chaque créancier sur le patrimoine du débiteur. Le droit de gage se manifeste alors par la dépossession du débiteur. Une autre approche consiste en « un droit d'exécution collectif sur le patrimoine du débiteur attaché à une créance civile<sup>639</sup>. Le Tribunal fédéral suisse adopte une position médiane en ajoutant que l'ouverture d'une faillite est une mainmise de droit public permettant aux intervenants d'être désintéressés par « l'injonction que la loi fait au débiteur de ne pas disposer »<sup>640</sup>. Le prononcé de la faillite a donc « comme conséquence immédiate que le failli perd le droit de disposer des actifs lui appartenant »<sup>641</sup>. Le principe mis en œuvre dans la procédure concordataire est la poursuite de l'activité du débiteur. Contrairement au débiteur en faillite, « le sursitaire n'est donc pas dessaisi de ses biens »<sup>642</sup>.

---

<sup>635</sup> G. Giorgini, *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de la faillite internationale*. Th. Nice, 2006, p. 110.

<sup>636</sup> Walter O Stoffel, LP, Schulthess 14<sup>ème</sup> édition, Genève, 2006, p. 100.

<sup>637</sup> P.-R. Gilliéron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2005, p. 11.

<sup>638</sup> Le présent article dispose que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence : Code civil français, Litec, Paris, 2010, p. 1277.

<sup>639</sup> P.-R. Gilliéron, *ibidem*, p. 316.

<sup>640</sup> P.-R. Gilliéron, *ibidem*, p. 317.

<sup>641</sup> N. Jeandin, *Réforme des sûretés mobilières*, Centre de droit bancaire et financier, Schulthess, *ibidem*, p. 142.

<sup>642</sup> Article 298 LP, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite*, *Ibidem*, p. 1427.

## 2. En droit français

Le droit français prévoit le dessaisissement du débiteur qu'il convient de distinguer selon que celui-ci est en redressement ou en liquidation judiciaire. Le régime général est précisé au sein du Code de commerce français<sup>643</sup>. Il est alors prévu un principe de gestion par le débiteur même lorsqu'un administrateur est nommé. Ce dernier continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. Les actes de gestion courante qu'accomplit le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi mais sont limités par l'étendue de la mission de l'administrateur. La mission de ce dernier est ainsi expressément prévue en droit français<sup>644</sup>. Le dessaisissement est en outre caractérisé en ce que le jugement ouvrant la procédure emporte de plein droit l'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette première série d'actes interdits vise à faire respecter le principe d'égalité des créanciers et le redressement de l'entreprise. L'interdiction des voies d'exécution de la part des créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles dès le prononcé du jugement d'ouverture résulte en outre des effets généraux de la procédure d'insolvabilité<sup>645</sup>. Le caractère d'ordre public international de la suspension des poursuites individuelles est apprécié avec rigueur par la Cour de cassation<sup>646</sup>. Celle-ci réaffirme une règle impérative du droit des procédures collectives qui ne peut être court-circuitée par une action en paiement d'une créance ordonnée par une sentence arbitrale<sup>647</sup>.

Le prononcé d'une liquidation judiciaire consacre « un dessaisissement actif » sous réserve des droits et actions personnels du débiteur dessaisi<sup>648</sup>. Le Code de commerce<sup>649</sup> prévoit alors que « le jugement de liquidation judiciaire emporte de plein droit à partir de sa date le dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens ». Les actes portant sur le patrimoine du débiteur sont donc réalisés par le liquidateur judiciaire sous peine d'inopposabilité à la procédure collective<sup>650</sup>.

### *B. D'après le droit communautaire*

---

<sup>643</sup> Article L. 622-3 du Code de commerce français.

<sup>644</sup> Les articles L. 622-13 et L. 622-7 du Code de commerce, Code des entreprises en difficulté, Litec, 2007, Paris, p. 44-45.

<sup>645</sup> L'article L. 622-21 du Code de commerce français.

<sup>646</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 mai 2009, Actualité des procédures collectives. juillet 2009, p. 1, obs T. Mastrullo.

<sup>647</sup> T. Mastrullo, La suspension des poursuites individuelles, un principe d'ordre public international, Actualité des procédures collectives. juillet 2009, p. 1.

<sup>648</sup> M.-H. Bon, Le dessaisissement et l'avènement des droits propres, Rev. Lamy. dr. aff. Mars 2006, p. 54-55.

<sup>649</sup> L'article L. 641-9 du Code de commerce français.

<sup>650</sup> Cass.com., 19 mai 2004 : L'efficacité de l'inopposabilité des actes accomplis par le débiteur dessaisi, D. 2004, p. 1813, note A. Lienhard.

Selon le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, le dessaisissement consiste à retirer tout contrôle de l'entreprise au débiteur et à nommer un représentant de l'insolvabilité chargé d'exercer les fonctions de gestion de l'entreprise à sa place. Il faut d'ores et déjà nuancer l'application d'un dessaisissement total qui peut désorganiser l'entreprise et nuire à la poursuite de son exploitation à un stade critique de sa survie<sup>651</sup>.

Qu'en est-il de l'étendue matérielle du Règlement 1346/2000 ?

Celui s'entrevoit tout d'abord selon une interprétation autonome déterminée par référence aux objectifs du Règlement 1346/2000<sup>652</sup>.

Une définition générale concerne les procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraîne le dessaisissement partiel ou total de celui-ci. Il en est fait mention à l'article 1<sup>er</sup> §1 du Règlement.

On s'interroge alors parallèlement sur la désignation d'une procédure d'insolvabilité communautaire sans dessaisissement du débiteur<sup>653</sup>.

L'annexe A renvoie aux procédures nationales prévues à cet effet et l'ajout de la procédure de sauvegarde de droit français en son sein<sup>654</sup> interroge sur le champ d'application matérielle du Règlement 1346/2000.

Lesdites procédures sont en effet visées à l'article 2a du Règlement lequel renvoie cumulativement au paragraphe 1 de l'article 1 du même texte et à l'annexe A de ce dernier<sup>655</sup>. Celui-ci semble donc appréhender les procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur cumulativement au dessaisissement partiel ou total de ce débiteur et la désignation du syndic. Les procédures d'insolvabilité s'entendent traditionnellement donc comme « le dessaisissement par rapport aux biens ou par rapport au pouvoir de l'insolvent ; le droit à disposer de ses biens soumis au contrôle et à l'accord du syndic confirme la teneur initiale du présent dispositif »<sup>656</sup>.

---

<sup>651</sup> Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la CNUDCI, 2004, p. 180.

<sup>652</sup> M. Virgos et E. Schmit, Report on the convention on insolvency proceedings, point 43.

<sup>653</sup> Le jugement Eurotunnel confirme l'approche formelle en ce que l'introduction d'une procédure sans dessaisissement du débiteur au sein de l'annexe A du Règlement 1346/2000 s'impose aux conditions posées à l'article 1<sup>er</sup> §1 du Règlement 1346/2000 : Espace judiciaire européen, acquis et enjeux futurs en matière civile, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 283.

<sup>654</sup> Modification des annexes du Règlement n°1346/2000 : la sauvegarde visée à l'article L. 622-1 du Code de commerce doit être regardé comme une procédure d'insolvabilité conformément aux possibilités de modification visé à l'article 45 du Règlement CE ; ceci permet d'inclure une procédure sans dessaisissement du débiteur contrairement aux conditions visées à l'article 1<sup>er</sup> du présent Règlement introduisant une souplesse dans le traitement de l'activité transnationale.

<sup>655</sup> P. Roussel-Galle, Inscription de la procédure de sauvegarde dans l'annexe A du Règlement 1346/2000, Rev. Proc. Coll. septembre. 2006, p. 262.

<sup>656</sup> G. Giorgini, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de la faillite internationale, *ibidem*, p. 109.

Une interprétation du présent article est précisée au sein de l'arrêt Eurofood. L'arrêt<sup>657</sup> précise en effet qu'une « une décision ouvrant une procédure d'insolvabilité » est une procédure selon le Règlement dès lors qu'il s'agit d'une décision formellement qualifiée de décision d'ouverture par la réglementation de l'État membre dont relève la juridiction qui l'a rendue<sup>658</sup>. L'étendue matérielle du Règlement voit en conséquence son champ d'application élargi eu égard le vent de réforme soufflant en Europe et prescrit par une actualité économique marquée par la résurgence de faillites dans le monde.

Le Règlement 694/2006 introduit à l'annexe A la procédure de sauvegarde de droit français et s'ajoute aux procédures de liquidation et de redressement judiciaire. Le maintien des pouvoirs d'administration du débiteur<sup>659</sup> résultant de l'ouverture de cette dernière complète les procédures fondées sur l'insolvabilité mais dont l'effet principal consiste à dessaisir partiellement ou totalement le débiteur<sup>660</sup>. Le même raisonnement peut être tenu eu égard une procédure de redressement judiciaire qui ne prévoit point un dessaisissement au sens strict du débiteur<sup>661</sup>.

## §2. L'importance d'un dispositif favorable au débiteur

La réponse régionale au traitement des difficultés du groupe transnational de sociétés met en exergue les défauts d'un traitement local et tardif des groupes de sociétés en difficulté. L'actualité est brûlante à ce propos puisque nombre de groupes transnationaux de sociétés se révèlent insolubles. Une réforme en faveur de procédures préventives est souhaitable (A.) dont il faut préciser la portée à travers l'affaire Eurotunnel (B.).

### *A. Une réforme en faveur de procédures préventives et favorisant la vie des affaires*

#### 1. En droit communautaire

L'examen du contenu de la procédure d'insolvabilité renseigne précisément sur l'orientation des mesures protectrices qui sont dirigées soit en faveur de la sauvegarde du débiteur soit en faveur d'un règlement collectif des créanciers. L'orientation du droit de la faillite des pays de

---

<sup>657</sup> Le considérant 54 de l'arrêt Eurofood.

<sup>658</sup> D. Tricot, « Les enjeux de la réforme française dans la mise en œuvre du Règlement communautaire », Rev. Lamy. Dr. aff. 10/2006, p. 103.

<sup>659</sup> Article L. 622-1 du Code de commerce français.

<sup>660</sup> Article 1<sup>er</sup> §1 du Règlement 1346/2000.

<sup>661</sup> F. Melin, Le règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, Bruylant, 2008, p. 45.

l'Union européenne s'inscrit entre ces deux tendances<sup>662</sup>. L'évolution actuelle est marquée par le sceau du compromis entre la poursuite de l'activité économique et la participation des créanciers<sup>663</sup>. L'établissement d'un équilibre ou d'un nouvel équilibre lié à la globalisation de l'économie s'entrevoit en l'élaboration d'un instrument régional visé à cet effet. L'esprit du Règlement doit selon nous davantage se prononcer sur le régime communautaire de l'insolvabilité outre le renvoi aux dispositions nationales. L'on suggère ainsi de développer « des objectifs autre que la maximisation des sommes recouvrées par les créanciers (une procédure de liquidation) comme l'encouragement au développement d'une classe d'entrepreneurs et la protection de l'emploi »<sup>664</sup> au sein de l'Union européenne.

La Cour de justice des Communautés européennes précise alors que la notion de faillite recouvre « l'état de cessation de paiement, l'insolvabilité ou l'ébranlement du crédit du débiteur impliquant une intervention de l'autorité judiciaire aboutissant à une liquidation forcée et collective des biens ou au moins un contrôle de cette autorité »<sup>665</sup>. Si le présent Règlement corrobore cette définition<sup>666</sup>, l'objectif de sauvegarde de l'activité de l'entreprise et de maintien de l'emploi interroge sur un champ d'application matérielle élargi. L'évolution du droit de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne soulève dorénavant une modification de l'article 1§1 du Règlement eu égard la définition de l'insolvabilité. L'orientation en faveur de procédures sans dessaisissement du débiteur a vocation à consolider le mouvement de réforme suggéré au sein des États membres quant à l'objectif d'un traitement préventif des groupes européens de sociétés en difficulté<sup>667</sup> (voir infra).

## 2. En droit comparé

Il faut ainsi préciser l'hypothèse où le droit de l'insolvabilité interrogé peut « mener d'entrer de cause » à une procédure de liquidation (les articles 159, 190 et 192 LP) ou à une procédure de redressement désignée « sursis concordataire » en droit suisse (les articles 293, 305 à 316 LP)<sup>668</sup>.

---

<sup>662</sup> M. Poitevin, « Les procédures collectives en droit européen », Rev. Proc. Coll. 1991, n°1, p. 47-63.

<sup>663</sup> Esprit de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 art. 1, art. 12 Journal Officiel du 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006.

<sup>664</sup> Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international, New-york, 2001, A/CN.9/WG.V/WP.54, p. 10.

<sup>665</sup> CJCE., Gourdain, 22 février 1979, Affaire 133/78, Volume 1979, p. 733.

<sup>666</sup> La liste des procédures d'insolvabilité figure à l'annexe A du Règlement 1346/2000 et repose sur le dessaisissement du débiteur et l'intervention d'un syndic prévu à l'article 1§1 du même document.

<sup>667</sup> R. Damman, L'évolution du droit européen des procédures d'insolvabilité et ses conséquences sur le projet de loi de sauvegarde, Rev.Lamy. dr.aff. avril 2005, numéro 81.

<sup>668</sup> N. Jeandin, Réforme des sûretés mobilières, Centre de droit bancaire et financier, Schulthess, Genève, 2006, p. 136.

Au contraire, le droit français adopte une conception unitaire impliquant l'ouverture d'une période d'observation<sup>669</sup> qui ne préjuge pas du sort final de l'entreprise (le redressement ou la liquidation)<sup>670</sup>. Le jugement d'ouverture fixe une période d'observation qui en droit français dure six mois renouvelable une fois et exceptionnellement prolongée à la demande du Procureur de la République<sup>671</sup>. Pendant cette période, il est donc permis au tribunal de procéder, à la demande du débiteur, de l'administrateur et du ministère public, à la conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire<sup>672</sup>.

Les « alternatives à l'exécution forcée »<sup>673</sup> associant le débiteur et les créanciers afin que ceux-ci règlent les conditions et les conséquences d'une poursuite de l'activité de l'entreprise supposent quelques lignes directrices.

En droit suisse, le juge du concordat nomme alors un commissaire au sursis et le débiteur peut ainsi poursuivre son activité sous réserve de certains actes (il est ainsi prévu une obligation de rendre compte au commissaire de la marche des affaires)<sup>674</sup>. Le droit suisse autorise donc le débiteur à soumettre une proposition de concordat dès lors que sa situation patrimoniale l'empêche de s'acquitter de ses obligations<sup>675</sup>. Ce dernier aboutit soit à l'adoption d'un concordat ordinaire (celui-ci vise davantage l'assainissement de l'activité) soit un concordat par abandon d'actifs (une liquidation dans les meilleures conditions que la faillite)<sup>676</sup>.

L'ajournement de faillite est en outre prévu à l'article 725a CO. Celui-ci requiert l'établissement du surendettement et couvre une situation financière dans laquelle les dettes excèdent les actifs du débiteur<sup>677</sup>. Le droit suisse prévoit donc « une intervention du tribunal en amont »<sup>678</sup> des difficultés rencontrées par une société anonyme. Le conseil d'administration doit convoquer une assemblée générale et proposer des mesures d'assainissement lorsque la société est surendettée<sup>679</sup>. L'octroi « d'un ajournement de faillite au sens de l'article 725a

---

<sup>669</sup> Code des entreprises en difficulté, Litec, 2007, Paris, p. 39.

<sup>670</sup> Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la CNUDCI, 2004, p. 20.

<sup>671</sup> Article L. 621-3 du Code de commerce, Code des entreprises en difficulté, Litec, 2007, Paris, p. 30.

<sup>672</sup> Les conditions sont visées à l'article L. 622.10 du Code de commerce : Code des entreprises en difficulté, Litec, 2007, Paris, p. 43.

<sup>673</sup> Poursuite et faillite, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, Helbing & Lichtenhan, Genève, 2005, p. 1404.

<sup>674</sup> Poursuite et faillite, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, *ibidem*, p. 1427.

<sup>675</sup> Poursuite et faillite, *ibidem*, p. 1407.

<sup>676</sup> N. Jeandin, Réforme des sûretés mobilières, Centre de droit bancaire et financier, Schulthess, 2006, p. 146.

<sup>677</sup> H. Peter, *ibidem*, p. 58.

<sup>678</sup> V. Jeanneret, Assainissement : mieux vaut prévenir que tenter de guérir, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur A. Hirsch, Éditions Slatkine, Genève, 2004, p. 223.

<sup>679</sup> L'article 725 1 CO prévoit ce cas de figure lorsque les actifs ne couvrent plus la moitié du capital et des réserves légales

CO » met provisoirement la société à l’abri de ses créanciers<sup>680</sup>. Ce dernier prévoit en effet que le juge déclare la faillite eu égard l’avis de surendettement mais peut l’ajourner, à la requête du conseil d’administration ou d’un créancier, si l’assainissement de la société paraît possible. Dans ce cas, il prend les mesures propres à la conservation de l’actif social. La révision du droit de la société anonyme est par ailleurs débattue suite « aux dérapages, voire abus ou déconiture que la Suisse a récemment connu »<sup>681</sup>. La réflexion porte ainsi sur l’introduction de « paramètres prospectifs » afin d’anticiper les difficultés sociales de l’entreprise<sup>682</sup>. On entrevoit ici un élément de comparaison avec le critère français des « difficultés insurmontables » en ce que devant la crainte du surendettement ou d’une insolvabilité<sup>683</sup>, le tribunal doit en être informé. Des mesures d’assainissement ou la fin de l’insolvabilité sont ainsi envisageables suite au diagnostic du juge. Cela vise parallèlement à protéger les intérêts des créanciers de l’entreprise lorsqu’il « existe des raisons sérieuses de croire que la société est insolvable »<sup>684</sup>.

### 3. En droit français

L’orientation des dispositions favorables au débiteur se mesure donc dans l’avantage qui lui confère le droit des procédures collectives plutôt qu’un autre eu égard un critère d’ouverture anticipé de la procédure d’insolvabilité.

Le dépassement<sup>685</sup> de la notion de « cessation des paiements », critère d’ouverture d’une procédure de redressement judiciaire en France en est un exemple. L’impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible<sup>686</sup> fut jusqu’à la réforme le critère exclusif d’ouverture de la procédure d’insolvabilité en droit français. Les caractères de l’état de cessation des paiements soulignent l’insuffisance d’actifs disponibles eu égard le passif exigible (les dettes échues). Le droit suisse définit quant l’insolvabilité quant à lui comme « l’incapacité financière de payer ses dettes échues »<sup>687</sup>. La réforme prévue en droit français a donc envisagé l’ouverture d’une procédure avant que l’état de cessation des paiements soit avéré et élargi les conditions d’ouverture d’une procédure collective<sup>688</sup>.

---

<sup>680</sup> V. Jeanneret, Assainissement, *ibidem*, p. 220.

<sup>681</sup> H. Peter, La réforme du régime de la responsabilité des organes selon l’avant projet du 2 décembre 2005, Centre du droit de l’entreprise, Lausanne 2008, p. 157.

<sup>682</sup> H. Peter, *ibidem*, p. 175.

<sup>683</sup> H. Peter, voir le schéma illustrant la proposition de réforme de l’article 725 CO, *ibidem*, p. 175.

<sup>684</sup> H. Peter, *ibidem*, p. 175.

<sup>685</sup> C. Saint-Alary-Houin, La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies, *Rev.Proc. Coll.*, 2007. p. 14.

<sup>686</sup> Article L 631-1 du Code de commerce, Code des entreprises en difficulté, Litec, 2007, Paris. p. 105

<sup>687</sup> H. Peter, *ibidem*, p. 58.

<sup>688</sup> T. Monthéran, L’état de cessation des paiements : clef de voûte des procédures collectives, *Rev. Proc. Coll.* 2001, p. 7.

La portée de la réforme en droit français vise notamment à ouvrir une nouvelle procédure destinée à cet effet. Celle-ci est prévue au titre II du plan du nouveau livre VI du présent Code<sup>689</sup> et s'intitule « de la sauvegarde »<sup>690</sup>.

Le maintien à la direction d'une société voire de plusieurs sociétés débitrices apparentées accorde par voie de conséquence une plus grande confiance au débiteur.

L'esprit de la présente réforme est de permettre au débiteur non encore en cessation des paiements et donc insolvable de préparer un plan de sauvegarde en se mettant sous la protection de la justice. L'article L. 620-1 du Code de commerce institue une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur qui justifie de difficultés qui n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements. Les juges du fond contrôlent ainsi « le caractère insurmontable » et soulignent l'approche casuistique de ce critère<sup>691</sup> comme le fut du reste la notion de cessation des paiements alors présentée en son temps comme la clef de voûte des procédures collectives en droit français<sup>692</sup>.

Le débiteur garde ainsi le contrôle de la société et celle-ci s'apprécie d'autant plus à l'échelle européenne qui consacre l'universalité de la procédure principale<sup>693</sup>. En d'autres termes, la désignation de la loi française s'avère des plus attractives en ce qu'elle relève de l'initiative du débiteur<sup>694</sup>. La possibilité pour ce dernier de n'être point dessaisi et de continuer à gérer son entreprise favorise la restructuration du groupe de sociétés. Au contraire, d'autres lois nationales prévoient « l'éviction des dirigeants en place ou la liquidation de l'entreprise »<sup>695</sup>.

Le critère des « difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements suit ainsi le modèle nord américain<sup>696</sup> en ce que la demande d'une procédure de sauvegarde doit être considérée davantage comme un acte de gestion plutôt que l'opprobre traditionnellement attachée au dépôt de bilan<sup>697</sup>. L'insertion de la procédure de sauvegarde au sein de l'annexe A est alors suffisante à faire entrer celle-ci dans le champ d'application matérielle du Règlement. L'article 1<sup>er</sup> §1 de ce texte est élargi tacitement puisque le débiteur ne perd pas les

---

<sup>689</sup> Code des entreprises en difficulté, Litec, 2007, Paris. p. 13.

<sup>690</sup> Code des entreprises en difficulté, *ibidem*, p. 25.

<sup>691</sup> CA Lyon., 31 mai 2006, RTD. com. 2006, p. 625, obs. A. Martin-Serf.

<sup>692</sup> T. Monthéran, L'état de cessation des paiements clef de voûte des procédures collectives, Rev. Proc.Coll. mars 2001, p. 1 à 7.

<sup>693</sup> P. Roussel-Galle, Inscription de la procédure de sauvegarde dans l'annexe A du Règlement 1346/2000, Rev. Proc. Coll. septembre 2006, p. 262.

<sup>694</sup> C. Saint-Alary-Houin, L'ouverture de la procédure de sauvegarde, Rev. Proc. Coll. juin 2008, p. 86.

<sup>695</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York. 18-22 mai 2009, p. 12.

<sup>696</sup> A. Levasseur, Pratique du droit des affaires aux Etats-Unis, Précis Dalloz, Paris, 1995. p. 337 ; L. Clark, US Bankruptcy Code, the challenges of insolvency law reform in the 21st century, Schulthess, Genève, 2006, p. 18.

<sup>697</sup> B. Soinne, à propos du projet de loi de sauvegarde. D. 2004, p. 1056.

pouvoirs de gestion qu'il détient sur son patrimoine<sup>698</sup>. C'est là viser une innovation doublement majeure que consacre le droit communautaire en ce qu'il étend son champ d'application matérielle et spatiale. La compétence *ratione materiae* vise dorénavant une qualification formelle des procédures d'insolvabilité et évince la condition quant au dessaisissement du débiteur. Quant à la compétence spatiale, l'application universelle d'une procédure de sauvegarde de droit français produit des effets en direction de l'ensemble des filiales localisées dans d'autres États de l'Union européenne en l'absence de procédure secondaire.

## *B. La portée de l'Affaire Eurotunnel ou l'évolution du droit européen*

### 1. La restructuration contractuelle : un facteur de localisation du groupe de sociétés

L'affaire eurotunnel est topique puisque celle-ci met en évidence le rôle d'un système préventif de traitement de l'insolvabilité du groupe transnational de sociétés. La volonté du législateur national de prévenir en amont les difficultés d'une société introduit la mise en place de procédures peu formalistes axées davantage sur la négociation. Cette dernière a alors vocation à permettre dans la discrétion une adaptation de l'entreprise à son environnement et un aménagement du passif. Le droit français prévoit à cet effet le mandat ad hoc<sup>699</sup> et la procédure de conciliation<sup>700</sup>. Celles-ci visent respectivement à présenter une solution de redressement contractuelle suite à la nomination d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur tous deux désignés par le Président du tribunal de commerce. Leur mission consiste dès lors à rechercher un accord avec les créanciers et également favoriser le fonctionnement de l'entreprise. L'intérêt du présent propos est précisément d'apprécier l'influence du système préventif sur la localisation du centre des intérêts principaux. L'interprétation *stricto sensu* du Règlement 1346/2000 exclut de son applicabilité matérielle les hypothèses visées ci-dessus et interroge sur la pertinence d'un tel choix au plan européen. La sécurité juridique justifie en partie l'exclusion du mandat ad hoc en ce que celui-ci revêt un caractère confidentiel dont certains créanciers peuvent se voir opposer<sup>701</sup>. Il appert cependant que dans l'arrêt Eurotunnel, les négociations de la dette se sont déroulées à Paris et mettent en relief l'élément subjectif du

---

<sup>698</sup>P. Roussel-Galle, Inscription de la procédure de sauvegarde dans l'annexe A du Règlement 1346/2000, *ibidem*.

<sup>699</sup>R. Damman, Le mandat ad hoc, une « porte d'entrée » pour l'application aux groupes de sociétés du Règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité, *Rev. Lamy. dr. aff.* Nov 2006, p. 104 et s.

<sup>700</sup>R. Damman, L'évolution du droit européen des procédures d'insolvabilité et ses conséquences sur le projet de loi de sauvegarde, *Rev. Lamy. dr. aff.* avril 2005, numéro 81.

<sup>701</sup>R. Damman, Le mandat ad hoc, *ibidem*.

centre des intérêts principaux. Ce dernier découle en effet d'une perception des créanciers principaux d'un centre autonome de décision de l'activité transnationale. Malgré l'échec du mandat ad hoc, l'influence des négociations entreprises permirent la conversion en procédure de sauvegarde de droit français initiée au centre des intérêts principaux français. Le choix d'exclure la procédure de conciliation ne s'impose en revanche pas. Il s'agit en effet d'un mécanisme de traitement de l'entreprise en difficulté en amont d'une cessation des paiements de façon comparable à la procédure de sauvegarde. Il nous faut ensuite souligner le caractère inapproprié d'une telle solution face à l'activité transnationale du groupe de sociétés. L'ouverture de la présente procédure est rendue possible si l'entreprise « éprouve une difficulté juridique, économique ou financière prévisible ou avérée et ne se trouve pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours »<sup>702</sup>. Or, l'ouverture de la présente procédure en un centre des intérêts principaux français se voit refuser le principe communautaire de reconnaissance de plein droit dans les autres États membres. Son efficacité<sup>703</sup> est en outre remise en cause par l'ouverture concurrente de procédures initiées dans d'autres États de l'Union au siège de sociétés apparentées. La fragmentation du traitement de l'entreprise au niveau européen morcelle in fine les solutions dynamiques et préventives face à des difficultés pourtant communes au groupe de sociétés. La seule limite notable se vérifie aussi dans les effets de l'accord amiable suite à la validation judiciaire prononcée par le Président du tribunal de commerce<sup>704</sup>. La force exécutoire n'est en effet conférée qu'en direction des créanciers qui sont parties à l'accord.

## 2. Un test d'efficacité de la procédure de sauvegarde en droit européen

Quelques propos introductifs ont vocation à préciser si l'examen d'une demande de procédure de sauvegarde doit s'analyser eu égard les capacités financières du groupe ou selon la situation financière de chaque filiale qui le composent. En d'autres termes, la preuve des difficultés insurmontables d'une filiale est-elle alors possible alors même que le groupe dans son ensemble est prospère. Monsieur le Professeur A. Lienhard s'interroge en effet sur l'incidence de « l'existence d'un engagement de la société mère en faveur de sa filiale et l'influence de celui-ci sur l'appréciation par le tribunal des difficultés, en particulier de

---

<sup>702</sup> J. Vallansan, Difficultés des entreprises, commentaire article par article du livre VI du Code de commerce, 5<sup>ème</sup> éd, Litec, 2009, p. 15.

<sup>703</sup> Une mesure provisoire de suspension des poursuites peut en effet être prononcée par le Président du Tribunal de commerce sur demande du conciliateur à des fins de conclusion de l'accord amiable : J. Azéma, Dictionnaire de droit des affaires, collection dirigée par J-P Scarano, Ellipses, Paris, 2007, p. 420.

<sup>704</sup> J. Azéma, Dictionnaire de droit des affaires, collection dirigée par J-P Scarano, Ellipses, Paris, 2007, p. 386.

l'imminence de la cessation des paiements, puisqu'il s'agirait d'une créance de la filiale à inscrire à son actif disponible »<sup>705</sup>.

La chambre commerciale dans l'arrêt Schlumberger réfute qu'un groupe de sociétés soit justiciable de la procédure de sauvegarde en précisant, à cet effet, que la situation de la filiale suppose d'être appréciée en elle-même conformément au principe d'autonomie juridique. Il est indifférent selon les Hauts juges nationaux de savoir « quelle sera la position que prendra la société mère dans le cadre de la période d'observation ; la société débitrice doit être appréciée sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe »<sup>706</sup>.

Ce n'est que confirmer la solution adoptée par le juge communautaire mais dont l'étendue spatiale est désormais applicable aux groupes européens de sociétés. La jurisprudence des États membres s'en fait l'écho.

La doctrine a néanmoins pressenti l'importance d'une restructuration réussie du groupe de sociétés. Et le sauvetage du groupe Eurotunnel fût « un véritable test » de l'efficacité ou non de la procédure de sauvegarde. On peut dès à présent le souligner, celle-ci renforce l'attractivité du système juridique français dans ce domaine<sup>707</sup>. La prise en compte « en amont » des difficultés rencontrées par Eurotunnel permit l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'encontre de dix-sept sociétés du groupe<sup>708</sup>. L'examen de la procédure de sauvegarde précise ainsi que « les capacités financières des différentes entités que constituent le groupe Eurotunnel ne permettent pas de rembourser la dette ». Surtout, seule une restructuration financière du groupe permet d'envisager la poursuite de l'activité économique, le maintien en poste de nombreux salariés et l'apurement du passif<sup>709</sup>. La restructuration transfrontalière répond au critère des difficultés insurmontables et des difficultés de nature à le conduire à la cessation des paiements. L'initiative du débiteur de se mettre sous la protection de la justice alors que le groupe dispose d'une trésorerie suffisante traduit l'effort d'anticipation afin d'assurer le fonctionnement courant de l'activité. La restructuration se justifie en l'espèce compte tenu d'une dette de neuf milliards d'Euros du groupe Eurotunnel et l'incapacité financière des différentes entités du groupe à rembourser une telle somme à échéance (le critère des difficultés insurmontables). Le conseil d'administration a ensuite approuvé un projet de plan avec le soutien des mandataires et des administrateurs judiciaires

---

<sup>705</sup> A. Lienhard, Premières décisions de la Cour de cassation sur la procédure de sauvegarde, D. 2007, p. 1864.

<sup>706</sup> Cass.com., 26 juin 2007 disponible sur le site de la Cour de cassation française : [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

<sup>707</sup> R. Dammann, L'affaire Eurotunnel, première application du Règlement 1346/2000 à la procédure de sauvegarde, D. 2006, p. 2329.

<sup>708</sup> A. Lienhard, *ibidem*, p. 1864.

<sup>709</sup> T. com. Paris, 2 août 2006, D. 2006. Jur. 2329, note R. Dammann et G. Podeur.

conformément au Code de commerce qui consiste à déterminer « les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activité...et des moyens de financement disponibles »<sup>710</sup>. Le vote des créanciers principaux en faveur du projet de plan<sup>711</sup> proposé par la direction d'Eurotunnel permet ainsi au groupe de se restructurer financièrement et « de repartir sur des bases solides et pérennes » comme l'indiquait le Président Directeur général d'Eurotunnel.

La détermination du centre des intérêts principaux du groupe de sociétés en France emporte par ailleurs l'universalité de la procédure de sauvegarde en direction des sociétés du groupe. La continuation de l'activité transfrontalière se mesure donc dans l'unité de la *lex fori concursus* qui accorde au débiteur le bénéfice de l'arrêt des poursuites individuelles, l'interdiction des paiements des créanciers antérieurs et la continuation des contrats maintenant le « potentiel économique du groupe »<sup>712</sup>.

## Conclusion Chapitre IV

L'objectivation d'un for s'entrevoit dorénavant à la lumière des objectifs de sécurisation de l'activité transnationale. Celle-ci requiert alors une localisation objective de l'activité d'administration et de gestion du groupe de sociétés. Une démonstration rigoureuse du rôle économique d'une société chef de file pèse donc sur la méthode de résolution du conflit de juridiction en matière d'insolvabilité intracommunautaire. Il revient donc aux juges nationaux d'apprécier l'article 3§1 du Règlement 1346/2000 afin de dégager des tempéraments à l'application d'un critère localisé au siège statutaire d'une société. Une réalité différente que celle admise statutairement permet de renverser celle-ci au centre d'administration du groupe renvoyant donc au critère fonctionnel tiré de l'activité effective de la société élargie au groupe de sociétés<sup>713</sup>.

L'objectivation d'un for principal et l'effet international d'une procédure d'insolvabilité s'apprécie d'autant plus à l'échelle européenne qui consacre l'universalité de la procédure principale<sup>714</sup>.

---

<sup>710</sup> Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 83.

<sup>711</sup> Des comités de créanciers sont institués regroupant les établissements de crédit et les principaux fournisseurs de biens ou services : Article L. 626-30 du code de commerce : Code des entreprises en difficulté, Litec, 2007, Paris, p. 101.

<sup>712</sup> C. Saint-Alary-Houin, l'ouverture de la procédure de sauvegarde, *ibidem*, p. 88.

<sup>713</sup> D. Tricot, Les enjeux de la réforme française des procédures collectives dans la mise en œuvre du Règlement communautaire, *Rev.Lamy.dr.aff.* Nov. 2006, p. 101

<sup>714</sup> P. Roussel-Galle, Inscription de la procédure de sauvegarde dans l'annexe A du Règlement 1346/2000, *Rev. Proc. Coll.* septembre 2006, p. 262.

La sécurisation du critère d'ouverture de la procédure est un objectif du législateur communautaire puisque la Cour de justice des Communautés européennes renforce la présomption simple posée en faveur d'un siège statutaire. La lutte contre le forum shopping est en effet visée au considérant 4 du Règlement 1346/2000. Le considérant 13 du Règlement concourt ainsi à l'édifice d'une réglementation moderne saisissant entièrement le mouvement d'internationalisation des groupes de sociétés. Le renforcement de la prévisibilité juridique de l'activité transnationale est aussi apprécié en ce qu'elle « doit correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers ».

Un rempart contre le risque de forum shopping malus transporte ainsi la discussion sur l'exploitation d'une compétence juridictionnelle<sup>715</sup> compte tenu de la pluralité de sièges statutaires au sein d'un groupe de sociétés. L'exploitation de la situation internationale préexistante interroge quant au choix frauduleux<sup>716</sup> ou non de la juridiction désignée compétente.

Il est alors un cas où la Cour de justice des Communautés européennes accepte la qualification d'un forum shopping malus en droit communautaire des procédures d'insolvabilité. La fictivité d'une société en est une illustration. Celle-ci se rapproche alors de l'élément matériel qui consiste en une altération volontaire d'un élément localisateur objectif qui crée artificiellement une compétence juridictionnelle. L'inopposabilité de la compétence du juge saisi au lieu du siège social fictif, vise à désigner un for de proximité du domicile conformément au considérant 13 du Règlement 1346/2000.

L'absence de prise en compte du groupe de sociétés par le Règlement 1346/2000 induit que chaque État membre peut néanmoins établir une compétence de ses Tribunaux en présence d'un siège statutaire sur son territoire. Un mécanisme correcteur s'envisage donc selon lequel doit être mentionné l'hypothèse d'un abus chaque fois qu'un siège fictif est choisi afin d'échapper aux lois du pays où les sociétés sont gouvernées en fait<sup>717</sup>.

Certaines solutions sont en outre esquissées tant en droit positif qu'en droit communautaire<sup>718</sup> qui conduisent à rendre inopposable le transfert du siège social<sup>719</sup> alors

---

<sup>715</sup> J.-L. Vallens, La maison mère, centre des intérêts principaux de ses filiales étrangères, D. 2006, p. 793.

<sup>716</sup> E. Cornut, La théorie critique de la fraude à la loi, *ibidem*, p. 228.

<sup>717</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, *Ibidem*, p. 53. L'auteur se prononce dans ce sens à propos de la formulation de l'article 21 al 2 LDIP qui répute le siège de la société ou se trouve les statuts.

<sup>718</sup> CJCE., *Staubitz-Schreiber*, 17 janv. 2006, D. 2006, p. 367, obs. A. Lienhard ; Bull. Jol. 2006, p. 753, § 158, note D. Fasquelle ; RJ com. 2006, p. 243, note J.-P. Sortais ; Rev. crit. DIP. 2006, p. 678, note J.-M. Jude ; JDI. 2006, p. 652, note B. Volders et V. Rétornaz ; Rev. Soc. 2006, p. 346, note J.-L. Vallens.

<sup>719</sup> L'article R. 600-1 du Code de commerce prévoit qu'en cas de transfert de siège social avant l'ouverture de la procédure, la règle impose implicitement une présomption irréfragable de fictivité de transfert du siège lorsque celui-ci intervient dans les six mois qui ont précédé la saisine du tribunal : J. Valansan, *difficulté des entreprises*, Litec, Paris 5<sup>ème</sup> édition 2009, p. 5.

même qu'il est non fictif<sup>720</sup>. Les limites d'une rigidité trop affirmée sont malgré tout soulignées en présence d'une procédure sans dessaisissement du débiteur accordant davantage de confiance au débiteur. L'application d'une règle trop rigide ne doit pas en effet écarter la compétence du tribunal qui serait le mieux à même de statuer sur l'entreprise.

La portée de l'arrêt *Cartesio* contribue à apprécier le centre des intérêts principaux d'une société dans l'exercice de sa liberté d'établissement prévue au sein de l'Union européenne. L'obligation de dissolution et de liquidation préalables au transfert d'un siège social conformément au pays de départ consolide le lien effectif d'une société au lieu de son enregistrement<sup>721</sup> et favorise in fine la localisation du centre des intérêts principaux. Ce mécanisme semble trouver une justification dans davantage de sécurité juridique pour les créanciers nouant une relation d'affaire avec le débiteur au centre des intérêts principaux. Le droit communautaire envisage aussi une obligation d'information des tiers en cas de transfert de siège social d'une société européenne (SE).

Le principe de sécurité juridique est aussi envisagé en recourant à la clause d'ordre public précisée par la jurisprudence communautaire<sup>722</sup>. La violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle ou d'un droit reconnu comme fondamental<sup>723</sup> limite la reconnaissance de l'ouverture d'une procédure principale. Les créanciers domiciliés dans un autre État membre que l'Etat d'ouverture de la procédure ne peuvent par ailleurs être privés de contester cette compétence. La Cour de cassation<sup>724</sup> confirme donc l'organisation de voies de recours nationales à cet effet, conformément au Règlement 1346/2000 et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La possibilité pour le débiteur de n'être point dessaisi<sup>725</sup> favorise cependant un traitement préventif du groupe de sociétés. Le renvoi aux dispositions nationales souligne l'attractivité de certaines législations plutôt que d'autres et réaffirme la nécessité d'un équilibre entre liquidation et redressement. L'encouragement au développement de l'activité économique et la protection de l'emploi au sein de l'Union européenne suppose donc des objectifs ciblés. Le

---

<sup>720</sup> Le tribunal du lieu du siège social initial demeure seul compétent lorsque le changement de siège social n'a pas plus de six mois : le délai court à compter de l'inscription modificative opérée au RCS du siège initial : Le décret d'application du livre VI du Code de commerce, Dr. sociétés, Mai 2006, p. 10, Obs J.P Legros.

<sup>721</sup> R. Kovar, La mobilité des sociétés dans l'espace européen, D. 2009, p. 469.

<sup>722</sup> CJCE., *Krombach*, 28 mars 2000, C-7/98, Rec. 1935, points 19 et 21.

<sup>723</sup> La Cour irlandaise dans l'arrêt *Eurofood* interroge la Cour afin de savoir « si un Etat membre est-il tenu, en vertu de l'article 17 du Règlement, de reconnaître une procédure d'insolvabilité dans un autre Etat Membre lorsque la décision ouvrant cette procédure a été rendue en méconnaissance de modalités procédurales garanties dans le premier Etat par les exigences de son ordre public » : C. Seraglini, *Faillite internationale et conflit de juridiction*, Bruylant, 2007, p. 175.

<sup>724</sup> Cass. Com., 30 juin 2009, *Affaire Eurotunnel*, D. 2009, p. 1886, obs A. Lienhard.

<sup>725</sup> P. Roussel-Galle, *Inscription de la procédure de sauvegarde dans l'annexe A du Règlement 1346/2000*, Rev. Proc. Coll. septembre 2006, p. 262.

droit communautaire de l'insolvabilité naissant représente dorénavant un instrument de résolution des conflits au sein d'un groupe transnational de sociétés. La mise en œuvre d'un nouvel équilibre fixant un mécanisme de sauvegarde de l'activité économique, institué expressément au sein du Règlement, structure à l'avenir l'espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité.

## Conclusion Titre II

L'organisation procédurale communautaire en matière d'insolvabilité introduit l'étude d'un for principal au centre des intérêts principaux<sup>726</sup>. Ce dernier produit un effet universel sur l'ensemble des actifs du débiteur. L'établissement secondaire de sociétés au sein de l'Union européenne est examiné à travers l'étude des critères de compétence juridictionnelle prévus au sein du Règlement. En l'absence d'activité au siège statutaire<sup>727</sup> suite aux effets de la liberté d'établissement, la théorie de l'apparence et le considérant 13 du Règlement relativisent la règle de conflit désignant la *lex societatis* face à l'activité de succursales d'une société étrangère. L'erreur légitime du créancier face à une activité transnationale conduit ainsi à privilégier l'application d'une loi désignée au centre des intérêts principaux. L'établissement d'un for principal désigne en conséquence un centre des intérêts principaux au lieu d'une succursale selon un critère de gestion habituelle et vérifiable par les tiers<sup>728</sup>.

L'ouverture d'une procédure territoriale est aussi prévue à défaut d'ouverture de la procédure principale<sup>729</sup>. Les juridictions des États membres peuvent fonder leur compétence sur l'article 3§4 b si celles-ci n'établissent pas que la société n'exerce aucune activité sur le territoire de l'État où est situé son siège social.

L'esprit du Règlement 1346/2000 est confirmé selon une organisation procédurale transfrontalière hiérarchisée. Cette dernière introduit alors la réflexion sur un système de résolution de conflit de juridiction en présence de filiales. Une pluralité de sièges statutaires caractérise l'activité économique transnationale.

L'introduction d'un remède global à l'activité économique s'entrevoit au sein d'un mécanisme de coopération depuis un for principal en direction d'établissement du groupe de sociétés. L'application distributive de la loi en fonction du pays d'implantation de chacune

---

<sup>726</sup> Article 3§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>727</sup> CJCE., *Centros*, 9 mars 1999, aff. C-212/97, Rec. 1459; D. 1999, p. 550, note M. Menjucq ; CJCE., *Uberseering*, 5 mars 2002, aff. C-208/00, Rec. 9919; Rev. Soc. 2003, p. 315, note J. P Dom; CJCE., *Inspire art* 30 sept 2003, aff. C-167/01, Rec. 7747, D. 2004, p. 491, note E. Pataut.

<sup>728</sup> Considérant 13 du Règlement 1346/2000.

<sup>729</sup> Article 3§4b du Règlement 1346/2000.

des sociétés<sup>730</sup> trouve donc un terrain d'application en droit communautaire. La cohérence du régime communautaire facilite l'administration de procédures d'insolvabilité<sup>731</sup> qui s'étend désormais à l'activité du groupe de sociétés<sup>732</sup>.

La justification d'un for principal concernant l'ensemble des sociétés filiales limite cependant l'esprit de coopération puisque le Règlement ne se prononce pas sur l'inclusion ou non de la filiale dans la définition de l'établissement<sup>733</sup>. La jurisprudence des États membres raisonne alors davantage selon la politique du groupe et son unité de décision économique.

La définition d'un centre des intérêts principaux tend ainsi à remplir le but assigné à la procédure d'insolvabilité qui envisage la sauvegarde de l'activité économique voire la liquidation au niveau communautaire. La centralisation des procédures au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés repose sur le principe de confiance mutuelle. La construction de l'espace judiciaire européen est vérifiée selon un assouplissement des règles de reconnaissance et d'exécution d'une procédure d'insolvabilité communautaire. La procédure produit alors un effet international à l'égard de l'ensemble des filiales du groupe<sup>734</sup>. L'établissement d'un for secondaire<sup>735</sup> suite à l'établissement d'un for principal maintient quant à lui un critère d'inspiration territorialiste en ce qu'il se limite aux actifs de l'établissement. L'incidence d'une perception des tiers sur l'établissement d'une compétence juridictionnelle conditionne aussi l'ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité au lieu d'établissement. Celle-ci peut en effet répondre à l'attente légitime des créanciers locaux en ce que le rang de leurs créances et la loi du concours fixant leurs droits lors de la réalisation de l'actif sont désignés conformément à la lex concursus de la procédure locale. L'avancée du droit judiciaire européen en matière d'insolvabilité est donc à la mesure des enjeux d'une globalisation de l'économie qui se caractérise par un « phénomène transnational » et « économique »<sup>736</sup> du groupe de sociétés. L'aboutissement et la modernité de l'espace judiciaire européen suppose désormais un « effet incitant » du droit communautaire de l'insolvabilité « sur le contenu des droits internes auxquels s'adresse un défi d'adaptation »<sup>737</sup>. Le Règlement doit ainsi tracer une trajectoire ciblant d'une part un

<sup>730</sup> J. Béguin et M. Menjucq, *Droit du commerce international*, Litec, Paris, 2005, p. 265.

<sup>731</sup> B. Wessels et M. Virgos, *European communications & cooperation guidelines for cross-border insolvency*, *Insol Europe*, July 2007, p. 73.

<sup>732</sup> M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Domat, Paris, 2008, p. 545.

<sup>733</sup> Article 2h du Règlement 1346/2000.

<sup>734</sup> T. com. Paris, 2 août 2006 : D. 2006, p. 2329, note R. Dammann et G. Podeur.

<sup>735</sup> Article 3§2 du Règlement 1346/2000.

<sup>736</sup> P. Volken, *L'harmonisation du droit international privé de la faillite*, RCADI, Tome 230. 1991, numéro 45.

<sup>737</sup> Colloque du 4 décembre 2007 sous la présidence de Guy Canivet et conclusion de R. Badinter : *L'harmonisation par la procédure, pour une justice économique efficiente en Europe : enjeux et perspectives d'une harmonisation*, Bruylant, 2009, p. 57.

objectif de sauvegarde de l'activité économique et de maintien de l'emploi. Une compréhension renforcée de l'unité économique du groupe transnational de sociétés suppose d'autre part d'être mise en évidence au sein de l'article 3§1 du Règlement 1346/2000.

## Conclusion Partie I

La prévisibilité d'une localisation de l'activité de gestion et d'administration d'une société clarifie une compétence juridictionnelle communautaire fixée au centre des intérêts principaux, présumée au siège statutaire<sup>738</sup>. L'absence de dispositions spécifiques au groupe transnational de sociétés rend, cependant, des plus incertains la centralisation d'une procédure principale ou son articulation avec une procédure secondaire d'essence territorialiste. La construction d'un espace unique intégré et dénué de frontières internes est donc une réponse au phénomène transnational et économique du groupe de sociétés. D'autant plus que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité suppose une adaptation davantage tournée vers le traitement préventif des difficultés de l'entreprise en difficulté.

L'arbitrage jurisprudentiel entre l'unité économique du groupe de sociétés et le droit communautaire de l'insolvabilité naissant a donc fait le choix d'une interprétation lato sensu du centre des intérêts principaux. La signification autonome de la présente notion est ainsi appréciée en présence d'une unité décisionnelle selon un critère de gestion et de vérification par les tiers de l'activité habituelle de l'entité économique. L'ouverture d'une procédure secondaire<sup>739</sup> permet en outre de qualifier la filiale d'établissement du groupe conformément à la définition de l'article 2h du Règlement 1346/2000. L'organisation procédurale communautaire consacre à cet effet un équilibre satisfaisant à travers l'ouverture d'une procédure principale universelle et la déclinaison de procédures secondaires aux effets territoriaux dans l'intérêt de l'entreprise et de ses créanciers.

---

<sup>738</sup> Article 3§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>739</sup> Article 3§2 du Règlement 1346/2000.

# Partie II : Le pivot d'une règle de coopération et de coordination des patrimoines du groupe

Les patrimoines de chaque société peuvent s'imbriquer si étroitement que la notion de patrimoine<sup>740</sup> d'entités juridiquement indépendantes peut perdre de son sens. L'arbitrage entre la réalité économique des groupes de sociétés et le droit de l'insolvabilité doit pour cela être précisé<sup>741</sup>. La maximisation de la valeur des actifs d'une société est examinée eu égard la liberté de transfert des patrimoines que caractérise l'activité du groupe de sociétés. Ainsi, si la doctrine française évoque un modèle d'organisation habituel des groupes<sup>742</sup> afin de légitimer une organisation contractuelle et une optimisation des ressources en trésorerie selon les besoins de chaque société apparentée. Des mécanismes d'extension de compétence ont dès lors vocation à s'appliquer en ce que ceux-ci visent à appréhender le déplacement des avoirs suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Il convient précisément « d'examiner les motivations qui conduisent à la violation du principe de l'étanchéité du patrimoine »<sup>743</sup> et alors trouver « un point d'équilibre entre l'intérêt du groupe et celui de chaque société à travers les notions d'équilibre, de contrepartie suffisante et de risque grave »<sup>744</sup>. Les opérations financières revêtent des formes diverses prenant par exemple la forme de prêts et avances entre les sociétés du même groupe<sup>745</sup>. La doctrine

---

<sup>740</sup> La notion de patrimoine recouvre en droit français l'ensemble des biens et des obligations d'une personne. Le premier répondant des seconds. Le règlement de l'insolvabilité transfrontalière établit donc un pont avec la notion de l'entreprise afin de coordonner les forces de l'environnement législatif et de permettre le redressement de l'entreprise au centre des intérêts principaux. Le débat porte donc sur l'orientation d'un système juridique davantage porté vers l'universalité de la procédure, B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 2006, p. 631. Celui-ci aménage le règlement coordonné du passif du ou des débiteurs en établissant une masse unique voire des sous masses au lieu d'établissement de l'activité transnationale.

<sup>741</sup> Le droit de l'insolvabilité prévoit des actions respectueuses ou non de la personnalité juridique des entités que caractérise l'activité du groupe de sociétés : les actions peuvent alors reposer sur la qualité de dirigeant de droit ou de fait (l'article L. 651-1 du Code de Commerce français) ou visant la confusion des patrimoines et l'unicité de procédure (l'article L. 621 du Code de commerce français ou l'article 2 al 2 du Code civil suisse). L'action révocatoire vise à protéger les créanciers contre les actes de disposition accomplis sur le patrimoine du débiteur.

<sup>742</sup> A. Martin-Serf, *La modélisation des instruments juridiques*, in *La mondialisation du droit*, CREDIMI, Université de Dijon, Litec, 2000, p. 179 et p. 207.

<sup>743</sup> H. Peter, *L'action révocatoire dans les groupes de sociétés*, Thèse Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 53.

<sup>744</sup> C. Hannoun, *ibidem*, p. 91.

<sup>745</sup> D. Ohl, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Litec, Paris, 1982.

souligne cependant que « si l'intérêt du groupe peut ainsi réellement profiter à chacun de ses membres et donc à tous les créanciers », il convient « pour autant que cet intérêt ne soit pas contraire à celui de la filiale considérée »<sup>746</sup>.

En effet, dans la plupart des cas, une société apparentée a un rôle de trésorier central redistribuant des fonds au fur et à mesure des besoins des filiales. Ces dernières ne conservent alors plus l'emploi des ressources qui émanent de leur exploitation<sup>747</sup>. Le danger est que la société tête de groupe favorise l'intérêt du groupe au point de provoquer une insuffisance d'activité d'une de ses filiales même si en règle générale la prospérité du groupe conduit à favoriser les membres dudit groupe<sup>748</sup>.

Il s'agit alors de déterminer dans quelle mesure des flux croisés entre la société mère et ses filiales caractérisent une opération annulable, une faute de gestion ou résultent de l'inexistence d'un groupe véritable<sup>749</sup>?

La consécration d'une *vis attractiva concursus*<sup>750</sup> est une réponse à l'objectif d'un marché intérieur sans frontières que requiert in fine la construction d'un espace judiciaire européen de justice dans le domaine de l'insolvabilité<sup>751</sup>. La présente finalité conduit d'une part à créer un lien direct entre une action étroitement liée et la procédure principale voire secondaire en concentrant celle-ci au for d'ouverture de la procédure. L'exercice des actions de protection de la masse présente dorénavant la singularité d'être structuré au sein du territoire de l'Union européenne.

L'ouverture de la procédure d'insolvabilité fait donc naître des actions en responsabilité, en révocation et d'extension de procédure unique visant à une maximisation de la valeur des actifs du groupe. La réaffirmation du principe de la *vis attractiva concursus* par la Cour de justice des Communautés européennes marque en conséquence un regain d'intérêt en ce qu'elle a vocation à augmenter les chances de désintéressement des créanciers externes.

Un mécanisme simplifié de reconnaissance<sup>752</sup> et d'exécution couvre dorénavant aussi bien l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité<sup>753</sup> que les décisions qui en dérivent directement<sup>754</sup>.

---

<sup>746</sup> H. Peter, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, *ibidem*, p. 132.

<sup>747</sup> M.-A. Dupuis-Flandin, La réalité juridique de l'entreprise multinationale, Th. Clermont Ferrand, 1980, p. 69.

<sup>748</sup> L. Dallèves, *ibidem*, p. 598.

<sup>749</sup> D. Schmidt, La responsabilité civile dans les groupes de sociétés, *Rev. Soc.* 1981, p. 727.

<sup>750</sup> Point 68 de l'arrêt CJCE., 1re ch., *Deko Marty Belgium*, 12 févr. 2009, aff. C-339/07, Rec. 14887, Procédures n° 5, Mai 2009, comm. 150, note C. Nourissat.

<sup>751</sup> Le visage inconnu de l'espace judiciaire européen, Paris. 2004, p. 8 ; P. Lagarde, la formation progressive du droit international privé communautaire, *Déf.* avril 2005, p. 31.

<sup>752</sup> Article 16 du Règlement 1346/2000.

<sup>753</sup> Article 17 du Règlement 1346/2000.

<sup>754</sup> Article 25 alinéa 2 du Règlement 1346/2000.

L'exigence d'une coordination des remèdes concernant le patrimoine des sociétés du groupe est en outre favorisée par l'émergence de règles matérielles communautaires. Ces dernières accroissent les pouvoirs du syndic en droit communautaire de l'insolvabilité<sup>755</sup>. L'administration de sous masses<sup>756</sup> à l'initiative du syndic de la procédure principale met en lumière l'ouverture éventuelle d'une procédure territoriale<sup>757</sup> subordonnée. La hiérarchisation des procédures consacre en conséquence un aménagement à l'universalité de la procédure principale. Le renforcement de la coordination des procédures d'insolvabilité apporte une réponse, certes encore insuffisante, mais qui constitue l'élément moteur d'un véritable espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité.

La justification d'un for principal désigné au centre des intérêts principaux est donc soulignée à cette fin (Titre I).

Un domaine étendu de la *lex fori concursus* désigné au centre des intérêts principaux privilégie en outre une « exportation accrue du droit de la faillite » en un point de « centralisation procédurale des procédures principales »<sup>758</sup>.

Aussi, la perspective d'un traitement efficace de patrimoines imbriqués et éclatés au sein du marché intérieur met en évidence ce pourquoi l'application du Règlement au groupe de sociétés reste encore perfectible.

Le principe de la liberté d'établissement conduit à l'éparpillement des sociétés du groupe sur le territoire de l'Union européenne. Le centre des intérêts principaux permet selon les cas d'espèce<sup>759</sup> d'apprécier une unité entre la compétence juridictionnelle et législative<sup>760</sup>. La faillite est en effet « indissociable de l'organisation judiciaire et des règles de procédure »<sup>761</sup>.

L'étude consiste à s'interroger sur l'application de règles de conflit de lois visée par le juge compétent et leur adaptation à régir la situation en cause<sup>762</sup>.

L'étude du domaine de la *lex concursus* en un centre des intérêts principaux est un référentiel adéquat.

---

<sup>755</sup> Les articles 18, 32 et 35 du Règlement 1346/2000.

<sup>756</sup> Nous retenons l'explication de M. Raimon quant à la constitution de sous masses précisant qu'une divisibilité du patrimoine est réalisée au travers la localisation des actifs dispersés géographiquement. Ceci favorise la prise en considération par le tribunal du domicile du débiteur d'éléments du patrimoine sis à l'étranger : Le principe d'unité du patrimoine en droit international privé, L.G.D.J., 2002, p. 246. Le considérant 18 du Règlement prévoit d'ailleurs que « Le syndic de la procédure principale ou toute autre personne habilitée à cet effet par la législation nationale de cet État membre peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire ».

<sup>757</sup> Article 27 du Règlement 1346/2000.

<sup>758</sup> M. Raimon, Le Règlement communautaire 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, L.G.D.J., Paris, 2007, p. 246.

<sup>759</sup> D. Robine et F. Jault-Seseke, Affaire Emtec, Bull. Joly. mai 2006, p. 575.

<sup>760</sup> La présente thèse examine l'étendue du domaine de la *lex fori concursus* : voir infra. p. 291.

<sup>761</sup> P. Didier, La problématique du droit de la faillite internationale, RDAI. 1989, p. 203.

<sup>762</sup> H. Batiffol, Le pluralisme des méthodes de droit international privé, RCADI. 1973, T.139, p. 100.

L'examen d'une mobilité internationale des sociétés suppose l'étude du conflit de lois applicable en cas d'insolvabilité transfrontière. Les effets d'une procédure d'insolvabilité communautaire sur le droit des salariés sont ainsi examinés. L'article 10 du Règlement opère ainsi un renvoi aux règles de conflits de lois à caractère substantiel<sup>763</sup> et limite le domaine de *lex fori concursus*.

Cette problématique introduit la réflexion sur le mode de détermination de la loi applicable aux « droits réels d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles »<sup>764</sup> éparpillés dans différents États membres en cas d'insolvabilité du groupe de sociétés.

L'absence de coordination spécifique au plan communautaire fait aussi observer la réduction du domaine de la loi de l'insolvabilité en vertu des règles de droit international privé de la faillite internationale. La simplification des mécanismes de reconnaissance et d'exécution est ainsi suggérée afin d'accroître l'effectivité d'une procédure d'insolvabilité au-delà des frontières nationales. À défaut, le débiteur est considéré *in bonis* dans les États qui n'ont pas reconnu la procédure où se situent des actifs. L'adoption de la loi type CNUDCI<sup>765</sup> sur l'insolvabilité internationale et/ou la projection du droit communautaire dans l'ordre juridique international selon la conclusion d'une convention de type « Lugano »<sup>766</sup> confirme l'avènement de principes communs à cet effet. Ceux-ci ont alors vocation à gouverner la reconnaissance et les effets d'une procédure d'insolvabilité au lieu du centre des intérêts principaux du groupe transnational de sociétés. Des règles de coopération transfrontalière structurent en outre l'hypothèse de *fors principaux concurrents* voire secondaires dans les rapports extracommunautaires. Il faut en effet éviter qu'au-delà du marché intérieur<sup>767</sup> les parties ne soient incitées à déplacer des avoirs d'un État à un autre sur le continent européen en vue de faire échapper des éléments du patrimoine sur lequel les créanciers ont fait confiance. Les règles de vérification des créances et de répartition des actifs supposent également une coordination renforcée.

---

<sup>763</sup> H. Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, RCADI, 2005, p. 233.

<sup>764</sup> Article 5 du Règlement 1346/2000.

<sup>765</sup> Règles proposées par la CNUDCI : Loi type du 30 mai 1997, *Code des entreprises en difficulté*, 2007, Litec Paris, 2007, p. 851.

<sup>766</sup> H. Gaudemet Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, 2002, p. 401.

<sup>767</sup> Considérant 4 du Règlement 1346/2000.

La question de l'efficacité de la procédure d'insolvabilité<sup>768</sup> se pose donc aussi en dehors du champ d'application territoriale du Règlement 1346/2000.

En cela, l'effet universel de la procédure d'insolvabilité requiert une discussion doctrinale sur une réduction du domaine de la loi de l'insolvabilité en présence d'un groupe de sociétés (Titre II).

## **Titre I : La justification d'un for principal désigné au centre des intérêts principaux**

L'utilité d'une procédure principale dont la finalité est d'inclure tous les actifs du débiteur<sup>769</sup> revêt désormais une dimension transfrontière. Les moyens juridiques de reconstitution des actifs à l'intérieur d'un groupe de sociétés s'entrevoyent selon une libre affectation des patrimoines intragroupes. Le point 38 de l'arrêt Deko<sup>770</sup> introduit alors la réflexion sur l'étendue de la compétence du juge saisi conformément à l'article 3§1 du Règlement 1346/2000. L'attraction de la procédure est discutée en ce que le droit communautaire de l'insolvabilité ne s'inspire point de la théorie de la vis attractiva concursus<sup>771</sup>. La Cour de justice des Communautés européennes fut néanmoins saisie d'une question préjudicielle conformément à l'article 234 CE. L'arrêt Gourdain/Nadler du 22 février 1979 se prononça en effet sur l'inclusion ou non de la condamnation du dirigeant de fait d'une société commerciale tombée en liquidation de biens dans les exclusions visées à l'article 1<sup>er</sup> al 2 de la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. L'exclusion des faillites, des concordats et des procédures

---

<sup>768</sup> B. Ancel, Le droit français et les situations d'insolvabilité internationale, les réponses du droit international privé : Gaz. Pal. septembre 1999. p. 26 ; J.-C. Coviaux, Procédures collectives en droit international, Juriscl. Droit international, Fasc. 569-10 ; A. Martin-Serf, La faillite internationale : une réalité économique pressante : un enchevêtrement juridique croissant : JDI. 1995, p. 31.

<sup>769</sup> Considérant 11 du Règlement 1346/2000.

<sup>770</sup> L'arrêt Deko de la CJCE, 1<sup>re</sup> ch., 12 févr. 2009, aff. C-339/07; CJCE., Gourdain c/Nadler 22 février 1979, aff. 133/78, Rec. 733.

<sup>771</sup> M. Virgos et E. Schmit, Report on the convention on insolvency proceedings, point 77 : Article 3§1 gives the court in the state of the opening of proceeding jurisdiction in relation to insolvency proceedings. However, there is no rule defining the limits of jurisdiction. The vis attractiva concursus conferred on the courts of the state of the opening of proceeding jurisdiction over a wide series of actions resulting from insolvency. Neither this precept or philosophy has been adopted in this convention. L'article 3§1 désigne le tribunal compétent pour l'ouverture de la procédure d'insolvabilité mais aucune règle précise l'étendue de sa compétence. La vis attractiva concursus confère au tribunal d'ouverture la compétence pour connaître d'une série d'actions en lien direct avec la procédure d'insolvabilité. La présente théorie n'est toutefois point adoptée au sein de la convention.

analogues s'entrevient désormais à l'aune du Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000<sup>772</sup> et s'étend selon la Cour aux actions qui en dérivent directement et qui sont liées étroitement à la procédure d'insolvabilité.

La solution admise par la Haute juridiction communautaire insuffle un nouvel élan au principe de vis attractiva concursus pourtant limité par les rédacteurs du Règlement. Selon les Hauts juges communautaires, la procédure d'insolvabilité communautaire concentre sous sa compétence non seulement la procédure d'insolvabilité proprement dite mais également les actions qui en dérivent directement<sup>773</sup>. Le paysage judiciaire européen ayant horreur du vide « juridique », celui-ci est désormais comblé par l'application du Règlement 1346/2000 aux actions qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité. Nous en proposons ainsi l'examen à travers l'action en responsabilité, l'action en révocation et la décision d'extension de procédure que fait naître l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Une concentration des actions étroitement liées en un for d'ouverture de la procédure favorise in fine la maximisation des actifs du débiteur insolvable (Chapitre I).

L'absence de législation communautaire unique et uniforme<sup>774</sup> en réponse au marché commun requiert ainsi l'approfondissement d'un système de coopération judiciaire européen. Nous approuvons donc la mise en œuvre d'un instrument de coordination de traitement des patrimoines des sociétés du groupe insolvable. L'éclosion de « principes généraux de fonctionnement » selon le droit communautaire de l'insolvabilité se vérifie. Les nouvelles prérogatives du syndic<sup>775</sup> y contribuent eu égard la dimension transfrontalière de la procédure et se déterminent selon les « modalités pratiques d'une coordination entre procédures principale et secondaire ».

La mise en œuvre de règles de coopération intracommunautaires repose alors sur une hiérarchisation des procédures qui se mue en un instrument de traitement des patrimoines des sociétés du groupe (Chapitre II.).

---

<sup>772</sup>Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 1-23.

<sup>773</sup> Point 33 de l'arrêt Deko de la CJCE, 1re ch., 12 févr. 2009, aff. C-339/07; CJCE., Gourdain c/Nadler, 22 février 1979, aff. 133/178, Rec. 733.

<sup>774</sup>La Suisse et les États-Unis ont adopté très tôt une législation fédérale en droit de la faillite ; il s'agit respectivement du Bankruptcy act de 1898 et la loi fédérale suisse sur la poursuite, dettes et faillite à partir de 1889, P. Volken, L'harmonisation du droit international privé de la faillite, *ibidem*, numéro 40.

<sup>775</sup> M. Menjucq, Intervention du syndic : nouveaux pouvoirs et nouvelles responsabilités, Supplément, Rev. Lamy. dr. aff, juillet 2002. p. 13-19.

# Chapitre I : Une concentration des actions étroitement liées en un for d'ouverture de la procédure

La maximisation des actifs d'une société est analysée eu égard la libre affectation des patrimoines intragroupes (Section I.). La consécration « d'une vis attractiva concursus » renforce dès lors l'objectif de reconstitution des patrimoines d'une société appartenant à un groupe de sociétés. (Section II). La construction d'un espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité introduit un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution du déroulement de la procédure d'insolvabilité et les actions qui en dérivent directement (Section III).

## Section I L'appréciation d'une libre affectation des patrimoines intragroupes

La lutte contre le forum shopping que requiert le Règlement suppose d'entrevoir la libre affectation des patrimoines intragroupes et l'établissement d'un for en matière d'insolvabilité communautaire (§2.). Pour cela, les caractéristiques d'une liberté de transfert des patrimoines supposent d'être mises en évidence (§1.).

### §1. Les caractéristiques

La libre affectation des éléments du patrimoine se mesure selon le principe des vases communicants (A.) et le principe du siphon (B.).

#### *A. Le principe des vases communicants*

La notion de transfert de patrimoine conduit à préciser l'étendue d'une prestation effectuée par une filiale au profit d'une société mère. Aussi, nous pensons qu'une orientation peut alors se préciser en ce que la pratique du commerce international génère des flux financiers qui doivent nécessairement s'accorder avec la majorité des droits des sociétés impliquant une entité juridiquement indépendante et autonome<sup>776</sup>.

En conséquence et à défaut de mesures abouties sur la prise en compte des capacités financières du groupe en difficulté<sup>777</sup>, il convient de vérifier si la société filiale ne se conforme plus aux intérêts supérieurs de celle-ci en accomplissant un acte de gestion utile à l'intérêt du

---

<sup>776</sup> Traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international, Vienne 11, 15 décembre 2006, p. 5.

<sup>777</sup> Cass.com., 26 juin 2007 disponible sur le site de la Cour de cassation française : [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

groupe. En effet, le transfert de patrimoines à l'intérieur du groupe répond un « équilibre global complexe de la protection des intérêts catégoriels »<sup>778</sup>.

En définitive, les orientations fixées par la politique du groupe mettent en balance les opérations de trésorerie, « l'instruction d'une direction du groupe »<sup>779</sup> et le transfert contraire aux intérêts de la filiale. L'intérêt du groupe relativise in fine l'autonomie patrimoniale et la fonction de garantie du capital social de la filiale. L'anormalité des prestations suppose l'examen d'un transfert d'actifs consistant à enrichir les contrôlares voire certaines sociétés du groupe au détriment d'une société dominée (voir infra : l'étude des cas de nullités de la période suspecte et la mise en œuvre d'une action en responsabilité au niveau européen sont alors privilégiées à cet effet).

Il convient de se pencher sur le transfert d'une partie du patrimoine d'une société fille pour le compte de la société mère eu égard la liberté d'affectation des ressources au sein du groupe de sociétés. L'incidence de flux financiers effectués au détriment d'une société filiale, instrumentalisée au service de l'intérêt du groupe met en lumière l'application du principe des vases communicants. Ce dernier souligne l'étroite interdépendance entre les sociétés qui composent l'entité économique. Ainsi, « les capitaux sont transférés des sociétés les plus solvables vers les sociétés nécessiteuses indépendamment de leur position au sein du groupe »<sup>780</sup>.

Le principe des vases communicants permet d'apprécier l'intérêt des sociétés groupées mais aussi celui des partenaires économiques (Stakeholders). La notion de compensation indirecte ou de la contrainte revêt donc ici un sens particulier en ce que les flux de trésorerie permettent in fine la pérennité de l'entreprise dans son ensemble. La difficulté survient en présence d'un acte de gestion contraire à l'intérêt social<sup>781</sup> de la filiale provoquant sa déconfiture. Le problème de « la compensation indirecte » se définit en effet « comme étant celui de savoir si un transfert de ressources fait dans l'intérêt du groupe correspond en définitive à l'intérêt individuel du membre considéré du groupe »<sup>782</sup>.

La perte d'autonomie décisionnelle des filiales gouvernées sous l'impulsion d'un centre d'administration peut se traduire par une insolvabilité alors même que la décision est motivée

---

<sup>778</sup> J. Paillusseau, La modernisation du droit des sociétés, *Ibidem*, p. 289

<sup>779</sup> ATF 110/IB 1984, *ibidem*, p. 133.

<sup>780</sup> H. Peter, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Thèse Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing und Lichtenhahn, 1990, p. 52.

<sup>781</sup> L'intérêt social se définit comme l'intérêt de l'entreprise organisée comme personne morale avec une autonomie juridique poursuivant ses fins propres dans l'intérêt général commun des actionnaires, des salariés et des créanciers et toutes les autres personnes intéressées pour en assurer la continuité et la prospérité : D. Schmidt, de l'intérêt social, JCP E. 1995 I, p. 488.

<sup>782</sup> H. Peter, *Ibidem*, p. 54.

par l'intérêt commun du groupe. L'hypothèse visée est celle d'une société non indispensable à la vie du groupe. La mise en œuvre des conventions de trésorerie autorise par exemple le remboursement de l'ensemble des dettes que cette première a envers les autres sociétés conduisant inexorablement celle-ci à l'insolvabilité<sup>783</sup>. Encore soulignée selon la technique de la branche morte, les groupes transnationaux de sociétés recourent ainsi au redressement judiciaire ou à la liquidation de certaines de ses filiales<sup>784</sup>. L'identité d'actionnaires et de dirigeants à l'intérieur du groupe de sociétés interroge ainsi sur la preuve de la connaissance de la cessation des paiements d'une société dominée dont la fixation constitue le repère aux actions en nullité de la période suspecte et celles en responsabilité pour insuffisance d'actifs (voir infra).

### *B. Le principe du siphon*

Le principe du siphon implique quant à lui un appauvrissement mais cette fois-ci non pas dans l'intérêt du groupe mais au profit des contrôleurs voire de certains dirigeants, prenant diverses formes comme les distributions cachées de bénéfice ou les golden parachutes<sup>785</sup>.

L'effet du transfert de patrimoines peut donc apparaître inéquitable dès lors que la filiale est vidée de sa substance. L'absence d'indépendance décisionnelle de la filiale s'apprécie dès lors selon un pouvoir de direction de la société mère sur le groupe. Une immixtion de la société mère est susceptible de qualifier celle-ci d'organe de fait (voir infra).

Les chances de désintéressement des créanciers d'une filiale requiert alors que l'on se penche sur son appauvrissement et ceci sous l'impulsion d'un centre décisionnel. Une rupture de l'équilibre minimum requis à l'intérieur du groupe obscurcit la stratégie de sauvetage en amont d'une procédure d'insolvabilité.

La mise en perspective d'une communauté d'intérêts et l'absence d'indépendance patrimoniale d'une filiale en difficulté interrogent sur la méthode de maximisation de la valeur des actifs suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Les incidences d'une instruction « peuvent être de nature à ruiner l'équilibre financier et le crédit moral »<sup>786</sup> d'une société dépendante d'une société tête de groupe. Cette dernière est cependant soumise à une loi propre au droit national<sup>787</sup>.

---

<sup>783</sup> N. Sauerwein, *La responsabilité de la société mère*, stämpfli, Berne 2006, p. 253.

<sup>784</sup> P. Le Cannu, *Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives*, P.A. Janvier 2002, p. 57.

<sup>785</sup> H. Peter, *Ibidem*, p. 50.

<sup>786</sup> CA. Paris., 22 mai 1965, *Affaire Fruehauf*, D. 1968, p. 147, note R. Contin.

<sup>787</sup> P. Volken, *L'harmonisation du droit international privé de la faillite*, RCADI. Boston/London. 1991, numéro 45.

Or, la protection de l'intégrité du patrimoine, certes morcelé, en présence d'un groupe transnational de sociétés suppose une conception large de l'intérêt social qui va au-delà du simple intérêt des associés, mettant en jeu différents intérêts catégoriels et dont la position dépend in fine d'une stratégie globale de l'entreprise précisément lorsque celle-ci se révèle insolvable. L'intérêt social se définit alors comme l'intérêt de l'entreprise organisée comme personne morale avec une autonomie juridique poursuivant ses fins propres dans l'intérêt général commun des actionnaires, des salariés et des créanciers et toutes les autres personnes intéressées pour en assurer la continuité et la prospérité<sup>788</sup>. L'autonomie juridique des filiales est néanmoins limitée puisque ces dernières sont constituées par la société dominante ou holding dont elle influence la gestion afin d'assurer une politique cohérente du groupe de sociétés dans un même secteur d'activité ou dans des secteurs d'activité complémentaires.

On entrevoit dès lors la nécessaire urgence d'inférer un dispositif transfrontalier sur la base du Règlement 1346/2000 à des fins de traitement d'une voire plusieurs procédures d'insolvabilité communautaires initiées à l'encontre de sociétés apparentées. Les instructions stratégiques d'une société dominante sont non seulement envisagées afin de favoriser un mécanisme de sauvegarde de l'activité transfrontalière (voir partie I). L'universalité de la procédure accroît son efficacité et sa rapidité. Celle-ci se manifeste alors par la mise en œuvre d'un mécanisme d'accroissement de l'actif de l'entreprise faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité<sup>789</sup>. La protection de l'intérêt légitime des créanciers externes s'entrevoit aussi selon la mise en œuvre d'actions étroitement liées à la procédure d'insolvabilité (la confusion des patrimoines ou l'admission d'un abus de droit de la personnalité morale, l'application d'une sanction patrimoniale résultant de la théorie des dirigeants de fait et l'action révocatoire) face à l'organisation conventionnelle des groupes de sociétés. Il s'agit de convention d'assistance au bénéficiaire d'une filiale moyennant une rémunération en pourcentage du chiffre d'affaires. Le transfert de substance d'une filiale en direction d'une société mère est caractérisé lorsque ces dernières sont mises à la charge des filiales en difficulté alors que la convention est purement formelle<sup>790</sup>. L'établissement de fiducies<sup>791</sup> à l'étranger vise en outre à protéger des actifs d'un groupe de sociétés dont l'efficacité interroge le droit de l'insolvabilité. L'hypothèse d'un

---

<sup>788</sup> D. Schmidt, De l'intérêt social, JCP E. 1995, p. 488.

<sup>789</sup> Point 17 de l'arrêt de la CJCE, 1re ch., Deko Marty Belgium, 12 févr. 2009, aff. C-339/07; CJCE., Gourdain c/Nadler, 22 février 1979, aff. 133/178, Rec. 733.

<sup>790</sup> P. Le Cannu, Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, *ibidem*, p. 56.

<sup>791</sup> Une fiducie à l'étranger consiste à transférer des actifs à un fiduciaire chargé de les gérer au profit d'une personne ou d'un groupe de personnes : le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Vienne, 11-15 décembre 2006, p. 10.

transfert d'actifs vers une fiducie ou toutes autres sociétés suppose aussi d'apprécier l'annulation de transfert d'actifs en fraude au droit des créanciers de la société insolvable.

## §2. La libre affectation des capitaux intragroupes et l'établissement d'un for

La fonction du capital social d'une société dépendante économiquement envers la société mère témoigne de la relativité de l'autonomie patrimoniale de la personne morale<sup>792</sup> suivant l'organisation contractuelle de sociétés installées dans différents États membres. En effet, de nombreuses techniques juridiques et financières gouvernent la relation d'affaires existantes entre les sociétés du groupe. Le présent propos est éclairé au sein de l'arrêt du Tribunal Fédéral suisse<sup>793</sup> rendu au sujet de l'existence du groupe de sociétés. Celui-ci reconnaît que les sociétés faisant partie d'un groupe sont un fonctionnement qui se caractérise par une perte d'autonomie des filiales. Ces dernières sont amenées à agir dans l'intérêt du groupe et la direction du groupe peut ordonner des transferts de ressources et de capitaux entre les diverses sociétés<sup>794</sup>.

L'organisation des sociétés du groupe est irriguée par un circuit de contrats qui lui sert « de support dans le cadre des échanges continus »<sup>795</sup>. L'incidence de cet entremêlement contractuel et financier s'analyse parallèlement à la notion d'intérêt social de chaque société, sujet autonome ou celle de l'entreprise qui coïncide avec l'intérêt général dans l'État<sup>796</sup>.

En l'occurrence, la structure financière de type holding participe ainsi à « la libre affectation des capitaux au sein de l'entreprise »<sup>797</sup>.

En conséquence, l'autonomie patrimoniale des filiales se conjugue à une centralisation de la fonction de trésorerie de la société mère de type holding ou d'une société prévue à cet effet, activité organisée expressément ou tacitement dans ses statuts. Cette dernière a alors pour mission de financer les sociétés filiales dans lesquelles elle se trouve intéressée. La coordination est en effet assurée par le contrôleur du groupe voire des gestionnaires qui dispose en définitive librement de l'actif et du passif de chaque société.

---

<sup>792</sup> S. Dana-Démaret, *Le capital social*, Litec, Paris, 1989, p. 342.

<sup>793</sup> ATF K. SA du 5 avril 1984 : SJ 1985, p. 105.

<sup>794</sup> H. Peter, *L'action révocatoire dans les groupes de sociétés*, Thèse Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing und Lichtenhahn, 1990, p. 52.

<sup>795</sup> J. P. Robé, *L'entreprise et le droit*, Que sais-je ? PUF, Paris, 1999, p. 8.

<sup>796</sup> J. P. Robé, *L'entreprise et le droit*, *Ibidem*, p. 110.

<sup>797</sup> D. Ohl, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, *ibidem*, p. 12.

Notre analyse consiste précisément à mesurer les opérations intragroupes par rapport au patrimoine de chaque société qui demeure le gage des créanciers. La reconstitution de la fraction du patrimoine des filiales qui échappe aux créanciers externes mesure par voie de conséquence la portée d'une unification du for en matière d'actions étroitement liées à la procédure<sup>798</sup>. L'action n'est plus intentée en des fors épars compte tenu de l'activité fractionnée juridiquement mais au lieu d'un for situé au centre des intérêts principaux. L'hypothèse de demande conjointe d'ouverture de procédures d'insolvabilité à l'encontre des sociétés du même groupe introduit la coordination procédurale et conduit in fine à ce que le principe fondamental de l'identité juridique distincte soit respecté<sup>799</sup> (voir partie I).

L'indemnisation du préjudice patrimonial subit par une filiale et ses créanciers se mesurent aussi au siège statutaire d'une société (le centre des intérêts principaux). La réparation des conséquences d'une politique de groupe flouant une de ses filiales obéit alors à un principe de la vis attractiva concursus selon que le transfert de patrimoine entraîne l'augmentation des passifs, la diminution des actifs et le gain manqué caractérisant un équilibre injustement rompu entre les patrimoines du groupe<sup>800</sup>.

## Section II. A travers la consécration « d'une vis attractiva concursus »

La consécration d'une vis attractiva concursus a son fondement au sein de l'arrêt Gourdain<sup>801</sup> qui se prononce sur une « une action étroitement liée à la procédure d'insolvabilité »<sup>802</sup> (Sous-section I).

L'appréciation d'une concentration des actions intimement liées à la procédure conduit alors à se pencher autant sur l'action révocatoire (Sous-section III) que sur un mécanisme d'extension de responsabilité reposant sur la théorie des dirigeants de fait (Sous-section II). L'examen d'une correction exceptionnelle à l'indépendance juridique des sociétés du groupe met en évidence la décision d'extension de procédure conformément au droit positif (Sous-section IV).

### Sous-section I : La consécration jurisprudentielle d'une vis attractiva concursus

---

<sup>798</sup> H. Peter, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, *ibidem*, p. 188.

<sup>799</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), Trente-sixième session, New York, 18-22 mai 2009, p.5.

<sup>800</sup> N. Sauerwein, La responsabilité de la société mère, Stämpfli, Berne, 2006, p. 260.

<sup>801</sup> CJCE., Gourdain c/Nadler, 22 février 1979, aff. 133/178, Rec. 733.

<sup>802</sup> L'article 25 §1 al 2 du Règlement 1346/2000 vise la reconnaissance des décisions qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement.

L'analyse du rattachement d'une action étroitement liée à la procédure d'insolvabilité est vérifiée selon l'arrêt Gourdain<sup>803</sup> qui pose précisément le cadre d'une résolution du conflit de lois en matière de responsabilité pour dettes. L'affaire concerne la Société Fromme France Manutention et filiale de la société allemande du même nom. Ainsi, suite à la faillite de la société allemande, la société française est déclarée en état de liquidation des biens. Le jugement de liquidation condamne en outre le gérant de la société allemande (Monsieur Nadler) à supporter les dettes sociales de la société de droit français en application de l'ancien article 99 de la loi du 13 juillet 1967 (l'actuel article L. 651-2).

L'arrêt rendu par les juges du fond suppose ensuite d'être exécuté sur le territoire allemand. C'est sur ce point qu'une question préjudicielle est posée à la Cour de justice des Communautés européennes au titre de l'article 234 CE. Le Bundergerichtshof conduit en substance à apprécier la décision condamnant le dirigeant d'une personne morale à verser une certaine somme à la masse. L'interrogation porte donc sur l'exclusion ou non visée par la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Et donc d'inclure ou non la condamnation du dirigeant de fait d'une société commerciale tombée en liquidation de biens dans les exclusions visées à l'article 1<sup>er</sup> al 2 de ladite Convention<sup>804</sup>.

L'affaire Gourdain concerne une faute de gestion de la société tête de groupe allemande qui a conduit à la faillite de la filiale française. Les juridictions françaises peuvent en effet déterminer dans quelles conditions les dirigeants de fait et de droit seront condamnés à combler l'insuffisance d'actifs des sociétés filiales en faillite.

La portée de l'arrêt Gourdain consiste ainsi à apprécier ladite action comme étroitement liée à la procédure d'insolvabilité. L'action en responsabilité permet ainsi d'atteindre le dirigeant de fait d'un groupe de sociétés établi dans un autre État membre conformément au Règlement 1346/2000<sup>805</sup>. L'intérêt de projeter une action en comblement de passif de droit français au niveau communautaire oblige alors la société mère étrangère à supporter les dettes d'une filiale française en cas d'immixtion fautive (voir infra).

La juridiction française est alors saisie par le mandataire judiciaire ou le liquidateur<sup>806</sup> de la procédure d'insolvabilité afin que les dettes de la société filiale soient supportées par la société mère, à l'origine de l'aggravation du passif.

---

<sup>803</sup> CJCE., 22 février 1979, *ibidem*.

<sup>804</sup> L'applicabilité matérielle du Règlement 44/2001 exclut en son article 1<sup>er</sup> al 2 les faillites concordats et autres procédures analogues.

<sup>805</sup> Article 25 du Règlement 1346/2000.

<sup>806</sup> Annexe C du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

L'administration efficace du patrimoine d'un groupe de sociétés suppose que les syndics œuvrent dans l'intérêt des créanciers quelque soit leur nationalité et leur domicile à l'intérieur de l'Union européenne<sup>807</sup>. C'est d'ailleurs ce que retient la Cour de justice des Communautés européennes en instaurant la *vis attractiva concursus* d'une action révocatoire transfrontalière<sup>808</sup> à des fins de reconstitution des actifs de la société insolvable. Les décisions condamnant le dirigeant de fait à combler une insuffisance d'actifs ou la restitution d'avoirs déplacés suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peuvent dorénavant circuler librement selon une exécution simplifiée d'un État membre à l'autre<sup>809</sup>.

## Sous-section II : L'action en responsabilité et la théorie des dirigeants de fait

Un mécanisme d'extension de responsabilité repose sur une théorie des dirigeants de fait (§1.). Il faut ainsi en vérifier la teneur à travers le droit comparé (§2.).

### *§1. La précision d'une théorie des dirigeants de fait*

L'introduction au régime de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs de droit français révèle que le tribunal peut, en cas de faute de gestion, ayant contribué à l'insuffisance d'actifs décider que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou partie par tous les dirigeants de droit ou de fait (A.). La direction de fait est alors identifiée à travers le critère d'une action positive et un pouvoir indépendant de décision (B.).

#### A. L'introduction au régime de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs

##### 1. La base légale

Le régime d'une action en responsabilité pour dettes en cas d'insolvabilité s'applique aux dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale.

Nous soulignons donc l'importance de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs et l'obligation aux dettes sociales. Ces deux actions sont prévues par la loi de sauvegarde des entreprises aux articles L.651-2 et L. 652-1 du Code de commerce français<sup>810</sup>. Les actions fondées sur l'obligation aux dettes sociales ne peuvent toutefois plus être engagées suite à

---

<sup>807</sup> Article 39 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>808</sup> P. Ehret, La CJCE instaure le principe « *vis attractiva concursus* » concernant les actions révocatoires au niveau communautaire, Rev. Proc. Coll. Avril 2009, p. 19.

<sup>809</sup> Article 25 §1 alinéa 2 du Règlement 1346/2000.

<sup>810</sup> P. Roussel Galle, Responsabilité et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, JCP E. 2005, 1512.

l'adoption de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008<sup>811</sup>. La mise en œuvre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs obéit à un régime spécifique dérogeant au droit commun. Depuis l'abandon de la présomption de faute qui pesait sur les dirigeants sociaux (loi numéro 67-563 du 3 juillet 1967<sup>812</sup>), nous observons aussi un alignement de ladite action sur celles du droit commun de la responsabilité civile<sup>813</sup>. Rapporté à notre propos, le juge peut alors condamner la société mère à combler « tout ou partie de l'insuffisance d'actif que sa faute peut avoir contribué à créer »<sup>814</sup>. Pour cela, l'existence d'une faute, d'une insuffisance d'actifs et du lien de causalité entre les deux doivent être examinés. Aussi, la recherche d'une responsabilité solidaire au lieu d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité d'une société suppose que le tribunal soit saisi par les organes de la procédure<sup>815</sup>. La théorie des dirigeants de fait résulte en droit français du fait que le « le tribunal peut, en cas de faute de gestion, ayant contribué à l'insuffisance d'actifs décider que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou partie par tous les dirigeants de droit ou de fait »<sup>816</sup>. Le Tribunal compétent est donc celui qui a ouvert la procédure et relève de la *lex concursus*<sup>817</sup>. Celui-ci est donc saisi par le mandataire judiciaire, le liquidateur ou le Ministère public<sup>818</sup>.

La faute de gestion suppose ensuite d'être caractérisée eu égard la concentration du pouvoir économique inhérente à l'organisation contractuelle du groupe, responsable de la mauvaise gestion de la société contrôlée<sup>819</sup>.

En d'autres termes, la faute de gestion du dirigeant de fait de la société défaillante conduit à « réparer le dommage éventuellement consécutif à cette dernière et est appréciée en fonction du préjudice subit par le créancier »<sup>820</sup>.

La concentration du pouvoir économique peut alors se mesurer au niveau de la société mère en sa qualité d'actionnaire principal et de dirigeant de fait d'une autre société. Il faut d'ores et déjà souligner que la situation d'actionnaire majoritaire n'institue aucune présomption de direction du groupe de sociétés en l'absence d'immixtion fautive.

---

<sup>811</sup> J. Vallansan, *Difficultés des entreprises*, Litec, Paris 5<sup>ème</sup> édition 2009, p. 430.

<sup>812</sup> M. Germain : *Le Code de commerce 1807-2007 : le livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 245.

<sup>813</sup> Lamy droit du dirigeant d'entreprise 2010 : Régimes spéciaux de responsabilité. 505. 69.

<sup>814</sup> C. Champaud, *ibidem*, p. 52.

<sup>815</sup> Article L. 651-3 al 1 du Code de commerce français.

<sup>816</sup> Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris. 2007. p. 165.

<sup>817</sup> CJCE., Gourdain c/Nadler, 22 février 1979, aff. 133/178, Rec. 733, concl. Reischl ; Cass. com. 16 juill. 1981, Rev. crit. DIP. 1982.124, note J. Lemontey.

<sup>818</sup> Code des entreprises en difficulté, *ibidem*, p. 166.

<sup>819</sup> Formulaire sociétés commerciales, Etude I. 610 mis à jour 2002, LamyLine Reflex : Convention au sein d'un groupe de sociétés : l'exemple des conventions d'assistance administrative, commerciale et financière régissent les rapports entre la société mère et les filiales.

<sup>820</sup> A. Bottiau, *Faillite internationale et groupe de sociétés*, Th. Lille II, 1989, p. 221.

## 2. L'existence d'une intégration économique

L'examen des formes de domination contractuelle est instructif en ce qu'elle relève d'une inégalité économique originaire des sociétés en présence<sup>821</sup>. Ainsi, peut-on lire que l'intégration économique « consiste à soumettre au même centre de décision les opérations successives qui aboutissent à un produit déterminé »<sup>822</sup>.

Certaines formes d'intégration contractuelle (le contrat de franchise et le contrat de concession) soulignent l'application de la quasi-synonymie entre direction de fait et intégration en droit français et les nuances apportées à la qualification d'un dirigeant de fait en présence d'un contrat de franchise<sup>823</sup>. En l'occurrence, la société mère qualifiée de dirigeant de fait des sociétés filiales renvoie donc à l'article L. 651-2 du Code de commerce français qui prévoit l'action en comblement de passif en présence de fautes de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actifs des filiales membres du groupe de sociétés.

Ainsi, la doctrine précise « un niveau d'intervention légitime entre le franchiseur et franchiseé », la direction de fait intervenant lorsqu'il y a dépassement de ce niveau<sup>824</sup>. La jurisprudence commerciale a aussi impliqué le pôle intégrateur dans les procédures collectives des distributeurs en le qualifiant de dirigeant de fait<sup>825</sup>. Le « contrat d'intégration » vise des contrats dans lesquels chaque partenaire est un commerçant indépendant, leur particularisme réside dans le fait qu'il existe un déséquilibre quasi-systématique des relations contractuelles au profit du partenaire économiquement plus fort<sup>826</sup>.

Ainsi, lesdites actions permettent aux syndics de la procédure d'insolvabilité au sens du droit communautaire d'engager la responsabilité du franchiseur ou du fournisseur qui se placerait dans une position de dirigeant de fait vis-à-vis de son partenaire<sup>827</sup>. L'application de la direction de fait et ses effets en matière de faillite à toutes formes d'intégration lorsqu'il existe un faisceau d'indices témoigne de l'emprise de l'intégrateur sur son cocontractant<sup>828</sup>. L'appréciation in concreto requiert alors l'analyse casuistique. L'idée de profit tirée de l'activité d'autrui est soulignée par la doctrine française concernant une société mère et ses

---

<sup>821</sup> C. Champaud, Les méthodes de groupement des sociétés, RTD. Com. 1967, p. 1035.

<sup>822</sup> Cité par G. Martin de J. Valarche, Les contrats d'intégration en agriculture, RTD. com. 1974, p. 4-5.

<sup>823</sup> Lamy droit commercial, 2008- 4276. Franchiseur : Cass. Com., 27 mai 2003, numéro 00.13.606.

<sup>824</sup> P. Le Cannu, Direction de fait et contrat de société dirigée, Bull. Joly. 1998, n° 1, p.5.

<sup>825</sup> L. Gimalac, Le contrat d'intégration révélé par les actions en comblement et en extension de passif, RTD. com., 1999, p. 601.

<sup>826</sup> L. Gimalac, *ibidem.*, p. 601.

<sup>827</sup> M. Bennani, Le contrat de franchise et le redressement et la liquidation judiciaire, Th. Lausanne, 2006, p. 242.

<sup>828</sup> D. Tricot, Les critères de la gestion de fait, Dr. et patrimoine. janv. 1996, p. 24 et s.

filiales ou un réseau de vendeur et de distributeurs liés par des contrats de franchise et de concession<sup>829</sup>.

La Haute juridiction commerciale française précise toutefois qu'il s'agit d'une notion de droit devant être soumise à son contrôle et non une notion de pur fait laissée à l'appréciation des juges du fond<sup>830</sup>. Partant, la jurisprudence est marquée par le sceau du pragmatisme, cette dernière oriente notre analyse vers un faisceau d'indices permettant d'identifier une action positive et un pouvoir indépendant de décision. La qualification de dirigeant de fait mesure alors « le paradoxe de l'indépendance juridique et l'unité de décision économique » qu'il s'agisse de groupes sociétaires ou contractuels (des mécanismes de contrôle contractuellement définis limitent en effet la liberté de décision des adhérents au contrat de franchise qu'il convient toutefois de nuancer au regard d'une qualification de dirigeant de fait eu égard les sujétions inhérentes au présent contrat<sup>831</sup>).

## B. Le critère d'une action positive et un pouvoir indépendant de décision

### 1. Au sein d'une intégration contractuelle

Il convient d'apprécier la direction de fait qui se caractérise par une action positive et un pouvoir indépendant de décision. Ainsi, la jurisprudence et la doctrine française ont forgé la notion de dirigeant de fait. Cette notion concerne « toute personne qui assumant les mêmes fonctions et les mêmes pouvoirs qu'un dirigeant de droit, exerce en fait, en toute souveraineté et en toute indépendance, une activité positive de gestion et de direction »<sup>832</sup>. Partant, l'action en comblement de passif de droit français conduit à qualifier la société mère, via une holding, de dirigeant de fait des filiales du groupe de sociétés<sup>833</sup>. La direction de fait concerne « toute personne qui directement ou par personne interposée, exerce une activité positive et indépendante dans l'administration générale d'une société sous couvert ou au lieu et place de ses représentants légaux »<sup>834</sup>.

L'action positive inclut alors une immixtion fautive de façon continue et régulière<sup>835</sup> dans la gestion et la direction des sociétés du groupe de la part du pôle intégrateur. Il s'agit précisément d'une faute de gestion qui contribue à l'insuffisance d'actif du franchisé ou du

---

<sup>829</sup> G. Viney, Les conditions de la responsabilité, LGDJ, 3<sup>ème</sup> édition, 2006, Paris, p. 928.

<sup>830</sup> Cass.com., 16 mars 1999, PA. 8 avril 1999, numéro 70, p. 8, note P. M.

<sup>831</sup> C. Champaud, Stratégie judiciaire des entreprises, Dalloz, Paris 2006, p. 49.

<sup>832</sup> Cass. com., 9 mai 1978, D. 1979. p. 419, note M. Vasseur.

<sup>833</sup> Cass. com., 2 nov 2005, Bull. Joly. n°4, 2006, p. 469, note François-Xavier Lucas.

<sup>834</sup> G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, t. 2, 15<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 1996, § 3281.

<sup>835</sup> Montpellier 10 sept 1996, PA. 1998, n°22, p. 21, note de G.-A. Likillimba.

concessionnaire. La qualification de dirigeant de fait a été retenue lorsque le franchiseur organise des réunions avec les salariés du franchisé, contrôle l'embauche du personnel, prend la décision de résilier les contrats de travail et se déclare patron de l'affaire<sup>836</sup>.

La jurisprudence ajoute à cette action positive la négligence fautive<sup>837</sup>. Dans ce cas, le dirigeant de fait ignore par exemple volontairement les signaux d'alerte en provenance de la situation du franchisé et ne recherche aucune solution de fond, conduisant ce dernier à la faillite.

Conformément à l'analyse jurisprudentielle et doctrinale française, la qualité de dirigeant de fait doit être prouvée à l'aide des indices concordants. Ainsi, la démonstration d'actes positifs de gestion ou de négligence fautive du pôle intégrateur permet d'initier l'action en comblement de passif prévue à l'article L 651-2 du Code de commerce français<sup>838</sup>. La responsabilité du dirigeant de fait peut donc être recherchée lorsque par le jeu des clauses imposés dans lesdits contrats d'intégration, la situation financière du franchisé ou du concessionnaire se détériore et cause la faillite de ces derniers. Il convient néanmoins d'être prudent quant à la mise en œuvre de ces critères, les sujétions contractuelles sont variées et requiert des critères non figés.

## 2. Au sein d'un groupe sociétaire

Le cheminement suivi au sein d'une intégration contractuelle est ensuite examiné au sein du groupe sociétaire. En l'occurrence, l'arrêt Banque Worms précise l'étendue d'une gestion de fait d'une société insolvable. En effet, le 27 juin 2006, la Haute juridiction civile française dessine les contours d'une responsabilité d'une personne morale qui sans être dirigeant de droit de la société insolvable a exercé des pouvoirs de direction sur celle-ci. Les juges du fond se sont alors interrogés sur l'apparence d'une direction de fait comme moyen les autorisant à mettre le passif social à la charge de tiers. Il s'agissait en l'espèce de salariés d'une banque ayant pris personnellement part à la direction de la société. Ceux-ci étaient membres du conseil d'administration de cette dernière afin de servir les intérêts de la banque Worms agissant selon ses directives. Dès lors, cette dernière apparaissait aux yeux des tiers comme le véritable administrateur de la société.

L'affaire Métaleurop est également instructive à cet égard puisque la Cour de cassation ajoute à cet effet qu'aucune action en responsabilité fut intentée à l'encontre de la société mère, la pertinence d'une telle action était alors révélée. En conséquence, certaines fautes de gestion

---

<sup>836</sup> Rouen 23 mai 1978, JCP G. 1979. 19235, note G. Notté.

<sup>837</sup> CA Pau, 23 mars 2000, PA. 8 mars 2001, p. 15, obs. N. Mathey.

<sup>838</sup> Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 165.

qui sont à l'origine de l'aggravation du passif d'une filiale permettent d'entrevoir des actions en responsabilité qu'il convient d'étudier dans une perspective européenne. En l'occurrence, la solution qui semble se dégager de l'obiter dictum de la Haute Cour française résultant de l'affaire Métaleurop est instructive. Elle donne le sentiment que l'institution d'un groupe fait presque inéluctablement de la société mère un dirigeant des filiales<sup>839</sup>.

Ceci conduit par voie de conséquence à étayer le degré de dépendance de la société défaillante et l'établissement d'une faute de gestion<sup>840</sup> précipitant celle-ci à la ruine.

La sanction d'une dilution de la responsabilité à travers un théâtre d'ombres juridiques semble, en présence d'un groupe transnational de sociétés, trouver un fondement juridique à la mesure des enjeux qui se jouent sur la scène internationale économique. Il peut s'agir, comme en l'espèce, de limiter l'impact des frais de pollution à la charge d'une société insolvable. Mais elle contribue in fine à dresser un régime de responsabilité d'une direction transnationale au sein d'un espace redéfini au niveau communautaire à travers les fonctions et les pouvoirs respectifs exercés au sein d'un ensemble économique cohérent et se présentant ainsi à l'égard des tiers<sup>841</sup>.

## *§2. L'apport du droit comparé*

L'ambiguïté des rapports entre une société mère envers ses filiales suppose l'examen de la responsabilité de l'organe de fait prévu en droit suisse de sociétés (A.) L'établissement d'une faute de gestion, fait générateur de responsabilité en cas d'insolvabilité de la société dominée est ensuite examiné (B.).

### A. La responsabilité de l'organe de fait en droit suisse

La notion de direction de fait se caractérise en droit français en rapportant la preuve de « l'exercice en toute indépendance d'une activité positive de direction et de gestion d'une société »<sup>842</sup>. C'est ce que nous présentons sous l'angle d'une théorie des dirigeants de fait<sup>843</sup> dont l'analyse en droit comparé éclaire la démonstration. L'examen d'un dirigeant de fait (droit français) ou celui d'organe de fait (droit suisse) révèle des similitudes quant à son interprétation en présence d'un groupe de sociétés.

---

<sup>839</sup> B. Grelon, C. Dessus-Larrivé, Confusion des patrimoines au sein d'un groupe, Rev. Soc, n°2/2006, p. 281.

<sup>840</sup> N. Dion, Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales, droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français, Th. Orléans, n°30.

<sup>841</sup> Forum europaeum sur le droit des groupes de sociétés, Un droit des groupes de société pour l'Europe, Rev. Soc. 1999, p. 285.

<sup>842</sup> N. Dedessus le Moustier, La responsabilité du dirigeant de fait, Rev. Soc. 1997, p. 499 ; C. Delattre, JCP E. juillet 2007, p. 21.

<sup>843</sup> C. Champaud, Stratégie judiciaire des entreprises, Dalloz, Paris, 2006, p. 47.

La responsabilité de l'organe formel ou de fait est en droit suisse envisagée à l'article 754 CO et relève du droit des sociétés<sup>844</sup>. Selon ce dernier, « les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs »<sup>845</sup>. La doctrine suisse et française s'efforce ainsi d'après leurs bases légales respectives « de réconcilier l'apparence et la réalité en débusquant les véritables dirigeants et en leur faisant supporter les conséquences dommageables de leur intervention »<sup>846</sup>. Le Tribunal fédéral suisse considère donc que les représentants d'une banque qui participent aux réunions du conseil d'administration et à la prise de décision de la société sont organe de fait de cette dernière. L'organe de fait est donc « toute personne qui n'est pas élue ou spécialement désignée comme tel, mais qui dans les faits en exerce les fonctions »<sup>847</sup>. Son nom n'apparaît donc pas au registre du commerce où est enregistrée la société.

Selon cette explication, la direction unique peut être appréciée eu égard la position qu'occupe la société mère ou holding. Le Tribunal fédéral<sup>848</sup> précise que « selon l'opinion dominante en doctrine, une holding et ses organes engagent leur responsabilité selon l'article 754 CO<sup>849</sup> quand ils interviennent dans l'administration et la direction des filiales »<sup>850</sup>.

Une clarification terminologique a vocation à préciser l'analyse en droit comparé selon le terme employé. Ainsi, les notions de dirigeant de droit et de dirigeant de fait s'apprécient en droit suisse en caractérisant les organes formels et les organes de fait<sup>851</sup>. En conséquence, le grief de direction de fait porté à l'encontre d'une société dominante permet aux créanciers d'une société dominée insolvable de rechercher les fonds nécessaires à combler le passif social. La société mère identifiée comme « organe de fait ou dirigeant de fait » présente en effet l'avantage « d'une capacité financière supérieure aux personnes physiques »<sup>852</sup> lesquels

---

<sup>844</sup> L'étude du for en droit international privé suisse précise que l'action en responsabilité est portée devant le Tribunal où se situe le siège de la société ; l'action peut cependant être introduite au lieu de la succursale suisse d'une société étrangère. L'action en responsabilité est alors régie dans ce dernier cas par la loi étrangère (Article 154 LDIP) sauf dans l'hypothèse de l'article 159 LDIP (voir supra) : Article 752 CO, Commentaire Romand CO II, Helbing und Lichtenhahn, Bâle 2008, p. 1349.

<sup>845</sup> Article 754 CO : Commentaire Romand CO II, Helbing und Lichtenhahn, Bâle 2008, p. 1367.

<sup>846</sup> C. Champaud, Stratégie judiciaire des entreprises, Dalloz, Paris 2006, p. 47.

<sup>847</sup> H. Peter, Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Centre d'études juridiques européennes, Schulthess, Genève, 2000, p. 35.

<sup>848</sup> ATF 117 II 570 : JT 1993 I 80.

<sup>849</sup> Article 754 CO : Commentaire Romand CO II, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2008, p. 1367.

<sup>850</sup> H. Peter, Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, *ibidem*, p. 39.

<sup>851</sup> N. Sauerwein, La responsabilité de la société mère, *ibidem*, p. 22.

<sup>852</sup> N. Sauerwein, *ibidem*, p. 33.

pourront par ailleurs être poursuivis en leurs qualités de dirigeant de droit ou d'organes formels de la société.

La doctrine s'accorde cependant à affirmer que « la seule participation, même majoritaire d'une société dans le capital d'une autre est insuffisante à caractériser une gestion de fait au sein d'un groupe de sociétés<sup>853</sup>. La qualification d'organe de fait en son sein suppose d'en mesurer l'étendue et d'apprécier un mécanisme de responsabilité suite à l'imbrication d'intérêts, la dépendance économique ou la faculté dont dispose une société d'imposer des décisions. L'apport du droit comparé aide sinon renseigne sur le faisceau d'indices démontrant la direction et la gestion de fait.

En droit suisse, l'établissement d'une direction unique exercée à l'intérieur du groupe requiert l'exercice d'une direction centralisée à l'égard de ses filiales conformément à l'article 716a CO<sup>854</sup>. Celui-ci précise le caractère intransmissible et inaliénable des attributions du conseil d'administration et l'exercice de la haute direction de la société dont l'étendue au groupe de sociétés suppose d'être caractérisée. La doctrine suisse consacre la présente idée en se référant à l'article 663e I CO qui exige l'établissement des comptes consolidés « dès lors qu'une direction unique règne sur plusieurs entités juridiques »<sup>855</sup>. L'absence de droit des groupes de lege lata introduit ainsi la réflexion sur le rôle du conseil d'administration de la société mère qui s'étend à l'activité des filiales. La direction des filiales est dès lors précisée à la lumière des prérogatives fixées par l'article 716a CO. Il en résulte l'appréciation de la haute direction générale du groupe qui consiste « au développement des buts stratégiques de la société, la fixation des moyens permettant d'atteindre ce but ». En définitive, l'activité transfrontalière met en exergue l'exercice d'une haute direction à travers la centralisation des activités ou du moins sa coordination. Le rôle dévolu à la société dominante en matière de politique de gestion des ressources humaines, de plans d'investissement et de l'administration des ressources financières souligne le rapport de dépendance économique ou de domination. La justification d'une responsabilité d'une société exerçant une influence stratégique sur l'activité d'autres sociétés apparentées requiert ainsi l'établissement d'une faute de gestion ayant provoqué l'insolvabilité d'une société dominée.

## B. L'établissement d'une faute de gestion

### 1. Une conception extensive du lien de causalité

---

<sup>853</sup> C. Hannoun, Redressement et liquidation judiciaires (groupe de sociétés), *Juriscl. Commercial*. 2000, p. 24.

<sup>854</sup> Article 716a CO, CC&CO, Helbing und Lichtenhahn, 8<sup>ème</sup> édition, Bâle, 2008, p. 469.

<sup>855</sup> H. Peter, Commentaire Romand de l'article 716a CO, Helbing und Lichtenhahn, Bâle 2008, p. 1092.

L'appréciation d'une direction de fait ne suffit point à elle seule dans la mise en œuvre d'une responsabilité de la société dominante. Encore faut-il mettre en exergue le caractère anormal de l'intervention d'une société mère dans le domaine de la gestion d'une filiale ou du réseau contractuel<sup>856</sup>. Le lien de causalité entre la faute de gestion et l'insolvabilité de la filiale est alors souligné à l'article 651-2 du Code de commerce en ce que « la faute de gestion doit avoir contribué à l'insuffisance d'actifs ». Selon la doctrine, il s'agit ni plus ni moins qu'une confirmation de la théorie de l'équivalence des conditions. Celle-ci autorise ainsi le juge « à retenir toute faute, si légère, soit elle, qui a été pour part à l'origine de l'insuffisance d'actifs »<sup>857</sup> ou a contribué à la création du passif. Ce n'est alors que souligner la teneur de l'article L. 651-2 du Code de commerce qui prévoit que les dettes seront supportées en tout ou partie par les dirigeants de fait. L'étendue d'une faute de gestion est alors favorisée par une conception extensive du lien de causalité entre celle-ci et l'existence d'une insuffisance d'actifs d'une société apparentée. La charge de la preuve incombe aux organes de la procédure collective. Les liens entre la politique du groupe et la détérioration financière d'une société dominée peuvent ainsi s'avérer risquées. La faute de gestion doit en effet avoir seulement contribué au passif de ladite société.

Le juge a cependant un pouvoir d'appréciation quant à la réparation globale ou partielle du préjudice « en tenant compte des causes extérieures (les causes économiques) qui exonèrent partiellement de sa responsabilité le dirigeant fautif »<sup>858</sup>.

## 2. L'étendue d'une faute de gestion

L'immixtion fautive peut tout d'abord être éclairée par une des conditions visées lors d'une action en responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil français. Celui-ci suppose l'établissement de deux critères appréciés souverainement par les juges de fait : une immixtion interne et externe d'une société mère dans la gestion de ses filiales<sup>859</sup>.

L'étude de la faute de gestion révèle ainsi davantage « une ingérence dans les affaires internes » d'une société dominée et suppose un dépassement de la théorie de l'apparence (voir supra). Celle-ci n'a en effet vocation à remettre en cause la responsabilité limitée de la société mère uniquement en cas d'immixtion externe<sup>860</sup>. Or, l'ingérence interne se trouve ou non caractérisée selon un mode de fonctionnement anormal ou normal de l'activité du groupe de sociétés. Aussi, nous pensons que la faute de gestion suppose un contrôle de licéité des

<sup>856</sup> M. Bennani, Le contrat de franchise et le redressement et la liquidation judiciaire, Th. Lausanne, 2006, p. 242.

<sup>857</sup> M. Germain : Le Code de commerce 1807-2007 : le livre du bicentenaire, Dalloz, 2007, p. 251.

<sup>858</sup> M. Germain, *ibidem*, p. 252.

<sup>859</sup> Cass.com., 26 février 2008, Bull. Joly. juillet 2008, n°7. p. 602, note C. Hannoun.

<sup>860</sup> Cass.com., 26 février 2008, Bull. Joly. *ibidem*.

opérations financières en son sein émanant d'un dirigeant de fait. L'état de subordination d'une filiale et la mise en œuvre d'instructions contraignantes renseignent sur le contenu d'une faute de gestion. L'indemnisation du préjudice économique renvoie à l'appréciation d'un appauvrissement sans contrepartie d'une filiale diminuant en conséquence le droit de gage de ses créanciers (les créanciers privilégiés, les titulaires de sûreté ainsi que les créanciers chirographaires). Au contraire, certains actes (les opérations de trésorerie intragroupes) sont justifiés dans l'intérêt du groupe et infléchissent les règles prévues pour les sociétés autonomes<sup>861</sup>.

Les caractéristiques d'une direction de fait se mesurent en rapportant une activité positive de direction et exercée de façon indépendante. Le droit français met donc en lumière une action positive alors que le droit comparé adopte une solution extensive des devoirs d'une administration de fait des filiales. En cette qualité, la société dominante doit non seulement répondre de ses actions mais également de ses omissions<sup>862</sup>. Les attributions qui découlent d'une direction unique emportent ainsi la conséquence que les organes formels (les dirigeants de droit de la filiale) sont contraints de tolérer l'usurpation de leur compétence par la société mère<sup>863</sup>. Aussi, la fragmentation de la responsabilité limitée des sociétés groupées ne se justifie plus<sup>864</sup> suite à l'établissement d'une faute de gestion.

Or, les avances et prêts entre les sociétés d'un même groupe peuvent être jugés contraires à l'intérêt social d'une société dominée et constituent un critère d'appréciation de la faute si ceux-ci mettent en péril cette dernière. C'est l'hypothèse d'une société qui est privée d'une trésorerie conséquente. La Haute juridiction commerciale française se prononce alors sur des actes positifs de direction d'une société au sein d'un groupe. Elle en précise récemment les contours dans l'arrêt Banque Worms<sup>865</sup>. Outre l'impact du présent arrêt pour l'établissement de crédit dont les salariés ont exercé en toute indépendance des actes positifs de direction au sein d'une société avec laquelle elle est en étroite partenariat. Nous en expliquons le cheminement au sein du groupe de sociétés. C'est précisément ce que la chambre commerciale relève dans un autre arrêt rendu quelque peu avant<sup>866</sup>. La notion de gestion de fait est alors retenue eu égard la détention de capital dans ses filiales dont elle est actionnaire

---

<sup>861</sup> Cass. crim., 4 février 1985, D. 1985, p. 478, note D. Ohl ; Rev. Soc 1985, p. 648, note B. Bouloc ; D. 1985, jurispr. p. 478, note Ohl ; Gaz. Pal. 1985, 1, p. 377, note Marchi.

<sup>862</sup>H. Peter, Des conséquences ultimes de la direction unique dans les groupes : réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur A. Hirsch, Genève, 2004, p. 54-63.

<sup>863</sup> N. Sauerwein, La responsabilité de la société mère, Berne 2006, p. 37.

<sup>864</sup> A. Petit-Pierre Sauvain, Organisation, responsabilité et accidents majeurs, réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur A. Hirsch, Genève, 2004, p. 183.

<sup>865</sup> Cass. com., 27 juin 2006. D. 2006, p. 2534, Note R. Damman.

<sup>866</sup> Cass. com., 2 novembre 2005, Rev. Soc. 2006, p. 398 note D. Poracchia.

majoritaire mais surtout en ce qu'elle exerce un véritable pouvoir de décision. Pareil raisonnement est tenu en droit suisse sur la base de l'article 754 CO<sup>867</sup>, l'objectivation d'une responsabilité fondée sur la possession de la majorité des actions est réfutée et requiert un pouvoir de fait sur chacune des sociétés groupées.

Le faisceau d'indices visé en droit français est alors l'immixtion de la société mère sans protestation du dirigeant de la filiale et l'examen de la situation des filiales en même temps que la société mère lors de chaque conseil d'administration. La Cour de cassation ajoute qu'outre l'absence d'autonomie suffisante des filiales par rapport à la société mère, cette dernière a poursuivi avec l'aval de la société nord est (l'actionnaire majoritaire présent au sein de la société dominante) une politique financière consistant en des avances sans profit pour quiconque. L'absence d'étude préalable doublant le budget de fonctionnement et une politique commerciale désastreuse a contribué à une dégradation générale de la situation des filiales. Il en résulte selon la Cour que l'actionnaire d'une société mère a la qualité de dirigeant de fait des filiales par l'intermédiaire de la société dominante.

La sanction d'une faute de gestion suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contribue à ce que le dirigeant de fait supporte ensuite la différence entre l'actif et le passif de la filiale eu égard la gestion fautive<sup>868</sup>.

L'appréciation d'une faute de gestion peut aussi s'appuyer sur des indices concordants comme une lettre d'intention. La manifestation d'une telle faute se trouvera caractérisée par la démonstration d'un soutien abusif de la mère se comportant en dirigeant de fait du groupe transnational de sociétés au lieu d'exploitation de sa filiale. La lettre d'intention aurait par exemple conduit « la poursuite abusive dans un intérêt personnel une exploitation déficitaire de la filiale qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements<sup>869</sup> de la personne morale »<sup>870</sup>. Le soutien abusif peut donc être établi lorsque la structure du groupe regroupant un actionnaire majoritaire contrôle la société insolvable. L'absence totale de soutien ne doit cependant point être encouragée par la menace de mesures d'extension automatique en direction de la société in bonis. Les sources de financement internes au groupe peuvent s'avérer indispensables au cours de la période d'observation de la filiale en difficulté. Des mesures de restructurations internes au groupe peuvent donc être envisagées sur la base de

---

<sup>867</sup> H. Peter, Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Schulthess, 2000, p. 35.

<sup>868</sup> J. Vallansan, Difficultés des entreprises, 5<sup>ème</sup> éd, Litec, Paris, 2009, p. 423.

<sup>869</sup> La cessation des paiements est en effet un repère aux actions en responsabilité pour insuffisance d'actifs de droit français puisque l'action ne peut être engagée que suite à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ou suite à la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

<sup>870</sup> M. N Jobard Bachellier, Les lettres d'intention en droit international privé, TCFDIP. 1993-1995, Pédone, Paris, p. 146.

l'autonomie des personnes morales afin de traiter les financements internes selon l'admission d'une créance postérieure à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et bénéficiant d'une garantie de paiement<sup>871</sup>. Le pouvoir souverain des juges du fond souligne au contraire que l'intrusion dans les affaires de la société que l'on a voulue distincte caractérise une violation du droit lorsque par exemple le cloisonnement est inadéquat en ce qu'il ne dote pas la filiale de capitaux nécessaires à l'accomplissement de sa mission ou en répartissant de manière inadéquate les fonctions et les risques entre les entités du groupe de sociétés<sup>872</sup>.

### Sous section III : Action révocatoire et le for communautaire de l'insolvabilité

L'interprétation du Règlement 1346/2000 souligne l'inconvénient d'un détachement de l'action révocatoire d'une procédure d'insolvabilité, laquelle confirme ses liens étroits<sup>873</sup> avec cette dernière. Le maintien du for de l'insolvabilité transfrontalière en matière d'action révocatoire fait donc l'objet d'une consécration prétorienne (§1.).

La précision du régime de l'action révocatoire en droit comparé est examinée à cet effet (§2.).

#### *§1. Le maintien du for de l'insolvabilité transfrontière en matière d'action révocatoire*

La réaffirmation du principe de vis attractiva concursus (A.) introduit l'analyse de l'action révocatoire exercée par le syndic en droit communautaire de l'insolvabilité (B.).

##### A. La réaffirmation du principe de vis attractiva concursus

La gestion des actifs des membres du groupe de sociétés et la reconstitution des patrimoines relèvent dorénavant du for de la procédure d'insolvabilité<sup>874</sup>. Le lien entre l'action « en révocation »<sup>875</sup> et la conduite d'une insolvabilité transfrontière est consacré. Les conclusions de l'avocat général rappellent dans l'arrêt Deko<sup>876</sup> que les différences entre les ordres juridiques des États membres n'effacent pas un code génétique commun aux solutions que ces derniers offrent en réponse aux actes de disposition patrimoniaux réalisés en fraude au droit des créanciers. La Cour de justice des Communautés européennes fait alors observer que

---

<sup>871</sup> P. Le Cannu, *ibidem*, p. 58.

<sup>872</sup> C. Champaud, *Stratégie judiciaire des entreprises*, Dalloz, Paris 2006, p. 53.

<sup>873</sup> CJCE, 1<sup>re</sup> ch., Deko Marty Belgium, 12 févr. 2009, aff. C-339/07, Procédures n° 5, Mai 2009, comm. 150, note C. Nourissat.

<sup>874</sup> P. Ehret, La CJCE instaure le principe « vis attractiva concursus » concernant les actions révocatoires au niveau communautaire, *Rev. Proc. Coll.* Avril 2009, p. 19.

<sup>875</sup> Article 4§2 m du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000, JOCE n° L 160 du 30 juin 2000

<sup>876</sup> Point 26 de l'arrêt CJCE., Deko, 12 février 2009, aff. 339/07, JO C 82, 2009, p.4.

l'action en révocation a pour but « l'accroissement de l'actif de l'entreprise faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité »<sup>877</sup>.

Le maintien du for de l'insolvabilité en matière d'actions révocatoires implique sa mise en œuvre tant au sein d'une procédure principale<sup>878</sup> que secondaire<sup>879</sup>.

On saisit alors l'enjeu des présentes mesures de conservation des actifs à l'endroit d'une activité transfrontalière que l'universalité d'une procédure tente d'appréhender. Celle-ci se structure davantage en dressant un régime de la période suspecte et pose la question de savoir si l'action révocatoire en droit comparé relève de la procédure d'insolvabilité en raison de son lien avec cette dernière. La précision a son importance car l'appréciation de ladite action comme une « action née de l'insolvabilité » entre dans le champ d'application des pouvoirs du syndic prévu au sein du Règlement<sup>880</sup>. L'avocat général M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer précise en effet que l'arrêt Gourdain<sup>881</sup> offre de précieuses lignes directrices quant au règlement du litige en question. L'arrêt Deko met en effet en lumière la demande d'une action révocatoire par le syndic désigné par l'ordonnance d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Le point 9 fait état d'un rejet de la demande au motif que les organes juridictionnels allemands ne pouvaient pas statuer sur le recours car la défenderesse a son siège dans un autre État (en Belgique). Le règlement n° 1346/2000 n'est pas applicable aux actions révocatoires au titre de l'insolvabilité. On entraperçoit d'ores et déjà la portée de la solution à la question soulevée par le Bundesgerichtshof. Ses propos projettent l'action révocatoire dans l'ordre juridique communautaire en se demandant si l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1346/2000, qui règle la compétence judiciaire en matière d'insolvabilité recouvre l'action en révocation portant sur un transfert d'avoirs en faveur d'une société située dans un autre État membre. Les conclusions de l'avocat général se demandent alors si tel est bien le cas en l'absence d'indications expresses au sein du Règlement<sup>882</sup>.

L'articulation de divers fors en matière d'action en révocation initiée dans différents États membres affaiblit par ailleurs l'objectif de lutte contre le forum shopping. Cet objectif permet

---

<sup>877</sup> Considérant 17 de l'arrêt de la Cour (première chambre) du 12 février 2009, Christopher Seagon contre Deko Marty Belgium NV, demande de décision préjudicielle: Bundesgerichtshof – Allemagne, Affaire C-339/07.

<sup>878</sup> Article 4§2 m du Règlement 1346/2000.

<sup>879</sup> Article 18§2 du Règlement 1346/2000.

<sup>880</sup> Le syndic désigné par une juridiction compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 1, peut exercer sur le territoire d'un autre État membre tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'État d'ouverture notamment les règles relatives à l'annulation ou l'inopposabilité des actes préjudiciables aux créanciers selon l'article 4§2 m du Règlement. Il peut exercer toute action révocatoire utile aux intérêts des créanciers lorsque la juridiction est compétente en vertu de l'article 3§2 du Règlement 1346/2000.

<sup>881</sup> Article L. 615-2 du Code des sociétés français, Litec, Paris, 2007, p. 1616.

<sup>882</sup> Point 41 des conclusions de l'avocat général au sein de l'arrêt CJCE., Deko, 12 février 2009, aff. C-339/07, JO C 82, 2009, p.4.

d'éviter que les parties soient incitées à déplacer les avoirs d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique. La portée de l'arrêt Deko corrobore d'une part la volonté de structurer les cas de nullités de la période suspecte ou les actions en inopposabilité des actes préjudiciables aux créanciers communautaires. Ce dernier précise d'autre part son régime dans l'hypothèse où le défendeur a son siège statutaire dans un autre État membre que le débiteur insolvable<sup>883</sup>. Cette jurisprudence repose par voie de conséquence sur l'efficacité et la rapidité des procédures d'insolvabilité ayant des effets transfrontaliers dont nous approuvons la pertinence à travers la concentration des mesures visant l'actif du ou des débiteurs en un for principal voire secondaire.

Le régime communautaire de l'action en révocation constitue en outre la clef de voûte d'un dispositif d'assainissement et de garantie du crédit aux fors visés à cet effet et dont la pertinence est soulignée face à une activité transnationale<sup>884</sup>.

## B. L'exercice de l'action révocatoire par le « syndic » en droit communautaire

### 1. L'article 4§2 m du Règlement 1346/2000

L'anéantissement d'actes préjudiciables au droit des créanciers suite à un appauvrissement du patrimoine de sociétés insolubles localisées dans plusieurs États membres requiert l'application du règlement communautaire 1346/2000. Celui-ci a en effet vocation à s'appliquer au groupe de sociétés<sup>885</sup>. Quelques remarques concernant l'activité fractionnée et sa prise en compte par le Règlement 1346/2000 sont ici rappelées. Selon la jurisprudence Daysiteck, le groupe est localisé au siège de la société mère Isa international. L'action en révocation obéit ainsi à l'article 4§2 point m du Règlement renvoyant à la loi de la procédure en un for unique.

L'annulation des opérations intragroupes organisée au for principal se rapproche de l'administration conjointe résultant de la règle fédérale américaine 1015 du « federal rules of bankruptcy procedure »<sup>886</sup>. Ladite règle permet de traiter conjointement la faillite des sociétés du groupe lorsque la procédure d'insolvabilité ayant trait aux sociétés est initiée en un for unique<sup>887</sup>. La conduite de la procédure peut alors être facilitée par la nomination d'un seul

<sup>883</sup> Les hypothèses de rattachement de l'action révocatoire renvoient à ceux visés lors de l'exercice de l'action en responsabilité en cas d'insolvabilité : Point 55 des conclusions de l'avocat général au sein de l'arrêt CJCE, 12 février 2009, *ibidem*.

<sup>884</sup> Point 60 des conclusions de l'avocat général dans l'arrêt CJCE., Deko, 12 février 2009, aff. 339/07, JO C 82, 2009, p.4.

<sup>885</sup> T. com. Paris, 2 août 2006, D. 2006, p. 2329, note R. Dammann et G. Podeur.

<sup>886</sup> [www.law.cornell.edu/rules/frbp/](http://www.law.cornell.edu/rules/frbp/).

<sup>887</sup> Rule 1015 of federal rules of bankruptcy procedure : Consolidation or Joint Administration of Cases Pending in Same Court: "If a joint petition or two or more petitions are pending in the same court by or against [...] a

trustee<sup>888</sup>. Chaque transfert prévu selon l'organisation conventionnelle du groupe ouvre la voie d'une action révocatoire en son sein. Néanmoins, l'efficacité de l'action révocatoire face à la multitude de transferts intragroupe comporte des limites importantes selon l'approche subjective ou objective de son régime juridique<sup>889</sup> (voir infra).

## 2. L'application de l'article 18 §2 du Règlement

La coordination des pouvoirs d'annulation d'un transfert de patrimoine peut alors s'envisager lorsqu'une procédure secondaire est ouverte, ce qui souligne l'importance d'appréhender ou non la filiale dans la définition de l'établissement (voir partie I).

L'article 18, paragraphe 2, du règlement 1346/2000 autorise en l'occurrence le syndic de la procédure secondaire à «exercer toute action révocatoire utile aux intérêts des créanciers». Dans cette hypothèse, le syndic de la procédure secondaire peut exercer une action révocatoire afin de réintégrer les actifs transférés dans un autre État que celui de l'établissement (l'exemple d'un transfert de valeurs patrimoniales en direction d'une société localisée dans un autre État membre). La mise en œuvre d'une procédure secondaire permet ainsi au syndic de remettre en cause les actes conclus par l'établissement du groupe<sup>890</sup>. Si l'on envisage la présente action conformément à la loi de l'établissement, l'absence de caractérisation de son insolvabilité<sup>891</sup> fait davantage porter le débat sur la connaissance de sa cessation des paiements au terme d'une appréciation globale des difficultés rencontrées par le groupe dans son ensemble. Plusieurs alternatives se présentent au juge national lorsque celui-ci est fortement intégré voire centralisé au siège d'une des sociétés du groupe.

La proposition de M. Raimon<sup>892</sup> semble pertinente à ce titre. Celle-ci s'accorde à apprécier la période suspecte en la faisant dépendre soit du jugement principal étranger, qui rappelons le, bénéficie d'une reconnaissance automatique, soit d'une appréciation de l'insolvabilité de l'établissement localisé sur le territoire d'un État membre. L'existence de la personnalité morale ne paraît plus être un obstacle quant à l'application de l'article 3§2 du Règlement, autorisant l'ouverture d'une procédure secondaire ou sied la société. D'ailleurs, la

---

[debtor](#) and an affiliate, the court may order a joint administration of the estates”.

<sup>888</sup> Note to Rule 2009: This rule recognizes that economical and expeditious administration of two or more estates may be facilitated not only by the selection of a single trustee for a partnership and its partners, but by such selection whenever estates are being jointly administered pursuant to Rule 1015.

<sup>889</sup> H. Peter, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, *Ibidem*, p. 189.

<sup>890</sup> M. Raimon, Le règlement 1346/2000, *ibidem*, p. 217.

<sup>891</sup> Article 27 du Règlement 1346/2000.

<sup>892</sup> M. Raimon, Le règlement 1346/2000, *ibidem*, p. 112.

combinaison<sup>893</sup> d'une procédure principale et secondaire semble trouver un écho favorable dans les affaires EMTEC, Rover<sup>894</sup> et Sendo international Limited<sup>895</sup>.

En conséquence, la prévisibilité induite par une activité locale ne conduit-elle pas à l'ouverture d'une procédure secondaire notamment en vue de reconstituer les actifs sur lesquels les créanciers locaux font confiance ?

Une présomption d'insolvabilité est alors prévue par le Règlement<sup>896</sup>. L'orientation en faveur d'une procédure secondaire subordonnée à la procédure principale ouverte au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés vise ainsi une recherche de solutions coordonnées des patrimoines en question. Là encore, il s'agit d'un examen conciliant les divers intérêts concernés par la procédure (les créanciers, le débiteur et les salariés). Les organes de la procédure secondaire du lieu d'établissement doivent donc déterminer la période suspecte qui selon le droit français s'étend de la date de cessation des paiements au jugement d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne pouvant en principe aller au-delà de 18 mois. Une autre solution consiste à apprécier l'établissement de la période suspecte concernant les opérations d'une filiale depuis le centre des intérêts principaux du groupe de sociétés en retenant une date similaire à celle fixée au lieu de la procédure principale. L'apport d'un élément extrinsèque à la procédure secondaire est ainsi discuté puisque celui-ci a une incidence dans la définition de l'insolvabilité<sup>897</sup> et du régime des nullités de la période suspecte<sup>898</sup> selon le droit de la procédure principale<sup>899</sup>.

## *§2. La précision du régime de l'action révocatoire en droit comparé*

Le Code de commerce français frappe de nullité absolue<sup>900</sup> certains actes ou paiements en raison de leur irrégularité. Celui-ci caractérise une conception objective (A.).

---

<sup>893</sup> R. Damman, Vers une interprétation pragmatique du Règlement européen des faillites, Banque, 2006, p. 47.

<sup>894</sup> R. Damman, La procédure secondaire du Règlement 1346/2000 : mode d'emploi, Rev. Lamy. dr. aff. 2006, p. 531.

<sup>895</sup> M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, Paris, 2008, p. 540.

<sup>896</sup> Article 27 du Règlement.

<sup>897</sup> Le droit comparé souligne des critères variés comme la cessation des paiements de droit français qui établit une comparaison entre l'actif disponible et le passif exigé ou encore selon un critère de surendettement ou d'insolvabilité prévu en droit suisse. Le droit anglo saxon précise aussi une comparaison entre l'actif et le passif. L'existence d'une incapacité durable de l'entreprise de faire face à ses engagements est un trait commun aux définitions diverses que confère chaque État à la notion d'insolvabilité : J.-L. Vallens, des procédures collectives en Europe, sécurité juridique et entreprise en difficulté, PA. janvier 1994, p. 13.

<sup>898</sup> Cass. com., 5 février 2002. D. 2002, p. 957, obs A. lienhard.

<sup>899</sup> M. Raimon, *ibidem*, p. 113.

<sup>900</sup> Article L.632-1 du Code de commerce français, Litec, Paris, 2010, p. 711.

Une alternative à un système d'annulation purement objectif est mentionnée à l'article 288 de la LP Suisse. Ce dernier vise tous les actes<sup>901</sup> appauvrissant le patrimoine du débiteur pendant une période de cinq ans mais pour laquelle des éléments subjectifs doivent être apportés (B.).

La conception de l'ordre public français en matière de faillite internationale demeure utile lorsqu'il convient de fixer la durée au-delà de laquelle la reconnaissance d'une décision de faillite rendue au sein de l'Union européenne ne peut plus faire remonter ses effets (D.). L'exemple du droit français précise dorénavant le régime d'une période suspecte qui ne doit cependant pas empiéter sur un mécanisme de sauvegarde de l'activité économique (C.).

#### A. Les avantages d'une conception objective

Les nullités de la période suspecte de droit français ont pour effet l'anéantissement rétroactif de certains actes passés entre la date de cessation des paiements et le jugement d'ouverture de la procédure collective<sup>902</sup>. Nous en soulignons la base légale (1.) et l'étendue d'une annulation au sein du groupe (2.). Une voie médiane est parallèlement maintenue en un système de nullité facultative (3.).

##### 1. La base légale française

La solution communément admise par les législations nationales consiste à annuler un ensemble d'opérations intervenues durant une période dite « suspecte » qui commence à une date fixée par le législateur (la cessation des paiements en droit français).

Le Code de commerce français<sup>903</sup> accorde une importance fondamentale à la fixation de la date de cessation des paiements qui ne peut en principe être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture. En définitive, la date de cessation des paiements sert de mode de calcul de la « période suspecte » puisque cette dernière remet en cause des actes ou des paiements irréguliers effectués par le débiteur entre le jugement d'ouverture et la date de cessation des paiements. Les mesures d'exécution et la constitution de sûretés mises en œuvre par un créancier avant l'ouverture de la procédure sont donc annulées car celles-ci sont commises au détriment de l'intérêt collectif des créanciers<sup>904</sup>.

L'atteinte portée aux créanciers qui sont « des entreprises participant au tissu économique »<sup>905</sup> requiert donc un mécanisme de protection et de sécurisation du crédit

---

<sup>901</sup> L'article 288 LP : Commentaire Rommand, Poursuite et faillite, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2005, p. 1376.

<sup>902</sup> E. Mouial-Bassilana, L'articulation de la période suspecte et des différentes procédures après la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, D. 2006, p. 1959.

<sup>903</sup> Article L. 631-8 du Code de commerce français, *ibidem*.

<sup>904</sup> Formulaire Commenté Lamy Droit Commercial : livre IV entreprise en difficulté, *ibidem*.

<sup>905</sup> E. Mouial-Bassilana, *ibidem*, p. 1966.

international. Il faut alors circonscrire l'exercice d'une action en révocation ou en nullité prévue au sein du Règlement en distinguant l'action révocatoire de l'action paulienne de droit commun<sup>906</sup>.

L'utilité d'une action révocatoire projetée au niveau communautaire et à laquelle renvoie le Règlement 1346/2000<sup>907</sup> suppose devoir être interprétée selon des perspectives nationales afin de réfléchir au rayonnement de la présente notion dans les rapports transfrontaliers.

Le système de droit français instaure une suspicion sur le débiteur durant la période suspecte en instaurant une action en nullité de plein droit dont l'action est réservée au syndic<sup>908</sup>. Le principal effet est l'annulation d'opérations visées sans permettre aux tiers créanciers de faire valoir des moyens de défense<sup>909</sup>. Le traitement des transferts d'actif de chaque société du groupe souligne le régime applicable conformément aux dispositions du Code de commerce français. Une liste limitative prévoit la nullité des actes lorsqu'ils sont intervenus depuis la première heure du jour fixée pour la date de cessation des paiements<sup>910</sup>. Ce régime s'applique suite à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire et en cas de liquidation judiciaire<sup>911</sup>.

Le droit français<sup>912</sup> précise que l'action en nullité a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur en « sanctionnant une opération présumée irrégulière faite au détriment à la fois de l'entreprise en difficulté et de l'intérêt collectif des créanciers »<sup>913</sup>.

Ainsi, l'information centralisée peut amener le syndic à constater que la majorité des profits est drainée en faveur d'autres sociétés par différents stratagèmes<sup>914</sup>. Les actes sont donc annulés de plein droit<sup>915</sup> par le tribunal saisi. Le dispositif vise in fine à prévenir l'accomplissement d'actes isolés qui rompt l'égalité des créanciers. Cette dernière a pour effet

---

<sup>906</sup> L'article 1167 du Code civil français précise les conditions d'exercice de l'action paulienne. Celles-ci ont trait aux conditions tenant au créancier et au débiteur ainsi qu'au tiers défendeur : Code civil, Litec, Paris, 2010, p. 756-757.

<sup>907</sup> Article 4.2 m du Règlement 1346/2000.

<sup>908</sup> L'action en nullité est exercée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou le ministère public ; elle a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur : article. L. 632-4 du Code de commerce.

<sup>909</sup> Guide législatif sur l'insolvabilité, point 160, CNUDCI 2004 : 31<sup>ème</sup> session, décembre 2006, Vienne : [www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups.html).

<sup>910</sup> Cass.com., 28 septembre 2004 : D. 2004, p. 2716, obs. Le Corre : Article L. 632-1 du Code de commerce français, *ibidem*.

<sup>911</sup> Article L.641-14 du Code de commerce français, *ibidem*.

<sup>912</sup> Article L. 632-4 du Code de commerce français, *ibidem*.

<sup>913</sup> Formulaire Commenté Lamy Droit Commercial : livre IV entreprise en difficulté, Etude IV.430 - La période suspecte.

<sup>914</sup> Arrêt TOGAL, ATF 105 II, p 114.

<sup>915</sup> Article L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce français, Litec, Paris, 2007, p. 118-119 ; A. Jacquemont, droit des entreprises en difficulté, *ibidem*, Trois catégories d'actes sont concernées : « les actes sans contrepartie effective, les paiements anormaux, les garanties suspectes », p. 182-186.

de « reconstituer le patrimoine du débiteur dans la perspective alternative soit d'une continuation de l'activité de l'entreprise soit de sa liquidation afin de rembourser les créanciers dans la mesure de l'actif »<sup>916</sup>.

## 2. L'introduction d'un cadre aux opérations entre « personnes ayant des liens privilégiés entre elles »

Un début de solution au redressement ou à la liquidation globale du groupe de sociétés est désormais admissible selon l'adoption de règles simplifiées de reconnaissance<sup>917</sup> et d'exécution des actions qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité dans les autres États membres<sup>918</sup>.

En effet, l'équilibre fragile entre les intérêts en présence (les créanciers externes et les sociétés de groupe) laisse présumer que lesdites opérations sont annulables ou inopposables dans l'hypothèse où certains transferts font disparaître un actif d'une des sociétés atteignant le gage des créanciers de ces dernières.

L'introduction de dispositions d'une loi communautaire sur l'insolvabilité suppose que soit défini un cadre relatif aux opérations entre « personnes ayant des liens privilégiés entre elles » désignant les groupes transnationaux de sociétés. Les opérations intragroupes sont par exemple convenues entre une société mère, une filiale ou société partenaire à l'encontre desquelles la procédure d'insolvabilité a été ouverte.

L'organisation effective des groupes de sociétés consiste en « une méthode de gestion efficace du groupe pris en tant qu'entreprise »<sup>919</sup>. La sécurité contractuelle et commerciale des transactions accomplies lorsque le groupe de sociétés était globalement solvable suppose un contrôle de ces mêmes opérations en présence de difficultés économiques des membres du groupe.

La reconstitution des actifs sur lesquels les créanciers font confiance conduit ainsi à envisager l'action en révocation au for principal obéissant à l'article 4§2 point m et/ou celui visé à l'article 18§2 du Règlement 1346/2000 en un for secondaire. La mise en œuvre des règles relatives à la nullité<sup>920</sup>, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers limite ainsi la constitution de sûretés réelles lorsque celles-ci sont constituées

---

<sup>916</sup> J.-P. Arrighi, Les nouveaux cas de nullité de la période suspecte, *Gaz. Pal.* septembre 2005, doct. 2990.

<sup>917</sup> Article 16§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>918</sup> Article 25 du Règlement 1346/2000.

<sup>919</sup> H. Peter, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Thèse Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing und Lichtenhahn, 1990, p. 53.

<sup>920</sup> Voir Rec. 97 du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, p 157.

au cours de la période suspecte et au bénéficiaire « d'une personne ayant un lien privilégié avec le débiteur ».

Les transferts d'actifs de la société insolvable envers la société mère sans réelle contrepartie ou le fait qu'une des sociétés du groupe reçoive un bénéfice supérieur à ce qu'il lui revient en soulignent la portée<sup>921</sup>. Ainsi et en présence d'une stratégie globale financière du groupe, on comprend aisément le rôle de la période suspecte et l'indication d'une durée maximale qui va courir rétroactivement à partir de la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité communautaire.

Un déclassement<sup>922</sup> des sûretés réelles consenties à l'intérieur d'un groupe de sociétés contribue à se recentrer par ailleurs sur les dettes externes du groupe. C'est l'hypothèse selon laquelle l'actionnaire contrôlant un groupe de sociétés agit d'une façon qu'il ne mérite pas la priorité sur les créanciers externes agissant de bonne foi<sup>923</sup>. La finalité est donc de rendre inopposable la constitution de sûretés réelles sur des créances non garanties antérieurement au jugement d'ouverture et consenties au préjudice de l'intérêt des créanciers externes à l'activité du groupe de sociétés. La sécurisation du crédit commande ainsi une répartition équitable de l'actif du groupe en requalifiant par exemple un prêt intragroupe en fonds propres afin de privilégier les créances externes.

### 3. Un système supplémentaire de nullité facultative

Une voie médiane suppose d'apprécier la nullité de certains actes en laissant à l'appréciation souveraine des juges la preuve que le tiers bénéficiaire (une société dominante) a connaissance de l'insolvabilité du débiteur (une société contrôlée).

L'établissement d'une connaissance du caractère préjudiciable de l'opération est donc prévu en droit français. Ainsi, les actes à titre onéreux peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements<sup>924</sup>.

La preuve de la connaissance de la cessation des paiements d'une société apparentée par la société, organe de fait de l'activité transfrontalière, suppose d'être établie en présence d'actes normaux et relève à ce titre d'une appréciation souveraine des juges du fond<sup>925</sup>. L'organisation

---

<sup>921</sup> Voir Rec. 97 du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, *ibidem*.

<sup>922</sup> Guide législatif, deuxième partie, chap. V, par. 55 à 61, p. 292.

<sup>923</sup> Guide législatif sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, Groupe de travail V, 31<sup>ème</sup> session, Vienne, décembre 2006, p. 15.

<sup>924</sup> Article L. 632-2 du Code de commerce, *ibidem*.

<sup>925</sup> Voir commentaire de la connaissance de la cessation des paiements, Code de commerce français, Litec, Paris, 2007, p. 452.

contractuelle du groupe de sociétés<sup>926</sup> conduit à s'interroger sur la connaissance ou non des difficultés économiques rencontrées par une des sociétés apparentées.

Autrement dit, la nullité de l'acte intragroupe peut obéir in casu à une présomption de connaissance de la cessation des paiements d'une filiale compte tenu d'une centralisation de la trésorerie et des conventions d'assistance de la part d'une société mère<sup>927</sup>. L'unité de décision économique qui opère au sein d'un groupe de sociétés laisse présumer la connaissance de l'état du patrimoine des sociétés apparentées d'une part en raison de comptes consolidés et d'autre part à la régularité des transferts de capitaux à l'intérieur du groupe. Les transferts de bénéfices de la filiale à la société mère, les transferts d'actifs qui causent un préjudice à l'entreprise<sup>928</sup> sont des indices utiles à l'annulation ou non d'actes lorsqu'une des sociétés apparentées est déclarée insolvable.

## B. L'action en révocation des actes intragroupes selon l'article 288 LP suisse

L'analyse d'une présomption de connaissance du dommage suite à l'insolvabilité de la filiale d'un groupe de sociétés conduit à s'interroger sur les conditions subjectives posées à l'article 288 LP aux actes intragroupes (1.). L'examen d'une preuve libératoire suscite une réflexion qui gravite autour de l'appréciation du caractère équilibré d'une décision de gestion dans l'intérêt d'une société insolvable (2.).

### 1. L'appréciation du maintien de l'intention dolosive et la connivence du tiers

#### *1.1 La réunion de l'intention dolosive et la connivence du tiers*

Le titre 10 de la loi suisse sur la poursuite pour dette et faillite organise l'action révocatoire sur la « base légale ordinaire de l'action paulienne »<sup>929</sup>, la sanction n'est donc non pas la nullité mais l'inopposabilité des actes au créancier du débiteur. L'action révocatoire de droit suisse permet en effet de faire prononcer l'inopposabilité des actes énumérés aux articles 285 à 288 LP en prévoyant la « réintégration à la masse en faillite » des valeurs patrimoniales que le débiteur a disposé avant le jugement d'insolvabilité dans des conditions qualifiées également de suspectes<sup>930</sup>. La remise en question des actes intervenus avec « des personnes

---

<sup>926</sup> P. Le Cannu, *Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives*, P.A. Janvier 2002, p. 56.

<sup>927</sup> P. Le Cannu, *ibidem*.

<sup>928</sup> Voir guide législatif sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, *ibidem*, p. 2.

<sup>929</sup> H. Peter, *L'action révocatoire dans les groupes de sociétés*, Thèse Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing und Lichtenhahn, 1990, p. 73.

<sup>930</sup> G. Kaufmann-Kohler, *Commentaire Romand, Poursuite et faillite*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 1663.

ayant des liens privilégiés avec le débiteur » est suggérée par la doctrine suisse dans son commentaire des dispositions de l'article 288 LP.

L'article 288 LP suisse dispose que « sont révocables tous les actes faits par le débiteur dans les cinq ans qui précèdent la saisie ou la déclaration de faillite dans l'intention reconnaissable par l'autre partie de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains créanciers au détriment des autres ». L'interprétation qui ressort de l'analyse littérale fait mention d'une part d'une intention du débiteur qui porte préjudice aux créanciers (la notion d'intention dolosive) et la complicité d'autre part du tiers dans le caractère reconnaissable de celle-ci (la connivence)<sup>931</sup>. Ainsi, l'élément subjectif de l'action paulienne est donc maintenu et requiert que le demandeur à l'action (le syndic ou le créancier en cas de cession de l'action prévue en droit suisse<sup>932</sup>) prouve la volonté de fraude du débiteur. Le régime de l'action paulienne suppose ainsi le rapport de la preuve d'une fraude et du concert frauduleux avec le tiers bénéficiaire, ce qui soulève d'ores et déjà des difficultés d'ordre pratique lorsqu'on se penche sur le fardeau de la preuve ayant trait aux opérations conclues avec des « personnes ayant un lien privilégié avec le débiteur »<sup>933</sup>.

La présence de transferts de patrimoines à l'intérieur du groupe interroge sur le mode d'établissement de l'intention dolosive relativement au débiteur et la connivence du tiers. La connivence peut être vérifiée identiquement au régime français des nullités facultatives qui se penche sur la connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur par le partenaire.

On distingue donc à côté de la notion d'actes révocables, une condition objective (la période suspecte qui vise les actes accomplis dans les cinq ans précédant l'ouverture de la faillite), le maintien de conditions tenant au débiteur et au tiers qui consiste à apporter la preuve de l'intention de nuire du premier et le fait que le second se soit rendu complice de la fraude au droit des créanciers. Nous n'insistons point là sur les conditions communes à la révocation prévu à l'article 285 LP qui se rapprochent de celles prévues dans le cadre de l'action paulienne de droit français (un acte commis par le débiteur qui cause un préjudice aux créanciers<sup>934</sup> en ce qu'il provoque son insolvabilité et l'établissement du lien de causalité entre l'acte et le préjudice patrimonial). L'intérêt de notre propos est certes de se référer à une

<sup>931</sup> H. Peter, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 1380.

<sup>932</sup> La légitimation active est prévue à l'alinéa 2 de l'article 285 LP et dispose que c'est la masse en faillite qui en a la légitimation et si elle renonce à agir, elle est tenue de l'offrir aux créanciers, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 1361.

<sup>933</sup> Voir Par 82 à 92 du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.

<sup>934</sup> [ATF 85 III 185](#) considérant 2a p. 189 ; l'exemple du paiement dans une situation financière difficile de marchandises déjà livrées ; que le débiteur soit en demeure ou non avantage le créancier payé au détriment des autres créanciers; il a pour conséquence de favoriser les créanciers qui les ont fournies, qui sont ainsi entièrement payés, au détriment de ceux qui ne recevront qu'un dividende dans la faillite ou le concordat en violation du principe de l'égalité entre les créanciers à l'aune duquel doit être interprété l'art. 288 LP.

action qui prend son origine 150 à 125 avant Jésus-Christ mais qu'il convient de structurer dans un cadre ayant trait aux procédures d'insolvabilité<sup>935</sup>.

Aussi, la doctrine suisse soulève la question de l'appréciation des conditions subjectives en présence d'un groupe de sociétés et nuance l'affirmation selon laquelle les règles de l'action révocatoire au titre de l'insolvabilité prévoient normalement des présomptions de fraude et inversent la charge de la preuve<sup>936</sup>.

L'annulation ou l'inopposabilité d'une transaction effectuée en faveur d'une société mère qui bénéficie d'une « vue consolidée » de l'activité transnationale suppose de mesurer celle-ci eu égard la réunion traditionnelle d'une double condition subjective telle qu'elle résulte de l'article 288 LP.

L'intention dolosive<sup>937</sup> et la connivence du tiers ne font qu'un puisque le tiers complice s'identifie en la société, dirigeante de fait de la filiale insolvable (le débiteur). Dans le cas particulier du groupe de sociétés, le caractère reconnaissable de porter préjudice aux créanciers externes et l'intention dolosive du débiteur se confondent. Celui-ci se déduit de l'absence d'autonomie de la filiale corroboré par un pouvoir indépendant de décision et une action positive<sup>938</sup> exercés sur cette dernière que l'on qualifie de direction unique en droit suisse<sup>939</sup>.

Si la pratique illustre une variété d'opérations intragroupe<sup>940</sup> qu'il convient de laisser à l'appréciation du juge, il faut mentionner l'absence de telles opérations lorsque l'activité est conduite par des sociétés indépendantes économiquement. Une solution radicale et issue de la jurisprudence communautaire concerne le domaine de la concurrence en ce qu'elle présume l'absence de personnalité juridique des filiales à cent pour cent d'une société mère. Celle-ci considère qu'une seule volonté s'exprime en l'absence d'autonomie réelle d'une filiale car elle ne dispose point de sa propre ligne d'action sur un marché considéré. La référence à la théorie des accords intragroupes en droit des ententes suit un cheminement instructif précisément lorsque les Hauts juges européens se prononcent sur les relations entre la société

---

<sup>935</sup> Arrêt de la Cour (première chambre) du 12 février 2009, Christopher Seagon contre Deko Marty Belgium NV. Demande de décision préjudicielle: Bundesgerichtshof – Allemagne, Affaire C-339/07.

<sup>936</sup> Point 28 arrêt Deko, *ibidem*.

<sup>937</sup> L'intention dolosive du débiteur est réalisée lorsque celui-ci "a pu et dû" prévoir que son acte aurait pour effet naturel de porter préjudice aux créanciers ou de favoriser certains d'entre eux au détriment des autres. Il n'est pas nécessaire que le débiteur ait agi dans le but de porter atteinte aux droits des créanciers ou d'avantager certains d'entre eux (intention directe); il suffit qu'il ait accepté le préjudice comme conséquence possible de son acte (intention indirecte; [ATF 134 III 615](#) consid. 5.1 p. 621/622 et les arrêts cités; [ATF 134 III 452](#) consid. 4.1 p. 456) disponible sur le site du Tribunal fédéral suisse.

<sup>938</sup> Il s'agit du critère dégagé par la jurisprudence française concernant la notion de dirigeant de fait qui s'appliquent aux relations entre une société mère et ses filiales (voir supra).

<sup>939</sup> Commentaire Romand : CO Art. 530-1186, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2008, p. 657.

<sup>940</sup> Rapport du Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE, *ibidem*, p. 17-23.

mère et fille. Cette théorie trouve une justification lorsqu'un accord est conclu entre deux sociétés du même groupe en ce qu'elle prévoit la non application de l'article 81 du traité CE<sup>941</sup> et désormais de l'article 101 du traité de l'Union européenne. En effet, la situation de groupe suppose de se pencher sur ce qui relève librement et de façon autonome à l'accord visé. Or la non soumission d'une répartition interne des tâches à l'intérieur du groupe aux interdictions édictées par le droit communautaire s'explique pour partie de l'absence d'une rencontre des volontés autonomes. Une limite est cependant formulée par la doctrine dès lors que l'une des sociétés apparentées se présentent vis-à-vis de l'extérieur comme précisément autonome<sup>942</sup>.

Si l'on projette le présent raisonnement dans une matière qui relève de l'analyse économique du droit, l'avantage d'une semblable démonstration conduit en matière d'actes révocatoires à davantage se positionner par rapport à la ligne directrice de la politique du groupe. Ce qui implique que l'intention de causer un préjudice aux créanciers externes suite à la violation de l'intégrité du patrimoine des sociétés du groupe se situe comme le souligne la jurisprudence du Tribunal Fédéral suisse à travers la direction unique (article 663 e CO). Cette dernière précise que celle-ci « ai pu ou dû se rendre compte que son acte aurait normalement cette conséquence »<sup>943</sup>.

### *1.2 Un aménagement lors de l'établissement d'une intention dolosive*

Un aménagement à l'établissement d'une intention dolosive du débiteur est supposé en présence de certains types d'opérations conclues entre membres d'un groupe ayant des liens privilégiés avec le débiteur<sup>944</sup>.

La connaissance de la situation d'insolvabilité du membre avec lequel l'opération est mise en œuvre constitue un indice aggravant précisément durant la période suspecte.

Le déplacement d'avoirs ayant pour effet l'appauvrissement du patrimoine des sociétés filiales révèle une réduction des actifs de la masse au détriment des créanciers externes. Il convient ensuite de se demander si la personne ayant un lien privilégié avec le débiteur (la société mère que l'on considère comme un créancier de la société insolvable) avait connaissance de l'état d'insolvabilité de la filiale.

---

<sup>941</sup> Celui-ci prévoit que « sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ».

<sup>942</sup> Ententes, principe d'incompatibilité, article 81, §1 et 2 du Traité CE : participation d'au moins deux entreprises autonomes à l'entente, Juriscl. Concurrence 2006, Fasc. 545 : Cote 11.

<sup>943</sup> ATF 83 III, p.82.

<sup>944</sup> Guide législatif sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, Groupe de travail V, 32<sup>ème</sup> session, New-York, 14-18 mai 2007, p. 3.

Nous pensons alors que la connaissance des difficultés d'une société apparentée se trouve renforcée en présence d'une unité fonctionnelle, stratégique et informationnelle du groupe<sup>945</sup>. Lorsqu'au contraire, le degré de centralisation est moindre, le caractère normal de l'opération est susceptible de s'inscrire dans le cours normal des affaires. On observe dans ce cas de figure l'avantage d'une conception objective de l'action révocatoire qui présume la fraude et donc l'irrégularité de l'acte souscrit lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte contre le débiteur.

## 2. L'examen d'une preuve libératoire

L'examen d'une preuve libératoire est ainsi examiné selon un jeu de transactions qui alimente certaines sociétés plutôt que d'autres<sup>946</sup>. Cette réalité économique appelle donc des éclaircissements quant à l'avantage réel consenti et son effet sur les sociétés du groupe et ses créanciers à travers « l'exception de l'intérêt de groupe »<sup>947</sup>.

L'appréciation du caractère équilibré ou l'anormalité d'une décision de gestion dans l'intérêt d'une société plutôt qu'une autre soumet à l'examen l'établissement d'une preuve libératoire par la société défenderesse. La continuité des opérations commerciales et financières requiert donc une dissection des ces dernières en appréciant l'anormalité d'un transfert d'actif ou de passif en fonction de l'intérêt du groupe. Or, les opérations susvisées s'avèrent constructives lorsqu'elles ont comme finalité le redressement d'une des sociétés filles s'accompagnant de moyens techniques préservant ses actifs sociaux, gage des créanciers.

La politique générale du groupe est donc appréciée précisément à l'aube de la faillite du groupe et/ou de certains de ses composants. Ces opérations intragroupes s'examinent comme « des infusions de capital de la mère ou des affiliés »<sup>948</sup> en direction de filiales en difficultés financières. L'objet desdits financements est donc de soutenir ces dernières en leur attribuant des fonds supplémentaires, ce qu'une société autonome tant sur le plan juridique qu'économique est dans l'indisponibilité d'obtenir. Le paradoxe de l'unité économique que caractérise le groupe de sociétés conduit à rapprocher l'organisation administrative du groupe transnational de sociétés des principes dégagés en jurisprudence. L'existence d'un engagement de la société mère en faveur de sa filiale n'a alors en effet point d'incidence sur l'appréciation par le tribunal de l'insolvabilité d'une filiale alors susceptible d'inscrire des fonds supplémentaires à son actif disponible<sup>949</sup>. La prise en compte de l'intégration économique et le

<sup>945</sup> P. Le Cannu, Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, P.A. Janvier 2002, p. 56.

<sup>946</sup> Brooke and Remmers, La stratégie de l'entreprise multinationale, *ibidem*, p. 313.

<sup>947</sup> H. Peter, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 1381.

<sup>948</sup> Brooke and Remmers, La stratégie de l'entreprise multinationale, *ibidem*, p. 308.

<sup>949</sup> A. Lienhard, Premières décisions de la Cour de cassation sur la procédure de sauvegarde, D. 2007, p. 1864.

caractère équilibré des relations financières<sup>950</sup> mettent au contraire en évidence les sources internes de financement de la filiale insolvable au sein d'un groupe de sociétés. Ceci est d'ailleurs souligné lors de la problématique du « new money ». Le soutien du groupe peut alors être structuré sur la base de l'autonomie des personnes morales en ce que les sociétés du groupe sont in fine traitées comme des créanciers postérieurs et bénéficiant d'une garantie de paiement<sup>951</sup>.

### C. Période suspecte versus sauvegarde de l'activité économique

L'exemple de la procédure de sauvegarde de droit français<sup>952</sup> témoigne d'une volonté de réforme menée par le législateur national en faveur d'une procédure qui accroît l'efficacité économique du droit des entreprises en difficulté<sup>953</sup>.

Le dépôt d'une demande de procédure de sauvegarde transfrontalière<sup>954</sup> à l'initiative du débiteur participe alors à l'objectif de redressement des groupes de sociétés et de maintien de l'emploi au sein de l'Union européenne. Toutefois, une procédure de sauvegarde peut être convertie en une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire durant la période d'observation<sup>955</sup>. Dans cette hypothèse, l'intervalle écoulé entre le dépôt de la demande de sauvegarde<sup>956</sup> et l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire entre dans le calcul de la période suspecte dont l'effet rétroactif se calcule entre la date de cessation des paiements et le jugement d'ouverture de la procédure collective.

L'ouverture précoce d'une procédure visant à faciliter la réorganisation de l'entreprise s'envisage dorénavant lorsque le débiteur « justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements »<sup>957</sup>.

En effet, la procédure de sauvegarde instituée par la loi du 26 juillet 2005 vise précisément à « prévenir la cessation des paiements »<sup>958</sup>.

---

<sup>950</sup> C. Champaud et H. Peter précisent que les relations économiques entretenues entre les entreprises sociales et les pouvoirs résultant du contrôle permettent d'appliquer à leurs patrimoines le principe des vases communicants. Celui-ci promeut l'intérêt du groupe et les sociétés le composant ainsi que sa prospérité et donc l'intérêt des créanciers externes : H. Peter, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, *ibidem*, p. 54.

<sup>951</sup> P. Le Cannu, *ibidem*, p. 58.

<sup>952</sup> Article L. 620-1 du Code de commerce, *Ibidem*.

<sup>953</sup> P. Petel, Le nouveau droit des entreprises en difficulté, JCP E. 2005, 1509.

<sup>954</sup> L'affaire Eurotunnel, première application du règlement CE n° 1346-2000 à la procédure de sauvegarde, D. 2006, p. 2329.

<sup>955</sup> Les conditions sont visées à l'article L. 622-10 du Code de commerce : Code des entreprises en difficulté, Litec, 2007, Paris, p. 43.

<sup>956</sup> Affaire Eurotunnel, *Ibidem*, p. 2329.

<sup>957</sup> Article L. 620-1 du Code de commerce français, *Ibidem*.

<sup>958</sup> D. Voinot, La nouvelle procédure de sauvegarde, Gaz. Pal. septembre 2005, doct. 2943.

L'objectif de sauvegarde de l'activité économique communément admis au sein de l'Union européenne ne doit alors point être fragilisé. La possibilité de fixer une date de cessation des paiements en cas de redressement judiciaire précédé d'une procédure de sauvegarde<sup>959</sup> peut conduire à l'application des nullités de la période suspecte aux actes accomplis durant l'accompagnement de l'entreprise en difficulté. Le report de la date de cessation des paiements en amont de la procédure de sauvegarde empêche un mécanisme visant à la poursuite de l'activité économique. La question s'est posée à propos d'une décision de redressement judiciaire précédée d'un règlement amiable<sup>960</sup>. L'effet dissuasif d'une telle portée serait désastreux eu égard l'esprit de la loi « dite » de sauvegarde des entreprises.

En l'occurrence, l'objectif de restructuration de l'activité suppose que la procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre d'un débiteur in bonis ne soit pas incluse au sein de la période suspecte au risque de rendre inefficace les actes entrepris au cours de la procédure de sauvegarde. Cela risque par ailleurs de dissuader les opérateurs économiques<sup>961</sup> qui participent au refinancement de ladite activité<sup>962</sup>. Le régime des nullités de la période suspecte est dès lors « attentatoire à l'idée de confiance et à la sécurité juridique »<sup>963</sup>. La situation selon laquelle le débiteur « détourne la procédure de sauvegarde de sa finalité » car il se sait d'ores et déjà en cessation des paiements conduit néanmoins à la remise en cause des actes passés pendant la période d'observation<sup>964</sup>. Ceci pourrait être le cas si une société privilégie les sociétés d'un même groupe eu égard les stratégies financières globales du groupe au travers le transfert d'actifs ou de passifs conclus à des conditions généralement préférentielles<sup>965</sup> et au préjudice de la société insolvable et ses créanciers.

#### D. La fixation d'une durée maximale de la période suspecte au niveau communautaire ?

---

<sup>959</sup> Article 621-12 du Code de commerce.

<sup>960</sup> Cass.com., 14 mai 2002, D. 2002, p. 1838, note A. Lienhard.

<sup>961</sup> F. Vinckel, Le nouveau régime de la période suspecte dans la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 et le décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 : une réforme en trompe l'œil, JCP E. 2006, 1118, p. 132.

<sup>962</sup> Voir sur cette question la problématique du « new money » et la question du financement de la continuité de l'entreprise, N. Jeandin, Défaillance, réalisation, insolvabilité : enseignements pour le droit suisse, Réformes des sûretés mobilières, Schulthess, Genève, 2006, p. 141.

<sup>963</sup> E. Mouial-Bassilana, L'articulation de la période suspecte et des différentes procédures après la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, *ibidem*, p. 1966.

<sup>964</sup> E. Mouial-Bassilana, *ibidem*, p. 1966.

<sup>965</sup> L'utilisation de mécanismes de trésorerie pour compenser les soldes créditeurs et débiteurs de chaque société autorise en effet le fonctionnement à perte ou la sous-capitalisation de certaines sociétés structurées dans le cadre d'une stratégie financière globale (le transfert d'actifs ou de passifs s'effectue sous forme de prêts ou de garanties et autres arrangements financiers) : Guide législatif sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, Groupe de travail V, 31<sup>ème</sup> session, Vienne, décembre 2006, p. 16.

L'état actuel des législations nationales européennes offre un panorama de « périodes dites suspectes »<sup>966</sup> selon la loi sur l'insolvabilité<sup>967</sup>.

La durée de la période suspecte diffère selon la législation envisagée. Cette dernière est plus ou moins longue suivant le point de départ qui peut courir rétroactivement à partir de la demande d'une procédure d'insolvabilité ou de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité<sup>968</sup>.

En conséquence, les législations nationales fixent « une date à partir de laquelle cette période est calculée rétroactivement avant un événement ou une date donnée »<sup>969</sup> qui s'apprécie diversement selon la législation en question.

En France, la cessation des paiements marque le point de départ de la période suspecte qui correspond « à l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible »<sup>970</sup>.

Le corps du Règlement n'aborde point substantiellement la notion de période suspecte. Ledit texte renvoie à la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et aux décisions qui sont étroitement liées à la procédure d'insolvabilité.

Or, l'efficacité d'une procédure d'insolvabilité communautaire suppose d'encadrer « l'annulation des actes antérieurs au jugement étranger de faillite »<sup>971</sup>.

La prévisibilité des transactions commerciales requiert donc de préciser une limite au-delà de laquelle le jugement d'insolvabilité d'un État membre n'a plus d'effet rétroactif.

L'accueil favorable par l'ordre public international français d'une période suspecte supérieure à 18 mois, délai prévu en matière de procédures collectives en France<sup>972</sup> témoigne d'une certaine latitude quant à la longueur de ladite période.

En l'occurrence, la période suspecte était, conformément au droit espagnol, de 23 mois et emportait la nullité obligatoire de tous les actes conclus<sup>973</sup>. La Cour de cassation française fait alors produire des effets au jugement espagnol sur le territoire français emportant la nullité d'une convention conclue le 16 novembre 1992 entre la société espagnole, déclarée en faillite le 28 octobre 1994, et la société Seb localisée en France. Selon les Hauts juges français,

---

<sup>966</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 nov. 1999, Rev. crit. DIP 2000, p. 442, note J.-P. Remery.

<sup>967</sup> F. Levy, Comparaison des lois ukrainiennes, belge, allemande, espagnole, britannique et française relatives aux procédures d'insolvabilité tenant compte du Règlement communautaire et la jurisprudence de la CJCE, Rev. Proc. Coll. Septembre 2008, p.71.

<sup>968</sup> La durée maximale de la période suspecte en droit français ne peut être antérieure de 18 mois à la date du jugement d'ouverture», Article L. 631-8 du Code de commerce.

<sup>969</sup> Voir Rec. 188 du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, p. 163.

<sup>970</sup> Article L. 631 du Code de commerce français, Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 art. 1, art. 12 Journal Officiel du 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006.

<sup>971</sup> Cass. com., 5 février 2002, JCP G, 2003, p. 957, note M. Raimon.

<sup>972</sup> Article L. 631-8 du Code de commerce français.

<sup>973</sup> Cass. com., 5 février 2002, JDI 2003, p. 476, note P. Roussel-Galle.

l'application de l'article 878 du Code de commerce espagnol selon laquelle tous les actes de disposition et d'administration postérieurs à la date à laquelle rétroagissent les effets de la faillite sont atteints de nullité ne contrevient pas à la conception française de l'ordre public international.

L'exequatur a donc une portée rétroactive puisqu'elle autorise la procédure espagnole à faire remonter ses effets au 10 novembre 1992 allongeant la période suspecte prévue en droit français<sup>974</sup>. Cette précision a une double importance. D'abord, quant au régime communautaire de l'insolvabilité puisqu'il est prévu une clause d'ordre public<sup>975</sup> au sein du Règlement 1346/2000 qui permet de faire obstacle aux décisions étrangères d'insolvabilité. La présente jurisprudence autorise dorénavant une « certaine latitude » conférée à la longueur des périodes suspectes européennes non susceptibles de contrevenir à l'ordre public des États membres. Ensuite, l'universalité de la procédure d'insolvabilité initiée à l'étranger est admise en ce que l'effet rétroactif court non seulement dès le prononcé du jugement étranger mais aussi en englobant la période suspecte étrangère (voir infra). Le principe de reconnaissance de plein droit prévu en droit communautaire structure ainsi davantage les actions prévues à cet effet<sup>976</sup>.

#### Sous-section IV. A travers la décision de procédure unique (une correction exceptionnelle à l'indépendance juridique des sociétés du groupe)

Il ressort de l'article 4.2a du Règlement 1346/2000 que la loi d'ouverture détermine les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de leur qualité. La force de présomption d'indépendance juridique et l'éventuelle abolition des frontières de la personnalité morale recourent donc aux principes généraux du droit qui conduisent à faire jaillir des critères communs aux systèmes juridiques analysés<sup>977</sup> (§1.). L'introduction de mesures correctives au principe d'indépendance juridique de la personnalité morale requiert

---

<sup>974</sup> Cass. com., 5 février 2002, *ibidem*, p. 483.

<sup>975</sup> Article 26 du Règlement 1346/2000.

<sup>976</sup> Article 4§2 m et 18 du Règlement 1346/2000.

<sup>977</sup> C. Saint Alary-Houin explique la confusion des patrimoines de droit français comme régie par le droit commun, celui de la fraude et de l'abus de la personnalité morale : le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, P.A. Janvier 2002, p. 59 ; F. Rey, La notion de confusion des patrimoines : cause d'extension des procédures collectives, *ibidem*, p. 261 ; N. Sauerwein précise les moyens de protection dans les groupes de sociétés dont la sanction d'un abus de droit qui prend sa source à l'article 2 al 2 du Code civil suisse : la responsabilité de la société mère, Berne 2006, p. 367.

ensuite de se pencher sur les circonstances exceptionnelles qui entourent la spécificité de l'unicité de procédure (§2.).

### *§1. Un rattachement aux principes généraux du droit ?*

Une approche franco-suisse de l'abus de droit et de la fraude<sup>978</sup> innerve les dispositions prévues en droit de l'insolvabilité en ce qu'elle caractérise un élément d'appréciation d'une extension de procédure unique en présence d'un groupe de sociétés (B.). L'examen d'une fonction de la transparence dans les rapports juridiques transnationaux conduit à apprécier des figures juridiques familières existantes en droit comparé (A.).

#### A. Vers une théorie de la transparence en droit comparé

Le principe de transparence<sup>979</sup> (le durchgriff) ne repose sur aucune base légale suisse spécifique. Son application nous transporte ainsi « vers le principe très général d'interdiction de l'abus de droit prévu à l'article 2 al 2 CCS »<sup>980</sup> autorisant en des circonstances exceptionnelles la levée du voile corporatif de sociétés étroitement liées (1.). La portée d'une théorie de la transparence en droit français tend à expliciter la notion de patrimoine créée de fait au sein d'un groupe de sociétés (2.).

#### 1. L'article 2 al 2 du Code civil suisse : un support à la théorie de la transparence

Cicéron ne disait-il pas que l'usage excessif de ces prérogatives individuelles que sont les droits subjectifs peut conduire à d'excessives et, partant, fautives injustices<sup>981</sup>. C'est ce que nous proposons d'étudier sous l'angle du droit suisse<sup>982</sup>. La théorie de la transparence consacre un droit de critique en présence d'un groupe de sociétés dont les conséquences légales emportent la remise en cause de l'indépendance juridique des sociétés. Pour cela, il convient de rappeler la pierre angulaire des jurisprudences française et suisse<sup>983</sup> en matière de faillite des groupes de société. Elles renvoient d'ores et déjà aux techniques juridiques permettant de faire abstraction de la personnalité morale des filiales d'un groupe de sociétés en difficulté.

---

<sup>978</sup> Les propos de Monsieur le Professeur C. Hannoun concernent l'analogie existante entre la fraude paulienne et l'unicité de procédure. Ces deux actions permettent respectivement aux créanciers d'une société insolvable d'avoir accès aux actifs d'un autre patrimoine dont nous observons la déclinaison en présence de sociétés établies dans un autre État.

<sup>979</sup> Aspects du droit international des sociétés, Journée suisse de droit international, Neuchâtel, Schulthess, 25 novembre 1994, p. 44.

<sup>980</sup> H. Peter, La faillite consolidée in *Insolvenz, desendettament et redressement*, Helbing & Lichtenhahn, Genève 2000, p. 236.

<sup>981</sup> Ce thème renvoie au débat doctrinal entre jusnaturalistes qui font prévaloir un droit naturel conforme à l'équité et les positivistes selon lesquels le caractère juste d'une loi est peu pertinente, S. Abbet, *De l'exemptio doli à l'interdiction de l'abus de droit*, Th. Lausanne, 2006, p. 1; voir aussi O. Lucas Dubourg, [www.jurisdixit.fr](http://www.jurisdixit.fr).

<sup>982</sup> L'article 2al 2 du Code civil suisse précise que « l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ».

<sup>983</sup> H. Peter, La faillite consolidée in *Insolvenz, desendettament et redressement*, *ibidem*, p. 230.

La jurisprudence suisse évoque expressément la théorie de la transparence ou « Durchgriff » et offre une protection aux créanciers suisses d'un groupe transnational de sociétés. Sa mise en œuvre permet de faire supporter à une société mère les dettes de sa filiale en faillite en prenant en compte la réalité économique et en recherchant ceux qui tirent les ficelles<sup>984</sup> du groupe.

En effet, les membres du groupe sont des entités distinctes conformément au principe d'autonomie juridique. La responsabilité est en outre limitée au patrimoine de chaque société<sup>985</sup>. Ce principe souffre cependant d'une exception à travers la notion de « faillite consolidée »<sup>986</sup>. Celle-ci fait observer les limites de l'approche atomiste en se référant à l'abus de droit<sup>987</sup>. La mise en œuvre d'une responsabilité découlant du principe de transparence<sup>988</sup> offre donc au créancier un nouveau débiteur (une société dominante qui commet un abus de droit en invoquant la séparation des patrimoines) en raison du préjudice occasionné par l'insolvabilité d'une société dominée.

Le Tribunal Fédéral suisse précise en effet que « dans un groupe, les intérêts des diverses sociétés qui le composent sont souvent opposés à ceux de la société dominante et comme l'intérêt des filiales passe pratiquement au second plan, le danger existe que l'entreprise dominante utilise la filiale de façon contraire à ses intérêts, comme un instrument à son propre service »<sup>989</sup>.

Le fondement juridique qui renvoie au principe général de l'abus de droit se précise en « ce que la séparation ne se justifie pas lorsque plusieurs entités juridiques sont intégrées dans une même entreprise et qu'elles sont gérées économiquement comme des succursales par une société principale »<sup>990</sup>. Un arrêt du Tribunal fédéral suisse est explicite à cet effet en ce qu'il mentionne « que l'on ne peut s'en tenir sans réserve à l'existence formelle de deux personnes juridiques distinctes chaque fois que le fait d'invoquer la diversité des sujets constitue un abus

---

<sup>984</sup> F. Guillaume, *Lex societatis*, Schulthess, Genève, 2001, p. 215.

<sup>985</sup> L'article 620 du Code des obligations suisse définit la société anonyme qui se forme sous une raison sociale dont le capital actions est déterminé à l'avance divisé en actions et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social. Les actionnaires ne sont tenus que des prestations statutaires et ne répondent pas personnellement des dettes sociales.

<sup>986</sup> H. Peter, *la faillite consolidée in Insolvence, désendettement et redressement*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2000, p. 221.

<sup>987</sup> Les propos de Monsieur le Professeur J. F. Perrin soulignent que « la loi ne doit pas justifier un résultat injuste et que les principes généraux du droit sont les principes de justice que la tradition juridique a forgés ». Il relève ensuite que la loi visée à l'article 1 du Code civil suisse cesse d'être le principe de la décision, en d'autres termes la loi applicable, dès lors qu'un autre principe, tout aussi juridique mais non nécessairement légal autorise à décider que la règle formelle ne conduit pas à un résultat juste » : l'abus de droit, comparaisons franco-suisse, actes du séminaire de Genève, mai 1998 : Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p. 42.

<sup>988</sup> A. Bucher, *Droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Genève 2004, p. 318.

<sup>989</sup> ATF 110 Ib 132.

<sup>990</sup> N. Sauerwein, *La responsabilité de la société mère*, Berne, 2006, p. 303.

de droit ou a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes tel est le cas lorsque l'indépendance juridique est invoqué dans le but évident de faire échapper un actif important à ses créanciers »<sup>991</sup>.

Le Code civil suisse prévoit expressément que « l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi »<sup>992</sup>. Une divergence fondamentale est donc mise en exergue entre l'ordre juridique suisse et français en ce que le second appréhende l'abus de droit à travers le mécanisme de la responsabilité civile prévu au sein de l'article 1382 du Code civil français. Celui-ci précise que « tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». En conséquence, « l'abus de droit est envisagé presque exclusivement comme une source de responsabilité civile »<sup>993</sup>. Tout au contraire est la portée d'une action en responsabilité fondée sur la transparence en droit suisse. Celle-ci prive des effets juridiques le principe d'un cloisonnement patrimonial lorsque la jurisprudence considère un usage abusif de la personnalité morale. En d'autres termes, les tiers créanciers bénéficient d'un droit de gage étendu en raison de l'abolissement du fractionnement juridique qui structure l'activité du groupe. La société dominante répond ainsi à la place de la société dominée insolvable en raison du dommage subit par ses créanciers<sup>994</sup> (l'insolvabilité).

Les créanciers d'une société dépendante rencontrent néanmoins quelques écueils lorsque ceux-ci soulèvent une prétention sur ce fondement juridique. De part son caractère subsidiaire et quant à la difficulté de déterminer les « constellations de cas typiques dans lequel l'invocation de la dualité juridique est constitutive d'un abus de droit »<sup>995</sup>.

Il convient alors d'éclairer les conditions d'une action reposant sur le Durchgriff (la transparence) en ce que celle-ci soumet à l'analyse un rapport de domination et la caractérisation de l'abus de droit. Prima facie, l'établissement du rapport de domination est insuffisant en vue de déroger au principe d'indépendance juridique qui suppose en outre la réunion cumulative des critères caractérisant l'abus de droit et le dommage du créancier. Cette observation ne fait que réfléchir le constat d'une animation effective d'une société dominante (voir partie I) et sa réception dans l'ordre juridique interne et transfrontalier. La jurisprudence souligne pareille réception en dégagant une solution de compromis entre la sanction systématique d'une violation de l'autonomie juridique d'une filiale et celle qui consisterait à

---

<sup>991</sup> N. Sauerwein, *Ibidem*, p. 306.

<sup>992</sup> [www.admin.ch/ch/f/rs/210/a2.html](http://www.admin.ch/ch/f/rs/210/a2.html).

<sup>993</sup> P. Ancel et G. Aubert, *L'abus de droit (comparaisons franco-suisse)*, Université Saint-Etienne, 2001, p. 28.

<sup>994</sup> H. Peter, *La responsabilité fondée sur la confiance*, Schulthess, Genève, 2000, p. 55.

<sup>995</sup> C. Chappuis, *L'abus de droit, comparaisons franco-suisse*, actes du séminaire de Genève, mai 1998, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p. 92.

s'exonérer d'une unité de commandement (la transparence du groupe tend sur ce point à être favorisée sur la base de l'article 3§1 du Règlement 1346/2000). Mais que doit-on envisager lorsque les créanciers estiment avoir été « victimes d'un abus de droit »<sup>996</sup> ?

Répondre à cette interrogation requiert dès lors une casuistique approfondie des rapports entre les sociétés apparentées. Le « mécanisme correctif classique » de l'abus de droit s'apparente sous certains aspects à l'action en extension pour confusion des patrimoines prévue en droit français<sup>997</sup>. Elle s'en rapproche tout d'abord sur le plan des effets en ce qu'une procédure unique se compose d'une seule masse réunissant les actifs et passifs des sociétés concernées (voir infra). La doctrine française en a par ailleurs souligné les similitudes en comparant l'extension de procédure comme un correctif aux conséquences logiques de la loi pour assurer le respect de sa finalité. Ainsi, de même que l'abus de droit, la fraude ou l'apparence permettent d'échapper à l'application de la règle de droit. L'extension de procédure fondée sur la confusion des patrimoines est prononcée lorsque la dualité de personnes juridiques causerait aux créanciers un préjudice anormal contraire à la finalité du principe de séparation des patrimoines ou à la plus élémentaire équité<sup>998</sup>. Il appert néanmoins que le raisonnement suivi à des fins d'application de la théorie de la transparence en droit suisse apporte des nuances quant aux critères constitutifs d'un abus de droit. Le voile social est identiquement levé en droit français eu égard une appréciation d'ensemble qui souligne la confusion des comptes<sup>999</sup> en banque, des dettes des sociétés ou le détournement de biens par l'actionnaire<sup>1000</sup>. Une seconde confusion est susceptible d'étendre la procédure d'insolvabilité en direction d'une société dominante en raison de l'apparente unité ou d'identité des membres du groupe. La doctrine suisse apprécie à cet effet « la confusion des sphères » ou encore la confiance créée par l'actionnaire principal. L'apparente unité d'un groupe de sociétés a comme conséquence que la société dominante est tenue des dettes de la filiale<sup>1001</sup>. La question sous-jacente est de déterminer s'il s'agit d'un cas de transparence ou non. Selon Monsieur le Professeur A. Von Planta et une partie de la doctrine française, l'erreur légitime des créanciers semble également être une condition en vue de prononcer une extension pour

---

<sup>996</sup> H. Peter, La faillite consolidée in *Insolvenze, désendettement et redressement*, *ibidem*, p. 235.

<sup>997</sup> L'article L. 621-2 du Code de commerce français précise que « la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale ».

<sup>998</sup> F. Reille, La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives, th. Montpellier, 2005, p. 264 ; P Petel, JCP E.1997, I, 623.

<sup>999</sup> A. Von Planta, La théorie de la transparence in *Responsabilité de l'actionnaire majoritaire*, Schulthess, Genève, 2000, p. 21.

<sup>1000</sup> N. Sauerwein, La responsabilité de la société mère, Berne 2006, p. 323.

<sup>1001</sup> A. Von Planta, La théorie de la transparence, *ibidem*, p. 23.

confusion qui semble en droit français relever davantage des relations financières internes anormales.

Ce critère est toutefois discutable dans sa portée puisqu'un mécanisme de responsabilité solidaire repose sur l'apparence induite par l'activité du groupe agissant sous une même unité de contrôle et de direction. Cependant, la société mère est tenue solidairement à côté et non à la place du débiteur mis en redressement judiciaire<sup>1002</sup>.

## 2. L'existence d'une théorie de la transparence en droit français

L'assouplissement et la légitimation de la vie économique du groupe<sup>1003</sup> suppose que l'on en apprécie les limites quant au préjudice anormal subit par les créanciers d'une société dominée en difficulté<sup>1004</sup>.

Aussi, la recherche d'une théorie de la transparence en droit français justifie l'extension de procédure « chaque fois qu'une situation de fait sous-jacente à un ensemble de sociétés justifie l'éviction des effets de la règle d'autonomie juridique au profit d'un intérêt jugé plus légitime que les autres »<sup>1005</sup>. Il appert alors que nous sommes guère éloignés de l'application du principe de transparence prévu par le droit suisse<sup>1006</sup>.

Quel raisonnement doit-on ensuite établir si l'on convient qu'une transparence des personnes juridiques s'impose dans les rapports intracommunautaires. Le présent objectif n'est par ailleurs point dénué d'intérêt puisque le groupe de travail en droit commercial international mentionne ceci au sein du guide législatif. Le regroupement des patrimoines a comme finalité d'assurer la transparence et la prévisibilité<sup>1007</sup>.

Monsieur le Professeur C. Hannoun trace la voie du présent concept en bâtissant ce dernier sur trois paramètres qu'il convient d'apprécier à propos. Ceux-ci concernent l'appréciation de la situation de fait, l'intérêt privilégié qui justifie la dérogation de la norme et la catégorie juridique qui cherche à s'appliquer<sup>1008</sup>. Les différentes étapes que structure la théorie de la transparence peuvent être appréciées en droit français comme suivant. La situation de fait est appréciée conformément au postulat de départ à savoir un rapport de dépendance entre des entités juridiquement autonomes mais soumis à un contrôle de leurs patrimoines sociaux.

---

<sup>1002</sup> Cass.com., 18 octobre 1994, Bull. Joly. décembre 1994 n° 12, p. 1317, note A. Courret.

<sup>1003</sup> Cass. Crim., 4 février 1985, Rev. Soc. 1985, p. 648, note B. Bouloc.

<sup>1004</sup> M. Cabrillac et P. Petel, obs. sous Cass. Com., 4 juill. 2000, JCP E. 2001, p. 173.

<sup>1005</sup> C. Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés, Bibliothèque de droit privé, Tome 216, L.G.D.J, Paris, 1991, p. 278.

<sup>1006</sup> H. Peter, La faillite consolidée in Insolvence, désendettement et redressement, *ibidem*, p. 236.

<sup>1007</sup> Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité : traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York, 18 et 22 mai 2009, p. 11.

<sup>1008</sup> C. Hannoun, Redressement et liquidation judiciaires : groupe de sociétés, Juiscl. Commercial 2000, p. 24.

L'appréciation du champ de compétence stratégique et décisionnaire d'une société mère sur des filiales apparentées révèle une capacité de contrôle<sup>1009</sup> économique. Mais outre la détention d'une participation en capital dans d'autres sociétés liées financièrement les unes aux autres, les actifs ou les passifs respectifs de chacun des membres du groupe sont si étroitement imbriqués qu'il est difficile de déterminer qui est le propriétaire de tel ou tel actifs et qui doit répondre de tel ou tel passif<sup>1010</sup>. La notion d'imbrication des patrimoines revêt un sens précis en droit interne puisqu'elle en explique la teneur à travers la confusion des comptes. En d'autres termes, la « dissociation des masses actives et passives » est impossible en raison d'un enchevêtrement des patrimoines résultant d'un désordre qui ne permet plus d'identifier le patrimoine personnel de chaque société<sup>1011</sup>.

Le présent raisonnement met en évidence l'intérêt privilégié qui justifie la dérogation à la norme juridique. Les enseignements de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse<sup>1012</sup> précisent une nuance terminologique en ce qu'il s'agit d'une atteinte manifeste à des intérêts légitimes. L'appréciation de l'intérêt privilégié met donc en balance celui du groupe, des filiales et celui des créanciers externes. En favorisant l'intérêt du créancier, on doit donc soulever l'hypothèse où la constitution de filiales a « comme principal objectif de porter préjudice à leurs créanciers » ou lorsque les créanciers de la filiale se « fient aux actifs et au crédit du groupe »<sup>1013</sup>. Ce qui fait parallèlement ressortir l'intérêt légitime des créanciers dont l'atteinte constitue un abus de droit selon le droit suisse. L'intérêt qu'il soit privilégié ou légitime conduit à ce que malgré la dualité de personnes juridiques, la réalité économique l'emporte sur la forme en appréciant l'identité de personnes en ce que les rapports de droits liant l'une lie également l'autre<sup>1014</sup>. En définitive, la comparaison des intérêts que précise l'autonomie juridique en ce qu'il structure l'activité du groupe s'incline en certaines circonstances devant d'autres intérêts appréciés comme d'une plus grande légitimité et justifiant la solution du juge<sup>1015</sup>.

---

<sup>1009</sup> Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité : traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York, 14-18 mai 2007, p. 2.

<sup>1010</sup> Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité : traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *ibidem*, p. 11.

<sup>1011</sup> B. Grelon., La confusion des patrimoines au sein d'un groupe, *Rev. Soc.* 2006, p. 28.

<sup>1012</sup> ATF 121/1995 III, 321 ; ATF 113/1987 II 31, JT 1988 I 20, 24.

<sup>1013</sup> H. Peter, La faillite consolidée in *Insolvenze, désendettement et redressement*, *ibidem*, p. 230.

<sup>1014</sup> ATF 121/1995 III, 321.

<sup>1015</sup> C. Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés, Bibliothèque de droit privé, Tome 216, L.G.D.J, Paris, 1991, p. 199.

C'est ce à quoi répondent précisément les mécanismes d'extension d'obligations suite « au dommage résultant de l'insolvenne »<sup>1016</sup> d'une société appartenant au groupe. Or, il en est un qui consiste à rendre inefficace le « bouclier juridique apparent »<sup>1017</sup> en mettant à la charge d'une personne morale ou physique les engagements convenus par une filiale insolvable au profit des tiers créanciers. La raison invoquée réside alors dans la confusion des personnes morales et emporte la conséquence suivante de mettre à la charge d'une société dominante les obligations souscrites par une société dominée.

Aussi et dans le contexte du groupe transnational de sociétés, la dérogation à la norme juridique consiste à ne pas se voir opposer le principe d'autonomie patrimoniale, fut-ce t-il la conséquence d'une immatriculation dans un autre État membre. Le préjudice subi par les créanciers réside alors dans le fait que ce principe n'a pas été respecté. En conséquence, « le décloisonnement patrimonial permet aux créanciers victimes de l'abus de la personnalité morale de voir leur droit de gage s'élargir »<sup>1018</sup> aux patrimoines d'autre sociétés dont celles localisées au sein de l'Union. Celui-ci a donc vocation à corriger les « injustices du droit »<sup>1019</sup> et notamment lorsque l'insolvabilité d'une société est organisée dans le but évident de faire échapper un actif important aux créanciers transfrontaliers du groupe de sociétés.

La catégorie juridique qui cherche donc à s'appliquer est celle de « patrimoine créé de fait » résultant de l'imbrication des patrimoines et fonde l'action en extension prévue à l'article L-621-2 du Code de commerce français (voir infra). On entreperçoit là la fonction d'une théorie de la transparence sous-jacente au présent article et caractérisant « la recherche de la correspondance d'une norme à son contenu »<sup>1020</sup>. Tout au contraire est la théorie de l'apparence qui justifie l'éviction de la réalité ou d'un principe juridique (la localisation d'une société au lieu des statuts, le principe de limitation d'une responsabilité ou le principe d'effet relatif du contrat) au profit de l'apparence (centre des intérêts principaux, un mécanisme d'extension de responsabilité et d'obligation reposant sur l'unité apparente d'un groupe de sociétés : voir partie I). En raison d'une réalité économique que constitue le groupe de sociétés, la théorie de la transparence tend in fine à expliquer « un droit de critique dirigé contre le principe d'autonomie juridique » remettant en cause, selon certaines conditions (voir

---

<sup>1016</sup> C. Chappuis, La faillite consolidée in Insolvenne, désendettement et redressement, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2000, p. 87.

<sup>1017</sup> C. Champaud, Stratégies judiciaires des entreprises, Dalloz, Paris, 2006, p. 43.

<sup>1018</sup> F. Reille, La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives, th. Montpellier, 2005, p. 298.

<sup>1019</sup> P. Roussel-Galle, Confusion des patrimoines, relations financières anormales, fraude. A propos de l'affaire AOM Air liberté, Rev. Soc. 2006, p. 629.

<sup>1020</sup> C. Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés, *ibidem*, p. 207.

infra), le principe d'indépendance juridique. Aussi, Monsieur le Professeur C. Hannoun renseigne sur l'étendue d'un principe de transparence en évoquant la condition de légitimité qui « gouverne l'organisation de ses effets signifiant que la réalité du groupe n'impose d'elle-même aucune conséquence juridique »<sup>1021</sup>. Selon cette condition, les juges peuvent faire prévaloir l'unité économique qui ne repose cependant sur aucun fondement juridique. Le principe est donc l'ouverture d'autant de procédures d'insolvabilité qu'il y a de sociétés. Ou alors, la confusion des personnes morales du groupe permet de réceptionner l'unité économique du groupe dans l'intérêt des tiers créanciers. La libre affectation des capitaux au sein de l'entreprise<sup>1022</sup> interroge donc sur le caractère permanent ou non de transferts de patrimoines à l'intérieur du groupe. La doctrine relayée par la jurisprudence oppose toutefois l'intérêt de groupe, ce qui rend la casuistique d'autant plus circonstanciée en la matière. Une décision du groupe peut avoir comme conséquence d'imposer une opération qu'une société dominée ne réaliserait point si l'on applique le principe fondamental d'autonomie juridique sur lequel repose le droit français<sup>1023</sup>. La notion de flux financiers légitimes<sup>1024</sup> guide cependant les juges. Le caractère permanent et inéquitable d'un transfert de patrimoines au détriment d'une filiale<sup>1025</sup> l'emporte par ailleurs sur la normalité des flux intragroupes dès lors que celle-ci est vidée de sa substance, préjudiciant l'intérêt légitime des créanciers de cette dernière.

L'apport en doctrine confirme donc d'une part l'existence d'une théorie de la transparence qui favorise l'appréciation d'une confusion des patrimoines prévue en droit français<sup>1026</sup>. La Cour de cassation réaffirme quant à elle la présence de relations conventionnelles de gestion et de trésorerie en contrôlant strictement la qualification juridique d'une confusion des patrimoines et réaffirme derechef la réalité du groupe de sociétés fondée sur le principe de la personnalité morale<sup>1027</sup>.

## B. La fraude et l'abus de droit : élément d'appréciation d'une extension de procédure unique en droit comparé

---

<sup>1021</sup> L'existence d'une condition de légitimité est précisée au sein du régime de la simulation : l'acte secret est l'expression de la volonté réelle des parties et rendu efficace conformément au principe d'autonomie de la volonté. La sécurité des tiers est assurée en ce qu'ils peuvent se fier à l'apparence. Le principe de légitimité gouverne l'organisation de ses effets, la conséquence en est que les tiers peuvent se prévaloir de l'acte ostensible ou secret. La réalité est donc appréciée juridiquement selon une condition de légitimité en fonction des buts poursuivis : C. Hannoun, *ibidem* p. 218.

<sup>1022</sup> D. Ohl, Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe, *ibidem*, p. 12.

<sup>1023</sup> L'article 1842 du Code civil français précise qu'une société jouit de la personnalité morale dès son immatriculation.

<sup>1024</sup> G. Teboul, Les conventions intragroupes et les procédures collectives, PA. Août 2005, p. 3.

<sup>1025</sup> Cass. com. 5 févr. 2002, Act. proc. coll. mai 2002, n° 93.

<sup>1026</sup> Article L. 621-2 du Code de commerce français, Litec, Paris, 2010, p. 604.

<sup>1027</sup> C. Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés, *ibidem*, p. 157.

La doctrine soulève de déterminer ce qui relève de l'habileté ou de la fraude et « passer de la morale au droit en établissant le caractère abusif du montage retenu ainsi que l'atteinte réelle à l'autonomie des personnes morales concernées »<sup>1028</sup>. La présente analyse requiert de discerner l'extension de procédure unique de certaines notions voisines poursuivant la sanction d'une atteinte à la personnalité morale (1.). Les causes d'extension d'une procédure unique spécialement lorsque les relations financières contribuent à vider de sa substance une société du groupe sont ensuite examinées à la lumière de la fraude et de l'abus de droit (2.).

### 1. L'extension de procédure unique et notions voisines

L'étude en droit comparé consiste à se pencher sur des questions d'extension de passif qu'il s'agisse du fondement du droit des procédures collectives comme en droit français ou reposant sur un mécanisme juridique prévu en droit suisse des sociétés. Il s'agit par ce biais de mettre en exergue un foyer commun à la qualification du titulaire de l'abus de la personnalité morale et de son contenu. Le rapport de dépendance économique révèle selon les circonstances une domination et l'exercice de prérogatives pouvant porter atteinte à la personnalité morale de sociétés apparentées.

A côté de l'extension de procédure unique, des situations voisines visent à sanctionner une atteinte à la personnalité morale. Ces actions sont en effet expressément prévues par le Code de commerce français. Celui-ci en souligne les divergences dont la mise en lumière éclaire le régime applicable. Tout d'abord, si on entrevoit des buts internationalement admis, une divergence doctrinale apparaît en ce que la confusion des patrimoines de droit français<sup>1029</sup> trouverait en droit suisse son fondement dans le rattachement à l'abus de droit. La doctrine française est divisée puisqu'elle distingue l'action en confusion des patrimoines de celle prévue dans les cas d'abus avérés. Ainsi, de nombreuses législations à l'instar du droit français sont prévues afin de prévenir les abus de la part de ceux qui choisissent d'exercer une activité commerciale en limitant leur responsabilité envers des tiers<sup>1030</sup>. Or, la théorie des dirigeants de fait<sup>1031</sup> introduit un mécanisme d'extension de responsabilité en direction d'une société dominante en cas de déconfiture des sociétés du groupe (Voir supra).

---

<sup>1028</sup> C. Champaud, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, Paris, 2006, p. 40.

<sup>1029</sup> Article L. 621-2 du Code de commerce : celui précise que la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur, Litec, Paris, 2010, p. 604.

<sup>1030</sup> B. Zotiades, *La responsabilité des dirigeants de société en droit anglais dans le cadre des procédures collectives*, *Gaz. Pal.* septembre 1996, p. 634-638.

<sup>1031</sup> C. Champaud, *Stratégies judiciaires des entreprises*, *ibidem*, p. 47.

L'obligation aux dettes sociales de droit français illustre également ce cas de figure dont la portée est réduite. Cette dernière ne peut toutefois plus être actionnée suite à l'adoption de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008<sup>1032</sup>.

L'action en responsabilité suite à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité<sup>1033</sup> maintient la distinction juridique des membres du groupe. La doctrine suisse fait ainsi observer que « dans le cas du Durchgriff, l'indépendance juridique est mise en cause alors que dans l'hypothèse d'une responsabilité fondée sur la confiance, l'existence juridique de la filiale n'est pas contestée »<sup>1034</sup>. La société mère est alors respectivement obligée à la place de la filiale tandis qu'elle est obligée à côté de cette dernière dans le second cas.

Non point, comme le rappelle à juste titre Monsieur le Professeur C. Champaud, que des indices convergents s'apprécient identiquement quelque soit le fondement juridique. Car en effet, selon qu'il s'agisse d'un fondement de droit commun<sup>1035</sup> ou d'un mécanisme d'extension de procédure fondée sur le droit des procédures collectives<sup>1036</sup>. Le maintien de la distinction juridique caractérise un régime plutôt qu'un autre. Mais quelque soit l'action envisagée, l'argument très souvent invoqué à l'appui des prétentions repose sur l'observation qu'une filiale ne dispose pas d'une autonomie suffisante alors « dénuée de moyens financiers, matériels et humains nécessaires à son projet empruntant les locaux, les machines et les salariés de la société mère »<sup>1037</sup>.

## 2. Un traitement dérogatoire en matière de procédure collective

Tout d'abord, selon le guide des Nations Unies pour le droit commercial international, le regroupement des patrimoines est circonstancié. Celui-ci requiert parmi ses causes l'établissement de « pratiques frauduleuses » et « la conviction pour le tribunal de corriger

---

<sup>1032</sup> J. Vallansan, *Difficultés des entreprises*, Litec, Paris, 2009, p. 430.

<sup>1033</sup> L'article L. 651-2 du Code de commerce français.

<sup>1034</sup> H. Peter, *La responsabilité fondée sur la confiance*, Schulthess, Genève, 2000, p. 55.

<sup>1035</sup> Nous faisons ici référence au mécanisme d'extension de responsabilité fondée sur le droit commun. En droit français, il s'agit des fondements reposant sur la responsabilité civile délictuelle, la théorie de l'apparence et un engagement résultant d'un acte juridique, D. Schmidt, *La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés* (Chambre commerciale de la Cour de cassation, 15 nov 1977), *Rev. Soc.* 1981, p.732. Les différents fondements de la responsabilité de la société mère sont aussi exposés par la doctrine suisse, N. Sauerwein, *La responsabilité de la société mère*, Berne, 2006, p. 367.

<sup>1036</sup> L'étude de la confusion des patrimoines ainsi que les actions en responsabilité prévues en cas d'ouverture d'une procédure collective : loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises : P. Petel, *Le nouveau droit des entreprises en difficulté*. *JCP E.* 2005. 1509, p. 1733 ; P. Roussel Galle, *Responsabilité et sanction des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, *JCP E.* 2005. 1512, p. 1761.

<sup>1037</sup> C. Champaud, *Les stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, Paris, 2006, p. 41.

cette situation »<sup>1038</sup>. Les dirigeants de faits utilisent alors la personne morale « dans le but de frauder la loi et de léser des tiers ou d'atteindre d'autres buts illicites »<sup>1039</sup>.

Les relations de proximité entre une situation d'abus et celle de fraude conduisent par ailleurs à étendre les critères d'évaluation d'une confusion des personnes morales à des fins de protection des créanciers d'un groupe de sociétés. En effet, ces principes généraux du droit ont vocation à limiter l'indépendance juridique et le risque en cas de mauvaise affaire<sup>1040</sup>. La doctrine française dénonce un tel abus « lorsque la société ne se présente plus que comme un écran, un instrument juridique dénué de toute effectivité de fonctionnement »<sup>1041</sup>.

La fraude prend néanmoins un sens particulier en matière de procédures collectives. La fraude paulienne a ainsi mué, s'envisageant selon le droit en question à travers une conception objective ou subjective de l'action en révocation (voir infra).

La doctrine corrobore en certains points la familiarité des deux notions en ce qu'elles organisent un traitement dérogatoire et particulier de l'insolvabilité. Les propos rapportés par la doctrine française sont pertinents en ce que « la confusion des patrimoines, plus ou moins nettement teintée d'agissements frauduleux qui heurtent l'éthique commerciale, fait exception à toutes les règles ; l'effacement des personnes morales a pour cause la confusion des patrimoines qui résulte de l'abus de la personnalité morale et de la fraude »<sup>1042</sup>.

La Haute juridiction civile française apprécie la fraude non pas comme cause d'extension de procédure mais comme critère d'évaluation de l'établissement de la confusion des patrimoines<sup>1043</sup>. Si les relations financières anormales sont davantage constitutives d'une qualification de la confusion des patrimoines, on observe que celle-ci illustre la gamme de sanctions permettant d'atteindre les différents cas de figure possibles d'utilisation abusive de la personnalité morale<sup>1044</sup>.

La jurisprudence arbitrale corrobore aussi l'établissement d'une situation d'abus de droit en ce qu'une société filiale détenue à cent pour cent par une société mère est abusivement

---

<sup>1038</sup> Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité : traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York. 18 et 22 mai 2009.

<sup>1039</sup> N. Sauerwein, *Ibidem*, p. 301. Von Planta A, La théorie de la transparence in Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Séminaire de l'association genevoise de droit des affaires, Zurich, 2002, p. 19 et suivant.

<sup>1040</sup> N. Fadel Raad, L'abus de la personnalité morale, L.G.D.J, Paris, 1991, p. 2.

<sup>1041</sup> A. Martin-Serf, Consentement des parties, *Juriscl. Société*, 2003, p.3.

<sup>1042</sup> F. Reille, La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives, Th. *ibidem*, p. 336.

<sup>1043</sup> A. Souleau-Travers, Les critères de l'action en extension de procédure collective pour confusion des patrimoines à l'intérieur d'un groupe de sociétés, *Bull. Joly*, nov. 2004, p. 1358.

<sup>1044</sup> CA Paris., 5 Février 1979, R. J. com. 1979, note A. Brunet.

dissoute avec transfert d'actifs à la société mère en fraude au droit des créanciers<sup>1045</sup>. Aussi, on ne peut concevoir la présente sanction d'extension d'une procédure d'insolvabilité qu'en soulignant l'intérêt de groupe qui justifie désormais les « relations financières intragroupes »<sup>1046</sup>. Il faut alors se demander si la décision pour une société dominante de placer une filiale en état de cessation des paiements ne relève pas identiquement d'un comportement abusif. Un tel montage constitue une atteinte à la personnalité morale dès lors qu'une société fille n'a plus la pleine maîtrise des fonctions essentielles de son activité. La confusion des patrimoines a dès lors vocation à sanctionner des comportements abusifs dont le principal caractère est de priver « les actifs et la trésorerie » d'une filiale du groupe<sup>1047</sup>.

## *§2. La spécificité de l'extension de procédure unique*

Le renvoi du Règlement 1346/2000 à la loi d'ouverture de la procédure d'insolvabilité confirme une application éventuelle de l'action en extension de droit français qui puise désormais son fondement dans l'article L. 621-2 du Code de commerce français (A.). Le traitement du groupe de sociétés insolvable interroge donc sur les finalités d'un regroupement des patrimoines dont l'activité est délocalisée et/ou située dans plusieurs États membres. Le guide législatif de la commission des Nations Unies pour le droit du commerce international en souligne la portée (B.).

### A. D'après la base légale française : l'article L. 621-2 du Code de commerce

La personnalité juridique distincte<sup>1048</sup> qui refuse l'effet de contagion des difficultés financières à travers l'ouverture d'une seule procédure d'insolvabilité à l'ensemble du groupe introduit l'analyse du régime de l'extension de procédure. L'orthodoxie de la règle est réaffirmée par la Haute juridiction commerciale française. Celle-ci contrôle en effet la motivation des juges du fond quant à la qualification ou non d'une confusion des patrimoines (1.). L'unicité de procédure entraîne en effet la réunion des actifs et des passifs dans un patrimoine unique, nuanciant alors le régime communautaire applicable en cas d'extension de procédure fondée sur l'article 3§1 du Règlement 1346/200 (2.).

### 1. La Cour de cassation : gardienne du dogme de la confusion des patrimoines

---

<sup>1045</sup> D. Vidal, L'extension de l'engagement compromissaire dans un groupe de sociétés, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, septembre 2005, p. 76.

<sup>1046</sup> B. Grelon, La confusion des patrimoines au sein d'un groupe, Rev. Soc. 2006, p. 281.

<sup>1047</sup> Cass. com. 5 févr. 2002, Act. proc. coll., mai 2002, n° 93.

<sup>1048</sup> Le traitement du groupe d'entreprise en cas d'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, trente quatrième session, Vienne, décembre 2006, p. 16.

[La Cour de cassation : gardienne du dogme de la confusion des patrimoines<sup>1049</sup>]

La confusion de personnes morales dont l'activité est localisée dans plusieurs États membres suppose de dégager les lignes directrices d'une « véritable extension de procédure à l'intérieur de l'Union européenne ».

La construction prétorienne qui précède la consécration législative suppose que l'on s'y arrête un instant. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises issue de la réforme prévoit désormais l'article L. 621-2 al 2 du Code de commerce. Celui-ci dresse en effet un régime susceptible d'application extraterritoriale qu'il convient d'introduire selon l'acception conférée en droit interne. Les dispositions prévues en son sein précisent ainsi « qu'une procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs personnes morales en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de la fictivité de la personne morale. À cette fin, le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent ».

Le législateur confirme donc le moyen de soumettre une société mère à une procédure collective unique ouverte contre une des ses filiales.

Il faut se garder pour autant d'un trop grand optimisme en la matière tant la Cour de cassation réaffirme la présomption d'indépendance juridique qui pèse sur chaque société apparentée par rapport à la société mère<sup>1050</sup>. Ce qui emporte la conséquence qu'une société dominée est justiciable d'une procédure collective indépendamment du fait qu'elle soit soumise au contrôle d'une société dominante.

Le principe d'unité du patrimoine et les techniques de scissions patrimoniales laissent donc entrevoir en principe autant de procédures collectives que de sociétés qui composent le groupe. Du fait du caractère quelque peu laconique de l'article L. 621-2 al 2 du Code de commerce, les décisions de la Haute juridiction commerciale française renseignent derechef sur la qualification juridique d'une confusion des patrimoines lorsque celle-ci se prononce à cet effet<sup>1051</sup>. Il faut d'abord rappeler les titulaires de l'action dont sont exclus les créanciers car celle-ci est réservée aux organes de la procédure (ceux-ci incluent le syndic de la procédure au sens du Règlement 1346/2000) agissant dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers<sup>1052</sup>. C'est alors s'interroger sur la finalité du présent article et l'intérêt que peut procurer pareille action en présence d'un groupe transnational de sociétés.

---

<sup>1049</sup> L'expression est de G. Teboul dans son commentaire des conventions intragroupes à propos de l'affaire Holco, PA, février 2006, p.4.

<sup>1050</sup> Cass. Com., 24 mai 1982, Rev. Soc. 1983, p. 363, note J. Béguin.

<sup>1051</sup> Cass. com., 19 avril 2005, n° 05-10.094 : Bull. civ. IV, n° 92 ; D. 2005, AJ, p. 1225, obs. A. Lienhard, et p. 2013, obs. F.-X. Lucas ; JCP. 2005, II, 10 088, note O. Bouru et M. Menjucq ; JCP E. 2005, 1274, p. 1421, n° 1, obs. Ph. Pétel.

<sup>1052</sup> Cass. Com., 16 mars 1999 : D. affaires 1999, p. 635, obs A. Lienhard.

L'absence de faculté de réorganisation laissée à la filiale et l'absence totale de marges de manœuvres peut être un stratagème en vue de faire échapper un actif important aux créanciers de sociétés dominées. L'établissement d'une confusion des patrimoines au sein d'un groupe transnational de sociétés n'est néanmoins point aisé. La Cour de cassation apprécie en effet strictement<sup>1053</sup> l'unicité de patrimoine d'une succursale à l'égard d'une société mère localisée dans un autre État membre. L'absence de personnalité morale propre à cette forme d'établissement ne permet toutefois point d'établir de lien entre l'absence de personnalité morale d'une succursale et la confusion entre elle et la société mère dont elle émane. Cette solution réside avant tout dans une certaine autonomie de gestion laissée à l'exploitation. Or, des actes relatifs à la gestion de l'établissement secondaire en vertu des mandats donnés par le dirigeant de droit<sup>1054</sup> sont courants et nuancent la dépendance économique de principe induite d'une absence de personnalité morale. À contrario, certaines filiales qui disposent de l'autonomie juridique peuvent être soumises à l'exercice d'un pouvoir effectif de direction<sup>1055</sup>. L'identification d'un patrimoine créé de fait entre les sociétés du groupe nous transporte cependant au-delà d'une direction de fait et requiert la réunion des conditions de fond de l'action en extension, sévèrement contrôlée par la Haute juridiction civile française<sup>1056</sup>.

D'une caractérisation des flux financiers anormaux<sup>1057</sup>, le contrôle porte dorénavant davantage sur l'établissement de relations financières anormales<sup>1058</sup>. Et l'existence de transfert d'actifs ou de passifs d'une société à une autre sans justification, ni contrepartie est désormais insuffisante « en l'absence de mouvements de capitaux au préjudice de la société demanderesse » ou lorsque « la finalité de l'opération est de permettre à la société d'exploitation de reconstituer ses fonds propres grâce à des avances de trésorerie »<sup>1059</sup>.

Deux affaires retentissantes tant elles ont trouvé un écho médiatique renseigne sur la structure des « relations financières » qu'il convient de qualifier d'anormales dans la perspective d'une unicité de procédure. Le modèle économique du groupe écarte cependant l'anormalité de son organisation<sup>1060</sup>. Une première orientation se dégage alors de l'arrêt Holco en ce que l'anormalité procède de l'absence de cadre contractuel qui gouverne les rapports entre les

---

<sup>1053</sup> Cass. com., 16 mars 1999, Bull. Joly. 1999, p. 638, note M. Menjucq.

<sup>1054</sup> Cass.com., 13 février 2007, Rev. Soc. 2007, p. 630, note B. Saintourens.

<sup>1055</sup> TPICE, 15 septembre 2005, aff. T-325/01, att 218, Juriscl. Europe, 2005, comm. 391. obs. L. Idot.

<sup>1056</sup> Cass. com., 19 avril 2005, JCP. 2005, II, 10088, note O. Bourru et M. Menjucq.

<sup>1057</sup> D. Tricot, Rapport de la Cour de cassation. 1997, p. 165.

<sup>1058</sup> F. Reille, La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives, *ibidem*, p. 77.

<sup>1059</sup> A. Souleau-Travers, Les critères de l'action en extension de procédure collective pour confusion des patrimoines à l'intérieur d'un groupe de sociétés, *ibidem*, p. 1358.

<sup>1060</sup> B. Grelon, La confusion des patrimoines au sein d'un groupe, Rev. Soc. 2006, p. 281.

parties ayant pour effet de mettre en péril l'existence d'une filiale. La Cour d'appel ajoute en effet que le patrimoine distinct de chaque société est identifié précisant que les droits et obligations de chacune des parties sont stipulés au sein de conventions ou formalisés dans des documents sociaux. Ainsi, l'abandon de créances par convention exclut la confusion des patrimoines<sup>1061</sup>. La situation devient anormale dès lors qu'elle sort du cadre contractuel qui gouverne officiellement les rapports entre les parties et qu'elle a pour effet de mettre en péril l'existence de l'une des sociétés dominées. Dans l'affaire Métaleurop, les mandataires judiciaires souhaitaient étendre la procédure de liquidation judiciaire à l'égard de la société mère qui détenait quatre-vingt-dix-neuf pour cent du capital de sa filiale.

La Haute Cour française casse ainsi l'arrêt de la Cour d'appel de Douai au visa de l'article L 621-5 du Code de commerce français qui avait retenu la confusion des patrimoines. Cette dernière rappelle que la confusion des patrimoines suppose des relations financières anormales intragroupes. Or, elle considère les opérations financières suivantes comme ne permettant pas d'étendre la procédure collective de la filiale envers la SA Métaleurop, tête de groupe.

En conséquence, les participations croisées au capital de l'une ou l'autre société, l'identité de certains associés ou dirigeants et les avances de trésorerie faites sans contrepartie par la SA Métaleurop à sa filiale et qui n'ont pas été remboursées sont des éléments insuffisants pour caractériser la confusion des patrimoines en l'absence d'imbrication des relations entre les sociétés.

Ainsi, l'existence de mouvements financiers intervenus entre des sociétés exclut la confusion de leurs patrimoines<sup>1062</sup>. La Cour de cassation française adopte une approche restrictive de l'anormalité des relations financières intragroupes. Ces décisions s'inscrivent dans le droit fil de la jurisprudence Rozenblum<sup>1063</sup> qui admet le concours financier à l'intérieur d'un groupe de sociétés lorsqu'il est conforme à l'intérêt du groupe.

Cette affaire témoigne alors de la complexité d'organiser une faillite au sein d'un groupe de sociétés qui vise tant la liquidation que le redressement dudit groupe.

L'affaire Holco<sup>1064</sup> confirme aussi le caractère exceptionnel de la confusion des patrimoines prévu au nouvel article L. 621-2 du Code de commerce français précisant que « la procédure

---

<sup>1061</sup> A. Souleau-Travers, *ibidem*, p. 1358.

<sup>1062</sup> Cass. Com., 8 janvier 2002, Me Moyrand ès qual. c/Société Saint-Gill et autres (F-D), pourvoi n° 98-23177, Juris-Data n°2002-01 2641, Fasc. 2165.

<sup>1063</sup> Cass.crim., 4 févr. 1985, Bull. crim, n°54, Rev. Soc. 1985, p. 648, note B. Bouloc.

<sup>1064</sup> Cass. com., 10 janvier 2006, pourvoi n° V 04-18.917, arrêt n° 38 FS-D, Rev. Soc. n°3/2006, p. 629, note P. Roussel Galle.

ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale ».

La portée de l'arrêt *Métaleurop*<sup>1065</sup> consiste également à repousser l'unicité de procédure face au groupe de sociétés. Celui-ci précise la logique qui gouverne l'activité du groupe de sociétés. Or, c'est sur l'étendue des relations financières anormales que se situe le principal écueil de l'action en extension logée à l'article L. 621.2 al 2 du Code de commerce. Les juges de la Cour d'appel de Douai voient donc leur décision censurée au motif que la décision d'extension de procédure n'est pas fondée légalement. La qualification de la confusion des patrimoines ne peut être retenue en présence de flux financiers légitimes<sup>1066</sup>. En l'occurrence, la force obligatoire de « prestations de services correspondant à des fonctions de direction, de gestion et de coordination ou de contrôle » caractérise à l'évidence une forme d'organisation habituelle grandissante à l'intérieur du groupe de sociétés<sup>1067</sup>. Les relations financières anormales peuvent donc se déduire du préjudice anormal subit par le créancier d'une société insolvable. Tout au contraire est la qualification de la société mère comme dirigeant de fait de ses filiales. C'est là résoudre une autre problématique soulevée dans la présente thèse de déterminer si la faute de gestion est établie en présence de pareilles relations (voir infra : la théorie des dirigeants de fait).

## 2. Les effets : la réunion des actifs et des passifs au sein d'un patrimoine unique

L'effet d'un renversement de la présomption d'indépendance des sociétés du groupe vis-à-vis d'une société mère est l'extension de la procédure initialement ouverte contre celles-ci<sup>1068</sup>. Contrairement au Règlement 1346/2000, la confusion des patrimoines ne se caractérise point en principe<sup>1069</sup> comme « un instrument de gestion »<sup>1070</sup> du groupe de sociétés. Elle s'en distingue d'une part compte tenu des conditions posées par le droit communautaire de l'insolvabilité. La centralisation des procédures ne résulte ni d'une confusion des comptes ni de flux financiers anormaux mais repose davantage sur la théorie de l'entreprise unique<sup>1071</sup>

---

<sup>1065</sup> Cass. com., 19 avr. 2005, D. 2005, p. 1225, obs. A. Lienhard.

<sup>1066</sup> G. Teboul, Les conventions intragroupes et les procédures collectives, PA. Août 2005, p. 3.

<sup>1067</sup> Cass. com., 27 septembre 2005, Rev. Soc. 2005, p. 877, note J. P. Dom.

<sup>1068</sup> D. Tricot, *ibidem*, p. 165.

<sup>1069</sup> H. Peter, La faillite consolidée, Insolvenze, désendettement et redressement : Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2000, p. 236.

<sup>1070</sup> X. Vamparys, L'extension de la procédure aux sociétés d'un groupe et droit de la faillite aux États-Unis : la substantive consolidation, Bull. Joly. Avril 2006, numéro 4, p. 437.

<sup>1071</sup> La théorie de l'entreprise unique repose sur l'intégration économique des membres d'un groupe de sociétés en traitant ce dernier comme une unité économique destinée à promouvoir les intérêts du groupe dans son ensemble ou ceux de la société dominante plutôt que chacun de ses membres : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, trente quatrième session, Vienne, décembre 2006, p. 16.

(voir partie I). Les objectifs assignés au droit communautaire diffèrent donc d'un regroupement des patrimoines<sup>1072</sup>. L'affaire Eurotunnel traduit en effet l'exigence d'une bonne administration de la justice<sup>1073</sup> précisant qu'il n'y a pas entre ces différentes entités de flux financiers particuliers qui devraient être portés à la connaissance du Tribunal. Le maintien de la pluralité juridique de ces membres tout en opérant une centralisation de la procédure transfrontalière fait ainsi écho à la jurisprudence française rendue à cet effet. La chambre commerciale de la Cour de cassation française censura une décision qui sous prétexte de prononcer une « jonction de procédures »<sup>1074</sup> était en réalité une extension. Il s'agissait pour le Tribunal de faire confirmer la jonction de procédures en constituant néanmoins une seule masse active et passive. Cette dernière s'accompagnant du report de la date de cessation des paiements de chacune des filiales à une date unique « fixée par référence à la société mère ». Monsieur le Professeur J.-L. Vallens souligne alors la présente distinction en caractérisant ce pourquoi le Tribunal de commerce de Nanterre ouvre des procédures distinctes en direction de chacune des filiales localisées dans d'autres États membres<sup>1075</sup>. Son propos tranche donc avec l'établissement d'une « véritable extension » précisément suite à la jurisprudence *Métaleurop*<sup>1076</sup> qui rend d'autant plus malaisée la confusion des patrimoines qu'il s'agit de sociétés relevant de droit d'autres États membres.

Ainsi, la centralisation d'une procédure communautaire en un for principal maintient les droits des créanciers garantis (droits réels) sur chaque actif appartenant au patrimoine des sociétés du groupe localisés au sein de l'Union européenne. Ceux-ci se voient en conséquence attribuer « un rattachement particulier qui déroge à la loi de l'État d'ouverture »<sup>1077</sup>. C'est alors souligner une distinction fondamentale de régime notamment sur le plan des effets de la procédure. L'unicité de procédure qui relève du droit positif comprend l'ensemble « des créanciers et des actifs » au sein d'une masse commune. Les créanciers ayant un droit particulier (l'exemple d'une sûreté réelle) conservent néanmoins un droit de priorité sur certains actifs et sont soumis à la *lex concursus*. Alors que le droit communautaire est nuancé sur cette question (voir infra). Un patrimoine unique est donc soumis au concours de l'ensemble des créanciers soulignant les avantages et les inconvénients d'un effet de

---

<sup>1072</sup> Une définition commune est décelable au sein de projets de recommandation sur le traitement du groupe d'entreprise en cas d'insolvabilité : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, trente quatrième session, New-York, Mars 2008, p. 2.

<sup>1073</sup> Affaire Eurotunnel, TC. Paris. 15 janvier 2007, D. 2006, Jur. p. 2329, note R. Dammann.

<sup>1074</sup> Cass. com., 9 avril 1991, JCP E. 1991, p. 353, obs P. Petel.

<sup>1075</sup> T. com. Nanterre, 15 février 2006, D. 2006, p. 793, note J.-L. Vallens.

<sup>1076</sup> Cass. Com. 19 avril 2005 Rev. Proc. Coll. 2005, p. 117, note B. Rolland et Bull. Joly. 2005, p. 690, comm. C. Saint-Alary-Houin.

<sup>1077</sup> Considérant 25 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

« perméabilité multilatérale et généralisée »<sup>1078</sup>. Les créanciers d'une société dominée insolvable voient donc leur droit de gage s'élargir au patrimoine d'une société dominante ou sœur alors que les créanciers de ces dernières subissent le concours d'autres créanciers sur un patrimoine désormais unique<sup>1079</sup>.

#### B. D'après le guide législatif de la commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Les moyens de preuve difficilement rapportables en raison des éléments d'extranéité (une domiciliation éparse des sociétés composant le groupe) interrogent sur la prise en compte des présents concepts au sein même du Règlement 1346/2000. La mise en œuvre de critères d'évaluation d'un regroupement des patrimoines varient en effet d'un État membre à l'autre. Il appert que dans l'hypothèse d'une insolvabilité transfrontalière et qui plus est d'un groupe de sociétés, son traitement doit être en mesure de refléter les mêmes préoccupations et contenir des dispositions similaires voire identiques<sup>1080</sup>. Le rappel « des circonstances très limitées dans lesquelles le regroupement des patrimoines serait possible pour assurer la transparence et la prévisibilité »<sup>1081</sup> doit être mentionné compte tenu notamment de l'existence de solutions moins radicales<sup>1082</sup> tant pour les créanciers que pour le débiteur. Ces dernières concernent « une demande de coordination » dont la finalité est d'administrer plusieurs procédures d'insolvabilité visant un ou plusieurs membres du groupe de sociétés à des fins procédurales<sup>1083</sup>.

Le guide met donc en évidence la nécessité d'un cadre législatif précisant le régime d'extension de procédure. Ce que nous contribuons à préciser selon les droits suisse et français (voir supra). La définition que la commission des Nations Unies suggère s'agissant d'un regroupement des patrimoines en souligne les principaux caractères. Une mise en commun des actifs et des passifs de plusieurs membres d'un groupe de sociétés crée une seule masse dans l'intérêt des créanciers des membres dont les patrimoines sont regroupés<sup>1084</sup>. Les effets d'une ordonnance de regroupement des patrimoines sont appréhendés à travers

---

<sup>1078</sup>H. Peter, La faillite consolidée, Insolvence, désendettement et redressement, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2000, p. 236.

<sup>1079</sup>X. Vamparys, L'extension de la procédure aux sociétés d'un groupe et droit de la faillite aux Etats-Unis : la substantive consolidation, Bull. Joly. Avril 2006, numéro 4, p. 437.

<sup>1080</sup>C. Kessedjian, Droit commercial et droit international privé, RCADI. 2002, p. 175.

<sup>1081</sup> Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité : le traitement des groupes d'entreprise en cas d'insolvabilité : commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York, 18-22 mai 2009, p. 11.

<sup>1082</sup>H. Peter, Insolvency in a group of companies : the challenges of insolvency law reform in the 21st century, Schulthess, 2006, p. 207.

<sup>1083</sup>Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, *ibidem*, p. 4

<sup>1084</sup>Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité : le traitement des groupes d'entreprise en cas d'insolvabilité : commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York, Mars 2008, p. 3.

l'abstraction de l'identité distincte des entités comme s'il s'agissait de l'actif et du passif d'une entité unique<sup>1085</sup>. Deux points retiennent notre attention ayant trait aux effets généraux du jugement d'extension et ceux ayant une incidence sur le traitement des sûretés réelles. Les créances intragroupes vont ainsi s'éteindre suite au prononcé d'une ordonnance de regroupement. La détention de sûretés réelles sur un actif d'une société du groupe est en principe maintenue et confère à son titulaire une priorité de paiement mais l'incidence sur leurs droits est notable en ce qu'une seule masse se constitue dans l'intérêt général des créanciers de l'ensemble des sociétés regroupées<sup>1086</sup>.

### *§3. Le Règlement 1346/2000 et l'application extraterritoriale d'une consolidation matérielle des patrimoines*

La consolidation matérielle des patrimoines au plan communautaire dépend de l'insolvabilité ou non du groupe de sociétés (B.) et suppose d'en apprécier les modalités d'application en droit international privé comparé (A.).

#### A. Les modalités d'application d'après le droit international privé comparé

##### 1. Selon l'article 4.2 a du Règlement

Le prolongement de la jurisprudence admise en droit international privé commun<sup>1087</sup> souligne les cas d'extension de procédure déclinés dans les rapports transfrontaliers.

En effet, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au siège statutaire d'une société dominée confirme la présomption simple érigée au sein du Règlement 1346/2000. Ainsi, les solutions dégagées en droit international privé commun entrevoient la projection internationale de l'article L. 621-2 du Code de commerce français (voir supra). Les juridictions françaises qui se reconnaissent compétentes prioritairement et ceci à l'intérieur de l'Union européenne ont vocation à étendre la procédure aux personnes qui ont confondu leur patrimoine avec le débiteur insolvable. Le regroupement des patrimoines est donc aussi motivé par le caractère non équitable<sup>1088</sup> du fractionnement juridique.

---

<sup>1085</sup> Le traitement des groupes d'entreprise en cas d'insolvabilité : commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Vienne, 11-15 décembre 2006, p. 4.

<sup>1086</sup> Le traitement des groupes d'entreprise en cas d'insolvabilité, *ibidem*.

<sup>1087</sup> L'hypothèse d'une demande d'extension de procédure en application de la Convention franco-suisse : D. 1992, jurispr. p. 98, note J.-P. Sortais.

<sup>1088</sup> L'extension intracommunautaire d'une consolidation matérielle des patrimoines s'apparente aux pouvoirs reconnus au juge fédéral américain des faillites de statuer en équité lorsqu'il applique la « substantive consolidation » : X. Vamparys, l'extension de la procédure aux sociétés d'un groupe et droit de la faillite aux États-Unis : la substantive consolidation, Bull. Joly. Avril 2006, numéro 4, p. 437.

Les conditions d'application sont logées à l'article 4.2 a du Règlement et autorisent en effet les cas d'extension de procédure au sein de l'Union européenne. Celui dispose en effet que « la loi de l'État d'ouverture détermine les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité ». Les juridictions françaises saisies au fond peuvent donc se reconnaître compétentes en ouvrant une procédure unique. Cette dernière englobe de facto des personnes morales étrangères<sup>1089</sup> qui ne relèvent initialement point de la compétence des juges français.

L'unité de fait que compose le groupe transnational de sociétés (les débiteurs) intéresse ainsi les créanciers de la filiale qui souhaite être désintéressés sur les actifs d'une société mère in bonis soit que la filiale soit dépourvue de réalité (ce qui suppose d'établir la fictivité de la société) soit que des relations financières anormales<sup>1090</sup> (confusion des patrimoines) caractérisent l'organisation du groupe. C'est donc sous réserve de ces deux actions qu'une telle prétention est susceptible d'être admise et pose la question de la survie d'une « véritable extension » en droit communautaire de l'insolvabilité.

Il n'est néanmoins pas incohérent que dans un souci de transparence, l'unité de fait préside à l'organisation procédurale et qu'elle rejaillisse sur le plan de la compétence comme un critère de compétence juridictionnelle concurrent au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés (rappelons que celui-ci se fonde sur le renversement d'une présomption simple posée en faveur du siège statutaire d'une société dominée).

## 2. Le régime d'une extension de procédure en droit international privé conventionnel

### *2.1 Le siège statutaire : socle du raisonnement*

Le régime de l'extension de procédure unique en direction d'une société dominante trouve là un domaine d'application conformément aux conventions internationales précédant le droit communautaire. Il importe en effet de souligner que l'ensemble des Conventions internationales liant la France et d'autres États de l'Union est remplacé depuis l'entrée en vigueur du présent Règlement<sup>1091</sup>. Celles-ci apportent néanmoins un éclairage utile à des fins d'interprétation des règles communautaires de compétence juridictionnelle. Le principe de l'universalité de la faillite s'applique en effet « sans tempérament entre les États partis aux Conventions le plus souvent bilatérales<sup>1092</sup>. A la différence du Règlement, certains traités

<sup>1089</sup> CA. Aix-en-Provence., 19 avril 1990, D. 1991, p. 116, note M. Vasseur.

<sup>1090</sup> CA. Paris., 7 septembre 2004, Bull. Jol. 2004, p. 1358, note A. Souleau-travers.

<sup>1091</sup> Article 44 du Règlement 1346/2000.

<sup>1092</sup> J.-L. Coviaux, Redressement et liquidation judiciaires, Juriscl. Procédures collectives en droit international, 2000, point 16.

précisent l'application stricte de la thèse unitaire. Selon cette dernière, le siège social du débiteur est exclusif de tout autre critère de compétence et s'applique dès lors qu'il se situe dans l'un des deux pays liés par la Convention.

La compétence du juge français saisie d'une demande d'extension fut alors discutée en application de la Convention franco-monégasque. Le litige oppose la banque industrielle de Monaco (BIM) aux sociétés du groupe UBQC « un bruit qui court », déployant leur activité sur le territoire français. Le Tribunal de commerce d'Antibes est en effet saisi d'une procédure de redressement judiciaire ouverte à l'égard des sociétés françaises. Un jugement français est alors rendu, autorisant le syndic de la procédure à agir aux fins d'extension à la banque de la procédure de redressement initiée en France. Celui se fonde alors sur l'existence d'une société de fait entre la société monégasque et les sociétés françaises et l'état de confusion des patrimoines entre celles-ci.

Plusieurs arguments vont donc retenir notre attention dans la perspective d'une action similaire en application du Règlement 1346/2000. L'espèce rapportée soulève en effet la problématique de l'exception d'incompétence conformément au droit conventionnel. La BMI invoque l'incompétence du tribunal français devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en se fondant sur l'article 2-2° de la Convention franco-monégasque du 13 septembre 1950<sup>1093</sup>. Celle-ci dispose en effet que « le tribunal compétent en matière de faillite ou de liquidation judiciaire sera, pour les personnes morales, celui du siège social ou à défaut, celui du principal établissement situé dans l'un ou l'autre des deux pays ». Le présent arrêt s'inscrit du même coup dans le droit fil de l'arrêt de principe posé par la Cour de cassation française<sup>1094</sup> lorsque cette dernière se prononce sur l'article 8§1 al 1<sup>er</sup> de la Convention franco-belge. L'interprétation de la règle selon laquelle le tribunal du domicile est seul compétent pour prononcer la faillite lorsque le commerçant français ou belge est domicilié dans l'un des deux pays fut alors portée devant les Hauts juges français. Ceux-ci précisent que dans le silence du traité franco-belge, la règle posée par l'article 8§1 ne permet pas au tribunal du siège d'une société de retenir sa compétence pour se prononcer sur la faillite d'un associé commerçant ayant son domicile dans un autre État contractant, dès lors que n'a pas été constaté une confusion des patrimoines entre celui de la personnalité morale et celui de l'associé commandité, d'où pourrait résulter une unité de fait de faillite.

## *2.2 Une dérogation au siège statutaire en cas de confusion des patrimoines*

---

<sup>1093</sup> JO 9 juin 1953, Rev. Crit. DIP. 1953, p. 438.

<sup>1094</sup> Cass.civ., 31 janvier 1990. D. 1990.461, note J.-P. Rémerly.

Une dérogation aux règles de compétences juridictionnelles semble par voie de conséquence être admise. Si le principe énonce qu'un tribunal français ne peut retenir sa compétence en vue d'initier une procédure d'insolvabilité à l'égard d'une société ayant son siège statutaire à Monaco et étant dépourvue d'établissement principal en France. Il en est autrement, dit la Cour, si le Tribunal initialement saisi a ouvert une procédure à l'égard d'une société ayant son siège social dans son ressort dès lors que la qualification d'une confusion des patrimoines entre ladite société et celle localisée dans l'État contractant est démontrée<sup>1095</sup>.

Le présent raisonnement s'explique aussi selon l'article 3§1 du Règlement 1346/2000 qui consacre la notion de centre des intérêts principaux, présumée au siège statutaire. En s'appuyant sur le critère de principe admis au lieu du siège social du débiteur, il n'est pas improbable qu'une procédure d'insolvabilité soit initiée au siège statutaire d'une société dominée d'un groupe de sociétés. Quoi de plus conforme à celui-ci dès lors que d'initier une procédure d'insolvabilité au siège statutaire d'une filiale appartenant à une société mère in bonis. L'admission d'une extension de procédure peut ensuite se justifier en raison d'une confusion d'intérêts, de patrimoines résultant de l'activité transfrontalière.

La prétention soulevée par le syndic de la procédure de redressement judiciaire française devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence est instructive à cet effet. L'établissement d'une confusion des patrimoines et l'existence d'une société créée de fait sont parallèlement examinés dans la présente espèce. Or, les juges du second degré affirment que ne peut prospérer une demande d'extension en l'absence de signes de confusion des patrimoines des personnes morales concernées ou d'unité d'entreprise et économique même limitée au seul domaine financier<sup>1096</sup>. Il résulte en effet des faits allégués que l'indifférenciation des éléments d'actifs et de passifs, les manipulations comptables avec transfert simulé de fonds et la participation croisée au capital est davantage révélateur d'une transgression par la banque des normes de gestion destinée à garantir ses liquidités. Mais la confusion des patrimoines n'est point retenue en l'absence de preuve d'imbrication d'intérêt et ceci en l'absence d'opérations de crédit destinées à dissimuler les opérations de trésorerie comme cela peut être le cas entre des entreprises qui ont un lien direct ou indirect de capital et qui confère à l'une d'elle un pouvoir effectif sur les autres (voir Partie I). La qualification d'une société créée de fait<sup>1097</sup> semble subsidiairement être recherchée dans la présente espèce en ce que les diverses sociétés

---

<sup>1095</sup> CA. Aix-en-Provence 19 avril 1990, L'application de la Convention franco-monégasque de 1950 relative à la faillite : Compétence du juge français saisi d'une demande d'extension, D. 1991, p. 116, note M. Vasseur.

<sup>1096</sup> CA. Aix-en-Provence 19 avril 1990, *ibidem*.

<sup>1097</sup> L'appréciation globale d'une société créée de fait : Cass.com., 29 mars 1994, Bull. joly. 1994, numéro 6, p. 665 ; Théorie de l'apparence et sociétés, Rev. Soc. 1991, p. 477, Obs. M. de Gaudemaris.

françaises constituent un réseau de magasins franchisés en relations d'affaires constantes avec la banque. La notion d'entreprise financière unique qu'allègue le syndic ne fait pas ressortir les notions d'apports, de vocation aux bénéfices et aux pertes et surtout l'affectio societatis. La communauté d'intérêts dont l'une des manifestations trouve son origine à travers l'idée de collaboration<sup>1098</sup> se justifie aux yeux de l'administrateur judiciaire comme l'une des conséquences de cette relation d'affaires. L'un comme l'autre des fondements juridiques s'expliquent in fine surtout dans ses effets en ce qu'il fait soit peser une responsabilité solidaire et indéfinie sur la banque (la société créée de fait) soit traite l'entreprise financière comme un patrimoine unique. Dans ce dernier cas, la confusion des patrimoines a un intérêt en ce qu'elle fait bénéficier les créanciers des sociétés françaises d'actifs encore disponibles au sein d'une société localisée dans un autre État.

## B. L'exercice d'une action en extension en droit communautaire de l'insolvabilité

### 1. Une action en extension limitée par une coopération procédurale communautaire

À suivre le sens du Règlement 1346/2000, l'effet universel de la procédure principale est reconnue conformément au principe de confiance mutuelle<sup>1099</sup> et à la règle de priorité<sup>1100</sup>. L'action en extension de droit positif se distingue donc de par sa portée<sup>1101</sup>.

En droit communautaire commun de l'insolvabilité, la portée d'une action reposant sur la fictivité et la confusion des patrimoines<sup>1102</sup> trouve là un terrain d'application limité eu égard la centralisation d'une pluralité de procédures fixée en un centre des intérêts principaux<sup>1103</sup>. La jonction des différentes procédures devant un même tribunal s'applique identiquement en droit français et consiste à réfléchir à un plan de redressement global<sup>1104</sup>. L'élaboration d'une coordination des procédures en droit suisse est également soumise à examen. Celle-ci consiste à adopter « des règles de coopération lors de procédures connexes » en présence d'un groupe de sociétés afin de ne point aboutir à une consolidation matérielle des patrimoines<sup>1105</sup>.

---

<sup>1098</sup> C. Hannoun, *ibidem*, p. 65.

<sup>1099</sup> M. Menjucq, Notion autonome du centre des intérêts principaux d'une filiale étrangère d'un groupe, JCP G. p. 1129.

<sup>1100</sup> Article 16 du Règlement 1346/2000.

<sup>1101</sup> Le regroupement des procédures sous la houlette d'un même tribunal : les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy. dr. aff. mai 2007, p. 68, note R. Damman et G. Podeur.

<sup>1102</sup> A. Bottiau, Faillite internationale et groupe de sociétés, Th. Lille II. 1989, p. 173.

<sup>1103</sup> L'interprétation extensive de la notion de centre des intérêts principaux prévue en droit communautaire conduit à désigner le lieu à partir duquel sera reconnue la compétence d'un tribunal unique pour les sociétés appartenant à un même groupe, voir T. Com Beaune, 16 juillet 2008, Rev. Soc. 2008, p. 891, note M. Menjucq.

<sup>1104</sup> T. com, Aix-en-Provence, 5 nov. 1986, PA. 8 avr. 1987, no 42, p. 29.

Aussi, notre hypothèse s'apprécie donc selon que la société mère est in bonis ou non. Dès lors, l'effet de contagion de difficultés économiques à l'intérieur du groupe met en évidence l'opportunité que consacre l'interprétation dynamique du Règlement 1346/2000. Ce dernier permet de concentrer devant le juge d'un État membre l'ensemble des procédures en un même lieu<sup>1106</sup> et reposant sur la confiance du débiteur. Le critère d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité communautaire sans dessaisissement du débiteur est en effet « déconnecté »<sup>1107</sup> d'une cessation des paiements. L'on peut en effet concevoir la confusion des patrimoines comme un mécanisme dérogatoire spécifique aux procédures reposant sur ce dernier critère en ce qu'il favorise une mesure exceptionnelle à des fins de protection des intérêts des tiers à l'activité du groupe de sociétés.

Les juges du fond font encore reposer l'extension de procédure sur le concept de l'unité économique. Ceux-ci justifient leur raisonnement en indiquant que « la cessation des paiements de la société mère par laquelle transitaient toutes les ressources du groupe entraîne ipso facto la cessation des paiements de la filiale et permet d'ouvrir une procédure à l'égard de chacune d'elles » ou encore « que celui-ci résulte des flux de trésorerie imprimant un caractère quasi continu à la circulation des fonds entre les sociétés du groupe »<sup>1108</sup>.

En d'autres termes et à supposer qu'une procédure soit ouverte dans un deuxième temps à l'endroit d'une filiale du groupe, l'ouverture d'une procédure principale à l'endroit du centre des intérêts principaux du groupe produit un effet international en direction de cette première<sup>1109</sup>. Un devoir de coopération<sup>1110</sup> effectif et loyal entre les syndics a vocation à s'appliquer si l'on admet l'ouverture d'une procédure secondaire à l'endroit de la filiale. Surtout, la consolidation matérielle des patrimoines répond à un contrôle de qualification juridique stricte (voir supra) des Hauts magistrats français<sup>1111</sup>. Aussi, l'effet de contagion recherché notamment au bénéfice des créanciers d'une société insolvable semble ne point s'imposer en droit communautaire. Les pouvoirs du syndic désormais conférés au sein du

---

<sup>1105</sup> La révision de l'article 4.a al.2 AP LP : Révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) : procédure d'assainissement, Berne, décembre 2008 : disponible sur le site de l'office fédéral de la justice.

<sup>1106</sup> T. com. Beaune 2<sup>e</sup> ch., 16 juill. 2008, n° 001586, J. R. c/ SAS Marie Brizard et Roger international, Bull. Joly. janvier 2009 n° 1, p. 53, note M.L Coquelet.

<sup>1107</sup> Le maintien par l'ordonnance du 18 décembre 2008 du dispositif de l'extension de procédure dans la sauvegarde : pour quoi faire ? D. 2009, p. 2298. obs D. Demeyere.

<sup>1108</sup> T. com. Paris, 4 juin 1984, JCP. 1984, II. 20273 ; Entreprise en difficulté, redressement judiciaire, Répertoire de droit commercial. 1996, n° 123.

<sup>1109</sup> Cass. Com., 27 juin 2006, Dr. Sociétés, p. 16, note J. P Legros ; CJCE., Eurofood, 2 mai 2006, aff. C-341/04.

<sup>1110</sup> Le rôle des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises dans les procédures communautaires d'insolvabilité est logé à l'article 31 du Règlement 1346/2000 : voir infra.

<sup>1111</sup> A. Lienhard, Affaire Métaeurop : la cassation de l'arrêt d'extension de la procédure à la société mère, D. 2005, p. 1225.

Règlement identifie l'avantage d'un système de coordination des patrimoines du groupe (voir infra). Le traitement transfrontalier de l'actif et du passif des sociétés apparentées s'entrevoit en effet selon un renforcement de l'universalité de la procédure principale et l'ouverture éventuelle de procédures secondaires. Ce mécanisme a donc l'avantage de faire produire les effets généraux d'une procédure ouverte au siège de la filiale en direction d'autres sociétés localisées au sein de l'Union européenne<sup>1112</sup>.

Le traitement des actifs dépend donc de l'intervention du syndic qui, outre les pouvoirs extraterritoriaux dont il dispose (voir infra), a le droit de demander l'ouverture d'une procédure secondaire<sup>1113</sup>. Les chances de redressement de l'activité transfrontalière se structurent davantage en coordonnant les procédures concurrentes. L'article 34 du Règlement 1346/2000 autorise alors le syndic de la procédure principale à mettre en œuvre un plan de redressement, un concordat ou toute mesure comparable lorsque la loi de la procédure secondaire le lui en confère la possibilité. La situation des créanciers transfrontaliers du groupe de sociétés est par ailleurs favorisée puisque ceux-ci sont obligatoirement informés de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité communautaire<sup>1114</sup>. Un formulaire est ainsi prévu à cet effet<sup>1115</sup>.

## 2. Une action complémentaire en cas d'insolvabilité d'une société dominée

Le maintien d'une « véritable extension de procédure » prévu en droit positif interroge sur son régime en droit communautaire de l'insolvabilité. Nous envisageons l'unicité de procédure à travers l'extension de procédure initiée au siège social d'une société insolvable en direction des maîtres de l'affaire.

L'unicité de procédure d'insolvabilité initiée au siège statutaire d'une société se pose donc en termes de périmètre de consolidation matérielle en direction d'une société « ayant un lien privilégié avec le débiteur » à priori in bonis. La compétence de principe voulue par les rédacteurs du Règlement 1346/2000 envisage la société isolément au siège statutaire. La nécessité d'une correction exceptionnelle au principe d'indépendance juridique se pose donc en droit communautaire. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale au siège statutaire d'une filiale insolvable d'une société mère in bonis interroge sur l'action en

---

<sup>1112</sup> P. Roussel Galle, *Le droit des faillites à l'épreuve de l'espace judiciaire européen, le visage inconnu de l'espace judiciaire européen* sous la direction de M. Douchy-Oudot, Paris, 2004, p. 154.

<sup>1113</sup> Article 29 du Règlement 1346/2000.

<sup>1114</sup> Article 40 du Règlement 1346/2000.

<sup>1115</sup> Article 42 du Règlement 1346/2000.

extension de droit interne<sup>1116</sup>. Il suffit d'apprécier l'ancienne action en comblement pour insuffisance d'actif de droit français pour s'en convaincre. Celle-ci contribue à ce que le dirigeant de fait supporte la différence entre l'actif et le passif de la filiale eu égard la gestion fautive d'une société mère localisée dans un autre État membre<sup>1117</sup>.

En outre, la fixation d'une compétence communautaire au for principal désignée à l'endroit du siège statutaire d'une société dominée correspond à la présomption simple prévue par le législateur communautaire au bénéfice du siège social<sup>1118</sup>. Aussi, la construction d'un ordre juridique communautaire naissant suppose une coopération communautaire favorisant l'extension de procédure initiée au siège social d'une société dominée insolvable en direction d'un ou plusieurs centres décisionnels<sup>1119</sup>. Les créanciers doivent en effet pouvoir disposer de moyens d'actions exportables à l'échelle européenne. Les mécanismes de sanction des cas d'abus de la personnalité morale et de fraude s'apprécient conformément aux actions étroitement liées à la procédure d'insolvabilité<sup>1120</sup>. La coopération transfrontalière se structure selon des règles simplifiées d'exécution d'une décision d'extension de la procédure<sup>1121</sup>. Celles-ci relèvent dorénavant d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution au sein d'un espace judiciaire européen renforcé.

### Section III. Une reconnaissance et une exécution simplifiées

Une construction juridictionnelle communautaire en matière d'insolvabilité (§1.) repose sur une exécution facilitée des décisions afférentes à une procédure d'insolvabilité (§2.).

#### §1. La construction juridictionnelle communautaire en matière d'insolvabilité

---

<sup>1116</sup> Le regroupement des procédures sous la houlette d'un même tribunal : les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité, Rev.Lamy.dr.aff, mai 2007, p. 67, note R. Damman et G. Podeur.

<sup>1117</sup> CJCE., Gourdain c/Nadler, 22 février 1979, aff. 133/178, Rec. 733.

<sup>1118</sup> Point 34 de l'arrêt Eurofood, 2 mai 2006 : Notion autonome du centre des intérêts principaux d'une filiale étrangère d'un groupe, JCP G. p. 1125, note M. Menjucq.

<sup>1119</sup> La jurisprudence française offre un exemple de mise en jeu d'une action en responsabilité délictuelle contre une société dominante du groupe qui a concouru à la réalisation du préjudice matériel et moral souffert par les salariés : P. Morvan, Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté, JCP E. 2005, p. 1756 (affaire Aspocomp).

<sup>1120</sup> CJCE., Gourdain c/Nadler, *ibidem*.

<sup>1121</sup> Article 25 du Règlement 1346/2000.

La construction juridictionnelle communautaire « est perçue de l'extérieur comme formant une unité » dont les décisions sont « reconnues et exécutées sans un contrôle préalable de leur régularité internationale »<sup>1122</sup>.

L'objectif d'un marché intérieur sans frontières soumet en effet à examen la construction d'un espace judiciaire européen de justice précisément dans le domaine de l'insolvabilité<sup>1123</sup>. L'accès à la justice de chaque État membre, malgré une topographie et un éloignement géographique, s'entrevoit par le biais d'un mécanisme de reconnaissance<sup>1124</sup> et d'exécution intracommunautaire couvrant aussi bien l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité<sup>1125</sup> que les décisions relatives à son déroulement<sup>1126</sup> et celles qui en dérivent directement<sup>1127</sup>.

La décision du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un espace judiciaire européen en matière civile et commerciale repose sur le principe de reconnaissance mutuelle<sup>1128</sup>.

Tout d'abord, l'applicabilité territoriale du règlement communautaire 1346/2000<sup>1129</sup> est évoquée afin de souligner la dichotomie entre les procédures d'insolvabilité intra communautaires et extracommunautaires et donc le régime applicable d'une procédure d'insolvabilité transfrontière. L'application du Règlement réaffirme l'universalité de la procédure d'insolvabilité dont l'effet vise à inclure tous les actifs du débiteur<sup>1130</sup>. La mise en place d'un système obligatoire de compétence que les juridictions de l'Union sont tenues de respecter repose en outre sur le principe de confiance mutuelle et le dépassement de la procédure d'exequatur de droit commun en matière d'insolvabilité communautaire. La création de l'espace judiciaire européen dans ce domaine rappelle les objectifs d'un bon fonctionnement du marché intérieur au sein duquel « les décisions pourront réellement circuler sans aucune barrière ou restriction »<sup>1131</sup>.

## §2. Une reconnaissance de plein droit et une exécution simplifiées

---

<sup>1122</sup> Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet Tallon, Dalloz 2008, p. 400.

<sup>1123</sup> Le visage inconnu de l'espace judiciaire européen, Coll. Droit et Procédures, Paris, 2004, p. 8 ; P. Lagarde, la formation progressive du droit international privé communautaire, Déf. avril 2005, p. 31.

<sup>1124</sup> Article 16 du Règlement 1346/2000.

<sup>1125</sup> Article 17 du Règlement 1346/2000.

<sup>1126</sup> Article 25 du Règlement 1346/2000.

<sup>1127</sup> Article 25 alinéa 2 du Règlement 1346/2000.

<sup>1128</sup> Le visage inconnu de l'espace judiciaire européen, *ibidem*, p. 10.

<sup>1129</sup> Le considérant 14 dudit Règlement précise alors le champ d'application territoriale du Règlement à la définition d'un centre des intérêts principaux du débiteur sur le sol de l'Union européenne

<sup>1130</sup> Considérant 12 du Règlement 1346/2000.

<sup>1131</sup> Actes du Colloque du 4 décembre 2007 : Pour une justice économique efficiente en Europe, enjeux et perspectives d'une harmonisation, Bruylant, 2009, p. 120.

Le dispositif prévu par le Règlement 1346/2000 couplé au mécanisme institué par le Règlement 44/2000 favorise la libre circulation des jugements intracommunautaires (A.). Un mécanisme qui envisage une reconnaissance et une exécution simplifiées d'une décision étroitement liée à la procédure d'insolvabilité (B.).

#### *A. Le Règlement 1346/2000 et le Règlement 44/2000*

L'édifice d'une réglementation communautaire en matière d'insolvabilité concrétise les grands enjeux de l'Union européenne à travers l'exécution transfrontalière<sup>1132</sup>. Celle-ci suppose en outre que soient reconnues les décisions qui dérivent ou non directement de la procédure d'insolvabilité<sup>1133</sup>.

Le Règlement 1346/2000<sup>1134</sup> prévoit la reconnaissance et le caractère exécutoire des décisions relatives au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité ainsi que l'ensemble des actions qui dérivent directement d'une procédure d'insolvabilité<sup>1135</sup>. Ces décisions sont alors exécutées conformément aux règles communautaires concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. La centralisation du contentieux communautaire de l'insolvabilité en un for principal assoit in fine la construction de l'espace judiciaire européen. La Cour de justice des Communautés européennes consacre en effet « la vis attractiva concursus » concernant les actions étroitement liées à la procédure d'insolvabilité<sup>1136</sup>. La jurisprudence clarifie ce point en ce que le principe d'une concentration des actions judiciaires devant le tribunal d'ouverture est prévu nuançant le fait que celles-ci puissent être rendues par une autre juridiction<sup>1137</sup> (voir supra).

Les conditions d'une procédure d'exéquat, souvent « incompatible avec l'urgence que commande les décisions afférentes à une procédure collective »<sup>1138</sup> sont donc simplifiées puisque le droit communautaire<sup>1139</sup> de l'insolvabilité renvoie à l'application du Règlement

---

<sup>1132</sup> Le visage inconnu de l'espace judiciaire européen, Droit et procédures, *ibidem*, 2004, p. 128.

<sup>1133</sup> Article 25 §1 et §2 du Règlement communautaire 1346/2000.

<sup>1134</sup> Considérant 22 du Règlement communautaire 1346/2000.

<sup>1135</sup> Article 25 §1 al. 1 et 2 du Règlement communautaire 1346/2000.

<sup>1136</sup> P. Ehret, La CJCE instaure le principe « vis attractiva concursus » concernant les actions révocatoires au niveau communautaire, *Rev. Proc. Coll.* Avril 2009, p. 21.

<sup>1137</sup> Article 25 §1 al. 2 du Règlement 1346/2000.

<sup>1138</sup> P. Froehlich, La situation des créanciers au regard des règlements des 29 mai et 22 décembre 2000, *Rev. Lamy. Dr. aff.* Juillet 2002, p. 22.

<sup>1139</sup> L'article 25 prévoit en substance que les décisions sont exécutées conformément aux articles 31 à 51 (à l'exception de l'article 34, paragraphe 2) de la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Le premier alinéa s'applique également aux décisions qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement, même si elles sont rendues par une autre juridiction. Le premier alinéa s'applique également aux décisions relatives aux mesures conservatoires prises après la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. La reconnaissance et l'exécution des décisions autres que celles visées au paragraphe 1 sont régies par la convention visée au paragraphe 1, pour autant que cette convention soit applicable.

44/2000<sup>1140</sup>. La continuité extraterritoriale des décisions relatives au déroulement et à la clôture de la procédure d'insolvabilité est ainsi le corollaire d'une intégration renforcée des règles de procédure intracommunautaires. La reconnaissance mutuelle est dès lors garante du fonctionnement des jugements rendus conformément au critère d'ouverture de la procédure principale localisée au centre des intérêts principaux<sup>1141</sup>. Un mécanisme de coordination<sup>1142</sup> et d'exécution simplifié des décisions inhérentes à la procédure d'insolvabilité entrevoit à cet effet un traitement des patrimoines de sociétés apparentées.

### *B. Un mécanisme intracommunautaire de reconnaissance et d'exécution*

La discussion porte tout d'abord sur un mécanisme de reconnaissance et d'exécution des décisions relatives au déroulement d'une procédure d'insolvabilité communautaire et celles qui en dérivent directement. Une concentration des actions étroitement liées en un for d'ouverture de la procédure structure en effet la mission de conservation ou de reconstitution des actifs du débiteur insolvable.

On entreperçoit les avantages que procure l'application du Règlement Bruxelles I puisqu'il structure un contrôle formel de la décision étrangère. L'effectivité des décisions « est ainsi assurée de manière beaucoup plus efficace ». L'action en reconnaissance<sup>1143</sup> vise dès lors à clarifier le droit des créanciers d'une procédure collective dont le défendeur est domicilié dans un autre État de l'Union<sup>1144</sup>. Celui-ci prévoit en effet « que les décisions rendues sont reconnues sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure. ». La décision n'est toutefois point reconnue si elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis<sup>1145</sup>. La conception de l'ordre public international en matière de faillite internationale est dorénavant soulignée en droit international privé français. Celui-ci confère une « certaine latitude » quant aux périodes suspectes prévues par la loi de l'insolvabilité. Une durée rétroactive supérieure aux nullités de la période suspecte de droit français est en effet non susceptible de contrevenir à sa conception de l'ordre public en matière de faillite

---

<sup>1140</sup> Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 1-23.

<sup>1141</sup> Article 3§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1142</sup> R. Damman et M. Sénéchal, La procédure secondaire du règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 : mode d'emploi, Rev. Lamy dr. aff. octobre 2006, n°s 9-10, p. 86.

<sup>1143</sup> Article 33 du Règlement 44/2000.

<sup>1144</sup> P. Froehlich, La situation des créanciers au regard des règlements des 29 mai et 22 décembre 2000, *ibidem*, p. 23.

<sup>1145</sup> Article 34 du Règlement 44/2000.

internationale<sup>1146</sup>. La conception minimaliste de l'ordre public prévue en droit communautaire<sup>1147</sup> semble donc davantage pencher sur cette solution quelque soit la durée de la période suspecte admise au sein des États membres.

Les décisions rendues et qui y sont exécutoires sont mises à exécution dans un autre État membre après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée<sup>1148</sup>. Le syndic de la procédure d'insolvabilité peut donc présenter sa requête à la juridiction ou à l'autorité compétente indiquée sur la liste figurant à l'annexe II du Règlement 44/2000<sup>1149</sup>.

La force exécutoire des décisions concernant le déroulement et celles qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité est également simplifiée quant aux conditions de la procédure d'exequatur. Le contrôle de la compétence législative et judiciaire est supprimé et l'instance en exequatur « est dépouillé du caractère contradictoire »<sup>1150</sup>. L'absence de contrôle quant à la juridiction compétente s'entrevoit désormais selon les effets de la reconnaissance mutuelle de décisions communautaires dont l'effectivité s'entrevoit au surplus à travers une exécution simplifiée sur le territoire de l'État membre requis.

La déclaration de la force exécutoire est alors délivrée « de manière quasi automatique après un simple contrôle formel des documents fournis »<sup>1151</sup>. La demande de déclaration constatant la force exécutoire est signifiée à la partie contre laquelle l'exécution est demandée qui peut alors former un recours contre la présente décision<sup>1152</sup> au contraire de la juridiction de l'État requis<sup>1153</sup>.

Ce dispositif renforce in fine la protection des créanciers d'établissements ainsi que ceux de la société mère situés à l'intérieur de l'Union européenne en présence d'un litige transfrontalier. La suppression progressive de la procédure d'exequatur repose donc sur le principe de confiance mutuelle ou réciproque entre les États de l'Union européenne. La « mise en place des procédures uniformes » réservée aux litiges transfrontaliers à des fins de « recouvrement contentieux » de l'impayé souligne l'approche innovante que constitue la suppression de la procédure d'exequatur au sein de l'Union européenne. La reconnaissance des titres à l'étranger<sup>1154</sup> souligne alors « la singularisation de plus en plus manifeste des techniques de

<sup>1146</sup> Cass. com., 5 février 2002, JDI. 2003, p. 476, note P. Roussel-Galle.

<sup>1147</sup> CJCE., 28 mars 2000, Krombach, Aff. C-7/98, Rec. 1935, points 18, 19 et 21.

<sup>1148</sup> Article 38 du Règlement 44/2000.

<sup>1149</sup> Article 39 du même Règlement 44/2000.

<sup>1150</sup> Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international privé, Dalloz, Paris, 2007, p. 639.

<sup>1151</sup> Actes du Colloque du 4 décembre 2007 : Pour une justice économique efficiente en Europe, enjeux et perspectives d'une harmonisation, Bruylant, 2009, p. 122.

<sup>1152</sup> Article 42 et 43 du Règlement 44/2000.

<sup>1153</sup> Actes du Colloque du 4 décembre, 2007, *ibidem*, p. 123.

<sup>1154</sup> L. D'avout, Les non dits de la procédure européenne d'injonction de payer, Rev. Crit. DIP. oct 2007, p.719.

droit judiciaire européen par rapport aux règles de droit commun de reconnaissance et d'exécution internationale des décisions judiciaires »<sup>1155</sup>. Les présents Règlements dépassent alors le simple « allègement de la procédure d'exequatur » telle qu'elle résulte du Règlement 44/2000. Celle-ci n'est en effet plus requise dans la procédure européenne d'injonction de payer « IPE »<sup>1156</sup> dont le mouvement fut mise en œuvre au sein du Règlement portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées « TEE »<sup>1157</sup>.

## Conclusion Chapitre I :

La protection des tiers créanciers s'envisage donc selon une extension de passif à l'intérieur du groupe et justifie dès lors la « vis attractiva de la lex fori concursus » dont l'exécution est facilitée par un accroissement de l'efficacité du régime communautaire de l'insolvabilité<sup>1158</sup>.

La liberté d'établissement et d'investissement des possesseurs de capitaux requiert donc une plus grande sécurité juridique à l'intérieur de l'Union européenne. La perte pour les créanciers lors de l'insolvabilité d'une activité transfrontalière infère un dispositif qui n'a pas vocation à sanctionner le « débiteur désargenté » dont les circonstances de l'insolvabilité sont indépendantes de sa volonté<sup>1159</sup> mais de souligner le principe des vases communicants et celui du siphon. Le principe de liberté de transfert de patrimoines à l'intérieur du groupe de sociétés interroge sur les moyens juridiques du créancier d'une société filiale insolvable. La présente analyse suppose de vérifier si une décision de gestion contraire à l'intérêt social de la filiale (nous soulignons l'intérêt des actionnaires, des salariés et des créanciers assurant la continuité et la prospérité de l'entreprise) emporte des conséquences en matière civile au plan européen.

La réaffirmation d'une vis attractiva concursus par la Cour de justice des Communautés européennes suscite donc la réflexion sur la notion d'action étroitement liée à la procédure d'insolvabilité. La « vis attractiva concursus » est dorénavant consacrée concernant les actions révocatoires sur la base du droit communautaire<sup>1160</sup> et confirme le raisonnement suivi quant à

---

<sup>1155</sup>C. Nourissat, Le Règlement 1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, *Juriscl. Europe*, Mai 2007, p. 4.

<sup>1156</sup> C. Nourissat, *ibidem*, p. 4.

<sup>1157</sup> Règlement (CE) n°805/2004, 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées : JOUE n°L 143, 30 avril 2004.

<sup>1158</sup> Article 25 du Règlement communautaire n°1346/2000; P. Ehret, La CJCE instaure le principe « vis attractiva concursus » concernant les actions révocatoires au niveau communautaire, *Rev. Proc. Coll.* Avril 2009, p. 19 ; CJCE, Gourdain c/Nadler, 22 février 1979, aff. 133/178, Rec. 733 ; P. Froehlich, La situation des créanciers au regard des règlements des 29 mai et 22 décembre 2000, *ibidem*, p. 23.

<sup>1159</sup> M.-T. Caupain, L'efficacité de la justice civile en Europe, Larcier, 2000, p. 369.

<sup>1160</sup> P. Ehret, La CJCE instaure le principe « vis attractiva concursus » concernant les actions révocatoires, *ibidem*.

l'action en responsabilité suite à l'insolvabilité d'une société apparentée<sup>1161</sup>. La préservation des droits du créancier sur les biens du débiteur s'envisage en effet distinctement selon l'évolution de l'action révocatoire qui naît de la procédure d'insolvabilité (le droit français) ou celle suivant le régime juridique suisse encore emprunt de l'action paulienne. Une conception objective a alors davantage de portée puisqu'elle prévoit l'annulation de plein droit d'actes conclus pendant une période dite suspecte en présumant la fraude du débiteur. Une conception subjective de l'action révocatoire prévoit au contraire l'inopposabilité d'opérations en établissant la fraude du débiteur insolvable et la connivence du tiers dont l'application révèle des limites certaines en présence d'un groupe transnational de sociétés.

L'absence de cadre commun au plan communautaire quant au risque pour une direction du groupe de voir sa responsabilité engagée suppose donc quelques lignes directrices<sup>1162</sup>. Nous soulignons ici l'établissement d'un mécanisme de responsabilité reposant sur la faute de gestion prévue en droit positif. L'analyse casuistique renvoie à l'examen en droit comparé d'une théorie des dirigeants de fait en soulignant une action positive et un pouvoir indépendant de décision d'une société dominante selon le droit français. Le droit suisse souligne aussi la position qu'occupe la société mère à travers la notion de direction unique exercée sur une unité économique que caractérise le groupe transnational de sociétés.

L'accès aux actifs transférés à l'intérieur du groupe de sociétés suppose en outre l'étude d'une théorie de la transparence en droit comparé. La recherche d'une correspondance d'une situation de fait avec la règle de droit nous transporte vers les sources d'une éviction de la forme juridique<sup>1163</sup>.

La légitimation de la vie économique du groupe est donc limitée quant au préjudice anormal subit par les créanciers de la société en difficulté. L'intérêt légitime ou privilégié des créanciers conduit à ce que malgré la dualité des personnes juridiques la réalité économique l'emporte sur la forme en appréciant l'identité des sociétés en ce que les rapports de droit lient l'une lie également l'autre<sup>1164</sup> (l'article 2 al 2 du Code civil suisse et la théorie de la confusion des patrimoines en droit français). Le bouclier juridique apparent s'efface et emporte la réunion des actifs et des passifs en un patrimoine unique. Nous en soulignons néanmoins le caractère subsidiaire ou exceptionnel en matière de procédure collective. La prise en compte de transparence et de prévisibilité en droit communautaire conduit cependant à vérifier

---

<sup>1161</sup> CJCE., Gourdain c/Nadler, 22 février 1979, aff. 133/178, Rec. 733.

<sup>1162</sup> Un droit des groupes de société pour l'Europe, Rev. Soc. 1999, p. 285.

<sup>1163</sup> C. Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés, LGDJ, Paris, 1991, p. 209.

<sup>1164</sup> ATF 121/1995 III, 321.

l'élément d'extranéité en ce que la procédure unique englobe de facto les personnes morales étrangères.

Une procédure d'exequatur simplifiée des moyens d'actions susvisées peut donc émaner d'une juridiction compétente en vertu du Règlement 1346/2000. Une reconnaissance immédiate et une exécution simplifiées de la procédure d'insolvabilité et les décisions qui en résultent sont en effet structurées au sein des textes communautaires. La reconnaissance et l'exécution des jugements nationaux d'insolvabilité répondent donc à un processus d'harmonisation par la procédure en allégeant la procédure d'exequatur de droit commun<sup>1165</sup>. L'ordre juridictionnel communautaire s'entrevoit en effet selon le principe de confiance mutuelle qui innerve la réalisation du marché intérieur et désormais l'espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité.

## **Chapitre II : Une hiérarchisation des procédures : un instrument de traitement des patrimoines des sociétés du groupe**

La structuration de l'effet extraterritorial des pouvoirs du syndic se mesure dans l'avancée de ses pouvoirs en droit communautaire de l'insolvabilité (Section II.).

Les effets d'une publication des décisions ouvrant une procédure d'insolvabilité sont soulignés eu égard la teneur des règles de compétence juridictionnelle communautaire prévues au sein du Règlement 1346/2000 (Section I.).

### **Section I. D'une faculté à l'obligation de publication de la décision de procédure d'insolvabilité**

#### **§1. Les modalités et le contenu d'une publication de la procédure d'insolvabilité communautaire**

L'activité du groupe de sociétés mêle des sociétés que le guide législatif sur l'insolvabilité qualifie de « personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur »<sup>1166</sup>. La structure d'une loi

---

<sup>1165</sup> Les décisions relatives au déroulement et à la clôture de la procédure d'insolvabilité ainsi celles qui dérivent directement à la procédure d'insolvabilité sont appliquées sur le territoire de l'Union européenne conformément à l'article 25 du Règlement 1346/2000 et aux articles 33 et 39 du Règlement 44/2000 concernant l'action en reconnaissance et son exécution établie sur requête de toute partie intéressée.

<sup>1166</sup> Voir Paragraphe 12 kk, introduction du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), 2004.

communautaire en matière d'insolvabilité d'un groupe de sociétés s'examine précisément en présence d'une unité économique (voir partie I).

En l'occurrence, le Règlement 1346/2000 permet l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité au lieu du centre des intérêts principaux. Son interprétation jurisprudentielle est donc soulignée en présence d'un groupe de sociétés (voir partie I). Une procédure ultérieure territoriale est en outre susceptible d'être ouverte dans l'État membre dans lequel le débiteur a un établissement<sup>1167</sup>.

Nous relevons d'emblée une carence du Règlement en ce qu'il organise seulement une possibilité d'inscription de la décision ouvrant la procédure d'insolvabilité principale au livre foncier, au registre du commerce ou tout autre registre public tenu dans les autres États membres<sup>1168</sup>.

Alors que la reconnaissance<sup>1169</sup> des procédures d'insolvabilité n'est point liée<sup>1170</sup> à la demande de publication<sup>1171</sup>. Les modalités de publicité du jugement d'ouverture dans les autres États membres sont renseignées au sein de la circulaire du 15 décembre 2006. Le Règlement précise le « contenu essentiel » de la décision qui doit être publié<sup>1172</sup>. L'indication doit alors porter sur l'indication du nom du débiteur, le siège de l'entreprise, de son immatriculation, de l'activité exercée, de la date du jugement d'ouverture, du nom et de l'adresse du syndic et de l'avis aux créanciers à déclarer. Ces mentions recouvrent les dispositions de l'article 21, alinéa 4, du décret du 27 décembre 1985. Celles-ci présentent alors l'avantage de préciser la teneur des règles de compétence juridictionnelle communautaire prévues aux articles 3§1 et §2 du Règlement 1346/2000.

Les mesures de publicité<sup>1173</sup> doivent en effet préciser le critère d'ouverture et donc se pencher sur les éléments de qualification tant du centre des intérêts principaux que celui de l'établissement dont l'étendue est précisément appréciée par les juridictions communautaires en présence d'un groupe de sociétés (voir partie I).

---

<sup>1167</sup> Considérant 12 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>1168</sup> Article 22 §1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1169</sup> L'interprétation stricte de la clause d'ordre public favorise la libre circulation des jugements en prévoyant une procédure d'exequatur simple et rapide : voir arrêt Solo Kleinmotoren, aff. C-414/92, Rec. 2237 point 20 et CJCE., 28 mars 2000, Krombach, C-7/98 : Rec. 1935, points 18, 19 et 21.

<sup>1170</sup> M. Raimon, Le Règlement 1346/2000 *ibidem*, p. 214.

<sup>1171</sup> Le considérant 29 du Règlement prévoit que la publication ne doit toutefois pas être une condition de la reconnaissance de la procédure menée dans un autre État membre.

<sup>1172</sup> Article 21 §1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1173</sup> Circulaire du 15 décembre 2006, JCP E. 2007, p. 1498.

La faculté de publication de ladite décision cède devant une obligation de publication dès lors que celle-ci est obligatoire dans l'État membre où se situe un établissement du groupe<sup>1174</sup> (une filiale ou une succursale selon les cas soumis au juge). Dans cette hypothèse, le syndic de la procédure principale doit « prendre les mesures nécessaires pour assurer cette publication »<sup>1175</sup>. Les mesures de publicité sont en effet envisagées « dans l'intérêt des transactions »<sup>1176</sup> communautaires.

## §2. Les effets d'une absence de publication de la procédure principale

Une des raisons d'être de ce Règlement est précisément d'accroître la coopération et l'échange d'informations entre les juridictions et les praticiens des différents États de l'Union européenne. En l'occurrence, la publication de l'ouverture de la procédure principale et secondaire a comme finalité d'asseoir une base de données au service des praticiens de l'insolvabilité par le biais d'un relais d'informations propre à chaque pays.

Ainsi et conformément à l'article 24 du Règlement 1346/2000, « celui qui, dans un État membre, exécute une obligation au profit d'un débiteur soumis à une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre, et ce alors qu'il aurait dû le faire au profit du syndic de cette procédure, est libéré s'il ignorait l'ouverture de cette dernière. Celui qui a exécuté cette obligation avant les mesures de publicité prévues par le Règlement est présumé, jusqu'à preuve du contraire, avoir ignoré l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. À l'inverse, celui qui a exécuté cette obligation après ces mesures de publicité est présumé, jusqu'à preuve du contraire, avoir eu connaissance de l'ouverture de la procédure ». L'incidence de cette disposition est de faire dépendre le régime des opérations passées au profit du débiteur selon que le créancier a connaissance ou non de la procédure d'insolvabilité. Les mesures de publicité à la demande du syndic lui permettent alors de remettre en cause le paiement effectué au profit du débiteur car dans cette hypothèse, le Règlement présume que le créancier a connaissance de la procédure d'insolvabilité. Ce dispositif nuance les solutions prévues en droit interne concernant les effets d'un

---

<sup>1174</sup> Les pays comme l'Irlande, l'Autriche, l'Espagne, les Pays-Bas, la Hongrie et la Belgique en sont des illustrations : M. Raimon, le Règlement 1346/2000 *ibidem*, p. 214.

<sup>1175</sup> Article 21§2 du Règlement 1346/2000.

<sup>1176</sup> Le considérant 29 du Règlement 1346/2000 prévoit que dans l'intérêt des transactions, il convient, à la demande du syndic, de publier dans les autres États membres le contenu essentiel de la décision ouvrant la procédure. S'il existe un établissement sur le territoire de l'État membre concerné, une publication obligatoire peut être prescrite. Dans les deux cas, la publication ne devrait toutefois pas être une condition de la reconnaissance de la procédure menée dans un autre État membre.

dessaisissement du débiteur. Le Code de commerce français<sup>1177</sup> énonce alors que « les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont ainsi exercés par le liquidateur »<sup>1178</sup> et donc par le « syndic » en droit communautaire. La sanction d'inopposabilité « d'une obligation réalisée au profit du débiteur » est donc variable selon le régime communautaire ou national applicable à la procédure d'insolvabilité. Au contraire du régime issu du droit positif, l'absence de publicité quant à l'ouverture de la procédure principale légitime toutefois l'ignorance du créancier susceptible de s'exécuter au profit du débiteur localisé dans d'autres États membres que celui de la procédure principale<sup>1179</sup> malgré son dessaisissement.

## Section II. La structuration de l'effet extraterritorial des pouvoirs du syndic

Le devoir de coopération et d'information<sup>1180</sup> qui pèse sur les syndics soumet au présent examen les fondements juridiques précisément en présence d'une activité transfrontalière. La recherche d'une coordination des procédures intracommunautaires dans l'intérêt du groupe de sociétés s'examine au travers l'aménagement de l'universalité de la procédure principale (§2.). L'avancée des pouvoirs du syndic en droit communautaire de l'insolvabilité se vérifie conformément à la teneur du Règlement 1346/2000 (§1.).

### §1. L'avancée des pouvoirs du syndic en droit communautaire de l'insolvabilité

Une délimitation des pouvoirs respectifs du débiteur et du syndic se mesure selon l'article 4§2 c du Règlement 1346/2000 (A.). L'introduction de règles matérielles communautaires vise par ailleurs à renforcer les pouvoirs du syndic (B.).

#### *A. L'article 4§2 c du Règlement 1346/2000 : une délimitation des pouvoirs respectifs du débiteur et du syndic*

L'article 4§2 c du Règlement souligne l'étendue de la lex concursus en délimitant les pouvoirs respectifs du débiteur et du syndic. On mesure par cette disposition l'effet attaché au dessaisissement du débiteur (voir partie I). Selon l'article 2-b du Règlement 1346/2000, le

---

<sup>1177</sup> Article L. 641- 9 du Code de commerce français, *ibidem*.

<sup>1178</sup> J. Vallansan, Difficultés des entreprises, Litec, Paris 5<sup>ème</sup> édition, 2009, p. 331.

<sup>1179</sup> M. Raimon, Le règlement 1346/2000, *ibidem*, p. 213.

<sup>1180</sup> Un devoir de coopération est prévu à l'article 31 du Règlement 1346/2000 conjugué au devoir d'information réciproque entre les syndics de chaque procédure d'insolvabilité ouverte.

syndic est défini comme « toute personne ou tout organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires ».

Sous l'angle national, il est un organe de la procédure collective nommé dans le jugement d'ouverture. En droit français, le syndic est caractérisé par l'intervention du mandataire judiciaire (le représentant des créanciers et la mission du mandataire sont visés à l'article L. 622-20 du Code de commerce), le liquidateur, l'administrateur judiciaire et le commissaire à l'exécution du plan<sup>1181</sup>. Leur mission est soumise à surveillance du juge commissaire et du procureur de la République au travers des rapports obligatoires. Ceux-ci consistent donc à « établir l'inventaire des biens de l'entreprise, participer à l'information du juge commissaire et du Tribunal et recevoir les informations du juge commissaire »<sup>1182</sup>. Il faut toutefois souligner le maintien des pouvoirs du débiteur au cours de la procédure de sauvegarde qui diminue ainsi le rôle principal conféré traditionnellement à l'administrateur en cas d'ouverture d'une procédure de redressement<sup>1183</sup> ou de liquidation judiciaire. L'administration de l'entreprise est alors assurée par son dirigeant et relaie la mission du syndic à un organe de contrôle<sup>1184</sup>. Le point de vue de l'internationaliste fait néanmoins porter dans le dessaisissement du débiteur un des mécanismes principaux actionnés par le jugement d'ouverture<sup>1185</sup> qu'il convient précisément de mesurer au plan communautaire à travers le renforcement des pouvoirs du syndic.

## *B. L'article 18 du Règlement 1346/2000 : le renforcement des pouvoirs du syndic*

### 1. Les pouvoirs du syndic en droit international privé

Les pouvoirs du syndic sont visés au sein du Règlement 1346/2000<sup>1186</sup> et se distingue du rôle quelque peu réduit qu'on lui reconnaît traditionnellement en droit international privé commun en dehors de toute procédure d'exequatur. La jurisprudence Buckley<sup>1187</sup> trouve en matière

---

<sup>1181</sup> Les syndics visés à l'article 2 point b du Règlement 1346/2000 et à l'annexe III C du même texte.

<sup>1182</sup> Extrait du Cours de Monsieur le Professeur Haël, Université Lyon III.

<sup>1183</sup> Le régime général est précisé à l'article L. 622-3 du Code de commerce français. Il est alors prévu un principe de gestion par le débiteur même lorsqu'un administrateur est nommé. Ce dernier continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. Les actes de gestion courante qu'accomplit le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi sous réserve des articles L. 622-13 et L. 622-7 du Code de commerce.

<sup>1184</sup> J. Vallansan, *Difficultés des entreprises*, Litec, Paris 5<sup>ème</sup> édition, 2009, p. 76.

<sup>1185</sup> G. Giorgini, *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de la faillite internationale*. Th. Nice, *ibidem*, p. 110.

<sup>1186</sup> Article 18 du Règlement 1346/2000.

<sup>1187</sup> Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, par B. Ancel et Y. Lequette, Dalloz, 2006, numéro 4.

d'insolvabilité un écho en ce qu'un jugement étranger constitutif a un effet de plano<sup>1188</sup>. Une limite est néanmoins fixée puisque ce dernier ne peut autoriser le recours en France à des mesures d'exécution avant la demande d'exequatur<sup>1189</sup>. En conséquence de quoi, le syndic ne peut accomplir que des actes conservatoires<sup>1190</sup>. L'autorité de plano signifie que la reconnaissance du jugement de faillite est admise sans difficulté dès lors que celui-ci ne concerne pas directement les biens du débiteur<sup>1191</sup>. L'apposition de scellés, la demande d'exequatur du jugement étranger en France ou encore ester en justice en territoire français en soulignent l'étendue<sup>1192</sup>.

L'efficacité du jugement dépend alors de la procédure d'exequatur en ce que celle-ci conditionne les effets fondamentaux d'une procédure d'insolvabilité. Dès lors, l'arrêt des poursuites individuelles et l'annulation des actes en application des cas de nullité de la période suspecte s'entrevoient lors de l'octroi de l'exequatur. Soit que ceux-ci impliquent des mesures d'exécution ou qu'ils entraînent à leur suite des actes d'exécution<sup>1193</sup>. L'universalité de la procédure d'insolvabilité est cependant réaffirmée en droit international privé commun au travers d'une part une rétroactivité tempérée<sup>1194</sup> du jugement d'insolvabilité étranger dès l'obtention de l'exequatur (voir infra). La construction d'un espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité se singularise d'autre part en introduisant une reconnaissance automatique<sup>1195</sup> des jugements dont l'exécution répond à une procédure allégée<sup>1196</sup>.

## 2. L'avancée du droit communautaire de l'insolvabilité

### 2.1 En cas d'ouverture d'une procédure principale

---

<sup>1188</sup> Le jugement attribuant les pouvoirs et la qualité du syndic et plus généralement les jugements constitutifs sont reconnus de plano et sont seulement exposés à un contrôle incident en ce qu'il ne renferme aucune potentialité d'exécution forcée ou une condamnation à une prestation quelconque : Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, par B. Ancel et Y. Lequette, Dalloz, 2006, numéro 4.

<sup>1189</sup> F. Melin, Le règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, Bruylant, 2008, p. 95.

<sup>1190</sup> P. Mayer et V. Heuzé, droit international privé, 8<sup>ème</sup> édition, 2004, numéro 667-1, p. 489.

<sup>1191</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *ibidem*, p. 489.

<sup>1192</sup> CA Paris, 29 mai 1963, RTD. Com. 1963. 897. obs. R. Houin.

<sup>1193</sup> G. Duranton, Répertoire droit commercial, Février 2005, numéro 100.

<sup>1194</sup> La réponse traditionnellement admise en droit international privé de la faillite est évoquée au sein de la jurisprudence Richer, Cass.civ., 26 juin 2005, D.P. 1905. 513, note Thaller. La Cour de cassation française admet que l'exequatur ne produit effet qu'au jour du jugement qu'il accorde et ceci sans rétroactivité. L'exercice des poursuites individuelles est ainsi autorisé jusqu'à l'octroi de l'exequatur sans que ces dernières puissent être remises en cause une fois celui-ci obtenu : On note ensuite l'évolution de sa solution sur ce point au sein des affaires Kleber et Transitas : Cass 1<sup>ère</sup> Civ, 22 février 2000, JDI. 2001, p. 107, Note M. Raimon ; Cass.civ., 25 février 1986, Rev. Crit. DIP. 1987, 589, note H. Synvet.

<sup>1195</sup> Article 16 du Règlement 1346/2000.

<sup>1196</sup> L'article 25 prévoit en substance que les décisions sont exécutées conformément aux articles 31 à 51 (à l'exception de l'article 34, paragraphe 2) de la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

L'avancée que souligne le droit communautaire de l'insolvabilité se meut donc par l'affirmation d'une part d'un principe de reconnaissance automatique d'une procédure principale d'insolvabilité à effet universel ouverte au sein d'un État membre<sup>1197</sup>.

Une présentation d'une copie certifiée conforme à l'original de la décision qui le nomme confirme la reconnaissance des pouvoirs du syndic<sup>1198</sup>.

De ces dispositions résultent ce qui constitue une des innovations majeures du Règlement laissant apparaître, somme toute, l'exercice de prérogatives conféré au syndic. La cohérence de l'ordre juridique communautaire en matière d'insolvabilité en dépend. Aussi, convient-il d'ores et déjà de souligner le régime dualiste qui procède du Règlement.

L'étendue des pouvoirs du syndic de la procédure principale se mesure en effet suivant l'ouverture ou non d'une procédure territoriale. On entrevoit ici la portée d'une interprétation du centre des intérêts principaux adossée au centre décisionnel<sup>1199</sup>. Les pouvoirs du syndic en sont accrus. Il peut tout d'abord exercer sur le territoire d'un autre État membre tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'État d'ouverture dès lors qu'aucune autre procédure d'insolvabilité n'a été initiée<sup>1200</sup>. L'innovation porte alors principalement sur les pouvoirs « du syndic d'agir en dehors de leur territoire national »<sup>1201</sup>.

Une limitation importante ponctue toutefois ses prérogatives. L'emploi de moyens contraignants et le droit de statuer sur un litige au sein d'un autre État membre sont limités. Les modalités de réalisation des biens sur un autre territoire que l'État d'ouverture relèvent de la loi du territoire sur lequel il entend agir<sup>1202</sup>. Le syndic doit donc respecter la loi locale quant aux modalités de réalisation des biens puisque cette dernière va déterminer les modes d'intervention du syndic<sup>1203</sup>.

Les pouvoirs du syndic<sup>1204</sup> ont toutefois une portée extra territoriale<sup>1205</sup> à plusieurs effets. Il peut tout d'abord requérir le déplacement des biens du débiteur hors du territoire sur lequel ils

---

<sup>1197</sup> Article 16 du Règlement 1346/2000.

<sup>1198</sup> Article 19 du Règlement 1346/2000.

<sup>1199</sup> T. com. Nanterre, 19 mai 2005, D. 2005, p. 1787, note R. Dammann ; JCP G. 2005, II, 10116, note M. Menjucq ; Rev. proc. coll. 2005, p. 241, obs. M. Menjucq.

<sup>1200</sup> L. Idot, Un nouveau droit communautaire des procédures collectives : Le règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000, JCP E. 19 Octobre 2000, p. 1648.

<sup>1201</sup> C. Kessedjian, Droit commercial et droit international privé, RCADI. 2002, p. 170.

<sup>1202</sup> Article 18§3 du Règlement 1346/2000.

<sup>1203</sup> P. Nabet, La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire, Th. Bourgogne, 2009, p. 245.

<sup>1204</sup> Le syndic est défini comme « toute personne ou tout organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires, Article 2-b du Règlement 1346/2000.

<sup>1205</sup> Article 18§2 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000, JOCE n° L 160 du 30 juin 2000.

se trouvent sous réserve des droits réels<sup>1206</sup>. La négociation des plans de redressement et ou de liquidation unifiés met en évidence la cohérence des tâches que le syndic doit accomplir. La Cour de justice des Communautés européennes rappelle que les pouvoirs et les obligations des syndics varient entre les États membres, mais sont généralement caractérisés par un monopole sur les démarches capitales de toute procédure d'insolvabilité. Il est le garant de la masse, de la par *conditio creditorum*, ainsi que le promoteur des concordats ou des plans d'assainissement permettant à l'entreprise de sortir de la crise »<sup>1207</sup>.

## 2.2 En cas d'ouverture d'une procédure secondaire

L'importance du syndic s'apprécie en la teneur du Règlement et certains auteurs désignent celui-ci comme « un rouage essentiel à la coordination de la procédure principale et de la procédure secondaire »<sup>1208</sup>. L'étendue de ses prérogatives va alors dépendre selon que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité est initiée en vertu de l'article 3§1 ou 3§2, organisant la compétence juridictionnelle de droit commun en matière d'insolvabilité communautaire. Une distinction s'opère donc dans la consécration de solutions novatrices établissant une coordination procédurale hiérarchisée.

Un droit communautaire de la faillite des groupes de sociétés semble ainsi éclore en permettant le renforcement des mesures de publicité<sup>1209</sup> d'une procédure principale initiée au centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés et l'ouverture de procédures secondaires au sein d'un État membre dans lequel le débiteur dispose d'un établissement<sup>1210</sup>. Celui-ci est défini comme « tout lieu d'opérations ou le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens »<sup>1211</sup>. La procédure dite secondaire<sup>1212</sup> est néanmoins limitée au territoire d'ouverture de cette dernière.

La finalité dudit texte est d'asseoir une unité de traitement coordonné afin d'apprécier les biens grevés de sûretés mais aussi les salariés et l'ensemble des créanciers locaux localisés au sein de l'Union européenne.

---

<sup>1206</sup> L. Idot, Un nouveau droit communautaire des procédures collectives, *ibidem*, p. 1648.

<sup>1207</sup> Point 68 de l'arrêt CJCE., Deko, 12 février 2009, aff. 339/07, JO C 82, 2009, p.4.

<sup>1208</sup> M. Menjucq, Intervention du syndic : nouveaux pouvoirs et nouvelles responsabilités, Supplément, Rev. Lamy. dr. aff. 2002, p. 13.

<sup>1209</sup> Article 21 et 22 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>1210</sup> Considérant 12 du Règlement *ibidem*.

<sup>1211</sup> Article 2 h du Règlement *ibidem*.

<sup>1212</sup> Article 27 du Règlement *ibidem*.

Le syndic de la procédure principale doit être en mesure « de présenter des propositions relatives à la liquidation ou à toute utilisation des actifs de la procédure secondaire ». La communication sans délai de tout renseignement peut alors être utile à l'autre procédure<sup>1213</sup>.

Le règlement se distingue par un système de coopération au sein duquel le syndic de la procédure principale « se voit conférer plusieurs possibilités d'influer sur les procédures secondaires en cours »<sup>1214</sup>. En définitive, la solution dépend de l'espèce soumise au juge et d'une pesée des intérêts. L'amélioration de la protection des intérêts localisés ou la réalisation des actifs<sup>1215</sup> au lieu d'établissement gouverne une solution plutôt qu'une autre. L'ouverture d'une procédure secondaire peut donc être demandée par le syndic de la procédure principale<sup>1216</sup>.

Dans l'hypothèse où le « le patrimoine du débiteur est trop complexe pour être administré en bloc et que des difficultés peuvent résulter de l'extension des effets de la loi d'ouverture aux autres États ou se trouvent les actifs »<sup>1217</sup>. L'administration efficace des actifs du groupe de sociétés peut alors être opposée par le syndic de la procédure principale en favorisant l'unité de son traitement à travers la divisibilité du/ou des patrimoines visés. L'influence exercée par ce dernier quant à la possibilité d'ouverture d'une procédure secondaire corrobore la présente finalité et le rôle prédominant du syndic de la procédure principale. Surtout, elle contribue au renforcement des règles communautaires en matière d'insolvabilité en ce que ce dernier influe sur « la proposition d'un plan de redressement ou un concordat en suspendant la liquidation de la masse dans la procédure secondaire »<sup>1218</sup>.

## §2. Un aménagement à l'universalité de la procédure principale

La précision des fondements juridiques de la coopération entre les syndics de la procédure principale et secondaire (A.) s'analyse comme un rouage indispensable au service d'une valorisation des actifs de l'entreprise (B.).

### *A. La précision des fondements juridiques de la coopération entre les syndics*

---

<sup>1213</sup> Article 31 § 1 du Règlement *ibidem*.

<sup>1214</sup> Considérant 20 du Règlement *ibidem*.

<sup>1215</sup> R. Damman et M. Sénéchal, *ibidem*, p. 84.

<sup>1216</sup> Article 29 du Règlement 1346/2000.

<sup>1217</sup> Considérant 19 du Règlement 1346/2000.

<sup>1218</sup> Considérant 20 du Règlement 1346/2000.

Le fonctionnement général d'une coopération concernant le traitement du ou des patrimoines repose en droit communautaire sur le principe de confiance mutuelle et de subordination de la procédure secondaire à celle principale. Le mécanisme de coordination des patrimoines internationaux se réfère expressément à ce principe<sup>1219</sup>. Celui-ci règle le conflit de juridiction en matière d'insolvabilité communautaire. Ainsi, « lorsque les juridictions de deux États membres se considèrent comme compétentes pour ouvrir une procédure principale. La décision de la juridiction qui ouvre la première la procédure devrait être reconnue dans tous les autres États membres, sans que ceux-ci aient la faculté de soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle »<sup>1220</sup>. Le rôle prédominant de la procédure principale s'entrevoit selon une portée universelle qui vise à inclure tous les actifs du débiteur<sup>1221</sup>. Après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale, le syndic de la procédure principale ou toute autre personne habilitée à cet effet par la législation nationale peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire. Ses effets sont alors limités aux actifs où se situe l'établissement. L'une comme l'autre des procédures sont reconnues sans qu'un autre État membre puisse en contester la compétence. Le principe de reconnaissance automatique prévue pour une procédure principale est complété par l'absence de contestation des effets d'une procédure secondaire<sup>1222</sup>.

L'unité nécessaire entre chaque procédure communautaire requiert ainsi des règles impératives de coordination entre chacune d'elles. Le Règlement structure à cette fin un devoir d'information réciproque entre les syndics de chaque procédure<sup>1223</sup>.

La mise en œuvre de « principes généraux de fonctionnement » conduit en conséquence à préciser la coordination desdites procédures. La mise en œuvre de protocoles fondés sur le Règlement en souligne la portée. Ceux-ci ont alors comme finalité de « définir un mode opératoire pratique permettant la coordination effective de deux procédures d'insolvabilité »<sup>1224</sup>.

Les modalités pratiques du traitement du passif sont donc visées dans le protocole et ont vocation à informer les créanciers et préciser les modalités de déclaration des créances prévues au sein du Règlement 1346/2000. L'exercice du « droit des créanciers » organise la production de créances dans chaque procédure qu'il s'agisse des créanciers ou des syndics

---

<sup>1219</sup> Considérant 22 du Règlement 1346/2000.

<sup>1220</sup> Article 16 et 17 du Règlement 1346/2000.

<sup>1221</sup> CJUE., MG Probud, 21 janvier 2010, Aff. C-444/07, point 43 de l'arrêt disponible sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

<sup>1222</sup> Article 17§2 du Règlement 1346/2000.

<sup>1223</sup> Article 31§ 1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1224</sup> M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, Domat, Paris, 2008, p. 540.

désignés dans chacune d'elles. Dans le dernier cas, le syndic doit produire une créance dans l'intérêt des créanciers de la procédure pour laquelle il a été désigné<sup>1225</sup>.

Des propositions relatives à la réalisation des actifs reposent également sur un devoir de coopération et d'information entre le syndic de la procédure principale et secondaire (voir infra). L'utilisation du protocole s'examine donc comme un code de bons usages visant à faciliter l'administration de procédures d'insolvabilité concernant un même débiteur<sup>1226</sup>. Celui-ci s'étend désormais à l'activité transfrontalière du groupe de sociétés<sup>1227</sup> qui fait actuellement l'objet de discussion au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international. La signature de protocoles présente en effet un intérêt grandissant face à l'activité transnationale de sociétés afin « de protéger les actifs à l'étranger ». La recherche d'actifs est présentée in fine « comme la clef du succès » de la procédure d'insolvabilité. Une « approche coordonnée des procédures d'insolvabilité » consiste à inclure dans l'accord un « plan de travail afin de coordonner et déterminer les actions à venir telles que le recensement, la localisation, le recouvrement, la protection et la préservation des actifs du débiteur »<sup>1228</sup>. La finalité est la maximisation de la valeur des actifs au profit des créanciers et l'échange d'informations entre les différents représentants de l'insolvabilité<sup>1229</sup>.

## *B. La justification d'une coopération au service d'une valorisation des actifs*

### 1. La nécessité d'introduire une procédure secondaire de redressement

L'objectif de poursuite de l'activité<sup>1230</sup> qui compte parmi les desseins à accomplir lors du traitement des difficultés des entreprises se traduit dorénavant par l'ouverture d'une procédure principale française de sauvegarde transfrontalière<sup>1231</sup> (voir partie I).

Qu'en est-il cependant des procédures secondaires ouvertes suite à l'ouverture d'une procédure initiée au centre des intérêts principaux ?

---

<sup>1225</sup> Article 32 du Règlement 1346/2000.

<sup>1226</sup> B. Wessels et M. Virgos, European communications & cooperation guidelines for cross-border insolvency, Insol Europe, July 2007, p. 73.

<sup>1227</sup> M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, *ibidem*, 2008, p. 545.

<sup>1228</sup> Projet d'aide mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international, trente-sixième session, New-York, 18-22 mai 2009, p. 71.

<sup>1229</sup> Projet d'aide mémoire de la CNUDCI, *ibidem*, p. 108.

<sup>1230</sup> Projet de loi de sauvegarde des entreprises, Dictionnaire permanent, difficultés des entreprises, Éditions législatives, Bulletin 246, p. 5393.

<sup>1231</sup> D. Tricot, « Les enjeux de la réforme française dans la mise en œuvre du Règlement communautaire », Rev. Lamy. Dr. aff. 10/2006, p. 103.

Le Règlement offre à l'heure actuelle des éléments dans ce sens. Mais l'intention du législateur communautaire se prononce davantage en faveur de dispositions visant à sécuriser le crédit international et donc le règlement du passif. Nous relevons ainsi l'introduction de règles matérielles favorisant l'attente légitime quant à la sécurité des droits des créanciers garantis et le « rempart »<sup>1232</sup> conférée par une garantie en l'absence d'ouverture d'une procédure territoriale. Le Règlement introduit cependant un mécanisme de sauvegarde de l'activité transfrontalière en révélant quelques dispositions à cet effet quant au déclenchement d'une procédure secondaire remplissant la présente finalité. La liste des procédures de liquidation figure à l'annexe B et aux définitions mentionnées à l'article 2 c du Règlement. La liquidation des biens du débiteur confirme la teneur de l'article 3§3 du même texte qui précise que l'ouverture d'une procédure prévue à l'article 3§2 doit être une procédure de liquidation. Ce mécanisme automatique est malgré tout nuancé au sein même de l'article 2 c qui autorise « la clôture d'une procédure de liquidation par un concordat ». Les mesures qui mettent fin à la procédure secondaire peuvent en outre être suggérées par le syndic de la procédure principale. Ces dernières consistent alors à appliquer la loi de la procédure secondaire dont l'étendue prévoit la clôture de la procédure de liquidation « par un plan de redressement, un concordat ou toute mesure comparable »<sup>1233</sup>.

L'amendement de l'annexe B du Règlement 1346/2000 ajoutant la procédure de redressement judiciaire ou de sauvegarde ouverte au titre d'une procédure secondaire introduit alors une flexibilité nécessaire selon les objectifs de sauvegarde de l'activité économique et de maintien de l'emploi. L'intervention du législateur national suppose donc que soit rectifié le Règlement sur ce point identiquement à l'acte rectificatif<sup>1234</sup> incluant la procédure de sauvegarde au sein de l'annexe A du même texte.

## 2. Vers une maximisation de la valeur des actifs : l'exemple du protocole Sendo

La recherche de coordination entre une procédure principale « prédominante » et des procédures subordonnées au lieu d'un établissement de l'activité transfrontalière favorise en outre « l'intérêt supérieur de l'entreprise »<sup>1235</sup>. Le caractère commun à toutes procédures d'insolvabilité est en effet de « bâtir une solution durable de redressement ou céder

---

<sup>1232</sup> M.-N. Jobard-Bachelier, le sort des garanties, *ibidem*, p. 128.

<sup>1233</sup> Article 34§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1234</sup> P. Roussel-Galle, Inscription de la procédure de sauvegarde dans l'annexe A du Règlement 1346/2000, *Rev. Proc. Coll.* septembre. 2006, p. 262.

<sup>1235</sup> C. Saint-Alary-Houin, La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies, *Rev. Proc. Coll.*, 2007, p. 13.

l'entreprise à un repreneur qui permettra la pérennité de l'activité ou alors liquider une unité économique déficiente »<sup>1236</sup>.

Le protocole Sendo caractérise la coordination entre une procédure principale initiée au Royaume-Uni et celle secondaire ouverte en France afin d'améliorer le mode de réalisation des actifs du groupe de sociétés<sup>1237</sup>. Le syndic français de la procédure secondaire et le syndic anglais ont donc conclu un protocole dont l'un des engagements fut la non réalisation des actifs entrant dans le périmètre de la procédure secondaire pendant un certain délai conformément au Règlement 1346/2000<sup>1238</sup>. Ce dernier prévoit en effet la suspension de la procédure territoriale. Le syndic de la procédure secondaire doit ensuite satisfaire un calendrier que permet d'inventorier les actifs concernant l'établissement situé en France dont le centre des intérêts principaux est localisé à Londres<sup>1239</sup>. L'hypothèse formulée consiste donc à obtenir l'agrément de la juridiction française désignée conformément aux articles 3§2 et 3§3 du Règlement 1346/2000 pour la cession globale des actifs à un repreneur dont la proposition englobe les actifs de la procédure secondaire au siège de la filiale du groupe.

## Conclusion chapitre II

Le syndic apparaît comme un acteur incontournable puisque ses pouvoirs et ses obligations sont généralement caractérisés par un monopole sur les démarches capitales de la procédure principale d'insolvabilité. L'ouverture d'une procédure secondaire en présence d'une filiale « met néanmoins fin à ce monopole pour traiter les actifs du débiteur »<sup>1240</sup>. Le mécanisme de coordination des patrimoines internationaux se réfère alors expressément au principe de la confiance mutuelle<sup>1241</sup>. Le fonctionnement général d'une coopération repose en effet sur une subordination de la procédure secondaire à celle principale.

Le droit communautaire constitue à plusieurs effets une avancée vers la construction d'un espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité. L'unité nécessaire entre chaque

---

<sup>1236</sup> C. Saint-Alary-Houin, *ibidem*, p. 13.

<sup>1237</sup> R. Damman et M. Sénéchal, La procédure secondaire du règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 : mode d'emploi, *Rev. Lamy. dr. aff.* octobre 2006, n°s 9-10, p. 86.

<sup>1238</sup> L'article 33§1 dispose que la juridiction qui a ouvert la procédure secondaire suspend en tout ou en partie les opérations de liquidation, sur la demande du syndic de la procédure principale, sous réserve de la faculté d'exiger en ce cas du syndic de la procédure principale toute mesure adéquate pour garantir les intérêts des créanciers de la procédure secondaire et de certains groupes de créanciers. La demande du syndic de la procédure principale ne peut être rejetée que si elle est manifestement sans intérêt pour les créanciers de la procédure principale. La suspension de la liquidation peut être ordonnée pour une durée maximale de trois mois. Elle peut être prolongée ou renouvelée pour des périodes de même durée.

<sup>1239</sup> R. Damman et M. Sénéchal, La procédure secondaire du règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 : mode d'emploi, *Rev. Lamy dr. aff.* octobre 2006, n°s 9-10, p. 86.

<sup>1240</sup> M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Domat, Paris, 2008, p. 540.

<sup>1241</sup> Considérant 22 du Règlement 1346/2000.

procédure communautaire se mesure ainsi selon des règles impératives de coordination entre chacune d'elles. Celles-ci sont soulignées d'une part par le droit matériel communautaire qui favorise la hiérarchisation des procédures qui se muent en instrument de traitement des patrimoines des sociétés du groupe. La base légale communautaire<sup>1242</sup> prévoit un devoir d'information et de coopération réciproque entre le syndic de la procédure principale et secondaire. L'étendue de ce dispositif est caractérisée par la conclusion de protocoles dont le mode opératoire pratique assure la coordination effective de deux procédures d'insolvabilité<sup>1243</sup> tant à l'égard des actifs<sup>1244</sup> que du passif<sup>1245</sup> de l'activité transnationale.

Nous relevons cependant que cet édifice est davantage structuré à des fins de règlement du passif du débiteur à partir de son actif. La coordination d'une procédure territoriale et celle principale autorise par exemple le syndic de cette dernière à suspendre les opérations de liquidation réalisées au sein de la procédure secondaire dans l'intérêt des créanciers<sup>1246</sup>. Si le rôle dévolu à chacun des syndics leur permet d'être le garant de la masse et de la par *conditio creditorum* ; nous soulignons le renforcement du droit communautaire afin que celui-ci mette davantage en lumière la promotion de concordats ou d'assainissement permettant à l'entreprise de sortir de la crise. La coopération effective établit à cet effet « les actifs entrant dans le périmètre de la procédure dont chaque syndic a la charge »<sup>1247</sup>. Alors que le syndic de la procédure principale peut proposer un redressement ou un concordat de la masse dans la procédure secondaire<sup>1248</sup>, l'objectif de poursuite de l'activité transfrontalière requiert une volonté réaffirmée à cet effet en introduisant une procédure secondaire de redressement judiciaire ou de sauvegarde à l'annexe B visées à l'article 2 point c du Règlement 1346/2000. Nous suggérons à cet effet une révision des annexes prévues par le Règlement (CE) n° 603/2005 du 12 avril 2005<sup>1249</sup>.

---

<sup>1242</sup> Article 31 § 1 et 2 du Règlement 1346/2000.

<sup>1243</sup> M. Menjucq, *ibidem*, p. 530.

<sup>1244</sup> L'article 31§3 du Règlement permet au syndic de la procédure principale de faire des propositions relatives à la liquidation ou la réalisation des actifs de la procédure secondaire.

<sup>1245</sup> L'article 40 prévoit l'obligation d'information des créanciers en disposant que « dès qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État membre, la juridiction compétente de cet État ou le syndic nommé par celle-ci informe sans délai les créanciers connus qui ont leur résidence habituelle, leur domicile ou leur siège dans les autres États membres ». Les articles 32§1 et §2 organisent l'exercice du droit des créanciers puisque tout créancier peut produire sa créance à la procédure principale et à toute procédure secondaire. Les syndics de la procédure principale et des procédures secondaires produisent dans les autres procédures les créances déjà produites dans la procédure pour laquelle ils ont été désignés, dans la mesure où cette production est utile aux créanciers de la procédure pour laquelle ils ont été désignés et sous réserve du droit de ceux-ci de s'y opposer ou de retirer leur production, lorsque la loi applicable le prévoit.

<sup>1246</sup> Article 33 du Règlement *ibidem*.

<sup>1247</sup> M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Domat privé, Paris, 2008, p. 545.

<sup>1248</sup> Considérant 20 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>1249</sup> P. Roussel-Galle, *Inscription de la procédure de sauvegarde dans l'annexe A du Règlement 1346/2000*, Rev. Proc. Coll. septembre. 2006, p. 262.

La maximisation de la valorisation des actifs qui compte parmi les desseins à accomplir face à l'activité transnationale du groupe des sociétés est perfectible. Un « coin de ciel bleu dans la tempête » s'entrevoit cependant à travers l'administration efficace des actifs du groupe de sociétés. L'avancée du droit communautaire dans ce domaine souligne la justification d'une coopération en proposant in casu une cession globale incluant tant les actifs de la procédure principale que secondaire à un repreneur de l'activité et/ou de bâtir des solutions durables de redressement à travers un mécanisme de sauvegarde de l'activité économique.

## Conclusion Titre I

L'extension de procédure au centre des intérêts principaux d'une société requiert la mise en œuvre de moyens juridiques permettant au syndic d'accéder aux actifs transfrontaliers. La « vis attractiva concursus » consacrée au sein de la jurisprudence Gourdain<sup>1250</sup> est dorénavant précisée pour les actions révocatoires sur la base du droit communautaire<sup>1251</sup>. Celle-ci confirme le raisonnement suivi quant à l'action en responsabilité suite à l'insolvabilité d'une société apparentée. Les juridictions compétentes désignées au centre des intérêts principaux d'une société peuvent ainsi se prononcer sur la condamnation d'un dirigeant de fait (la société mère) à combler l'insuffisance d'actifs des sociétés filiales en faillite.

La Cour de justice des Communautés européennes fait par ailleurs observer (arrêt Deko) que l'action en révocation a pour but « l'accroissement de l'actif de l'entreprise faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité »<sup>1252</sup>. La réunion des actifs et des passifs au sein d'un même patrimoine examine les fondements de l'action en extension de droit national. Ce mécanisme de protection des créanciers externes favorise la transparence et la prévisibilité en cas d'abus manifeste d'un droit et/ou d'une confusion des patrimoines à l'intérieur du groupe de sociétés. Un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution des présentes décisions est dorénavant mis en œuvre sur la base des Règlements 1346/2000 et 44/2001.

L'universalité de la procédure principale est gouvernée par la mise en œuvre de règles matérielles communautaires. L'amélioration de l'efficacité et le besoin de rapidité des procédures d'insolvabilité ayant des effets transfrontaliers se manifeste alors par des pouvoirs

---

<sup>1250</sup> CJCE., Gourdain c/Nadler, 22 février 1979, aff. 133/178, Rec. 733.

<sup>1251</sup> P. Ehret, La CJCE instaure le principe « vis attractiva concursus » concernant les actions révocatoires au niveau communautaire, Rev. Proc. Coll. Avril 2009, p. 19.

<sup>1252</sup> Considérant 17 de l'arrêt de la Cour (première chambre) du 12 février 2009, Christopher Seagon contre Deko Marty Belgium NV, demande de décision préjudicielle: Bundesgerichtshof – Allemagne, Affaire C-339/07.

renforcés du syndic. Les pouvoirs du syndic<sup>1253</sup> sont désormais accrus et ont une portée extraterritoriale<sup>1254</sup> à plusieurs effets. La procédure principale produit en principe des effets généraux sur tous les actifs du débiteur<sup>1255</sup>. Sa mise en œuvre s'accompagne de pouvoirs du syndic qu'il peut exercer sur le territoire d'un autre État membre qui lui sont conférés par la loi de l'État d'ouverture dès lors qu'aucune autre procédure d'insolvabilité n'a été initiée<sup>1256</sup> sous réserve de l'emploi de moyens contraignants<sup>1257</sup>.

Le compromis entre la thèse de l'universalité et celle de la territorialité n'est toutefois point absent. L'aménagement de l'universalité de la procédure principale s'entrevoit selon l'ouverture de procédures territoriales dites « secondaires ». L'importance du syndic est alors mise en évidence en ce qu'il est « un rouage essentiel à la coordination de la procédure principale et de la procédure secondaire »<sup>1258</sup>. La mise en œuvre de règles impératives de coordination entre chacune d'elles concourt désormais à une réalisation efficace de la masse<sup>1259</sup>. Une valorisation des actifs du groupe transnational de sociétés est ainsi recherchée en doctrine à travers l'ouverture d'une procédure principale et secondaire davantage orientée vers un objectif de sauvegarde de l'activité économique. L'exigence de flexibilité interpelle donc le législateur national sur la révision des annexes comme cela est prévue par le Règlement (CE) n° 603/2005 du 12 avril 2005<sup>1260</sup>. La conclusion de protocole favorise la maximisation de la valeur des actifs en ce que celui-ci englobe l'ensemble des actifs du groupe entrant dans le périmètre de chaque procédure. La mise en œuvre d'une cession globale de l'activité<sup>1261</sup> à un repreneur offre en conséquence une alternative à la liquidation forcée sans perspective de continuité de l'activité de l'entreprise.

---

<sup>1253</sup>L'article 2-b du Règlement 1346/2000 prévoit que « le syndic est défini comme toute personne ou tout organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires ».

<sup>1254</sup> Article 18§2 du Règlement communautaire 1346/2000.

<sup>1255</sup> CJUE., MG Probud, 21 janvier 2010, Aff. C-444/07, point 43 de l'arrêt disponible sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

<sup>1256</sup>L. Idot, Un nouveau droit communautaire des procédures collectives, Le règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000, JCP E. Octobre 2000, p. 1648.

<sup>1257</sup> Conformément à l'article 18§3 du Règlement 1346/2000, le syndic doit respecter la loi de l'État membre sur le territoire duquel il entend agir, en particulier quant aux modalités de réalisation des biens. Ces pouvoirs ne peuvent inclure l'emploi de moyens contraignants, ni le droit de statuer sur un litige ou un différend.

<sup>1258</sup>M. Menjucq, Intervention du syndic : Nouveaux pouvoirs et nouvelles responsabilités, Supplément : Rev. Lamy. dr.aff. 2002, p. 13.

<sup>1259</sup> Considérant 20 du Règlement 1346/2000.

<sup>1260</sup> P. Roussel-Galle, Inscription de la procédure de sauvegarde dans l'annexe A du Règlement 1346/2000, Rev. Proc. Coll. septembre. 2006, p. 262.

<sup>1261</sup>L'affaire Sendo International Limited caractérise un exemple de préparation de cession par la coordination des procédures entre elles, M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, 2<sup>ème</sup> éd, Montchrétien, Paris 2008, p. 545.

# **Titre II : Une limitation à l'unité de la loi de l'insolvabilité désignée au centre des intérêts principaux**

L'extension du domaine de la *lex fori concursus* renvoie au débat doctrinal qui constitue le « point de départ »<sup>1262</sup> d'une justification de la compétence générale de la loi d'ouverture. En effet, la dichotomie entre l'universalité et la territorialité de la faillite est une approche fondamentale<sup>1263</sup> à des fins de détermination de la loi de la procédure d'insolvabilité. Relevons alors d'emblée l'avantage que procure une centralisation procédurale au centre des intérêts principaux. Le principe énoncé à l'article 4 du Règlement 1346/2000<sup>1264</sup> suivant lequel « la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte trouve un fondement doctrinal à des fins d'assainissement voire une liquidation consolidée. Ce principe souffre cependant d'une limitation eu égard une réduction de son domaine (Chapitre I).

L'absence de coordination spécifique en dehors du champ d'application territorial<sup>1265</sup> du Règlement 1346/2000 souligne la problématique de l'effet universel de la procédure initiée au centre des intérêts principaux (Chapitre II).

## **Chapitre I. Une limitation de la *lex fori concursus* justifiée par une réduction de son domaine**

L'application sans exception du droit de l'État d'ouverture suscite selon le Règlement des difficultés d'application<sup>1266</sup>.

<sup>1262</sup>J.-A. Pastor Ridruejo, *La faillite en droit international privé*, RCADI. 1971, numéro 94.

<sup>1263</sup> L'auteur précise les avantages que procure l'universalité de la faillite réside dans les buts que poursuit la faillite (la stricte égalité des créanciers et le relèvement du failli à son domicile). La territorialité et la pluralité de faillites se justifient en ce que la faillite concerne non la personne du débiteur mais son patrimoine et donc se rattache à ce titre au statut réel en ce que la loi de la faillite visent les biens ou en ce que seuls les magistrats de l'État ou sont situés les biens sont habilités à agir car le souverain local ne peut accepter que des agents étrangers se livrent à des actes d'exécution sur son territoire : M. Trochu, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Sirey, Paris, 1967, p. 16-52.

<sup>1264</sup> Le présent article prévoit en son alinéa 1<sup>er</sup> que sauf disposition contraire du Règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle sur le territoire duquel la procédure est ouverte.

<sup>1265</sup> Le champ d'application territoriale du Règlement se définit selon le considérant 14 du Règlement qui requiert la présence d'un centre des intérêts principaux sur le sol de l'Union européenne. L'applicabilité du Règlement suppose en outre que les actifs du débiteur soient localisés dans un État membre et à défaut, les règles de droit commun retrouvent leur empire.

<sup>1266</sup> Considérant 11 du Règlement 1346/2000.

L'universalité de la procédure d'insolvabilité est ainsi limitée par une règle matérielle en faveur des sûretés réelles (Section III) et la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail qui se substitue à la loi de l'insolvabilité (Section II). Ceci suscite le débat autour d'un rattachement distinct et délimite in fine le domaine en principe applicable de la loi d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (Section I).

## Section I. Domaine de la loi d'ouverture

L'appréciation des règles de droit international privé de l'État où la procédure d'insolvabilité est initiée donne un aperçu du domaine de la *lex fori concursus* conféré en droit commun comparé soulevant des problématiques communes en droit international privé de la faillite internationale (§1.). L'application du droit communautaire de l'insolvabilité ouvre des perspectives quant à la nécessité d'une loi principale régissant une insolvabilité transfrontalière du groupe de sociétés (§2.).

### §1. En droit international privé commun de la faillite internationale

La recherche de l'efficacité d'une procédure d'insolvabilité transfrontalière se mesure selon l'universalité de cette dernière (A.) à laquelle on oppose traditionnellement l'efficacité des sûretés réelles (B.). La réaffirmation du principe d'égalité des créanciers selon la *lex fori concursus* est par ailleurs admise en droit international privé commun (C.).

#### *A. La recherche de l'efficacité de la procédure d'insolvabilité*

L'application de la *lex fori* se justifie tout d'abord par le fait que « ces effets tendent à organiser le crédit public en protégeant les créanciers contre les actes du débiteur, en faisant respecter l'égalité entre les créanciers et en préparant et facilitant l'exécution des engagements »<sup>1267</sup>. Or, force est de constater qu'indépendamment des effets de l'exéquatur ; le jugement étranger d'insolvabilité « vaut de plano constitution de syndic mais reste impuissant pour organiser le dessaisissement, suspendre les poursuites en l'absence de publicité sur le territoire français »<sup>1268</sup>

---

<sup>1267</sup> J.-L. Coviaux, Procédures collectives en droit international, *Juriscl. droit international*, Fasc. 3130, 1999, numéro 80.

<sup>1268</sup> Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2007, p. 637.

Ainsi, l'affirmation substantielle d'une manifestation de l'effet international des procédures d'insolvabilité initiées sur son territoire ne passe-t-il point par l'accroissement du « périmètre de la saisie collective opérée par le jugement de liquidation judiciaire »<sup>1269</sup> ou de tout autre type de procédure d'insolvabilité au sens du droit communautaire<sup>1270</sup>.

L'extraterritorialité d'une inopposabilité des paiements ou de l'arrêt des poursuites individuelles<sup>1271</sup> suite à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dépend du prolongement des effets de la loi initiale et donc la réaffirmation de son caractère universel.

Le prolongement des effets de la *lex concursus* concourt en effet à améliorer conséquemment le statut du jugement d'insolvabilité pendant la période qui précède l'exequatur.

En considérant efficacement les effets généraux attachés à ladite procédure, une rétroactivité « tempérée ou sélective » des effets de la loi de la faillite étrangère se rapproche du régime européen d'exécution des procédures d'insolvabilité et amorce une orientation souhaitable en faveur d'une banalisation<sup>1272</sup> de la procédure d'exequatur.

Le dessaisissement éventuel du débiteur et sa date dépendent en droit international privé des mécanismes de reconnaissance<sup>1273</sup> de la procédure d'insolvabilité.

Celle-ci peut alors produire des effets au jour de reconnaissance de la décision étrangère et induire « les conditions auxquelles les actes de disposition du débiteur antérieurs à l'ouverture de la faillite sont nuls, inopposables ou annulables aux créanciers »<sup>1274</sup>. On entrevoit là ce que Monsieur le Professeur H. Hanisch soumettait d'ores et déjà à l'analyse du droit comparé en expliquant l'exigence d'une coopération internationale en matière d'action révocatoire<sup>1275</sup>. Ou encore et selon le même auteur ce que Monsieur le Professeur Dallèves indique comme étant le chemin d'une appréciation universelle de situations individuelles et particulières de la faillite internationale<sup>1276</sup>. L'effet universel est alors favorisé par l'infléchissement des règles nationales de reconnaissance et d'exécution de la procédure d'insolvabilité. Celui-ci se manifeste diversement soit au travers un système d'entraide judiciaire locale (l'article 166

---

<sup>1269</sup> CA Versailles, 20 mars 2008, D. 2008, p. 1662, note J.L. Vallens.

<sup>1270</sup> Les annexes A et B du Règlement 1346/2000 ; P. Roussel-Galle, Inscription de la procédure de sauvegarde dans l'annexe A du Règlement 1346/2000, Rev. Proc. Coll. septembre 2006, p. 262.

<sup>1271</sup> T. Mastrullo, La suspension des poursuites individuelles, un principe d'ordre public international, Actualité des procédures collectives, juillet 2009, p. 1.

<sup>1272</sup> Cass.civ., 22 février 2000, Rev. Crit. DIP. 2000, p. 782, note B. Ancel et H. Muir Watt.

<sup>1273</sup> G. Kaufmann-kohler, Commentaire des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2005, p. 1613.

<sup>1274</sup> P. R. Gilliéron, Qu'y a-t-il de nouveau en matière de faillite internationale ?, RDS. 1992, p. 261.

<sup>1275</sup> H. Hanisch, Deux problèmes de faillite internationale : (analyse comparative), Mélanges offerts à la Société suisse des juristes, Genève, 1976, p. 118.

<sup>1276</sup> H. Hanisch, Deux problèmes de faillite internationale, *ibidem*, p. 117.

LDIP et suivants) soit en élaborant des règles harmonisées reposant sur un tronc commun (la loi type CNUDCI et le Règlement 1346/2000).

### *B. Le sort des sûretés réelles et la procédure d'insolvabilité*

L'observation contribue à s'interroger sur l'efficacité des sûretés réelles en cas d'insolvabilité au travers l'existence d'autres rattachements que la *lex concursus*. Celle-ci appelle des éclaircissements quant à la coordination et à l'efficacité transnationale des mesures nationales opposant par exemple l'interdiction des paiements<sup>1277</sup> et relevant toutes d'un pouvoir d'attraction de la loi de la faillite<sup>1278</sup>.

C'est ici se référer à la vocation générale<sup>1279</sup> que la *lex fori concursus* dispose quant au traitement d'une insolvabilité transfrontalière et des effets généraux<sup>1280</sup> qui en résultent.

L'arrêt de la Cour d'appel de Versailles<sup>1281</sup> est souligné à cet effet. Le liquidateur de la procédure d'insolvabilité française requiert la neutralisation du paiement effectué par le débiteur en Suisse. Ceci a vocation à rendre les dispositions visées par les juges du fond immédiatement applicables conformément à « la consistance et l'étendue que leur donne la loi de fond »<sup>1282</sup>. L'objectif consiste ainsi à obtenir la cristallisation d'un ou plusieurs patrimoines qui repose traditionnellement sur le dessaisissement du débiteur et la suspension des poursuites individuelles<sup>1283</sup>. En l'espèce, il s'agit de faire produire un effet universel à l'interdiction des paiements des créances antérieures au jugement d'ouverture<sup>1284</sup>.

Il est également permis de s'interroger sur ce « qu'il serait raisonnable de laisser à la loi de la faillite le soin de dire si tel type de sûreté ou de garantie est ou non opposable à la masse »<sup>1285</sup>.

L'occasion pour les juges de préciser la domination de la loi de l'insolvabilité est par ailleurs formulée au sein de l'arrêt Société Kleber<sup>1286</sup>. Celui-ci éclaire le régime d'une hypothèque judiciaire inscrite après le jugement déclaratif étranger d'insolvabilité. Ce dernier est régi par la *lex rei sitae* mais la loi de la faillite doit cependant être consultée afin de savoir si

---

<sup>1277</sup> CA. Versailles, 20 mars 2008, *ibidem*.

<sup>1278</sup> J.-L. Vallens, L'opposabilité erga omnes d'un plan, la discipline collective imposée aux créanciers et l'interdiction des poursuites individuelles résultent d'une judiciarisation croissante du traitement des entreprises en difficulté teintée d'ordre public, D. 2006, p. 2257.

<sup>1279</sup> J.-A. Pastor Ridruejo approuve la position de principe qui accorde une compétence générale à la loi du for en droit international privé, *ibidem*, p. 189.

<sup>1280</sup> La circulaire du 15 décembre 2006 prévoit les effets généraux de la procédure d'insolvabilité communautaire : circulaire du 15 décembre 2006, JCP E. 2007. 1498.

<sup>1281</sup> CA. Versailles, 20 mars 2008, D. 2008, p. 1662, note J.-L. Vallens.

<sup>1282</sup> Cass.civ., 22 février 2000, Rev. Crit. DIP. 2000, p. 782, note B. Ancel et H. Muir Watt.

<sup>1283</sup> Les articles L. 622-21, L. 622-1 et L. 641-9 du Code de commerce français illustrent quelques uns des effets principaux gouvernés par la loi française d'insolvabilité.

<sup>1284</sup> Article L. 622-7 du Code de commerce français.

<sup>1285</sup> J.-P. Rémerly, La jurisprudence française en matière de faillite internationale, TCFDIP. 1992, p. 237.

<sup>1286</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 févr. 1986, Sté Kleber, Rev. Crit. DIP. 1987, p. 589, note H. Synvet.

l'hypothèque est opposable à la masse des créanciers alors qu'elle est inscrite dans le temps écoulé entre le prononcé du jugement étranger et l'exequatur accordé par l'ordre juridique requis.

L'étendue de cette jurisprudence se découvre lorsqu'on incline à s'interroger sur la nuisance que peut occasionner le débiteur avec le concours de certains de ses créanciers. On peut alors concevoir ceci par le biais d'un transfert d'une partie de son patrimoine sur un autre territoire (le présent enjeu peut s'avérer utile quant aux opérations intragroupes entre des sociétés solvables et insolubles situées dans des États membres différents : voir supra).

La jurisprudence française réaffirme cependant l'application de la *lex rei sitae* à l'inscription provisoire et définitive d'une hypothèque judiciaire affectant un immeuble localisée en France<sup>1287</sup>. Selon l'espèce considérée, une société suisse Artransac déclarée en faillite par jugement du Tribunal de première instance de Genève a obtenu l'exequatur en France. Celle-ci fait ensuite grief à l'arrêt d'appel en invoquant au second moyen de son pourvoi la violation du principe général d'ordre public international d'égalité entre les créanciers. Les juges du fond admettent en effet la régularité de l'inscription définitive prise en vertu de la loi française de situation du bien. La Cour de cassation confirme les juges d'appel et rejette le pourvoi en ce qu'il est mal fondé. L'inscription de l'hypothèque est, selon les juges du droit, opposable aux créanciers de la faillite dès lors que les effets du jugement étranger sont sans incidence.

Certaines précisions doivent donc être apportées quant aux effets de la *lex fori concursus* sur les droits que peuvent exercer les créanciers revendiquant (l'hypothèse de la clause de réserve de propriété) ou munis de sûretés réelles<sup>1288</sup> sur les biens meubles (les situations de gage et de nantissement sont concernés) ou immeubles (l'hypothèque) localisés sur un territoire autre que celui de l'ouverture de la procédure.

C'est précisément ce que suggère l'affaire Artransac et amène le lecteur à rapprocher la solution dégagée de celle visée à l'arrêt société Kleber. Car celui-ci approuve une rétroactivité sélective à la date du jugement étranger et non au jour de l'exequatur. Mais le présent cas ne concerne non point l'inscription d'une sûreté entre le jugement et l'exequatur mais pris avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité suisse sur un bien immeuble sis en France.

L'importance de dégager un régime des périodes suspectes au niveau international éclaire ainsi l'exercice d'une telle action sur le plan communautaire (voir supra).

---

<sup>1287</sup> Cass.civ., 17 nov 1999 : Rev. Crit. DIP. 2000, p. 433, note J. P Rémy.

<sup>1288</sup> J.-L. Coviaux, *ibidem*, point 93.

Il met par ailleurs en évidence les circonstances exceptionnelles<sup>1289</sup> que requiert l'activité transfrontalière à saisir l'inopposabilité ou la nullité de sûretés inscrites avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité reconnue sans formalité particulière<sup>1290</sup> dans les autres États membres au for prévu à cet effet<sup>1291</sup>.

### *C. Le principe d'égalité des créanciers transfrontaliers gouverné par la lex fori concursus*

Les créances sont ensuite produites selon la loi de la faillite. Dans l'hypothèse où celle-ci est initiée sur le territoire français, les « conditions de recevabilité et d'admissibilité » sont appréciées selon un principe de non discrimination en fonction de la nationalité des créanciers<sup>1292</sup>. Cette solution prétorienne est rappelée avec « constance et permanence » depuis l'arrêt faillite Nebel rendu le 11 mars 1913. Dans ce cas d'espèce, deux faillites concurrentes sont initiées en France et en Allemagne ; la Cour rappelle ainsi que le créancier allemand pouvait produire et déclarer sa créance dans chacune des procédures initiée au lieu d'établissement du débiteur localisé dans chacun des pays susvisés<sup>1293</sup>.

La déclaration doit alors porter sur le montant de la créance du au jugement d'ouverture et la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie<sup>1294</sup>. L'article 99 du Décret 2005-1677 du 28 décembre 2005 prévoit en outre que « lorsque la procédure est ouverte par une juridiction qui a son siège sur le territoire français, le délai est augmenté de deux mois pour les créanciers qui ne demeurent pas sur le territoire »<sup>1295</sup>

## §2. En droit communautaire

Le principe de confiance mutuelle est vecteur d'universalité de la procédure principale (A.) et constitue un arsenal juridique à des fins de conservation des actifs dans les rapports transfrontaliers (B.).

Le renforcement de l'égalité de traitement des créanciers communautaires est structuré en vertu de règles matérielles (C.).

---

<sup>1289</sup> Cass.civ., 17 nov 1999, *ibidem*, p. 442.

<sup>1290</sup> Les articles 16 et 17 du Règlement 1346/2000 sont prévus à cet effet.

<sup>1291</sup> P. Ehret, La CJCE instaure le principe « vis attractiva concursus » concernant les actions révocatoires au niveau communautaire, *Rev.Proc. Coll.* Avril 2009, p. 21.

<sup>1292</sup> Cass. com., 19 janvier 1988, BCT Computer, *Rev. Crit. DIP.* 1990, p. 527, note G. Grasmann.

<sup>1293</sup> M. Menjucq, L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières, *Rev. Proc. Coll.* juin 2009, p. 20

<sup>1294</sup> Article L. 622-25 du Code de commerce, Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 57.

<sup>1295</sup> Code des entreprises en difficulté, *ibidem*, p. 58.

## *A. Le principe de confiance mutuelle : vecteur d'universalité de la procédure principale*

La formule de Monsieur Safa<sup>1296</sup> en ce que l'institution de la faillite est un « véritable protégé juridique » requiert quelques lignes directrices que l'on peut d'ores et déjà systématiser comme suivant.

L'apport du droit communautaire est d'instaurer un effet universel de la procédure principale qui vise à inclure tous les actifs du débiteur<sup>1297</sup>.

La compétence de la juridiction saisie selon un critère de localisation statutaire voire du centre des intérêts principaux<sup>1298</sup> est reconnue sans aucune formalité particulière et répond alors aux impératifs de traitement des actifs et des règles essentielles de la procédure<sup>1299</sup>.

L'étendue du droit communautaire de l'insolvabilité se mesure alors selon les effets de la reconnaissance d'une procédure initiée sur le territoire d'un État membre. Celui-ci prévoit que « la décision d'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre État membre les effets que lui attribue la loi de l'État d'ouverture ». Les effets attribués à la loi de l'insolvabilité et sa reconnaissance immédiate dans les autres États membres reposent sur le principe de confiance mutuelle<sup>1300</sup>.

L'universalité d'une procédure communautaire consiste ensuite à faire produire ses effets généraux sur les actifs de filiales localisées dans d'autres États membres. L'effet est l'accroissement de l'universalité des mesures assurant la conservation des actifs du débiteur (celles-ci sont précisées en droit communautaire par une énumération non exhaustive des différents points de la procédure comme les biens faisant l'objet d'un dessaisissement et les effets de la procédure sur les poursuites individuelles)<sup>1301</sup>.

## *B. Un arsenal juridique à des fins de conservation de l'actif social*

---

<sup>1296</sup> P. Safa, La faillite en droit international privé. Analyse des jurisprudences libanaise, syrienne et égyptienne à la lumière du droit comparé, Beyrouth, 1954, p. 38.

<sup>1297</sup> Considérant 12 du Règlement 1346/2000.

<sup>1298</sup> Article 3§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1299</sup> Il est fait ici référence, nous soulignons, à l'article 4 du Règlement 1346/2000.

<sup>1300</sup> Considérant 22 du Règlement 1346/2000 : l'application du principe de confiance mutuelle sous-tend l'application du Règlement au groupe de sociétés en ce qu'il se manifeste de la façon suivante. Les motifs de non reconnaissance devraient être réduits au minimum nécessaire. Le règlement d'un conflit qui existe lorsque les juridictions de deux États membres se considèrent comme compétentes pour ouvrir une procédure principale repose sur ce principe. La décision de la juridiction qui ouvre la première la procédure devrait être reconnue dans tous les autres États membres, sans que ceux-ci aient la faculté de soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle. Ce qui signifie que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au siège de la société d'un groupe soit reconnue conformément au principe de reconnaissance évoqué à l'article 16 du présent Règlement en l'absence d'ouverture de procédures secondaires.

<sup>1301</sup> Point 25 de l'arrêt CJUE, 21 janvier 2010. Affaire C-444/07, disponible sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

## 1. Les articles 4 2 f, 20 et 38 du Règlement

Le Règlement 1346/2000 précise tout d'abord « que La juridiction compétente pour la procédure principale peut ordonner des mesures conservatoires provisoires en ce qui concerne les biens situés sur le territoire d'autres États membres. Le syndic provisoire désigné avant l'ouverture de la procédure principale peut, dans les États membres dans lesquels le débiteur possède un établissement, demander des mesures conservatoires prévues par la loi de ces États »<sup>1302</sup>. Les mesures conservatoires sont ainsi renforcées durant la période séparant la demande d'ouverture de la décision d'ouverture. Un syndic provisoire est ainsi désigné en vue d'assurer la conservation des biens du débiteur en vertu de la loi d'ouverture de la procédure principale<sup>1303</sup>. La reconnaissance et l'exécution des mesures conservatoires prises après la demande d'ouverture de la procédure suivent en outre le régime simplifié prévu en droit communautaire<sup>1304</sup>

Les articles 4 2 f et 20 du Règlement prévoient respectivement que la loi d'État d'ouverture détermine les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles et l'inopposabilité des paiements effectués après l'ouverture de la procédure<sup>1305</sup>. Ce mécanisme est ensuite réaffirmé par l'adoption d'une règle matérielle communautaire. Le Règlement 1346/2000 autorise en effet le syndic d'exiger la restitution par les créanciers soumis aux effets transfrontaliers de la procédure des sommes perçues après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité<sup>1306</sup>. Une mission de conservation des actifs transfrontaliers incombe donc au syndic de la procédure principale voire secondaire et par l'éclosion de moyens de coopérations transfrontaliers visant « un encadrement juridique de l'insolvabilité »<sup>1307</sup> du groupe de sociétés. Un mécanisme de reconnaissance spécifique en cas d'insolvabilité communautaire est prévu à cet effet et contraint les créanciers à interrompre leurs poursuites sans qu'il y ait besoin de recourir à une procédure d'exequatur<sup>1308</sup>. La valorisation des actifs du groupe de société se mesure selon l'objectif de redressement de l'activité économique en misant « sur la viabilité de l'entreprise » à des fins de maintien de l'emploi. Celle-ci a également vocation à limiter les pertes pour les créanciers transfrontaliers « donnant lieu à un retour sur investissement et permettre à l'entreprise de contribuer à l'économie »<sup>1309</sup>.

<sup>1302</sup> Considérant 16 du Règlement 1346/2000.

<sup>1303</sup> Article 38 du Règlement 1346/2000.

<sup>1304</sup> Article 25 §1 al 2.

<sup>1305</sup> Circulaire du 15 décembre 2006 relative au Règlement 1346/2000 : point 3.1.2.

<sup>1306</sup> Article 20 du Règlement 1346/2000.

<sup>1307</sup> Restructuring bankruptcy and a fresh start, Publication DG Entreprises, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2002, p. 12.

<sup>1308</sup> Circulaire du 15 décembre 2006, *ibidem*.

<sup>1309</sup> Restructuring bankruptcy and a fresh start, *ibidem*, p. 13.

L'objectivation du for principal au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés concourt à ce dessein. La finalité du mécanisme de sauvegarde de l'activité économique s'entrevoit dès lors par un mécanisme de conservation universel et de valorisation des actifs transfrontaliers. La protection et la préservation des actifs transfrontaliers maintiennent en conséquence le potentiel économique du groupe<sup>1310</sup> selon une définition étendue de la procédure d'insolvabilité communautaire (voir partie I).

## 2. Un rôle amélioré du syndic face à une procédure transfrontalière

L'étendue du domaine de la loi principale s'apprécie selon le rôle amélioré du syndic dans les rapports intracommunautaires. Ses pouvoirs lui sont attribués conformément à la *lex concursus* précisément dans la perspective d'un plan de redressement ou de liquidation d'un groupe de sociétés.

On mesure l'incidence d'un for de centralisation des procédures en un centre des intérêts principaux français. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde de droit français conduit à l'administration de l'entreprise par le débiteur et à une mission de contrôle de l'administrateur. Au cours de la procédure de redressement judiciaire, le débiteur peut néanmoins accomplir des actes de disposition et d'administration sur son patrimoine sous réserve des pouvoirs conférés à l'administrateur (voir partie I).

La mission conférée au syndic consiste alors à « gérer l'entreprise et proposer une solution définitive que le Tribunal arrêtera dans un plan de continuation ou de liquidation de l'entreprise »<sup>1311</sup>.

La nature de sa mission prend conformément au Règlement une dimension transfrontalière et interroge sur la poursuite de l'activité transnationale réalisée aux moyens de filiales localisées dans d'autres États membres.

La poursuite des contrats qui relève de la *lex concursus* est envisagée à l'article 4§2 a du Règlement. Celui-ci renvoie ainsi au régime de continuation des contrats en cours, relevant de l'option de l'administrateur judiciaire désigné. Le maintien de certains contrats à des fins de poursuite de l'activité peut ainsi viser des exploitations commerciales dans d'autres États membres<sup>1312</sup>.

Ce principe d'application de la loi de la procédure principale est cependant limité par l'ouverture d'une procédure secondaire<sup>1313</sup>.

---

<sup>1310</sup> C. Saint-Alary-Houin, L'ouverture de la procédure de sauvegarde, *ibidem*, p. 88.

<sup>1311</sup> La faillite et la liquidation judiciaire, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996, p. 42.

<sup>1312</sup> Circulaire du 15 décembre 2006 relative au Règlement 1346/2000 : point 3.2.2.1, *ibidem*.

<sup>1313</sup> M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, Domat privé, Paris, 2008, p. 530.

L'intérêt d'envisager une telle procédure en présence d'une filiale est donc posée en ce qu'elle « met fin au monopole du syndic de la procédure principale pour traiter les actifs du débiteur »<sup>1314</sup>. Les syndics de chaque procédure coopèrent alors sur la base des dispositions du Règlement en établissant « les actifs entrant dans le périmètre de la procédure dont il a la charge »<sup>1315</sup>. Un mécanisme de coordination entre les procédures principales et secondaires se vérifie selon la technique des protocoles (voir infra).

### *C. Des règles matérielles en faveur de l'égalité des créanciers transfrontaliers*

#### 1. L'égalité de traitement des créanciers communautaires

##### 1.1 La réaffirmation de l'universalité de la procédure au passif

La réaffirmation de l'universalité de la procédure renforce l'efficacité du principe d'égalité des créanciers transfrontaliers. La préservation du gage des créanciers se vérifie désormais en droit communautaire comme suivant. Les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances sont ainsi fixées par la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité<sup>1316</sup>. Pour cela, nous pensons comme le souligne M. Trochu que la « concentration » de la procédure permet de remplir les fonctions d'une procédure d'insolvabilité dans un cadre international<sup>1317</sup>. En somme, l'unité de compétence juridictionnelle et législative permet d'assurer l'égalité des créanciers. La thèse de l'universalité de la faillite implique à cet effet l'ouverture d'une seule faillite au lieu du domicile du débiteur<sup>1318</sup>. Celle-ci connaît cependant un aménagement à travers l'ouverture d'une procédure territoriale au lieu d'établissement du débiteur<sup>1319</sup>. L'une comme l'autre des situations consacrent malgré tout un principe d'égalité des créanciers en permettant à chaque créancier et ceci quelque soient leurs nationalités de produire leurs créances soit à la procédure principale soit à toutes procédures initiées sur le territoire de l'Union européenne.

##### 1.2 L'adoption de règles matérielles

Le Règlement 1346/2000 prévoit des indications matérielles qui consistent à favoriser un accès équivalent aux informations concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au sein d'un espace judiciaire européen de l'insolvabilité qu'en train de se constituer.

---

<sup>1314</sup> M. Menjucq, *ibidem*, p. 530.

<sup>1315</sup> M. Menjucq, *ibidem*, p. 545.

<sup>1316</sup> Article 4§2 h du Règlement 1346/2000.

<sup>1317</sup> M. Trochu, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, bibliothèque de droit commercial, Paris, tome 17, p. 68.

<sup>1318</sup> Article 3§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1319</sup> Article 3§2 du Règlement 1346/2000.

Le principe d'égalité des créanciers trouve alors un socle juridique au sein du Règlement<sup>1320</sup>. Ceux-ci prévoient respectivement « l'exercice du droit des créanciers » et « le droit de produire les créances ». La teneur des articles susvisés permet au créancier communautaire de produire sa créance à la fois au sein de la procédure principale et à toute procédure secondaire<sup>1321</sup>. L'obligation d'information destinée à l'attention des créanciers communautaires prend ainsi la forme d'un formulaire. Celui-ci précise le titre « invitation à produire la créance » et le « délai à respecter » dans une des langues officielles de l'État d'ouverture<sup>1322</sup>.

La portée qu'on attribue au principe de l'unité du patrimoine dans les rapports transfrontaliers fait observer que les créanciers sont mal informés voire ignorants d'une procédure ouverte à l'étranger<sup>1323</sup>.

La Commission européenne prévoit un portail sur le thème de la « faillite » à cet effet<sup>1324</sup>. L'obligation d'informer les créanciers connus qui ont leur résidence habituelle, leur domicile ou leur siège dans les autres États membres<sup>1325</sup> satisfait aux exigences du marché intérieur dont l'une des manifestations réside précisément dans l'imbrication d'une pluralité d'ordres juridiques à l'intérieur de l'Union européenne. A l'objectif d'éviter que les parties déplacent leurs avoirs ou les procédures judiciaires d'un État à un autre à des fins de traitement plus favorable, la structuration d'une procédure d'insolvabilité intracommunautaire se mesure précisément sur le site de la Commission européenne<sup>1326</sup>. En effet, le réseau judiciaire européen en matière commerciale accroît la finalité de transparence dans les relations commerciales entre un groupe de sociétés et les tiers en renseignant sur les règles de production des créances et leur contenu. La liberté de déclaration des créances précisée au sein du Règlement 1346/2000<sup>1327</sup> se justifie par le principe de non discrimination<sup>1328</sup> entre les créanciers du groupe transnational de sociétés au sein de l'Union européenne. Celui-ci fonde

---

<sup>1320</sup> Les articles 32 et 39 du Règlement 1346/2000.

<sup>1321</sup> Article 32§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1322</sup> Article 42 du Règlement 1346/2000.

<sup>1323</sup> J.-C. Coviaux, Procédures collectives en droit international, *Juriscl. Droit international*. 2000, fasc. 568, numéro 14.

<sup>1324</sup> [http://ec.europa.eu/civiljustice/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_fr.htm).

<sup>1325</sup> Article 40, *ibidem*.

<sup>1326</sup> Atlas judiciaire européen : [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_fr.htm).

<sup>1327</sup> L'article 39 du Règlement 1346/2000.

<sup>1328</sup> M. Raimon, Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *L.G.D.J*, Paris, 2007, p. 179.

l'exercice du droit des créanciers dans chacune des procédures initiées au sein de l'Union européenne<sup>1329</sup>.

## 2. L'égalité de paiement des créanciers communautaires

Des mesures spécifiques accompagnent par conséquent le présent dispositif en accordant à l'ensemble des créanciers du groupe de sociétés la possibilité de produire leurs créances<sup>1330</sup>. La déclaration des créances au passif de chaque société du groupe peut donc s'envisager selon qu'une seule procédure est ouverte ou selon la pluralité de procédures subsidiaires à cette première. Les créanciers peuvent donc communiquer par écrit leurs créances soit à la procédure principale soit à celles éventuellement ouvertes à l'endroit d'établissements. La vivacité du principe d'égalité des créanciers transfrontaliers se précise selon le Règlement 1346/2000<sup>1331</sup>.

Car si plusieurs procédures d'insolvabilité s'ouvrent et procèdent de l'organisation transnationale du groupe de sociétés ; des règles quant à la restitution et à l'imputation sont prévues afin d'assurer un traitement égal des créanciers. Or, la centralisation de plusieurs procédures en un for unique éclaire la teneur du Règlement sur cette question. Dans ce cas, la satisfaction d'un créancier sur les biens de son débiteur en dehors du pays d'ouverture de la procédure principale donne lieu à restitution au syndic (des exceptions sont néanmoins prévues en faveur des droits réels).

Le déclenchement d'une ou plusieurs procédures secondaires correspond à ce que Monsieur le Professeur Ancel apprécie comme la garantie d'une véritable universalité à l'égard des dettes et des actifs<sup>1332</sup>. Dans cette hypothèse, les droits réels sont soumis à la *lex concursus*. L'égalité de paiement des créanciers est alors organisée en coordonnant la répartition du produit de la réalisation. Selon le Règlement, chaque créancier doit pouvoir effectivement conserver ce qu'il a obtenu dans une procédure d'insolvabilité. Celui-ci ne peut toutefois participer à la répartition de la masse effectuée dans une autre procédure tant que les créanciers du même rang n'auront pas obtenu, en pourcentage, un dividende équivalent<sup>1333</sup>. Le règlement communautaire 1346/2000 prévoit en outre que le surplus d'actif d'une procédure ouverte au

---

<sup>1329</sup> L'article 32§1 du Règlement 1346/2000 souligne que « tout créancier peut produire sa créance à la procédure principale et à toute procédure secondaire ».

<sup>1330</sup> Article 39, *ibidem*.

<sup>1331</sup> L'article 20 du Règlement prévoit que « le créancier qui, après l'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, obtient par tout moyen, notamment par des voies d'exécution, satisfaction totale ou partielle en ce qui concerne sa créance sur des biens du débiteur qui se trouvent sur le territoire d'un autre État membre, doit restituer ce qu'il a obtenu au syndic, sous réserve des articles 5 et 7 ».

<sup>1332</sup> B. Ancel, *Le droit français et les situations d'insolvabilité internationale*, *Gaz. Pal.* 1999, p. 1398.

<sup>1333</sup> Considérant 21 du Règlement 1346/2000.

lieu d'un établissement soit transféré au syndic de la procédure principale si toutes les créances admises au sein de la procédure secondaire ont été payées<sup>1334</sup>.

## Section II. Procédure d'insolvabilité communautaire et droit des salariés

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au sein d'un groupe transnational de sociétés<sup>1335</sup> appelle donc des commentaires puisqu'elle est en mesure de déterminer pour partie la place du droit des salariés dans la procédure d'insolvabilité (§1.).

Les effets de la procédure d'insolvabilité sur le contrat et le rapport de travail relève en outre du droit international commun des contrats<sup>1336</sup>. Le renvoi aux mécanismes du règlement de conflits de lois est issu de la Convention de Rome du 19 juin 1980 en matière d'obligations contractuelles<sup>1337</sup>. Il s'agit de règles substantielles élaborées pour régir une situation internationale. Celui-ci favorise alors la proximité du droit applicable. Une application non exclusive des règles générales de conflit de lois en matière de contrat de travail est cependant soulignée en cas d'insolvabilité d'un groupe de sociétés (§2.).

L'adoucissement d'une rupture du contrat de travail suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité requiert par ailleurs un système de garantie « insolvabilité » en faveur des salariés du groupe de sociétés (§3.).

### §1. La place du salarié en cas d'insolvabilité du groupe de sociétés

Le mode de détermination du centre des intérêts principaux confine de prime abord un rôle différent aux salariés d'un groupe de sociétés dont la centralisation des procédures désigne la compétence des juges étrangers (A.). Si la protection collective des droits des salariés met en perspective la mise en place d'institutions représentatives du personnel qualifiée de lois de police<sup>1338</sup> au lieu d'établissement situé en France. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité communautaire institue au bénéfice du salarié du groupe de sociétés un droit d'information conformément au Règlement 1346/2000 (B.).

---

<sup>1334</sup> Article 35 du Règlement 1346/2000.

<sup>1335</sup> Cass.com., 27 juin 2006, Dr. Sociétés. octobre 2006, p. 16, note J.- P. Legros.

<sup>1336</sup> Article 10 du Règlement 1346/2000.

<sup>1337</sup> Celle-ci est remplacée par le [Règlement \(CE\) n° 593/2008 du Parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles \(Rome I\), JO n° L177 du 4 juillet 2008, p.6](#). Le Règlement est applicable à partir du 17 décembre 2009.

<sup>1338</sup> Cons. d'Et. Ass., 29 juin 1973, Wagons-lits, B. Ancel et Y. Lequette, GA, Dalloz, 2006, numéro 53 ; F. Gamillscheeg, Les principes du droit du travail international : Rev. Crit. DIP. 1961, p. 493 ; P. Coursier, Le conflit de lois en matière de contrat de travail, LGDJ, Paris, 1993, p. 213.

## *A. L'incidence du lieu d'ouverture de la procédure sur le droit des salariés*

Une faculté limitée pour les salariés d'être entendus à la procédure principale étrangère est confirmée en jurisprudence (1.). Ceux-ci ont cependant la possibilité de négocier une protection de leurs droits (2.).

### *1. Une faculté limitée pour les salariés français d'être entendu à la procédure principale étrangère*

L'audition préalable des représentants du personnel d'une filiale du groupe à la décision d'ouverture ne constitue pas selon la Cour de cassation une violation d'un droit fondamental à être entendu durant la procédure. Celle-ci résulte d'une conception stricte de l'ordre public prévu à l'article 26 du Règlement 1346/2000. Le droit communautaire prévoit un principe de confiance mutuelle du au jugement étranger<sup>1339</sup> ouvert au centre des intérêts principaux<sup>1340</sup> du groupe de sociétés<sup>1341</sup>.

Le rattachement d'une procédure au territoire d'un État membre conduit alors à ouvrir une seule procédure pour l'ensemble des entités du groupe. C'est ce qui ressort de l'arrêt de la Haute juridiction commerciale française dans l'affaire Daysitek<sup>1342</sup>. En effet, les juges du fond ont du se prononcer sur l'application du Règlement au groupe de sociétés. L'organisation de l'activité transnationale se présente de la manière suivante. La société Isa Daisiteck est une filiale de la société mère de droit anglais Daisiteck Isa dont le siège social se situe dans le ressort de la Haute Cour de Leeds. Cette dernière a alors engagé une procédure d'administration le 16 mars 2003 envers la société mère et quatorze de ses filiales dont une société française. Compte tenu de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire contre la filiale française, les administrateurs anglais ont formé une tierce opposition et leur demande fut rejetée conformément au jugement du Tribunal de Pontoise. En effet, ces derniers demandent l'infirmité du jugement rendu par celui-ci le 26 mai 2003.

La discussion porte alors sur la qualification du critère de compétence juridictionnelle et la résolution du conflit positif de compétence entre les juridictions anglaises et françaises (voir supra).

---

<sup>1339</sup> J.-L. Vallens, une procédure collective ouverte à l'étranger contre une société française peut être reconnue sauf méconnaissance de l'ordre public, D. 2006, p. 2257.

<sup>1340</sup> Certains auteurs évoquent une décentralisation des procédures d'insolvabilité et une méconnaissance de l'esprit du Règlement, CA Versailles, 4 sept. 2003, Rev. Soc. 2003, p. 891.

<sup>1341</sup> CA. Versailles., 4 sept. 2003, D. 2003, p. 2352 ; Rev. crit. DIP. 2003, p. 655, note G. Khairallah ; JCP G. 2003, II, 10007, note M Menjucq ; Bull. Joly. 2003, p. 927 et 955, note F. Mélin ; 15 déc. 2005, D. 2006 p. 379, note R. Dammann.

<sup>1342</sup> Cass. Com., 27 juin 2006, Dr. Sociétés. octobre 2006, p. 18, note J. -P. Legros.

La priorité est ainsi accordée au Tribunal anglais car la Cour d'appel de Versailles déclare bien fondée la tierce opposition formée par les administrateurs anglais. Le Procureur général forme donc un pourvoi en cassation. Celui-ci fait grief à l'arrêt selon le moyen suivant en précisant que « tout État membre peut refuser de reconnaître une décision d'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité lorsque cette reconnaissance aurait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ; que l'audition des représentants du personnel constitue un tel principe dont la violation était de nature à faire obstacle à la reconnaissance en France de la décision d'ouverture ; qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé l'article 26 du Règlement 1346/2000 ».

Le moyen tiré de la contrariété de l'ordre public international n'emporte néanmoins point la conviction des Hauts juges français. Selon ces derniers, l'absence d'audition des représentants du personnel préalablement à la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne constitue pas une violation manifeste du droit fondamental à être entendue dont dispose une personne concernée par la procédure. L'absence de représentation collective des salariés français au sein d'une procédure d'insolvabilité intracommunautaire se pose aussi dans l'affaire Rover<sup>1343</sup>.

L'absence de prise en considération des salariés « à être représenté à l'instance »<sup>1344</sup> implique un défaut de convocation et l'absence d'audition des représentants du personnel<sup>1345</sup>. Le Tribunal statue ainsi sur l'ouverture de la procédure sans avoir entendu les représentants du comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel. Une différence de régime s'entrevoit désormais selon le lieu d'ouverture de la procédure en l'absence de normes équivalentes en matière de représentation du personnel d'un État membre à l'autre. L'absence d'audition est par exemple « source de nullité » en droit interne<sup>1346</sup>.

## 2. Une faculté pour les salariés de négocier une protection de leurs droits

### 2.1 Par l'existence d'une procédure communautaire secondaire

L'ouverture d'une procédure secondaire au lieu d'exercice de l'activité habituelle des salariés introduit cependant une souplesse. Certes, celle-ci reste encore insuffisante du point de vue de son incidence quant à l'objectif du maintien de l'emploi à l'intérieur de l'Union

---

<sup>1343</sup>CA. Versailles., 15 décembre 2005, Bull. Joly. 2006, p. 328, note F. Melin.

<sup>1344</sup>CA. Versailles., 15 décembre 2005, *ibidem*.

<sup>1345</sup> Les articles L. 621-1, L. 631.7 et L. 641-1 du Code de commerce français.

<sup>1346</sup>Cass. Com., 27 juin 2006, *ibidem*, p. 18.

européenne<sup>1347</sup>. Mais l'alternative offerte aux salariés d'un groupe ne demeure point dénuée d'intérêts eu égard la jurisprudence se prononçant à cette fin et à l'émergence d'un droit *lege ferenda*. L'intérêt est d'abord de leur permettre d'être pleinement acteur<sup>1348</sup> dans une situation de faillite transfrontalière. Conformément à l'article 29 du Règlement 1346/2000, la loi de la procédure secondaire améliore la protection des salariés selon la loi envisagée. Certains droits prévoient des règles gouvernant l'audition des représentants du personnel lors de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire<sup>1349</sup>.

La modification de l'annexe B du Règlement 1346/2000 se mesure précisément en l'introduction d'une plus grande flexibilité s'étendant au-delà d'une procédure liquidative. La mise en œuvre d'un plan de continuation à des fins de redressement<sup>1350</sup> de l'activité économique en souligne l'exigence d'applicabilité. L'addition de la procédure de redressement judiciaire au sein de l'annexe B contribue d'une part à favoriser les objectifs assignés à ladite procédure. La présente proposition n'est point irréaliste et « emboîterait » le pas du législateur britannique suite à la révision des annexes du Règlement (CE) n° 603/2005 du 12 avril 2005. Celui-ci inclut en effet dans l'annexe B « une combinaison entre la procédure de liquidation judiciaire et l'équivalent de la procédure de sauvegarde anglaise »<sup>1351</sup>. Les objectifs de poursuite de l'activité de l'entreprise, de maintien de l'emploi et d'apurement du passif<sup>1352</sup> sont communs tant à la procédure de sauvegarde que celle appréciée en phase de redressement judiciaire. L'intervention des représentants du personnel est alors favorisée tandis que le choix du redressement au lieu d'établissement de la filiale française peut être stratégiquement porteur. La prise en charge étendue<sup>1353</sup> du passif salarial affectant l'activité locale favorise en outre le traitement social des difficultés économiques (voir *infra*).

Le recours aux nullités de la période suspecte en cas de cessation des paiements favorise par ailleurs le retour d'actes affectant le patrimoine d'une filiale du groupe et le financement du redémarrage de son activité<sup>1354</sup>.

---

<sup>1347</sup> L'ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité est en effet une des procédures mentionnées à l'annexe B du Règlement. Concernant la France, il ne peut s'agir que d'une procédure de liquidation judiciaire.

<sup>1348</sup> Q. Urban, La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière, JCP G. mars 2006, p. 547.

<sup>1349</sup> L'article L. 641-1 du Code commerce français.

<sup>1350</sup> L'affaire Rover : Priorité donnée à la high Court of justice de Birmingham, D. 2005, p. 1791, note R. Dammann.

<sup>1351</sup> R. Dammann et M. Sénéchal, La procédure secondaire du Règlement (CE) n°1346/2000 : mode d'emploi, Rev. Lamy. dr. aff. Oct 2006, p. 82.

<sup>1352</sup> Article L. 631-1 du Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 105.

<sup>1353</sup> C. Saint-Alary-Houin, La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies, Rev. Proc. Coll. 2006, p. 17

<sup>1354</sup> C. Saint-Alary-Houin, *ibidem*, p. 17.

L'affaire Rover<sup>1355</sup> et Dasyitek<sup>1356</sup> qui, sans aboutir à l'ouverture d'une procédure secondaire comme dans certains autres États membres<sup>1357</sup> font montre de l'utilité du présent mécanisme juridictionnel. L'intérêt du recours à l'ouverture d'une procédure au lieu du siège statutaire d'une filiale corrobore en effet l'application du principe de proximité. La doctrine souligne pareil raisonnement à propos, soulignant « le caractère illusoire de croire qu'en pratique les salariés s'adresseront au Tribunal anglais »<sup>1358</sup>. Car la protection de leurs intérêts se décline naturellement conformément à la loi d'ouverture de l'État membre au sein duquel l'activité habituelle des salariés est réalisée.

La pesée des intérêts en présence traduit ensuite l'exigence ou non d'ouverture d'une telle procédure. L'affaire Rover en est une illustration puisqu'elle permet « l'ouverture de négociations entre les créanciers locaux et le syndic de la procédure principale anglaise »<sup>1359</sup>. Les moyens soumis à discussion au sein de la présente espèce mettent en lumière une série d'arguments. Leur caractère commun est la recherche d'une solution adéquate tant pour les dirigeants que pour les salariés du groupe Rover.

La solution suit un cheminement qui s'écarte du règlement de conflit de lois instauré par le Règlement (voir infra). Ledit raisonnement tente en effet de concilier « une meilleure valorisation des actifs » et ainsi limiter « le nombre de défaillances » au sein du groupe de sociétés. Le pragmatisme des administrateurs anglais permet dès lors de confirmer une centralisation de la procédure en s'engageant expressément auprès des salariés français. Une convention de séquestre fut alors signée pour un montant de 775 000 Euros représentant la partie non garantie des salaires et des indemnités dues aux salariés en cas de licenciement. Le traitement des créances salariales fut alors traitée à l'identique d'une procédure française<sup>1360</sup>.

## 2.2 Par l'existence d'un plan de sauvegarde de l'emploi

Les effets du principe d'autonomie de la personne morale prévus en droit communautaire sont également soulignés concernant le droit des salariés à obtenir un reclassement<sup>1361</sup> ou de bénéficier des moyens financiers<sup>1362</sup> du groupe de sociétés.

---

<sup>1355</sup> L'affaire Rover : priorité donnée à la high Court of justice de Birmingham, D. 2005, p. 1791, note R. Dammann.

<sup>1356</sup> CA .Versailles., 4 septembre 2003, D. 2003, Jur. p. 2352, note J.-L Vallens.

<sup>1357</sup> Les affaires Daysitek et Automold : CA. Düsseldorf, 9 juill. 2004, RIW 2005, 150 ; Amtsgericht de Cologne, 23 janv. 2004, NZI 2004, 152.

<sup>1358</sup> L'affaire Rover, *ibidem*, p. 1792.

<sup>1359</sup> L'affaire Rover : la Cour d'appel de Versailles précise les conditions d'ouverture d'une procédure secondaire dans le cadre du Règlement 1346/2000, D. 2006, p. 379, note R. Dammann.

<sup>1360</sup> T. com., Nanterre, 19 mai 2005. D. 2005, p. 1788, note R. Dammann.

<sup>1361</sup> P. Petel, Groupe de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi, JCP E. 2007. 1423

<sup>1362</sup> F. Mélin, Le Règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, Bruylant, 2008, p. 91.

La Cour de justice des Communautés européennes souligne le fait que les choix économiques d'une société soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par le règlement <sup>1363</sup>.

Aussi, les liens étroits<sup>1364</sup> qu'entretiennent la société mère et les autres sociétés filiales du groupe sont en principe non déterminants dans la fixation du for communautaire en matière d'insolvabilité<sup>1365</sup>. L'étendue d'une centralisation de plusieurs procédures sous la houlette d'un for unique se justifie ainsi à travers l'effet de contagion des difficultés financières que rencontrent le groupe de sociétés. La présomption simple posée en faveur du siège statutaire semble caractériser l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au siège social d'une filiale lorsque la société mère est in bonis<sup>1366</sup>.

L'insolvabilité d'une filiale ayant des liens privilégiés avec d'autres sociétés constituées à l'étranger, interroge sur le droit des salariés en cas d'insolvabilité de cette première.

Ceux-ci conduisent en définitive à se pencher sur l'exercice de moyens spécifiques auxquels peuvent éventuellement prétendre les salariés en présence d'une unité économique et sociale<sup>1367</sup> que caractérise le groupe de sociétés<sup>1368</sup>.

L'étude en droit comparé d'un mécanisme de sauvegarde de l'emploi suppose d'en apprécier le contenu<sup>1369</sup>. Or, le droit français lie étroitement la validité d'un plan de sauvegarde et la mobilisation des moyens du groupe consacrée à cet effet. Ce dernier consiste à établir « un plan de sauvegarde de l'emploi » pour éviter les licenciements et faciliter « le reclassement du personnel » dont le licenciement ne pourrait être évité<sup>1370</sup>. La validité du plan de sauvegarde de l'emploi dépend donc des moyens dont dispose l'entreprise ou, le cas échéant, l'unité économique et sociale du groupe<sup>1371</sup>. La réaffirmation d'un principe fondamental du droit des

---

<sup>1363</sup> Point 37 de l'arrêt CJCE., 2 mai 2006, Affaire Eurofood, JCP. 2006, p. 1127, note M. Menjuq.

<sup>1364</sup> Voir la corrélation entre liens financiers et liens économiques au sein d'un groupe de sociétés en difficulté au sein de la présente thèse, p. 179 et s.

<sup>1365</sup> La Circulaire du 15 décembre 2006 relative au règlement 1346/2000 prévoit au point 1.2.3 une interprétation restrictive de l'arrêt Eurofood. Selon cette première, l'arrêt du 2 mai 2006 « écarte sans aucune ambiguïté l'application, par principe, du Règlement au groupe de sociétés », JCP E. 2007, p. 1498.

<sup>1366</sup> R. Dammann et G. Podeur, « les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité », Rev.Lamy.dr. aff. mai 2007, p. 65.

<sup>1367</sup> A. Supiot, Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise, RTD. Com. 1985, p. 628.

<sup>1368</sup> Cass. Soc., 15 février 2006, JCP S. 2006, p. 29, note G. Blanc-Jouvan.

<sup>1369</sup> M. Cohen, le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, L.G.D.J, Paris, 2003, p. 704.

<sup>1370</sup> L'article L. 321-4-1 d Code de travail français dispose que « dans les entreprises employant au moins cinquante salariés, lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à 10 dans une même période de trente jours, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment les salariés âgés ou qui présentent des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile » : B. Teyssié, le Code de travail, Litec, Paris, 2009, p. 523.

<sup>1371</sup> B. Teyssié, le Code de travail, *ibidem*, p. 524.

sociétés conduit cependant à ne point faire résulter de cette disposition « une obligation à la charge de la société dominante »<sup>1372</sup>. Ceci confirme l'analyse selon laquelle la réalité du groupe n'impose d'elle-même aucune conséquence juridique. Car les créanciers qu'ils soient salariés, fournisseurs ou encore les banques disposent d'ores et déjà d'actions fondées tant sur le droit commun que sur le droit des procédures collectives. Ceux-ci peuvent ainsi obtenir une extension de passif d'une société dominée insolvable à une autre société du groupe. La théorie des dirigeants de fait ainsi qu'une correction exceptionnelle à l'indépendance juridique des sociétés en sont des illustrations (voir supra). Les juges du fond retiennent, néanmoins dans l'affaire Aspocomp<sup>1373</sup>, l'absence d'autonomie de la filiale et en tire les conséquences quant à l'obligation de reclassement qui pèse directement sur la société mère. Cette solution réaffirme « l'obligation d'une recherche loyale et sérieuse d'un reclassement au sein des sociétés du groupe transnational de sociétés »<sup>1374</sup>.

#### *B. Une information individuelle selon le Règlement 1346/2000*

Tant les créanciers de la société mère que ceux d'une filiale se voient désormais avertis<sup>1375</sup> puisque le Règlement « permet aux juridictions, même saisies à raison d'un établissement, d'avoir une connaissance exacte du passif du débiteur »<sup>1376</sup>. Les salariés qui ont leur résidence habituelle, leur domicile dans un autre État membre que le centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés sont informés par courrier individuel. Le salarié indique la nature de la créance, sa date de naissance et son montant ; il précise également s'il revendique pour cette créance un privilège et les biens sur lesquels porte la garantie qu'il invoque<sup>1377</sup>.

Le caractère universel<sup>1378</sup> de la *lex fori concursus* initié en un centre des intérêts principaux est réaffirmé. La *lex fori concursus* précise alors si les créances des travailleurs sont garanties par un privilège et le rang éventuel de celui-ci<sup>1379</sup>. La loi d'ouverture fixe les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances<sup>1380</sup>.

Le salarié transfrontalier bénéficie ainsi d'un système d'information communautaire individuel dans l'hypothèse où le débiteur est insolvable. Pour cela, la production de créances

---

<sup>1372</sup> P. Petel, Groupe de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi, JCP E. 2007. 1423

<sup>1373</sup> CA 22 mars 2005, Bull. Joly. 2006, p. 192, note B. Saintourens.

<sup>1374</sup> P. Petel, *ibidem*, p. 34.

<sup>1375</sup> Article 40 du Règlement 1346/2000.

<sup>1376</sup> Article 32 du Règlement 1346/2000.

<sup>1377</sup> Article 41 du Règlement 1346/2000,

<sup>1378</sup> Le considérant 28 du Règlement 1346/ 2000 indique que les questions d'insolvabilité telles que le fait de savoir si les créances des travailleurs sont garanties par un privilège et le rang éventuel de celui-ci relèvent de la *lex fori concursus*.

<sup>1379</sup> Article 4 §2 i du Règlement 1346/2000.

<sup>1380</sup> Article 4§2 h du Règlement 1346/2000.

est requise selon le formulaire visé à cet effet et prévu par le Règlement communautaire. La possibilité pour les créanciers de produire leurs créances tant dans la procédure secondaire que principale<sup>1381</sup>, introduit la possibilité de déclencher l'ouverture d'une procédure territoriale locale<sup>1382</sup> et/ou de bénéficier d'une garantie de paiement des salaires non versés (voir infra).

## §2. Règles de conflit de lois en matière de contrat de travail versus *lex fori concursus*

Le règlement communautaire confirme en effet en son considérant 28<sup>1383</sup> l'intérêt d'un mécanisme de proximité institué au bénéfice du salarié (A.). Les questions autres que celles relatives à la cessation ou la poursuite des relations de travail comme la détermination du rang de la créance salariale restent soumises à la *lex concursus* (B.).

### *A. Un principe de proximité en faveur de « la partie la plus faible »*

#### 1. L'application du droit commun des contrats internationaux

Le droit des contrats internationaux se mesure, en cette période transitoire, selon la Convention de Rome du 19 juin 1980 à laquelle se substitue le Règlement Rome I à partir du 17 décembre 2009<sup>1384</sup>. Ces instruments prévoient l'application de règles en matière d'actes juridiques et caractérise le droit commun en la matière. L'application de la loi d'autonomie est ainsi limitée au bénéfice des parties les plus faibles dont font parties les salariés. En conséquence, le choix visé par les parties quant à la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix conformément aux paragraphes deux, trois et quatre du présent article<sup>1385</sup>.

---

<sup>1381</sup> Article 32 du Règlement 1346/2000.

<sup>1382</sup> Article 29 du Règlement 1346/2000.

<sup>1383</sup> Le considérant 28 du Règlement 1346/2000 dispose par ailleurs qu'aux fins de protection des travailleurs et des emplois de travail, les effets de la procédure d'insolvabilité sur la poursuite ou la cessation des relations de travail et sur les droits et obligations de chaque partie découlant de ces relations doivent être déterminés par la loi applicable au contrat en vertu des règles générales de conflit de lois.

<sup>1384</sup> Article 29 du Règlement (CE) numéro 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : JOUE 4 juillet, numéro L 177/6.

<sup>1385</sup> Le paragraphe 1 de l'article 8 du Règlement 593/2008.

Le paragraphe 2 de l'article 8 dispose qu'« À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays » ; le paragraphe 3 précise que si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 2, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur. Le paragraphe 4 prévoit une clause de proximité puisque s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique.

L'articulation entre la loi applicable au contrat de travail et celle gouvernant la procédure d'insolvabilité se pose selon les termes suivants. Une attention singulière est en effet portée à la loi applicable au contrat de travail au considérant 28 et à l'article 10 du Règlement 1346/2000.

Leur rappel respectif met en évidence la spécificité de la règle de conflit en matière de contrat de travail<sup>1386</sup> et l'objectif de protection minimale visée à cet effet. Les effets de la procédure d'insolvabilité sur la poursuite ou la cessation des relations de travail et sur les droits et les obligations de chaque partie découlant des relations de travail doivent ainsi être déterminés en vertu des règles générales de conflit de lois. La *lex fori concursus* est dès lors évincée au bénéfice de la loi de l'État membre applicable au contrat de travail<sup>1387</sup>.

Une interprétation large des notions de « contrat de travail » et des « rapports de travail » remplit un double objectif. Celle-ci favorise en premier lieu la proximité du droit applicable au contrat de travail en renvoyant aux dispositions de droit commun en matière de contrats internationaux. La *lex loci laboris* est privilégiée au pays dans lequel le travailleur accomplit habituellement<sup>1388</sup> son travail ou dans celui où se situe l'établissement qui l'a embauché<sup>1389</sup>. Les conditions de continuité ou de rupture du contrat de travail sont en conséquence soumises aux dispositions protectrices de la partie présumée la plus faible.

## 2. Un mécanisme complexe résultant d'une centralisation des procédures

Ainsi, l'hypothèse d'une activité fractionnée géographiquement et juridiquement suppose que soit d'ores et déjà mise évidence l'interaction entre la décision de centralisation des procédures d'insolvabilité concernant chaque filiale du groupe au siège de la société mère et le sort des contrats de travail conclus dans chacune d'elles. En effet, la poursuite des relations de travail ou leur cessation, intervenant dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité transfrontalière, met en évidence la complexité d'un partage de compétence entre le juge saisi au lieu du centre des intérêts principaux et la loi applicable au contrat de travail<sup>1390</sup>.

La rupture de ce dernier implique une application distributive des lois en présence. Le mouvement de fond jurisprudentiel issu de l'interprétation du droit communautaire<sup>1391</sup> fait du

---

<sup>1386</sup>F. Jault-Seseke, Le sort des salariés, L'effet international de la faillite : une réalité ? Dalloz 2004, p. 152.

<sup>1387</sup> Article 10 du Règlement 1346/2000.

<sup>1388</sup>P. Coursier, Le conflit de lois en matière de contrat de travail, LGDJ, Paris 1993, p. 101.

<sup>1389</sup> Etude dirigée sous la Direction du Professeur C. Nourissat, Droit international et communautaire des contrats d'affaires, Rev. Lamy. dr. aff. 2008, p. 81, obs A. Devers.

<sup>1390</sup> Jault-Seseke, Le sort des salariés, *ibidem*, p. 154.

<sup>1391</sup> M. Menjucq, L'Europe et le droit de l'entreprise, JCP E. numéro 14-15, 2007, p. 37.

Règlement un instrument de résolution de conflit du groupe de sociétés insolvable. La loi applicable au contrat de travail conclu au sein d'une filiale localisée dans un autre État membre que l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité va alors s'appliquer. Les dispositions prévues par le législateur national dans ce domaine sont fort divers d'un État à l'autre.

Le droit français contribue, par exemple, à faire du maintien de l'emploi une des finalités des procédures collectives qu'il s'agisse de la nouvelle procédure de sauvegarde ou de la procédure de redressement judiciaire<sup>1392</sup>. Cet objectif est communément admis en droit comparé<sup>1393</sup>. L'orientation du droit de l'insolvabilité s'analyse alors comme davantage portée vers le sauvetage de l'entreprise à travers le gel de l'actif et l'interdiction des poursuites. Le droit des créanciers n'est cependant pas absent en ce qu'ils ne doivent pas subir sans conditions la défaillance du débiteur<sup>1394</sup>.

En définitive, certains auteurs voient dans le mécanisme prévu par le Règlement 1346/2000 un encouragement au forum shopping<sup>1395</sup> selon les règles édictées en faveur ou non des salariés. Une nuance est apportée par celui-ci en ce que la loi de la procédure d'insolvabilité est évincée au bénéfice de la loi applicable au contrat de travail. Cette dernière précise alors s'il est possible de mettre fin au contrat de travail et selon quelles modalités<sup>1396</sup>.

On entrevoit là, le balancement<sup>1397</sup> réalisé par le droit communautaire entre ces deux lois et les complications d'ordre pratique lorsque le juge doit se référer au droit étranger. L'on peut toutefois s'interroger sur le bien fondé<sup>1398</sup> d'un renvoi systématique à la loi applicable au contrat de travail en présence d'une centralisation des procédures d'insolvabilité.

Nous mesurons pleinement la difficile conciliation entre, d'un côté la sauvegarde d'intérêts locaux (la filiale et les créanciers de cette dernière) et de l'autre, l'assainissement du groupe en un for principal. Les situations de faillites en cascade dont la contagion se répand aux sociétés apparentées révèlent deux problématiques soulevées dans la présente thèse. Ces dernières tendent à saisir le « phénomène transnational » et « économique »<sup>1399</sup> du groupe de

---

<sup>1392</sup> P. Morvan, Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté, *ibidem*, p. 1754 : il est ici fait référence aux articles L. 620-1 et L. 631, al 2 du Code de commerce français.

<sup>1393</sup> L'exemple de l'administration (redressement judiciaire) défini à la section 123 de l'Insolvency Act de 1986 et à l'entreprise act de 2002 visant à sauver l'entreprise : [http://ec.europa.eu/civiljustice/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_fr.htm).

<sup>1394</sup> G. Khairallah, Les sûretés mobilières en droit international privé, Paris, 1984, numéro 302.

<sup>1395</sup> R. Vatinet, Le volet social de la loi de sauvegarde des entreprises précisé par son décret d'application, JCP S 11. 2006, p. 9.

<sup>1396</sup> M. Raimon, Le Règlement communautaire 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, L.G.D.J, Paris, 2007, p. 168.

<sup>1397</sup> F. Mélin, *ibidem*, p. 277.

<sup>1398</sup> F. Melin évoque les objections au principe du recours à la loi du contrat, *ibidem*, p. 277.

<sup>1399</sup> P. Volken, L'harmonisation du droit international privé de la faillite, RCADI. Tome 230. 1991, numéro 45.

sociétés. L'aménagement apporté aux règles de fonctionnement de sociétés indépendantes et constituées selon les droits nationaux au lieu d'implantation, dispose dorénavant d'un miroir réfléchissant en un for principal (voir supra). Mais le système de résolution de conflit de lois auquel renvoie le Règlement en matière de contrat de travail apporte une réponse ambivalente selon l'unicité du for ou non. Dans l'affirmative, la protection de la partie la plus faible (le salarié) dépend de la loi de l'établissement au sein duquel le salarié est engagé ou du lieu d'exécution du contrat de travail, laquelle désigne lato sensu « les principes de cette loi qui sont propres aux situations d'insolvabilité »<sup>1400</sup>.

L'application de la *lex concursus* qui gouverne les pouvoirs de redressement et de gestion du syndic sont donc réduits conformément à la loi désignée compétente. La présence d'établissement (la filiale et/ou une succursale) localisé dans un autre État membre que la procédure principale requiert l'examen de la loi applicable au contrat de travail. Ainsi, certaines dispositions nationales limitent l'universalité d'une procédure d'insolvabilité communautaire ouverte en direction d'une filiale française. Le droit français sensible aux préoccupations sociales<sup>1401</sup> a donc vocation à gouverner les licenciements économiques décidés au cours d'une procédure collective étrangère. Le juge étranger est donc en principe astreint aux exigences requises lors du prononcé de licenciement en période d'observation<sup>1402</sup>.

Le caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements pour motif économique, s'applique aussi aux procédures de liquidation judiciaire<sup>1403</sup>. La projection de mesures semblables au plan international souffre-t-elle d'une limitation quant aux objectifs assignés lors d'une réorganisation visée en un for étranger. Si le maintien de l'emploi est un objectif du droit des procédures d'insolvabilité, celui-ci prévoit parallèlement un mécanisme de réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise que peut justifier en certaines circonstances une cause économique du licenciement<sup>1404</sup>. Or, les effets d'une centralisation des procédures d'insolvabilité en un for où se décide la décision de redressement ou de liquidation du groupe de sociétés n'autorise point le juge de l'insolvabilité d'intervenir « d'après la loi d'ouverture »<sup>1405</sup> ; que cela soit dans le sens d'un plus grand maintien de l'emploi ou celle visant à réorganiser stratégiquement l'activité de filiales ou

---

<sup>1400</sup> F. Mélin, *ibidem*, p. 275.

<sup>1401</sup> J.-L. Vallens, *Bicentenaire du Code de commerce : Le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui*, Dalloz, 2007, p. 669.

<sup>1402</sup> Les articles L. 631-17 et L. 631-19 du Code de commerce français en précise les conditions.

<sup>1403</sup> P. Morvan, *Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté*, *ibidem*, p. 1757.

<sup>1404</sup> P. Morvan, *Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté*, JCP E. 2005, p. 1751.

<sup>1405</sup> F. Mélin, *ibidem*, p. 277.

d'établissements localisés dans d'autres États membres. On entrevoit ici les limites d'un for unique et l'avantage d'une coordination des procédures sous l'impulsion d'un for principal.

### *B. L'unité de la lex fori concursus concernant le rang des créances salariales*

Dans un contexte d'internationalisation croissante de l'activité des sociétés à l'intérieur de l'Union européenne, le centre de décision peut alors « se tenir éloigné du lieu de leur application »<sup>1406</sup> débordant par voie de conséquence les frontières nationales.

En effet, la nécessité d'un essor économique et social au sein de l'Union suppose un traitement équilibré des créances salariales lorsqu'une procédure d'insolvabilité transfrontalière est initiée sur ledit territoire. L'examen de la législation qui détermine le rang des créances salariales et le privilège dont bénéficient ces dernières requiert une attention particulière. L'application de telles normes plutôt que d'autres est source de distorsion eu égard les dispositions en matière d'insolvabilité prévues à cet effet<sup>1407</sup>.

Les modalités d'admission de la créance salariale conduisent cependant à l'application de la lex fori concursus et confirme la thèse de l'unité de la procédure d'insolvabilité communautaire. L'article 4§2 i du Règlement communautaire est prévu à cet effet. Celui-ci dispose que la loi de l'État d'ouverture détermine « les règles de distribution du produit de la réalisation des biens et le rang des créances. ». L'incidence d'une centralisation des procédures sous la houlette d'un Tribunal étranger est de voir classer la créance salariale selon la procédure d'admission de la loi du pays d'ouverture<sup>1408</sup>.

La conséquence peut être alors que cette dernière soit déterminée selon un rang inférieur au pays de l'exercice de l'activité habituelle du salarié (le lieu où est localisée une filiale du groupe). Le paiement des créances salariales est dès lors divergent selon la législation européenne d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Des distorsions naissent selon que le salarié détient un privilège ou non sur sa créance. L'exemple du droit français caractérise ce privilège en ce que les créances résultant d'un contrat de travail sont garantis en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée<sup>1409</sup>. La portée de l'article 4§2i implique que soit désignée en certains cas la lex concursus du centre des intérêts principaux

---

<sup>1406</sup> H. Tissandier, La mobilité internationale des sociétés : le point de vue du travailleur, JCP E. mars 2006, p. 49.

<sup>1407</sup> Voir tableau comparatif des procédures d'insolvabilité, *ibidem*, p. 1785-1786.

<sup>1408</sup> Q. Urban, La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière, JCP E. mars 2006, p. 547.

<sup>1409</sup> Article L. 625-7 du Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 77.

du groupe de sociétés (voir supra). Un aléa réside donc pour le salarié d'une filiale d'une société dominante étrangère de voir sa créance privilégiée ou non selon l'ordre de paiement établi par la lex concursus principale<sup>1410</sup>. La pluralité de procédures peut toutefois s'envisager selon le Règlement 1346/2000<sup>1411</sup>. La loi applicable et le droit de demander l'ouverture d'une procédure secondaire offrent in fine aux salariés le privilège éventuellement consenti par la loi locale<sup>1412</sup>.

### §3. Une garantie insolvabilité au sein de l'Union européenne

La finalité sociale<sup>1413</sup> de la Directive 80/987 /CEE<sup>1414</sup> relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur prévoit un système de garantie en matière de rémunération des salariés d'un groupe de sociétés insolvable (A.). La Cour de justice des Communautés européennes précise alors les conditions d'application du présent texte. Cette dernière se prononce donc sur les contours de l'activité transfrontalière en précisant le sens de l'article 8 bis de la Directive 2002/74/CE (B.).

#### *A. Un système de garantie des créances salariales concordant au plan communautaire*

L'idée de départ consiste à introduire une garantie insolvabilité, véritable sécurité sociale des salaires dont l'origine patronale exprime la solidarité de la collectivité des employeurs à l'égard des salariés en cas d'échec de gestion de l'activité économique<sup>1415</sup>.

L'adoucissement de la rupture des relations de travail suite à l'insolvabilité d'un groupe transnational de sociétés est avéré. Deux directives communautaires témoignent de l'effort d'harmonisation en ce domaine<sup>1416</sup>. Un minimum communautaire garantit ainsi le paiement des créances salariales impayées résultant de l'insolvabilité de l'employeur. L'arrêt Francovich<sup>1417</sup> met en évidence « une harmonisation par étape » au travers l'exécution de la

<sup>1410</sup> Article L. 622-17 du Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris 2007, p. 47

<sup>1411</sup> Les articles 28 et 29 du Règlement 1346/2000.

<sup>1412</sup> Le droit français prévoit que les créances résultant d'un contrat de travail sont garanties en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par le privilège établi par les articles du Code du travail : Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris 2007, p. 77.

<sup>1413</sup> F. Jault-Seske, L'effet international de la faillite : une réalité ? Le sort des salariés, Dalloz, 2004, p. 157.

<sup>1414</sup> La Directive du Conseil du 20 octobre 1980 80/987/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats Membres relatives à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur modifiée par la Directive du 23 septembre 2002 74/CEE : JO L 270, p. 10.

<sup>1415</sup> A. Arseguet, Supplément, Rev. Lamy. dr. aff. Mars 2005, p. 90.

<sup>1416</sup> Directive 80/687/CEE du 20 octobre 1980 JO L 283 du 28.10.1980 ; la Directive 2002/74/CE, JO L 270 du 8.10.2002 ainsi que la Directive n°2008/94 CE du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, JO L 283/36 du 28 octobre 2008.

<sup>1417</sup> CJCE., Francovich, 9 nov 1995, aff. C-479/93, Rec. 3843.

Directive 80/987 en cas d'insolvabilité de l'employeur. La Directive représente donc selon la Cour un progrès incontestable dans la voie de l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre dans l'ensemble de la communauté. Surtout, la Directive de 2002 « redéfinit la notion d'insolvabilité afin de couvrir toutes les procédures collectives prévues par une législation nationale »<sup>1418</sup>. La Directive n°2008/94 CE du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur vise à « prendre en compte la nécessité d'un développement économique et social équilibré dans la Communauté »<sup>1419</sup>.

La méthode d'harmonisation se définit comme « une technique qui vise un résultat commun à atteindre dans un délai déterminé, tout en laissant aux États membres la possibilité d'utiliser les ressorts spécifiques de leurs droits nationaux »<sup>1420</sup>. Les ressorts spécifiques locaux renvoient en droit français à la garantie AGS (Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés). Le Code du travail français prévoit à cette fin « une garantie contre le non paiement des sommes qui sont dues aux salariés en exécution du contrat de travail en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire »<sup>1421</sup>.

La Cour de cassation française s'est alors prononcée sur l'application du régime de l'AGS en présence d'une procédure de sauvegarde visée à l'annexe A, concernant les procédures d'insolvabilité récemment introduites à l'annexe du Règlement 1346/2000.

Les Hauts juges français précisent que le Code du travail français<sup>1422</sup> prévoit qu'en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde de l'entreprise, laquelle n'est pas en état de cessation des paiements, seules sont garanties les créances résultant de ruptures intervenues pendant la période d'observation et dans le mois suivant le jugement qui a arrêté le plan de sauvegarde »<sup>1423</sup>. Le mandataire doit alors justifier auprès de l'AGS que l'insuffisance des fonds disponibles est caractérisée<sup>1424</sup>.

### *B. L'apport de l'article 8 bis de la directive sur la notion d'activité dans au moins deux États membres*

---

<sup>1418</sup> A. Arseguel, *ibidem*, Mars 2005, p. 95.

<sup>1419</sup> C. Neau-Leduc, La Directive n°2008/94 CE du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *Actualité des procédures collectives*, Mars 2009, p.1.

<sup>1420</sup> E. Mazuyer, *L'harmonisation sociale européenne, processus et modèle*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 19.

<sup>1421</sup> P. Morvan, *Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté*, JCP E. 2005, p. 1758.

<sup>1422</sup> Article L. 143-11-1, alinéa 2, du Code du travail, en sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005.

<sup>1423</sup> Cass. soc, 10 mars 2009, *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 01 juillet 2009 n° 212, p. 168

<sup>1424</sup> P. Morvan, *ibidem*, p. 1759.

Selon la Cour suprême Communautaire, l'existence d'un établissement ou d'une présence commerciale constitue le critère permettant de déterminer l'État où le travailleur doit demander le bénéfice de la garantie de versement de salaires. Les arrêts Mosbaek<sup>1425</sup> et Everson<sup>1426</sup> en fixent l'orientation mais ont connu une adaptation suite à l'adoption de la Directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil. Dans un souci de clarification et de rationalité, la Directive n°2008/94 CE<sup>1427</sup> codifie les évolutions apportées depuis la Directive du 20 octobre 1980 précisément celles ayant trait aux situations transnationales.

De cette évolution du droit communautaire, ressort l'importance d'apprécier une situation transnationale d'insolvabilité afin de fixer l'étendue des droits des salariés dont l'activité se situe dans plusieurs États membres. La position de la Cour de justice des Communautés européennes remplit dès lors la finalité sociale des dispositions introduites au sein de la Directive 2002/74/CE en ne faisant non plus prévaloir l'unité de la procédure d'insolvabilité, (la solution retenue dans l'arrêt Mosbaek) mais la loi du lieu d'activité des travailleurs (l'arrêt Everson<sup>1428</sup>).

Aussi, l'interprétation téléologique des Directives sus visées révèle l'intention du législateur communautaire. La sécurité juridique des salariés et la consolidation de leurs droits supposent l'éclosion de règles de compétences explicites concernant la détermination de l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des salariés. Les juges communautaires se sont prononcés à ce propos dans un arrêt « Svenska staten contre Anders Holmqvist »<sup>1429</sup>. L'autorité de garantie de versement de salaires prévue par la législation suédoise saisit en effet la Cour des questions préjudicielles suivantes. Celles-ci s'avèrent pertinentes afin de caractériser le fractionnement juridique ou territorial de l'activité transnationale. Car c'est bien de cela qu'il s'agit lorsque l'on se penche sur le lieu de l'organisme compétent au sein duquel le salarié doit s'adresser<sup>1430</sup>. Il nous faut d'abord vérifier la condition posée à l'article 8 bis de la Directive 2002/74/CE selon laquelle « une entreprise doit avoir des activités sur le territoire d'au moins deux États membres et se trouve en état d'insolvabilité ». L'article 2 de la Directive renvoie à la définition visée au sein du Règlement 1346/2000. Celle-ci apprécie un employeur « comme se trouvant en état d'insolvabilité lorsqu'a été demandée l'ouverture d'une

---

<sup>1425</sup> CJCE., Mosbaek, 17 septembre 1997, aff. C-117/96. Rec. 5017.

<sup>1426</sup> CJCE., Everson, 16 décembre 1999, aff. C-198/98. Rec. 8903.

<sup>1427</sup> C. Neau-Leduc, La Directive n°2008/94 CE du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, Actualité des procédures collectives. Mars 2009, p.1.

<sup>1428</sup> CJCE., Everson, 16 décembre 1999, aff. C-198/98. Rec. 8903.

<sup>1429</sup> CJCE., Holmqvist, 16 oct 2008, aff. C-310/07 disponible sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne.

<sup>1430</sup> F. Jault-Seseke et D. Robine, L'effet international de la faillite : une réalité ? Dalloz, 2004, p. 157.

procédure collective fondée sur l'insolvabilité de l'employeur, prévue par les dispositions législatives, réglementaires et administratives d'un État membre, qui entraîne le dessaisissement partiel ou total de cet employeur ainsi que la désignation d'un syndic ».

C'est donc après avoir vérifié le lien transfrontalier que l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs est désignée au lieu d'exercice habituel du travail. Il nous faut ainsi d'abord identifier la notion « d'activité dans au moins deux États membres ». L'examen du lien transfrontalier en précise l'étendue à travers deux critères. L'un met l'accent sur « l'infrastructure en moyens humains et matériels nécessaires couplée à une vocation de stabilité dans un autre État membre ». La recherche du lien avec un autre État membre que celui d'ouverture de la procédure se précise au lieu dans lequel les cotisations sociales sont acquittées ou à « l'environnement social et linguistique qui est familier aux travailleurs »<sup>1431</sup>.

Ainsi, la question préjudicielle soumise à la CJCE dans le procès « Svenska staten contre Anders Holmqvist » interroge sur ce qu'il convient d'apprécier comme critères caractéristiques d'une activité transnationale.

Une réponse en ce sens, confirme la portée de l'arrêt Everson<sup>1432</sup>. Celui-ci met en exergue l'établissement transfrontalier d'une activité enregistrée dans un État membre (siège social) tout en prolongeant celle-ci au travers d'une succursale. Dans cette affaire, une société établie en Irlande possède une succursale au Royaume-Uni « pays dans lequel elle avait embauché deux cents travailleurs qui payaient leurs cotisations sociales aux autorités britanniques » (point 27 de l'arrêt). Une fois démontrée la présence commerciale suffisamment pertinente de l'employeur au sein d'un autre État membre, la loi de l'État sur le territoire duquel les travailleurs exercent ou exerçaient habituellement leur travail constitue « un élément essentiel qui détermine l'institution de garantie compétente » (point 42 de l'arrêt)<sup>1433</sup>.

Pareil raisonnement peut être tenu en direction d'une filiale suite à une interprétation lato sensu d'un centre des intérêts principaux au groupe de sociétés. Dans cette hypothèse, il faut interpréter la centralisation des procédures en un for principal comme un élément de localisation du centre décisionnel au siège social d'une société du groupe. Le lien transfrontalier se caractérise alors par la présence de centres d'exploitations commerciaux dans d'autres États membres situés au siège des filiales. La reconnaissance de plein droit du jugement principal d'insolvabilité conduit ensuite à déclarer la loi applicable à l'AGS au lieu

---

<sup>1431</sup> Point 34 et 35 de l'arrêt de la CJCE., 16 oct 2008, aff. C-310/07

<sup>1432</sup> CJCE., Everson, 16 décembre 1999, aff. C-198/98. Rec. 8903. D. 2000, p. 287 obs F. Muller.

<sup>1433</sup> CJCE., 16 décembre 1999, *ibidem*.

où les salariés exercent habituellement leur travail. L'éloignement du centre décisionnel et l'ouverture d'une seule procédure en ce lieu désigne l'autorité compétente où le salarié accomplit son activité habituelle. L'ouverture d'une procédure secondaire au siège de la filiale fait au contraire coïncider la lex concursus et la loi de l'organisme compétent en charge du paiement des salaires non versés suite à l'insolvabilité de l'employeur.

### Section III : L'introduction d'une règle matérielle en faveur des sûretés réelles

Une liste des droits réels s'examine selon l'article 5§2 du Règlement 1346/2000. Il s'agit ainsi « du droit de réaliser un bien ou d'être désintéressé par le produit ou le revenu de ce bien en vertu d'un gage ou d'une hypothèque, d'un nantissement de biens corporels ou incorporels [...] d'une cession de créance à titre de garantie ainsi qu'une réserve de propriété »<sup>1434</sup>. Les sûretés réelles se situent encore « au point de rencontre du droit des biens et du droit des créances puisqu'elles consistent dans l'affectation d'un bien à la garantie particulière d'une créance »<sup>1435</sup>.

L'exclusion de la lex fori concursus aux sûretés réelles est suggérée par les rédacteurs du Règlement qui précisent « qu'une application sans exception du droit de l'État d'ouverture susciterait dès lors fréquemment des difficultés »<sup>1436</sup>.

La présente solution repose sur l'idée que les intérêts essentiels se localisent au lieu de situation du bien<sup>1437</sup>. L'application d'une loi autre que celle prévue par la loi de l'insolvabilité se mesure selon la règle de conflit de lois applicable aux sûretés réelles. Le lieu de rattachement est donc en principe localisé sur le plan de l'opposabilité de la sûreté au lieu de situation du bien affecté en garantie de la créance.

L'introduction d'une règle de conflit spéciale en faveur des créanciers titulaires de sûretés réelles met en lumière l'application de la loi de situation du bien pour déterminer le régime de la sûreté. Celui-ci est toutefois nuancé selon la centralisation ou non des procédures d'insolvabilité communautaire (§1.).

---

<sup>1434</sup> M. Raimon, Le Règlement communautaire 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, L.G.D.J, Paris, 2007, p. 186.

<sup>1435</sup> Ph. Boulanger, La mise en œuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en droit positif français, RIDC 1998, p. 406.

<sup>1436</sup> Considérant 11 du Règlement 1346/2000.

<sup>1437</sup> La présente solution se justifie en droit interne par Madame le Professeur G. Viney et repose sur la notion d'attente légitime. On part de l'idée que le créancier va fonder sa confiance sur les biens locaux, plus facile à atteindre en cas de nécessité. La croyance légitime auquel se voue le créancier local lui confère donc un traitement prioritaire quant aux biens qui matérialisent son droit de gage dans son esprit : voir M. Raimon, Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé, *ibidem*, p. 78-79.

La prééminence conférée à la *lex rei sitae* souffre néanmoins de limitations qu'il convient de mesurer à l'aune de certains principes gouvernés par la *lex concursus* dont la finalité est d'assurer le principe d'égalité des créanciers et la reconstitution du patrimoine (§2.).

## §1. Un traitement favorable selon une centralisation ou non de procédure de l'activité fractionnée

Une centralisation des procédures est favorable aux créanciers garantis non résidents sur le territoire d'ouverture (A.) tandis que l'ouverture d'une procédure secondaire soumet les sûretés réelles à la *lex concursus* (B.).

### *A. Une centralisation des procédures favorable aux créanciers garantis non résidents sur le territoire d'ouverture*

#### 1. Attente légitime du créancier garanti versus pérennité de l'entreprise

Les dispositions prévues par le Règlement favorisent l'octroi de crédit<sup>1438</sup> et nuance l'analyse partagée par une partie de la doctrine française. Selon le Professeur H. Battifol, un domaine extensif de la loi de la faillite<sup>1439</sup> se précise en ce qu'une procédure collective « doit manifestement obéir à une loi unique ».

L'attente légitime<sup>1440</sup> des créanciers titulaires de sûretés réelles du groupe de sociétés dont les actifs sont dispersés dans un autre État membre que celui d'ouverture de la procédure principale semble donc favorisée en l'absence de procédure secondaire.

Si comme le précise M. Raimon, la confiance et le patrimoine identifient une même réalité, psychologique et juridique. On note d'ores et déjà les subtilités qu'introduit l'application du Règlement 1346/2000. Le considérant 11 prévoit « des règles spéciales relatives à la loi applicable pour certains droits et situations juridiques particulièrement importants (par exemple, les droits réels et les contrats de travail).

Le Règlement 1346/2000 introduit en son article 5 la sauvegarde des garanties réelles par l'effet d'une règle matérielle uniforme aux créanciers qui en sont titulaires<sup>1441</sup> dès lors que les biens qui constituent l'assiette de la garantie se localisent dans un autre État que celui d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale.

---

<sup>1438</sup> Considérant 25 du Règlement 1346/2000.

<sup>1439</sup> La jurisprudence française en matière de faillite internationale, TCFDIP. 1992-1993, p. 237 : communication de J.P. Remery.

<sup>1440</sup> G. Viney, Chronique d'actualité responsabilité civile, JCP G. 1994, p. 557.

<sup>1441</sup> M.-N. Jobard-Bachelier, Le sort des garanties, l'effet international de la faillite : une réalité ? Dalloz. 2004, p. 141.

La fonction de centralisation d'une procédure initiée en un centre des intérêts principaux souffre là d'une exception conséquente en ce que celle-ci est inopposable aux créanciers munis de sûretés réelles alors non situés dans l'État du centre des intérêts principaux du groupe de sociétés. On bascule désormais vers une problématique non moins déterminante qui consiste à se pencher sur le domaine de la *lex concursus* dans le règlement de conflits de lois en matière d'insolvabilité transfrontalière. La mise en balance d'intérêts et d'attente légitime quant à la sécurité des droits soumis au litige s'explique selon les objectifs assignés à la procédure. En l'occurrence, le « rempart »<sup>1442</sup> conféré par une garantie réelle face à une réduction du domaine de la loi de l'insolvabilité interroge sur d'autres finalités qui sont la pérennité de l'entreprise, la sauvegarde de l'emploi et le respect du principe d'égalité des créanciers transfrontaliers. Ce qui fait précisément défaut en ce que « les conditions d'opposabilité et du rang »<sup>1443</sup> de la sûreté réelle dépendent non de la loi de l'insolvabilité mais de la *lex rei sitae*.

Aussi, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité communautaire initiée au centre des intérêts principaux n'affecte donc pas les droits réels consentis dans les autres États membres. Selon le Règlement, il est prévu pour les droits réels « un rattachement particulier qui déroge à la loi de l'État d'ouverture »<sup>1444</sup> et sépare donc la garantie de la masse de l'insolvabilité. L'application d'autres lois est alors déterminé eu égard la loi de « naissance du bien »<sup>1445</sup>. Par exemple, les conditions et les modalités d'exécution du créancier gagiste relève de la *lex rei sitae*<sup>1446</sup>.

## 2. L'étendue de l'efficacité des sûretés réelles

### 2.1 Précisions sur le régime d'une clause de réserve de propriété en droit communautaire

#### 2.1.1 L'application de l'article 25§2 du Règlement 1346/2000

Selon le droit communautaire, les créanciers situés dans l'État d'ouverture sont en effet astreints à la discipline collective qu'impose la procédure. Les biens qui font l'objet du dessaisissement et le sort des biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité,

---

<sup>1442</sup> M.-N Jobard-Bachelier, Le sort des garanties, *ibidem*, p. 128.

<sup>1443</sup> M. Menjucq, L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières. Rev. Proc. Coll. juin 2009, p. 22.

<sup>1444</sup> Considérant 25 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>1445</sup> Article 5 à 11 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>1446</sup> La doctrine discute toutefois d'un rattachement subsidiaire à la *lex rei sitae* notamment en faveur de la loi d'autonomie dont le principal effet est la disparition du conflit mobile en cas de déplacement de biens consentis en paiement de la créance (l'exemple du contrat de gage).

l'arrêt des poursuites individuelles et l'interdiction des paiements de créances antérieures au jugement d'ouverture<sup>1447</sup> sont en effet soumis à la loi d'ouverture de la procédure<sup>1448</sup>.

La Cour de justice des Communautés européennes s'est alors penchée sur l'efficacité d'une clause de réserve de propriété en droit communautaire de l'insolvabilité<sup>1449</sup>.

Plusieurs questions préjudicielles lui ont été posées à cet effet dont l'éclairage requiert un bref rappel des faits. La société German graphics de droit allemand a conclu un contrat de vente de marchandises en qualité de venderesse avec une société de droit néerlandais. Ledit contrat comporte alors une clause de réserve de propriété en sa faveur et retient l'attention puisque la société néerlandaise est déclarée insolvable par jugement le 1<sup>er</sup> novembre 2006. La demande de décision préjudicielle soumise à la Cour consiste alors à apprécier l'action portant sur une clause de réserve de propriété sur des machines localisées sur le territoire d'ouverture de la procédure principale d'insolvabilité. L'interrogation porte en substance sur le caractère autonome ou non de la présente action eu égard les règles prévues en droit communautaire de l'insolvabilité. Ce détail a son importance puisque l'issue d'une action dirigée contre l'acheteur en faillite (la société de droit néerlandais) dépend de son régime d'exécution conformément à l'article 25§2 du Règlement 1346/2000. Le droit communautaire de l'insolvabilité prévoit à cet effet un renvoi aux règles communautaires de reconnaissance et d'exécution prévues en matière civile et commerciale pour autant que le Règlement Bruxelles I soit applicable<sup>1450</sup>.

La question est alors convaincante puisqu'elle oblige à vérifier l'applicabilité matérielle du Règlement sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>1451</sup>. Le Règlement en matière d'insolvabilité prévoit en effet que la reconnaissance et l'exécution des décisions autres que celles relatives au déroulement et à la clôture de la procédure d'insolvabilité ainsi que celles étroitement liées supposent que le Règlement Bruxelles I soit applicable<sup>1452</sup>.

### *2.1.2 La vérification de l'applicabilité matérielle du Règlement Bruxelles I*

---

<sup>1447</sup> Les articles 4 §2 b et f et 20 du Règlement 1346/2000.

<sup>1448</sup> Article 4§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1449</sup> CJCE., German Graphics Graphische Maschinen GMBH, 10 septembre 2009, Aff. C-292/08.

<sup>1450</sup> L'article 25 §2 prévoit que « la reconnaissance et l'exécution des décisions autres que celles visées au paragraphe 1 sont régies par la convention visée au paragraphe 1, pour autant que cette convention soit applicable » à laquelle nous substituons le Règlement Bruxelles I puisque ce dernier est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002.

<sup>1451</sup> Point 20 de l'arrêt CJCE., German Graphics Graphische Maschinen GMBH, 10 septembre 2009, Aff. C-292/08.

<sup>1452</sup> L'article 25§2 emploie le terme de convention qu'il convient d'actualiser eu égard l'adoption du Règlement Bruxelles I.

Le raisonnement consiste à vérifier si l'action au principal (la clause de réserve de propriété) a un lien suffisamment direct et étroit avec une procédure de faillite, concordat et toutes autres procédures analogues conformément à la jurisprudence Gourdain<sup>1453</sup>. Selon la Cour, le caractère autonome d'une clause de réserve de propriété n'entre alors pas dans l'exclusion énoncée à l'article 1<sup>er</sup> §2 sous b du Règlement 44/2001.

L'action exercée par la société allemande (le vendeur) contre la société insolvable (l'acheteur) entre ainsi dans les conditions d'applicabilité matérielle du Règlement Bruxelles I.

L'interrogation porte en effet sur le fait de savoir si l'article 7§1 du Règlement 1346/2000 est susceptible d'exercer une influence sur la qualification des actions ayant un lien avec la procédure d'insolvabilité<sup>1454</sup>. Les Hauts juges européens considèrent par voie de conséquence que les dispositions du Règlement n'emportent aucune incidence sur le champ d'application matérielle du Règlement Bruxelles I. La portée du présent arrêt est alors double. D'une part il confirme le régime dualiste structuré à l'article 7<sup>1455</sup> puisque ce dernier institue une règle matérielle au bénéfice des créanciers garantis dont les biens sont localisés dans autre État membre que l'État d'ouverture (voir infra). Et d'autre part et c'est cela qui retient dorénavant notre attention, l'appréciation du lien suffisamment direct et étroit entre l'action portant sur une clause de réserve de propriété et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité communautaire n'emporte pas la conviction des juges européens<sup>1456</sup>. Ainsi, si l'on comprend aisément la finalité de l'arrêt qui consiste à vérifier si l'action du vendeur au titre d'une clause de réserve de propriété est une action relative à la procédure d'insolvabilité. En effet, une décision d'insolvabilité statue sur les biens faisant l'objet du dessaisissement et le sort des biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. On s'interroge sur le cheminement envisagé. En effet, la Cour considère que l'article 4§2 b de ce même Règlement n'a aucune incidence sur le champ d'application du Règlement 44/2001. Celle-ci justifie la présente solution en ce que les biens faisant partie de la masse sont déterminés par application du droit de l'État d'ouverture de la procédure conformément aux règles de conflit de lois communautaires<sup>1457</sup>. Le raisonnement écarte ainsi l'exception prévue par l'article 1<sup>er</sup> §2 sous b du Règlement 44/2001 à l'action d'un vendeur exercée au titre d'une clause de réserve de

---

<sup>1453</sup> Point 30 de l'arrêt CJCE., 10 septembre 2009, Aff. C-292/08.

<sup>1454</sup> Point 35 de l'arrêt CJCE., 10 septembre 2009, *ibidem*.

<sup>1455</sup> Celui-ci prévoit que « l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre l'acheteur d'un bien n'affecte pas les droits du vendeur fondés sur une réserve de propriété, lorsque ce bien se trouve, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre que l'État d'ouverture ».

<sup>1456</sup> Les points 26 à 30 de l'arrêt CJCE, 10 septembre 2009, *ibidem*.

<sup>1457</sup> L'article 4§2 b prévoit que « les biens qui font l'objet du dessaisissement et le sort des biens acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité » sont régis par la loi d'ouverture de la procédure.

propriété contre un acheteur déclaré insolvable dont les biens sont localisés sur le territoire d'ouverture de la procédure principale. En d'autres termes, la combinaison des articles 7§1 et 4§2 du Règlement 1346/2000 exclut d'en déduire un quelconque lien étroit entre l'action du vendeur et la procédure d'insolvabilité. Cette solution se justifie selon nous davantage en ce qu'elle corrobore l'article 25§2 du Règlement 1346/2000. En l'espèce, l'ordonnance du Landgericht Braunschweig (Allemagne) vise à faire exécuter une mesure conservatoire sur des machines localisées au Pays-Bas en vertu d'une clause de réserve de propriété alors que la décision hollandaise réforme ladite ordonnance suite aux effets de la procédure d'insolvabilité initiée sur le territoire hollandais. Un champ d'application matérielle large de la matière civile et commerciale est ainsi confirmé. Celui-ci vise par voie de conséquence à faciliter le fonctionnement harmonieux de la justice afin que des décisions inconciliables ne soient rendues entre les juridictions des États membres (point 22 de l'arrêt). Selon la Cour, la demande de restitution des biens localisés aux Pays-Bas et propriété de la société allemande est en effet indépendante de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (point 31 de l'arrêt). L'action envisagée par la société allemande ne se trouve donc pas hors du champ d'application matérielle du Règlement Bruxelles I<sup>1458</sup>.

La nuance est néanmoins permise en ce que la création d'un lien étroit entre la procédure d'insolvabilité et l'action révocatoire est admise en matière de concentration des actions étroitement liées en un for principal voire secondaire (voir supra). La règle de conflit de lois prévoit d'autre part, que les conditions auxquelles peuvent être revendiquées les marchandises avec réserve de propriété en cas d'insolvabilité du débiteur sont régies par la loi de la procédure d'insolvabilité (l'article 4§2 b du Règlement et les solutions prétorienne de droit français).

L'explication se justifie cependant en droit communautaire puisque le lien étroit entre l'action portant sur une clause de réserve de propriété et l'effet universel d'une procédure d'insolvabilité communautaire disparaît lorsque le bien soumis à une clause de réserve de propriété est localisé dans un autre État membre que celui d'ouverture de la procédure<sup>1459</sup>.

## 2.2 Les effets d'une centralisation des procédures sur l'efficacité des sûretés réelles

---

<sup>1458</sup> Point 34 de l'arrêt CJCE, 10 septembre 2009, Aff. C-292/08.

<sup>1459</sup> Les articles 5§1 et 7§1 du Règlement 1346/2000.

La centralisation des procédures initiée au centre des intérêts principaux conduit paradoxalement à une situation favorable aux créanciers titulaires de droit réel malgré les pouvoirs accrus et sans précédents du syndic de la procédure principale<sup>1460</sup>.

En effet, l'universalité de la procédure principale souffre ici d'une dérogation privilégiant la loi de naissance des créances visées au sein du Règlement 1346/2000. Il convient à cet effet de mesurer la présente règle substantielle en ce qu'elle est source de rupture d'égalité entre les créanciers munis de sûretés réelles selon que ceux-ci résident ou non sur le territoire de l'Union où la procédure est ouverte. Car seuls les créanciers localisés dans un autre État membre peuvent évincer la loi de la procédure d'insolvabilité. La loi qui gouverne les effets des sûretés réelles est alors déterminée en principe conformément à la *lex rei sitae*<sup>1461</sup>. Cette dernière est examinée en ce qu'elle « détermine les prérogatives du créancier garanti, l'opposabilité aux tiers, les droits de préférence ainsi que les causes d'extinction de la garantie »<sup>1462</sup>.

L'objectif du Règlement 1346/2000 consiste toutefois à établir un acte communautaire qui exige la coordination des mesures à prendre concernant le ou désormais les patrimoines des débiteurs insolvable<sup>1463</sup>. Aussi, quelque soit l'issue de la procédure d'insolvabilité (La sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaire de l'activité<sup>1464</sup>), la préservation du patrimoine est essentielle puisque les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers<sup>1465</sup>.

Selon une lecture minimaliste dudit Règlement, on pourrait arguer qu'il contribue à rendre opaque les patrimoines d'un groupe de sociétés. Il suffit de renvoyer aux articles 5 à 13 dudit texte pour se rendre compte que l'effet de telles dispositions conduit à morceler le patrimoine du groupe de sociétés, conséquence juridique du plan fractionné. Nous pensons ainsi que la limitation (les droits réels, la compensation de créance ainsi que la clause de réserve de propriété) voire l'application d'autres lois (les contrats portant sur un bien immobilier ou encore le contrat de travail) que la *lex fori concursus* limite l'unité de cette dernière au sein d'un groupe de sociétés insolvable.

---

<sup>1460</sup> L. Idot, Un nouveau droit communautaire des procédures collectives : le règlement 1346/2000, JCP E, octobre 2000, p. 1648.

<sup>1461</sup> Ph. Boulanger, La mise en œuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en droit positif français, RIDC, 1998, p. 406.

<sup>1462</sup> Ph. Boulanger, *ibidem*, p. 407.

<sup>1463</sup> Considérant 5 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>1464</sup> Règlement (CE) N° 694/2006 du Conseil modifiant les listes de procédures d'insolvabilité, des procédures de liquidation et des syndics figurant aux annexes A, B et C du Règlement n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOCE L 121 du 27 avril 2006.

<sup>1465</sup> Article 2092 du code civil français et Ancien droit français (Coutume de Paris, 1668).

La relation entre la compétence juridictionnelle du lieu du centre des intérêts principaux d'un groupe hautement intégré et le traitement de l'outil de production économique échappent à la *lex fori* et précisément à l'arrêt des poursuites individuelles. En effet, les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles sont appréciés conformément à la loi d'ouverture de la procédure (les articles 4§2f et 20 du Règlement 1346/2000). Les voies d'exécution sur les biens du débiteur qui se trouvent sur le territoire d'un autre État membre ne sont toutefois point soumises à l'arrêt des poursuites individuelles en présence d'un droit réel ou d'une clause de réserve de propriété<sup>1466</sup>. Le droit international privé commun de la faillite précise une solution quelque peu différente. Les créanciers antérieurs, privilégiés ou non se voient « opposer la suspension de toute action en justice et l'interdiction de procéder à des voies d'exécution »<sup>1467</sup> lorsque l'exequatur est obtenu dans l'État étranger. L'application est donc partagée entre la *lex rei sitae* qui fixe le principe et le régime de la sûreté et la loi de la faillite qui est consultée afin de vérifier les conditions de son opposabilité et son rang dans la procédure d'insolvabilité française.

Cette solution est proche du droit interne en ce que le jugement français ouvrant une procédure d'insolvabilité « interdit toute voie d'exécution de la part des créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles »<sup>1468</sup>. Tous les créanciers sont donc soumis à l'arrêt des poursuites individuelles sans distinction que ceux-ci bénéficient d'une garantie ou non. En ce sens, l'on peut en effet souligner la rupture d'égalité car certains créanciers vont pouvoir poursuivre la réalisation du bien en ce qu'il dispose d'un droit réel sur des biens localisés dans un autre État membre que la procédure principale. La *lex fori concursus* désignée au centre des intérêts principaux ne produit alors aucun effet sur un bien affecté en garantie d'une créance et localisée dans un autre État membre<sup>1469</sup>. Le rapport Virgos-Schmit est éclairant sur ce point. Le titulaire du droit réel « garde intact tous ses droits sur les biens en question et peut exercer le droit de séparer la garantie des biens visés par la procédure et réaliser individuellement le bien pour couvrir la créance »<sup>1470</sup>.

### *B. L'ouverture d'une procédure secondaire favorable au traitement des sûretés réelles*

---

<sup>1466</sup> Article 20 du Règlement 1346/2000.

<sup>1467</sup> Ph. Boulanger, *ibidem*, p. 408.

<sup>1468</sup> Article L. 622-21 du Code de commerce : Code des entreprises en difficulté, Litec, 2007, Paris, p. 53.

<sup>1469</sup> Article 5§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1470</sup> F. Melin, Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, Bruylant, 2008, p. 235.

Un domaine étendu de la loi sur l'insolvabilité est prôné par Monsieur le professeur H. Batiffol. L'attraction de la loi de la faillite conduit à en étendre son domaine à des matières normalement soumises à des lois propres<sup>1471</sup>. Il est évidemment question de l'articulation d'une procédure d'insolvabilité communautaire précisément dans un contexte transfrontalier et l'application de lois à l'action en revendication de sûretés réelles.

Le déploiement d'une activité transnationale commande la recherche des actifs qui composent l'activité du groupe et le droit applicable. Nous pensons alors que l'application d'une loi autre que celle de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale et/ou secondaire implique nécessairement des complications d'ordre pratique. Le syndic de la procédure principale peut néanmoins demander l'ouverture d'une procédure secondaire dans l'intérêt d'une administration efficace du patrimoine<sup>1472</sup>. La dispersion d'actifs sous forme de biens meubles et immeubles à travers l'implantation de filiales et d'établissements dans les différents États membres est alors soumise à la *lex concursus*.

L'esprit du Règlement contribue à pallier ces inconvénients en facilitant « l'ouverture d'une procédure secondaire dans la juridiction où sont nés les droits réels dans la mesure où le débiteur a un établissement dans cet État »<sup>1473</sup>. L'objectif d'universalité de la faillite est alors indirectement atteint eu égard l'ouverture de procédures territoriales. La territorialité des procédures dites secondaires est en effet teintée d'universalisme eu égard le rôle de chef d'orchestre consenti au syndic de la procédure principale. Ces dernières présentent l'avantage d'organiser un traitement des biens grevés de sûretés situés dans un autre État membre. En effet, l'ouverture de procédures secondaires affecte dès lors les droits réels, ce qui permet tant à la procédure principale que secondaire de produire des effets à l'égard des actifs conformément à la loi de l'insolvabilité qu'elle soit désignée en vertu d'un centre des intérêts principaux ou d'un établissement du groupe de sociétés.

## §2. Une règle favorable limitée par le principe d'égalité des créanciers et la reconstitution du patrimoine

L'étendue d'un principe d'égalité des créanciers et de reconstitution du patrimoine des sociétés d'un groupe orientent nos propos comme suivant. Il faut alors se demander si dès le

---

<sup>1471</sup> La jurisprudence française en matière de faillite internationale, TCDIP. 1992-1993, Pédone, Paris, p. 237.

<sup>1472</sup> Considérant 19 du Règlement 1346/2000.

<sup>1473</sup> Considérant 25 du Règlement 1346/2000.

prononcé du jugement d'insolvabilité « il convient d'effacer toutes les entreprises que la lex concursus interdit au créancier du seul fait de son prononcé »<sup>1474</sup>.

Le recours aux effets généraux de la procédure d'insolvabilité suppose un pouvoir d'attraction de la lex concursus ou tout le moins qu'elle retrouve son empire à des fins de préservation du patrimoine et du maintien d'une discipline collective inhérente à la logique de l'institution de la faillite (A.). La mise en œuvre des règles communautaires relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers atténue le rattachement dérogatoire en faveur des sûretés réelles (B.).

### *A. En recourant aux effets généraux de la procédure d'insolvabilité*

#### **1. Les nullités de la période suspecte : une action intimement liée à la lex concursus**

À supposer que le centre des intérêts principaux du groupe de sociétés se situe en France, la procédure d'insolvabilité est gouvernée par les règles françaises qui gouvernent l'organisation et le déroulement<sup>1475</sup> de cette dernière. En d'autres termes, l'annulation des actes préjudiciables aux créanciers<sup>1476</sup>. Ceci ouvre par exemple la voie d'une action révocatoire<sup>1477</sup> et l'action en nullité de la période suspecte à l'encontre des revendications ayant trait aux biens ou est initiée la procédure principale. Ce qui contribue à annuler « les opérations qui ont permis à certains créanciers de bénéficier d'un traitement préférentiel, qui sont préjudiciables à la masse de l'insolvabilité ou conclues pour empêcher des créanciers d'exercer leurs droits collectifs ».

Le législateur vise les actes intervenus depuis la cessation des paiements et déclare nul « toute hypothèque conventionnelle toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées »<sup>1478</sup>.

Le législateur national ouvre l'exercice d'une action en nullité au syndic de la procédure principale française<sup>1479</sup>. La finalité de ce dispositif est de se protéger contre les mesures

---

<sup>1474</sup> Cass. com., 22 février 2000, Rev. Crit. DIP. 2000, p. 782, note B. Ancel et H. Muir Watt.

<sup>1475</sup> Les organes et les solutions de la procédure relèvent de la lex fori : J.-L. Coviaux, Redressement et liquidation judiciaires, Juriscl. droit international 2000, point 76.

<sup>1476</sup> CJCE., Deko, 12 février 2009, aff. C-339/07, JO C 82, 2009, p.4.

<sup>1477</sup> Article 18§2 du Règlement 1346/2000.

<sup>1478</sup> Article L. 632-1, 6° du Code de commerce français.

<sup>1479</sup> Celui-ci est organisé à l'article L. 632-4 du Code de commerce et renforce l'action du Ministère public à cet effet.

présumées irrégulières faites au détriment à la fois de l'entreprise en difficulté et de l'intérêt collectif des créanciers en introduisant un mécanisme de reconstitution des actifs.

Ainsi, le régime des nullités de la période suspecte de droit français a pour effet de déclarer nul les gages ou hypothèques lorsque ceux-ci sont intervenus depuis la date de cessation des paiements pour dettes antérieurement contractées.

La question de la préservation du patrimoine dans un contexte international<sup>1480</sup> est posée dès lors qu'il s'agit d'actifs localisés dans un autre État que celui d'ouverture de la procédure.

L'inopposabilité d'une hypothèque inscrite sur un immeuble sis en France suite au prononcé du jugement danois mais avant l'octroi de l'exequatur par les autorités françaises interroge ainsi sur l'effet international d'une procédure d'insolvabilité<sup>1481</sup>. La vis attractiva concursus de l'action révocatoire transfrontalière suite à une reconnaissance simplifiée du jugement d'insolvabilité dessine alors les contours d'un renforcement de son effet international. C'est précisément l'apport de la jurisprudence française dans ce domaine puisque l'universalité d'une procédure étrangère est admise sur le territoire français alors que sa période suspecte est supérieure à celle prévue en droit français. L'effet rétroactif de l'exequatur fait donc remonter les effets du jugement étranger non seulement dès son prononcé mais encore en englobant la période suspecte étrangère<sup>1482</sup>.

## 2. En superposant la lex concursus aux lois concurrentes ?

### 2.1 La solution en droit international privé

Aussi, le sort des garanties réelles localisées au sein d'un autre État que celui de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité est examiné.

Concernant par exemple la clause de réserve de propriété, la doctrine française précise que la lex concursus se superpose à la loi du contrat de vente (validité de la clause de réserve de propriété) et de situation du bien (opposabilité au tiers)<sup>1483</sup>.

La jurisprudence française confirme la présente position en expliquant que « les conditions auxquelles peuvent être revendiquées des marchandises vendues avec réserve de propriété sont, en cas de redressement judiciaire de l'acheteur, déterminées par la loi de la procédure collective, quelle que soit la loi régissant la validité et l'opposabilité, en général de la clause de réserve de propriété »<sup>1484</sup>. Une solution constante en droit international privé privilégie en

---

<sup>1480</sup> M. Raimon, Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé, L.G.D.J, Paris, 2002, p. 3.

<sup>1481</sup> Cass. com., 22 février 2000, Rev. Crit. DIP. 2000, p. 782, note B. Ancel et H.M. Watt.

<sup>1482</sup> Cass. com., 5 février 2002, JDI. 2003, p. 476, note P. Roussel-Galle.

<sup>1483</sup> B. Ancel, Le droit français et les situations d'insolvabilité internationale, Gaz. Pal. 1999. p. 1398.

<sup>1484</sup> Cass. civ., 8 janvier 1991 : JDI. 1991, p. 993, note A. Jacquemont.

effet un rattachement cumulatif qui consiste à appliquer la loi la plus restrictive désignée selon la loi du contrat ou la loi de l'insolvabilité<sup>1485</sup>. La clause de réserve de propriété est ainsi soumise cumulativement à la loi de faillite et à celle régissant sa validité (loi du contrat) et son opposabilité aux tiers (*lex rei sitae*).

La nécessité d'effectuer un règlement global conformément à la loi de la procédure d'insolvabilité<sup>1486</sup> se pose aussi en matière de compensation de créances du créancier avec celle du débiteur. La Cour de cassation précise un principe d'application générale qui vise à organiser l'opposabilité du droit à compensation selon la loi de la faillite. Au contraire, le Règlement 1346/2000 prévoit que la procédure d'insolvabilité n'affecte pas les créanciers garantis en visant respectivement la cession de créance à titre de garantie et le droit d'un créancier d'invoquer la compensation de sa créance avec la créance de son débiteur. Le droit communautaire se rapproche en certaines de ses dispositions du droit international privé français en ce que l'organisation des conditions d'opposabilité d'une compensation relève de la loi d'insolvabilité<sup>1487</sup> à défaut d'application de l'article 6 du présent Règlement<sup>1488</sup>.

## 2.2 Le caractère théorique de l'universalité de la procédure d'insolvabilité

La Cour d'appel souligne en outre le caractère théorique<sup>1489</sup> de l'universalité d'une faillite pourtant prononcée au siège social du débiteur. Il faut alors se demander si l'application d'un domaine étendu d'une *lex concursus* alors désignée en un for de proximité se révèle adéquat en présence de sûretés consenties sur des actifs localisés dans un autre État.

Le droit communautaire<sup>1490</sup> précise alors que « le créancier qui, après l'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, obtient par tout moyen, notamment par des voies d'exécution, satisfaction totale ou partielle en ce qui concerne sa créance sur des biens du débiteur qui se trouvent sur le territoire d'un autre État membre, doit restituer ce qu'il a obtenu au syndic, sous réserve des articles 5 et 7 ». La mission de conservation des actifs du débiteur semble ainsi céder le pas, l'une comme dans l'autre des situations soulevées, devant l'efficacité d'un droit réel. L'arrêt des poursuites individuelles ne s'applique donc pas aux créanciers bénéficiant d'une sûreté réelle localisée dans un autre État membre que l'État

---

<sup>1485</sup> Les conflits de lois en matière de réserve de propriété, TCFDIP. 1982-1984, p. 97.

<sup>1486</sup> Arrêt Anger, Cass 1<sup>ère</sup> Civ, 6 juin 1990, TCFDIP. 1992-1993, p. 238.

<sup>1487</sup> Article 4 d du Règlement 1346/2000.

<sup>1488</sup> Celui-ci prévoit que « l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit d'un créancier d'invoquer la compensation de sa créance avec la créance du débiteur, lorsque cette compensation est permise par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable ».

<sup>1489</sup> CA Versailles, 20 mars 2008, D. 2008, p. 1660, note J.-L. Vallens.

<sup>1490</sup> Article 20 du Règlement 1346/2000.

d'ouverture de la procédure. La doctrine est abondante à ce propos. Il convient alors de souligner les différentes thèses qui s'opposent lorsque certains créanciers allèguent un droit réel sur les actifs du groupe de sociétés et donc des sociétés filiales qui dépendent d'une lex fori concursus étrangère. La protection du crédit et le renforcement international des règles d'insolvabilité voient donc leur terrain d'application modulé selon que la lex concursus écarte le jeu des autres lois applicables. L'approbation d'une solution plutôt qu'une autre se justifie notamment par l'application de la loi la plus sévère parmi celles susceptibles d'interférer dans le règlement de conflits de lois en matière de faillite internationale.

La problématique du conflit de lois entre la lex rei sitae et la lex fori concursus se vérifie selon un arrêt ancien mais caractéristique de l'étendue des difficultés que soulève le Règlement 1346/2000. Le tribunal consulaire français a alors souligné que « la procédure de faillite est régie par la lex fori ; que néanmoins pour la détermination des causes légitimes de préférence les difficultés qui surgissent en matière de statut réel relèvent de la lex rei sitae ; que spécialement tel est le cas des conditions à exiger du gagiste pour qu'il ait, sur les meubles affectés à la sûreté de sa créance, un droit de préférence opposable aux tiers »<sup>1491</sup>. La mise en œuvre de la loi de situation du bien confirme le dispositif communautaire qui sépare donc la garantie de la masse de l'insolvabilité. Le Règlement 1346/2000 confirme sur le plan des effets d'un droit réel une solution traditionnellement évoquée, conférant à la loi réelle une compétence exclusive<sup>1492</sup>.

La volonté de préserver le crédit international interroge précisément sur l'activité transnationale. Car nous l'avons d'ores et déjà souligné dans la présente thèse, le créancier d'un groupe de société peut « alors prévoir que son débiteur déclaré en faillite dans un autre pays va désigner une loi applicable qui sera moins libérale que celle qui régit sa sûreté »<sup>1493</sup>. Cette solution est aussi mise en balance concernant les effets d'un morcellement d'une succession internationale en présence de biens immeubles et meubles (la succession mobilière est régie au lieu du dernier domicile du défunt)<sup>1494</sup>. Le présent règlement en matière de faillite internationale souffre cependant d'une limitation eu égard l'attente légitime du créancier local en privilégiant la lex rei sitae et compte tenu de l'activité fractionnée au plan juridique.

Le crédit public est néanmoins sauvegardé si le créancier qui s'est fié à l'activité du groupe de sociétés dans son ensemble en déduit qu'en cas d'insolvabilité transnationale, la lex fori a

---

<sup>1491</sup> M. Trochu, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Paris, 1967, p. 185.

<sup>1492</sup> Les articles 5, 6, 7 et 8 du Règlement 1346/2000.

<sup>1493</sup> M. Trochu, *ibidem*, p. 188.

<sup>1494</sup> Cass.civ., 19 juin 1939, arrêt Labedan, *Rev. Crit. DIP.* 1939, p. 481 note J. P. Niboyet.

vocation à limiter les effets d'une sûreté réelle qui grève l'actif d'une filiale. Le domaine de la *lex fori concursus* est alors étendu aux droits préférentiels mobiliers. Ainsi, le prix des biens meubles et les sommes recouvrées par le syndic du pays d'origine du failli sont joints à la masse au lieu de la faillite et partagés avec cet actif, sans distinction de nationalité, entre les créanciers conformément à la loi de la faillite. La conclusion de protocoles a cependant éclot en droit communautaire de l'insolvabilité. L'ouverture d'une procédure secondaire limite en effet les sûretés réelles en appliquant cette fois-ci les effets généraux que toute procédure déploie (l'arrêt des poursuites individuelles et l'interdiction des paiements de créances antérieures au jugement d'ouverture). Les règles de coordination gouvernant un for principal et secondaire permettent en outre la rédaction de protocoles prévoyant les conditions de répartition des actifs entre les créanciers, la vérification des créances et sa répartition « sans faire de distinction entre les créanciers des différentes procédures et donc des sociétés appartenant au groupe »<sup>1495</sup>.

*B. Une étendue limitée des règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers*

1. L'application de la *lex concursus*

L'organisation efficiente de l'insolvabilité d'un groupe de sociétés au niveau communautaire prévoit un dispositif qui vise à anéantir les opérations appauvrissant le patrimoine des membres d'un groupe de sociétés sans perdre de vue l'égalité de traitement des créanciers.

Selon le Règlement, la loi de l'État d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure insolvabilité. Elle prévoit notamment les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers<sup>1496</sup>. Le syndic peut donc remettre en cause la constitution de sûretés réelles lorsque la loi de la faillite intègre l'annulation ou l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers. Le guide législatif en matière d'insolvabilité adopte une solution similaire en précisant que la constitution d'une sûreté réelle peut être annulée dès lors que l'opération entrave le recouvrement des créances ou qu'il s'agit d'une opération préférentielle à un prix sous évalué<sup>1497</sup> (une présente opération conclue entre des sociétés apparentées est

---

<sup>1495</sup>Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York, Mai 2009 : *ibidem*, p. 104.

<sup>1496</sup> Article 4§2 m du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>1497</sup>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, p. 170 : disponible sur le support suivant, [www.uncitral.org/](http://www.uncitral.org/).

alors préjudiciable aux créanciers externes sauf lorsque de nouveaux fonds sont accordés et destinés à la poursuite de l'activité).

Le domaine de la loi sur l'insolvabilité communautaire décroît significativement en présence de créanciers titulaires de droits réels. La loi réelle qui tend à avoir une compétence exclusive en la matière évince la compétence de principe conférée à la *lex concursus* puisque la sûreté réelle a une importance considérable pour l'octroi de crédit<sup>1498</sup>.

Les créanciers munis d'un droit réel et localisés dans un autre État membre que l'État d'ouverture échappe ainsi à l'arrêt des poursuites individuelles qui résulte de la *lex fori concursus*<sup>1499</sup>.

Il est cependant envisagé que ledit dispositif ne fasse point obstacle aux actions en nullité, en annulation ou en inopposabilité<sup>1500</sup>. Lesdites actions incluent respectivement les actions en nullité de la période suspecte, dérivé de l'action paulienne qui prévoit l'annulation et/ou l'inopposabilité<sup>1501</sup> de l'acte frauduleux.

## 2. L'article 13 du Règlement 1346/2000 : les conditions d'une limitation à la *lex concursus*

### 2.1 L'application d'une loi concurrente

Toutefois, l'article 13 du Règlement permet d'échapper à ladite action en prouvant que l'acte est soumis à l'empire d'une loi qui n'autorise aucune action en révocation telle qu'elle résulte du droit communautaire. On entrevoit d'ores et déjà l'application d'un régime selon la localisation d'actifs sur lesquels des biens sont affectés en garantie.

Une loi applicable aux constitutions de gage qui élude son invalidation en période suspecte<sup>1502</sup> est dès lors privilégiée par des créanciers peu soucieux de la « *par condicio creditorum* ».

On en déduit fort logiquement que des présents critères d'annulation dépendent soit la loi de situation du bien meuble ou immeuble garantissant la créance soit de la loi de la créance (autonomie).

L'absence de système comparable à l'annulation des sûretés consenties pendant la période suspecte peut aiguiller le choix des parties. Il faut malgré tout mentionner un trait commun à

---

<sup>1498</sup> Considérant 25 du Règlement 1346/2000.

<sup>1499</sup> F. Melin, Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, Bruylant, 2008, p. 235 ; Circulaire du 15 décembre 2006 relative au Règlement, JCP É. 2007. 1498.

<sup>1500</sup> Article 5.4, Article 6.2 et Article 7.3 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>1501</sup> A. Bénabent, Droit civil, Les obligations, 10<sup>ème</sup> Édition, Montchrestien, 2005, p. 592.

<sup>1502</sup> M.-N. Jobard-Bachelier, Le sort des garanties, l'effet international de la faillite : une réalité ? Dalloz, Paris 2004, p. 143.

la définition d'une période suspecte en ce que chaque État membre structure une action révocatoire.

L'étude comparée des procédures belges, britanniques, allemandes, espagnoles et françaises révèlent que la constitution de garanties réelles au profit d'obligations préexistantes ou grevant de sûreté une dette est attaquant ou nul selon le régime juridique étudié<sup>1503</sup>. La sécurité des transactions repose alors davantage sur la variabilité de la durée des périodes suspectes et l'adoption d'une conception objective ou subjective de l'action révocatoire (voir supra).

## 2.2 L'absence d'action similaire selon la loi désignée compétente

L'article 13 du Règlement 1346/2000 permet néanmoins d'échapper à la loi régissant le régime des nullités en prouvant que l'acte relève par ailleurs d'une loi qui ne permet point d'exercer une action similaire. La charge de la preuve incombe alors au créancier. Le créancier doit alors démontrer qu'une action désignée comme similaire ne s'envisage pas selon la loi désignée compétente (plusieurs lois peuvent entrer en conflit : la *lex contractus* et la *lex rei sitae*). Il appert néanmoins que le débat porte, selon nous, davantage sur la distinction entre l'institution de droit civil et celles de droit de l'insolvabilité eu égard « le code génétique commun » à l'action en révocation prévu dans les différents États membres<sup>1504</sup>.

Qu'entend alors le Règlement 1346/2000 par action similaire ?

Si un lien de parenté est décelable entre les deux mécanismes susvisés. L'étendue de l'annulation des opérations intervenues durant la période dite suspecte est plus vaste que celle qui gouverne l'action paulienne. Seuls les actes qui appauvrissent le patrimoine d'une société sont concernés par cette dernière. Alors que l'action en nullité de la période suspecte vise tant l'opération d'appauvrissement qu'un acte portant atteinte à l'égalité des créanciers. Les transferts de patrimoine, les paiements, la renonciation d'un droit, la souscription d'un prêt ainsi que les sûretés caractérisées d'anormales sont suspectes lorsqu'elles sont consenties pendant cette période. L'efficacité de l'action en nullité se distingue précisément de l'action paulienne en termes d'objectifs. Le principe d'égalité des créanciers<sup>1505</sup> invite une plus grande transparence en matière de période suspecte.

---

<sup>1503</sup> F. Levy, Comparaison des lois ukrainiennes, belge, allemande, espagnole, britannique et française relatives aux procédures d'insolvabilité tenant compte du Règlement communautaire et la jurisprudence de la CJCE, Rev. Proc. Coll. Septembre 2008, p.71.

<sup>1504</sup> F. Levy, *ibidem*,

<sup>1505</sup> Considérant 21 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

Aussi, le Règlement reconnaît au syndic de la procédure principale « l'exercice de toute action révocatoire utile aux intérêts des créanciers »<sup>1506</sup>. Nous considérons qu'une telle disposition signifie que l'action paulienne est exercée ut universi et met l'accent sur le caractère collectif de ladite action. Cette solution est d'ailleurs confirmée par la Haute juridiction civile française qui permet au mandataire liquidateur d'exercer l'action paulienne au nom de tous les créanciers et dans l'intérêt collectif de ceux-ci<sup>1507</sup>.

La complémentarité de l'action paulienne réside dans la possibilité d'exercer ladite action ut singuli en cas d'inertie des organes de la procédure collective<sup>1508</sup>. Un créancier peut donc « invoquer son intérêt personnel à obtenir la fraction du profit collectif qui doit lui revenir »<sup>1509</sup>. Comme cela fut souligné, l'exercice de l'action peut donc être collectif ou individuel alors que ses effets demeurent uniquement collectifs<sup>1510</sup>.

En effet, l'évolution de l'action paulienne au cours du temps et son adaptabilité au droit de l'insolvabilité semble distinguer le régime de la présente action. Les critères d'annulation des actes conclus avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité se dessinent alors selon des traits encore marqués par l'action paulienne et donc la preuve de l'eventus fraudis (le préjudice), du fraudus (la fraude) et de la participatio fraudis (la connaissance de la fraude). Le droit suisse conforte cette approche (voir supra).

Une approche objective présume la fraude au cours d'une période donnée et inverse la charge de la preuve ce en quoi résulte le système des nullités de plein droit prévu par la législation française. Celle-ci se combine toutefois avec un système de nullité facultative, lequel requiert la démonstration de la connaissance de la cessation des paiements du débiteur pour les actes onéreux (voir les modalités d'une action en révocation).

Ainsi, on comprend aisément le rôle du point 6 de l'article L. 632-1 du code français des entreprises en difficulté en ce qu'il rend nul les droits de gage constitués sur les biens du débiteur pour des dettes antérieurement contractées et intervenues depuis la date de cessation des paiements. L'intérêt collectif des créanciers est donc privilégié par l'instauration de la nullité de plein droit de certains actes contrairement à une action en révocation prévue en droit suisse. En effet, la preuve de l'intention de nuire du débiteur et le fait que le second se soit rendu complice de la fraude au droit des créanciers se rapprochent de celles prévues dans le

---

<sup>1506</sup> Article 18 §2 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>1507</sup> [Cass. civ. 1ère, 13 juill. 2004, pourvoi n° 03-10.292.](#)

<sup>1508</sup> A. Jacquemont, Droit des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 191.

<sup>1509</sup> Cass. Com., 8 octobre 1996, JCP E. 1997, note F. Derrida.

<sup>1510</sup> Cass. Com., 13 novembre 2001, JCP E. 2002, n°18-19, p. 765, note G. Blanc.

cadre de l'action paulienne de droit français auquel s'ajoute le fait que l'acte soit commis par le débiteur qui cause un préjudice aux créanciers en ce qu'il provoque son insolvabilité.

En conséquence, l'importance d'une limitation éventuelle<sup>1511</sup> à l'opposabilité d'une sûreté réelle consentie en faveur d'une des sociétés du groupe par le débiteur insolvable repose davantage dans la différence de régime qui se rapproche soit d'un système des nullités de plein droit qui présume la fraude soit celui marqué par l'action paulienne mais pour laquelle les éléments subjectifs doivent être rapportés (voir supra).

## Conclusion Chapitre I :

L'examen du règlement de conflit de lois en matière d'insolvabilité transfrontalière souligne une réduction du domaine de la *lex fori concursus*. Celle-ci a pourtant une vocation générale<sup>1512</sup> eu égard les effets généraux<sup>1513</sup> qui en résultent. L'universalité de la procédure d'insolvabilité se comprend alors selon une orientation souhaitable en faveur d'une banalisation<sup>1514</sup> de la procédure d'exequatur. L'apport du droit communautaire résulte en conséquence dans la réaffirmation du principe de confiance mutuelle qui constitue un vecteur d'universalité de la procédure principale. D'autant plus que celle-ci vise à inclure tous les actifs du débiteur<sup>1515</sup>.

L'accroissement de l'effectivité des mesures de reconstitution des patrimoines est apprécié. Le mécanisme d'exequatur de droit commun du pays requis limite alors l'universalité de l'arrêt des poursuites individuelles et l'inopposabilité des paiements suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité transfrontalière. La cristallisation d'un ou plusieurs patrimoines est au contraire réalisée en droit communautaire dès le prononcé de la décision d'ouverture de la procédure. Le dessaisissement du débiteur, la suspension des poursuites<sup>1516</sup> et l'interdiction des paiements des créances antérieures au jugement d'ouverture permet in fine de conserver les actifs transfrontaliers. Au contraire du droit commun, la loi d'ouverture prévue à cet effet

---

<sup>1511</sup> L'article 4, paragraphe 2, point m), n'est pas applicable lorsque celui qui a bénéficié d'un acte préjudiciable à l'ensemble des créanciers apporte la preuve que cet acte est soumis à la loi d'un autre État membre que l'État d'ouverture et que cette loi ne permet en l'espèce, par aucun moyen, d'attaquer cet acte.

<sup>1512</sup> J.-A. Pastor Ridruejo approuve la position de principe qui accorde une compétence générale à la loi du for en droit international privé, *ibidem*, p. 189.

<sup>1513</sup> La circulaire du 15 décembre 2006 prévoit les effets généraux de la procédure d'insolvabilité communautaire : circulaire du 15 décembre 2006, JCP E. 2007. 1498.

<sup>1514</sup> Cass. civ., 22 février 2000, Rev. Crit. DIP. 2000, p. 782, note B. Ancel et H. Muir Watt.

<sup>1515</sup> Considérant 12 du Règlement 1346/2000.

<sup>1516</sup> Les articles L. 622-21, L. 622-1 et L. 641-9 du Code de commerce français illustrent quelques uns des effets principaux gouvernés par la loi française d'insolvabilité.

contraint les créanciers à interrompre leurs poursuites sans qu'il y ait besoin de recourir à une procédure d'exequatur<sup>1517</sup>.

La production des créances obéit également à la *lex fori concursus* selon un principe admis en droit international privé de non discrimination en fonction de la nationalité des créanciers<sup>1518</sup>.

Des normes matérielles communautaires concernant le passif du groupe de sociétés consistent en outre à favoriser un accès équivalent aux informations concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au sein de l'espace judiciaire européen de l'insolvabilité. Les créanciers chirographaires sont alors soumis à une discipline collective réunis en une seule masse quelque soient leurs nationalités et le redressement de l'entreprise s'opère de façon homogène. La liberté de déclaration des créances<sup>1519</sup> se justifie par le principe de non discrimination entre les créanciers communautaires<sup>1520</sup>. Celui-ci fonde l'exercice du droit des créanciers dans chacune des procédures initiées au sein de l'Union européenne<sup>1521</sup>. L'égalité de paiement est ainsi expressément prévue<sup>1522</sup>.

L'incidence du lieu d'ouverture de la procédure sur le droit des salariés d'un groupe de sociétés est discutée. Une conception restrictive de l'ordre public<sup>1523</sup> visée au sein du Règlement 1346/2000 est réaffirmée en jurisprudence. L'absence d'audition des représentants du personnel d'une filiale située en France d'un groupe de sociétés localisé en Angleterre ne caractérise en effet point une violation d'un droit fondamental à être entendu durant la procédure. La centralisation de la procédure au siège social de la société mère est cependant confirmée en traitant les créances salariales à l'identique d'une procédure française<sup>1524</sup>.

Les règles concernant la poursuite ou la cessation des relations de travail suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité limite cependant l'universalité de la procédure principale d'insolvabilité. La loi d'ouverture de l'État membre au sein duquel l'activité habituelle des salariés est privilégiée.

---

<sup>1517</sup> Circulaire du 15 décembre 2006, *ibidem*.

<sup>1518</sup> Cass. com., 19 janvier 1988, BCT Computer, Rev. Crit DIP. 1990, p. 527, note G. Grasmann.

<sup>1519</sup> Article 39 du Règlement 1346/2000.

<sup>1520</sup> M. Raimon, Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, L.G.D.J, Paris, 2007, p. 179.

<sup>1521</sup> L'article 32 §1 du Règlement 1346/2000 souligne que « tout créancier peut produire sa créance à la procédure principale et à toute procédure secondaire ».

<sup>1522</sup> Article 20 du Règlement.

<sup>1523</sup> Article 26 du Règlement.

<sup>1524</sup> Tribunal de commerce de Nanterre, 19 mai 2005. D. 2005, p. 1788, note R. Dammann.

La loi de l'établissement au sein duquel le salarié est engagé ou du lieu d'exécution du contrat de travail désigne donc lato sensu « les principes de cette loi qui sont propres aux situations d'insolvabilité »<sup>1525</sup>.

L'unité de la procédure d'insolvabilité communautaire n'est néanmoins pas totalement absente. Ce principe est en effet confirmé à l'article 4§2 i du Règlement communautaire. L'incidence d'une centralisation des procédures sous la houlette d'un tribunal étranger est de voir classer la créance salariale selon la procédure d'admission de la loi du pays d'ouverture<sup>1526</sup>. Or, le versement immédiat des salaires suite à l'insolvabilité du débiteur résulte du « super privilège » que consacre ou non la législation nationale désignée au centre des intérêts principaux du groupe. Le paiement peut ainsi être d'une part réalisé sur les fonds disponibles<sup>1527</sup> de l'entreprise et limite le principe d'interdiction des paiements suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. À défaut, la désignation de l'institution de garantie de versement de salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur (AGS) est alors instituée au plan communautaire. Un critère de proximité désigne la loi du lieu d'activité des travailleurs (L'arrêt Everson<sup>1528</sup> confirme un critère de proximité) et non la loi d'ouverture de la procédure (la solution retenue dans l'arrêt Mosbaek). Cette solution a ainsi le mérite de faire concorder au plan communautaire un système de garantie des créances salariales. Celui-ci remplit ainsi la finalité des dispositions introduites au sein de la Directive 2002/74/CE et l'intervention subsidiaire de l'AGS à hauteur de certains plafonds et dans des brefs délais<sup>1529</sup>.

L'efficacité de la procédure d'insolvabilité connaît par ailleurs une limitation en faveur des créanciers garantis du groupe transnational de sociétés. Le Règlement prévoit à cet effet « un rattachement particulier dans le domaine des sûretés réelles qui déroge à la loi de l'État d'ouverture »<sup>1530</sup>. Celui-ci sépare donc la garantie de la masse de l'insolvabilité en certaines circonstances. La fonction de centralisation d'une procédure initiée en un centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés est précisément examinée à cet effet. L'universalité de la procédure principale souffre là d'une exception conséquente en ce que celle-ci est inopposable aux créanciers munis de sûretés réelles sur les actifs d'une filiale localisée dans un autre État membre. La mise en œuvre de la loi de situation du bien confirme en effet le

---

<sup>1525</sup> F. Mélin, Le Règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *ibidem*, p. 275.

<sup>1526</sup> Q. Urban, La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière, JCP E. mars 2006, p. 547.

<sup>1527</sup> M.-N. Jobard-Bachelier, Droit des sûretés, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010, p. 672.

<sup>1528</sup> CJCE., Everson, 16 décembre 1999, C-198/98, Rec. 8903.

<sup>1529</sup> M.-N. Jobard-Bachelier, *ibidem*, p. 673.

<sup>1530</sup> Considérant 25 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

dispositif communautaire. Le Règlement 1346/2000 confirme sur le plan des effets d'une sûreté réelle une solution traditionnellement évoquée conférant à la loi réelle une compétence exclusive<sup>1531</sup>. Le droit communautaire de l'insolvabilité reste donc encore perfectible et ambigu eu égard les solutions prétoriennes admises tant en droit international privé commun qu'en droit positif. Si ces dernières réaffirment la *lex rei sitae* pour « fixer le principe et le régime de la sûreté », la loi de l'insolvabilité retrouve son empire afin de déterminer « les conditions de son opposabilité et son rang »<sup>1532</sup> dans la procédure d'insolvabilité. En l'occurrence, ce « rempart »<sup>1533</sup> communautaire institué en faveur des créanciers garantis interroge sur d'autres finalités d'une loi sur l'insolvabilité qui sont la pérennité de l'entreprise, la sauvegarde de l'emploi et le respect du principe d'égalité des créanciers transfrontaliers. Si l'on comprend aisément l'exception à la règle de la *par conditio creditorum* qui confère un droit de préférence aux créanciers transfrontaliers garantis selon la loi de l'insolvabilité. Il est en revanche discutable que la loi de l'insolvabilité soit évincée lorsque les biens grevés sont localisés dans un autre État que celui d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Cette problématique renvoie ainsi aux dispositifs nationaux qui ont vocation « à permettre le redressement du débiteur et d'assurer une discipline collective entre tous les créanciers contrevenant alors à la force obligatoire des contrats conclus entre le débiteur et ses créanciers »<sup>1534</sup>. Le Règlement contient néanmoins en son sein quelques éléments de réponse en ce sens.

L'esprit du Règlement tend en effet à pallier ces inconvénients en facilitant « l'ouverture d'une procédure secondaire dans la juridiction où sont nés les droits réels dans la mesure où le débiteur a un établissement dans cet État »<sup>1535</sup>. Les droits réels sont alors soumis à la loi de l'insolvabilité, qu'il s'agisse d'une procédure principale ou secondaire, et l'on mesure ainsi la portée d'un gel du passif à l'égard des créanciers au centre des intérêts principaux et aux établissements du groupe de sociétés. Le syndic peut en outre remettre en cause la constitution de sûretés réelles<sup>1536</sup> lorsque la loi de la faillite intègre l'annulation ou l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers. La perspective alternative d'une continuation

---

<sup>1531</sup> Les articles 5, 6, 7 et 8 du Règlement confirment la compétence de principe prévue par la *lex rei sitae*.

<sup>1532</sup> M. Menjucq, L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières, *Rev. Proc. Coll.* Juin 2009, p. 22.

<sup>1533</sup> M.-N. Jobard-Bachellier, Le sort des garanties, *ibidem*, p. 128.

<sup>1534</sup> M. N Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010, p. 670.

<sup>1535</sup> Considérant 25 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>1536</sup> Article 5§4 du Règlement 1346/2000.

de l'activité de l'entreprise voire de sa liquidation contribue en effet à rembourser les créanciers dans la mesure de l'actif<sup>1537</sup>.

## **Chapitre II : Une limitation de la lex fori concursus en l'absence de coordination spécifique**

L'absence de coordination spécifique en dehors du champ d'application d'une convention internationale ou du Règlement 1346/2000 conduit à l'application du droit international privé commun de la faillite internationale. Les modalités de l'universalité d'une procédure d'insolvabilité sont donc étudiées (Section I.).

Le régime applicable en matière d'insolvabilité transfrontière se pose eu égard l'implantation de sièges centraux en Suisse. Or, la présence d'une activité transnationale ayant des actifs à l'extérieur des frontières de l'Union européenne conduit à apprécier le critère d'applicabilité du Règlement 1346/2000<sup>1538</sup>. On entrevoit d'ores et déjà les effets d'une « absence de régime adapté conduisant à des approches inadéquates et non coordonnées d'une procédure d'insolvabilité internationale »<sup>1539</sup>.

L'étendue de la compétence de l'espace judiciaire européen de l'insolvabilité et son prolongement dans l'ordre juridique international est donc examinée (Section II).

### **Section I : Les modalités d'une volonté d'universalité de la procédure d'insolvabilité**

La nécessaire confirmation du régime européen de l'insolvabilité au sein d'un espace judiciaire en construction œuvre à l'établissement de principes de reconnaissance simplifiés et produisant un effet universel dans les autres États membres. Depuis le 31 mai 2002, les règles communautaires applicables sur l'ensemble des territoires de l'Union européenne à l'exception du Danemark<sup>1540</sup> apportent un éclairage nouveau dont il convient de s'inspirer.

---

<sup>1537</sup>J.-P. Arrighi, Les nouveaux cas de nullité de la période suspecte, Gaz. Pal. septembre 2005, doct. 2990.

<sup>1538</sup> Article 3§1 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000, JOCE n° L 160 du 30 juin 2000.

<sup>1539</sup> Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international, Groupe de travail V (droit de l'insolvabilité) : projet d'aide mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coopération dans les procédures d'insolvabilité internationale, septembre 2008, p. 6 ; A/CN.9/WG.V/WP.83 disponible sur le site suivant : [www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/5Insolvency.htm](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/5Insolvency.htm).

<sup>1540</sup> Considérant 33 du Règlement 1346/2000.

Les effets d'une universalité renforcée vise à interrompre les voies d'exécution individuelles suite au prononcé de la procédure (§2.). Un effet international de la faillite<sup>1541</sup> se mesure alors tout d'abord au travers ses conditions d'application (§1.).

## §1. Les conditions d'application d'un effet universel de la faillite

L'effet universel d'une procédure d'insolvabilité est encouragé en ce qu'il tisse un lien de proximité avec l'activité principale du débiteur (B.) et suppose d'être accepté par l'ordre juridique requis (C.). La prise en compte de critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à vocation strictement territoriale est donc limitée (A.).

### *A. Une limitation à la territorialité de la faillite*

La compétence juridictionnelle en matière d'insolvabilité communautaire insuffle un rejet des privilèges de juridiction prévu en droit français (1.). Une limitation à la survivance de faillites locales reposant sur la seule présence d'actifs est examinée en droit comparé (2.).

#### 1. Reposant sur la nationalité française

Il nous faut rappeler que la question du conflit de juridiction en droit international privé de la faillite est déterminante en ce que la loi applicable est celle d'ouverture de la procédure<sup>1542</sup>. Ainsi, la compétence internationale du juge français résulte de « l'extension des règles de compétence territoriale interne »<sup>1543</sup> dans l'ordre juridique international. La transposition des arrêts Scheffel et Pelassa<sup>1544</sup> quant au critère de compétence du juge français en matière de faillite internationale suppose de transposer le décret du 28 décembre 2005 qui règle le problème de la compétence territoriale concernant les procédures de redressement, de sauvegarde et de liquidation judiciaire<sup>1545</sup>. Le décret précise alors que la compétence principale se situe au siège social présumé au siège statutaire selon le droit français.

---

<sup>1541</sup> F. Jault-Seseke et D. Robine, L'effet international de la faillite : une réalité ? Dalloz, 2004, p. 9.

<sup>1542</sup> J.-L. Vallens, Le droit européen de la faillite, la convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité : la compétence juridictionnelle entraîne la compétence législative, la juridiction saisissant, par priorité, sa propre loi, D. 1995, p. 217.

<sup>1543</sup> Cass. civ., 30 octobre 1962, arrêt Scheffel, GA n° 37, 2006, B. Ancel et Y. Lequette.

<sup>1544</sup> Selon l'arrêt Pelassa du 19 octobre 1959 repris par l'arrêt Scheffel du 30 octobre 1962: « La compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne ». Il s'agit du principe d'extension à l'ordre international des règles françaises de compétence territoriale internes : le juge français est compétent dès lors que l'un des critères de compétence admis par le Code de procédure civile pour les litiges internes se localise en France (Art. 42 CPC : « La juridiction compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur » ; cette règle est alors transposée dans l'ordre international, on dira que le juge français est compétent, sauf règle particulière, dès lors que le défendeur a son domicile ou sa résidence en France).

<sup>1545</sup> J. Vallansan, Difficultés des entreprises, Litec, Paris, 2009, p. 3.

Les notions d'établissement principal, secondaire ou de centre principal des intérêts en France<sup>1546</sup> se justifient également comme autant d'élément à prendre en compte dans la localisation du débiteur<sup>1547</sup>. Ces chefs de compétence tirent leur fondement juridique dans le principe d'effectivité<sup>1548</sup>.

Il nous faut toutefois mentionner qu'au contraire du droit communautaire, l'absence d'établissement sur le sol français n'empêche point les juridictions françaises de se reconnaître compétentes en invoquant les privilèges de juridictions en matière de faillite internationale<sup>1549</sup>.

Les privilèges de juridiction sont alors logés aux articles 14 et 15 du Code civil français et semblent s'inscrire, comme en témoigne le Règlement 1346/2000, dans un mouvement opposé à celui visé en matière de procédure d'insolvabilité communautaire. La systématisation et la survivance de faillites locales au bénéfice des créanciers locaux s'appuient sur la thèse de la territorialité. Les défenseurs de cette doctrine mettent l'accent sur le traitement des biens situés sur son territoire grâce à un pouvoir de contrainte exercé territorialement.

L'objectif de sauvegarde de l'activité de l'entreprise se concilie cependant peu ou prou avec un chef de compétence juridictionnelle en raison de la nationalité française du créancier.

Ces articles confèrent aux plaideurs français un privilège de juridiction fondé sur la nationalité. En d'autres termes, le privilège de juridiction permet à une personne en raison de sa nationalité de saisir ou d'être traduite devant ses tribunaux nationaux<sup>1550</sup>. Ces privilèges ont reçu une consécration jurisprudentielle en matière de faillite<sup>1551</sup>. Il convient de condamner, comme l'a souligné Madame le Professeur A. Martin-Serf, les articles 14 et 15 du Code civil comme étant contraire au principe d'égalité des créanciers. Des motifs de pure opportunité semblent guider les juges du fond et cela afin de favoriser le créancier français.

Ainsi, l'article 14<sup>1552</sup> du Code civil permet au demandeur et donc au créancier français d'attirer une société étrangère en redressement ou en liquidation judiciaire devant les

---

<sup>1546</sup> Les présentes notions localisent le principal des établissements secondaires en France : M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Litec, Paris, 2008, p. 464 ; Cass. Com., 21 mars 2006, D. 2006. p. 1466. note Laurence-Caroline Henry.

<sup>1547</sup> Décret numéro 2005 du 28 décembre 2005, *Code des entreprises en difficulté*, Litec, Paris, 2007, p. 787.

<sup>1548</sup> M. Raimon, *ibidem*, p. 101.

<sup>1549</sup> Civ., 7 juin 1962, JDI 1963, p. 106, note A. Ponsard.

<sup>1550</sup> H. Fulchiron et C. Nourissat, *Travaux dirigés de Droit international privé*, Litec, Paris, 2009, p. 345.

<sup>1551</sup> Civ., 7 juin 1962, JDI. 1963, p. 106, note A. Ponsard ; Civ., 12 juillet 1962, JDI. 1963, p. 1056.

<sup>1552</sup> L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.

tribunaux français en raison par exemple « des obligations contractées par une société étrangère qui n'a pas d'établissement en France qui peut donc être traduite devant un tribunal français au choix du demandeur français ». Un privilège général est ainsi accordé au Français demandeur qui exerce alors une voie d'exécution individuelle le plus souvent en recouvrement de créances sans se préoccuper des objectifs de réorganisation de l'entreprise dont le siège social est à l'étranger.

Quant à l'article 15<sup>1553</sup>, il confère un privilège de juridiction en se fondant sur la compétence de la nationalité française du débiteur et renvoie, dans l'hypothèse d'une personne morale, aux critères de localisation de cette dernière gravitant autour des notions de siège social et statutaire. Or, l'ouverture automatique d'une procédure d'insolvabilité principale en présence par exemple d'un siège statutaire sur le territoire français peut éprouver des limites en présence d'un groupe transnational de sociétés.

## 2. Reposant sur la seule présence d'actifs sur le territoire suisse

L'ouverture d'une faillite ancillaire en Suisse en présence de simples actifs sur son territoire participe à la même observation. La volonté de saisir les créances l'emporte sur la localisation de l'activité principale ayant pourtant des liens plus étroits avec un autre pays comme l'existence d'un siège social. La thèse de la territorialité l'emporte ici sur celle de l'universalité de la faillite en ce que l'ouverture d'une procédure locale suisse se justifie par une conception de la faillite qui se limite à une voie d'exécution quasi « individuelle ». Une limitation territoriale se justifie alors en ce que la faillite apparaît comme une saisie<sup>1554</sup> en premier lieu dont les modalités de liquidation ne peuvent avoir lieu qu'avec le concours de l'autorité publique. La liquidation des actifs est réalisée en faveur des créanciers domiciliés en Suisse ou dont les actifs grevés d'une sûreté réelle sont situés sur ledit territoire. Seuls les juges où se situent les biens sont dès lors habilités à agir. Ils sont ainsi maîtres de la force publique<sup>1555</sup> contrairement aux autorités étrangères alors saisies au lieu du siège social d'une entreprise. Seule une demande d'exequatur tend alors en principe à faire prolonger les effets de la procédure initiale sur des biens localisés dans d'autres États.

---

<sup>1553</sup> Celui-ci prévoit qu'un Français pourra être traduit devant un tribunal en France pour des obligations par lui contractées en pays étranger même avec un étranger, l'article 15 est interprété comme instaurant une règle de compétence exclusive des juridictions françaises fondée sur la nationalité du défendeur. Depuis l'arrêt Prieur, le Code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'Etat dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux : Cass. civ, 23 mai 2006, D. 2006, obs, I. Gallemeister, 1561.

<sup>1554</sup> M. Trochu, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Paris, 1967, p. 51.

<sup>1555</sup> M. Trochu, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Paris, 1967, p. 52.

Dans l'espèce soumise aux juges versaillais<sup>1556</sup>, la coloration est nettement territorialiste et ses effets servent, en l'absence de coopération entre les autorités juridiques des pays concernés, essentiellement à limiter l'universalité d'une faillite ouverte à l'étranger. Il en résulte une systématisation de la faillite locale en faveur des créanciers locaux. La consécration dans le cas présent du principe de territorialité a l'inconvénient d'aboutir à l'ouverture d'une procédure locale en présence de simples actifs localisés sur son territoire. Elle fait écho à une jurisprudence française établie et permettant aux tribunaux français de se reconnaître compétents sur la base d'une « simple relation d'affaires sur le territoire français »<sup>1557</sup> d'une société étrangère.

L'appréhension d'un actif situé à l'étranger comme un actif de la procédure d'insolvabilité initialement ouverte suppose d'apprécier les effets extraterritoriaux d'un jugement d'insolvabilité. La question qui se pose alors réside dans la portée du gel des actifs.

Il reste qu'en l'espèce, l'efficacité internationale du présent jugement de liquidation obéit à des considérations étrangères dont la discussion ancestrale nous transporte vers l'épineuse question de la dialectique territorialité/universalité en matière de faillite et l'orientation envers l'une ou l'autre (voir supra).

Si la loi fédérale suisse sur le droit international privé (art. 166-175 LDIP)<sup>1558</sup> est qualifiée de procédure d'entraide permettant à la faillite prononcée à l'étranger de produire des effets sur le territoire suisse, cette dernière se définit exclusivement par le droit suisse et est régie par une autorité suisse, en l'occurrence l'office des faillites (art. 170 LDIP). Le jugement statue sur la reconnaissance de la faillite étrangère et décide l'ouverture d'une faillite secondaire qui relève alors de la compétence du juge de l'exequatur au sein du Canton de Genève<sup>1559</sup>.

Les effets de la reconnaissance sont alors l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire suisse<sup>1560</sup> en présence de « la moindre trace de l'actif en Suisse, le moindre compte bancaire que l'administration étrangère de la faillite souhaite solder »<sup>1561</sup>. La pertinence des chefs de compétences juridictionnelles fonde l'ouverture d'une procédure ancillaire en présence d'un compte bancaire en Suisse et contraste nettement avec les dispositions du Règlement 1346/2000. Celui-ci prévoit au contraire l'ouverture d'une procédure principale en présence

<sup>1556</sup> CA Versailles, 20 mars 2008, D. 2008, p. 1662, note J.-L. Vallens.

<sup>1557</sup> M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, Litec, Paris, 2008, p. 465.

<sup>1558</sup> Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Commentaire des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, *ibidem*, p. 1627.

<sup>1559</sup> C. Jacques, La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger, CFP, Université de Genève, 2006, p. 57.

<sup>1560</sup> Article 170 al 1 LDIP.

<sup>1561</sup> S. Marchand, Les règles de droit suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes, Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Genève, p. 120.

d'un lien suffisant avec l'économie d'un État membre où est localisé le centre des intérêts principaux. L'ouverture d'une procédure secondaire suppose en outre d'apporter les critères de l'établissement<sup>1562</sup>. Outre un système de hiérarchisation des procédures, celle-ci est marquée par une coopération renforcée entre ces dernières dans une perspective d'égalité des créanciers transfrontaliers et de reconstitution des actifs à des fins de redressement et de préservation de la masse active transfrontalière<sup>1563</sup>.

*B. La mise en œuvre d'un critère de « proximité » de l'activité principale du débiteur*

La mise en perspective du critère du centre des intérêts principaux lors de l'établissement de la compétence juridictionnelle renforce l'analyse d'une « volonté » d'application universelle des procédures d'insolvabilité.

Cette dernière conditionne une compétence juridictionnelle entretenant une proximité à la fois géographique et stratégique permettant de traiter un patrimoine morcelé territorialement ou juridiquement.

La doctrine internationaliste<sup>1564</sup> est à l'origine de propositions visant des mécanismes correcteurs instituant un système reposant sur l'ouverture d'une procédure principale avec pluralité de masses permettant à une faillite ouverte au siège statutaire ou au siège social réel d'une société de s'étendre, par le moyen d'un exequatur simplifié ou optant pour l'unicité de la procédure<sup>1565</sup>. La jurisprudence communautaire récente<sup>1566</sup> caractérise le centre des intérêts principaux en présumant sa localisation au lieu du siège statutaire. Nous convenons que cette présomption renforcée en faveur du siège statutaire répond en partie aux impératifs de sécurité juridique tout en ayant à l'esprit la dissociation probable entre les statuts et le centre de

---

<sup>1562</sup> L'article 3§2 du Règlement prévoit que lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire.

<sup>1563</sup> B. Wessels et M. Virgos : Main insolvency proceedings and secondary proceedings can contribute to the effective realisation of the total assets only if all the concurrents proceedings are coordinated, les auteurs se réfèrent alors au considérant 20 du Règlement qui disposent que « les procédures principales et les procédures secondaires ne peuvent, toutefois, contribuer à une réalisation efficace de la masse que si toutes les procédures parallèles en cours sont coordonnées », European communication and cooperation guidelines for cross-border insolvency, July 2007, p. 17.

<sup>1564</sup> J.- A. Pastor Ridruejo, La faillite en droit international privé, RCADI. 1971, p. 168

<sup>1565</sup> Directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des Établissements de crédit, JO L 125 du 5 mai 2001, p. 15-23.

<sup>1566</sup> CJCE., 2 mai 2006, Eurofood IFSC Ltd, C-341/04, Rec. 3813.

direction<sup>1567</sup> dont il convient de tirer les conséquences sur l'appréciation d'un lien effectif entre les statuts et l'activité économique réalisée sur le territoire d'un État membre.

Le principe de « reconnaissance automatique prévu en droit communautaire entraîne dès lors l'extension à tous les autres États membres des effets attribués à cette procédure par la loi de l'État d'ouverture de la procédure »<sup>1568</sup> aux autres pays au sein desquels se situent des dépendances<sup>1569</sup>.

La teneur des régimes nationaux de reconnaissance des procédures d'insolvabilité initiées à l'étranger et le faible niveau de porosité de l'ordre juridique qui en découlent amènent à rappeler les propos de Messieurs les Professeurs Lyon-Caen et Renault en ce qu'ils apprécient l'animation du principe d'universalité de la manière suivante. Ils indiquent alors que « l'avenir appartient sans aucun doute à cette doctrine en considérant que cette dernière sera de plus en plus consacrée par des conventions internationales »<sup>1570</sup>.

Or, la réponse aux activités transnationales suppose un cadre conventionnel et/ou régional permettant d'inclure l'ensemble des actifs dispersés territorialement et mis à la disposition du syndic de la procédure principale voire secondaire. L'ordonnancement des procédures d'insolvabilité en dépend et ceci précisément dans un système de reconnaissance de plein droit !

L'exigence d'exequatur et l'absence de coopération renforcée entre une procédure principale et territoriale atténuent les effets internationaux de la procédure initiale. L'application d'un principe de reconnaissance « sans aucune formalité particulière »<sup>1571</sup> d'une procédure initiée en un for favorise au contraire l'universalité de cette dernière (l'arrêt des poursuites individuelles) et les actions qui en dérivent directement (les nullités de la période suspecte et l'action en responsabilité en cas d'insolvabilité).

Le critère du centre des intérêts principaux revêt une dimension significative lorsqu'on s'interroge sur le régime d'une insolvabilité transfrontière qui vise à apprécier les moyens techniques et les buts<sup>1572</sup> que poursuit une procédure d'insolvabilité communautaire. Or, force

---

<sup>1567</sup> CJCE., Centros, 9 mars 1999, aff. C-212/97, Rec. 1459; D. 1999, p. 550, note M. Menjucq ; CJCE., Uberseering, 5 mars 2002, aff. C-208/00, Rec. 9919; Rev. Soc. 2003, p. 315, note J. P. Dom; CJCE., Inspire art, 30 sept 2003, aff. C-167/01, Rec. 7747, D. 2004, p. 491, note E. Pataut.

<sup>1568</sup> Considérant 22 du Règlement 1346/2000.

<sup>1569</sup> J. A. Pastor Ridruejo, La faillite en droit international privé, *ibidem*, p. 168

<sup>1570</sup> H. Rolin, « Des conflits de lois en matière de faillite », RCADI. 1926, Tome IV, p. 18.

<sup>1571</sup> Article 17 du Règlement 1346/2000.

<sup>1572</sup> J. A. Pastor Ridruejo, la faillite en droit international privé, RCADI. 1971, p. 147.

est de constater que seule la restriction des critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité permet d'atteindre une finalité conciliant des intérêts divergents<sup>1573</sup>.

Outre une mesure d'exécution sur un actif du débiteur, la protection tant des créanciers que du débiteur requiert que l'autorité judiciaire compétente à cet effet soit celle d'un chef de compétence guidé par le principe de proximité<sup>1574</sup> désignant un ordre juridique reflétant celui du domicile<sup>1575</sup>. Les présents facteurs de localisation expliquent in fine une interprétation téléologique et dynamique de la notion de centre des intérêts principaux et de l'établissement concernant les personnes morales d'un groupe de sociétés. L'ouverture d'une procédure principale et secondaire repose en outre sur un mécanisme de coopération et de subordination d'une procédure secondaire initiée à l'endroit d'un établissement de l'activité transfrontalière (voir supra).

### *C. L'acceptation par l'ordre juridique requis*

#### 1. L'absence d'applicabilité du droit communautaire

Les circonstances de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles<sup>1576</sup> précisent la voie à suivre face à une faillite internationale et soulignent les obstacles à l'efficacité d'un jugement français voulant produire des effets à l'étranger.

Le cheminement consiste d'abord à vérifier si le rapport de droit soumis au juge est régi par un instrument communautaire voire international.

Il convient donc d'examiner l'applicabilité spatiale du Règlement 1346/2000.

Dans l'espèce considérée, le Règlement ne s'applique pas car l'action invoquée par le mandataire liquidateur veut faire produire des effets à la procédure d'insolvabilité sur un bien et à l'égard d'un créancier situés dans un État tiers (la Suisse). L'application du Règlement 1346/2000 aurait eu pour effet de soumettre les créanciers aux effets généraux de la procédure d'insolvabilité dont l'interdiction de paiement et ceci sans avoir recours à une procédure d'exequatur (l'article 16 du Règlement 1346/2000). La discussion porterait sur les limitations apportées à l'effet universel de la loi de la procédure en raison d'une réduction de son domaine en présence de sûretés réelles (voir supra). L'abrogation de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869 renvoie par ailleurs aux règles de droit international privé de chacun

---

<sup>1573</sup> C. Saint-Alary-Houin, La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies, Rev. Proc. Coll. 2007, p. 13.

<sup>1574</sup> P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », RCADI. 1986, T. 196, p. 25.

<sup>1575</sup> M. Raimon, Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé, LGDJ, Paris, 2002, p. 241.

<sup>1576</sup> CA Versailles, 20 mars 2008, D. 2008, p. 1662, note J.-L. Vallens.

des deux États<sup>1577</sup>. La Haute juridiction civile française vise alors le principe de l'universalité de la faillite car « sous réserve des traités internationaux ou d'actes communautaires, et dans la mesure de l'acceptation par les ordres juridiques étrangers, le redressement judiciaire prononcé en France produit ses effets partout où le débiteur a des biens »<sup>1578</sup>.

Il s'agit du visa retentissant selon lequel la Cour de cassation française s'est prononcée. L'universalisme des faillites initiées en France est reconnu solennellement.

L'absence de convention internationale applicable ne doit par ailleurs point masquer l'existence de mécanismes de coopération complémentaire et laisse entrevoir une codification souple et européenne du droit international privé en matière d'insolvabilité dans les rapports avec les États tiers<sup>1579</sup> (voir infra).

## 2. L'application de la loi fédérale suisse

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles se réfère expressément à l'article 166 LDIP<sup>1580</sup> et amène les juristes contemporains à se demander si les éléments d'extranéité conjugués à l'internationalisation des relations économiques assouplissent la territorialité de la faillite. Les juges de la Cour d'appel de Versailles conditionnent l'effet international d'une procédure de liquidation judiciaire prononcée en France en visant expressément les dispositions de la loi fédérale suisse sur le droit international privé. C'est alors se prononcer sur l'exigence d'exequatur dans les rapports transfrontaliers. Le Tribunal de commerce suit alors l'argumentation du mandataire liquidateur selon lequel les dispositions prévues par le Code de commerce français ont un effet automatique sur le territoire Suisse conformément au principe de l'universalité de la faillite.

La société suisse conteste la décision en formant appel à ladite décision soutenant « que le jugement ayant ouvert la procédure de liquidation judiciaire est sans effet en Suisse dès lors que celui-ci n'a pas fait l'objet d'une procédure d'exequatur ».

La discussion gravite naturellement sur la place de l'exequatur et de son rôle à l'égard d'un jugement français dont le potentiel universel visait en l'espèce à lui faire produire des effets en Suisse. L'acceptation de l'ordre juridique étranger fait alors de l'exequatur une notion à géométrie variable selon les règles de droit international privé de l'État requis.

---

<sup>1577</sup> Conflits de juridictions : Convention franco-suisse de 1869, abrogation et conséquences : Rev. Crit. DIP. 1997, p. 873.

<sup>1578</sup> G. Khairallah, Le principe de l'universalité de la faillite : son affirmation par la Cour de cassation et sa portée, D. 2003, p. 797.

<sup>1579</sup> J.-L. Vallens : Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives, D. 2007, p. 1227.

<sup>1580</sup> G. Kaufmann-Kohler, Commentaire des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2005, p. 1613.

Prima facie, la réalité de l'effet international de la faillite semble se mesurer sous le prisme déformant des règles de reconnaissance du pays requis. Partant, l'observation du système de reconnaissance des jugements d'insolvabilité organisé par l'ordre juridique étranger renseigne sur le taux de pénétration de l'État requis et met en balance le traitement transnational des actifs du débiteur insolvable.

La chambre commerciale française<sup>1581</sup> précise alors l'universalité de la procédure d'insolvabilité en ce que ses effets ne sont pas circonscrits au seul État d'ouverture. La Cour d'appel de Versailles rend un arrêt qui s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt « Banque Worms ». L'universalisme est donc réaffirmé en ce que les Hauts juges français précisent que le redressement judiciaire français prononcé en France produit ses effets partout où le débiteur a des biens<sup>1582</sup>. L'universalité de la procédure française met parallèlement l'accent sur « la réaction des autorités étrangères au lieu de situation des biens ».

La mise en œuvre de LDIP suisse<sup>1583</sup> requise et approuvée par les juges du fond français met donc en évidence le maintien de l'exequatur en dehors du champ d'application du Règlement. L'instauration d'une procédure de reconnaissance est mentionnée à l'article 166 LDIP et suivants. Le syndic d'une procédure principale doit alors déposer une requête à cette fin afin de préserver le patrimoine du débiteur sis en Suisse. On entrevoit d'ores et déjà les difficultés que peuvent engendrer un temps de latence plus ou moins long entre le prononcé du jugement d'insolvabilité et sa reconnaissance dans l'État requis.

La Cour d'appel de Versailles met en évidence l'action limitée du mandataire liquidateur désigné par la juridiction française. Les effets généraux d'une procédure d'insolvabilité dont l'interdiction des paiements<sup>1584</sup> obéissent nécessairement aux conditions de la reconnaissance prévues par la LDIP suisse (voir infra).

L'application de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869 contribuait sur ce point à reconnaître implicitement le jugement de faillite rendu dans l'un des deux pays dont le principal effet conduisait à faire obstacle, malgré l'absence d'exequatur, aux poursuites individuelles des créanciers<sup>1585</sup>.

---

<sup>1581</sup> Cass. Com., 21 mars 2006, D. 2006 p. 1466, note Laurence-Caroline Henry.

<sup>1582</sup> G. Khairallah, Le principe de l'universalité de la faillite : son affirmation par la Cour de cassation et sa portée, D. 2003, p. 797.

<sup>1583</sup> G. Kaufmann-Kohler, Commentaire des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, Helbing & Lichtenhahn, Genève, p. 1612.

<sup>1584</sup> L'actuel article L. 622-7 du Code de commerce français.

<sup>1585</sup> CA. Chambéry, 12 juillet 1943, Gaz. Pal. 1943, p. 118.

## §2. Les effets de l'universalité : l'interruption des voies d'exécutions individuelles

L'application du droit international privé commun de la faillite internationale interroge sur le régime de l'injonction *in personam*. L'absence de coordination spécifique des ordres juridiques visés introduit la technique de l'injonction dont la finalité est d'interdire au créancier de faire tout acte sur les biens à l'étranger (D.). L'interdiction des paiements est une règle d'ordre public international et suppose que les créanciers soient soumis à l'arrêt des poursuites individuelles suite à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (C). Le renfort des lois de police à cet effet est discutable et consiste à évincer la loi de l'opération à l'origine de la sûreté réelle et ainsi appliquer la loi de la procédure d'insolvabilité (B.). Une rétroactivité contrôlée de l'exequatur du jugement étranger d'insolvabilité permet ainsi de rendre inopposable une sûreté prise sur un actif du débiteur d'un jugement non encore exequaturé (A.).

### *A. Au moyen d'une rétroactivité sélective de l'exequatur*

L'esquisse d'un statut international du jugement de faillite dans les relations extracommunautaires semble se dessiner sous le trait de l'universalité de la faillite doublée d'une rétroactivité sélective de l'exequatur dudit jugement<sup>1586</sup>. L'exigence d'exequatur crée un temps de latence qui limite l'effet international d'une procédure d'insolvabilité française ou celle ouverte dans un autre État<sup>1587</sup>.

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'incidence éventuelle de l'octroi de l'exequatur sur la constitution de garantie entre le jugement déclaratif et celui définitif supportent l'analyse. Toute la difficulté est d'apprécier « l'efficacité internationale des faillites » à la lumière de principes permettant l'extension territoriale et temporelle de la *lex fori concursus* désignée au lieu du siège social. L'adoption de mesures en ce sens suppose que le rôle dévolu à l'exequatur dans les rapports extracommunautaires connaisse un assouplissement<sup>1588</sup>.

La pièce maîtresse de ce « puzzle juridictionnel » se situe à n'en point douter au niveau de l'apport des arrêts Kleber<sup>1589</sup> et Kafer<sup>1590</sup> rendus par la première chambre civile de la Cour de

---

<sup>1586</sup> Cass 1<sup>ère</sup> Civ., 19 novembre 2002, D. 2003, p. 800, note G. Khairallah.

<sup>1587</sup> CA. Metz, 25 juin 2003, CIAL c/ Sté Transitas, Kafer et Me Weis, ès qualités, *ibidem*.

<sup>1588</sup> J.-L. Vallens, Premières application du Règlement européen sur les procédures collectives, premières atteintes à l'ordre public, D. 2003, p. 2352 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mai 1967, Rev. Crit. DIP. 1968, p. 87, note Gavalda ; JDI. 1967, p. 629, note Bredin.

<sup>1589</sup> Cass 1<sup>ère</sup> Civ, 25 février 1986, JCP. 1987. II. 20776, note J.P Rémerly.

<sup>1590</sup> Cass 1<sup>ère</sup> Civ, 22 février 2000, JDI. 2001, p. 107, note M. Raimon.

cassation. La loi de la faillite rend ainsi inopposable au syndic une sûreté réelle exercée postérieurement à l'ouverture de la procédure principale.

En définitive, l'inscription d'une sûreté réelle sur un autre territoire que l'État d'ouverture de la procédure dépend in fine « des délais d'obtention de l'exequatur, délai pendant lequel les actions individuelles des créanciers ressortissants peuvent aboutir et rompre l'égalité des créanciers »<sup>1591</sup>. En rappelant tout d'abord que l'opposabilité des sûretés réelles à une procédure d'insolvabilité suscite la controverse auprès de la doctrine qui est partagée quant à la désignation de la loi applicable.

La situation dans laquelle le créancier se munit d'une sûreté réelle suite au jugement déclaratif d'insolvabilité alors qu'il n'a pas encore reçu l'exequatur appelle par conséquent des réponses nuancées et contrastées mais évolutives<sup>1592</sup>.

On perçoit d'ores et déjà les avantages d'un système de reconnaissance de plein droit dont l'amélioration des effets internationaux du jugement principal d'insolvabilité.

Une affaire récente caractérise l'influence du système de reconnaissance de plein droit et la volonté de créer une universalité de la procédure d'insolvabilité. Le mandataire liquidateur « approuve ainsi les premiers juges de conférer à la procédure de liquidation judiciaire ouverte en France des effets sur tous les actifs du débiteur, y compris sur ceux situés dans un État étranger, sans qu'il soit nécessaire que le jugement fasse l'objet d'une procédure d'exequatur dans cet État »<sup>1593</sup>.

Dans cette perspective, le Règlement 1346/2000 marque un avancement conséquent. La décision d'ouverture est reconnue dans les autres États membres dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture<sup>1594</sup>.

L'application du principe d'universalité permet par conséquent au syndic de s'opposer à la constitution de sûretés pratiquée par un créancier sur un actif localisé à l'étranger d'une société faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État<sup>1595</sup>. Le régime des périodes suspectes est en effet englobé dans la décision d'ouverture du jugement

---

<sup>1591</sup> J. L. Coviaux, Redressement et liquidation judiciaires : Juriscl. droit international, 2000, point 15.

<sup>1592</sup> La réponse traditionnellement admise en droit international privé de la faillite est évoquée au sein de la jurisprudence Richer. La Cour de cassation française admet que l'exequatur ne produit effet qu'au jour du jugement qu'il accorde et ceci sans rétroactivité ; ce qui autorise l'exercice des poursuites individuelles jusqu'à l'octroi de l'exequatur sans qu'elles puissent être remises en cause une fois celui-ci obtenu. On note ensuite l'évolution de sa solution sur ce point au sein des affaires Kleber et Transitas : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 févr. 1986, Sté Kleber, Rev. Crit. DIP. 1987, p. 589, note H. Synvet ; Cass. civ., 22 février 2000, Rev. Crit. DIP. 2000, p. 778 note M. Raimon.

<sup>1593</sup> CA. Versailles, 20 mars 2008, D. 2008, p. 1662, note J.L. Vallens.

<sup>1594</sup> Article 16§1 Du Règlement 1346/2000.

<sup>1595</sup> J.-L. Vallens, propos disponibles sur le site suivant : [www.aedbf.asso.fr/COLLOQUES/ERA2005.doc](http://www.aedbf.asso.fr/COLLOQUES/ERA2005.doc).

d'insolvabilité dont la longueur semble ne point contrevenir à l'ordre public des États membres<sup>1596</sup> (voir supra).

### *B. La qualification incertaine des lois sur l'insolvabilité de lois de police*

La Haute juridiction civile française a suivi un cheminement qui fut accueilli défavorablement par la doctrine<sup>1597</sup>. Celle-ci précise que dans l'hypothèse où « l'action en revendication d'une clause de réserve de propriété à l'encontre d'une société soumise à une procédure collective avait été portée devant un juge français », ce dernier était tenu d'appliquer les règles impératives qui régissent cette situation en se fondant sur l'article 7 al 2 de la Convention de Rome. Or, si la primauté de la loi de la procédure d'insolvabilité se justifie diversement (l'égalité des créanciers, la sauvegarde de l'activité économique et l'analyse de Monsieur le Professeur H. Batiffol qui souligne l'extension de cette loi à des matières soumises à une loi propre<sup>1598</sup>). Le mécanisme dérogatoire que caractérisent les lois de police vise à neutraliser la règle de conflit de lois en matière de sûretés réelles (la loi du contrat ou celle de situation du bien<sup>1599</sup>). L'effet est ainsi de soumettre l'action en revendication à la lex concursus. L'opposabilité de la garantie dans le cadre d'une procédure collective relève ainsi du droit de la faillite en ce qu'elle organise les rapports entre les créanciers<sup>1600</sup>. L'argument en ce sens se mesure ainsi selon l'application d'une lex concursus à une clause de réserve de propriété dont la finalité est de garantir le vendeur contre la défaillance de l'acheteur. L'application des règles régissant impérativement la situation résulte en l'espèce du droit des procédures collectives. Le mécanisme dérogatoire des lois de police amène à s'interroger sur des principes communs pouvant être dégagés au sein de l'Union européenne mettant en perspective la définition des lois de police<sup>1601</sup> et le fragile équilibre des objectifs présidant une procédure d'insolvabilité.

L'entrée de cette matière au sein des lois de police, lois dont l'application est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale du pays<sup>1602</sup>, semble se vérifier à l'aune de l'article L. 620-1 du Code de commerce français qui vise la sauvegarde de l'entreprise et la poursuite de l'activité économique.

---

<sup>1596</sup> Cass. com., 5 février 2002, JDI. 2003, p. 476, note P. Roussel-Galle.

<sup>1597</sup> Cass. Com., 8 janvier 2002, Rev. Cr. DIP. 2002, p. 328, note D. Bureau.

<sup>1598</sup> J. P Rémy, La faillite internationale, PUF, Paris, 1996, p. 86.

<sup>1599</sup> Cass. Com., 8 janvier 2002, *ibidem*, p. 333.

<sup>1600</sup> La jurisprudence française en matière de faillite internationale, TCFDIP. 1992-1993, p. 227 : communication de J.P Remery.

<sup>1601</sup> Lois d'application immédiate et droit du travail, Rev. Crit. DIP. 1974, p 273, obs. Ph. Francescakis.

<sup>1602</sup> Lois d'application immédiate et droit du travail, *ibidem*, p. 275.

Le concept de lois de police en renfort à une telle position est toutefois critiquable lorsqu'on s'interroge sur l'efficacité des garanties et la protection du crédit international.

D'autant plus que des orientations substantielles résultant du Règlement 1346/2000 sont érigées en faveur des sûretés réelles alors localisées sur un autre État membre que la *lex fori concursus*. L'ouverture de procédures secondaires apport néanmoins des aménagements à ce mécanisme dérogatoire en invitant les différents syndics à la coopération<sup>1603</sup>. Le Règlement prévoit en outre que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité territoriale secondaire permet d'appréhender les biens grevés qui sont situés dans un État où le débiteur possède un établissement et ceci dans les conditions fixées par la loi qui lui est applicable<sup>1604</sup>.

Malgré tout, l'apport de la solution sus-visée rendue au visa des dispositions sur les lois de police prévues par la Convention de Rome invite à la réflexion. Ce raisonnement consiste à évincer la loi de l'opération à l'origine de la sûreté réelle et ainsi appliquer la loi de la procédure d'insolvabilité.

L'analyse tend plutôt à porter le débat sur les moyens mis en œuvre en vue de reconstituer le patrimoine du débiteur et l'exécution d'une procédure d'insolvabilité favorisant la transparence du patrimoine<sup>1605</sup>.

Le choix du Règlement 1346/2000 tranche en faveur des créanciers garantis qui peuvent alors se saisir des actifs grevés en l'absence de procédure secondaire. L'un des objectifs fondamentaux d'une procédure d'insolvabilité est de permettre au débiteur de maintenir son entreprise en activité. Ce qui ne semble point réalisable « si les actifs de la masse indispensables à l'exploitation de l'entreprise du débiteur sont grevés et saisis dès l'ouverture de la procédure »<sup>1606</sup>.

### *C. Au moyen d'une violation de l'ordre public international de la procédure collective nationale*

La qualification de l'interdiction des paiements suite à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité comme une règle d'ordre public international constitue un principe fondamental des procédures collectives<sup>1607</sup>.

---

<sup>1603</sup> Considérant 20 du Règlement 1346/2000.

<sup>1604</sup> Article 28 du Règlement 1346/2000.

<sup>1605</sup> Livre vert, exécution effective des décisions judiciaires dans l'Union européenne : la transparence du patrimoine des débiteurs, Bruxelles, Mars 2008.

<sup>1606</sup> Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces, FMI, 2000, p. 23, disponible sur le site suivant : <http://imf.org/external/french/index.htm>.

<sup>1607</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 mars 1988, D. 1989, p. 577, note J. Robert.

Une orientation instructive concerne la compétence de l'arbitre et la condamnation par celui-ci au paiement d'une créance dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. L'étendue des règles en matière d'insolvabilité et ses limites sont alors discutées au niveau de la reconnaissance d'une sentence arbitrale.

La Cour de cassation française considère qu'un Tribunal arbitral qui constate l'existence d'une créance à l'égard d'un débiteur soumise à une procédure collective ne peut condamner celui-ci à payer son créancier. Ceci en vertu du principe de suspension des poursuites individuelles qui est d'ordre public interne et international<sup>1608</sup>.

La réaffirmation de l'universalité de la procédure d'insolvabilité suppose d'en préciser les contours. Le Règlement innove sur ce point puisque « les créanciers qui saisissent les biens situés dans un autre État que celui d'ouverture de la procédure doivent spontanément cesser leur poursuite »<sup>1609</sup>. La juridiction de cet autre État peut l'y contraindre en appliquant la loi d'ouverture sans exiger l'exequatur de la décision d'ouverture. L'effet universel d'un arrêt automatique des poursuites conduit ainsi à une maximisation des actifs en faveur de l'ensemble des créanciers<sup>1610</sup>.

L'obligation faite aux créanciers de la société française de se soumettre aux règles d'ordre public international de la procédure collective ouverte à l'encontre de son débiteur est ainsi garantie<sup>1611</sup>. La Cour de cassation s'est de nouveau prononcée sur l'exécution d'une sentence arbitrale condamnant une société à payer certaines sommes alors que celle-ci fut placée en liquidation judiciaire. Les Hauts juges français précisent à cet effet que l'exécution de la sentence arbitrale se confronte au principe de suspension des poursuites individuelles prôné par le droit français des procédures collectives. Les poursuites individuelles sont donc interrompues jusqu'à la déclaration des créances<sup>1612</sup>.

#### *D. La mise en œuvre d'une injonction extraterritoriale du gel des avoirs*

---

<sup>1608</sup> La suspension des poursuites individuelles, un principe d'ordre public international, Actualité des procédures collectives, juillet 2009, p. 1.

<sup>1609</sup> F. Melin, Le règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 499.

<sup>1610</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York. Mai 2009 : Projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international, trente sixième session, New-York, 18-22 mai 2009, p. 71.

<sup>1611</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 19 décembre 1995, JDI. 1997, p 1009, note L. Idot.

<sup>1612</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 mai 2009 : la suspension des poursuites individuelles : un principe d'ordre public international, Actualité des procédures collectives, juillet 2009, obs. T. Mastrullo.

L'absence d'instruments internationaux ou communautaire applicable dans les rapports extracommunautaires perturbe par voie de conséquence l'action du syndic au lieu de situation de l'actif localisé dans un autre État.

L'introduction d'une « injonction à la personne du défendeur de s'abstenir, quelque soit la localisation des biens en cause suite au jugement de faillite légitimement compétent au fond »<sup>1613</sup> se pose exclusivement en l'absence d'applicabilité du droit communautaire<sup>1614</sup>.

En effet, l'application d'une compétence principale voire secondaire communautaire est fondée sur l'idée de coopération entre plusieurs juridictions compétentes reposant sur le principe de confiance mutuelle.

L'anti suit s'avère donc incompatible avec les dispositions du Règlement 1346/2000<sup>1615</sup>. Ce mécanisme juridique retrouve néanmoins un intérêt dans les rapports extracommunautaires afin de « sanctionner ou d'empêcher un comportement procédural abusif »<sup>1616</sup>. On peut alors s'interroger sur les moyens d'action face à une territorialité trop affirmée. Une voie d'exécution sur de simples avoirs n'autorise-t-elle point le syndic de la procédure d'insolvabilité à invoquer ce mécanisme dans les rapports transfrontières ?

L'arrêt Banque Worms rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 19 novembre 2002 met en lumière le régime de l'injonction in personam dont l'effet consiste précisément à paralyser la voie d'exécution individuelle des créanciers indisciplinés. Celle-ci confirme le bien fondé de l'injonction à la personne du défendeur de s'abstenir dès lors que le juge est légitimement compétent au fond.

Selon la Haute juridiction civile, la compétence juridictionnelle suppose donc qu'elle soit déterminée selon des critères solidement établis. En d'autres termes, les liens effectifs entre l'activité de la société et la possibilité pour le juge d'adresser une injonction sont étroitement imbriqués. La présence d'un siège statuaire voire du siège social réel d'une société sur le territoire français autorise vraisemblablement ladite injonction. En l'espèce, la banque Worms souhaite saisir un immeuble localisé en Espagne appartenant aux associés d'une société en nom collectif faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité en France. La Cour précise en conséquence que le tribunal compétent pour ouvrir la procédure l'est aussi pour faire injonction à la banque d'agir quelque soit la localisation des biens en cause<sup>1617</sup>.

<sup>1613</sup> Cass .civ., 19 novembre 2002, JDI. 2003 p. 132. note P. Roussel-Galle.

<sup>1614</sup> CJCE., 27 avril 2004, aff Turner c/Grovit, C-159/02, Rec. 3565, Procédures 2004, com, p. 156, obs. C. Nourissat.

<sup>1615</sup> V. Marquette et C. Barbé, les procédures d'insolvabilité extracommunautaires, JDI. 2006, p. 517.

<sup>1616</sup> V. Marquette et C. Barbé, *ibidem*.

<sup>1617</sup>P. Nabet, La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire, Th. Bourgogne, 2009, p. 155.

L'absence de coopération spécifique amène aussi l'ordre juridique français à contourner l'exigence d'exequatur en procédant à une « technique de type injonctif par lequel on cherche à obtenir indirectement des personnes privées ce que l'on ne peut obtenir directement auprès de l'État de situation »<sup>1618</sup>.

Sauf à instituer une efficacité immédiate à l'étranger<sup>1619</sup> des procédures d'insolvabilité extra communautaires, l'effet universel de la faillite semble donc se mesurer hors procédure en recourant à la technique de l'injonction « Mareva »<sup>1620</sup>.

## Section II. L'étendue de la compétence de l'espace judiciaire européen de l'insolvabilité

L'étendue de la compétence de l'espace judiciaire européen est vérifiée selon un critère d'applicabilité du Règlement 1346/2000 (Sous section I.). Les sources de conflit sur les effets d'une procédure d'insolvabilité supposent d'être évoquées (Sous section II). Une plus grande effectivité de la procédure d'insolvabilité transfrontière est alors recherchée à travers ses modalités de prolongement dans l'ordre juridique international (Sous section III).

### Sous section I. Le centre des intérêts principaux : critère d'applicabilité du Règlement 1346/2000

Les sources de conflit de procédures d'insolvabilité sont soumises à examen dans les rapports extracommunautaires (§1.). L'étendue d'une coopération à travers le système d'entraide judiciaire suisse nuance les règles impératives de coordination prévues par le Règlement 1346/2000 (§2.).

#### *§1. Les sources de conflit de procédures d'insolvabilité : l'existence d'un for principal concurrent*

L'applicabilité du Règlement 1346/2000 suppose que le centre des intérêts principaux du débiteur soit situé dans la Communauté<sup>1621</sup>. À défaut, il s'agit d'une procédure extracommunautaire.

La circulaire du 15 décembre 2006 relative aux procédures d'insolvabilité communautaire met en outre en lumière une limitation du champ d'application territorial du Règlement

---

<sup>1618</sup> Cass. Com., 21 mars 2006, Rev. Soc. 2006, p. 658, note S. Bollé.

<sup>1619</sup> Cass. Civ., 22 février 2000, Rev. Crit. DIP. 2000, p. 782, note N. Coipel-Cordonnier.

<sup>1620</sup> H. Muir Watt, Extraterritorialité des mesures conservatoires in personam, Rev. Crit. DIP. 1998, p. 27.

<sup>1621</sup> Considérant 14 du Règlement 1346/2000.

communautaire. Ainsi, les effets sur un bien ou à l'égard d'un créancier situés dans un État tiers « ne sont pas soumis à ses dispositions »<sup>1622</sup>.

Les solutions consacrées en droit communautaire autorisent dorénavant l'application d'une procédure d'insolvabilité initiée au siège de la société mère et développant des effets sur les filiales du groupe. La Haute juridiction civile française s'est prononcée en ce sens concernant une procédure d'insolvabilité initiée au siège d'une société dominante au Royaume-Uni et déployant des effets à l'égard d'une filiale sise en France<sup>1623</sup>. Mais l'étendue du présent raisonnement est limitée dans l'hypothèse où le centre effectif d'une activité fractionnée juridiquement se situe pour partie au sein de l'Union mais dont l'activité transfrontalière présente un élément extracommunautaire. À supposer que l'organisation de l'activité transnationale se caractérise par un centre des intérêts principaux du groupe au sein d'un État membre ou en Suisse. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en un for principal peut être concurrencée par l'ouverture d'une autre procédure principale au siège d'une filiale suisse ou d'un État membre du même groupe. L'existence d'un for de la faillite en Suisse neutralise en effet la procédure de reconnaissance de la faillite étrangère<sup>1624</sup>.

Les sources de conflit sur les conditions de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité principale s'entrevoient alors en l'absence d'un principe de confiance mutuelle qui caractérise l'ordre juridique communautaire. Le défaut de coordination entre l'ordre juridique communautaire et un État tiers (la Suisse) résulte d'une désignation des règles de droit international privé diverses de chaque État membre et ceux visés à l'article 166 et suivants de la LDIP suisse. Celle-ci énonce qu'une décision de faillite étrangère rendu dans l'État du domicile du débiteur peut être reconnu en Suisse. Le conflit de juridictions apparaît alors si les autorités suisses se reconnaissent compétentes pour ouvrir une procédure principale<sup>1625</sup> en raison du siège social d'une société du groupe.

L'ordre juridique suisse réaffirme le principe de l'immatriculation, celui-ci est structuré à l'article 21 LDIP suisse et a une incidence sur la notion de siège social en matière de faillite internationale<sup>1626</sup>. En principe, le siège social est désigné dans les statuts suite à l'inscription

---

<sup>1622</sup> Circulaire de la DACS n° 2006-19 du 15 décembre 2006 relative au règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JCP E. 2007. 1498.

<sup>1623</sup> Affaire Daisytek, High court, Chancery Division, 16 mai 2003, CA Versailles, 4 sept. 2003, D. 2003, p. 2352 note J-L. Vallens; CA Versailles, 4 sept. 2003, Procédures nov. 2003, n° 239, note C. Nourissat.

<sup>1624</sup> C. Jaques, La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger, CFP, Université de Genève, 2006, p. 39.

<sup>1625</sup> Dans cette hypothèse, le juge suisse n'admet pas l'effet universel de la procédure initiée sur le territoire de l'UE ; une forme de coopération peut cependant être mise en œuvre suivant l'adoption d'instruments internationaux : l'exemple des protocoles internationaux en est une illustration : F. Jault-Seseke et D. Robine, L'effet international de la faillite : une réalité ? Dalloz, 2004, p. 87.

au registre du commerce (article 46 al 2 LP<sup>1627</sup>) mais un courant doctrinal penche en faveur d'une interprétation « évolutive » du centre des intérêts principaux qui ne se limite point à l'immatriculation d'une société en Suisse<sup>1628</sup>. En d'autres termes, la prise en compte d'une réalité économique dite « fonctionnelle » divergente de celle visée au siège statutaire s'explique en droit communautaire compte tenu des fonctions spécifiques du droit de la faillite d'un groupe de société intégré. Une interprétation homogène d'un siège effectif<sup>1629</sup> conformément aux règles communautaires de compétence directe des tribunaux des États membres gouverne l'applicabilité ou non du Règlement 1346/2000 au groupe de sociétés. Le centre des intérêts principaux concourt également à la mise en œuvre d'un mécanisme de reconnaissance simplifiée d'une procédure principale. La présente clarification permet en effet de favoriser la reconnaissance en Suisse d'une procédure principale initiée sur ce fondement. L'initiative doctrinale<sup>1630</sup> qui consiste à renforcer les règles de coopération et de coordination dans ce domaine est utile. L'adoption de la loi type CNUDCI<sup>1631</sup> sur l'insolvabilité internationale et l'élaboration d'une Convention multilatérale s'inspirant du Règlement 1346/2000 retiennent ainsi l'attention (voir infra). Les liens économiques qui unissent l'Union européenne et la Suisse soulignent de facto la mise en œuvre d'une réglementation transfrontalière renforcée en matière de groupe de sociétés.

## *§2. L'étendue limitée d'une coopération à travers le système d'entraide judiciaire suisse*

Le cloisonnement qui ressort d'une territorialité trop affirmée concernant l'activité transnationale contrevient dès lors aux objectifs de coopération<sup>1632</sup> entre syndics à des fins de redressement de l'activité économique et de sécurité juridique dans le commerce international. L'absence de coopération spécifique, comme cela est prévu selon le droit communautaire<sup>1633</sup>, soumet l'analyse des conditions de la reconnaissance conformément au système d'entraide internationale prévu en droit suisse<sup>1634</sup>. Si l'on se rapproche en définitive

---

<sup>1626</sup> Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Commentaire des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2005, p. 1619.

<sup>1627</sup> Commentaire Romand, Poursuite et faillite, *ibidem*, p. 139.

<sup>1628</sup> Commentaire Romand, Poursuite et faillite, *ibidem*, p. 1621.

<sup>1629</sup> S. Marchand, Les règles du droit suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes, Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Genève, Munich, 2005, p. 118.

<sup>1630</sup> V. Marquette et C. Barbé, Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires, JDI 2006, p. 561.

<sup>1631</sup> Règles proposées par la CNUDCI : Loi type du 30 mai 1997, Code des entreprises en difficulté, 2007, Litec Paris, 2007, p. 851.

<sup>1632</sup> V. Marquette et C. Barbé, Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires, JDI 2006, p. 525.

<sup>1633</sup> Le considérant 20 du Règlement 1346/2000 prévoit que les procédures principales et secondaires ne peuvent contribuer à la réalisation efficace de la masse que si les procédures parallèles sont coordonnées.

<sup>1634</sup> B. Dutoit, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987. Helbing & Lichtenhahn, 2005, Genève, p. 593.

d'une procédure secondaire communautaire qui ne peut être ouverte en principe<sup>1635</sup> que suite à l'ouverture d'une procédure principale, les règles de coordination entre celles-ci font défaut.

L'ouverture d'une faillite ancillaire suisse suppose de caractériser le lien suffisant entre le juge de l'État membre et le litige<sup>1636</sup>. L'épineuse question d'un critère adéquat au fonctionnement du groupe de sociétés est alors projetée dans les rapports avec la Suisse. Une limitation à la coopération est vérifiée en vertu des règles de reconnaissance d'une décision de faillite étrangère rendue dans l'État du domicile du débiteur (voir supra).

Les effets juridiques d'une reconnaissance d'une faillite ouverte à l'étranger concernant « le patrimoine du débiteur sis en Suisse ont, sauf dispositions contraires de la présente loi, les effets de la faillite tels que les prévoit le droit suisse »<sup>1637</sup>. Cette disposition est à première vue similaire à celle gouvernant la procédure secondaire communautaire. Cette dernière désigne également la loi de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte<sup>1638</sup>.

La reconnaissance de l'état de collocation étranger<sup>1639</sup> permet ensuite d'entrevoir l'entraide judiciaire accordée par la Suisse en transférant le solde de la faillite ancillaire au syndic de la procédure principale.

La territorialité de la mini faillite suisse limite cependant l'universalité de la procédure principale ouverte à l'étranger et ce au regard des dispositions du droit communautaire. En effet, la mise en œuvre du droit suisse permet d'échapper aux règles impératives de coordination prévues par le Règlement 1346/2000<sup>1640</sup>. Les règles suisses consacrent un système d'entraide judiciaire mais s'éloignent du principe d'universalité et des règles impératives de coordination consacrées en droit communautaire. Celui-ci indique que les procédures secondaires et principales doivent satisfaire l'unité nécessaire au sein de la Communauté<sup>1641</sup>. Au contraire du droit suisse qui amène certains auteurs à relever la

---

<sup>1635</sup> Une exception est prévue à l'article 3§4 du Règlement 1346/2000.

<sup>1636</sup> Commentaire Romand, Poursuite et faillite, *ibidem*, p. 1618 ; Bucher, t I/1. p. 196.

<sup>1637</sup> Article 170 al 1 LDIP suisse, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, *ibidem*, p. 1651.

<sup>1638</sup> Article 28 du Règlement 1346/2000.

<sup>1639</sup> L'article 173 al 3 LDIP prévoit que le Tribunal suisse compétent pour la reconnaissance de la décision de faillite étrangère l'est aussi pour la reconnaissance de l'état de collocation étranger. Il examine notamment si les créanciers domiciliés en Suisse ont été admis équitablement à l'état de collocation étranger. Les créanciers concernés sont entendus.

<sup>1640</sup> B. Wessels et M. Virgos : Main insolvency proceedings and secondary proceedings can contribute to the effective realisation of the total assets only if all the concurrent proceedings are coordinated, les auteurs se réfèrent alors au considérant 20 du Règlement qui dispose que « les procédures principales et les procédures secondaires ne peuvent, toutefois, contribuer à une réalisation efficace de la masse que si toutes les procédures parallèles en cours sont coordonnées », European communication and cooperation guidelines for cross-border insolvency, July 2007, p. 17.

<sup>1641</sup> Considérant 12 du Règlement 1346/2000.

« connotation extrêmement nationale »<sup>1642</sup> de la faillite secondaire déclenchée en Suisse (voir infra : les sources de conflit sur les effets d'une procédure d'insolvabilité).

La concordance des règles de coopération en matière d'insolvabilité extracommunautaire est urgente et suppose donc de soupeser des solutions médianes que structurent le Règlement communautaire et la loi modèle de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international. Cette dernière a l'avantage de laisser le soin aux États intéressés d'introduire les dispositions visées à cet effet (soft law).

L'ouverture d'une procédure principale au centre des intérêts principaux ou secondaire avant ou après l'ouverture d'une procédure principale<sup>1643</sup> à l'intérieur de l'Union peut ne pas répondre aux conditions visées par le droit suisse. Les divergences concernant la notion de domicile prévue à l'article 166 LDIP mettent en évidence l'existence de fors concurrents en présence d'un groupe de sociétés. Tout au contraire est la portée de l'adoption de la loi type CNUDCI qui prévoit la décision de reconnaître une procédure étrangère principale (centre des intérêts principaux) ou non principale si le débiteur a un établissement dans un État étranger<sup>1644</sup>. L'absence de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité communautaire justifie in fine l'absence de prise en compte de cette procédure sur le sol suisse<sup>1645</sup> et donc un défaut de coordination des procédures en présence d'un groupe de sociétés tant à l'égard des actifs que du passif de l'activité transnationale.

## Sous section II. Les sources de conflit sur les effets d'une procédure d'insolvabilité

Le principe d'égalité des créanciers au-delà des frontières nationales est inégal selon l'applicabilité du droit communautaire (§1.).

L'application d'une concentration des compétences en matière d'action révocatoire transfrontalière<sup>1646</sup> devant le tribunal d'ouverture est néanmoins nuancée précisément sous l'angle du droit suisse (§2.).

### *§1. L'étendue d'un principe d'égalité des créanciers au-delà des frontières communautaires*

---

<sup>1642</sup> M. Raimon, Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé, *ibidem*, p. 236.

<sup>1643</sup> Considérants 17 et 18 du Règlement 1346/2000.

<sup>1644</sup> Code des entreprises en difficulté, 2007, Litec, Paris, 2007, p. 854.

<sup>1645</sup> S. Marchand, Les règles du droit suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes, Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Helbing & Lichtenahn, Bâle, Genève, Munich, 2005, p. 118.

<sup>1646</sup> CJCE., 1re ch., 12 févr. 2009, aff. C-339/07, Deko Marty Belgium, Procédures n° 5, Mai 2009, comm. 150, note C. Nourissat.

Le droit des créanciers est gouverné par un principe de non discrimination et d'égalité des paiements en droit communautaire (A.). L'article 172 LDIP suisse prévoit au contraire des dispositions en faveur des créanciers de la faillite ancillaire (B.).

#### A. Un principe de non discrimination et d'égalité des paiements selon le droit communautaire

L'universalité de la procédure principale et l'ouverture d'une procédure territoriale permet à chaque créancier d'être désintéressé sur chaque patrimoine du groupe, ce que le droit de produire leurs créances<sup>1647</sup> au sein de chaque procédure rend désormais admissible au sein de l'Union européenne. Le principe de non discrimination établi en droit communautaire contraste avec les dispositions suisses. La production de créance est un droit indépendamment de la résidence habituelle ou du domicile du créancier communautaire.

Lorsque le créancier a « son siège dans un État membre autre que l'État d'ouverture »<sup>1648</sup>, ce dernier est donc « invité à produire une créance » en respectant le délai prévu par la *lex fori concursus*.

Le règlement instaure alors un système de déclaration et d'information<sup>1649</sup> à cet effet. La mention « production de créances »<sup>1650</sup> doit être rédigée dans la langue de l'État d'ouverture. La note précise si les créanciers dont la créance est garantie par un privilège ou une sûreté réelle doivent produire leur créance<sup>1651</sup>.

Le sort des créanciers relève en principe de la loi de la procédure principale<sup>1652</sup>. Si un créancier est parvenu après l'ouverture d'une procédure principale à obtenir paiement dans un ou plusieurs États membres en l'absence d'une procédure secondaire<sup>1653</sup>. Celui-ci a l'obligation de restituer le produit de son action individuelle au syndic sous réserve des droits réels<sup>1654</sup>.

Le Règlement 1346/2000 améliore en outre le principe d'égalité des paiements des créanciers. Ce dernier dispose qu'en vue d'assurer un traitement égal des créanciers, le créancier qui a obtenu, dans une procédure d'insolvabilité, un dividende sur sa créance, ne participe aux répartitions ouvertes dans une autre procédure, que lorsque les créanciers de même rang ou de même catégorie ont obtenu, dans cette autre procédure, un dividende équivalent »<sup>1655</sup>.

---

<sup>1647</sup> Article 32 du Règlement 1346/2000.

<sup>1648</sup> Article 39 du Règlement 1346/2000.

<sup>1649</sup> Article 39 à 42 du Règlement 1346/2000.

<sup>1650</sup> Article 42§2 du Règlement 1346/2000.

<sup>1651</sup> Article 40§2 du Règlement 1346/2000.

<sup>1652</sup> Article 4§2. h du Règlement 1346/2000.

<sup>1653</sup> L'effet international de la faillite, *ibidem*, p. 120.

<sup>1654</sup> Article 20§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1655</sup> Article 20§2 du Règlement 1346/2000.

## B. L'article 172 LDIP suisse : une disposition en faveur de la procédure ancillaire

### 1. Un cercle limité de créanciers admis à l'ouverture de la faillite ancillaire

Le principe d'égalité des créanciers postule que « tous les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, sans distinction de nationalité et sans condition de réciprocité ».

L'égalité dans les poursuites des créanciers du débiteur suppose la mise en œuvre des principes d'universalité et d'égalité des créanciers chirographaires qui caractérisent les procédures collectives<sup>1656</sup> mais aussi entre ceux munis de privilèges ou de sûretés sur les biens du débiteur.

Nous soulignons ici les effets que produit une faillite ouverte à l'étranger en Suisse conformément à l'entraide assurée par la LDIP<sup>1657</sup>.

Qu'en est-il alors de l'admission des créanciers à l'état de collocation de la mini faillite suisse suite à la reconnaissance de la faillite étrangère ?

Il faut tout d'abord souligner que la faillite est confinée au patrimoine de la société située en Suisse et lui confère un certain cloisonnement quant aux créanciers admis à déclarer et produire leur créance au sein de la procédure locale prévue à cet effet.

Ces observations brièvement soulignées interrogent sur les dispositions de l'article 172 al-1 let. a et b<sup>1658</sup> de la LDIP suisse dont l'objet est l'organisation d'une liquidation de la procédure secondaire suisse en faveur des créanciers gagistes et ceux domiciliés en Suisse. Le cercle des créanciers admis « à l'état de collocation » est en effet limité aux créanciers domiciliés en Suisse<sup>1659</sup>.

Le droit suisse contraste in fine avec les dispositions du droit international privé communautaire fondées sur la non discrimination des créanciers communautaires<sup>1660</sup>.

En effet, les articles 172 al. 1 lettre a et b de la loi fédérale sur le droit international privé n'attribuent aucune prérogative aux créanciers étrangers en restreignant le cercle des créanciers admis à l'ouverture de la procédure interne de la faillite ancillaire<sup>1661</sup>.

---

<sup>1656</sup> Cass. civ., 19 nov. 2002, D. 2002, p. 3341, obs A. Lienhard.

<sup>1657</sup> G. Kaufmann-kohler, Commentaire des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2005, p. 1662.

<sup>1658</sup> Commentaire Romand, Poursuite et faillite, *ibidem*, p. 1661.

<sup>1659</sup> Commentaire des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, *ibidem*, p. 1663.

<sup>1660</sup> Article 39 du Règlement 1346/2000.

<sup>1661</sup> Article 170 al 1 LDIP.

La LDIP suisse structure en outre « l'ouverture d'une mini faillite suisse destinée à désintéresser, en priorité, les créanciers privilégiés à partir des actifs se trouvant en Suisse »<sup>1662</sup>. Les règles gouvernant la reconnaissance de l'état de collocation étranger assouplissent néanmoins la territorialité de la procédure locale suisse. Le juge vérifie que les créanciers suisses ont été admis équitablement à la procédure d'insolvabilité étrangère<sup>1663</sup>. Mais il ne se soucie guère de savoir si les créanciers étrangers sont admis au sein de la procédure locale suisse. Le droit suisse organise en effet une répartition du produit de l'actif en instaurant une priorité de paiement en faveur des créanciers locaux. La décision de reconnaissance conduit cependant « à restituer le solde de la mini faillite suisse à la masse active étrangère »<sup>1664</sup>.

Cette disposition est proche sous certains aspects des règles communautaires. L'esprit du Règlement facilite en effet « l'ouverture d'une procédure secondaire dans la juridiction où sont nés les droits réels dans la mesure où le débiteur a un établissement dans cet État »<sup>1665</sup>. Le règlement communautaire 1346/2000 prévoit alors que le surplus d'actif d'une procédure ouverte au lieu d'un établissement soit transféré au syndic de la procédure principale si toutes les créances admises au sein de la procédure secondaire ont été payées<sup>1666</sup>. Le droit suisse nuance cependant le régime communautaire de l'insolvabilité puisque l'ouverture d'une procédure secondaire n'est envisagée qu'en présence d'un établissement<sup>1667</sup>. Tout au contraire est la solution actuelle qui prévoit l'ouverture d'une procédure locale en la seule présence d'actifs sur son territoire. L'abandon pure et simple d'un critère d'ouverture d'une faillite ancillaire territoriale trop affirmée et sans réel lien avec son économie est dorénavant suggérée en doctrine<sup>1668</sup>.

## 2. Un degré d'admissibilité et de paiement des créanciers clarifié selon un instrument régional

Le principe d'égalité des créanciers transfrontaliers quelle que soit leur nationalité atteint le but de l'organisation de la faillite qui est avant tout la justice<sup>1669</sup>.

---

<sup>1662</sup> R. Dammann, M. Ollivry, Réflexions sur l'aménagement du principe d'universalité de la faillite, JCP E. 2006, p. 2628.

<sup>1663</sup> Article 173 al 3 LDIP.

<sup>1664</sup> S. Marchand, Les règles du droit suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes, Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Genève, Munich, 2005, p. 121.

<sup>1665</sup> Considérant 25 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000.

<sup>1666</sup> Article 35 du Règlement 1346/2000.

<sup>1667</sup> Article 3§2 du Règlement 1346/2000.

<sup>1668</sup> S. Marchand, Les règles du droit suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes, *ibidem*, p. 128.

<sup>1669</sup> H. Rolin, Des conflits de lois en matière de faillite, RCADI. 1926, Tome IV, p. 44.

Une discipline collective est en principe assignée à cet effet en vue de préserver le patrimoine du débiteur insolvable afin de proposer une solution durable de redressement voire de liquidation dans le respect de la « par conditio creditorum ».

En définitive, la problématique des procédures d'insolvabilité concurrentes forge le degré d'admissibilité des créanciers selon leur localisation et le lien étroit qu'entretiennent ces derniers avec un débiteur voire un groupe transnational de sociétés.

Les prescriptions du droit suisse confirment donc dans les effets qu'elle fait produire au jugement étranger une rupture d'égalité entre créanciers selon leur domicile et entre ceux qui bénéficient de garanties réelles selon que les actifs grevés sont en Suisse ou dans un autre État. Les créanciers admis à l'état de collocation dans la mini faillite suisse sont par voie de conséquence favorisés au détriment des créanciers établis dans le pays d'ouverture de la faillite initiée au siège social du débiteur. Une discrimination entre les créanciers selon leur nationalité ou leur domicile<sup>1670</sup> contraste avec le Règlement 1346/2000 puisque les règles communautaires concernant la production, la vérification et l'admission des créances sont gouvernées par un principe européen de non discrimination. Le créancier communautaire peut en effet produire sa créance à la fois au sein de la procédure principale et à toute procédure secondaire<sup>1671</sup>. La frilosité soudaine en présence de procédures exotiques<sup>1672</sup> est soulignée en droit suisse par l'adoption d'un critère « de priorité dans la répartition des actifs » selon que le créancier est domicilié en Suisse ou non. Une solution non moins radicale mais conforme au droit européen conduit à s'interroger sur une admission élargie des créanciers communautaires à la faillite ancillaire suisse<sup>1673</sup>.

L'égalité dans les paiements<sup>1674</sup> suppose en outre un mécanisme visant à contraindre les créanciers de rapporter les dividendes qu'ils auraient pu percevoir dans la faillite étrangère. Le droit suisse prévoit « l'imputation des montants obtenus à l'étranger » de la part des créanciers admis à l'état de collocation de la mini faillite suisse qui se sont désintéressés à l'étranger<sup>1675</sup>. La répartition du produit de la réalisation ne joue alors qu'en faveur des créanciers admis à l'état de collocation suisse. Un créancier communautaire ne peut au

---

<sup>1670</sup> Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Commentaire des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, *ibidem*, p. 1627.

<sup>1671</sup> Article 32§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1672</sup> S. Marchand, Les règles du droit suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes, *ibidem*, p. 122.

<sup>1673</sup> S. Marchand, *ibidem*, p. 128.

<sup>1674</sup> L'effet international de la faillite, *ibidem*, p. 104.

<sup>1675</sup> L'article 172 al 3 LDIP suisse prévoit que « lorsqu'un créancier a déjà été partiellement désintéressé dans une procédure étrangère liée à la faillite, le montant qu'il a obtenu est imputé, après déduction des frais encourus, sur le dividende qui lui revient dans la procédure suisse ».

contraire participer à la répartition de la masse effectuée dans une autre procédure tant que les créanciers du même rang n'auront pas obtenu, en pourcentage, un dividende équivalent<sup>1676</sup>.

Le droit conventionnel<sup>1677</sup> prévoit une solution comparable en ce que la loi instaure une règle de paiement en cas de pluralité de procédures consistant à ce qu'un créancier ayant obtenu le paiement partiel de sa créance ne puisse être payé pour la même créance dans une autre procédure. Les règles suisses de distribution ayant trait au surplus d'actifs issu de la faillite ancillaire sont conditionnées par la reconnaissance de l'état de collocation étranger par le Tribunal (voir supra). Un solde éventuel est alors remis à la masse en faillite étrangère ou à ceux des créanciers qui y ont droit dès lors que les créanciers résidents en Suisse et ceux bénéficiant d'un droit de gage mobilier ou immobilier situé en Suisse ont été désintéressés. On relève ainsi les régimes communautaire et conventionnel qui prévoient une répartition de la masse corrélativement aux créances admises dans chaque procédure. Le droit suisse privilégie au contraire le désintéressement des créanciers de la faillite ancillaire en distribuant les deniers au sens de la LDIP suisse<sup>1678</sup> suite à la reconnaissance de l'état de collocation étranger. Dans ce cas, la remise des actifs à la procédure d'insolvabilité principale étrangère est admise selon certaines conditions<sup>1679</sup>.

## *§2. Quant à la loi applicable : l'exemple de l'action en révocation*

L'absence de régime uniforme « sanctionnant une opération présumée irrégulière faite au détriment à la fois de l'entreprise en difficulté et de l'intérêt collectif des créanciers »<sup>1680</sup> souligne les limites d'un détachement des actions révocatoires en un for principal<sup>1681</sup> dans les rapports extracommunautaires (A.).

Il est cependant intéressant de relever les mécanismes de coopération internationaux désignant la « vis attractiva concursus » de l'action révocatoire transfrontalière (B.).

### A. Une limitation de l'action en révocation dans les rapports extracommunautaires

#### 1. La non reconnaissance de l'action révocatoire étrangère sur le patrimoine sis en Suisse

---

<sup>1676</sup> Considérant 21 du Règlement 1346/2000.

<sup>1677</sup> Article 32 Loi type CNUDCI, *Ibidem*.

<sup>1678</sup> Article 172 LDIP.

<sup>1679</sup> Article 173 LDIP.

<sup>1680</sup> Formulaire Commenté Lamy Droit Commercial : livre IV entreprise en difficulté, Etude IV. 430 - La période suspecte.

<sup>1681</sup> CJCE., 1re ch., Deko Marty Belgium, 12 févr. 2009, aff. C-339/07, Procédures n° 5, Mai 2009, comm. 150, note C. Nourissat.

L'absence de faculté pour le syndic d'un État membre d'exercer une action révocatoire sur le patrimoine sis en Suisse conduit à exclure une action qui relève en droit communautaire d'un for initié au centre des intérêts principaux<sup>1682</sup> de la société.

L'exemple de l'action révocatoire est significatif car ladite institution est communément admise par la majorité des ordres juridiques. La protection des créanciers suisses prive cependant le syndic de la procédure initiée à l'étranger d'exercer l'action révocatoire sur le territoire helvète<sup>1683</sup>. Alors que l'existence d'une communauté juridique en matière d'action révocatoire est vérifiée<sup>1684</sup> (voir supra).

Contrairement à ce que prévoit l'article 4.2 m du Règlement 1346/2000, l'hypothèse d'une insolvabilité extracommunautaire ayant un point de contact avec l'ordre juridique suisse désigne les règles de la LDIP concernant le traitement du patrimoine sis sur son territoire. Le Règlement 1346/2000 structure au contraire l'action en inopposabilité des actes préjudiciables aux créanciers du débiteur à travers l'effet transfrontalier du régime des nullités de la période suspecte<sup>1685</sup>. Il est alors prévu à l'appui du présent mécanisme une exécution simplifiée des décisions ayant un lien étroit avec la procédure d'insolvabilité<sup>1686</sup>.

L'idée d'une révocation en faveur de la masse étrangère n'est cependant point ignorée par une partie de la doctrine<sup>1687</sup>. Il faut tout d'abord rappeler que l'étendue de l'action en inopposabilité organisée par le droit suisse est exclut du champ d'application de la Convention de Lugano<sup>1688</sup>. Cette position emprunte le raisonnement tenu par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Gourdain Nadler<sup>1689</sup> et adopte une solution non divergente en matière de for naturel de l'action en révocation. Le Tribunal fédéral fonde en effet l'application de la *lex concursus* à la révocation<sup>1690</sup>.

Cela étant, les règles prévues par la LDIP excluent la reconnaissance d'un jugement révocatoire étranger ayant pour objet un bien relevant de la masse ancillaire car elle prive la masse suisse d'exercer l'action révocatoire en vertu de l'article 172 LDIP<sup>1691</sup>.

---

<sup>1682</sup> CJCE., Deko, 12 février 2009, aff 339/07, JO C 82, 2009, p.4.

<sup>1683</sup> G. Kaufmann-Kohler, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite ainsi que les articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, *ibidem*, p. 1660.

<sup>1684</sup> H. Hanisch, Deux problèmes de faillite internationale, Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes, Genève, 1976, p. 118 et suiv.

<sup>1685</sup> Les articles 4.2 m, 5.4, 6.2, 7.3 et 13 du Règlement sont visés à cet effet.

<sup>1686</sup> Article 25 du Règlement 1346/2000.

<sup>1687</sup> G. Kaufmann-Kohler, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, *Ibidem*, p. 1659.

<sup>1688</sup> J.L. Chenaux, Un survol de l'action révocatoire en droit international privé suisse, RSJ. Zurich. 92, 1996, p. 234.

<sup>1689</sup> CJCE., 22 février 1979, Rev. crit. DIP. 1979, note J. Lemontey, p. 657.

<sup>1690</sup> H. R. Schüpbach, Droit et action révocatoires, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1997, p. 265.

<sup>1691</sup> G. Kaufmann-Kohler, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, *Ibidem*, p. 1660.

Selon ce dernier, seul un cercle restreint de créanciers est admis à l'état de collocation qu'ils détiennent un droit de gage immobilier ou mobilier dès lors que le bien apporté en garantie de la créance est localisée en Suisse. Les créanciers non gagistes sont également privilégiés en raison de leur domicile sur son territoire. Il en résulte qu'une mesure d'exécution ou toutes opérations inopposables sur le patrimoine sis en Suisse n'est pas soumise aux nullités de la période suspecte étrangère alors même que la procédure d'insolvabilité principale satisfait aux conditions de reconnaissance prévues par la LDIP suisse.

## 2. L'existence d'une légitimation pour agir en cascade

L'article 171 LDIP prévoit cependant que l'action révocatoire est régie par les articles 285 à 292 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite<sup>1692</sup>, celle-ci « peut également être intentée par l'administration de la faillite étrangère ou par l'un des créanciers qui en ont le droit ». Quelle est alors l'interprétation à conférer quant à la portée d'une action en révocation exercée par le syndic de la procédure d'insolvabilité initiée sur le territoire d'un État membre ?

Alors que la protection des créanciers suisses rend en principe impossible ladite action lorsqu'une faillite ancillaire est ouverte, l'action en révocation exercée par le syndic d'une procédure ouverte à l'étranger répond à des conditions que la LDIP précise comme suivant. Celle-ci suggère une « légitimation active » ou la « qualité pour agir » en cascade. En d'autres termes, « l'administration de la faillite étrangère » peut se voir conférer l'exercice d'une action en inopposabilité d'un acte appauvrissant le patrimoine d'une société insolvable à défaut d'exercice quant aux titulaires de l'action prévue à l'article 171 al 1<sup>er</sup> renvoyant à l'article 285 al.2 ch. 2 LP<sup>1693</sup>. La notion d'administration de faillite revêt donc une importance particulière lorsqu'on se penche sur les conditions de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité principale initiée au sein d'un État membre.

Celles-ci supposent d'être requises par « l'administration de faillite » afin de permettre l'ouverture d'une mini faillite en Suisse. Surtout, quelques précisions sur sa teneur permettent de saisir le cheminement auquel se confronte le juriste de droit comparé quand il réfléchit sur les étapes requises qui sont autant d'obstacles quant à l'exercice d'une action en révocation par l'administration de la faillite d'un État de l'Union européenne. Car outre l'ouverture d'une

---

<sup>1692</sup> L'article 285 prévoit que la révocation a pour but de soumettre à l'exécution forcée les biens qui lui ont été soustraits par suite d'un acte mentionné aux articles 286 à 288 LP.

<sup>1693</sup> Celui-ci prévoit que peut demander la révocation tout créancier porteur d'un acte de défaut de biens provisoire ou définitif après saisie; l'administration de la faillite ou tout créancier, individuellement, dans les cas visés aux articles 260 et 269, al. 3 LP.

mini faillite prévue à l'article 170 LDIP<sup>1694</sup> qui nuance le régime prévu en droit communautaire et l'effet universel d'une procédure principale<sup>1695</sup> (voir supra). L'administration d'une faillite ancillaire est comprise en droit suisse comme suivant. Il s'agit d'un « organe officiel de la masse des créanciers »<sup>1696</sup>. Les organes de l'administration représentent donc la masse mais cette qualité est refusée aux créanciers. Ceci explique qu'il appartient en priorité à la masse d'exercer certains droits propres comme l'exercice de l'action en révocation convenue à l'article 285 LP mais aussi l'action en réparation du dommage indirect subit par les créanciers en raison de l'insolvabilité et relevant de l'article 757 CO<sup>1697</sup>. C'est donc uniquement si l'administration de la faillite ancillaire refuse d'exercer ladite action que les créanciers peuvent agir en qualité d'organe de la masse et ceci après cession des droits résultant des articles 260 ou 269 LP<sup>1698</sup>. Le syndic de la procédure principale est alors fondé à engager la présente action, si à leur tour, les créanciers renoncent d'agir<sup>1699</sup>.

#### B. L'addition d'un mécanisme de coopération à la lumière du droit comparé

L'insuffisance de coopération concernant l'activité du débiteur dont les actifs sont dispersés ou qu'il s'agisse d'un groupe de sociétés (activité fractionnée juridiquement voire territorialement) suppose le renforcement des règles communautaires dans le cadre de procédures extracommunautaires<sup>1700</sup> qui restent en dehors de la présente réglementation<sup>1701</sup>.

Ceci constitue la finalité première du Règlement communautaire, aspirant à un accroissement des règles de coordination et d'administration de procédures d'insolvabilité<sup>1702</sup>. Celles-ci concernent le même débiteur et les sociétés entretenant des liens étroits entre elles (l'interprétation lato sensu du centre des intérêts principaux).

La présente orientation souligne alors l'intérêt de réaliser la masse active et passive à travers des procédures concurrentes coordonnées dès lors qu'elles se situent en dehors du champ

---

<sup>1694</sup> G. Kaufmann-Kohler, l'article 170 LDIP organise un système d'entraide judiciaire, *ibidem*, p. 1649.

<sup>1695</sup> L'article 17 du Règlement 1346/2000 prévoit que « la décision d'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre État membre les effets que lui attribue la loi de l'État d'ouverture, sauf disposition contraire du présent règlement et aussi longtemps qu'aucune procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, n'est ouverte dans cet autre État membre ».

<sup>1696</sup> P. Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2005, p. 361.

<sup>1697</sup> P. Gilliéron, *ibidem*, p. 304.

<sup>1698</sup> L'article 260 LP souligne que si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention, chacun d'eux peut en demander la cession à la masse.

<sup>1699</sup> G. Kaufmann-Kohler, *ibidem*, p. 1657.

<sup>1700</sup> V. Marquette et C. Barbé, *ibidem*, p. 525.

<sup>1701</sup> J. L. Vallens, Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives. D. 2007, p. 1225.

<sup>1702</sup> Le considérant 22 du Règlement précise que les procédures principales et les procédures secondaires ne peuvent, toutefois, contribuer à une réalisation efficace de la masse que si toutes les procédures parallèles en cours sont coordonnées.

d'application du Règlement 1346/2000. Il est alors des raisons de croire que les rapports entre celui-ci et la LDIP suisse puissent confirmer des divergences d'interprétation quant à l'applicabilité du Règlement (voir supra). Car en effet, la pluralité de sièges statutaires qui s'apprécie tant sur le sol de l'Union européenne qu'en Suisse risque d'induire l'absence d'universalité de procédures initiées dans l'un ou l'autre de ces pays. L'absence des effets de reconnaissance d'une procédure secondaire communautaire ou principale (divergence sur la notion de centre des intérêts principaux) en vertu du droit suisse requiert l'examen d'une coopération en présence d'État tiers. L'utilisation de protocoles et l'application par analogie<sup>1703</sup> des dispositions du Règlement ou celles appréciées dans le cadre de la loi type sur l'insolvabilité internationale peuvent alors servir de modèles aux situations qui n'entrent pas dans le champ d'application territoriale du Règlement.

Un système de résolution des conflits de juridiction et de coopérations concernant les problèmes d'insolvabilité transfrontalière du groupe de sociétés<sup>1704</sup> peut ainsi éclore.

Que l'on envisage alors la loi type CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ou l'extension territoriale du Règlement 1346/2000, la reconnaissance d'une procédure principale initiée au centre des intérêts principaux contribue à la vis *attractiva concursus*<sup>1705</sup> des actions révocatoires. Selon la loi type<sup>1706</sup>, la reconnaissance d'une procédure étrangère principale (centre des intérêts principaux) autorise le représentant étranger à engager une action visant à annuler les actes préjudiciables au créancier et à l'entreprise en difficulté. Dans l'hypothèse d'une procédure non principale, l'action doit se rapporter à des actifs relevant d'un établissement administré dans cette procédure. La mise en oeuvre d'une action révocatoire transfrontalière au for de la procédure d'insolvabilité souligne en conséquence l'avantage d'une concentration des actions en lien direct avec cette dernière. Elle permet en outre d'éviter l'écueil d'un for de l'action révocatoire intentée au domicile du défendeur comme le

---

<sup>1703</sup> B. Wessels and M. Virgos, *European Communication & cooperation Guidelines for cross-border insolvency*, Insol Europe, 2007, p. 14.

<sup>1704</sup> L'affaire Maxwell Communication Corporation est topique et concerne la présence d'actifs dans plusieurs sociétés localisés en Grande Bretagne et aux Etats-Unis. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans chacun des deux pays s'est dénouée par la réalisation d'un protocole destiné à coordonner les procédures concurrentes : l'effet international de la faillite : une réalité ? Dalloz, 2004, Paris, p. 88.

<sup>1705</sup> P. Ehret, *La CJCE instaure le principe « vis attractiva concursus » concernant les actions révocatoires au niveau communautaire*, Rev. Proc. Coll. avril 2009, p. 19.

<sup>1706</sup> L'article 23 de la loi type dispose que dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, le représentant étranger pour engager les actions qui ont comme effet d'annuler ou rendre sans effet de toute autre manière les actes préjudiciables aux créanciers : Loi type du 30 mai 1997, Code des entreprises en difficulté, 2007, Litec Paris, 2007, p. 851.

prévoit l'article 289 LP<sup>1707</sup> ou encore le Règlement 1346/2000<sup>1708</sup>. La concentration de l'action révocatoire au for principal ou secondaire permet ainsi d'annuler les opérations préférentielles localisées dans un autre État que celui d'ouverture de la procédure principale ou secondaire. L'inopposabilité ou l'annulation d'opérations qui « visent à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances »<sup>1709</sup> est simplifiée. Ce régime transfrontalier dissuade par ailleurs une société à transférer des actifs à un tiers (une société apparentée) dans l'intention de les mettre hors de portée le plus souvent des créanciers externes au groupe de sociétés. La question se pose dans les mêmes termes mais cette fois-ci afin de permettre au débiteur d'avoir des actifs suffisants afin de mener son activité<sup>1710</sup>. La solution de la LDIP suisse permet au contraire au créancier domicilié en Suisse de n'être pas soumis au régime étranger des périodes suspectes. Celui-ci peut donc « se voir rembourser sur les actifs du débiteur une part de sa créance plus importante que celle d'autres créanciers du même rang ou de la même catégorie »<sup>1711</sup> alors que ces opérations sont annulables conformément à la loi de l'état d'ouverture de la procédure principale. Le transfert de certains actifs après le début des difficultés financières de la société n'est donc pas soumise à la loi de l'insolvabilité désignée au for d'ouverture de la procédure principale sauf à instituer un mécanisme d'entraide judiciaire internationale harmonisé.

### Sous section III. Les modalités de son prolongement dans l'ordre juridique international

L'espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité repose sur le principe de confiance mutuelle dont l'intérêt est de favoriser l'administration d'une procédure d'insolvabilité transfrontière équitable et ordonnée (§1.).

La désignation d'un centre des intérêts principaux obligatoirement situé dans la communauté<sup>1712</sup> interroge sur le choix de la juridiction à traiter une insolvabilité transfrontière non incluse dans le champ d'application territorial du Règlement 1346/2000. L'examen des moyens de coopération internationale invite à la discussion sur une méthode d'harmonisation

---

<sup>1707</sup> L'article 289 LP prévoit que l'action révocatoire est intentée au domicile du défendeur ou lorsque le défendeur n'a pas de domicile en Suisse au for de la poursuite de la faillite : H.R Schüpbach, Droit et action révocatoires, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 1997, p. 247.

<sup>1708</sup> Article 25 §2 du Règlement 1346/2000.

<sup>1709</sup> Point 172 du guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), 2004.

<sup>1710</sup> Point 170 du guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, *ibidem*.

<sup>1711</sup> Point 177 du guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, *ibidem*.

<sup>1712</sup> Considérant 14 du Règlement 1346/2000.

de règlement des conflits de procédures d'insolvabilité se présentant dans les rapports avec les États tiers (§2.).

### *§1. L'exemple du principe de confiance mutuelle*

Le droit communautaire consacre un mécanisme dépassant le formalisme requis par la procédure d'exequatur de droit commun (A.) dont la portée en matière d'insolvabilité transfrontière est soulignée (B.).

#### A. Un dépassement de la procédure d'exequatur de droit commun

La pertinence du rôle clef de l'exequatur dans les procédures d'insolvabilité extracommunautaires se pose compte tenu de l'internationalisation croissante de l'économie. L'esprit même du Règlement<sup>1713</sup> contribue à aller au-delà d'un formalisme requis par la procédure d'exequatur de droit commun.

En l'occurrence, la portée d'une reconnaissance de plein droit du jugement principal d'insolvabilité favorise l'universalité de la procédure tant à l'égard de l'actif que du passif de l'activité transfrontalière. Il permet d'une part de faire respecter l'arrêt des poursuites individuelles dès son prononcé. Or, c'est précisément ce que le mandataire liquidateur invoque devant la Cour d'appel de Versailles<sup>1714</sup>. Ce dernier « approuve les premiers juges de conférer à la procédure de liquidation judiciaire ouverte en France des effets sur tous les actifs du débiteur, y compris sur ceux situés dans un État étranger, sans qu'il soit nécessaire que le jugement fasse l'objet d'une procédure d'exequatur dans cet État ».

L'absence d'exigence d'exequatur conduit donc le Tribunal de commerce à faire produire aux dispositions prévues par les dispositions du droit national<sup>1715</sup> un effet direct sur le territoire suisse conformément au principe de l'universalité de la faillite. La société suisse forme néanmoins appel à ladite décision soutenant « que le jugement ayant ouvert la procédure de liquidation judiciaire est sans effet en Suisse dès lors que celui-ci n'a pas fait l'objet d'une procédure d'exequatur ».

L'acceptation de l'ordre juridique étranger désigne ainsi les règles de droit international privé commun de l'État requis<sup>1716</sup>. À tel point que la doctrine française fait remarquer que l'universalité de la procédure « s'arrête le plus souvent à la première frontière judiciaire »<sup>1717</sup>.

---

<sup>1713</sup> Considérant 22 du Règlement 1346/2000.

<sup>1714</sup> CA. Versailles., 20 mars 2008, D. 2008, p. 1663, note J.-L. Vallens.

<sup>1715</sup> L'article L. 621-24 du Code de commerce français.

<sup>1716</sup> G. Kaufmann-Kohler, Commentaire des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, *ibidem*, p. 1660 .

<sup>1717</sup> P. Roussel Galle, Le droit des faillites à l'épreuve de l'espace judiciaire européen, le visage inconnu de l'espace judiciaire européen, Droit et Procédures, Paris, 2004, p. 137.

Le droit communautaire instaure alors un mécanisme simplifié de reconnaissance des procédures d'insolvabilité. Le critère chronologique<sup>1718</sup> et le principe de reconnaissance mutuelle sont ainsi « le pendant logique »<sup>1719</sup> du critère de compétence prévu au centre des intérêts principaux. Les effets d'une procédure d'insolvabilité sont ainsi reconnus de plein droit dans tous les États membres et donc sur les actifs y étant localisés<sup>1720</sup>.

#### B. La portée en matière d'insolvabilité transfrontière

Le principe de confiance mutuelle institue par voie de conséquence une reconnaissance immédiate d'une procédure principale et les décisions qui ont un lien direct avec celle-ci. Une exécution simplifiée des mesures de reconstitution de l'actif du débiteur s'entrevoit à travers deux paramètres. Tout d'abord, les motifs de non reconnaissance devront être réduits au minimum<sup>1721</sup>. Surtout, le dispositif de coordination des patrimoines internationaux se réfère expressément au principe de la confiance mutuelle<sup>1722</sup>. De l'universalité des effets d'une procédure d'insolvabilité dépend « l'administration d'une procédure équitable et ordonnée »<sup>1723</sup>.

L'écueil du temps de latence crée par l'exigence d'exequatur en droit commun est supprimé en droit communautaire de l'insolvabilité. La position de la Cour de Justice de l'Union européenne est significative à cet effet<sup>1724</sup>. Suite à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité initiée sur le territoire polonais, une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE est introduite par le syndic polonais chargé de procéder à la liquidation de la société MG Probud. Celui-ci s'interroge en effet sur la légalité des saisies effectuées par les autorités allemandes sur des biens dorénavant concernés par loi de l'insolvabilité polonaise. La question est alors de savoir si les autorités administratives allemandes ont le droit de saisir des fonds sur le compte en banque d'un opérateur économique au lieu d'établissement (la mise en œuvre d'une saisie conservatoire en Allemagne) alors que celui-ci fait l'objet d'une procédure principale au siège social localisé au sein d'un autre État membre (la Pologne).

Les faits de l'espèce interrogent donc sur l'étendue du principe d'universalité d'une procédure d'insolvabilité. Le syndic polonais précise alors que les conditions d'application des

---

<sup>1718</sup>P. Roussel Galle, De quelques pistes d'interprétation du Règlement 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : La circulaire du 15 décembre 2006, JDI. 2008, p. 141.

<sup>1719</sup>C. A. Leunen, Le Règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité dans l'espace judiciaire européen, Acquis et enjeux en matière civile, Larcier, Bruxelles 2007, p. 269.

<sup>1720</sup> Considérant 12 du Règlement 1346/2000.

<sup>1721</sup> Cass. Com, 27 juin 2006, Bull. Joly. 2006, p. 1379, note D. Fasquelle.

<sup>1722</sup> Considérant 22, *Ibidem*.

<sup>1723</sup> Voir point 25 du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, p. 92.

<sup>1724</sup> CJUE., MG Probud, 21 janvier 2010, Aff. C-444/07, disponible sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

déroghations à l'universalité de la procédure d'insolvabilité principale<sup>1725</sup> au profit des créanciers garantis ne sont pas remplies (voir supra).

Le syndic de la procédure d'insolvabilité polonaise interroge donc la Cour de justice de l'Union européenne sur les règles concernant la compétence du tribunal de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la loi applicable ainsi que celles gouvernant les conditions et les effets de la reconnaissance de la procédure dans les autres États membres.

Un rappel de sa jurisprudence antérieure consiste à mesurer l'étendue de la compétence des juges polonais à travers le principe de confiance mutuelle et la mise en place d'un système obligatoire de compétence que les juridictions de l'Union sont tenues de respecter. Les règles de reconnaissance et d'exequatur des États membres cèdent au profit d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité communautaire<sup>1726</sup>. Les juridictions des autres États membres reconnaissent donc la décision d'ouverture de la procédure principale sans pouvoir contrôler l'appréciation portée par le juge sur sa compétence<sup>1727</sup>. Ce que confirme la présente espèce puisque la procédure est ouverte au centre des intérêts principaux<sup>1728</sup> de la société MG Probud localisé en Pologne. La question est donc de savoir si les autorités allemandes peuvent ordonner la saisie des biens au lieu d'un établissement d'une société déclarée insolvable dans un autre État de l'Union européenne. La Cour rappelle à cet effet le caractère universel d'une procédure principale en l'absence de procédure secondaire<sup>1729</sup> au lieu de l'établissement allemand. La lecture combinée du Règlement 1346/2000 autorise précisément un effet universel de la procédure en ce que celle-ci inclut tous les actifs de la société MG Probud y compris ceux situés en Allemagne<sup>1730</sup>. L'étendue du présent mécanisme est en effet caractérisée par un principe de reconnaissance automatique de la procédure d'insolvabilité dans tous les États membres, sans aucune autre formalité, conformément à la loi de l'État d'ouverture<sup>1731</sup>. Il en résulte que la désignation de la juridiction compétente entraîne celle de la loi applicable à la procédure et à ses effets « faute de procédure secondaire en Allemagne »<sup>1732</sup>.

---

<sup>1725</sup> Article 5 et 10 du Règlement 1346/2000 : point 20 de l'arrêt CJUE., 21 janvier 2010, Aff. C-444/07, *ibidem*.

<sup>1726</sup> Points 39 et 40 de l'arrêt Eurofood IFC, Aff. C-341/04, Rec. 3813.

<sup>1727</sup> Points 41 et 42 de l'arrêt Eurofood, *ibidem*.

<sup>1728</sup> Article 3§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1729</sup> Point 23 de l'arrêt CJUE, 21 janvier 2010. Aff. C-444/07, *ibidem*.

<sup>1730</sup> Point 43 de l'arrêt CJUE, 21 janvier 2010, *ibidem*.

<sup>1731</sup> Articles 16 et 17 du Règlement 1346/2000.

<sup>1732</sup> CJUE, 1<sup>ère</sup> ch, 21 janvier 2010, aff. C-444/07, MG Probud Gdynia sp. z.o.o, Procédures. mars, 2010, p. 16-17, note C. Nourissat.

La détermination de la juridiction compétente sur le territoire polonais désigne la loi polonaise relative à l'insolvabilité et à l'assainissement en vertu de l'article 4§1 du Règlement 1346/2000. L'efficacité de la procédure est alors appréciée selon sa loi d'ouverture parmi lesquels figurent les biens faisant l'objet du dessaisissement. Il faut alors comprendre que les autorités compétentes d'un autre État membre ou se situe des actifs du débiteur (l'Allemagne) ne sont pas en droit d'ordonner des mesures d'exécution dès le prononcé du jugement polonais. Parmi les effets généraux de la procédure d'insolvabilité, la Cour relève l'interdiction de mesures d'exécution portant sur les biens situés en Allemagne de la société déclarée insolvable en Pologne. L'absence de procédure d'exequatur favorise ainsi la conservation des actifs en interdisant les poursuites individuelles et en indiquant les biens qui font l'objet d'un dessaisissement<sup>1733</sup>dès le prononcé du jugement d'ouverture<sup>1734</sup>.

## *§2. Une méthode d'harmonisation de règlement des conflits de procédures*

L'internationalisation croissante de l'économie montre qu'ô combien l'idée de coopération est déterminante dans les rapports transfrontaliers.

Un tronc commun aux règles de reconnaissance et de coopération d'une procédure d'insolvabilité transfrontalière est souligné (A.).

Une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements conduit à projeter ces principes dans les rapports extracommunautaires (B.). L'élargissement de la portée du Règlement 1346/2000 se mesure suivant un modèle de Convention similaire à celle adoptée à Lugano (C.).

A. Un tronc commun aux règles de reconnaissance et de coopération

### 1. Une inspiration commune aux principes communautaires et conventionnels

L'administration optimale des actifs du débiteur insolvable ou d'un groupe de sociétés est vérifiée au sein du Règlement 1346/2000<sup>1735</sup>. L'architecture du Règlement repose sur l'articulation entre une procédure principale à effet universel initiée au centre des intérêts principaux et secondaire au lieu d'établissement aux seuls effets territoriaux. Les rédacteurs du présent texte esquissent alors un devoir de coopération entre les différents syndics nommés

---

<sup>1733</sup> Article 4§2 b et f du Règlement 1346/2000.

<sup>1734</sup> Circulaire du 15 décembre 2006 relative au Règlement 1346/2000 : point 3.1.2, *ibidem*.

<sup>1735</sup> Le considérant 20 du Règlement prévoit « les procédures principales et les procédures secondaires ne peuvent contribuer à une réalisation efficace de la masse que si toutes les procédures parallèles en cours sont coordonnées. La condition principale ici est une coopération étroite entre les différents syndics qui doit notamment comprendre un échange d'informations suffisant ».

dans chacune d'entre elles. Celui-ci précise que « les syndics sont tenus d'un devoir d'information réciproque »<sup>1736</sup> (voir supra).

L'absence de contenu visé à cet effet en dépit d'une « obligation générale de coopération » requiert d'en préciser le cadre juridique et d'élargir celle-ci en présence de procédures d'insolvabilités parallèles ouvertes en dehors de l'Union. Une telle finalité consiste « à servir des intérêts internationaux en favorisant la promotion du commerce international et à prévenir la perte de valeur qui résulterait d'une action judiciaire fragmentée »<sup>1737</sup>.

Il appert alors que la loi type CNUDCI adoptée le 30 mai 1997 renseigne sur l'étendue des règles de coopération tant relatives aux syndics que concernant les autorités judiciaires<sup>1738</sup>. Aussi, la mise en œuvre de « moyens efficaces pour traiter les cas d'insolvabilité internationale se mesure à l'aune d'une coopération renforcée entre les tribunaux et les autorités compétentes des États concernés par une insolvabilité internationale »<sup>1739</sup>. La loi modèle représente ainsi un intérêt concernant l'harmonisation des conditions de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité initiée au centre des intérêts principaux et d'établissement d'un État tiers (voir infra). Le principe de reconnaissance de plein droit d'une procédure d'insolvabilité communautaire a toutefois davantage de portée en raison d'une conception minimaliste de l'exception d'ordre public<sup>1740</sup>.

Cette condition est identiquement prévue au sein de la loi type à des fins de reconnaissance d'une procédure étrangère mais n'est point gouverné par le principe de confiance mutuelle (considérant 22 du Règlement 1346/2000). Ladite assistance est néanmoins favorisée en structurant une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité conformément à la loi de l'État adoptant la loi modèle soit en y participant au cas où celle-ci est d'ores et déjà ouverte (les articles 11 et 12 de la loi type CNUDCI). Il faut alors que la procédure principale ou non principale<sup>1741</sup> soit reconnue (l'article 17 2 a et b de la loi type CNUDCI).

---

<sup>1736</sup> Article 31 du Règlement 1346/2000.

<sup>1737</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : New-York, 18-22 mai 2009, AJCN-9/W G.V/WP.86, p. 21.

<sup>1738</sup> V. Marquette et C. Barbé, Les procédures d'insolvabilité extracomunautaires, JDI. 2006, p. 526.

<sup>1739</sup> Préambule de la loi type CNUDCI, Loi type du 30 mai 1997, Code des entreprises en difficulté, 2007, Litec, Paris, 2007, p. 851.

<sup>1740</sup> L'introduction de la circulaire du 15 décembre 2006 précise que « la notion d'ordre public ne doit jouer que dans des cas exceptionnels, lorsque la reconnaissance de la procédure heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État membre, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental » : Circulaire de la DACS n° 2006-19 du 15 décembre 2006 relative au règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JCP E. 2007. 1498 ; M. Raimon, Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, L.G.D.J, Paris, 2007, p. 133.

<sup>1741</sup> Article 17 du guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, p.374 et disponible sur le site suivant [www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups.html).

Pour cela, les règles prévues au chapitre III de la loi CNUDCI sont édifiées et présentent l'avantage selon la doctrine d'être qualifiées de libéralisme tempéré<sup>1742</sup>. Certaines de ses dispositions ont le mérite de proposer un tronc commun aux règles de reconnaissance en ce qu'elle autorise le représentant de la procédure d'insolvabilité étrangère et les créanciers à accéder aux tribunaux d'un autre État en requérant une assistance auprès des autorités locales où se situe les actifs du débiteur<sup>1743</sup>. Le représentant étranger de la procédure d'insolvabilité peut donc soumettre « une demande de reconnaissance de la procédure étrangère » qui suppose une copie certifiée conforme de la décision d'ouverture et de désignation du représentant étranger. Ces formalités ont l'avantage de clarifier les étapes de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité en présence d'un groupe transnational de sociétés. La présomption de reconnaissance des procédures d'insolvabilité est donc établie. L'article 16 de la loi type prévoit ladite présomption en vérifiant d'une part la procédure au sens de l'article 2 du même texte. Ce dernier définit à cet effet la procédure étrangère principale et non principale au centre des intérêts principaux et au lieu d'établissement de l'activité transfrontalière. L'étendue des présentes notions<sup>1744</sup> est indispensable à l'identification de l'activité transnationale. Les critères d'ouverture de la procédure sont en effet identiques à ceux prévus au sein du Règlement communautaire (voir partie I).

La vérification porte d'autre part sur la notion de représentant étranger<sup>1745</sup> dont la définition laisse apparaître des points de convergence avec la définition mentionnée au sein du Règlement 1346/2000<sup>1746</sup>. Les termes d'administration du redressement et/ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur prévus dans la loi type rejoignent la définition du droit communautaire qui insiste quant à lui sur le dessaisissement du débiteur. La notion de représentant étranger en tant que représentant de la procédure étrangère interroge alors sur la présomption de reconnaissance d'une procédure maintenant le débiteur aux pouvoirs à des fins d'administration<sup>1747</sup> précisément dans un cadre transfrontalier. Les enjeux sont soulignés en droit communautaire à travers la qualification formelle d'une procédure d'insolvabilité dont l'effet principal consiste à ne pas dessaisir ou que partiellement le débiteur. La portée du présent dispositif est l'introduction d'un système de prévention des difficultés de l'entreprise selon un cadre régional en réponse au phénomène transnational (voir partie I).

---

<sup>1742</sup> J.-L. Vallens : Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives, D. 2007, p. 1227.

<sup>1743</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi type du 30 mai 1997, Code des entreprises en difficulté, Litec Paris, 2007, p. 851.

<sup>1744</sup> Article 2 de la loi type CNUDCI.

<sup>1745</sup> Article 2 de la loi type CNUDCI.

<sup>1746</sup> Article 2 b du Règlement 1346/2000.

<sup>1747</sup> Article L. 622-1 du Code de commerce français.

## 2. L'apparition de « tous moyens appropriés » de coopération transfrontalière

### 2.1 La pratique de protocoles

Les règles de coopération avec les Tribunaux étrangers ou les représentants étrangers (le chapitre IV de la loi<sup>1748</sup>) et le devoir de coopération et d'information réciproque entre les syndics de procédures communautaires sont requises par l'activité transfrontière (voir supra). L'internationalisation croissante de l'entreprise se caractérise par la mobilité des sociétés ayant des liens privilégiés entre elles. L'étendue des modes de coopération en vertu de la loi type CNUDCI est donc examinée. Les formes de coopération<sup>1749</sup> et la communication directe entre les autorités judiciaires de l'État adoptant et les tribunaux ou les représentants étrangers peuvent être assurées par « tout moyen approprié ». La coopération et la communication entre les organes en charge d'administrer la procédure d'insolvabilité de l'État adoptant et les représentants étrangers sont donc assurées dans toute la mesure du possible<sup>1750</sup>.

La loi type CNUDCI prévoit aussi l'ouverture de procédures simultanément initiées à l'encontre du même débiteur<sup>1751</sup> lequel suppose d'être étendu eu égard l'activité du groupe de sociétés. Outre les conséquences similaires aux règles communautaires gouvernant la coopération entre une procédure principale et secondaire<sup>1752</sup>, l'examen de tout moyen approprié met en lumière la pratique des protocoles internationaux qui ont précisément fait leur apparition dans les cas d'insolvabilité internationale de groupe de sociétés. Une série d'accords fut conclue lors de retentissantes faillites des groupes Maxwell ou encore celle de la BCCI<sup>1753</sup>. La forme de l'accord peut alors être étudiée suite à l'ouverture de « procédures parallèles » initiées dans divers États qu'il convient de coordonner selon les principes du concordat de l'IBA sur les faillites internationales<sup>1754</sup> ou se présentant selon une coopération hiérarchisée (le droit communautaire)<sup>1755</sup>.

---

<sup>1748</sup> Loi type du 30 mai 1997, Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 855.

<sup>1749</sup> L'Article 27 de la loi type du 30 mai 1997 prévoit la communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal, la coordination de l'administration et de la surveillance des biens du débiteur, la coordination et la conclusion d'accords concernant les modalités de coordination entre des procédures ouvertes concurremment : Code des entreprises en difficulté, 2007, Litec, Paris, 2007, p. 855.

<sup>1750</sup> Article 25 et 26 de la loi type du 30 mai 1997, *ibidem*.

<sup>1751</sup> Article 29 de la loi type du 30 mai 1997, *ibidem*.

<sup>1752</sup> La loi type précise que « la reconnaissance d'une procédure étrangère principale n'empêche pas l'ouverture d'une procédure locale contre le même débiteur dès lors qu'il dispose de biens dans l'Etat », Article 28 de la loi type du 30 mai 1997, *ibidem*.

<sup>1753</sup> G. Giorgini, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de la faillite internationale, *ibidem*, p. 364.

<sup>1754</sup> Principe 4 du concordat de l'IBA sur les faillites internationales, Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 848.

<sup>1755</sup> La mise en œuvre d'un protocole fondée sur l'article 31 du Règlement a alors comme finalité de « définir un mode opératoire pratique permettant la coordination effective de deux procédures d'insolvabilité ». Les modalités pratiques du traitement du passif et de l'actif sont donc visées dans le protocole et ont vocation à

L'appréciation du concordat sur l'insolvabilité internationale formalise l'utilisation de protocoles internationaux dont la teneur peut être éclairée dans l'affaire « everfresh Beverages inc »<sup>1756</sup>. Selon cette affaire (Ontario Court of justice, Toronto and the United states Bankruptcy Court for the Southern District of New-York), deux procédures d'insolvabilités sont ouvertes tant aux Etats-Unis qu'au Canada eu égard l'activité transfrontalière d'une société américaine. Ce qui nous intéresse présentement est le contenu du protocole dont la finalité est de résoudre un cas d'insolvabilité internationale. Aussi, les questions soulevées lors d'une faillite internationale furent assorties de principes visant à gouverner « le choix de la loi, l'élection d'un for, le traitement des sûretés réelles et celles chirographaires, la vente d'actifs et la conduite d'une action en annulation des actes préjudiciables ». Le protocole s'assure en outre que le principe d'égalité des créanciers soit respecté en autorisant ceux-ci à déclarer et produire leurs créances dans chacune des procédures initiées sur chaque territoire.

## *2.2 La conclusion de protocoles sur la base du droit communautaire*

L'ensemble des problématiques du groupe européen de sociétés en difficulté confirme la nécessité de conclure de tels accords sur la base du Règlement 1346/2000. L'interprétation téléologique de ses dispositions est en effet souhaitable en présence d'une activité transfrontière. D'autant plus que la technique du protocole trouve un terrain d'élection à travers l'établissement transfrontalier des groupes transnationaux<sup>1757</sup>.

En effet, la conclusion de semblables protocoles écloit en droit communautaire de l'insolvabilité.

L'affaire Emtec<sup>1758</sup> s'en fait l'écho. Cette affaire se caractérise par la présence d'un for principal français et d'un, secondaire responsable d'une procédure étrangère au lieu d'établissement conformément à l'article 3§2 du Règlement communautaire. Les représentants de chacune des procédures conviennent alors un protocole prévoyant les conditions de répartition des actifs entre les créanciers, la vérification des créances et sa répartition « sans faire de distinction entre les créanciers des différentes procédures et donc des sociétés appartenant au groupe »<sup>1759</sup>. L'article 28 du Règlement désigne en effet la loi

---

informer les créanciers et préciser les modalités de déclaration des créances prévues à l'article 32 du Règlement 1346/2000.

<sup>1756</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York. Mai 2009 : Projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale : [www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/5Insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/5Insolvency.html), p. 104.

<sup>1757</sup> Affaire Maxwell citée par P.H. Conac, l'effet international de la faillite : une réalité ? Dalloz, 2004, p.88.

<sup>1758</sup> H. Bourbouloux, Le redressement de EMTEC de 2006 : succès d'une procédure européenne, Insol Europe, été 2009, p. 47.

<sup>1759</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York, Mai 2009 : *ibidem*, p. 104.

applicable comme étant celle de l'État d'ouverture de la procédure secondaire. Celle-ci est toutefois nécessairement subordonnée à la procédure principale ouverte au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés et reconnue de plein droit en direction des autres établissements du groupe (voir supra : le principe de confiance mutuelle).

La hiérarchisation des procédures innerve alors le traitement de l'actif et du passif du groupe transnational de sociétés faisant l'objet d'une procédure secondaire d'insolvabilité communautaire<sup>1760</sup>. L'intérêt d'initier une procédure territoriale selon un critère de proximité et de prévisibilité du droit applicable souligne en effet l'intérêt d'une coopération communautaire hiérarchisée en matière d'insolvabilité sur la base du Règlement. Ses fondements sont nombreux et constituent le socle de tout raisonnement dans l'élaboration d'un protocole en présence d'un groupe européen de sociétés en difficulté. La hiérarchisation des procédures est présentée en doctrine comme « la mise en œuvre respectueuse des différents droits locaux et donc de jouer un rôle clef dans la restructuration des entreprises en difficulté de dimension européennes »<sup>1761</sup>. L'introduction de mesures de redressement de l'activité locale souligne l'acuité d'une organisation procédurale communautaire structurée au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés. Nous clarifions alors le présent propos en rappelant que l'ouverture d'une procédure secondaire est conférée au syndic de la procédure principale en vertu de l'article 29 du Règlement 1346/2000. Celle-ci suppose en outre une flexibilité du droit national prévu à cet effet puisque le syndic de la procédure principale peut proposer et convaincre les organes de la procédure secondaire qu'un plan de redressement est justifié dans l'intérêt des créanciers à des fins de valorisation des actifs transfrontaliers (voir supra). La technique du protocole est en outre justifiée en ce qu'elle coordonne un plan de cession globale à un repreneur « optimisant la situation globale du débiteur cédée tant sur la plan patrimonial que sur le plan de la sauvegarde de l'emploi ». La finalité d'une coordination effective est par ailleurs requise en ce que le principe d'universalité est limité. Les droits des salariés et des créanciers sont désignés selon un règlement de conflit de lois différent de celui visé par la loi de la procédure d'insolvabilité principale (les articles 5 et 10 du Règlement). Le protocole met ainsi en relief la mise en œuvre d'une procédure principale dont le plein effet se mesure par l'ouverture d'une procédure secondaire coordonnée au lieu d'établissement. Le principe de prévisibilité juridique et l'attente légitime des créanciers locaux se conjuguent alors aux objectifs de sauvegarde de l'activité économique.

---

<sup>1760</sup> R. Damman, M. Sénéchal, La procédure secondaire du règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 : mode d'emploi, Rev. Lamy dr. aff. octobre 2006, n°s 9-10, p. 83.

<sup>1761</sup> R. Damman et M. Sénéchal, La procédure secondaire du règlement, *ibidem*, p. 87.

## B. Son application dans les rapports extracommunautaires

L'adoption de principes communs au droit communautaire et conventionnel constitue un moyen extracommunautaire de traiter un cas d'insolvabilité internationale (1.). Ceux-ci suggèrent en outre un moyen de renforcement des règles suisses de coopération transfrontalière en matière d'insolvabilité (2.).

### 1. Un moyen extra communautaire de traiter un cas d'insolvabilité internationale

#### 1.1 *En harmonisant les règles de conflit de juridiction extracommunautaires*

L'établissement de sièges centraux en Suisse pose la question du traitement de l'insolvabilité des groupes transnationaux de sociétés.

Une conjonction d'éléments d'extranéité à savoir des actifs importants situés dans plusieurs États<sup>1762</sup> requiert une adaptation des règles de conflit de juridiction et de coopération. Outre l'adoption de la loi type CNUDCI qui dépend de chaque État afin que leur tribunal coopère « dans toute la mesure du possible avec les Tribunaux ou les représentants étrangers »<sup>1763</sup>, la doctrine souligne l'intérêt de transposer le contenu de la loi modèle à travers un instrument de droit dérivé<sup>1764</sup>. C'est alors introduire une plus grande souplesse quant aux règles de reconnaissance et celles gouvernant les effets d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État tiers sur le territoire de l'Union européenne.

Nous ne pouvons qu'approuver semblable initiative et la discussion porte davantage sur ses fondements et les effets juridiques d'une référence à la loi modèle à côté du Règlement.

Le rapprochement des législations des États de l'Union en matière de reconnaissance et d'exécution des procédures d'insolvabilité rendues dans un État tiers peut alors reposer sur l'article 95 TCE<sup>1765</sup>. L'adoption des mesures d'harmonisation à des fins de réalisation du marché intérieur est prise selon une procédure de codécision et prévoit la majorité qualifiée des États membres<sup>1766</sup>. D'une harmonisation par étapes résulte un cadre commun de référence au travers la mise en œuvre de Directives communautaires<sup>1767</sup>. Les règles nationales de chaque

---

<sup>1762</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York, Mai 2009 : *ibidem*, p. 30.

<sup>1763</sup> J.-L. Vallens, Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives, D. 2007. p. 1227.

<sup>1764</sup> V. Marquette et C. Barbé, Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires, JDI. 2006, p. 529.

<sup>1765</sup> Il s'agit dorénavant de l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : De Rome à Lisbonne, commentaire article par article des traités UE et CE sous la direction de I. Pingel, 2<sup>ème</sup> éd, Helbing und Lichtenhahn, Dalloz, 2010, p. 2191.

<sup>1766</sup> Article 251 TCE : V. Constantinesco, Traités d'Amsterdam et de Nice : Economica, Paris 2007, p. 736 ; Il s'agit dorénavant de l'article 294 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : De Rome à Lisbonne, *ibidem*, p. 2205.

<sup>1767</sup> CJCE., Francovich, 9 novembre 1995, aff. C-479/93, Rec. 3843.

État membre et les implications économiques que constitue le droit de l'insolvabilité suggèrent en effet une transposition qui laisse aux États membres la forme et les moyens à adopter pour atteindre une coopération renforcée. Celle-ci a alors vocation à améliorer la situation du créancier européen dont les droits ne sont plus déterminés selon la règle de droit international privé de chaque État de l'Union requis et concourant ainsi à la « par condition creditorum ». Or, l'édification de règles nationales est insuffisante à elle seule en vue d'assurer l'égalité des créanciers transfrontaliers précisément dans une perspective de maximisation des actifs dispersés. Les fraudes et manœuvres sont aisées en ce que le débiteur peut dissimuler un bien dans un État plutôt qu'un autre. La protection de l'ensemble des créanciers suppose l'assistance des autorités judiciaires des territoires au sein desquels se trouvent les actifs du débiteur et l'accès aux procédures ouvertes à son endroit. Faute de quoi celui-ci peut respectivement en disposer ou privilégier certains créanciers locaux, diminuant la sécurité juridique dans le commerce et les investissements. La loi type prévoit alors la reconnaissance d'une procédure étrangère principale dans l'hypothèse où celle-ci est initiée au centre des intérêts principaux du débiteur<sup>1768</sup>.

Une convergence d'interprétation du centre des intérêts principaux prévue tant en droit communautaire qu'en droit conventionnel contribue in fine à régler les conflits de procédures en présence d'un groupe transnational de sociétés dont le centre des intérêts principaux est localisé en Suisse.

### *1.2 En harmonisant les règles de coordination*

Au contraire d'une absence de complémentarité entre la faillite locale et celle ouverte au siège social du débiteur<sup>1769</sup>, le Règlement 1346/2000 fait de la coopération entre le syndic de la procédure principale et secondaire une arme juridictionnelle. L'absence de symétrie entre l'actif morcelé territorialement et l'universalité proclamée à l'égard du passif justifie en partie certaines solutions locales désintéressant en priorité les créanciers locaux. Car d'un actif fractionné doit répondre, somme toute, une déclaration des créances correspondant à l'actif localisé sur le territoire en question.

Un devoir de coopération et d'information soumet cependant en droit communautaire la liquidation des actifs de la procédure secondaire voire leur utilisation sous la dépendance du

---

<sup>1768</sup> Article 2 b de la loi type du 30 mai 1997, Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 851.

<sup>1769</sup> G. Khairallah, Les faillites concurrentes, TCFDIP. 1993-1994, p. 160.

syndic de la procédure principale. La mise en œuvre d'un protocole<sup>1770</sup> caractérise un traitement coordonné du passif et de l'actif du groupe de sociétés insolvable.

L'interprétation des règles de coopération avec les tribunaux étrangers est également prévue au chapitre IV de la loi type. Celui-ci structure la coopération afin de permettre « aux tribunaux et aux administrateurs d'insolvabilité de deux pays ou plus d'être efficaces en prévenant la dissipation des biens et en maximisant la valeur des éléments de l'outil de production qui ont une plus grande valeur ensemble que vendus séparément »<sup>1771</sup>. Les meilleures solutions pour la réorganisation de l'entreprise s'envisagent en conséquence selon des formes diverses de coopération qui concernent la coordination des procédures et l'échange d'informations<sup>1772</sup>.

L'article 27 f de la loi type introduit des formes de coopération supplémentaires qui supposent d'être éclairées selon le droit communautaire. Le sort des créanciers localisés dans différents États est ainsi souligné lorsque plusieurs procédures d'insolvabilité concurrentes sont ouvertes contre un groupe de sociétés. Les tribunaux et les syndicats de chaque procédure peuvent convenir que la vérification des créances et leur admission relèvent de loi d'un seul État<sup>1773</sup> ou au contraire que chaque tribunal chargé d'une procédure vérifie et admette les créances déclarées<sup>1774</sup>. Une liste des créances admise au sein des procédures secondaires peut ensuite être remise au syndic de la procédure principale comme le prévoit le Règlement 1346/2000<sup>1775</sup>. La présente coordination s'appuie alors sur une base légale communautaire. Celle-ci prévoit que le syndic d'une procédure secondaire « doit en temps utile permettre au syndic de la procédure principale de présenter des propositions relatives à la liquidation ou à toute utilisation des actifs de la procédure secondaire »<sup>1776</sup>

Surtout, la juridiction qui a ouvert la procédure secondaire peut être contrainte de suspendre en tout ou en partie les opérations de liquidation à la demande du syndic de la procédure principale. Une limitation est cependant posée en ce que le syndic doit prendre les mesures adéquates pour garantir les intérêts des créanciers de la procédure secondaire et de certains

---

<sup>1770</sup> R. Damman et M. Sénéchal, La procédure secondaire du règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 : mode d'emploi, Rev. Lamy. dr. aff. octobre 2006, n°s 9-10, p. 81.

<sup>1771</sup> Point 173 de la loi type du 30 mai 1997, Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 851

<sup>1772</sup> Article 27 de la loi type du 30 mai 1997, Code des entreprises en difficulté, *ibidem*.

<sup>1773</sup> Article 4 g et h du Règlement 1346/2000.

<sup>1774</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York, Mai 2009 : *ibidem*, p. 73.

<sup>1775</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York, Mai 2009 : *ibidem*, p. 74.

<sup>1776</sup> Article 31§3 du Règlement 1346/2000.

groupes de créanciers. La demande du syndic de la procédure principale ne peut être rejetée que si la suspension est sans intérêt pour les créanciers de la procédure principale<sup>1777</sup>.

## 2. Un moyen de renforcement des règles suisses de coopération transfrontalières

### 2.1 Une clarification du mécanisme de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité

Les effets d'une procédure d'insolvabilité communautaire initiée au centre des intérêts principaux échappent également aux dispositions du Règlement concernant les actifs et les créanciers situés en Suisse.

Certains auteurs suisses soulignent alors l'exigence de coopération complémentaire afin d'éviter que la Suisse ne soit pas « le coffre-fort des sociétés européennes insolubles »<sup>1778</sup>.

La souplesse de la loi modèle (soft law)<sup>1779</sup> se prête donc à l'adaptation des règles de la LDIP. Les règles gouvernant la reconnaissance (article 166 LDIP) et les effets (article 170 LDIP) d'une procédure d'insolvabilité étrangère principale en réduisent la portée sur le territoire suisse. La reconnaissance des décisions étrangères obéit à une série de conditions et d'effets qui limitent le traitement coordonné d'une procédure principale et celle ancillaire ouverte en Suisse. Si celle-ci instaure un compromis entre la thèse de la territorialité et celle de l'universalité de la faillite en conférant une assistance auprès d'une procédure d'insolvabilité étrangère initiée au domicile du débiteur<sup>1780</sup>, les conditions posées à cet effet comportent des difficultés d'application. L'appréciation des règles de reconnaissance conduit à diminuer in fine la prévisibilité et la sécurité juridique auprès d'investisseurs qui souhaitent garantir leurs créances en cas d'insolvabilité du débiteur<sup>1781</sup>. L'insécurité peut en effet être discutée quant aux conditions de reconnaissance de la procédure principale selon l'interprétation du domicile du débiteur (article 166 LDIP), critère essentiel afin que cette dernière soit reconnue. Le droit suisse apprécie strictement la procédure dite principale eu égard les formalités d'immatriculation de la personne morale visée à cette fin. Certains auteurs suisses vont alors jusqu'à proposer l'abandon du critère formaliste de l'incorporation<sup>1782</sup> au profit d'une solution

---

<sup>1777</sup> Article 33§1 du Règlement 1346/2000.

<sup>1778</sup> S. Marchand, Les règles du droit Suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes, Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Genève, Munich, 2005, p. 111.

<sup>1779</sup> Le droit souple, journées nationales Tome XIII/Boulogne sur mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 19.

<sup>1780</sup> Le législateur suisse s'en est tenu au principe de la territorialité mais l'a assoupli puisqu'il confère à l'administration étrangère de faire reconnaître le jugement d'insolvabilité déclaré à l'étranger mais dont les effets sont définis exclusivement par le droit suisse : C.Jacques, la reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Lugano, 2006, p. 13.

<sup>1781</sup> J.-L. Vallens, Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives, D. 2007. p. 1226.

<sup>1782</sup> S. Marchand, *ibidem*, p. 128.

s'inspirant du droit communautaire appréciant un centre des intérêts principaux du groupe transnational de sociétés. Selon le même courant doctrinal, une procédure territoriale ne pourrait être initiée en l'absence d'établissement sur son territoire.

La loi type a au contraire l'avantage sur ce point de clarifier la notion de procédure étrangère principale (celle-ci est initiée au centre des intérêts principaux) et non principale (celle-ci est initiée au lieu d'un établissement) précisément en présence d'un groupe de sociétés qui peuvent toutes deux être reconnues (article 17-2 a b). La LDIP fait au contraire obstacle à la reconnaissance d'une procédure territoriale communautaire (voir supra). Le droit suisse précise en outre l'absence de motif de refus de reconnaissance « au sens de l'article 27 LDIP »<sup>1783</sup>. La conception minimaliste de l'ordre public prévu en droit judiciaire privé européen<sup>1784</sup> nuance sur ce point le mécanisme de reconnaissance prévue par la LDIP puisque l'ouverture d'une procédure principale communautaire est reconnue sans formalité particulière.

La doctrine souligne toutefois l'euro compatibilité des conditions prévues par l'ordre public suisse en ce qu'il ne doit pas exister de discriminations « injustifiables entre les créanciers basées sur la nationalité ou le domicile »<sup>1785</sup> envers les créanciers suisses<sup>1786</sup>. L'exception d'ordre public est sur ce point confirmée en droit conventionnel<sup>1787</sup>.

L'accès aux actifs du débiteur en Suisse peut cependant être refusé en l'absence de réciprocité<sup>1788</sup>. L'appréciation de la réciprocité relève du juge et soulève des difficultés d'application. Il convient alors de savoir si « l'État dont émane la décision reconnaît une décision de faillite qui serait rendue en Suisse dans les mêmes conditions »<sup>1789</sup>. La règle de réciprocité a cette conséquence que le droit suisse accorde l'entraide judiciaire que si l'État étranger reconnaît les faillites suisses. Ce qui n'est par exemple pas le cas de l'Autriche ou du Portugal<sup>1790</sup> membres de l'Union européenne. L'espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité souligne les avantages d'une réglementation transfrontalière communautaire puisque le mécanisme de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité est commun aux

---

<sup>1783</sup> G. Kaufmann-Kohler, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, *Ibidem*, p. 1612.

<sup>1784</sup> CJCE., Krombach, 28 mars 2000, C-7/98, Rec. 1935, points 19 et 21.

<sup>1785</sup> S. Marchand, Les règles du droit Suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes, *ibidem*.

<sup>1786</sup> G. Kaufmann-Kohler, *ibidem*, p. 1626.

<sup>1787</sup> Le mécanisme d'exception d'ordre public est prévu à l'article 6 de la loi type CNUDCI : Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 852.

<sup>1788</sup> G. Kaufmann-Kohler, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, *Ibidem*, p. 1630.

<sup>1789</sup> G. Kaufmann-Kohler, *ibidem*, p. 1630.

<sup>1790</sup> S. Marchand, *ibidem*, p. 116.

États membres<sup>1791</sup>. L'aménagement à l'universalité de la procédure principale structure l'ouverture d'une procédure secondaire au lieu d'établissement et souligne la divergence du droit suisse sur ce point. L'établissement d'une succursale en suisse d'une société principale situé au sein de l'Union européenne n'est pas soumis aux règles communautaires de hiérarchisation des procédures. Le droit suisse introduit une condition supplémentaire à la reconnaissance d'une faillite principale dans l'hypothèse où une succursale est située en Suisse. La présence du débiteur sur son sol n'empêche alors point la reconnaissance de la procédure principale mais la poursuite au for spécial prévu par la LP<sup>1792</sup> est admise alors même qu'une procédure secondaire est ouverte conformément à l'article 166 LDIP. Les actifs suisses qui correspondent aux dettes de l'établissement sont ainsi réalisés au profit des créanciers de ce dernier jusqu'au moment où l'état de collocation de la faillite ancillaire soit défini au sens de la LDIP Suisse<sup>1793</sup> (voir supra).

## *2.2 Le renforcement de l'universalité de la procédure d'insolvabilité*

### 2.2.1 Concernant les actifs transfrontaliers

Une fois la reconnaissance admise, les effets d'une procédure étrangère principale emportent des conséquences différentes selon le droit étudié.

Le renforcement de l'universalité de la procédure s'entrevoit selon que l'interdiction ou la suspension des mesures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur<sup>1794</sup> produit des effets dès le prononcé de la décision d'ouverture de la procédure. Selon la loi type CNUDCI, l'arrêt des poursuites est un moyen d'atteindre l'objectif de protection de la valeur de la masse de l'insolvabilité contre toute dépréciation « due aux actions des diverses parties ». Les lois nationales « sont au contraire enclines à protéger les créanciers nationaux en ignorant le jugement d'insolvabilité rendu à l'étranger »<sup>1795</sup> ou en réduisent la portée. Le droit suisse souligne les effets typiques d'une procédure d'insolvabilité « qui n'entre en force qu'avec le jugement de reconnaissance de la décision étrangère »<sup>1796</sup>.

---

<sup>1791</sup> Article 16, 17 et 26 du Règlement 1346/2000.

<sup>1792</sup> L'article 50 LP prévoit que le débiteur domicilié à l'étranger qui possède un établissement en Suisse peut y être poursuivi pour les dettes de celui-ci.

<sup>1793</sup> Article 172 LDIP.

<sup>1794</sup> Article 19 de la loi type CNUDCI, Code des entreprises en difficulté, Litec Paris, 2007, p. 854.

<sup>1795</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York. Mai 2009 : Projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale : [www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/5Insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/5Insolvency.html), p. 60.

<sup>1796</sup> C. Jacques, La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Lugano, 2006, p. 29.

Le tribunal suisse saisi d'une requête en reconnaissance peut toutefois ordonner des mesures provisoires. Celle-ci ne permet cependant pas au jugement étranger d'emporter le dessaisissement du débiteur et l'interdiction de mesures d'exécution sur les biens du débiteur sis en Suisse<sup>1797</sup>. Cette solution<sup>1798</sup> restreint dès lors l'universalité de la procédure étrangère au contraire du droit communautaire de l'insolvabilité. La reconnaissance de plein droit améliore conséquemment le statut du jugement d'insolvabilité au sein de l'Union européenne. Ce dernier produit des effets automatiques que lui attribue la loi d'ouverture<sup>1799</sup>. L'obtention de la procédure d'exequatur conditionne au contraire les effets typiques<sup>1800</sup> de la mini faillite suisse qui « fait obstacle à toute poursuite durant la liquidation de la faillite ancillaire pour des créances nées antérieurement »<sup>1801</sup>.

### 2.2.2 Concernant les passifs du groupe de sociétés

L'ouverture d'une mini faillite suisse prévoit que les actifs de la procédure secondaire soient liquidés au profit exclusif des créanciers gagistes et des créanciers domiciliés en Suisse<sup>1802</sup>.

Une forme complémentaire de coopération s'entrevoit au sein de la loi type CNUDCI<sup>1803</sup>. Cette dernière conduit à « ce que les créances vérifiées et admises dans un État soient reconnues dans d'autres États »<sup>1804</sup> à des fins de traitement du passif des sociétés insolubles. Celle-ci consiste à ce qu'un créancier « ne bénéficie d'un traitement plus favorable que les autres créanciers de la même classe »<sup>1805</sup> selon que ceux-ci soient domiciliés ou non dans l'État d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Ce n'est alors pas sans rappeler le principe de non discrimination établi en droit communautaire qui permet aux créanciers de produire leur créance à toute procédure et ceci quelque soit leur résidence ou leur domicile<sup>1806</sup>.

### C. L'élargissement de la portée du Règlement 1346/2000 selon « le jeu du miroir »

[L'élargissement de la portée du Règlement 1346/2000 selon « le jeu du miroir »<sup>1807</sup>]

---

<sup>1797</sup> G. Kaufmann-Kohler, *ibidem*, p. 1645.

<sup>1798</sup> C. Jacques, La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger, *ibidem*, 2006, p. 29

<sup>1799</sup> Article 17 du Règlement 1346/2000.

<sup>1800</sup> Les effets typiques de la faillite et du concordat sont au regard du droit suisse ceux définis aux articles 107 et suivants LP. Ceux-ci peuvent être matériels (le dessaisissement du débiteur : les articles 204 et suivants et 319 LP). Les articles 199, 206, 297 al 1 et 306a et 311 LP gouvernent la suspension des poursuites individuelles, C. Jacques, la reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger, *ibidem*, p. 18.

<sup>1801</sup> G. Kaufmann-Kohler, *ibidem*, p. 1651.

<sup>1802</sup> Article 172 al- 1 a et b LDIP ; S. Marchand, Les règles de droit suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes, Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Genève, p. 120.

<sup>1803</sup> Articles 25 et 26 de la loi type CNUDCI, *ibidem*.

<sup>1804</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *ibidem*, p. 25.

<sup>1805</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *ibidem*, p. 74.

<sup>1806</sup> Article 32§1 du Règlement 1346/2000.

Le paysage européen de la compétence judiciaire internationale conduit en effet à l'adoption d'actes de droit international privé sur la base de l'article 65 CE<sup>1808</sup>.

Celui-ci soumet néanmoins à conditions « la compétence de la communauté relevant du domaine de la coopération civile. Ces actes doivent ainsi avoir « une incidence transfrontalière et être prises dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur »<sup>1809</sup>. Les institutions communautaires ont ainsi adopté sur cette base divers règlements et précisément le règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ainsi que le règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité<sup>1810</sup>.

Au plan international, la compétence de la Communauté pour conclure des accords avec les États tiers se pose<sup>1811</sup>. La Cour de justice des Communautés européennes<sup>1812</sup> s'est alors prononcée sur la conclusion de la nouvelle Convention de Lugano. Une intervention préalable communautaire<sup>1813</sup> justifie alors la compétence de la communauté en ce que cette dernière est un pendant du Règlement Bruxelles I dont l'application territoriale est élargie aux États contractants. On est donc en mesure de penser que le Règlement 1346/2000 est susceptible de manquer d'effectivité sans une mesure extracommunautaire correspondante et relevant de la compétence externe de la Communauté<sup>1814</sup>.

Aussi, l'introduction de règles de compétence et d'exécution en matière d'insolvabilité en Europe ne doit-il pas se mesurer aussi eu égard la compétence exclusive de la Communauté. Et comme le souligne Monsieur le Professeur Lagarde, « l'extension des compétences externes de la Communauté, au fur et à mesure de ses interventions dans le domaine des conflits de lois et de juridictions, est sans doute dans notre discipline l'un des faits les plus marquants des dernières années »<sup>1815</sup>. En d'autres termes, la volonté d'étendre les solutions de droit communautaire de l'insolvabilité dans l'ordre international fonde la compétence de la

---

<sup>1807</sup> Cette expression est usitée dans le cadre de la compétence exclusive de la Communauté pour conclure une Convention qui n'est que le « miroir » d'une intervention préalable intracommunautaire : C. Nourissat, Droit civil de l'Union européenne : Panorama 2005, D. 2006. p. 1260.

<sup>1808</sup> Il s'agit dorénavant de l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : De Rome à Lisbonne, commentaire article par article des traités UE et CE sous la direction de I. Pingel, 2<sup>ème</sup> éd, Helbing und Lichtenhahn, Dalloz, 2010, p. 631 et 2189.

<sup>1809</sup> V. Constantinesco, Traités d'Amsterdam et de Nice, Economica, Paris 2007, p. 377.

<sup>1810</sup> De Rome à Lisbonne, *ibidem*, p. 631.

<sup>1811</sup> P. Lagarde, La formation progressive du droit international privé communautaire, Def. avril 2005, p. 31.

<sup>1812</sup> CJCE., ass. Plén., 7 février 2006, avis 1/03.

<sup>1813</sup> C. Nourissat, Droit civil de l'Union européenne, Panorama 2005, D. 2006. p. 1260.

<sup>1814</sup> La jurisprudence « AETR » confirme les compétences externes de la Communauté : B. Hess, Les compétences externes de la Communauté européenne dans le cadre de l'article 65 CE, les conflits de lois et le système juridique communautaire, Dalloz, 2004, p. 87.

<sup>1815</sup> P. Lagarde, *ibidem*.

Communauté pour conclure une convention internationale avec les États tiers dans ce domaine.

En approuvant cette solution, nous obtenons la clarification d'une compétence internationale directe et secondaire au sein d'un espace judiciaire européen renforcé. La conclusion d'une convention, pendant du Règlement 1346/2000 (Convention bis), a ainsi vocation à recouvrir les situations transfrontières avec les pays tiers (la Suisse). On peut en effet induire des cas d'application de la Convention de Lugano<sup>1816</sup> et des relations qu'elle entretient avec le Règlement Bruxelles I un raisonnement analogue en matière d'insolvabilité communautaire. Aussi, la Convention bis pourrait s'appliquer selon la localisation et une interprétation homogène du centre des intérêts principaux. Tout comme l'applicabilité de la Convention de Lugano suppose que le défendeur soit domicilié dans un État partie à cette dernière<sup>1817</sup>, l'applicabilité d'une convention bis est applicable en présence d'un centre des intérêts principaux ou d'un établissement localisé au sein d'un État contractant non membre de l'Union européenne.

En conséquence, une fois l'applicabilité tranchée du Règlement communautaire ou de la Convention bis, les règles de reconnaissance et d'exécution des jugements d'insolvabilité vont dépendre de l'un ou de l'autre des instruments susvisés selon le for applicable.

Conformément au droit communautaire, un jugement d'insolvabilité rendu dans un État membre est reconnu de plein droit dans un autre État de l'Union selon un critère chronologique (l'article 16 du Règlement : voir supra). Transposée au domaine de l'insolvabilité extracommunautaire, un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution devient applicable lorsque soit l'État d'origine soit l'État requis n'est point membre de l'Union Européenne (la Suisse). En d'autres termes, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en Suisse (État d'origine) ou une demande de reconnaissance sur son territoire (État requis) désigne les règles de reconnaissance et d'exécution conformément à la Convention bis. Celles-ci se rapprochent alors naturellement des critères de compétence formulés en droit communautaire. La reconnaissance obéit dès lors à une procédure d'exequatur allégée entre les États concernés. Un critère chronologique permet en conséquence de « départager les deux juges concurremment saisis en cas de litispendance »<sup>1818</sup>. On entrevoit là l'intérêt d'introduire des dispositions concernant un cas de

<sup>1816</sup> H. Gaudemet Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 401.

<sup>1817</sup> L'article 54 ter de la Convention de Lugano prévoit que celle-ci s'applique en tout état de cause en matière de compétence, lorsque le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État contractant à la présente convention qui n'est pas membre des Communautés européennes.

<sup>1818</sup> Horatia Muir Watt, *Remarques liminaires sur l'espace européen en matière civile et commerciale, Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen*, Dalloz, 2004, p. 2.

litispendance européen lors de l'élaboration d'une Convention bis dans l'hypothèse d'une insolvabilité extracommunautaire. Dans ce cas, deux tribunaux, l'un situé dans un État tiers, l'autre situé au sein de l'Union européenne, qui se reconnaissent compétents sont soumis aux règles de la litispendance. L'identité de cause et d'objet entre les mêmes parties<sup>1819</sup> devant les juridictions d'États différents relèvent ensuite d'une appréciation casuistique de l'activité transnationale du groupe de sociétés. La présente thèse en souligne les traits de caractère malgré l'autonomie juridique des sociétés en ce que la résolution d'une insolvabilité transfrontière souligne l'identité des difficultés rencontrées par le groupe en tant qu'entité économique.

La portée du présent mécanisme s'entrevient donc entre États tiers en ce qu'au lieu et place des règles de droit international privé de la faillite vont s'appliquer les règles inspirées du droit communautaire et la jurisprudence rendues à cet effet<sup>1820</sup>. Les effets généraux de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité initiée au centre des intérêts principaux impliquent alors l'arrêt des poursuites individuelles et l'inopposabilité des paiements effectués après l'ouverture de la procédure<sup>1821</sup>. L'ouverture d'une procédure secondaire au lieu d'établissement désigne en outre les règles de coopération suivant le modèle de protocole hiérarchisé<sup>1822</sup> (voir supra).

L'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes des règles issues du Règlement 1346/2000 guide par ailleurs les juges des États membres et contractants quant au sens à conférer aux dispositions prévues au sein de la Convention. L'appréciation des questions préjudicielles soumises à la Haute juridiction communautaire<sup>1823</sup> oriente d'une part

---

<sup>1819</sup> Pour une étude complète des critères visés : voir H. Gaudemet Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 265.

<sup>1820</sup> ATF 123 III 414 : Le Tribunal fédéral suisse a ainsi transposé la jurisprudence de la CJCE concernant l'article 21 (L).

<sup>1821</sup> Voir Circulaire de la DACS n° 2006-19 du 15 décembre 2006 relative au règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JCP E. 2007. 1498 ; F. Mélin, *Le Règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, ibidem, p. 499 ; M. Raimon, *Le Règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, L.G.D.J., Paris, 2007.

<sup>1822</sup> R. Damman, M. Sénéchal, *La procédure secondaire du règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 : mode d'emploi*, Rev. Lamy dr. aff. octobre. 2006, n°s 9-10, p. 83.

<sup>1823</sup> CJCE., *Centrafarm*, 31 octobre 1974, aff. 15/74, Rec.1147; CJCE., *Somafer*, 22 nov 1978, aff. 33/78, Rec. 2188; CJCE., *Gourdain* 22 février 1979, Aff. 133/78, Volume 1979, Rec. 733 ; CJCE., *Hydrotherm Gerätebau*, aff. 170/83, Rec. 2999 ; CJCE., *Arrêt Schotte*, JDI 1988, p. 546, Obs J. M Bishoff ; CJCE., *Viho Europe c/ Commission*, 24 octobre. 1996, aff. C-73/95, Rec. 5482 ; CJCE., *Mosbaek*, 17 septembre 1997, aff. C-117/96, Rec. 5017 ; CJCE., *Everson*, 16 décembre 1999, C. 198/98, Rec. 8903 ; CJCE., *Krombach*, 28 mars 2000, C-7/98, Rec.1935, CJCE., *Arrêt Floridienne et Berginvest*, 14 novembre 2000, aff. C-142/99, Rec. 9567. ; CJCE., 16 novembre 2000, *Metsa-Serla c/Commission*, aff. C-294/98, Rec.10077. ; CJCE., *Holmqvist*, 16 oct 2008, aff. C. 310/07 disponible sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne. ; CJCE., *Cartesio*, 16 décembre 2008, aff. C-210/06, Rec 1. 9641. ; CJCE., 10 septembre 2009, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH*, Aff. C-292/08, [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/); CJCE, *Deko Marty Belgium*, 1re ch., 12 févr. 2009, aff. C-339/07, Rec. 14887 ; CJCE., *MG Probud* 21 janvier 2010, Aff. C-444/07, disponible sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/); Conclusions de l'avocat général Jacobs rendues au sein de l'arrêt CJCE du 2 mai 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, C-341/04, Rec. 3813 ; Conclusions de l'avocat général M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer au sein de l'arrêt CJCE, 12 février 2009, aff Déko, C-

l'interprétation du droit de l'insolvabilité prévu au sein de l'Union européenne. L'émergence d'un critère autonome d'appréciation de l'activité transnationale fractionnée comme pivot d'une règle de coopération et de coordination des patrimoines d'un groupe de sociétés consolide d'autre part le marché intérieur.

## Conclusion Titre II

L'activité transnationale dans plusieurs États membres repose sur la liberté d'établissement. Une société mère ou dominante crée en effet des filiales et des succursales dans d'autres États dont elle influence la gestion et l'administration au sein du territoire de l'Union européenne. L'unité de la loi de la procédure d'insolvabilité désignée au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés est alors discutée. La portée du droit communautaire est alors mise en évidence selon l'instauration de règles matérielles. Le rôle amélioré du syndic prévu en droit communautaire est examiné en présence d'un élément d'extranéité. Le principe de confiance mutuelle est en effet vecteur d'universalité de la procédure principale au sein de l'Union européenne. Une mission de conservation et de valorisation des actifs transfrontaliers<sup>1824</sup> s'entrevoit au sein d'un espace judiciaire européen de l'insolvabilité. Il incombe en outre au syndic de la procédure principale de favoriser des moyens de coopération visant « un encadrement juridique de l'insolvabilité »<sup>1825</sup> du groupe de sociétés. La réaffirmation de l'universalité de la procédure au passif du groupe de sociétés<sup>1826</sup> et l'instauration de règles matérielles<sup>1827</sup> consacrent l'égalité de traitement et de paiement des créanciers communautaires et constituent, somme toute, l'une des avancées les plus conséquentes.

Le pouvoir d'attraction de la loi de l'insolvabilité est cependant posé en débat en présence de salariés et d'actifs grevés d'une sûreté au lieu d'établissement de l'activité transnationale. L'élaboration d'une règle matérielle précise un rattachement particulier qui déroge à la loi d'ouverture en matière de droits réels et sépare la garantie de la masse (le considérant 25 du Règlement 1346/2000).

La présence d'établissements éloignés du centre de décision interroge en effet sur l'efficacité des sûretés réelles grevant les actifs de l'activité transnationale (lieu où se loge la liberté d'établissement). Alors que la procédure d'insolvabilité est régie traditionnellement par la lex

---

339/07, JO C 82, 2009, p.4.

<sup>1824</sup> Articles 4f, 20 et 38 du Règlement 1346/2000.

<sup>1825</sup> Restructuring bankruptcy and a fresh start, Publication DG Entreprises, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2002, p. 12.

<sup>1826</sup> Article 4 g du Règlement 1346/2000.

<sup>1827</sup> Articles 32, 39 et 40 du Règlement 1346/2000.

fori. Le meuble ou immeuble affecté à la sûreté du créancier obéit à un régime ambivalent selon les effets d'une centralisation des procédures en un for principal. L'objectif de protection du crédit international du législateur communautaire conduit à neutraliser l'universalité de la procédure principale dès lors que les actifs sont localisés dans un autre État membre. L'attente légitime du créancier est organisée de la façon suivante. Les créanciers échappent ainsi à l'arrêt des poursuites individuelles puisque le droit communautaire confirme un droit de préférence aux tiers échappant à la loi de l'insolvabilité conformément à la *lex rei sitae*. L'esprit du Règlement facilite toutefois subsidiairement l'ouverture d'une procédure secondaire devant la juridiction où sont nés les droits réels dans l'hypothèse où le débiteur a un établissement dans cet État (une filiale ou une succursale). La fin du monopole du syndic de la procédure principale pour traiter les actifs du débiteur »<sup>1828</sup> se réalise selon un mécanisme de coordination entre les procédures principales et secondaires qui produisent un effet sur l'ensemble des actifs grevés ou non du groupe de sociétés.

Le renvoi à la loi applicable au contrat de travail (le considérant 28 du Règlement) introduit également une limitation à la *lex fori concursus* désignée au centre des intérêts principaux. Mais cette fois-ci en vertu du principe de proximité en faveur de la partie la plus faible. Ce mécanisme résulte de la Convention de Rome sur les obligations contractuelles et du Règlement Rome I à partir du 17 décembre 2009. La *lex fori* est ainsi évincée au bénéfice de la loi de l'État membre du contrat de travail (l'article 10 du Règlement). Le juge de l'insolvabilité ne peut donc intervenir d'après la loi d'ouverture que cela soit dans le sens d'un plus grand maintien de l'emploi ou d'une réorganisation stratégique de l'activité des filiales situées au sein de l'Union européenne. Le Règlement 1346/2000 organise cependant l'ouverture éventuelle de procédure secondaire et donc la loi applicable au lieu d'exercice de l'activité habituelle des salariés<sup>1829</sup>.

La modification de l'annexe B du Règlement 1346/2000 et donc l'extension matérielle des procédures figurant audit annexe se mesure précisément en l'introduction d'une plus grande flexibilité s'étendant au-delà d'une procédure liquidative. La mise en œuvre d'un plan de continuation à des fins de redressement<sup>1830</sup> de l'activité économique en souligne l'exigence d'applicabilité. L'addition de la procédure de redressement de l'entreprise au sein de l'annexe B contribue à favoriser les objectifs de poursuite de l'activité économique et de maintien de

---

<sup>1828</sup> M. Menjucq, *ibidem*, p. 530.

<sup>1829</sup> Q. Urban, La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière, JCP E. mars 2006, p. 547.

<sup>1830</sup> L'affaire Rover : priorité donnée à la high Court of justice de Birmingham, D. 2005, p. 1791, note R. Dammann.

l'emploi à travers une solution adéquate tant pour les dirigeants que pour les salariés du groupe de sociétés.

Un développement économique et social équilibré dans la Communauté <sup>1831</sup> n'est alors pas absent. Le droit des salariés est en effet précisé en cas d'insolvabilité d'un groupe transnational de sociétés. Un mécanisme de paiement des créances impayées des travailleurs est désigné au lieu de l'exercice habituel du travail. Un système de garantie des créances salariales concorde sur ce point au plan communautaire<sup>1832</sup>.

L'étendue limitée de la compétence de l'espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité interroge sur les conditions et les effets d'une volonté d'universalité des procédures d'insolvabilité extracomunautaires. Ceux-ci s'entrevoient respectivement selon l'exequatur de droit international privé propre au droit interne. L'exigence d'instruments internationaux prévue à cet effet favorise toutefois l'émergence d'un tronc commun en matière de reconnaissance et de coopération en matière d'insolvabilité transfrontière.

L'élément d'extranéité se caractérise alors par la présence d'actifs et de sociétés à l'extérieur des frontières de l'Union européenne. L'implantation grandissante de sièges centraux de groupes européens de sociétés en Suisse interroge donc les règles de droit international privé commun de la faillite internationale. Une inspiration commune aux principes conventionnels et communautaires souligne l'étendue limitée d'une coopération à travers un système d'entraide judiciaire locale (la LDIP suisse<sup>1833</sup> et les règles prétoriennees françaises<sup>1834</sup>).

L'adoption d'une loi modèle<sup>1835</sup> se prête donc à l'adaptation des règles de la LDIP suisse et des règles françaises<sup>1836</sup> gouvernant les règles de droit commun de la faillite internationale.

La projection des principes communautaires et conventionnels dans l'ordre juridique international éclaire les règles de reconnaissance et de coopération transfrontière en réponse au phénomène transnational des groupes de sociétés. L'insolvabilité de l'entité économique révèle l'élément d'extranéité. Ce dernier est alors vérifié à travers l'implantation de sièges sociaux centraux ainsi que l'établissement de filiales ou de succursales en dehors de l'Union européenne.

---

<sup>1831</sup> C. Neau-Leduc, La Directive n°2008/94 CE du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *Actualité des procédures collectives*, Mars 2009, p.1.

<sup>1832</sup> C. Neau-Leduc, *ibidem*.

<sup>1833</sup> G. Kaufmann-kohler, Commentaire des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2005, p. 1662.

<sup>1834</sup> Décret numéro 2005 du 28 décembre 2005, Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 787.

<sup>1835</sup> Le droit souple, journées nationales Tome XIII/Boulogne sur mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 19.

<sup>1836</sup> J. L. Vallens : Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives, D. 2007, p. 1226.

Le renforcement de l'espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité se structure in fine selon l'extension des compétences externes de la Communauté dans le domaine des conflits de lois et de juridictions. L'élaboration d'une Convention similaire à Lugano dans le domaine de l'insolvabilité est ainsi suggérée à cet effet. Celle-ci favorise in fine l'application de mesures extracommunautaires correspondantes visées au sein du Règlement 1346/2000 et des principes voisins évoqués au sein de la loi modèle CNUDCI. Ces principes ont donc vocation à éclairer la notion de procédure principale étrangère ouverte au centre des intérêts principaux<sup>1837</sup> dont l'importance est précisée en présence d'un groupe transnational de sociétés. La protection et la préservation du patrimoine du débiteur est structurée dès la demande de reconnaissance d'une procédure<sup>1838</sup> et selon les règles matérielles conventionnelles et communautaires de production et de déclaration des créances<sup>1839</sup>.

## Conclusion Partie II

La construction de l'espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité est un cadre nécessaire en réponse au phénomène transnational et économique des groupes de sociétés. La protection des créanciers de l'entité économique qui se mesure selon le principe d'autonomie juridique propre au droit national, se révèle difficilement atteignable selon un droit exclusivement interne. La singularisation de l'ordre juridique communautaire à travers un assouplissement de la procédure d'exequatur constitue une solution intéressante en présence d'un litige transfrontière. La préservation des droits du créancier sur les biens du débiteur est réalisée en consacrant d'une part un principe de *vis attractiva concursus*<sup>1840</sup>. Celui-ci vise à mettre en œuvre une extension de passif à l'intérieur du groupe selon des mécanismes juridiques propres au droit de l'insolvabilité. Le régime de l'action révocatoire, d'une action en responsabilité et d'une décision de procédure unique accroît d'autre part l'efficacité du régime communautaire de l'insolvabilité<sup>1841</sup> d'une société filiale. L'organisation contractuelle de sociétés installées dans différents États membres est en conséquence mise en évidence à travers la concentration des actions étroitement liées à la procédure d'insolvabilité initiée en

---

<sup>1837</sup> Article 2 b de la loi type du 30 mai 1997, Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 851.

<sup>1838</sup> Article 19 de la loi type CNUDCI, *ibidem*, p. 854.

<sup>1839</sup> Les articles 25 et 26 de la loi type du 30 mai 1997, Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 852.

<sup>1840</sup> P. Ehret, La CJCE instaure le principe « *vis attractiva concursus* » concernant les actions révocatoires au niveau communautaire, Rev. Proc. Coll. Avril 2009, p. 19 ; CJCE., Gourdain c/Nadler, 22 février 1979, aff. 133/178, Rec. 733.

<sup>1841</sup> Article 25 du Règlement communautaire (CE) n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000, JOCE n° L 160 du 30 juin 2000.

principe au siège statutaire d'une société. L'ouverture d'une procédure au centre des intérêts principaux du groupe de sociétés requiert en effet le renversement de la présomption posée en faveur du siège social (voir conclusion partie I).

L'espace judiciaire européen de l'insolvabilité repose sur un fonctionnement général de coopération<sup>1842</sup> entre une procédure principale initiée au centre des intérêts principaux et celle secondaire au lieu d'établissement. L'objectif de poursuite de l'activité économique qui compte parmi les desseins à accomplir lors du traitement des difficultés des entreprises se traduit de la manière suivante. L'ouverture d'une procédure principale de sauvegarde transfrontalière est non seulement précisée mais encore l'addition de la procédure de redressement judiciaire ou de sauvegarde est requise au titre d'une procédure secondaire. L'apport du droit communautaire<sup>1843</sup> résulte ainsi du principe de confiance mutuelle, vecteur d'universalité de la procédure principale en ce que celle-ci vise à inclure tous les actifs du débiteur<sup>1844</sup>. L'objectif de protection du crédit international et la confirmation d'un principe de proximité en faveur des salariés neutralisent malgré tout l'universalité de la procédure principale dès lors que les actifs sont localisés dans un autre État membre.

Le mécanisme de coordination entre une procédure principale et secondaire conduit cependant à faire produire un effet sur l'ensemble des actifs grevés ou non ainsi que sur les salariés du groupe de sociétés. Des normes matérielles communautaires consistent d'une part à renforcer les pouvoirs du syndic en droit communautaire<sup>1845</sup>. Celles-ci conduisent d'autre part à favoriser un accès équivalent aux informations concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au sein de l'espace judiciaire européen de l'insolvabilité<sup>1846</sup>. Ce dernier consacre un principe d'égalité de traitement et de paiement des créanciers à des fins de règlement du passif des sociétés concernées.

L'universalité d'une procédure d'insolvabilité tant à l'égard des actifs que des passifs de l'activité transnationale se pose aussi dans les rapports extracommunautaires. L'implantation d'un centre des intérêts principaux ainsi que l'établissement de filiales ou de succursales à

---

<sup>1842</sup> Considérant 22 du Règlement 1346/2000.

<sup>1843</sup> Projet de loi de sauvegarde des entreprises, Dictionnaire permanent : difficultés des entreprises, Editions législatives, Bulletin 246, p. 5393.

<sup>1844</sup> Considérant 12 du Règlement 1346/2000.

<sup>1845</sup> L'article 33§1 dispose que la juridiction qui a ouvert la procédure secondaire suspend en tout ou en partie les opérations de liquidation, sur la demande du syndic de la procédure principale, sous réserve de la faculté d'exiger en ce cas du syndic de la procédure principale toute mesure adéquate pour garantir les intérêts des créanciers de la procédure secondaire et de certains groupes de créanciers. La demande du syndic de la procédure principale ne peut être rejetée que si elle est manifestement sans intérêt pour les créanciers de la procédure principale. La suspension de la liquidation peut être ordonnée pour une durée maximale de trois mois. Elle peut être prolongée ou renouvelée pour des périodes de même durée.

<sup>1846</sup> Article 32 et 39, 40 et 41 du Règlement 1346/2000.

l'extérieur des frontières l'Union européenne ne satisfont pas les conditions d'applicabilité territoriale du Règlement 1346/2000<sup>1847</sup>. La mise en œuvre d'un corps de règles harmonisé de conflits de lois et de juridictions extracommunautaires constitue in fine la mise en œuvre de règles de coopération en réponse à l'activité transnationale du groupe de sociétés.

## Conclusion générale

Le Règlement 1346/2000 est un instrument qui coordonne efficacement un système de compétence juridictionnelle hiérarchisé au centre des intérêts principaux et au lieu d'établissement. Une étape dans la construction d'un espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité est franchie mais la « marche est encore longue ».

Les principaux objectifs du Règlement 1346/2000 applicables au groupe transnational de sociétés consistent à structurer un cadre régissant l'insolvabilité transfrontalière. La constitution de filiales et/ou de succursales irrigue la présente thèse et en apprécie la teneur par l'érection d'un for principal voire secondaire prévu en droit communautaire de l'insolvabilité.

La création d'un for idoine en matière d'insolvabilité des groupes de sociétés est recherchée. Les traits protéiformes de l'activité transnationale requièrent en effet son analyse juridique au risque de rendre incertain le régime communautaire de l'insolvabilité. Le visage transnational de l'activité des sociétés en difficulté est *prima facie* impressionniste, un système juridictionnel sécurisé et favorisant la sauvegarde de l'activité économique émerge cependant en un point de ralliement.

Celui-ci s'opère en définissant un centre des intérêts principaux et justifie la désignation d'un for où sont appréciées les orientations majeures et stratégiques du groupe de sociétés à travers l'unité économique qu'il façonne. Sa révélation est en conséquence mentionnée selon un principe de reconnaissance automatique<sup>1848</sup> d'une procédure d'insolvabilité principale initiée au centre des intérêts principaux. La finalité d'un droit communautaire de l'insolvabilité réformé ne mentionne toutefois pas expressément la mise en œuvre d'un traitement préventif du débiteur selon une procédure initiée en amont des difficultés rencontrées.

Le régime communautaire de l'insolvabilité consacre cependant des solutions novatrices reposant sur des règles de coordination entre une procédure principale et secondaire. Une

---

<sup>1847</sup> Considérant 14 du Règlement 1346/2000.

<sup>1848</sup> Le principe de confiance mutuelle est souligné au considérant 22 du Règlement 1346/2000.

coopération hiérarchisée en direction d'un établissement du groupe prévoit l'ouverture d'une procédure secondaire à cet endroit (une filiale et/ou une succursale). La présente thèse adosse outre les critères retenus à l'article 2h du Règlement l'élément constitutif de l'entreprise qui autorise la désignation d'un for secondaire selon l'autonomie décisionnelle ou non d'une filiale. Le présent mécanisme souligne ainsi l'esprit du Règlement à travers l'idée de coopération hiérarchisée et l'application distributive de la loi de l'insolvabilité applicable au lieu d'établissement dont l'intérêt est souligné en faveur des créanciers locaux.

La protection des créanciers externes du groupe transnational de sociétés s'envisage aussi au lieu où la société filiale gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par les tiers. Une réaffirmation d'une vis *attractiva concursus* conduit à ce titre à concentrer les actions étroitement liées à la procédure dont l'exécution est facilitée par le régime communautaire de l'insolvabilité (Article 25 du Règlement 1346/2000).

Ces moyens juridiques ont la finalité de garantir aux créanciers un traitement équitable des actifs transfrontaliers. Ceux-ci emportent ainsi des effets juridiques différents selon qu'il s'agisse de faire correspondre la norme juridique à la réalité économique du groupe de sociétés (le principe de transparence prévoit la réunion des actifs et des passifs de chaque société en une masse unique) ou de permettre un accroissement de la valeur des actifs du débiteur au moyen de l'action révocatoire<sup>1849</sup> ou d'une action en responsabilité<sup>1850</sup>.

Une solution de synthèse aux divers problèmes de droit est donc soulevée par l'activité économique du groupe de sociétés. Le droit communautaire en précise les traits dominants à l'article 4 du Règlement 1346/2000. La loi applicable est donc celle du territoire au sein duquel la procédure est ouverte. L'effet universel d'un gel des actifs et la continuation des contrats maintenant le potentiel économique du groupe<sup>1851</sup> sont une orientation en faveur du débiteur. L'esprit des rédacteurs du Règlement réaffirme non seulement leur attachement au dessaisissement du débiteur mais encore l'objectif de protection du crédit international est érigé en règle innervant l'ensemble du dispositif communautaire.

En définitive, la *lex concursus* cède de son domaine au profit d'autres lois dont nous soulignons l'illustration à travers d'une part une règle matérielle en faveur des droits réels. La règle de conflit de lois en matière de contrats de travail se substitue d'autre part à la loi sur l'insolvabilité. L'ouverture d'une procédure secondaire au lieu d'établissement offre malgré tout un aménagement à l'universalité de la procédure principale puisque les créanciers

---

<sup>1849</sup> Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces, FMI.2000, p. 7.

<sup>1850</sup> CJCE., *Gourdain c/Nadler* 22 février 1979, aff. 133/178, Rec. 733.

<sup>1851</sup> C. Saint-Alary-Houin, *L'ouverture de la procédure de sauvegarde*, *ibidem*, p. 88.

garantis au lieu d'établissement et les salariés sont alors soumis aux effets généraux de la procédure d'insolvabilité. La poursuite de l'exploitation de l'entreprise peut donc être appréciée lorsque les actifs essentiels à l'activité économique des sociétés du groupe sont soumis à la *lex concursus*. L'inclusion des actifs grevés au sein de la procédure d'insolvabilité (un matériel de fabrication ou un bâtiment industriel pris à bail) est alors indispensable à la poursuite de l'activité de l'entreprise<sup>1852</sup>. Les actifs corporels, tels que la caisse, le matériel, les stocks, l'encours, les comptes bancaires, les comptes clients et les biens immobiliers, sont alors identifiés sur le bilan du débiteur<sup>1853</sup>. Ceci est ainsi examiné « dans les avantages qu'il y a d'inclure les actifs grevés d'un droit de gage dans la masse active »<sup>1854</sup>. La mise en œuvre d'une législation communautaire efficace en matière d'insolvabilité souligne alors « l'avantage d'inclure les actifs grevés tels que du matériel de fabrication ou un bâtiment industriel dans la masse active dès lors qu'ils sont nécessaires à la poursuite de l'activité du débiteur »<sup>1855</sup>.

La désignation d'un centre des intérêts principaux en dehors de l'Union européenne souligne par ailleurs une étendue limitée de la compétence de l'espace judiciaire européen en matière d'insolvabilité<sup>1856</sup>. L'implantation grandissante de sièges centraux européens en Suisse en souligne la portée et requiert l'étude de mécanismes d'entraide judiciaire en matière d'insolvabilité transfrontalière.

La réflexion sur un mécanisme simplifié d'harmonisation de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité selon des règles de coopération transfrontalière est vérifiée.

Un allègement de la procédure d'exequatur conditionne l'universalité de la procédure. Les effets de l'universalité sont en outre favorisés selon un gel des actifs<sup>1857</sup> dès le prononcé du jugement d'ouverture.

La construction du droit communautaire de l'insolvabilité doit à l'avenir répondre aux enjeux d'un espace judiciaire européen renforcé. Ce dernier contient d'ores et déjà un embryon<sup>1858</sup> de règles matérielles. Les pouvoirs du syndic sont renforcés à cet effet<sup>1859</sup> et il devient le garant de la masse, de la par *conditio creditorum*, ainsi que le promoteur des concordats ou des plans

---

<sup>1852</sup> Voir Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, p. 87.

<sup>1853</sup> Guide législatif, *ibidem*, p. 84.

<sup>1854</sup> N. Jeandin, Réforme des sûretés mobilières, Centre de droit bancaire et financier, Schulthess, Genève 2007, p. 137.

<sup>1855</sup> N. Jeandin, Réforme des sûretés mobilières, *ibidem*, p. 137.

<sup>1856</sup> Considérant 14 du Règlement 1346/2000.

<sup>1857</sup> L'article 20§1 du Règlement 1346/2000 et l'article 20 de la loi type CNUDCI.

<sup>1858</sup> L'article 31 du Règlement 1346/2000 ; le chapitre IV de la loi type CNUDCI.

<sup>1859</sup> L'article 18 du Règlement 1346/2000.

d'assainissement permettant au groupe transnational de sociétés de sortir de la crise. Le Règlement semble toutefois en l'état actuel privilégier le règlement du passif et renvoie à un dispositif guidé par un principe d'égalité de traitement des créanciers des procédures communautaires concurremment ouvertes<sup>1860</sup>.

On entrevoit cependant un espace judiciaire européen en pleine gestation. La pratique favorise en effet l'éclosion de protocoles à des fins de maximisation de la valeur de l'actif du groupe de sociétés sur la base du Règlement 1346/2000 ou de la loi type CNUDCI<sup>1861</sup>. Un mécanisme de litispendance institué dans les rapports avec les États tiers suggère la conclusion d'une nouvelle convention qui relève de la compétence exclusive de la Communauté. La mise en œuvre de règles communes de conflits de lois et de juridictions extracommunautaires est ainsi un instrument de règlement de conflit lors de l'insolvabilité des groupes transnationaux de sociétés. La coopération assure en effet aux tribunaux et aux administrateurs d'insolvabilité de deux pays ou plus d'être efficaces en prévenant la dissipation des biens et en maximisant la valeur des éléments de l'outil de production qui ont une plus grande valeur ensemble que vendus séparément. L'objectif de poursuite de l'activité économique requiert une volonté réaffirmée en droit communautaire favorisant l'équilibre entre une procédure de sauvegarde de l'activité économique et le règlement du passif dans l'intérêt de tous les créanciers. Une réponse au traitement des difficultés souligne alors l'importance d'un dispositif régional de restructuration réussie en amont et sans dessaisissement<sup>1862</sup> des groupes européens de sociétés et donc du maintien de l'emploi au sein de l'Union européenne.

# Bibliographie

## I. Sources

### 1. Sources européennes

Directive 83/349/CEE du Conseil de la Communauté européenne du 13 juin 1983 concernant les comptes consolidés, JOCE n° L 193 du 18/07/1983 p.1-17.

---

<sup>1860</sup> Les articles 13 et 14 de la loi type CNUDCI ; les articles 32, 39 et 20-2 du Règlement 1346/2000.

<sup>1861</sup> Affaire Maxwell citée par P.H. Conac, L'effet international de la faillite : une réalité ? Dalloz, 2004, p. 88.

<sup>1862</sup> R. Dammann, L'affaire Eurotunnel, première application du Règlement 1346/2000 à la procédure de sauvegarde, D. 2006, p. 2329.

Directive 80/687/CEE du 20 octobre 1980 JO L 283 du 28.10.1980 ; la Directive 2002/74/CE, JO L 270 du 8.10.2002 et la Directive n° 2008/94 CE du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : JO L 283/36 du 28 octobre 2008.

Directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des Établissements de crédit, JO L 125 du 5 mai 2001, p. 15-23.

CJCE., Centrafarm, 31 octobre 1974, aff. 15/74, Rec. 1147.

CJCE., Somafer, 22 novembre 1978, aff. 33/78, Rec. 2188.

CJCE., Gourdain, 22 février 1979, aff. 133/78, Rec. 733.

CJCE., Hydrotherm Gerätebau, 22 juillet 1984, aff. 170/83, Rec. 2999.

CJCE., Viho Europe c/ Commission, 24 octobre 1996, aff. C-73/95, Rec. 5482.

CJCE., mosbaek, 17 septembre 1997, aff. C-117/96. Rec. 5017.

CJCE., Centros, 9 mars 1999, aff. C-212/97, Rec. 1459.

CJCE., Everson, 16 décembre 1999, aff. C-198/98. Rec. 8903.

CJCE., Krombach, 28 mars 2000, aff. C-7/98. Rec. 1935.

CJCE., Floridienne et Berginvest 14 novembre 2000, aff. C-142/99, Rec. 9567.

CJCE., Metsa-Serla c/Commission, 16 novembre 2000, aff. C-294/98, Rec. 10077.

CJCE., Staubitz-Schreiber, 17 janvier 2006, aff. C-1/04, Rec. 701.

CJCE., Eurofood IFSC Ltd, 2 mai 2006, aff. C-341/04, Rec. 3813.

CJCE., Holmqvist, 16 octobre 2008, aff. C-310/07 disponible sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

CJCE., Cartesio, 16 décembre 2008, aff. C-210/06, Rec. 9641.

CJCE., German Graphics Graphische Maschinen GMBH, 10 septembre 2009, Aff. C-292/08, disponible sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

CJCE., Deko Marty Belgium, 12 février 2009, aff. C-339/07, Rec. 14887.

CJUE., MG Probud, 21 janvier 2010, Aff. C-444/07, disponible sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001- 0023.

Règlement communautaire (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000, JOCE n° L 160 du 30 juin 2000 p.1-18.

Règlement (CE) N° 694/2006 du Conseil modifiant les listes de procédures d'insolvabilité, des procédures de liquidation et des syndic figurant aux annexes A, B et C du Règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOCE L 121 du 27 avril 2006.

[Règlement \(CE\) n° 593/2008 du Parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles \(Rome I\), JO n° L 177 du 4 juillet 2008, p.6](#)

Conclusions de l'avocat général Jacobs rendues au sein de l'arrêt CJCE du 2 mai 2006, Eurofood IFSC Ltd, aff. C-341/04, Rec. 3813.

Conclusions de l'avocat général M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer au sein de l'arrêt CJCE du 12 février 2009, aff . C-339/07, Deko, JO C 82, 2009, p.4.

Livre vert, exécution effective des décisions judiciaires dans l'Union européenne : la transparence du patrimoine des débiteurs, Bruxelles, Mars 2008.

## **2. Sources françaises**

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

Circulaire de la DACS n° 2006-19 du 15 décembre 2006 relative au règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JCP E. 2007. 1498.

Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 44-45.

p. 785-810.

Décret numéro 2005 du 28 décembre 2005, Code des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2007, p. 787.

Code des sociétés et autres groupements, Litec, Paris, 2010, p. 321.

Code de travail, Litec, Paris, 2009, p. 523.

Dictionnaire de la culture juridique, Lamy PUF, Paris, 2003, p. 73.

Ententes, principe d'incompatibilité, article 81 §1 et 2 du Traité CE : participation d'au moins deux entreprises autonomes à l'entente, Éditions du Juris-Classeur Concurrence, 2006, Fasc. 545.

Entreprise en difficulté, redressement judiciaire, Répertoire de droit commercial. 1996, n° 123.

Entreprise en difficulté, Etude IV.430 - La période suspecte, Formulaire Commenté Lamy Droit Commercial : livre IV.

Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, par B. Ancel et Y. Lequette, Dalloz 2006, 5ème éd.

Présentation de la responsabilité des dirigeants, Lamy droit commercial, 2008. 4248 disponible sur le site suivant : Lamyline Reflex.

Régimes spéciaux de responsabilité, Lamy droit du dirigeant d'entreprise, 2010, 505.69 disponible sur le site suivant : Lamyline Reflex.

Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire, Règles générales de compétence, Éditions du Juris-Classeur Commercial. Janvier 2007, Fasc. 2200, obs. A. Martin- Serf.

Redressement et liquidation judiciaires (groupe de sociétés), Éditions du Juris-Classeur Commercial. 2000, Fasc. 3190, obs. C. Hannoun.

Redressement et liquidation judiciaires, Proc. Coll en droit international, Éditions du Juris-Classeur, droit international. 2000, Fasc. 569-10, obs J.C. Coviaux.

Société fictive et frauduleuse, Consentement des parties, Éditions du Juris-Classeur sociétés, 2003, obs A. Martin- Serf.

Le Code de commerce, Livre du bicentenaire, Dalloz, 2007, p. 256.

Travaux dirigés de droit international privé par H. Fulchiron et C. Nourissat, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 2009, 500 p.

Répertoire droit commercial, Février 2005, numéro 100, obs G. Duranton.

## 3. Sources suisses

### 3.1 Ouvrages généraux

Bucher (A.), Droit international privé, lois fédérales et conventions internationales, 7<sup>ème</sup> éd., Bâle 2009.

Code des obligations, Helbing & Lichtenhahn, 8<sup>ème</sup> éd., Bâle, 2008.

Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Commentaire des articles 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2005, p. 1618 et s.

Art 530-1186 CO, Commentaire Romand, Helbing & Lichtenhahn, Genève 2008, p. 657.

Article 754 CO, Commentaire Romand CO II, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2008, p. 1367.

Dutoit (B.), Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Helbing & Lichtenhahn, Genève 2005, p. 593.

Gilliéron (P.R.), Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2005, p. 11.

Jacques (C.), La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Lugano, 2006, 87 p.

Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite du 11 avril 1889 éditée par la chancellerie fédérale, Berne, 2005, 135 p.

Walter. A. Stoffel, LP, Schulthess, 14<sup>ème</sup> éd., Genève 2006, p. 100.

### 3.2 Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse.

ATF K. SA du 5 avril 1984 : SJ 1985, p. 105.

[ATF 85 III 185](#) considérant 2a p. 189.

[ATF 134 III 615](#) consid. 5.1 p. 621/622.

[ATF 134 III 452](#) consid. 4.1 p. 456.

ATF 121/1995 III, 321.

ATF 113/1987 II 31, JT 1988 I 20, 24.

ATF 120 II 331 « arrêt Swissair ».

## **4. Sources internationales**

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Traitement des groupes de sociétés dans les procédures d'insolvabilité disponible sur le site suivant : [www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/5Insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/5Insolvency.html) :

Groupe de travail V (droit de l'insolvabilité), Trente et unième session, Vienne, 11-15 décembre 2006.

Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), Trente-deuxième session, Mars 2007.

Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), Trente-sixième session, New York, 14-18 mai 2007.

Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité : traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New-York, 14-18 mai 2007, p. 2.

Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) : Trente-cinquième session, Vienne, 17-21 novembre 2008.

Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), Trente-sixième session, New York, 18-22 mai 2009.

Projet d'aide mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international, trente sixième session, New-York, 18-22 mai 2009, p. 71.

Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), 2004, p. 180.

OCDE, Investissement international et entreprises multinationales : structure et organisation des entreprises multinationales, Paris 1987, p. 39.

OCDE, Investissement international et entreprises multinationales : responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, OECD Sales agents, Paris 1979, p. 6.

M. Virgos et E. Schmit, Report on the convention on insolvency proceedings, Document du Conseil, 1996.

Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces, FMI.2000, disponible sur le site suivant : <http://imf.org/external/french/index.htm>.

## II. Ouvrages généraux

**AUBERT (J.-L.)**, Introduction au droit, PUF, 10<sup>ème</sup> éd., Paris, 2007.

**AUDIT (B.)**, Droit international privé, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, 2008.

**AZEMA (J.)**, Dictionnaire de droit des affaires, collection dirigée par J.-P. Scarano, Ellipses, Paris, 2007.

**BUCHER (A.)**, Droit international privé, Helbing & Lichtenhahn, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle, 2004.

**COZIAN (M.) et DEBOISSY (F.)**, Droit des sociétés, Litec, 22<sup>ème</sup> éd., Paris, 2009.

**FINCH (V.)**, corporate insolvency law, Cambridge university press, second ed., London, 2009.

**GAUDEMET TALLON (H.)**, Compétence et exécution des jugements en Europe, 4<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J, Paris, 2010.

**JACQUEMONT (A.)**, Droit des entreprises en difficulté, 6<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 2009.

**JOBARD-BACHELLIER (M. -N.)**, droit des sûretés, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2010.

**LOUSSOUARN (Y.) et BOURREL (P.)**, Droit international privé, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, 2007.

**LE CANNU (P.)**, Droit des sociétés, Montchrétien, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, 2009.

**MAYER (P.) et HEUZÉ (V.)**, Droit international privé, Montchrétien, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, 2007.

**MERLE (P.)**, Droit commercial, Sociétés commerciales, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., Paris, 2009.

**MENJUCQ (M.)**, Droit international et européen des sociétés, Montchréstien, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 2008.

**MENJUCQ (M.) et BEGUIN (J.)**, Droit du commerce international, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, 2005.

**MELIN (F.)**, Le règlement communautaire en matière d'insolvabilité, Bruylant, Bruxelles, 2008.

**NOURISSAT (C.)**, Droit communautaire des affaires, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 2005.

**PARLEANI (G.)**, Droit des affaires de l'Union européenne, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, 2010.

**PETEL (P.)**, Procédures collectives, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, 2009.

**PINGEL (I.)**, De Rome à Lisbonne, commentaire article par article des traités UE et CE, 2<sup>ème</sup> éd., Helbing und Lichtenhahn, 2010.

**RAÏMON (M.)**, Le Règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, L.G.D.J, Paris, 2007.

**RUEDIN (R.)**, Droit des sociétés, 2<sup>ème</sup> éd., Stämpfli, Berne, 2007.

**REMERY (J.-P.)**, La faillite internationale, Que sais-je ?, PUF, Paris, 1999.

**SCARANO (J.-P.)**, Dictionnaire de droit des affaires, Ellipses, Paris, 2007.

**VALLANSAN (J.)**, Difficultés des entreprises, 5<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 2009.

**VINEY (G.)**, Les conditions de la responsabilité, 3<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 2006.

**WENDT (K.)**, Droit constitutionnel de l'Union européenne, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2010.

### **III. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies**

**AFFAKI (G.)**, Faillite internationale et conflit de juridictions, Bruylant, 2007, 334 p.

**BOTTIAU (A.)**, Faillite internationale et groupe de sociétés, Thèse Lille II, 1989, 476 p.

**BENNANI (M.)**, Le contrat de franchise et le redressement et la liquidation judiciaire, Thèse Lausanne, 2006, 339 p.

**BEZARD (P.)**, Le droit des groupes de sociétés, une politique législative, Librairies techniques, Paris, 1975, 371 p.

**BROOKE (M.Z.) AND REMMERS (H.L.)**, La stratégie de l'entreprise multinationale, Sirey, Paris, 1973, 389 p.

**CHAMPAUD (C.)**, Le pouvoir de concentration de la société par actions, Bibliothèque de droit commercial, tome 5, Sirey, Paris, 1962, 349 p.  
Stratégie judiciaire des entreprises, Dalloz, Paris 2006, 212 p.

**COLOMBES (M.)**, Le droit d'établissement et des investissements dans la CEE, Editions Delmas, Paris, 1971, p. 351.

**CORNUT (E.)**, La théorie critique de la fraude à la loi, Defrénois, Paris, 2006, 511 p.

**DANA-DÉMARET (S.)**, Le capital social, Litec, Paris, 1989, 359 p.

**DE LEVAL (G.) et CANDELA SORIANO (M.)**, Espace judiciaire européen, acquis et enjeux futurs en matière civile, Larcier, Bruxelles, 2007, 381 p.

**DESPAX (M.)**, L'entreprise et le droit, L.G.D.J, 1957, 443 p.

**DUPUIS-FLANDIN (M.-A.)**, La réalité juridique de l'entreprise multinationale, Thèse Clermont-Ferrand, 1980, 806 p.

**FADEL RAAD (F.)**, L'abus de la personnalité morale en droit privé, L.G.D.J, Paris, 1991, 322 p.

**GENDARME (R.)**, Les sorcières dans l'économie, les multinationales, éd. Cujas, Paris, 1981, 527 p.

**GIORGINI (G.)**, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de la faillite internationale. Thèse de doctorat, Université de Nice, 2006, 649 p.

**GUILLAUME (F.)**, Lex societatis, principe de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse, Zurich, Schulthess, 2001, 383 p.

**HADJI-ARTIGNAN (S.)**, La faute de gestion en droit des sociétés, Litec, Paris, 2001, 370 p.

**HANNOUN (C.)**, Le droit et les groupes de sociétés, L.G.D.J, Paris, 1991, 321 p.

**JOBARD BACHELLIER (M.-N.)**, L'apparence en droit international privé, LGDJ, Paris, 1984, 425 p.

**KEUTGEN (G.)**, Le droit des groupes de sociétés dans la C.E.E, Louvain : éd. Vander, Bruxelles, 1973, 315 p.

**LAZARUS (C.), LEBEN (C.), LYON-CAEN (A.), VERDIER (B.)**, L'entreprise multinationale face au droit, éd. Litec, Paris, 1977, 453 p.

**LEVENEUR (L.)**, Situation de fait et droit privé, LGDJ, Paris, 1990, 490 p.

**LEVY (L.)**, La nationalité des sociétés, L.G.D.J, 1984, 319 p.

**MACH (O.)**, L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence, éd. Georg, Genève, 1974, 278 p.

**MENJUCQ (M.)**, La mobilité des sociétés dans l'espace européen, LGDJ, 1997, 504 p.

**MICHALET (C.A.)**, Le capitalisme mondial, 2<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 1998, 368 p.

**NABET (P.)**, La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire, Thèse, Université de Bourgogne, 2009, 446 p.

**OHL (D.)**, Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe, Litec, Paris, 1982, 360 p.

**ÖZTEK (S.)**, La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés dirigés par une société holding, Thèse Lausanne, 1982, 431 p.

**PELLETIER (M.)**, Les filiales, Thèse Paris II, 1980.

**PETER (H.)**, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Thèse Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Schulthess, 1990, 309 p.

**PETER (H.), JEANDIN (N.), KILBORN (J.)**, The challenges of insolvency law reform in the 21<sup>st</sup> century, Schuthless, Genève, 2006, 616 p.

**PETITPIERRE-SAUVIN (A.)**, Droit des sociétés et groupe de sociétés : responsabilité de l'actionnaire dominant, retrait des actionnaires minoritaires, Thèse Genève, éd Georg, 1972, 261 p.

**RAFFOURNIER (B.)**, Les comptes consolidés : Normes et pratiques suisses et internationales, éd Georg, Genève, 1995, p. 12.

**RAIMON (M.),** Le principe d'unité du patrimoine en droit international privé, L.G.D.J, Paris, 2002, 351 p.

**REILLE (F.),** la notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives, thèse de Doctorat, Université de Montpellier, 2005, 471 p.

**ROBÉ (J.- P.),** « L'entreprise et le droit », PUF, Coll. Que sais-je ?, Paris, 1999, 128 p.

**SCHÜPBACH. (R.),** Droit et action révocatoires, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1997, 433 p.

**SYNVET. (H.),** L'organisation juridique du groupe international des sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale, Thèse Rennes, 1979.

**TROCHU (M.),** Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite, Sirey, Paris, 1967, 279 p.

**VANHAECKE. (M.),** Les groupes de sociétés, Thèse Doctorat, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J, Paris, 1962, 520 p.

**WESSELS (B.) et VIRGOS (M.),** European communications & cooperation guidelines for cross-border insolvency, Insol europe, July 2007, 88 p.

## **IV. Colloques, congrès, séminaires**

**ACTES DU COLLOQUE,** «L'effet international de la faillite : une réalité ?», Faculté de droit de Rouen, Dalloz, 2004, 185 p.

**ACTES DU SYMPOSIUM** co-présidé par le Prof. Nicolas Jeandin et le Prof. Henry Peter, « Financing and refinancing companies in the prospective of insolvency », Université de Genève, 17 et 18 septembre 2004, 616 p.

**ACTES DU COLLOQUE INTERNATIONAL** sur le droit international privé des groupes de sociétés, Études suisses de droit européen, Université de Genève, 9 et 11 mai 1973 , 277 p.

**ACTES du 2<sup>ème</sup> CONGRES SANGUINETTI 1998,** La prévention de la défaillance de paiement, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 88.

**ASPECTS DU DROIT INTERNATIONAL DES SOCIÉTÉS**, Journée suisse de droit international, Neuchâtel, Schulthess, 1994, 174 p.

**ACTES DU COLLOQUE** organisée par la revue droit et procédures des 20 et 21 juin 2003, Le visage inconnu de l'espace judiciaire européen sous la direction de M. Douchy-Oudot, Paris, 2004, 192 p.

**ACTES DU COLLOQUE**, L'entreprise et le droit communautaire, quel bilan pour un cinquantenaire sous la direction de V. Magnier, PUF, Paris, 2007, 207 p.

**ACTES DU COLLOQUE** du 4 décembre 2007 sous la présidence de Guy Canivet et conclusion de R. Badinter : L'harmonisation par la procédure, pour une justice économique efficiente en Europe : enjeux et perspectives d'une harmonisation, Bruylant, 2009, 345 p.

**ACTES DU SÉMINAIRE** de Genève, mai 1998, L'abus de droit, comparaisons franco-suisse, actes du séminaire de Genève, mai 1998 : Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2001, 217 p.

**FORUM EUROPAEUM SUR LE DROIT DES GROUPES DE SOCIÉTÉS**, Un droit des groupes de société pour l'Europe, Rev. Soc 1999, p. 285 et suiv.

**JOURNÉE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE 2000**, La responsabilité sur la confiance sous la direction de C. Chappuis et B. Winiger, Centre d'études juridiques européennes, Schulthess, 2001, 281 p.

**MÉLANGES EN L'HONNEUR DE H. GAUDEMET TALLON**, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Dalloz, 2008, p. 727-745.

**RECUEIL DE COURS**, La faillite en droit international privé, J. A. Pastor Ridruejo, RCADI. 1971, Tome 133, p. 135-221.

**RECUEIL DE COURS**, Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel), H. Gaudemet-Tallon, RCADI. 2005, p. 233.

**RECUEIL DE COURS**, Droit commercial et droit international privé, C. Kessedjian, RCADI. 2002, p. 163 et s.

**RECUEIL DE COURS**, L'harmonisation du droit international privé de la faillite, P. Volken, RCADI. Tome 230. 1991, numéro 45.

**REV. CRIT. DIP. 1997**, Conflits de juridictions : Convention franco-suisse de 1869, abrogation et conséquences, p. 873.

**SÉMINAIRE DE L'ASSOCIATION GENEVOISE DE DROIT DES AFFAIRES**, Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Genève, Centre d'études juridiques européennes, Schulthess, Zurich, 2000, 165 p.

**TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**, La jurisprudence française en matière de faillite internationale, 1992-1993, J. P. Rémero, Pédone, Paris, p. 237.

**TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**, Le forum shopping devant les juridictions françaises, Années 1998-1999, P. Vareilles-Sommières, Pédone, Paris, p. 51.

## **V. Notes, chroniques et rapports**

**ANCEL (B.)**, Le droit français et les situations d'insolvabilité internationales, les réponses du droit international privé : Gaz. Pal. septembre 1999. p. 26

- La désunion européenne : le Règlement dit de Bruxelles II, Rev. Crit. DIP. 2001, p. 403.

- Note sous Cass.civ., 22 février 2000, Rev. Crit. DIP. 2000, p. 782.

**ARRIGHI (J.-P.)**, Les nouveaux cas de nullité de la période suspecte, Gaz. Pal. septembre 2005, doct. 2990.

**BATTIFOL (H.)**, « Le pluralisme des méthodes de droit international privé », RCADI. 1973, T.139, P100

**BEGUIN (J.)** note sous Cass. Com., 24 mai 1982, Rev. Soc. 1983. p. 363.

**BLANC (G.)**, note sous Cass. Com., 13 novembre 2001, JCP E. 2002, n° 18-19, p. 765.

**BOLLÉ (S.)**, note sous Cass. Com, 21 mars 2006, Rev. Soc. 2006, p. 658.

**BON (M.-H.)**, Le dessaisissement et l'avènement des droits propres, Rev. Lamy. dr.aff. Mars 2006, p. 54-55.

**BOUDOT (M.)**, La notion d'apparence : Répertoire de droit civil, mai 2009, numéro 134.

**BOULANGER (PH.)**, La mise en œuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en droit positif français, RIDC. 1998, p. 406.

**BOULOC (B.)**, note sous Crim., 4 févr. 1985, Bull. crim, n°54, Rev. Soc. 1985, p. 648.

**BOURBOULOUX (H.)**, Le redressement de EMTEC de 2006 : succès d'une procédure européenne, Insol Europe, été 2009, p. 47.

**BUREAU (D.)**, Cass. com., 18 janvier 2000, Rev. Crit. DIP. p. 442.

- La fin d'un îlot de résistance, le Règlement du conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, Rev. Crit. DIP. 2002, p. 613 et s.

- note sous Cass.com., 21 mars. 2006, Khalifa airways, Bull. Joly. Juillet 2006, p. 930

**CABRILLAC (M.) et PETEL (P.)**, obs. sous Cass. Com., 4 juill.2000, JCP E. 2001, p.173.

**CHAMPAUD (C.)**, Les méthodes de groupement des sociétés, RTD com. 1967, p. 1035.

**CHAPPUT (F.)**, L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles, Juriscl. contrats, concurrence et consommation, janvier 2010, p. 11.

**CHAPPUIS (C.)**, L'abus de droit, comparaisons franco-suisse, actes du séminaire de Genève, mai 1998 : Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p. 92.

- La faillite consolidée in Insolvence, désendettement et redressement, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2000. p. 87.

**CHAPUT (Y.)**, L'harmonisation par la procédure : vers un procès européen, Pour une justice économique efficiente en Europe, enjeux et perspectives d'une harmonisation, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 119.

**CHENAUX (J.-L.)**, Un survol de l'action révocatoire en droit international privé suisse, Revue Suisse de jurisprudence, Zurich, 1992, p. 234.

**COQUELET (M.-L.)**, T. com. Beaune 2° ch., 16 juill. 2008, n° 001586, J. R. c/ SAS Marie Brizard et Roger international, Bull. Joly. 01 janvier 2009 n° 1, p. 53.

**COURET (A.)**, « Les apports de la théorie microéconomique moderne à l'analyse du droit des sociétés », Rev. Soc. 1984, p. 243.

- note sous Cass.com., 18 octobre 1994, Bull. Joly. décembre 1994 n° 12, p. 1317.

**CRÔME (R.)**, Loi applicable au pouvoir des dirigeants de sociétés étrangères, TCFDIP. Années 1998-2000, p. 252 et s.

**DALLÈVES (L.)**, Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, Rapport à la Société suisse des juristes, RDS 1973 II, p. 565 et s.

**DAMMANN (R.) et PODEUR (G.)**, L'affaire Eurotunnel, première application du règlement CE n° 1346-2000 à la procédure de sauvegarde, D. 2006, Jur. p. 2329.

- Le regroupement des procédures sous la houlette d'un même tribunal : les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy.dr.aff. mai 2007, p. 68 et s.

**DAMMANN (R.)**, Le mandat ad hoc, une « porte d'entrée » pour l'application aux groupes de sociétés du Règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy. dr. aff. nov. 2006. p. 107.

- L'affaire Rover, D. 2006, p. 379.

- Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridiction et de forum shopping, D. 2005, p. 1784.

- Affaire Enron, Crisscross, Parmalat, Rev. Lamy dr.aff. avr, 2005, p.18.

- La mobilité des sociétés et localisation des actifs, JCP E. Avril 2006, p. 45.

- note sous Cass. com., 27 juin 2006. D. 2006, p. 2534.

- Vers une interprétation pragmatique du Règlement européen des faillites, Banque. 2006, p. 47.

- note sous Affaire Eurotunnel, TC Paris 15 janvier 2007, D. 2006, Jur. p. 2329.

- L'évolution du droit européen des procédures d'insolvabilité et ses conséquences sur le projet de loi de sauvegarde, Rev. Lamy dr.aff. avril 2005, numéro 81.

- Le regroupement des procédures sous la houlette d'un même tribunal : les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy.dr.aff. mai 2007, p. 68.

- obs. dans L'affaire Rover : priorité donnée à la high Court of justice de Birmingham, D. 2005, p. 1791.

- et M. Ollivry, Réflexions sur l'aménagement du principe d'universalité de la faillite, JCP E. 2006, p. 2628.

**D'AVOUT (L.)**, Les non dits de la procédure européenne d'injonction de payer, Rev. Crit. DIP. oct 2007, p.719.

**DEDESSUS-LE-MOUSTIER (N.)**, La responsabilité du dirigeant de fait, Rev. Soc. 1997, p. 516.

**DEMEYERE (D.)**, Le maintien par l'ordonnance du 18 décembre 2008 du dispositif de l'extension de procédure dans la sauvegarde : pour quoi faire ? D. 2009, p. 2298.

**DERRIDA (F.)**, note sous CA Douai, 3 juill.1986 : D. 1987, somm. p. 5.

**DEVERS (A.)**, Etude dirigée sous la Direction du Professeur C. Nourissat, droit international et communautaire des contrats d'affaires, Rev. Lamy.dr. aff. 2008, p. 81.

**DIDIER (P.)**, La problématique du droit de la faillite internationale, RDAI. 1989, p. 201 et s.

**D'HOIR-LAUPÊTRE (C.)**, L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés, D. 1993, Chron. 250.

**DOM (J.-P.)**, note sous CJCE, Überseering, 5 mars 2002, aff. C-208/OO, Rev. Soc. 2003, p. 315.

- note sous Cass. com., 27 septembre 2005, Rev. Soc. 2005, p. 877.

- Cahiers de droit de l'entreprise n°6, Novembre-Décembre 2006, p. 43.

- Le contexte international du nouveau droit des procédures collectives, Rev. Proc. Coll. 2006, p. 125.

- note sous Cass. com., 27 septembre 2005, Rev. Soc. 2005, p. 877.

**DROZ (A.-L.)**, note sous Cass. civ., 24 novembre 1987, Rev. Crit. DIP. 1988, p. 364.

**EHRET (P.)**, La CJCE instaure le principe « vis attractiva concursus » concernant les actions révocatoires au niveau communautaire, Rev. Proc. Coll. Avril, 2009, p. 19.

**FABRIES-LECEA (E.)**, Sociétés et groupements, JCP G. 2007, I, 172, p. 22.

**FASQUELLE (D.)**, note sous Cass. com, 27 juin 2006, Bull. Joly. 2006, p. 1379.

**FATOUROS (A.)**, Problèmes et méthodes d'une réglementation des entreprises multinationales, JDI. 1974. p.498.

**FEUILLET (P.)**, La consolidation des comptes, Rev. Soc. 1986, p. 173.

**FOCSANEANU (L.)**, « La concurrence à l'intérieur des groupes de sociétés, Réflexion sur l'attestation négative Christiani & Nielsen », Rev .M.C 1970, pp 32-38.

**FRANCESCAKIS (PH.)**, Lois d'application immédiate et droit du travail, Rev. Crit. DIP. 1974, p 273.

**FRICERO (N.)**, Tierce opposition et procédures collectives, PA. 28 novembre 2008, p. 26.

**FROELICH (P.)**, La situation des créanciers au regard des règlements des 29 mai et 22 décembre 2000, Rev. Lamy. dr.aff. Juillet 2002. p. 22.

**GERMAIN (M.)**, Le Code de commerce 1807-2007 : le livre du bicentenaire, Dalloz, 2007, p. 245.

**DE GAUDEMARIS (M.)**, Théorie de l'apparence et sociétés, Rev. Soc. 1991, p. 477.

**GALLEMEISTER (I.)**, note sous Cass. civ, 23 mai 2006, D. 2006, 1561.

**GAUDEMET TALLON (H.)**, Autorisation des cautionnements, avals et garanties pour une ignorance excusable de la lex societatis, in Code de Commerce, Livre du bicentenaire, Dalloz 2007, Paris II, p. 766.

- Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Dalloz, 2008, p. 399.

**GAUTIER (P.-Y.)**, note sous Cass. com, 4 mars 1997, n° 95-10.756, RTD civ. 1997, p. 691.

**GILLIÉRON (P.-R.)**, Qu'y a-t-il de nouveau en matière de faillite internationale ? Revue de droit Suisse, 1992, p. 261.

**GIMALAC (L.)**, Le contrat d'intégration révélé par les actions en comblement et en extension de passif, RTD com.1999, p. 601.

**GRASMAN (G.)**, note sous Cass. com., 19 janvier 1988, BCT Computer, Rev. Crit. DIP. 1990, p. 527.

**GRELON (B.)** et **DESSUS-LARRIVÉ (C.)**, Confusion des patrimoines au sein d'un groupe, Rev. Soc. n°2/2006, p. 281 et s.

**HANISCH (H.)**, Deux problèmes de faillite internationale : (analyse comparative), Mélanges offerts à la Société suisse des juristes, Genève, 1976, p. 118.

**HANNOUN (C.)**, L'extension de la responsabilité civile au sein d'un groupe matériellement intégré, Bull. Joly. 1991, p. 479, § 165.

- Redressement et liquidation judiciaire, groupe de sociétés, Juriscl. Commercial. 2000, Fasc. 3190.

- note sous Cass.com., 26 février 2008, Bull. Joly. 1<sup>er</sup> juillet 2008, n° 7, p. 602.

**HENRY (L.)**, Procédure civile et Règlement communautaire : Nice les 16 et 17 mai 2008, PA. nov 2008, p. 39.

- note sous Cass. com., 21 mars 2006, D. 2006 p. 1466.

**HESS (B.)**, Les compétences externes de la Communauté européenne dans le cadre de l'article 65 CE, les conflits de lois et le système juridique communautaire, Dalloz, 2004, p. 87.

**HONORAT (A.)**, note sous CA Versailles, 16 décembre 1987, D. 1988, p. 38.

- note sous Cass. civ., 21 juillet 1987, Rev. Soc. 1988, p. 97.

- note sous Cass. com., 8 mars 1988, Rev. Soc. 1988, p. 289.

**HOPT (K.)**, « Le droit des groupes de sociétés : expériences allemandes, perspectives européennes », Rev. Soc. 1987, p. 373.

**IDOT (L.)** obs sous TPICE, 15 septembre 2005, aff. T-325/01, att 218 : Europe 2005, comm. 391.

- Un nouveau droit communautaire des procédures collectives : Le règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000, JCP E. 19 Octobre 2000, p. 1648.

- note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 décembre 1995, JDI. 1997, p 1009.

**JACQUEMONT (A.)**, CA Versailles.,4 septembre 2003, JDI. 2004, p. 157.

**JAULT-SESEKE (F.)**, T. com., Paris, 2 août 2006, Bull. Joly. 2007, p. 37.

- Le sort des salariés, l'effet international de la faillite : une réalité ? Dalloz 2004, p. 152.

**JAZOTTES (G.)**, Le transfert de siège : statu quo ou revirement, Bull. Joly. octobre 2008 n° 10, p. 828.

**JEANDIN (N.)**, Réforme des sûretés mobilières, Centre de droit bancaire et financier, Schulthess, Genève, 2006, p. 141.

**JEANNERET (V.)**, Assainissement : mieux vaut prévenir que tenter de guérir, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur A. Hirsch, Éditions Slatkine, Genève, 2004, p. 223.

**JOBARD BACHELLIER (M.-N.)**, Les lettres d'intention en droit international privé, TCFDIP. 1993-1995, Pédone, Paris, p. 146.

- Le sort des garanties, l'effet international de la faillite : une réalité ? Dalloz, 2004, p. 141.

**KHAIRALLAH (G.)**, note sous CA Versailles, 4 sept. 2003, D. 2003, p. 2352 ; Rev. Crit. DIP. 2003, p. 655.

- note sous Cass 1<sup>ère</sup> Civ, 19 novembre 2002, D. 2003, p. 800.

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

**KOVAR (R)**, La mobilité des sociétés dans l'espace européen, D. 2009, p. 469.

**LAGARDE (P.)**, La formation progressive du droit international privé communautaire, déf. avril 2005, p. 31.

- « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », RCADI. 1986, T. 196. p. 25.

**LAMARCHE (T.)**, La notion d'entreprise, RTD com. 2006, p. 716.

**LE CANNU (P.)**, Direction de fait et contrat de société dirigée, Bull. Joly. 1998, n° 1, p.5.

- note sous Cass. com, 2 avril 1996, Bull. Joly. 1996 §173, p. 510.

- Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, P.A. Janvier 2002, p. 48 et s.

**LE CORRE (E.)**, note sous Cass. com., 28 septembre 2004, D. 2004, p. 2716.

**LEGROS (J.-P.)**, Le décret d'application du livre VI du Code de commerce, Droit des sociétés, Mai 2006, p. 11.

- note sous Cass. com., 27 juin 2006, Juriscl. Sociétés. octobre 2006.

**LEMONTEY (J.)**, T. com., Paris, 19 mai 1981, Rev. crit DIP. 1982, p. 133 et s.

- note sous TGI Paris, 5 juillet 1982, Sté Clover Trading, Rev. crit. DIP. 1983, p. 652.

- note sous Cass. com. 16 juill. 1981, Rev. crit. DIP. 1982.124.

**LEUNEN (C.-A.)**, Le Règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité dans l'espace judiciaire européen, Acquis et enjeux en matière civile, Larcier, Bruxelles 2007, p. 269.

**LEVY (F.)**, Comparaison des lois ukrainiennes, belge, allemande, espagnole, britannique et française relatives aux procédures d'insolvabilité tenant compte du Règlement communautaire et la jurisprudence de la CJCE, Rev. Proc. Coll. septembre 2008, p.71.

**LIENHARD (A.)**, note sous CA Douai., 2 octobre 2003, Affaire Métaleurop, D. 2003, p. 2571.

- note sous CJCE., Eurofood, 2 mai 2006, D. 2006, p. 1287.

- obs concernant le protocole Sendo, D. 2006, AJ, p. 2237.

- note sous TGI de Lure, ch. com., 29 mars 2006, D. 2006, p. 1043.

- note sous CJCE, Staubitz-Schreiber, 17 janv. 2006, D. 2006, p. 367.

- note sous Cass. com., 27 juin 2006, Daysitek : D. 2006, act. jurispr. p. 1816.

- Affaire Eurotunnel, D. 2009, p. 1886.

- note sous Cass.com., 19 mai 2004 : l'efficacité de l'inopposabilité des actes accomplis par le débiteur dessaisi, D. 2004, p. 1813.

- Premières décisions de la Cour de cassation sur la procédure de sauvegarde, D. 2007, p. 1864.

- note sous Cass. com., 16 mars 1999, D. 1999, p. 635.

- note sous Affaire Métaleurop : la cassation de l'arrêt d'extension de la procédure à la société mère, D. 2005, p. 1225.

- note sous Cass. civ., 19 nov. 2002, D. 2002, p. 3341.

**LIKILLIMBA (G.-A.)**, note sous Montpellier 10 sept. 1996, PA. 1998, n°22, p. 21.

**LOUSSOUARN (Y.)**, note sous CA Paris 17 mai 1967, JDI. 1967.874.

**LUCAS (X.-L.)**, note sous Cass. com., 2 nov 2005, Bull. Joly. n°4, 2006, p. 469.

**MARCHAND (S.)**, Les règles de droit suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes, Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Genève, 2005, p. 111-128.

**MARQUETTE (V.) et BARBÉ (C.)**, Les procédures d'insolvabilité extracommunaires, JDI. 2006, p.511 et s.

**MARTIN SERF (A.)**, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, Règles générales de compétence, Juriscl. Commercial : Fasc. 2200, 2007, p. 15.

- La faillite internationale : une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant, JDI. 1995, p. 41.

- note sous CA Lyon., 31 mai 2006, RTD com. 2006, p. 625.

- La modélisation des instruments juridiques, in La mondialisation du droit, CREDIMI, Université de Dijon, Litec, 2000, p. 179 et p. 207

**MARTIN (G.) et VALARCHE (J.)**, Les contrats d'intégration en agriculture, RTD com. 1974, p. 4-5.

**MASTRULLO (T.)**, La suspension des poursuites individuelles, un principe d'ordre public international, Actualité des procédures collectives. juillet 2009, p. 1.

**MATHEY (N.)**, note sous CA Pau., 23 mars 2000, PA. 8 mars 2001, p. 15.

**MEKKI (M.)**, Le droit souple, journées nationales Tome XIII/Boulogne sur mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 19.

**MELIN (F.)**, note sous T. com., Roubaix-Tourcoing, 21 avr. 2008, n° 2008-131, Sté Illochroma Belgique, Bull. Joly. 2008 n° 12, p. 993.

- note sous Cass. com., 18 mars 2008, Gaz. Pal. 29 juillet 2008 n° 211, p. 25.

**MENJUCQ (M.)**, note sous CJCE, 9 mars 1999, aff. Centros, C-212/97, D. 1999, p. 550.

- Intervention du syndic : nouveaux pouvoirs et nouvelles responsabilités, Rev. Lamy. dr.aff. 2002, p. 13.

- L'Europe et le droit de l'entreprise, JCP. 21 mars 2007, p. 32.

- note sous CJCE., 2 mai 2006, Affaire Eurofood, JCP. 2006, p. 11.

- note sous T. Com, 16 juillet 2008, Rev. Soc. 2008, p. 895.

- Réflexions critiques sur les arrêts du 29 novembre 2007 de la Cour d'appel de Paris

dans l'affaire Eurotunnel, Rev. Proc. Coll. Mars 2008, p. 12.

- note sous Cass. com., 16 mars 1999, Bull. Joly.1999, p. 638.

- note sous Cass. com., 19 avril 2005, JCP. 2005, II, 10088.

- L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières, Rev. Proc. Coll. juin 2009. p. 20.

**MONTÉRAN (T.)**, L'état de cessation des paiements : clef de voûte des procédures collectives, Rev. Proc. Coll. 2001, p. 7.

- La tentation du « forum shopping », Gaz. Pal. octobre 2007, p. 11.

**MORVAN (P.)**, Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté, JCP E. 2005, p. 1756 (affaire Aspocomp).

**MOUIAL-BASSILANA (E.)**, L'articulation de la période suspecte et des différentes procédures après la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, D. 2006, p. 1959.

**MUIR WATT (H.)**, Extraterritorialité des mesures conservatoires in personam, Rev. Crit. DIP. 1998, p. 27.

**NEAU-LEDUC (C.)**, La Directive n°2008/94 CE du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, Actualité des procédures collectives. Mars 2009, p.1.

**NOTTÉ (G.)** note sous Rouen 23 mai 1978, JCP G. 1979. 1923.

**NOURISSAT (C.)**, note sous CA Versailles, 4 sept. 2003, Procédures nov. 2003, n° 239.

- note sous CJCE, 1re ch., 12 févr. 2009, aff. C-339/07, Deko Marty Belgium, Procédures n° 5, Mai 2009, comm. 150.

- obs. sur le Règlement 1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, Juriscl. Europe. mai, 2007, p. 4.

- Droit civil de l'Union européenne : Panorama 2005, D. 2006. p. 1260.

- note sous CJUE, MG Probud Gdynia sp. z.o.o, 1<sup>ère</sup> ch, 21 janvier 2010, aff. C-444/07, Procédures, mars. 2010, p. 16-17.

**OPPETIT (B.) et SAYAG (A.)**, Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés, Rev. Soc. 1973, p. 38 et s.

**OPPETIT (B.)** note sous Trib. com., Marseille, 6 sept. 1977, Rev. Soc. 1978, p.318.

**PAILLUSSEAU (J.)**, Les groupes de sociétés, Analyse du droit positif français et perspectives de réforme, RTD com. 1972, p. 54 et s

- La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, D. 2003, Doctrine, p. 2346-2351.

- La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, D. 2003, Doctrine (Suite et fin), p. 2418-2425.

**PATAUT (E.)**, note sous CJCE, Inspire art, 30 sept 2003, aff. C-167/01, Rec. 7747, D. 2004, p. 491.

- L'espace judiciaire européen : un espace cohérent, Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ? Dalloz, 2004, p. 49.

**PETEL (P.)**, note sous Cass. com., 9 avril 1991, JCP E. 1991, p. 353.

- note sous Cass. Com., 11 avril 1995, BCCI: JCP G. 1995, I, 3871.

- Le nouveau droit des entreprises en difficulté, JCP E. 2005, p. 1509.

- Groupe de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi, JCP E. 2007, p. 1423.

**PETER (H.)**, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, RSDA. 1998, p. 114.

- Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Genève, Centre d'études juridiques européennes, Schulthess, Zurich, 2000, p. 30-54.

- La responsabilité fondée sur la confiance, Schulthess, Genève, 2000, p. 55.

- la faillite consolidée in Insolvenze, désendettement et redressement, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2000, p. 236.

- De quelques conséquences ultimes de la direction unique dans les groupes, De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch, Éd Slatkine, Genève, 2004, p. 177 et s.

- Formes et conséquences juridiques des groupements d'entreprises, Journées suisses du droit de la construction, Fribourg, 2005, p. 31 et s.

- Insolvency in a group of companies, consolidation, how and when: the challenges of insolvency law reform in the 21st century, Schulthess, Genève, 2006, p. 205.

**PETIT-PIERRE SAUVAIN (A.)**, Organisation, responsabilité et accidents majeurs, réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur A. Hirsch, Genève, 2004, p. 183.

**PORACCHIA (D.)**, note sous Cass. Com., 2 novembre 2005, Rev. Soc. 2006, p. 398.

**PRÉSIDENCE de M. PETIT**, T. com. Corbeil, 29 mai 1986 : Gaz. Pal. 1986, 2, p. 647.

**PIERRE (J.-L.)**, « Siège social, siège réel et siège de direction en fiscalité française internationale », Dr. Soc. 2003 n° 11, p. 3.

**POITEVIN (M.)**, « Les procédures collectives en droit européen », Rev. Proc. Coll. 1991, n°1, p. 47-63.

**RAIMON (M.)**, Centre des intérêts principaux et coordination des procédures dans la jurisprudence européenne sur le Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité, JDI. 2005, p. 749.

- L'abus du droit d'action dans les litiges internationaux, JCP. 2000, p. 1

- note sous Cass. com., 5 février 2002, JCP G. 2003, p. 957.

- note sous Cass 1<sup>ère</sup> Civ, 22 février 2000, JDI. 2001, p. 107.

**REMERY (J.-P.)**, note sous CJCE., Eurofood IFSC Ltd 2 mai 2006, Rev. Soc. Avril/juin 2006 n° 2 p. 360.

- La compétence juridictionnelle pour ouvrir une faillite internationale, D.P.C.I. 1994, tome 20, p. 561.

- note sous Cass.civ., 21 juillet 1987, D. 1988, jurisp. p. 169.

- note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 nov. 1999, Rev. crit. DIP. 2000, p. 442.

- note sous Cass.civ., 31 janvier 1990. D. 1990.461.

- note sous Cass 1<sup>ère</sup> civ., 25 février 1986, JCP. 1987. 20776.

**RÉMY-CORLAY (P.)**, « La mobilité internationale des sociétés », Cahiers de droit de l'entreprise, 2006, pp. 19-59.

**ROBINE (D.) et JAULT-SESEKE (F.)**, Affaire EMTEC, Bull. Joly. mai 2006, p. 575.

**ROLLAND (B.)**, note sous Cass. com. 19 avril 2005 Rev. Proc. Coll. 2005, p. 117.

**ROUSSEL GALLE (P.)**, note sous Cass. com., 10 janvier 2006, Affaire AOM Liberté, Rev.Soc. n° 3/2006 p. 629.

- Fasc. 871 : Juriscl. Procédures collectives, Règlement (CE) n° 1346/2000 du conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, point 126.

- Responsabilité et sanction des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises

du 26 juillet 2005, JCP E. 2005, p. 1761.

- Inscription de la procédure de sauvegarde dans l'annexe A du Règlement 1346/2000, Rev. proc. coll. septembre 2006, p. 262.

- note sous Cass. com., 5 février 2002, JDI. 2003, p. 476.

- Le droit des faillites à l'épreuve de l'espace judiciaire européen, le visage inconnu de l'espace judiciaire européen sous la direction de M. Douchy-Oudot, Paris, 2004, p. 154.

**RUEDIN (R.)**, Vers un droit des groupes de sociétés ?, RDS/ZSR 1980/II, p. 158.

**SAGAUT (J.-F.)**, Regard communautaire sur le forum shopping et le forum non conveniens, PA. 14 avril 2005, p. 51.

**SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**, note sous Cass. com., 19 avril 2005, Bull. Joly. 2005, p. 690 § 155.

- Loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies, Rev. Proc. Coll. Mars 2007, p. 13.

- Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, P.A. Janvier 2002, p. 59.

- L'ouverture de la procédure de sauvegarde, Rev. Proc. Coll. juin 2008, p. 86.

**SAINTOURENS (B.)**, note sous CA 22 mars 2005, Bull. Joly. 2006, p. 192.

**SHAPIRA (J.)**, « Quelques aspects juridiques récents de l'activité des entreprises dite multinationales » TCFDIP. 1973-1975, p. 102.

**SCHILLER (S.)**, L'entreprise : un nouveau sujet de droit, L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire, Puf, Paris, 2007, p. 19.

**SCHOLASTIQUE (E.)**, note sous CA Paris., 29 novembre 2007 : JCP E. 2007, 1087.

**SCHMIDLIN (B.)**, La responsabilité fondée sur la confiance, centre d'études juridiques européennes, Genève, Schulthess, 2001, p. 178.

**SCHMIDT (D.)**, La responsabilité civile dans les groupes de sociétés, Rev. Soc. 1981, p. 731.

- De l'intérêt social, JCP E. 1995 I, p. 488.

**SOINNE (B.)**, À propos du projet de loi de sauvegarde. D. 2004. p. 1056.

**SORTAIS (J.-P.),** L'hypothèse d'une demande d'extension de procédure en application de la Convention franco-suisse : D. 1992, jurispr. p. 98.

**SOULEAU-TRAVERS (A.),** Les critères de l'action en extension de procédure collective pour confusion des patrimoines à l'intérieur d'un groupe de sociétés, Bull. Joly. nov. 2004, p. 1358.

**SOURIOUX (J.- L.),** La croyance légitime, JCP. 1982, p. 3058.

**SUPIOT (A.),** Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise, RTD Com. 1985, p. 628.

**SYNVET (H.),** note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 févr. 1986, Sté Kleber, Rev. Crit. DIP. 1987, p. 589.

**TEBOUL (G.),** note sous Com., 10 janvier 2006, pourvoi n° V 04-18.917, Sté Holco, PA. 24 février 2006, n° 40 p. 4.

- Les conventions intragroupes et les procédures collectives, PA. Août 2005, p. 3.

**TISSANDIER (H.),** La mobilité internationale des sociétés : le point de vue du travailleur, cahiers de droit de l'entreprise. mars 2006, p. 49

**TRICOT (D.),** Les critères de la gestion de fait, Dr. et patrimoine, janv. 1996, p. 24 et s.

- Les enjeux de la réforme française des procédures collectives dans la mise en œuvre du Règlement communautaire, Rev. Lam. dr. aff. nov. 2006, p. 101.

**TRIGO TRINDADE (R.),** La responsabilité des organes de gestion de la société anonyme dans la jurisprudence récente du tribunal fédéral suisse, SJ 1998, p. 1-27.

**URBAN (Q.),** La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés, RTD com. 2000, p. 20.

- La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière, JCP E. mars 2006, p. 547.

**VALLENS (J.-L.),** note sous CA Versailles, 4 sept. 2003, D. 2003, p. 2352.

- note sous T. com Bruxelles, 18 septembre 2003, Summit Air LTD, le droit européen de la faillite. D. 2004, p. 1013.

- Le Règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité, Rev. Lamy dr. aff. 2002. chron. Numéro 3301.

- note sous T. com. Nanterre, 15 février 2006, D. 2006, p. 793.
  - La maison mère d'un groupe, centre des intérêts principaux de ses filiales étrangères. D. 2006, p. 793.
  - Affaire Youkos ou l'instrumentalisation du droit de la faillite, D. 2005, p. 779.
  - note sous CJCE, 17 janv. 2006, Rev. Soc. 2006, p. 346.
  - Des procédures collectives en europe, PA. 12 janvier 1994, numéro 5, p. 15.
  - note sous CA Paris, 3e ch. A, 21 sept. 2004, RTD com. 2005, p. 176.
  - note sous CA Versailles, 20 mars 2008, D. 2008, p. 1662.
  - Bicentenaire du Code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui, Dalloz, 2007, p. 669.
  - Le droit européen de la faillite, la convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité, D. 1995, p. 217.
  - Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives, D. 2007. p. 1227.
  - Des procédures collectives en Europe, sécurité juridique et entreprise en difficulté, PA. numéro spécial, 12 janvier 1994, p. 13-14.
- VAMPARYS (X.),** L'extension de la procédure aux sociétés d'un groupe et droit de la faillite aux Etats-Unis : la substantive consolidation, Bull. Joly. avril 2006, numéro 4, p. 437.
- VASSEUR (M.),** note sous Cass. com., 9 mai 1978, D. 1979. p. 419.
- note sous CA Aix-en-Provence, 19 avr. 1990 : D. 1991, jurispr. p. 116.
- VATINET (R.),** Le volet social de la loi de sauvegarde des entreprises précisé par son décret d'application, JCP S. nov. 2006, p. 9.
- VIDAL (D.),** L'extension de l'engagement compromissaire dans un groupe de sociétés, application arbitrale et judiciaire de la théorie de l'alter ego, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Vol 16. 2005, p. 76.
- VINCKEL (F.),** Le nouveau régime de la période suspecte dans la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 et le décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 : une réforme en trompe l'œil, JCP E. 2006, 1118, p. 132.
- VINEY (G.),** Chronique d'actualité responsabilité civile, JCP G. 1994, I 3809, p. 557.

**VOINOT (D.)**, La nouvelle procédure de sauvegarde, Gaz. Pal. septembre 2005, doct. 2943.

**VON PLANTA (A.)**, La théorie de la transparence, Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Schultess, Zurich 2000, p. 20.

**WARIN (P.-H.)**, « Les procédures collectives dans la CEE », D. 1992, p. 98.

**WEILL (K.-G.)**, « La responsabilité de la société mère vis-à-vis des engagements d'une SARL filiale », Rev. Soc. 1993, p. 769.

**WOODLAND (P.)**, Observations sur les orientations des droits européens de la faillite, JCP. 1984, p. 30.

**ZOTADIES (B.)**, La responsabilité des dirigeants de société en droit anglais dans le cadre des procédures collectives, Gaz. Pal. septembre 1996, p. 634-638.