

L'HARMONISATION EUROPÉENNE DU DROIT DES FAILLITES

M. H. MONSERIÉ-BON

Professeur à l'Université des sciences sociales de Toulouse

Si le droit européen des faillites se fait désirer, en revanche, les faillites internationales sont une réalité économique que les états-membres ne peuvent négliger¹.

Nombre de procédures collectives ouvertes dans un Etat ont des répercussions dans d'autres pays parce qu'elles concernent des biens géographiquement dispersés. Il est devenu indispensable d'appréhender les faillites dans leur globalité et les institutions européennes ont pris conscience de cette nécessité. En effet, bien que le Traité de Rome ne comporte aucune disposition sur le sort des entreprises en difficulté, les autorités communautaires ont entrepris des travaux sur les procédures collectives depuis le début de la construction européenne puisque la création d'un premier comité d'experts chargé de préparer une convention internationale sur ce thème date de février 1960.

Mais, depuis, l'unification des législations a buté sur leur disparité et, si un premier groupe de travail est parvenu à élaborer la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, en excluant d'ailleurs de son champ d'application les procédures collectives, un autre groupe ne parvint à aucun résultat².

Or, le traitement des faillites internationales soulève des difficultés particulières en droit international privé et a donné lieu à l'élaboration de systèmes. C'est ainsi qu'au principe de l'*unité* et de l'*universalité* de la faillite, l'on oppose le principe de la *territorialité* et de la *pluralité* des faillites. Dans la première conception, la procédure ne peut être ouverte que par un seul tribunal, en général celui du domicile du débiteur, d'où le nom de principe d'unité, et le jugement, ainsi rendu, produit ses effets dans tous les Etats où se trouvent des créanciers et des biens du débiteur, c'est le principe d'universalité.

¹ L. Idot et C. Saint-Alary-Houin, *Jurisclasseur Europe* (Procédures collectives, Fasc. 870 et 871); J. Beguin, Un flot de résistance à l'internationalisation: le droit international des procédures collectives, *Mél. Y. Loussouarn, Dalloz* 1994, p. 31; A. Bottiau, La convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite adoptée par le Conseil des ministres lors de la 434^e réunion des 19-23 février 1990. *Rev. proc. coll.* 1990.97; L. Danièle, Les problèmes internationaux de la faillite: heur et malheur du projet de convention communautaire: *Cah. dr. eur.* 1987.512; L. IDOT, Perspectives communautaires du droit des faillites: *Gaz. Pal.* 7/8 juin 1991; J. Lemontey, Vers un droit européen de la faillite: Travaux comité fr. DIP 1971-1973, p. 11; Perspectives d'unification du droit dans le projet de convention relative à la faillite; *Rev. trim. dr. eur.* 1975.172; Actualités du droit international de la faillite: *Travaux comité fr. DIP.* 1986-1987, p. 85; J. Noël, Lignes directrices du projet de convention C.E.E. relative à la faillite, *Rev. trim. dr. europ.* 1975.159; G. Ponceblanc, L'harmonisation des procédures collectives en Europe: Espérances utopiques, *Gaz. Pal.* 2-588. V. aussi, *Droit et pratique du commerce international*, 1994, n° 4, et 1995, n° 1.

En revanche, dans la seconde thèse, des déclarations de faillite peuvent intervenir dans chacun des Etats concernés. Leurs effets seront limités au territoire dans lequel elles ont été prononcées. La territorialité entraîne nécessairement la pluralité des faillites.

Entre ces deux systèmes, aucun ne triomphe clairement dans les pays de l'Union européenne, de sorte que les règles de droit commun demeurent applicables. Chaque Etat membre résout les difficultés soulevées par les faillites par référence à son propre système de droit international privé³.

La construction d'un droit européen des faillites de nature à simplifier la mise en oeuvre des procédures peut emprunter différentes voies.

Pour élaborer un véritable droit communautaire des procédures collectives, l'on aurait pu songer à procéder à une harmonisation des législations internes. Les autorités communautaires ont toujours refusé de s'engager dans cette voie. Certes, dans le rapport introduisant le projet de convention relative à la faillite présenté en 1980, il était relevé qu'un rapprochement des législations nationales, fondé sur l'article 100 du Traité de Rome, pourrait être une solution à la divergence des solutions en matière de procédures collectives. Mais il était aussitôt ajouté que «l'entrepris e aurait été en l'Etat exagérément ambitieuse en raison même de la disparité des lois nationales». C'est pourquoi l'idée d'une harmonisation a été abandonnée à l'exception de la directive du 20 octobre 1980 sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur. Les Autorités communautaires ont préféré limiter leurs travaux aux seules «faillites internationales», mais elles ont évolué dans leur approche. Après avoir envisagé des textes généraux s'appliquant à toutes les entreprises sans considération de leurs activités, la Commission a proposé des textes qui ne concernent que les établissements financiers, banques et entreprises d'assurances. Les techniques juridiques sont différentes: convention internationale dans le premier cas, directives dans le second. Les objectifs le sont également: les principes d'unité et d'universalité de la faillite qui avaient dominé les premiers travaux semblent définitivement abandonnés dans les négociations actuelles, alors qu'ils inspirent encore les propositions de directive visant les banques et les entreprises d'assurance.

L'élaboration du droit européen des faillites est particulièrement laborieuse puisqu'elle a débuté en 1960 et n'a pas encore réellement abouti. Ayant reçu mission, dès 1960, en application de l'article 220 U.E. d'élaborer un projet de convention internationale sur la faillite destiné à compléter la convention dite générale sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions, les experts ont présenté en 1970 un premier texte. En raison du premier élargissement de la Communauté, il dut presque aussitôt être renégocié. Un nouveau projet fut transmis en juin 1980 au Président du Conseil, et pour avis, aux représentants des Etats

² Tout au plus a pu être adoptée, assez rapidement, une directive 77/187 du 14 février 1977 concernant «le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements» qui a eu un impact en matière de procédures collectives car elle oblige à protéger les salariés dans les procédures de redressement en transférant au cessionnaire de l'entreprise en difficulté les obligations du cédant. De même un système de protection des salariés contre la perte de leur emploi a été instauré dès 1980. Mais, ces dispositions demeurent sectorielles.

membres et à la Commission. Après examen, il fut définitivement abandonné en 1985⁴.

Cet échec entraîna l'arrêt des travaux jusqu'en 1990. A partir de cette période, les travaux ont repris et deux raisons essentielles peuvent être trouvées à cette nouvelle activité.

D'une part, l'harmonisation des législations *internes* sur les procédures collectives, tout d'abord, demeure toujours une tâche utopique mais le développement récent de structures communautaires permettant le rapprochement d'entreprises relevant d'Etats membres différents impose de coordonner au minimum les règles du droit international de la faillite. Il en est ainsi pour le GEIE⁵ et pour la société européenne qui intégrera peut-être un jour le droit positif⁶.

D'autre part, à ces raisons internes à la Communauté, s'ajoutent, en effet, des raisons externes qui sont encore plus déterminantes car alors que les travaux communautaires étaient «bloqués», le Conseil de l'Europe a élaboré une convention sur les faillites, certes moins ambitieuse, mais qui a abouti puisqu'elle est en cours de ratification. Cette convention a servi en quelque sorte d'aiguillon aux travaux communautaires car les Etats membres sont conscients de l'acquis important qu'elle représente dans le domaine de la faillite internationale. Le nouveau texte en est d'ailleurs fortement inspiré.

Ainsi, les travaux ayant repris en octobre 1990, en mars 1991, un nouvel avant-projet de convention relative aux procédures d'insolvabilité a été envoyé aux différents groupes pour discussion. A la suite de nombreux échanges, le texte a reçu une rédaction définitive. Elle a été signée le 23 novembre 1995, mais n'ayant été ratifiée que par 14 Etats sur 15, elle n'est toujours pas en vigueur.

C'est pourquoi lors de sa séance du 7 mai 1999, le Parlement européen a adopté une résolution sur la convention du 23 novembre 1995 invitant la Commission à présenter une proposition de directive ou de règlement en matière de faillite des entreprises ayant des effets dans plusieurs Etats. Les risques de distorsions qui résultent du système actuel devraient être ainsi éliminés. Il est assigné à la conventi-

³ Un effort doit cependant être noté pour élaborer des conventions internationales régissant les conflits de lois ou de juridictions suscités par les faillites internationales et surtout pour élaborer un droit européen des procédures collectives. Jusqu'à une date récente, seuls certains Etats membres étaient liés par quelques conventions bilatérales, au demeurant fort peu nombreuses.

⁴ Le projet de 1980 était fondé sur les principes d'unité et d'universalité de la faillite. Son domaine d'application avait été largement défini. En effet, il avait été décidé que la convention couvrirait toutes les procédures ayant pour objet le traitement des difficultés financières de l'entreprise, soit par liquidation forcée et collective des biens du débiteur, soit par des mesures préventives ainsi que toutes les entreprises quelle que soit leur nationalité, dès lors qu'elles pouvaient faire l'objet d'une procédure envisagée par le protocole.

⁵ Le G.E.I.E. appartient, en effet, déjà au droit positif or, il ne comporte que deux dispositions relatives à la «faillite»: la première règle est une règle de conflit. «Les G.E.I.E. sont soumis aux dispositions du droit national régissant l'insolvabilité et la cessation des paiements». La seconde règle est une règle matérielle. «L'ouverture d'une procédure à l'encontre d'un groupement (...) n'entraîne pas d'elle-même l'ouverture d'une telle procédure à l'encontre des membres de ce groupement». Cette seconde règle soulève des difficultés d'interprétation aussi n'est-elle pas reprise par le projet de société européenne.

⁶ Le projet déposé par la Commission, le 29 août 1989, ne comporte, il est vrai, en matière de procédures collectives que des dispositions sommaires. Ainsi l'article 129 du projet de règlement reprend la même règle de conflit que pour le G.E.I.E.: «La société européenne est soumise aux dispositions du droit national régissant l'insolvabilité et la cessation des paiements du lieu du siège».

on de l'Union européenne un domaine identique à celui de la convention du Conseil de l'Europe en le précisant davantage. En outre, est réglé de manière plus complète que dans la convention du Conseil de l'Europe, le régime de la procédure principale, tout en admettant la possibilité d'ouvrir des procédures secondaires.

D'après son article premier, la convention «s'applique aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic». La liste des procédures ainsi visées figure à l'annexe A de la convention qui fait partie intégrante de celle-ci. Mais, la convention ne définit pas ce qu'est «l'insolvabilité» du débiteur. Elle renvoie aux lois nationales sur ce point ce qui est une attitude prudente en raison de la disparité des critères d'ouverture retenus. Par ailleurs, les procédures d'insolvabilité qui concernent les entreprises d'assurance et les établissements de crédit, les entreprises d'investissement qui fournissent des services impliquant la détention de fonds ou de valeurs mobilières de tiers ainsi que les organismes de placement collectif sont en dehors de son champ d'application. La Convention ne concerne pas les groupes de sociétés et cette limitation a été voulue dès l'origine.

I – LE RÉGIME DE LA PROCÉDURE PRINCIPALE DANS LA CONVENTION DU 23 NOVEMBRE 1995

La convention du 23 novembre 1995 met en oeuvre un système qui permet le règlement des difficultés apparaissant lorsque la faillite ouverte présente un élément d'extranéité. Cette convention comporte des règles de droit international privé (A) et des dispositions qui améliorent le sort des créanciers étrangers (B).

A – LES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1 – *La compétence internationale en matière de faillite* art. 3

A la différence de la convention du Conseil de l'Europe, le texte de l'Union européenne comporte une règle de *compétence internationale directe*, et pas seulement indirecte.

Le critère choisi est celui du centre des intérêts principaux du débiteur, qui, pour les sociétés et personnes morales est présumé jusqu'à preuve du contraire, être celui du siège statutaire. Toutefois, le principe d'unité de la faillite est abandonné puisque peuvent également être saisies les juridictions des Etats membres dans lesquels le débiteur possède un établissement ou des biens même si le centre de ses intérêts principaux se trouve ailleurs.

Ainsi concrètement, lorsque c'est un commerçant personne physique qui est soumis à une procédure de faillite, il faudra, pour déterminer la compétence, se ré-

féer au domicile professionnel de la personne physique, qui apparaîtra le plus souvent sur les documents officiels émanant de l'entreprise. Pour les personnes morales, il s'agira du siège social également mentionné sur les documents. Toutefois, il ne faut pas négliger les hypothèses, où le débiteur soumis à la procédure aura volontairement adopté un siège officiel différent du siège réel. Il apparaît que le centre réel des intérêts principaux qui doit être retenu.

2 - La loi applicable à la procédure art. 4 de la convention

Concernant la loi applicable à la procédure, la convention retient la solution la plus rationnelle à savoir, la loi de l'État sur le territoire duquel la procédure est ouverte, c'est-à-dire la *lex fori*. Dès lors, il faut souligner l'importance que revêt ici la détermination de la juridiction compétente qui conditionne la loi applicable et par la même la situation des personnes impliquées dans la procédure, principalement le débiteur et les créanciers. Il est alors possible de penser que la question de la détermination de la juridiction compétente donnera lieu à des discussions opiniâtres.

La position adoptée par la convention se justifie parfaitement en raison de la prépondérance de l'aspect procédural dans la faillite qui rendrait impossible l'application d'une loi étrangère, difficulté qui se ressentirait particulièrement dans la mise en place des organes par exemple.

La *lex fori* est donc d'application générale puisqu'elle régit aussi bien les conditions d'ouverture que le déroulement ou la clôture de la procédure.

Il convient sur ce point de se reporter à l'article 2 de la convention qui énumère clairement les questions soumises à la *lex fori*.

Toutefois, ce principe général est assorti d'exceptions indiquées par les articles 5 à 15 de la convention.

Ainsi, certaines questions échappent à la *lex fori* simplement parce qu'elles échappent à la faillite. Il en est ainsi, par exemple, de la question des droits réels des créanciers sur des biens qui ne sont pas situés sur le territoire de l'État dans lequel la procédure est ouverte. Même situation pour une réserve de propriété portant sur un bien situé sur un territoire autre que celui de l'État sur lequel est ouvert la procédure.

Également l'application de la *lex fori* est exclue lorsqu'une autre règle prime comme c'est le cas en matière de contrats portant sur des biens immobiliers, ou la compétence classique de la loi du lieu de situation de l'immeuble est retenue. Une solution identique est admise pour les contrats de travail qui restent soumis à la compétence classique.

3 - La reconnaissance de la procédure

L'efficacité de la convention dépend largement des solutions retenues en matière de reconnaissance de la procédure ouverte dans un État par les autres

États. La réglementation applicable en la matière est prévue aux articles 16 à 26 de la convention. La convention subordonne essentiellement cette reconnaissance au fait que la procédure ait été ouverte par un juge compétent au sens de la convention.

Cette reconnaissance entraîne des effets importants qui seuls donneront son efficacité internationale à la décision d'ouverture de la procédure par l'un des États.

A ce titre, il est opportun de citer:

- La reconnaissance par les autres États du dessaisissement du débiteur, de l'arrêt des poursuites individuelles et de la saisine des biens
- La reconnaissance permet de donner sa pleine efficacité à la décision d'ouverture sans formalités
- La reconnaissance permet au syndic d'exercer certaines prérogatives sur un autre État tant qu'une procédure secondaire n'a pas été ouverte sans qu'il puisse toutefois porter atteinte aux droits réels des créanciers ou des tiers ou aux droits résultant d'une clause de réserve de propriété par exemple.

B - LA SITUATION DES CRÉANCIERS ÉTRANGERS

La convention du 23 novembre 1995 comporte des dispositions particulières qui protègent les intérêts des créanciers étrangers.

Deux éléments doivent être soulignés. D'une part, la convention améliore l'information des créanciers étrangers afin que le principe de participation à la procédure posé par l'article 32 de la convention puisse être respecté. Ainsi, la mesure retenue consiste en une publicité du jugement d'ouverture de la procédure ouverte dans les autres états. Une information particulière est également organisée pour les créanciers connus.

D'autre part, la convention organise la déclaration de créances du créancier étranger informé de l'ouverture de la procédure (art. 41).

L'ouverture de la procédure principale pourra être suivie de l'ouverture d'une procédure secondaire dans un autre État.

II - L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE SECONDAIRE

L'intérêt de l'ouverture de la procédure secondaire réside dans le fait qu'une procédure locale sera ouverte, ce qui facilite bien sûr la préservation des droits des créanciers étrangers.

La convention consacre un chapitre III aux procédures secondaires dans lequel elle précise la mise en oeuvre de celles-ci (A), la coexistence avec la procédure principale conduisant à l'instauration d'une coordination des droits des créanciers (B).

A - LA MISE EN OEUVRE DE LA PROCÉDURE SECONDAIRE

Par rapport au projet de 1982, l'originalité de la convention actuelle réside dans la possibilité d'ouvrir des procédures secondaires dans les autres Etats de l'Union européenne dès lors que le débiteur y a un établissement. Ces procédures secondaires se caractérisent par leur subsidiarité et leur territorialité. Elles ne produisent que des conséquences limitées.

En effet, par hypothèse, la procédure étant secondaire par rapport à la procédure principale, elle ne peut être ouverte qu'à titre *subsidaire*: soit, parce que la faillite ne peut être prononcée dans l'Etat où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux, soit parce que la procédure secondaire est déclarée à la suite de poursuites émanant d'un créancier local.

En outre, il ne peut s'agir que d'une procédure de liquidation judiciaire et non d'une procédure de redressement. L'on conçoit, en effet, que celui-ci ne puisse être limité à un établissement et qu'il dépende de la juridiction connaissant de la procédure principale de définir le sort de l'entreprise en difficulté.

Enfin, la convention énonce que la procédure secondaire ne peut avoir d'effets que sur les biens se trouvant sur le territoire de l'Etat concerné. Les actifs sont réservés aux créanciers locaux. La procédure a un caractère *territorial* et non universel. Pour coordonner les deux types de procédures est instaurée une *coopération* entre les différents syndics: le syndic de la procédure principale peut demander l'ouverture de la procédure secondaire là où le débiteur possède un établissement et le syndic désigné dans la procédure secondaire est tenu vis-à-vis de lui d'un devoir d'information et de collaboration. Le devoir d'information est d'ailleurs réciproque. En outre, le syndic de la procédure principale a le droit de solliciter la suspension des opérations de liquidation entreprises dans la procédure secondaire mais les droits des créanciers doivent alors être préservés.

B - COORDINATION DES DROITS DES CRÉANCIERS

Aux termes de l'article 32 de la convention, tout créancier peut produire sa créance à la procédure principale et à toute procédure secondaire. En outre, les syndics de la procédure principale et des procédures secondaires produisent dans les autres procédures les créances déjà produites sous une double réserve que cette production soit utile aux créanciers concernés et que ceux-ci ne s'y opposent pas.

Les créanciers de la procédure secondaire sont payés en priorité sur les actifs de cette procédure. Dans l'hypothèse où subsisterait un surplus d'actif, le syndic désigné dans la procédure secondaire devrait le transférer sans délai au syndic de la procédure principale.

Il apparaît donc que la convention sur les procédures d'insolvabilité abandonne le principe de l'unité de la faillite. Entre le premier projet de 1970, le projet de 1982,

et la convention actuelle, les ambitions ont à chaque fois diminué devant les difficultés de la matière.

Il faut maintenant attendre la mise en vigueur de la convention pour juger de l'efficacité réelle des dispositions retenues.