

Document 1 de 1

JURISCLASSEUR

JurisClasseur Commercial

Date du fascicule : 19 Juillet 2010 Date de la dernière mise à jour : 30 Avril 2014

Fasc. 3126 : SAUVEGARDE, REDRESSEMENT ET LIQUIDATION JUDICIAIRES . - Droit communautaire . - Règlement (CE) n° 1346/2000. Loi applicable

Marie-Hélène Monsérié-Bon

Agrégée des facultés de Droit - Professeur à l'Université de Toulouse 1 - Capitole

Centre de Droit des Affaires

Mises à jour

Mise à jour du 30/04/2014 - §11. - Loi applicable à la définition de la qualité de créancier et loi applicable à la déclaration de créances

Mise à jour du 30/04/2014 - §32 et 35. - Paiement des créances salariales

Mise à jour du 30/04/2014 - Bibliographie.

Points-clés

1. - La procédure d'insolvabilité régie par le règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 est en principe soumise à la loi de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte, la "*lex fori concursus*" dont l'application peut être diversement justifiée et qui aura vocation à régir les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure (V. n° 2 à 11).
2. - Le principe de l'**application de la loi d'ouverture** à la procédure d'insolvabilité est assorti de **diverses**

exceptions conduisant à l'application d'une autre loi, souvent dans le but de **protéger les partenaires du débiteur** soumis à la procédure, exceptions qui portent, en outre, des atteintes importantes au principe de l'universalité de la procédure (V. n° 12 à 50).

3. - Obéissent ainsi à des **lois autres que celle de l'ouverture**, un certain nombre d'actes comme la **compensation** (V. n° 15 à 22), les contrats portant sur un **bien immobilier** (V. n° 23 à 25), les **contrats de travail** (V. n° 26 à 37), les opérations réalisées sur un **marché réglementé** (V. n° 38 à 40), les **actes préjudiciables aux créanciers** (V. n° 41 et 42), les actes conclus **après l'ouverture** de la procédure (V. n° 43 à 45).
4. - La *lex fori concursus* est également écartée pour les **biens inscrits** (V. n° 46 à 48) et pour les **instances en cours** (V. n° 49 et 50).
5. - Le règlement comporte ensuite des règles matérielles qui concernent les **droits réels** (V. n° 52 à 58) et la **réserve de propriété** (V. n° 59 à 63) pour lesquels les effets de la procédure d'insolvabilité sont neutralisés.

Sommaire analytique

Introduction

I. - Règles de conflit de lois dans le règlement insolvabilité

A. - Application de la loi de l'État d'ouverture

1° Choix classique de la loi de l'État d'ouverture

2° Domaine de la loi de l'État d'ouverture

B. - Application d'une autre loi

1° Loi applicable à certains actes juridiques

- a) Compensation
- b) Contrats portant sur un bien immobilier
- c) Contrats de travail
- d) Opérations réalisées sur un marché financier
- e) Actes préjudiciables aux créanciers
- f) Actes conclus après l'ouverture de la procédure

2° Loi applicable aux biens inscrits

3° Instances en cours

II. - Règles matérielles dans le règlement insolvabilité

A. - Droits réels

1° Domaine de l'article 5 du règlement (CE) n° 1346/2000

2° Modalités d'application de l'article 5

B. - Réserve de propriété

Bibliographie

Introduction

1. - Système hybride - Le règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité comporte différents volets qui permettent d'organiser une telle procédure lorsqu'elle comporte des éléments d'extranéité. D'une part, le règlement harmonise au sein de l'Union européenne les règles de compétence et de reconnaissance des décisions relatives à l'insolvabilité (*V. supra Fasc. 3125 et JCl. Commercial, Fasc. 3125, Compétence et effets des jugements, Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, M.-H. Monsériè-Bon*). Une fois, cette première question abordée, il convient de déterminer la loi qui sera appliquée par le juge compétent. Sur ce point les rédacteurs du règlement (CE) n° 1346/2000 ont élaboré un système relativement complexe qui allie des règles de droit international privé qui désignent une loi nationale compétente pour régir certaines questions et des règles matérielles qui vont régir directement d'autres questions (*F. Mélin, Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : Bruylant, 2008, n° 172*). Même si les techniques sont différentes, ces deux catégories de règles, règles de conflit de loi et règles matérielles vont assurer une certaine harmonisation des solutions au sein de l'espace européen, les juridictions des États membres saisies d'une procédure d'insolvabilité devant faire application de ces mêmes dispositions impératives. Ainsi après avoir examiné les règles de conflit de lois (I), il conviendra d'étudier les règles matérielles (II).

I. - Règles de conflit de lois dans le règlement insolvabilité

2. - Mécanisme - Lorsqu'une procédure d'insolvabilité comporte un ou plusieurs éléments d'extranéité se pose la question de la loi applicable à cette procédure, plusieurs d'entre elles pouvant être légitimement reconnues compétentes en fonction de la situation des biens du débiteur, de la localisation des créanciers, de la juridiction compétente. Il est certain que l'application de plusieurs lois est une source de difficulté et peut conduire à des contradictions de nature à entraver les objectifs de la procédure d'insolvabilité ouverte devant la juridiction d'un État membre. En dépit de ces objections, le règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 a opté pour une consécration large de l'application de la loi de l'État membre ayant ouvert la procédure d'insolvabilité, sans toutefois exclure l'application d'autres lois dont le domaine est précisément circonscrit par les textes.

A. - Application de la loi de l'État d'ouverture

3. - Principe - L'article 4 du règlement insolvabilité pose le principe de l'application, sauf règle contraire de ce texte, de la loi de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte. Ainsi, le règlement consacre l'application de la *lex fori concursus*, règle classique dans le domaine de la faillite internationale, dont le domaine est précisé par l'article 4 (*D. Bureau, La fin d'un îlot de résistance : le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité : Rev. crit. DIP 2002, p. 612*).

1° Choix classique de la loi de l'État d'ouverture

4. - Justifications - Le règlement insolvabilité du 29 mai 2000 a fait le choix de soumettre principalement la procédure ouverte par une juridiction d'un État membre à la loi sur les procédures d'insolvabilité de ce pays. Ainsi, le juge statuera en utilisant sa *lex fori*, ce qui renforce le poids de la compétence, les plaideurs qui saisiront un juge, à condition qu'il se déclare compétent, verront alors la procédure se dérouler essentiellement selon les règles de l'État de cette juridiction. Cette solution est de nature à favoriser le forum shopping qui induit alors le choix indirect de la loi applicable (*law shopping*). Ce comportement des plaideurs est d'autant plus efficace qu'il est, en vertu du règlement, très difficile de contester la compétence d'un juge (*V. supra Fasc. 3125 ; JCl. Commercial, Fasc. 3125, préc., n° 96*). Indépendamment de ce risque d'instrumentalisation de la règle, elle semble justifiée à divers titres.

5. - Influence de la nature de l'insolvabilité - L'application de la loi du juge saisi (*lex fori*) est le principe en matière de procédure, il est effectivement normal qu'une action en justice qui se déroule devant une juridiction étatique le fasse selon les règles de procédure de cet État. Cette solution est très largement admise en droit international privé et les règlements de l'Union européenne qui se prononcent sur la compétence des juridictions, comme le règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 sur la compétence et la reconnaissance des jugements en matière civile et commerciale, n'en décident pas autrement. Une fois que le texte a permis de déterminer la juridiction compétente, elle statue selon ses propres règles. Peut-on voir dans le choix de la *lex fori* en matière de procédure d'insolvabilité un prolongement de cette solution, les rédacteurs du Règlement ayant pris en compte le caractère processuel de l'insolvabilité qui est une procédure qui se déroule le plus souvent devant un juge. Certains auteurs contestent cette vision (G.-C. Giorgini, *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale : Nouvelle Bibliothèque des thèses*, Dalloz, 2001, n° 377. - M.-L. Niboyet, *Contre le dogme de la lex fori en matière de procédure in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur H. Gaudemet-Tallon : Dalloz, 2008, p. 363*) et en matière de procédure d'insolvabilité, il est vrai que l'aspect processuel s'efface souvent devant des règles de fond qui soutiennent les objectifs assignés à ces procédures, à savoir dans leur aspect contemporain, la sauvegarde des entreprises. Si la critique peut convaincre, il n'en reste pas moins que la procédure occupe une place non négligeable dans les procédures d'insolvabilité des États membres, comme c'est le cas notamment dans les différentes procédures du droit français. Un autre argument peut être invoqué en faveur de la *lex fori*, il s'agit de considérer que le droit des procédures d'insolvabilité est une loi de police en raison de la primauté de l'ordre public dans cette matière (G.-C. Giorgini, *thèse préc.*, n° 381). Certes, chacune de ces explications a certainement joué un rôle dans le choix de la *lex fori concursus*, dont on peut surtout penser qu'elle a été retenue en raison de son acceptation par les divers ordres juridiques des États membres qui la consacrent. Dès lors, cela permettait de simplifier dans un premier temps le déroulement des procédures d'insolvabilité relevant du règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 en instituant comme principe l'application, sauf exception expresse, de la loi du juge qui s'est déclaré compétent pour ouvrir la procédure. Il ne faut pas négliger également que cette compétence législative assurera une plus grande sécurité pour les personnes concernées par la procédure d'insolvabilité, le juge ou l'autorité saisie appliquant en l'occurrence, la loi qu'il connaît le mieux, sans avoir de difficulté pour établir sa connaissance.

6. - Pluralités de lois applicables - Le principe de la soumission de la procédure d'insolvabilité à la loi du juge qui ouvre la procédure peut conduire pour un même débiteur à l'application de diverses lois dans le cas où vont succéder à une procédure principale, une ou plusieurs procédures secondaires. En effet, dans cette situation des juridictions d'États membres différents seront saisies pour ouvrir des procédures relevant du règlement insolvabilité. Dès lors, automatiquement en vertu de l'article 4 du règlement, chaque juridiction fera application de sa propre loi sur l'insolvabilité, sous réserve des dérogations prévues dans le règlement. En dépit des dispositions qui tendent à assurer une coordination de la procédure principale et des procédures secondaires, cette multiplication des lois applicables pourra entraîner des contradictions délicates à surmonter. Ainsi, il se peut que des procédures similaires, par exemple liquidatives, soient ouvertes par deux États membres sans que leur déroulement soit identique et sans que les pouvoirs du débiteur soient les mêmes ce qui peut entraîner des conséquences préjudiciables pour ce dernier, s'il se comporte dans une procédure comme dans l'autre alors que ses pouvoirs diffèrent. De même dans les groupes de sociétés, en raison de l'ouverture de procédures principales pour les filiales situées au sein de l'espace européen, des lois différentes seront applicables, ce qui peut entraver le bon déroulement de la procédure touchant un groupe européen, sauf à saisir la même juridiction de l'ensemble des procédures et à souhaiter qu'elle se déclare compétente. Toutefois, sauf cas exceptionnel, en vertu de la jurisprudence "*Eurofood*" (V. *supra* Fasc. 3125 ; JCl. Commercial, Fasc. 3125, *préc.*, n° 33) une même juridiction ne peut se déclarer compétente pour toutes les sociétés d'un groupe se situant en Europe.

2° Domaine de la loi de l'État d'ouverture

7. - Disposition générale - L'article 4 du règlement commence par énoncer une règle générale qui précise que la loi de l'État membre d'ouverture régit les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure

d'insolvabilité, ce qui présente le mérite de couvrir l'ensemble de la procédure. Ainsi, la *lex fori concursus* a une vocation générale à s'appliquer lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Après avoir posé ce principe, le règlement fournit une liste d'actes et d'actions régis par cette loi.

8. - Liste - L'article 4 du règlement (CE) n° 1346/2000 fait succéder à l'énoncé de son principe de compétence de la loi du juge ou de l'autorité saisis, une liste d'actes ou d'actions qui vont également obéir à la même règle. Prudemment et afin d'éviter tout contentieux inutile, l'adverbe "notamment" précède l'énumération qui n'est donc pas limitative mais qui couvre cependant la majorité des situations pouvant se présenter lors d'une procédure d'insolvabilité. Il est possible de classer les diverses questions comprises dans cette liste.

9. - Périmètre des procédures - En premier lieu, est soumis à la *lex fori concursus*, le périmètre des procédures d'insolvabilité, le *a* et le *b* du paragraphe 2 de l'article 4 visant "*les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de leur qualité*" et "*les biens qui font l'objet du dessaisissement et le sort des biens acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité*". Ce premier groupe pourra engendrer des solutions différenciées selon l'État d'ouverture, certaines des procédures inscrites dans les annexes A et B du règlement pouvant s'appliquer à des particuliers alors qu'en application de la loi française, par exemple, seuls des professionnels pourront relever des procédures du livre VI du Code de commerce inscrites dans les annexes.

10. - Déroulement de la procédure - De nombreux éléments de l'énumération à laquelle procède le règlement dans l'article 4 permettront de soumettre le déroulement de la procédure d'insolvabilité à la loi de l'État d'ouverture. Il en est ainsi des pouvoirs du débiteur et du syndic (*c*) ou des effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie (*e*). Sur ce dernier point, il faut signaler que la loi de l'État d'ouverture devra se combiner avec la *lex contractus*, la loi du contrat. Cette dernière permettra notamment, lorsque la loi de l'État d'ouverture ne le précise pas, comme en droit français, de déterminer la qualification de contrat en cours. Il est alors nécessaire d'examiner les conditions de rupture du contrat qui seront soit régies par le contrat, soit soumises à la loi du contrat, à savoir le plus souvent la loi d'autonomie en vertu de l'article 3 du règlement Rome I (*Règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*). On trouve également dans cette catégorie, les conditions et les effets de la clôture de la procédure d'insolvabilité, notamment par concordat (*j*), la charge des frais et des dépenses de la procédure d'insolvabilité (*l*) et enfin les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers (*m*). Il faut préciser que cette nullité ou inopposabilité peut toucher toutes sortes d'actes selon les règles édictées par la loi d'ouverture et elle concerne même des actes réalisés hors du territoire d'ouverture de la procédure. Comme le précise la circulaire française d'application du règlement (CE) n° 1346/2000, lors d'une procédure ouverte en France, "un mandataire judiciaire français pourra toujours contester le paiement d'une dette en période suspecte sur le fondement des articles L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce, même si ce paiement a été effectué dans le cadre d'un contrat non soumis à la loi française" (*Circ. civ. 2006-19, 15 déc. 2006 : BO min. Justice n° 2007-01, 28 févr. 2007. - Circ. relative au règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : JCP E 2007, 1498. - Ph. Roussel-Galle, De quelques pistes d'interprétation du règlement (CE) n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : la circulaire du 15 décembre 2006 : JDI 2008, p. 133*).

11. - Situation des créanciers - En dernier lieu, il est possible de regrouper un certain nombre de points compris dans l'énumération de l'article 4 qui concernent les droits des créanciers et qui seront, sauf exception exprimée dans le règlement, régis par la loi de l'État d'ouverture. Il s'agit des conditions d'opposabilité d'une compensation (*d*) ; des effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles, à l'exception des instances en cours (*f*) ; des créances à produire au passif du débiteur et le sort des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*g*) ; des règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances (*h*) et des règles de distribution du produit de la réalisation des biens, le rang des créances et les droits des créanciers qui ont été partiellement désintéressés après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en vertu d'un droit réel ou par l'effet d'une compensation (*i*).

La Cour de cassation s'est prononcée, dans un arrêt du 15 décembre 2009 (*Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-14.949 :*

D. 2010, act. jurispr. p. 86, obs. A. Lienhard), sur le domaine de l'article 4, paragraphe 2 (*h*) relatif à la production, la vérification et l'admission des créances. Dans cette affaire, la Cour de cassation se penche sur une procédure d'insolvabilité ouverte en France dans laquelle un créancier néerlandais a déclaré sa créance, déclaration réalisée par un préposé. La question est alors de savoir si les conditions de la délégation de pouvoirs doivent obéir au droit français, à savoir l'article L. 622-24 du Code de commerce pris en tant que *lex concursus* ou à la *lex societatis*, la loi néerlandaise, le créancier étant une personne morale. La Cour de cassation affirme clairement, en se fondant sur les dispositions du règlement (CE) n° 1346/2000, que la déclaration de créance effectuée dans une procédure d'insolvabilité ouverte en France obéit en tout point aux règles françaises, y compris pour tout ce qui concerne la déclaration faite par un préposé ou un mandataire, ce qui conduit à faire application des solutions jurisprudentielles désormais bien établies en la matière. La lecture de ces points fait entrevoir qu'en ce qui concerne la situation des créanciers, le règlement (CE) n° 1346/2000 va apporter des exceptions importantes à l'application de la loi de l'État d'ouverture afin de protéger les droits des créanciers.

Note de la rédaction - Mise à jour du 30/04/2014

11 . - Loi applicable à la définition de la qualité de créancier et loi applicable à la déclaration de créances

Aux termes de l'article 4.2 *h*) du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité (*Régl. n° 1346/2000, 29 mai 2000*), la loi de l'État d'ouverture de la procédure collective détermine les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances. Il appartient, néanmoins, à la loi de la source de celles-ci de définir la qualité de créancier. Dès lors pour une procédure de sauvegarde ouverte en France, en vertu de l'article L. 622-24 du Code de commerce français, chaque créancier antérieur est tenu de déclarer sa créance lui-même ou par l'intermédiaire de tout préposé ou mandataire de son choix. En revanche, c'est au regard de la loi à laquelle est soumis le contrat qui fait naître les créances déclarées, en l'espèce le droit de l'État de New-York, qu'il convient de se référer pour apprécier si un *trustee* et un agent des sûretés possèdent la qualité de créancier.

Dans cette affaire, les débiteurs (la société Belvédère et l'ensemble de ses filiales garantes) critiquaient l'admission de "dettes parallèles" (*parallel debt*) des agents de sûretés. Ils cherchaient à démontrer que le mécanisme de ces dettes parallèles, ayant pour objet de faire naître un engagement contractuel non accessoire équivalent à celui dont ils sont tenus dans leurs rapports avec le *trustee*, serait, d'une part, contraire à l'ordre public international et au principe selon lequel tout paiement suppose une dette, d'autre part, dépourvu de cause. La Cour de cassation rejette ces arguments. D'abord, le principe d'une "dette parallèle" envers les agents des sûretés, n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international car les stipulations contractuelles de la convention faisant naître le droit des agents de sûretés préservent les débiteurs d'un risque de double paiement. Toute création d'un passif artificiel est exclue dans la mesure où la créance du *trustee* et de chacun des agents de sûretés n'est admise que solidairement avec celle des deux autres. Ensuite, la chambre commerciale relève que la conception de la cause des obligations contractuelles retenue par le droit français n'est pas, dans tous ses aspects, d'ordre public international. Dès lors, l'absence de constitution par certaines sociétés débitrices de sûretés réelles au profit des agents des sûretés ne fait pas nécessairement obstacle, dans le cadre d'une opération globale de financement soumise à un droit étranger admettant l'existence d'une dette parallèle envers eux, à leur admission aux passifs de ces sociétés qui sont personnellement garantes de l'exécution de l'ensemble des engagements (*Cass. Com., 13 sept. 2011, n° 10-25.533, 10-25.731 et 10-25.908, n° 840, FS-P+B, Sté Belvédère c/ M. Maître, ès qualités : JurisData n° 2011-018623 ; Rejet CA Dijon, ch. civ. 1, 21 sept.*

2010 ; *Act. proc. coll.* 2011-17, *comm.* 259, *obs.* F. Jault-Seseke et D. Robine ; *Rev. proc. coll.* 2011, *comm.* 173, *note* M. Menjucq et Th. Mastrullo ; *JCP E* 2011, 1803, *note* R. Dammann et A. Albertini ; *RD bancaire et fin.* 2011, *comm.* 201, *note* D. Legeais ; *Bull. Joly entreprises en difficulté* 2011-5, n° 158, *note* L.-C. Henry et C. Houin-Bressand ; *Bull. Joly sociétés* 2011-12, p. 987, *note* R. Libchaber ; *LEDEN* 2011-9, n° 147, *obs.* Fr.-X. Lucas ; *D.* 2011, p. 2518).

Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité. - Déclaration des créances. Information des créanciers connus. - Forme. - Sanction du défaut ou de l'irrégularité de l'information

Il résulte du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité (*Règl. CE, n° 1346/2000, 29 mai 2000, art. 40 et 42 § 1*) que les créanciers connus dont la résidence habituelle, le domicile ou le siège se situent dans un autre État membre que celui d'ouverture de la procédure d'insolvabilité doivent être informés individuellement d'avoir à déclarer leurs créances. Cette information doit être réalisée au moyen d'un formulaire portant, dans toutes les langues officielles des institutions de l'Union européenne, le titre "*Invitation à produire une créance. Délais à respecter*". Le règlement ne prévoyant pas la sanction attachée à l'omission de ce document, il appartient à loi de l'État d'ouverture, conformément aux dispositions générales de l'article 4 § 2, h, du règlement, de déterminer les conséquences d'un défaut d'information d'un créancier. En France, seule la voie du relevé de forclusion est ouverte, par l'article L. 622-26 du Code de commerce, à un créancier chirographaire établi dans un autre État membre (*Cass. com., 17 déc. 2013, n° 12-26.411, n° 1222, F-P+B, Sté SNP Boat service et a. c/ M. Van Merkesteyn : JurisData n° 2013-029875, Rejet CA Aix-en-Provence, 8e ch. A, 5 juill. 2012 ; Act. proc. coll. 2014-3, comm. 36, obs. D. Voinot ; LEDEN févr 2014, n° 2, p. 7, obs. Fr. Mélin*).

B. - Application d'une autre loi

12. - Contexte international - Les procédures d'insolvabilité soumises au règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 ont par nature un caractère européen qui entraîne la réalisation d'actes ou la localisation de biens dans différents États membres de l'Union européenne. Dès lors, le règlement ne pouvait, sans pénaliser les échanges au sein de l'Union européenne, ignorer cette situation et imposer sans limite l'application de la loi de l'État membre d'ouverture de la procédure qui serait un facteur d'insécurité pour les partenaires de l'entreprise.

13. - Textes - À la suite du principe d'application de la loi d'ouverture, le règlement égrène dans ses articles 5 à 15 une série d'exceptions dont certaines conduisent à désigner une autre loi pour régir une situation donnée. Il ressort de la lecture des hypothèses visées par le règlement que certaines se rattachent à des actes juridiques, d'autres au droit des biens et les dernières aux actions en justice et qu'elles conduisent à retenir l'application de lois différentes de celle de la juridiction ayant ouvert la procédure.

1° Loi applicable à certains actes juridiques

14. - Cas visés - Plusieurs situations visées par le règlement entrent dans cette catégorie, la compensation envisagée dans l'article 6 du règlement (CE) n° 1346/2000, les contrats portant sur un bien immobilier (*art. 8*), les contrats de travail (*art. 10*), les opérations réalisées sur un marché financier (*art. 9*), les actes préjudiciables (*art. 13*) et certains actes conclus après l'ouverture de la procédure (*art. 14*). Le règlement pose pour ces divers actes des règles de conflit de lois hétérogènes qui peuvent conduire à l'application d'une loi autre que celle de l'État d'ouverture, ce qui obligera la juridiction à appliquer une ou plusieurs lois étrangères.

a) Compensation

15. - Notion - La compensation visée dans le règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 correspond au

mécanisme connu du droit français (*C. civ.*, art. 1289 et s.) qui permet d'éteindre les obligations réciproques existantes entre un créancier et un débiteur. Cette technique qui peut s'analyser comme un double paiement, se révèle particulièrement utile lors d'une procédure collective car elle permet au créancier de se soustraire à l'interdiction des paiements et elle aboutit à son désintéressement, jouant ainsi un rôle subsidiaire de garantie. L'enjeu est donc important de savoir quelle est la loi applicable à cette compensation et si le règlement insolvabilité assure sur ce point le respect des prévisions des parties (Sur l'application discutée en matière de compensation bancaire, V. A. Caillemer du Ferrage, *Close out netting et faillite internationale : RD bancaire et fin. janv. 2007*, art. 6).

16. - Difficultés - L'analyse du mécanisme de la compensation dans le règlement (CE) n° 1346/2000 soulève deux difficultés particulières de nature à introduire une certaine incertitude dans la détermination de la loi applicable à la compensation. D'une part, la compensation est évoquée concurremment par l'article 4 et par l'article 6 du règlement, ce qui conduit à s'interroger sur la combinaison de ces textes qui abordent la loi applicable à ce mécanisme. D'autre part, la rédaction de l'article 6 mérite de retenir l'attention car son interprétation n'est pas aisée alors que ce texte est un des instruments de protection des droits du créancier.

1) Conciliation des domaines d'application des articles 4 et 6 du règlement

17. - Textes - L'article 4 du règlement (CE) n° 1346/2000 dispose que la loi de l'État d'ouverture détermine "*les conditions d'opposabilité de la compensation*" alors que l'article 6 affirme 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*". Le texte ajoute dans son paragraphe 2 que le premier ne peut faire obstacle aux actions en nullité et autres visées par le 4, paragraphe 2, point *m*. L'énoncé de ces deux règles semble contradictoire en raison de la reconnaissance de critères différents pour déterminer la loi applicable à la compensation.

18. - Approches possibles et solutions - En dépit de cette première impression, les auteurs se sont efforcés de proposer des interprétations rendant cohérente la position adoptée dans le règlement. L'analyse part du constat que dans les droits des États membres, la prise en compte de la compensation en cas de procédure d'insolvabilité est diversifiée (Sur l'ensemble de la question, V. F. Mélin, *La loi applicable à la compensation dans les procédures communautaires d'insolvabilité : JDI 2007*, var. 4. - G.-C. Giorgini, *ouvrage préc.*, n° 864 et s.). Ainsi, dans certains États, la compensation est abordée spécifiquement dans la loi sur les procédures d'insolvabilité qui la soumet par exemple à des conditions de mise en oeuvre propres, comme en droit français la compensation des dettes connexes (*C. com.*, art. L. 622-7, I). Dans d'autres législations aucune référence particulière n'est intégrée dans le droit de l'insolvabilité et c'est alors le droit commun qui s'applique même lorsque l'une des parties fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Face à cette disparité, le règlement, qui n'a pas voulu que la loi de l'État d'ouverture puisse déjouer les prévisions des partenaires et conduise à anéantir les droits légitimes de l'un d'eux, a posé pour la compensation une règle à combinaison multiple.

D'une part, dans l'hypothèse où la *lex concursus* de l'État d'ouverture admet le jeu de la compensation au cours d'une procédure d'insolvabilité et fixe, en outre les conditions de son accueil, cette loi s'appliquera en vertu de l'article 4 du règlement et elle réglera, de manière autonome, le sort de la compensation (opposabilité et conditions). Ainsi, si la procédure s'ouvre en France, l'article L. 622-7 du Code de commerce admet la compensation, toutefois, le créancier ne pourra s'en prévaloir que si les dettes sont connexes, condition interprétée relativement strictement par la jurisprudence.

D'autre part, lorsque les conditions de la compensation sont régies par le droit commun, l'opposabilité de cette opération lors de la survenance de la procédure d'insolvabilité devra être soumise à la *lex concursus* de l'État d'ouverture, ce qui justifie la mention de la règle de l'article 4, paragraphe 2 (*d*), du règlement.

Enfin, une dernière hypothèse doit être envisagée, celle où la loi de l'État d'ouverture n'admet pas la compensation

au cours de la procédure d'insolvabilité, c'est alors que l'article 6 du règlement entre en scène pour maintenir ce mécanisme au profit du créancier si la compensation est permise par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable (G.-C. Giorgini, *ouvrage préc.*, n° 873. - M.-N. Jobard-Bachelier, *Le sort des garanties in L'effet international de la faillite, une réalité ? ss dir. F. Jault-Seseké et D. Robine : Dalloz, 2004, p. 142*). Est alors en cause, l'admission même de la compensation, ce qui est confirmé par la terminologie employée par l'article 6 du règlement qui mentionne "*le droit d'invoquer la compensation*", "*lorsque la compensation est permise*". Il s'agit donc ici de protéger le créancier contre les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité qui ne reconnaîtrait pas le mécanisme de la compensation et non de substituer les conditions de la loi applicable à la créance du débiteur insolvable à celle de la *lex concursus* (art. 4) lorsqu'elle fait jouer la compensation. Ainsi, si on reprend l'exemple d'une procédure ouverte en France, il n'est pas possible pour un créancier de se soustraire à la condition de la connexité des créances pour que la compensation soit admise en invoquant la loi applicable à la créance du débiteur insolvable qui peut être une autre loi que la loi française. L'articulation ainsi proposée des articles 4 et 6 du règlement a le mérite de concilier également les différents intérêts en présence. D'une part, il aurait été inique que certains créanciers puissent échapper aux conditions de la *lex concursus* en matière de compensation parce qu'ils auraient eu la chance ou l'opportunité de choisir une loi plus souple en ce domaine que la loi de l'État d'ouverture. D'autre part, même si l'égalité de traitement des créanciers est un principe largement partagé en matière de procédure d'insolvabilité, il ne faut pas que cela conduise à méconnaître complètement les prévisions des parties à un rapport juridique international. Dès lors, il convenait de sauvegarder dans certaines conditions précises le jeu de la compensation strictement encadré par l'article 6.

2) Interprétation de l'article 6

19. - Imprécisions et limites - L'article 6 du règlement (CE) n° 1346/2000 qui autorise un créancier à se prévaloir de la compensation alors que la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'égard de son débiteur l'interdit, comporte des imprécisions unanimement dénoncées par la doctrine (C.G. Giorgini, *ouvrage préc.*, n° 873 et s. - F. Mélin, *art. préc.*). En outre, les conditions d'application de ce texte sont conçues assez restrictivement par le règlement afin de ne pas en exagérer la portée.

20. - Conditions de mise en oeuvre - Deux éléments peuvent être identifiés dans l'article 6. D'une part, seul le créancier peut invoquer le mécanisme de la compensation, ce qui est logique lors d'une procédure d'insolvabilité car elle lui permet de se soustraire aux règles qui interdisent le paiement des créances antérieures. D'autre part, le texte semble pouvoir concerner toutes les formes de compensation puisqu'il ne met en avant que le caractère réciproque des créances et des dettes qui est de l'essence de la compensation. Toutefois, il n'est pas douteux que les conditions prescrites par la loi déclarée applicable pour que la compensation puisse jouer devront être prises en compte.

21. - Loi applicable - La question centrale de l'article 6 est la détermination de la loi applicable qui conditionnera ensuite la reconnaissance ou pas de la compensation. L'article 6 indique qu'il s'agit de la loi applicable à la créance du débiteur insolvable. Cela vise bien sûr la créance du débiteur insolvable susceptible de fonder la compensation et cette référence exclusive conduit à la désignation d'une seule loi, ce qui est appréciable, les règles de droit international privé ayant souvent tendance à appliquer cumulativement les deux lois qui peuvent régir les créances et les dettes réciproques. Toutefois, l'article 17 du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles comporte une disposition sur la compensation qui énonce qu'à défaut d'accord entre les parties sur la possibilité de procéder à une compensation, elle est régie par la loi applicable à l'obligation contre laquelle elle est invoquée. Force est de constater alors que les règles retenues par les deux règlements sont aujourd'hui similaires.

22. - Critères de détermination - Cette constatation réalisée, comment déterminer cette loi ? Une distinction doit être alors opérée selon la nature de la créance du débiteur insolvable. Si cette créance est contractuelle, ce sont les principes du règlement Rome I du 17 juin 2008 qui seront le plus souvent applicables au sein de l'espace européen. Dès lors, cette créance sera régie par la loi choisie par les parties (art. 3) ou, à défaut de choix par la loi

désignée par l'article 4 qui après avoir posé des règles qui varient en fonction de la nature du contrat, instaure une disposition générale qui donne compétence à la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle (*P. Lagarde et A. Tenenbaum, De la convention de Rome au règlement Rome I : Rev. crit. DIP 2008, p. 727*). Pour la créance d'origine délictuelle, il conviendrait de se référer à la *lex loci delicti* selon l'article 4 du règlement Rome II (*Règl. (CE) n° 864/2007, 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") : Journal Officiel de l'union européenne 31 Juillet 2007*. - pour une analyse, *V. C. Brière, Le règlement (CE) n° 864/2007, 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) : JDI 2008, p. 31*. - *T. Kadner Graziano, Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle (règlement Rome II) : Rev. crit. DIP 2008, p. 445 et s.* - *S. Corneloup et N. Joubert (ss dir), Le règlement communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles : Litec, 2008*). L'article 6 du règlement (CE) n° 1346/2000 vise la loi applicable à la créance sans préciser qu'il doit s'agir de la loi d'un État membre, ce qui est, en revanche, le plus souvent indiqué dans les autres articles. Dès lors, il convient de considérer que le créancier pourra invoquer toute loi qui lui permettrait de faire jouer la compensation, cette interprétation est d'ailleurs conforme au règlement Rome I qui dans son article 2 proclame le caractère universel de cet instrument, la loi désignée par le règlement s'appliquant même s'il ne s'agit pas de la loi d'un État membre. Le manque de précision de l'article 6 se manifeste encore en ce qui concerne, une fois la loi déterminée, les règles à retenir pour décider si la compensation est permise. Faut-il faire référence au droit commun de la compensation ou au droit des procédures d'insolvabilité pour admettre la compensation dans le cadre du règlement (CE) n° 1346/2000 ? La doctrine semble favorable, eu égard au contexte, à tenir compte des règles en matière d'insolvabilité, si la loi compétente comporte des règles en la matière (*G.-C. Giorgini, ouvrage préc., n° 877*. - *F. Mélin, art. préc., spécialement n° 1*). En France, la circulaire du 15 décembre 2006 (*citée supra n° 10*) se prononce dans le même sens, l'article 3.3.2 précisant que "les termes loi applicable font référence à la législation en matière d'insolvabilité de l'État dont le droit commun régit la créance". Pour finir, reste la question de l'origine antérieure ou postérieure de la créance invoquée au titre de la compensation. Là encore, une tendance se dessine, au regard de la rédaction de l'article 6, pour limiter l'application de la compensation aux seules créances antérieures (*F. Mélin, art. préc., spécialement n° 24*). Certes, le mécanisme de la compensation sera particulièrement recherché pour les créances antérieures, dont le paiement est interdit par la majorité des lois sur les procédures d'insolvabilité des États membres, mais la compensation pour des créances postérieures, si elle est admise par la loi applicable, ne paraît pas devoir être exclue sur le fondement de l'article 6. Ce pourrait être le cas, si dans une procédure ouverte par un État membre autre que la France, la loi française était invoquée, elle permettrait au créancier, sur le fondement de l'article L. 622-17 du Code de commerce, de se prévaloir d'une compensation portant sur des créances postérieures à l'ouverture de la procédure.

b) Contrats portant sur un bien immobilier

23. - Article 8 - L'article 8 du règlement insolvabilité comporte une règle applicable aux contrats portant sur un bien immobilier qui énonce que "*les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat donnant le droit d'acquérir un bien immobilier ou d'en jouir sont régis exclusivement par la loi de l'État membre sur le territoire duquel ce bien est situé*". Il est aisé de voir dans cette disposition l'influence des règles de droit international privé qui sont majoritairement favorables à un traitement territorial des immeubles en consacrant l'application de la *lex rei sitae*.

24. - Domaine - L'article 8 vise deux types de contrats portant sur des biens immobiliers, ceux donnant le droit d'acquérir un bien immobilier et ceux donnant le droit d'en jouir. Dans la première catégorie, se classeront notamment tous les contrats de promesse de vente et autres contrats de réservation et dans la seconde, le bail occupera une place centrale. Le contrat de crédit-bail portant sur un bien immobilier qui allie les deux, jouissance et option d'achat, est également concerné. Il faut souligner que le règlement ne faisant aucune distinction selon la destination du bien immobilier, les contrats pourront porter sur des immeubles d'habitation ou des immeubles destinés à une exploitation professionnelle. Cette conception large s'accorde, en l'occurrence, avec le champ d'application du règlement qui peut concerner des particuliers et pas seulement des professionnels (*V. supra*

Fasc. 3125 ; JCl. Commercial, Fasc. 3125, préc. n° 13).

25. - Portée - L'article 8 prévoit que les effets de la procédure d'insolvabilité sur ces contrats seront donc exclusivement régis par la *lex rei sitae* et non par la *lex fori concursus* normalement applicable aux contrats en cours selon l'article 4, paragraphe 2 (e). Le texte précise qu'il ne peut s'agir que de la loi d'un État membre. Ainsi, lorsque le bien sera situé sur un autre État, la loi régissant la procédure d'insolvabilité selon l'article 4 du règlement, à savoir la loi du lieu d'ouverture retrouvera son effet sur les contrats. Ainsi, pour les deux catégories de contrats mentionnées à l'article 8, il sera fait application en priorité de la *lex concursus* du lieu de situation du bien immobilier, le droit commun des contrats pouvant également être appliqué s'il comprend des dispositions relatives aux effets d'une procédure d'insolvabilité. Entre, par exemple, dans le champ de l'article 8, l'annulation d'un de ces contrats qui aurait été passé pendant la période suspecte. Ainsi, si une procédure d'insolvabilité est ouverte en France et que le mandataire judiciaire découvre une promesse de vente portant sur un immeuble situé dans un autre État membre conclue dans des conditions désavantageuses, il ne pourra pas demander la nullité de droit sur le fondement de l'article L. 632-1 du Code de commerce, mais il devra se référer à la loi sur l'insolvabilité du lieu de situation de l'immeuble. Il en est de même à notre sens pour un contrat de bail commercial qui porterait sur un immeuble situé sur le territoire d'un autre État membre. La encore, les dispositions protectrices du locataire énoncées par l'article L. 622-14 du Code de commerce ne seraient pas applicables. Les conditions de maintien de ces contrats devront être déterminées au regard des dispositions de la loi sur l'insolvabilité du lieu de situation de l'immeuble.

La règle retenue par l'article 8 du règlement, en plus de son rattachement évident aux principes classiques du droit international privé en matière immobilière, présente l'avantage d'assurer la sécurité des partenaires qui peuvent connaître dès l'origine et avec certitude, en raison du caractère exclusif de l'application de la loi du lieu de situation de l'immeuble, la loi qui régira les effets d'une insolvabilité ouverte au bénéfice d'un des contractants quel que soit le lieu d'ouverture de la procédure.

c) Contrats de travail

26. - Complexité - La situation des salariés lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité a été une des préoccupations des rédacteurs des textes applicables à cette matière, au titre desquels se trouve le règlement (CE) n° 1346/2000. Si ce règlement comporte différentes dispositions précisant la situation de la relation de travail lors d'une procédure d'insolvabilité, d'autres textes, des directives, ont élaboré des règles qui une fois intégrées dans les droits nationaux des États membres aboutissent à harmoniser les règles applicables au paiement des créances salariales.

1) Loi applicable au contrat de travail

27. - Dualité - Il est possible dans le cas d'une procédure d'insolvabilité que la situation du salarié puisse être soumise à différentes lois. Cela se produira lorsque le débiteur qui fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans un État membre sur le territoire duquel est situé le centre de ses intérêts principaux emploie des salariés qui travaillent sur le territoire d'un autre État membre. Dans cette hypothèse, la procédure ouverte contre l'employeur sera soumise à la loi d'ouverture (*Règl., art. 4*) alors que l'article 10 du règlement dispose que "*les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de travail et sur le rapport de travail sont régis exclusivement par la loi de l'État membre applicable au contrat de travail*" (*F. Jault-Seseké, Le sort des salariés in L'effet international de la faillite : une réalité ? : Dalloz, 2004, p. 151*).

28. - Détermination de la loi applicable - La loi applicable au contrat de travail et au rapport de travail pouvait varier d'un État à l'autre, toutefois, le règlement (CE) 593/2008 dit Rome I du 17 juillet 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles permet désormais d'unifier les solutions au sein de l'Union européenne. En premier lieu, reprenant le principe classique en matière de loi applicable, l'article 8 du règlement Rome I indique que le contrat de travail sera soumis à la loi choisie par les parties en réservant l'application des règles impératives (lois

de police) de la loi qui s'appliquerait à défaut de choix. En second lieu, dans les alinéas suivants, le texte précise, qu'en l'absence de choix, la loi applicable au contrat de travail sera celle du pays dans lequel ou à partir duquel le travailleur accomplit habituellement son travail. À défaut de remplir ce critère, la loi applicable sera celle du lieu de situation de l'établissement qui a embauché le travailleur ou enfin, si en raison des circonstances, le contrat de travail présente des liens les plus étroits avec un autre pays, la loi de ce pays sera applicable. La préservation de ce rattachement en cas d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qui contribue à la prévisibilité de sa situation pour le salarié, est de nature, notamment si des salariés exécutent leur travail sur le territoire d'un État membre autre que celui de l'ouverture de la procédure, à introduire l'application d'une loi autre que la *lex concursus*. Ainsi, lorsque les salariés d'un employeur faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans un État membre travaillent en France, la loi applicable sera nécessairement le droit du travail français si le contrat a été conclu en France et s'exécute dans ce pays. Lorsqu'il aura été conclu à l'étranger et que le salarié l'exécutera en France, ce contrat de travail international entrera dans le champ d'application de l'article 8 du règlement du 17 juillet 2008 sur les obligations contractuelles pour déterminer la loi le régissant (*F. Mélin, ouvrage préc.*, n° 227 et s. - *Q. Urban, La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière : JCP G 2006, I, 122.* - *V. Allegaert, Les droits des salariés et le droit européen des procédures d'insolvabilité : JCP S 2007, 1342*). La circulaire du 15 décembre 2006 relative au règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (*préc.*) retient également l'utilisation de la convention de Rome, devenue depuis un règlement, pour déterminer la loi applicable aux contrats de travail.

29. - Domaines respectifs des lois applicables - La possible pluralité de lois applicables conduit à se pencher sur leur domaine respectif. Ainsi, lorsqu'une procédure d'insolvabilité aura été ouverte en France pour un débiteur qui emploie des salariés dans un autre État membre, l'administrateur nommé dans la procédure soumise, selon l'article 4 du règlement, au livre VI du Code de commerce devra s'interroger sur la situation de ces salariés. Si la loi française a été choisie par les parties pour régir le contrat de travail exécuté dans un autre État membre, les salariés seront assimilés aux salariés travaillant en France. En revanche, le choix d'une autre loi ou à défaut l'application de la loi du pays dans lequel ou à partir duquel le travailleur accomplit habituellement son travail conduira à un morcellement du droit applicable dont les frontières seront parfois délicates à établir.

D'une part, "*les effets de la procédure d'insolvabilité sur le contrat de travail et sur le rapport de travail*" seront soumis exclusivement à la loi de l'État membre applicable au contrat de travail selon l'article 10 du règlement. Il faut tout de suite remarquer que cette loi a un caractère exclusif pour régir le contrat et le rapport de travail et qu'il doit s'agir impérativement de la loi d'un État membre, à défaut la *lex fori concursus* retrouverait son emprise sur les contrats de travail. Ainsi, cette loi régira toutes les modifications du contrat de travail envisagées lors de la procédure d'insolvabilité et surtout, la rupture des contrats de travail devrait également obéir à cette loi comme le précise la circulaire du 15 décembre 2006 (*citée supra* n° 10). Ce texte indique que la loi applicable au contrat de travail "fixe les conditions de la rupture de ce contrat et il convient donc de s'y référer pour savoir si le syndic a le pouvoir de procéder à des licenciements sans autorisation judiciaire. Dans l'affirmative, la juridiction française saisie de la régularité du licenciement pourrait cependant examiner la conformité de l'application de la loi étrangère à l'ordre public". Il faut même se demander, s'il ne serait pas plutôt question, en l'espèce, de qualifier la loi française qui protège les salariés de loi de police. Il ressort de ce premier point que toutes les questions qui toucheront au contrat de travail et au rapport de travail devront relever de la loi du contrat. La référence au contrat de travail et au rapport de travail opérée dans l'article 10 permet d'englober tous les droits et obligations des salariés qui ne résultent pas du contrat lui-même. Comme précédemment, une fois la loi déterminée, le contenu de cette loi applicable peut faire débat. S'agit-il des dispositions applicables au contrat de travail insérées dans la loi sur l'insolvabilité applicable ou seulement de celles du droit du travail ? À notre sens, les premières doivent trouver à s'appliquer car il est souvent nécessaire d'adapter les règles du droit du travail pour les rendre compatibles avec les impératifs des procédures d'insolvabilité. Si cet éclatement des lois applicables au contrat de travail s'avère défavorable, il sera possible de demander l'ouverture d'une procédure secondaire sur le territoire de l'État membre où les salariés effectuent leur travail, à condition de caractériser la présence d'un établissement du débiteur, notion définie par le règlement (CE) n° 1346/2000 comme "*tout lieu d'opérations où le débiteur exerce*

de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens"(V. *supra* Fasc. 3125 ; JCl. Commercial, Fasc. 3125, *préc.*, n° 44). Cette solution peut permettre de retrouver l'application d'une loi unique, celle du contrat étant également celle du lieu d'ouverture de la procédure.

D'autre part, il convient de laisser, à notre sens, sous l'empire de la *lex fori concursus* tout ce qui concerne le déroulement de la procédure d'insolvabilité et qui touche les salariés, même si leur contrat de travail est régi par une autre loi. Il en est ainsi pour une procédure d'insolvabilité ouverte en France de la nomination d'un représentant des salariés et de la participation des salariés à la procédure (plus nuancé, *Q. Urban, art. préc.*, spécialement 7 et 8).

2) Traitement des créances salariales

30. - Créanciers protégés - Les salariés sont dans les procédures d'insolvabilité des créanciers soumis à un traitement variable, tantôt ils seront traités comme tous les autres créanciers et tantôt ils bénéficieront de règles exorbitantes dont la plus significative consiste dans la couverture de leurs créances salariales par une institution de garantie qui existe dans tous les États membres (*F. Jault-Seseké, art. préc.*).

31. - Application du droit commun - En leur qualité de créancier, les salariés vont être soumis essentiellement à la loi d'ouverture, les dispositions de l'article 4 du règlement qui envisagent la situation des créanciers trouvant à s'appliquer. Il en sera ainsi de la déclaration et du rang des créances salariales. Comme tous les autres créanciers, ils seront destinataires de l'information que le syndic nommé dans la procédure doit fournir aux créanciers selon l'article 40 du règlement.

32. - Modalités spéciales de paiement - Les procédures d'insolvabilité transfrontalières posent, comme les procédures nationales, la question du paiement des salariés lorsque l'employeur fait l'objet d'une telle procédure et qu'il ne pourra plus assumer tout ou partie des charges salariales de son entreprise. Au sein de l'Union européenne, le sort des créances salariales a retenu l'attention depuis longtemps puisque dès 1980, un texte a été élaboré dans le but de protéger le droit au paiement des salariés. La directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980 a imposé aux États membres d'organiser une institution de garantie qui assure le paiement des créances salariales si l'employeur fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Actuellement le régime des créances salariales dans les procédures d'insolvabilité résulte d'une directive du 23 septembre 2002 qui devait être transposée dans le droit des États membre avant le 8 octobre 2005, la France ne l'ayant transposée que par une loi du 30 janvier 2008 (*S. Dion-Loye, Impact en droit français de la directive du 23 septembre 2002 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : LPA 12 déc. 2003, n° 248, p. 42. - F. Mélin, La protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : la loi du 30 janvier 2008 transposant la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 : JCP E 2008, act. 94*). En outre, pour plus de clarté et en raison des diverses modifications apportées à la directive de 1980, celle-ci a été codifiée et abrogée par une nouvelle directive en date du 22 octobre 2008 (*Dir. 2008/94/CE, 22 oct. 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : Journal Officiel de l'union européenne 28 Octobre 2008*).

Note de la rédaction - Mise à jour du 30/04/2014

32 et 35 . - Paiement des créances salariales

Quelle institution est responsable des obligations définies par l'article 3 de la directive concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (Directive n° 80/987, 20 oct. 1980, version antérieure à celle découlant de

la directive 2002/74, 23 sept. 2002) ? Dans cette décision, la Cour de cassation rappelle et applique la solution retenue par la Cour de justice de l'Union européenne concernant la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (*CJUE*, 17 nov. 2010, *aff. C-477/09, Defossez c/ Wiart*). L'institution compétente pour le paiement des créances impayées d'un travailleur, qui a habituellement exercé son activité dans un État membre autre que celui où se trouve le siège social de l'employeur et dans lequel cet employeur n'est pas établi, est celle auprès de laquelle il remplit son obligation de contribution de financement dans l'État membre de son siège. Cette disposition ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale prévoie qu'un travailleur puisse se prévaloir de la garantie salariale de l'institution nationale, conformément au droit de cet État membre, à titre complémentaire ou substitutif par rapport à celle offerte par l'institution désignée comme étant compétente en application de cette directive, pour autant, toutefois, que ladite garantie donne lieu à un niveau supérieur de protection du travailleur (*Cass. soc.*, 21 sept. 2011, n° 08-41.512, n° 1821, *FS-P+B, M. Defossez c/ M. Wiart et a.* : *JurisData* n° 2011-019359 ; *Cass. partielle sans renvoi CA Douai, ch. soc.*, 31 janv. 2008 ; *Act. proc. coll.* 2011-16, *comm.* 252, *obs. L. Fin-Langer* ; *Rev. proc. coll.* 2011, *comm.* 198, *note Fr. Taquet* ; *Rev. proc. coll.* 2011, *comm.* 171, *note M. Menjucq* ; *Cah. soc. barreau Paris* 2011, n° 235, p. 292, *obs. Fr.-J. Pansier* ; *LEDEN* 2011-10, p. 7, *obs. G. Dedessus-Le-Moustier*).

33. - Détermination de l'institution compétente - Dans le cas d'une procédure d'insolvabilité régie par le règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000, des incertitudes sont apparues pour déterminer l'institution qui était compétente pour couvrir les créances salariales, le lieu d'ouverture de la procédure et le lieu d'exécution des prestations de travail pouvant se trouver sur le territoire d'États membres différents. La jurisprudence a, après des hésitations, considéré sous l'empire de la directive du 20 octobre 1980 que l'institution de garantie compétente pour le paiement des créances salariales est celle de l'État dans lequel "soit l'ouverture de la procédure de désintéressement collectif est décidée, soit la fermeture de l'entreprise ou de l'établissement de l'employeur est constatée" (*CJCE*, 17 sept. 1997, *aff. C-117/96, Mosbæk* : *Rec. CJCE* 1997, I, p. 5017). Toutefois, si l'employeur disposait d'un établissement dans l'État membre où travaillaient les salariés, l'institution compétente était celle du "lieu d'activité des travailleurs" (*CJCE*, 16 déc. 1999, *aff. C-198/98, Everson et Barrass* : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 8903 ; *Dr. ouvrier* 2000, p. 298). Cette solution a été modifiée du fait de l'ajout par la directive du 23 septembre 2002 d'un article 8 *bis* à la directive de 1980 qui dispose qu'est compétente "l'institution de l'État membre sur le territoire duquel les salariés exercent ou exerçaient habituellement leur travail lorsque l'entreprise a des activités sur le territoire d'au moins deux États membres". Une formule identique se retrouve à l'article 9 de la directive 2008/94/CE du 22 octobre 2008 qui a recodifié les directives antérieures.

La Cour de cassation faisant application de ces nouveaux critères de détermination de l'institution compétente a jugé dès 2002 qu'"Attendu, enfin, que la cour d'appel qui a constaté que les salariés exerçaient leur activité dans un établissement situé sur le territoire français, a décidé, à bon droit, conformément à l'article 3 de la directive 80/987/CEE tel qu'interprété par la Cour de justice (*CJCE*, 16 déc. 1999, *aff. C-198/98, G. Everson et T.J. Barrass* : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 8903) que l'AGS était compétente pour garantir les créances des intéressés" alors que la procédure avait été ouverte à Rome au bénéfice d'une société italienne (*Cass. soc.*, 2 juill. 2002 : *RJS* 2002, n° 1128 ; *JCP G* 2003, II, 10026, *note M. Menjucq*). Cette juridiction a confirmé ensuite cette position en affirmant que "lorsqu'une entreprise est mise en liquidation dans un État membre et dispose d'un établissement dans un autre État membre, les créances des salariés qui y exercent leur activité sont garanties, en cas d'insolvabilité de leur employeur, par les institutions du lieu de cette activité" (*Cass. soc.*, 26 avr. 2006 : *Bull. civ.* 2006, IV, n° 144). Il faut tout de même remarquer qu'une différence existe dans la terminologie utilisée par la jurisprudence, notamment celle de la Cour de justice et celle du législateur dans la directive de 2002. Alors que les décisions prenaient en compte l'existence d'un établissement (*CJCE*, 16 déc. 1999), la directive fait référence seulement à la notion d'activité. Dans un arrêt du 16 octobre 2008, la Cour de justice a livré son analyse de cette évolution en affirmant que l'article 8 *bis* de la directive "doit être interprété en ce sens que, pour qu'une entreprise

établie dans un État membre soit considérée comme ayant des activités sur le territoire d'un autre État membre, il n'est pas nécessaire que celle-ci dispose d'une succursale ou d'un établissement stable dans cet autre État. Il faut toutefois que cette entreprise dispose dans ce dernier État d'une présence économique stable, caractérisée par l'existence de moyens humains lui permettant d'y accomplir des activités" (*CJCE, 16 oct. 2008, aff. C-310/07, Svenska Staten c/ Anders Holmqvist : Bull. Joly 2009, p. 163, note R. Dammann et M. Robinet*). Ainsi, la présence de l'entreprise doit être vérifiable sur le territoire pour que l'institution de garantie soit recherchée pour payer les sommes dues aux salariés qui exercent habituellement leur activité sur ce territoire.

34. - Système français - Si le système de garantie des créances salariales pour les salariés d'une entreprise faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité existe dans tous les États membres, les règles applicables peuvent sensiblement diverger d'un pays à l'autre, les directives ayant eu comme objectif l'harmonisation des législations des États membres non leur uniformisation. De ce fait, de nombreuses dispositions de la directive pouvaient être écartées par les États membres ou transposées à minima. Cette diversité conduit donc à exposer le régime français de couverture qui résulte, dans son dernier état, de la loi du 30 janvier 2008 qui a transposé la directive du 23 septembre 2002 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (*F. Mélin, La protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : La loi du 30 janvier 2008 transposant la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 : JCP E 2008, act. 94*). L'organisme de couverture des créances salariales est en France l'AGS, acronyme simplifié, de "Association nationale pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés" créée en 1973 qui a confié la gestion du régime de couverture à l'Unedic. Il s'agit d'une association de droit privé dont les ressources proviennent des cotisations versées par les employeurs assujettis et des sommes récupérées dans les procédures (*Th. Météty, La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'AGS : LPA 19 oct. 2006, p. 27*).

35. - Couverture par l'AGS - Les articles L. 3253-18-1 à L. 3253-18-9 du Code du travail précisent les règles de couverture des créances salariales dans l'hypothèse d'un employeur soumis à une procédure d'insolvabilité qui est établi dans un autre État membre. Conformément à l'article 9 de la directive précitée, l'article L. 3253-18-1 du Code du travail affirme que l'AGS, organisme français de garantie des salaires, "*assure le règlement des créances impayées des salariés qui exercent ou exerçaient habituellement leur activité sur le territoire français, pour le compte d'un employeur dont le siège social, s'il s'agit d'une personne morale, ou, s'il s'agit d'une personne physique, l'activité ou l'adresse de l'entreprise est situé dans un autre État membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen, lorsque cet employeur se trouve en état d'insolvabilité*". L'examen de cette disposition du Code du travail fait immédiatement ressortir l'absence de référence, comme dans la directive, à l'exercice d'activité sur au moins deux États membres. Toutefois, il est possible de penser que la jurisprudence française sera attentive, en dépit de cette rédaction, à ne pas ouvrir trop largement les vannes de la couverture de l'AGS pour des procédures d'insolvabilité, même si c'est la tendance inverse qui domine pour les procédures internes (*R. Dammann et M. Robinet, art. préc. - F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement : LGDJ, 2009, n° 486*). En raison des disparités dans les législations nationales et des critères de compétence des institutions, il conviendra d'analyser la situation de chacun des salariés pour déterminer quelle est l'institution de l'État membre compétente. Ainsi, lors d'une procédure d'insolvabilité ouverte en France, il se peut que certaines créances des salariés de l'employeur soient prises en charge par l'institution de garantie d'un autre État membre.

36. - Créances salariales couvertes - Lorsque les créances salariales seront couvertes par l'AGS en France, le fait que la procédure soit une procédure d'insolvabilité au sens du règlement (CE) n° 1346/2000 n'aura aucune incidence, l'AGS devant prendre en charge les mêmes créances salariales que dans une procédure nationale (*C. trav., art. L. 3253-18-3*). Ainsi, seront couvertes en vertu de l'article L. 3253-8 :

1° Les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, ainsi que les contributions dues par l'employeur dans le cadre de la convention de reclassement personnalisé ;

2° Les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant :

- a) Pendant la période d'observation ;
- b) Dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession ;
- c) Dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation ;
- d) Pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire et dans les quinze jours suivant la fin de ce maintien de l'activité ;

3° Les créances résultant de la rupture du contrat de travail des salariés auxquels a été proposée la convention de reclassement personnalisé, sous réserve que l'administrateur, l'employeur ou le liquidateur, selon le cas, ait proposé cette convention aux intéressés au cours de l'une des périodes indiquées au 2°, y compris les contributions dues par l'employeur dans le cadre de cette convention et les salaires dus pendant le délai de réponse du salarié ;

4° Lorsque le tribunal prononce la liquidation judiciaire, dans la limite d'un montant maximal correspondant à un mois et demi de travail, les sommes dues ;

- a) Au cours de la période d'observation ;
- b) Au cours des quinze jours suivant le jugement de liquidation ;
- c) Au cours du mois suivant le jugement de liquidation pour les représentants des salariés prévus par les articles L. 621-4 et L. 631-9 du Code de commerce ;
- d) Pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation et au cours des quinze jours suivant la fin de ce maintien de l'activité.

La garantie des sommes et créances mentionnées aux 1°, 2° et 4° inclut les cotisations et contributions sociales et salariales d'origine légale, ou d'origine conventionnelle imposée par la loi.

La différence essentielle réside dans les délais qui sont tous portés à 3 mois dans le cas d'une procédure d'insolvabilité.

37. - Atout de la couverture AGS - Même si une protection est uniformément accordée aux salariés qui bénéficieront dans l'ensemble des États membres d'une assurance pour le paiement de leurs créances salariales, cette couverture ne sera pas identique puisque les créances entrant dans la garantie sont définies par la loi de l'État membre ainsi que les plafonds de couverture pour la fixation desquels la directive a reconnu une liberté encadrée aux institutions assurant cette mission dans les États membres. De ce point de vue, la situation des salariés exerçant de façon habituelle leur activité sur le territoire français sera particulièrement favorable, l'AGS ayant un domaine d'intervention large et le plafond le plus élevé d'Europe. Il sera donc tentant pour un salarié dont l'employeur est frappé par une procédure d'insolvabilité d'essayer de rechercher cette couverture même si le lien avec la France est ténu.

d) Opérations réalisées sur un marché financier

38. - Bulle législative - Le règlement dans son article 9 édicte une règle qui constitue une véritable bulle législative pour les opérations réalisées par les participants à un système de paiement ou de règlement ou à un marché financier, seule la loi de l'État membre applicable au système ou au marché étant applicable. Cette disposition, dont le but est de protéger les droits acquis par les participants à ces marchés, s'inscrit dans l'évolution du droit de l'Union européenne en ce domaine qui, dans différents textes adoptés notamment des directives, a déjà prévu des règles spécifiques concernant la loi applicable. Le considérant 27 du règlement (CE) n° 1346/2000 est d'ailleurs sur ce point éclairant lorsqu'il précise qu' *"Il existe aussi un besoin de protection particulier en ce qui concerne les systèmes de paiement et les marchés financiers. Cela s'applique à la compensation et à la liquidation prévues dans ces systèmes, ainsi qu'à la cession de titres et aux sûretés constituées pour ces transactions, conformément, notamment, à la directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. Seule la loi applicable au système ou au marché concerné devrait s'appliquer à ces transactions"*. Cette

disposition tend à éviter toute modification des mécanismes de règlement et de liquidation des transactions prévus dans des systèmes de paiement ou de règlement ou sur les marchés financiers des États membres, en cas d'insolvabilité d'une des parties à une transaction. La directive 98/26/CE du 19 mai 1998 contient des dispositions particulières qui supplantent les dispositions générales du présent règlement.

39. - Solutions harmonisées - L'article 9 du règlement (CE) n° 1346/2000 trouve son origine dans la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres (*Dir. 98/26/CE, 19 mai 1998 : Journal Officiel des communautés européennes 11 Juin 1998, p. 45.* - P. Bloch, *La directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres in Mélanges AEDBF-France, t. II : Banque éditeur, 1999, p. 49*). En effet ce texte, dans plusieurs de ses articles, indique les dispositions que les États membres doivent intégrer dans leur législation à propos des opérations sur les titres afin de préserver les participants à ces opérations contre la procédure d'insolvabilité qui frapperait l'un d'entre eux. Ainsi, selon le considérant 16 de la directive, "*les procédures d'insolvabilité ne devraient pas avoir un effet rétroactif sur les droits et les obligations des participants à un système*", le considérant 18 ajoutant que "*les garanties devraient être soustraites aux effets de la législation sur l'insolvabilité applicable au participant insolvable*". Il est clair que la directive a pour objectif de sécuriser les opérations sur les titres afin "*de contribuer au fonctionnement efficace et rentable du mécanisme transfrontalier de paiement et de règlement des opérations sur titres dans la Communauté, ce qui renforce la liberté de circulation des capitaux au sein du marché intérieur*". Face à ces impératifs, la directive détaille dans ses articles 3 et suivants la position à adopter par les législations des États membres en cas de procédure d'insolvabilité et principalement, il est affirmé dans l'article 8 que "*lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre d'un participant à un système, les droits et obligations découlant de sa participation ou liés à cette participation sont déterminés par la législation applicable audit système*". Le règlement (CE) n° 1346/2000 a donc repris, ce qui est particulièrement opportun, la règle de la directive qui se retrouve également dans les droits nationaux, notamment en France à l'article L. 330-1 du Code monétaire et financier (P. Minor, *Droit bancaire, Frontières et droit des procédures collectives : RD bancaire et fin. janv. 2010, dossier 9*).

40. - Portée de l'article 9 - L'article 9 du règlement (CE) n° 1346/2000 a été rédigé assez largement pour assurer une protection réelle aux participants à des opérations portant sur des instruments financiers. D'une part, le texte vise, comme la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur les titres, ces systèmes étant définis dans cette directive, il convient de s'y reporter pour appréhender le domaine (P. Bloch, *art. préc.* - G.-C. Giorgini, *thèse préc.*, n° 426). Il mentionne également, de manière plus large, les droits et obligations des participants à un marché financier. Ainsi, l'ensemble des opérations réalisées dans le secteur financier sera protégé contre les effets d'une procédure d'insolvabilité qui s'ouvrirait sur un État membre appliquant une loi autre que celle du système ou du marché. D'autre part, à propos de la nullité ou de l'opposabilité des paiements ou des transactions, le règlement comporte une disposition originale. En effet pour les autres textes, lorsque cette nullité ou cette opposabilité est envisagée, comme aux articles 6 et 7, elle est soumise à l'article 4 du règlement, c'est-à-dire à la loi d'ouverture. Pour les opérations visées à l'article 9, cette compétence législative est écartée pour retenir exclusivement la loi applicable au système de paiement ou au marché financier, aucun espace n'étant laissé en cette matière à la *lex fori concursus*. Enfin, comme souvent dans le règlement, la question de la loi désignée par la règle de conflit retenue doit être résolue. Il s'agira, en l'espèce, du droit financier qui comportera dans les États membres des dispositions sur les effets d'une procédure d'insolvabilité. En raison de la transposition de la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 qui a dû intervenir en décembre 1999, ces effets devraient être sensiblement les mêmes et donc largement atténués quelle que soit la loi applicable.

e) Actes préjudiciables aux créanciers

41. - Menace neutralisée - Le règlement, dans son article 4, paragraphe 2, point *m*, prévoit que la loi d'ouverture est applicable pour "*les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'opposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers*". L'article 13 du règlement énonce que "*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". Ainsi, cette dernière disposition est de nature à neutraliser la menace qui pèse, en vertu de la loi d'ouverture, sur les actes préjudiciables aux créanciers qui ont pu être conclus par le débiteur. Comme avec les articles L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce français seront principalement visés les actes passés avant l'ouverture de la procédure qui ont été conclus dans des conditions défavorables au débiteur pour avantager certains créanciers ou pour soustraire des biens à l'actif de la procédure. La sanction, la nullité ou de l'inopposabilité de l'acte selon le droit applicable, sera mise en oeuvre en cas de procédure d'insolvabilité et produira les effets prévus par la *lex fori concursus*, ce qui est de nature à bouleverser les prévisions des parties, si cette loi retient des conditions d'application relativement souples pour prononcer la sanction. Dès lors, le règlement, souhaitant protéger la "*confiance légitime*" selon l'expression utilisée dans le considérant 24, a offert, avec l'article 13, une arme défensive au créancier dont les conditions d'application sont toutefois bien encadrées.

42. - Modalités d'application - Le texte de l'article 13 révèle les conditions assez strictes de mise en oeuvre de la protection accordée par le règlement à la personne qui a bénéficié de l'acte qui s'avère préjudiciable à l'ensemble des créanciers. En effet, il appartient à cette personne d'apporter une double preuve à la juridiction qui veut faire application de l'article 4, paragraphe 2, point *m* pour contrer l'action en nullité ou en inopposabilité de l'acte.

D'une part, il convient d'établir la loi applicable à l'acte préjudiciable, loi qui doit être celle d'un État membre précise l'article 13. Cette démarche est originale en droit international car la loi applicable est généralement, c'est le cas en droit français par exemple, déterminée par le juge, seule la preuve de la teneur de cette loi pesant sur le demandeur. Les moyens de prouver la loi applicable pourront varier en fonction de la nature de l'acte préjudiciable. Ainsi, s'il s'agit d'un contrat, ce qui sera certainement l'hypothèse la plus fréquente, la loi applicable, la *lex contractus*, sera souvent la loi choisie par les parties et il suffira pour l'établir de se référer au contrat. Certains ne manquent pas de dénoncer les dangers d'une telle règle, des contractants avertis pouvant choisir d'appliquer la loi qui confère la plus grande protection à cet acte en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, qui peut être proche (G.-C. Giorgini, *thèse préc.* - J.-L. Vallens, *Les créanciers et le règlement (CE) n° 1346/2000 : LPA 20 nov. 2001*, p. 33). À défaut de choix par les parties dans le contrat, ce sont les règles du règlement Rome I du 17 juillet 2008 qui devront être utilisées pour déterminer la loi applicable au contrat et établir dans un premier temps que cette loi est différente de la loi de l'État membre d'ouverture.

D'autre part, la personne qui a bénéficié de l'acte préjudiciable doit prouver "que cette loi ne permet en l'espèce par aucun moyen, d'attaquer cet acte". Il s'agit alors de prouver la teneur matérielle de la loi applicable. Diverses remarques peuvent être faites sur la formulation adoptée par l'article 13. Le terme "en l'espèce" doit conduire, à notre sens, à considérer qu'il appartient à la personne d'établir que cette loi applicable, dans des circonstances identiques, ne permet pas d'annuler ou de déclarer inopposable l'acte préjudiciable. Il faudra donc raisonner par rapport à la procédure d'insolvabilité et aux règles qui y sont applicables dans la loi qui régit l'acte. Le texte de l'article 13 ajoute qu'il faut démontrer que cette loi ne permet "par aucun moyen" d'attaquer l'acte. Dès lors, il faudra élargir le spectre des règles et rechercher dans la loi applicable toutes celles qui peuvent permettre de remettre en cause l'acte, celles propres aux procédures d'insolvabilité comme celles du droit commun qui pourraient également tendre à cette nullité ou à cette inopposabilité. Une fois, ces diverses règles identifiées, il faudra établir que les conditions qu'elles posent n'étant pas remplies, l'acte préjudiciable ne peut pas être attaqué. Ainsi, au cours d'une procédure d'insolvabilité qui se déroulerait dans un État membre autre que la France, une personne dont l'acte passé avec le débiteur relèverait de l'article 4, paragraphe 2, point *m*, pourrait établir que cet acte doit être soumis à la loi française et qu'au regard de la loi française (*Livre VI du Code de commerce et dispositions du droit civil*, comme par exemple l'action paulienne) cet acte ne peut être ni annulé ni déclaré inopposable. Il faut terminer en indiquant que la personne qui veut invoquer l'article 13 du règlement devra respecter les règles de preuve de la juridiction d'ouverture.

f) Actes conclus après l'ouverture de la procédure

43. - Protection du tiers acquéreur - L'article 14 du règlement (CE) n° 1346/2000 instaure une protection des

tiers acquéreurs qui vont traiter avec le débiteur soumis à une procédure d'insolvabilité alors que le bien vendu, immeuble, navire, aéronef ou valeur mobilière est situé à l'étranger ou inscrit dans un registre à l'étranger. Il est évident que le législateur a voulu prendre en considération la difficulté pour le cocontractant de connaître la situation du débiteur avec lequel l'acte de disposition sera conclu. Or, et c'est un de ses critères de qualification, la procédure d'insolvabilité emporte dessaisissement du débiteur ce qui entraîne, dans la majorité des législations des États membres, un encadrement strict des actes de disposition sous peine souvent, de nullité de cet acte. Par exemple, dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en France, le livre VI du Code de commerce prévoit, quelle que soit la procédure ouverte, une restriction des pouvoirs du débiteur, même si le dessaisissement est réservé à la liquidation judiciaire. Au cours de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'article L. 622-7 du Code de commerce impose l'autorisation du juge-commissaire pour accomplir un acte de disposition étranger à la gestion courante, le non-respect de cette disposition entraînant la nullité de cet acte.

Certes, l'article 22 du règlement prévoit que le syndic de la procédure principale peut demander que la décision d'ouverture soit inscrite "*au livre foncier, au registre du commerce et à tout autre registre public tenu dans les autres États membres*". Toutefois, cette inscription n'est pas obligatoire sauf si elle est prévue par l'État membre d'inscription du bien. Ainsi, le risque est grand que le tiers acquéreur ne soit pas informé de la situation de son vendeur. Il faut remarquer que l'article 14 du règlement n'établit pas de différence selon qu'une inscription a été accomplie ou non dans l'État où se situe le bien ou dans lequel il est inscrit. La négligence du tiers acquéreur semble donc indifférente (*G.-C. Giorgini, thèse préc., n° 433*). En dehors des inscriptions, le règlement prescrit également des mesures de publicité des procédures d'insolvabilité qui n'auraient pas plus d'effet que les inscriptions au regard de la mise en oeuvre de l'article 14, ce qui constitue une protection très efficace pour le cocontractant qui n'a aucune recherche à accomplir avant de passer l'acte.

44. - Conditions d'application - Les conditions d'application concernent l'acte conclu et les biens transmis. D'une part, la rédaction de l'article 14 réserve exclusivement la protection au tiers qui a conclu avec le débiteur un acte de disposition à titre onéreux. Cette mesure permet ainsi de sécuriser les actes n'ayant pas appauvri le débiteur, une contrepartie ayant été fournie ainsi que le transfert de propriété qui découle de cet acte de disposition, le bénéficiaire d'un acte à titre gratuit ne méritant pas la même sollicitude du législateur. D'autre part, l'acte de disposition doit avoir pour objet, un immeuble, un navire ou un aéronef soumis à inscription dans un registre public ou des valeurs mobilières dont l'existence suppose une inscription dans un registre prévu par la loi. Cette dernière hypothèse concerne les titres dématérialisés qui nécessitent une inscription en compte, comme cela est le cas en vertu du droit français.

45. - Loi applicable - L'article 14 du règlement précise que "*la validité de cet acte est régie par la loi de l'État sur le territoire duquel ce bien immobilier est situé ou sous l'autorité duquel ce registre est tenu*". Deux remarques peuvent être formulées quant à cette règle. D'une part, la loi, autre que la *lex fori concursus* applicable, ne déterminera que les conditions de validité de cet acte de disposition, les pouvoirs du débiteur étant, en l'occurrence, particulièrement visés. D'autre part, la loi applicable peut être une loi d'un État autre qu'un État membre et il s'agit pour l'immeuble de celle de son lieu de situation et pour les autres biens de celle de leur lieu d'inscription. Même si pour les biens immobiliers, le règlement mentionne soit le lieu de situation (*art. 8, et art. 14*) soit le lieu d'inscription (*art. 11*), ces différences de rédaction sont neutres en pratique car l'inscription se fait au lieu de situation.

2° Loi applicable aux biens inscrits

46. - Tradition - En ce qui concerne les biens, le droit international privé retient en matière de conflit de lois, l'application de la *lex rei sitae*, c'est-à-dire la loi du lieu de situation des biens et cette règle est très largement admise, notamment elle est celle majoritairement retenue par les législations européennes. Le domaine de la *lex rei sitae* est large puisqu'il couvre la majorité des droits réels et vise les biens meubles corporels ou incorporels et les immeubles sous réserve d'adaptation en fonction de la catégorie concernée. Dès lors, le règlement (CE) n° 1346/2000 a intégré des dispositions qui sont pour les biens inspirées, voire calquées sur celles du droit international privé des États

membres, ce qui pourra alors constituer une dérogation au domaine de la loi d'ouverture consacrée par l'article 4, l'article 11 du règlement illustrant cette application de la *lex rei sitae*.

47. - Exception limitée - L'article 11 du règlement (CE) n° 1346/2000 dispose que "*les effets de la procédure d'insolvabilité concernant les droits du débiteur sur un bien immobilier, un navire ou un aéronef, qui sont soumis à inscription dans un registre public, sont régis par la loi de l'État membre sous l'autorité duquel ce registre est tenu*". Cette disposition tient compte de l'instauration au sein des États européens de systèmes de publicité qui ont pour objectifs de sécuriser les opérations juridiques, comme c'est le cas pour les immeubles, ou de permettre une identification et une localisation des biens qui par leur nature sont sujets à des déplacements fréquents. L'article 11 livre une liste limitée des biens soustraits à la *lex fori concursus* alors que les systèmes de publicité peuvent viser d'autres biens, comme notamment les droits de propriété industrielle. À défaut de mention dans ce texte, ils seraient donc soumis à la *lex fori concursus*, notamment quant à leur cession en cas de cession de l'entreprise. Toutefois, il faut signaler que l'article 12 du règlement précise que "*un brevet communautaire, une marque communautaire ou tout autre droit analogue établi par des dispositions communautaires ne peut être inclus que dans une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1*", c'est-à-dire une procédure principale. Cette règle qui ne vise que les droits de propriété intellectuelle communautaires, ayant fait l'objet d'une procédure d'enregistrement communautaire qui leur assure une protection au sein des États membres permet de les préserver d'une procédure secondaire exclusivement liquidative susceptible de porter irrémédiablement atteinte à leur valeur. Actuellement, les droits de propriété industrielle peuvent soit être enregistrés nationalement et alors ils subiront les effets de la procédure d'insolvabilité, soit être enregistrés sous une marque ou un brevet communautaire et ils seront donc soumis à l'article 12 du règlement en cas de procédure d'insolvabilité.

48. - Sécurité - La règle retenue par l'article 11 du règlement (CE) n° 1346/2000 qui exclut la *lex fori concursus* pour donner compétence à la loi de l'État membre sous l'autorité duquel le registre est tenu présente l'avantage de la stabilité de la loi régissant les immeubles, les aéronefs et les navires. Comme dans la majorité des autres dispositions du règlement qui dérogent à la loi d'ouverture, la condition est encore que la loi applicable, selon cette règle de conflit, soit la loi d'un État membre. À défaut, la *lex fori concursus* redeviendrait applicable. La formulation de l'article 11 réserve cette exclusion aux effets de la procédure d'insolvabilité concernant les droits du débiteur sur les biens énumérés, ce qui signifie que les droits que les tiers pourraient avoir sur ces biens ne seraient pas compris dans le champ de cet article. S'il s'agit de droits réels, l'article 5 pourrait jouer si le bien se trouve sur le territoire d'un autre État membre que celui d'ouverture, ce qui sera au moins le cas des immeubles visés dans l'article 11.

3° Instances en cours

49. - Textes - Deux textes complémentaires évoquent dans le règlement la question des instances en cours. L'article 4, paragraphe 2, point *f* prévoit l'application de la *lex fori concursus* pour déterminer les effets de la procédure sur les poursuites individuelles mais il exclut les instances en cours dont le sort est fixé par l'article 15 qui dispose que "*les effets de la procédure d'insolvabilité sur une instance en cours concernant un bien ou un droit dont le débiteur est dessaisi sont régis exclusivement par la loi de l'État membre dans lequel cette instance est en cours*". Cette solution permet donc à la juridiction d'appliquer sa propre loi et de déterminer, en se fondant sur cette dernière, les effets que la procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre produira sur l'instance. Une fois encore, le règlement reprend les solutions traditionnellement retenues en droit international privé généralement en vigueur dans les États membres. Le juge saisi reste ainsi maître de la procédure en cours devant sa juridiction.

50. - Domaine d'application - Pour que l'article 15 trouve à s'appliquer plusieurs conditions doivent être réunies. En premier lieu, il faut caractériser une instance en cours, notion qui n'est pas nécessairement aisée à appréhender si l'on en croit, par exemple, le droit français et la jurisprudence abondante développée sur cette notion (*P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz action 2010-2011, n° 682-72*). Dans cette hypothèse, c'est la juridiction ayant ouvert la procédure qui constatera l'existence de cette procédure en cours à l'étranger et admettra alors sa soustraction à la loi d'ouverture et notamment, il s'agit de l'enjeu essentiel, de l'absence d'arrêt des poursuites pour cette instance selon la loi d'ouverture. En second lieu, l'instance doit porter sur un bien ou un droit

dont le débiteur est dessaisi, c'est-à-dire qui sera compris dans le périmètre de la procédure d'insolvabilité et sur lequel elle aurait normalement dû produire ses effets dans les conditions de l'article 4. Ainsi, en prenant l'exemple du droit français, diverses incertitudes peuvent apparaître.

D'une part, certaines des procédures qui sont mentionnées à l'annexe A du règlement, comme la sauvegarde et le redressement judiciaire n'entraînent pas à proprement parler le dessaisissement du débiteur, ce qui pourrait être un obstacle au jeu de l'article 15, et conduirait à admettre l'application de la *lex fori concursus* pour déterminer les effets de la procédure d'insolvabilité sur l'instance en cours. Toutefois, il faut conférer un sens large au terme de dessaisissement et considérer, qu'à l'exception des droits strictement personnels qui échappent à l'article 15 du règlement (CE) n° 1346/2000, les autres, touchés par la procédure d'insolvabilité, seront compris dans le domaine de l'article 15.

D'autre part, la règle posée par l'article 15 du règlement (CE) n° 1346/2000 doit-elle comprendre les procédures d'arbitrage ? Ces procédures qui sont fréquentes pour les litiges en matière commerciale sont également très pratiquées dans les relations internationales. Dès lors, il ne sera pas rare qu'une ou plusieurs instances arbitrales soient en cours au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La formulation de l'article 15 qui mentionne sans autre précision les instances en cours paraît pouvoir s'appliquer aux procédures d'arbitrage portant sur un droit ou un bien dont le débiteur est dessaisi. Néanmoins, si la procédure d'arbitrage est bien une instance, elle est aussi, et avant tout, une convention ce qui pourrait conduire à la soumettre à l'article 4, paragraphe 2 (e), du règlement et à lui appliquer alors en tant que contrat en cours la loi d'ouverture. Les premières décisions de jurisprudence semblent contradictoires certaines privilégiant l'application de l'article 15 et la qualification d'instance en cours restant sous la loi de la juridiction saisie au jour de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité alors que d'autres font prévaloir l'article 4 du règlement (*deux décisions dans aff. Vivendi c/ Syska-Elektrim ; décision citée par D. Vidal, Procédure collective et procédure d'arbitrage : Gaz. proc. coll. 30-31 oct. 2009, spécialement n° 10*). À notre sens, l'application de l'article 15 doit être étendue aux instances arbitrales afin de sécuriser dans le commerce international ce procédé très utilisé qui permet aux parties de maîtriser le contentieux lié aux opérations réalisées. Il serait très préjudiciable que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un lieu qui ne pouvait être prévu par les parties puisse remettre en cause ou du moins perturber cette instance. En outre, il paraît opportun de traiter identiquement, au regard de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, une instance judiciaire et une instance arbitrale.

II. - Règles matérielles dans le règlement insolvabilité

51. - Exception - Si les règles de conflit qui viennent d'être examinées sont nombreuses dans le règlement insolvabilité et renvoient à des lois nationales qui seront déterminées à partir de critères communs dans l'ensemble des États de l'Union européenne, en revanche, les règles matérielles, directement efficaces dans les États membres sont vraiment minoritaires dans le règlement, seuls les articles 5 et 7 donnent des illustrations de cette technique. Cela confirme encore que, si le règlement insolvabilité ne comporte que quelques touches de droit international, il utilise largement la méthode conflictuelle et conduit ainsi à l'application de multiples lois au cours d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État membre, ce qui la rend délicate à mettre en oeuvre. Afin de ne pas porter atteinte au crédit, comme le précise expressément le considérant 25, le règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 réserve un sort particulièrement favorable aux créanciers titulaires de droits réels (*art. 5*) et titulaires d'une réserve de propriété (*art. 7*).

A. - Droits réels

52. - Textes - L'article 5 du règlement insolvabilité dispose que "*l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles - à la fois des biens déterminés et des ensembles de biens indéterminés dont la composition est sujette à modification - appartenant au débiteur et qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la procédure sur le territoire d'un autre État membre*". Suit ensuite une liste non limitative des droits qui entrent dans cette catégorie des droits réels (*M. Menjucq, L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières : Rev. proc. coll. mai-juin 2009, p. 19*). Après avoir délimité les contours de la règle de l'article 5, il faut cerner ses modalités d'application.

1° Domaine de l'article 5 du règlement (CE) n° 1346/2000

53. - Absence de définition - La règle de l'article 5 du règlement repose sur la notion de droits réels mais cet article n'en livre aucune définition générale (*F. Melin, ouvrage préc.*, n° 199). La démarche suivie n'est pas étonnante car la matière des droits réels n'est pas harmonisée au sein de l'Union européenne et des différences importantes subsistent dans les systèmes juridiques. Dès lors, pour éviter toute difficulté, le règlement se contente de fournir deux éléments pour appréhender la notion de droits réels, les biens sur lesquels ils peuvent porter et une énumération non limitative de ces droits.

54. - Des droits sur des biens - Pour qu'un droit réel au sens du règlement soit caractérisé, il doit porter sur un bien qui peut être un bien corporel ou incorporel, meubles ou immeubles - à la fois des biens déterminés et des ensembles de biens indéterminés dont la composition est sujette à modification. Par cette formule, le législateur a souhaité englober la totalité des supports des droits réels. Les différentes situations qui se présentent dans les législations seront, sauf cas très spécifiques, comprises dans le domaine de l'article 5. La mention des "ensembles de biens indéterminés dont la composition est sujette à modification" fait référence à la "*floating charge*" du droit anglo-saxon qui n'a pas d'équivalent en droit français. Le texte ajoute que ces biens doivent appartenir au débiteur et exister au moment de l'ouverture de la procédure. En effet, l'article 5 a pour finalité essentiellement de sécuriser les prévisions des parties, en l'espèce plus particulièrement celles du créancier, en cas de survenance d'une procédure d'insolvabilité. Dès lors, il est suffisant de limiter la dérogation instituée par l'article 5 à l'hypothèse de droits réels nés antérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*F. Melin, ouvrage préc.*, n° 198). Pour les droits réels postérieurs, la *lex fori concursus* redevient applicable.

55. - Liste de droits réels - Le paragraphe 2 de l'article 5 du règlement mentionne, après avoir déterminé les biens objet des droits réels, une description de ces droits. Est notamment considéré, au sens du règlement, comme un droit réel le droit qui permet au créancier de faire réaliser le bien sur lequel porte le droit et d'être désintéressé par le produit ou les revenus de ce bien, le texte visant alors à titre d'illustration l'hypothèque ou le gage. Entre également dans cette catégorie, le droit de recouvrer une créance, mise en gage ou cédée à titre de garantie. La troisième situation est celle du créancier propriétaire qui pourra revendiquer et ou demander la restitution du bien entre les mains d'une personne qui la détient ou en jouit contre la volonté de l'ayant droit précise le texte. Enfin le texte englobe le droit réel de percevoir les fruits d'un bien. Dans son troisième paragraphe, le texte indique qu'est assimilé à un droit réel le droit inscrit dans un registre public et opposable aux tiers permettant d'obtenir un droit réel au sens du paragraphe 1. Cette hypothèse pourra permettre de qualifier de droit réel, au sens du règlement, un droit qui ne le serait pas nécessairement en vertu de la loi applicable, la soumission à la dérogation de l'article 5 découlant alors de l'inscription dans un registre public et de l'opposabilité aux tiers.

Cette énumération peut laisser perplexe quant à sa portée et à la qualification des droits réels, certains droits non compris dans cette liste pouvant tout de même relever de l'article 5 du règlement. Traditionnellement, il est admis que cette qualification se fera selon la loi applicable au droit réel, le droit international privé hésitant alors entre la loi de la source, la *lex contractus* principalement, et la *lex rei sitae*, cette dernière ayant notamment reçu des applications en matière de faillite internationale (*Cass. 1re civ.*, 17 nov. 1999 : *Rev. crit. DIP* 2000, p. 433, note J.-P. Rémy ; *D.* 2000, p. 547, concl. J. Sainte-Rose et note G. Khairallah. - P. Nabet, *La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire* : *Bibliothèque Droit de l'entreprise, Litec*, 2010, n° 153). En outre, il est mentionné dans le considérant 25 du règlement que "*la justification, la validité et la portée d'un tel droit réel devraient se déterminer dès lors normalement en vertu de la loi du lieu où il est situé*" et une position semblable est exprimée dans la circulaire française du 15 décembre 2006. Lorsque la loi applicable au droit réel est déterminée, la circulaire précise que seul le droit commun est applicable, les règles internes sur les procédures d'insolvabilité devant être écartées (*M. Menjuq, art. préc.*). La protection entourant les droits réels est donc particulièrement étanche puisqu'elle exclut toute application du droit de l'insolvabilité.

Certains mécanismes, comme le droit de rétention, semblent difficiles à classer au regard de l'article 5, car la Cour de cassation en France reconnaît sa qualification de droit réel mais il ne correspond à aucune des situations du

paragraphe 2. En revanche, la fiducie récemment introduite dans le droit français entre dans les prévisions de l'article.

En dépit de ces incertitudes, l'interprétation doit être guidée en gardant à l'esprit que, l'article 5 du règlement instaure une dérogation importante au système mis en oeuvre par le règlement insolvabilité afin de protéger les créanciers et il paraît donc nécessaire de retenir une interprétation relativement stricte des droits réels, une conception extensive étant de nature à fortement hypothéquer les chances de redressement de l'entreprise dont les biens situés sur le territoire d'autres États membres que l'État d'ouverture échapperaient à la procédure (F. Mélin, *ouvrage préc.*, n° 199. - M.-N. Jobard-Bachellier, *Le sort des garanties*, in *L'effet international de la faillite : une réalité ?* : Dalloz, 2004, p. 127).

56. - Droits exclus - Lorsque le droit dont est titulaire le créancier ne peut pas être compris dans le domaine de l'article 5, une distinction doit être établie. Soit le bien est sur le territoire d'un État membre et dans ce cas, l'article 4 du règlement retrouve son efficacité, la *lex fori concursus* est intégralement applicable pour déterminer les effets de la procédure sur ce bien, notamment les conditions de sa réalisation et la répartition du produit de la vente. Si le bien est situé sur un État tiers, hors de l'Union européenne, dans ce cas, le règlement n'est plus applicable et il convient de revenir aux règles classiques du droit international privé, en matière de droit des biens et en matière de faillite internationale (F. Mélin, *ouvrage préc.*, n° 198).

2° Modalités d'application de l'article 5

57. - Effets - Le principe retenu par l'article 5 du règlement (CE) n° 1346/2000 est celui de la neutralité de la procédure d'insolvabilité sur les droits réels des créanciers et des tiers lorsque le bien du débiteur est situé sur le territoire d'un autre État membre que celui de l'ouverture. Il s'agit d'une "immunité partielle" extrêmement favorable à ceux qui en sont bénéficiaires (J.-L. Vallens, *Vers un droit matériel européen en matière de faillite ?* : LPA 12 déc. 2003, p. 47). Ainsi, le créancier titulaire d'un droit réel échappe à toutes les conséquences liées à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité qui assurent normalement l'égalité des créanciers dans ces procédures. Il pourra, en dépit de l'ouverture de la procédure sur un autre État membre, diligenter toutes les actions résultant de son droit réel pour obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues et notamment, il pourra exercer ses poursuites, faire réaliser des voies d'exécution, droits généralement déniés aux créanciers dans les procédures d'insolvabilité. Toutefois, si le créancier refusait d'agir, le syndic retrouverait ses pouvoirs sur le bien situé sur un État membre autre que l'État d'ouverture, sous réserve de désintéresser le créancier qui conserve sa situation favorable dans la procédure. De même, dans l'hypothèse où la vente réalisée à la demande du créancier dégagerait un prix supérieur à la créance garantie par le droit réel, le surplus serait versé au syndic pour être réparti selon les règles de la *lex concursus* (Règl., consid. 25). Même si les droits réels sont hors d'atteinte de la procédure d'insolvabilité dans les conditions posées par l'article 5, le créancier ne doit pas négliger sa situation dans la procédure d'insolvabilité s'il est appelé à y participer, notamment dans le cas où la réalisation du bien ne lui permettrait pas d'obtenir intégralement le paiement de sa créance. Doit-il alors déclarer sa créance dans les conditions prévues par la *lex fori concursus* ? La majorité de la doctrine le soutient et cela paraît effectivement logique, à défaut de respect de ces règles, le créancier serait exclu de la procédure même si son droit de créance n'est pas éteint (F. Mélin, *ouvrage préc.*, n° 201. - P. Nabet, *thèse préc.*, n° 158). Il convient donc pour préserver les droits des créanciers de scinder la créance et le droit réel qui la garantit, leur sort dans la procédure d'insolvabilité obéissant à des logiques différentes.

58. - Limites - Cette situation très privilégiée réservée aux titulaires de droit réel qui déroge à la fois à l'effet universel de la procédure et à l'application de la loi de l'État d'ouverture, la *lex fori concursus*, connaît cependant deux limites aux conséquences bien différentes.

D'une part, l'article 5 dans son quatrième paragraphe énonce que "*le paragraphe 1 ne fait pas obstacle aux actions en nullité, en annulation ou en inopposabilité visées au 4 paragraphe 2 (m)*". Ainsi, lorsque le droit réel dont se prévaut le créancier aura été obtenu dans des conditions révélatrices d'une fraude aux droits des créanciers ou dans des circonstances défavorables au débiteur, l'article 5 ne pourra permettre d'échapper aux sanctions qui peuvent être

édictees par la *lex fori concursus*. Par exemple, si une procédure d'insolvabilité est ouverte en France et qu'un créancier a obtenu, après la conclusion du contrat, une sûreté réelle pour garantir sa créance portant sur un bien situé sur un autre État membre, l'article L. 632-1 du Code de commerce qui prévoit une nullité de droit lorsqu'une sûreté est accordée pour garantir une dette antérieurement contractée donnera le moyen à la juridiction de prononcer la nullité de cette sûreté. L'article 5 est une protection certes efficace pour le créancier mais ce texte ne peut servir à couvrir des comportements qui portent gravement atteintes aux droits des créanciers ou à ceux du débiteur, sauf à faire jouer l'article 13 du règlement (*V. supra n° 41*).

D'autre part, la seconde limite du domaine de l'article 5 résultera de l'ouverture d'une procédure secondaire. En effet, si une telle procédure dont l'effet territorial est consacré par le règlement est ouverte dans l'État membre de situation du bien sur lequel porte le droit réel, l'article 4 du règlement reprend son empire et l'article 5 est écarté. Les biens, objets des droits réels, sont compris normalement dans cette procédure qui se déroule selon la *lex fori concursus*. Ainsi, lorsqu'un grand nombre de créanciers titulaires de droits réels revendiquent l'application de l'article 5 qui est de nature à vider de sa substance le patrimoine du débiteur, le syndic qui peut le faire en vertu de l'article 29 du règlement aura tout intérêt à demander l'ouverture d'une procédure secondaire, à condition de caractériser un établissement du débiteur (*Règl. (CE) n° 1346/2000, art. 3, § 2*). Cette démarche qui bloque l'exercice des droits des créanciers a tout de même des effets fâcheux, la procédure secondaire étant exclusivement liquidative (*G. Jazottes et M. Sénéchal, L'ouverture d'une "faillite européenne" : Rev. proc. coll. avr.-mai-juin 2008, p. 90*).

B. - Réserve de propriété

59. - Similitude - L'article 7 du règlement (CE) n° 1346/2000 qui porte sur la réserve de propriété énonce une règle fortement inspirée de celle édictée par l'article 5 sur les droits réels. Ce texte constitue donc la seconde règle de droit matériel du règlement avec une finalité équivalente à celle de l'article 5, protéger les titulaires d'une réserve de propriété qui est une sûreté couramment utilisée dans les échanges internes et internationaux et principalement en Europe, les systèmes juridiques des États membres connaissant des formes diverses de propriété réservée (*J.-P. Scarano, Opposabilité et inopposabilité de la clause de réserve de propriété - observations de droit comparé et de droit international privé - : RTD com. 1990, p. 544*).

60. - Situations visées - L'article 7 du règlement envisage deux situations relatives à la réserve de propriété. Dans le paragraphe 1, il est prévu que "*l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre l'acheteur d'un bien n'affecte pas les droits du vendeur fondés sur une réserve de propriété, lorsque ce bien se trouve, au moment de l'ouverture de la procédure sur le territoire d'un autre État membre que l'État d'ouverture*". Le paragraphe 2 vise la situation inverse et énonce que "*l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le vendeur d'un bien après la livraison de ce bien, ne constitue pas une cause de résolution ou de résiliation de la vente et ne fait pas obstacle à l'acquisition par l'acheteur de la propriété du bien vendu, 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*".

61. - Conditions d'application - Pour que l'article 7 soit valablement invoqué par le vendeur ou l'acheteur d'un bien vendu avec une réserve de propriété, il faut, en premier lieu, qu'une telle modalité existe lors de l'ouverture de la procédure. Selon les États membres, cette réserve de propriété peut prendre des formes différentes (propriété réservée prolongée ou élargies : sur ces notions, *V. M. Attal, La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français : Defrénois, coll. Thèses, 2005, préface S. Poillot-Peruzzetto, n° 354 et s.*) mais elle se caractérise toujours par le fait que la propriété du bien dont est en possession l'acquéreur ne lui sera transférée qu'après complet paiement du prix ou complet paiement, dans certaines législations, de l'ensemble des dettes nées des relations d'affaires entre les parties (clause de compte courant). Cette réserve de propriété a une origine contractuelle et les parties peuvent donc choisir de soumettre son régime juridique à la loi d'autonomie. L'article 7 du règlement ne prévoit expressément qu'une seule condition d'application pour la règle favorable qu'il instaure, à savoir que le bien soit situé au moment de l'ouverture de la procédure sur le territoire d'un autre État membre que celui de l'ouverture. En l'occurrence, peu importe le lieu de livraison du bien mentionné dans le contrat, seul est pris en compte le lieu de situation au moment de l'ouverture et il est donc tout à fait possible que l'acheteur ait lui-même transféré le

bien sur un autre État membre. Ainsi, l'acheteur peut avoir transféré le bien dans un de ses établissements situé sur le territoire d'un État membre autre que celui du centre principal de ses intérêts où s'ouvrira la procédure d'insolvabilité. Même si le vendeur est localisé sur l'État membre de l'ouverture de la procédure et qu'il avait livré le bien sur ce même territoire, le déplacement par l'acheteur pourra lui permettre de bénéficier de la mesure de l'article 7 et de se soustraire aux effets de la procédure d'insolvabilité (*P. Nabet, thèse préc.*, n° 164). Cette condition se retrouve exprimée à l'identique dans le paragraphe 2 en cas de procédure d'insolvabilité frappant le vendeur du bien.

62. - Effets - Comme précédemment dans l'article 5, l'effet essentiel de l'article 7 du règlement (CE) n° 1346/2000 est d'écarter les effets de la procédure d'insolvabilité qui frappe l'acquéreur du bien ou le vendeur. Ainsi, lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte par une juridiction française, le vendeur titulaire de la réserve de propriété n'aura pas besoin de se soumettre aux règles de revendication relativement contraignantes instituées par les articles L. 624-9 et suivants, notamment le délai de revendication de trois mois qui court à compter de la publication du jugement d'ouverture que la jurisprudence refusa d'allonger pour un créancier étranger contrairement aux solutions retenues pour la déclaration des créances (*Cass. com.*, 7 févr. 2006 : D. 2006, p. 1547, note Marottes ; *Rev. proc. coll.* 2006, p. 361, obs. M.-H. Monsérié-Bon). Si la *lex fori concursus* est écartée pour la réserve de propriété, le vendeur étant créancier de l'acheteur soumis à la procédure d'insolvabilité, elle reste applicable pour les autres effets. Concernant la loi applicable à la réserve de propriété, une hésitation existe entre la *lex contractus* et la *lex rei sitae* (*F. Mélin, ouvrage préc.*, n° 212). Toutefois, à notre sens, la *lex contractus* paraît plus adéquate en raison notamment de la possibilité de déplacer le bien, objet de la réserve de propriété qui conduirait à une grande incertitude quant à la loi applicable. Dans le paragraphe 2 qui vise la procédure d'insolvabilité ouverte au bénéfice du vendeur, l'article 7 ne se contente pas d'exclure les effets de la procédure sur la réserve de propriété, il pose deux règles matérielles. D'une part, l'ouverture de la procédure contre le vendeur du bien ne peut entraîner la résiliation ou la résolution du contrat et d'autre part, l'acquéreur ne peut se voir refuser le droit d'acquérir le bien, sous réserve bien sûr, de s'acquitter du prix. Le règlement du 29 mai 2000 neutralise les effets de la procédure d'insolvabilité sur la réserve de propriété et limite les droits du syndic sur ces biens situés dans un autre État membre, ce qui porte atteinte au caractère universel de cette procédure. Ainsi, même dans une procédure d'insolvabilité soumise au règlement, la réserve de propriété constitue une sûreté très efficace, ce qui permet de préserver le crédit fournisseur en assurant la situation du vendeur. Deux limites peuvent cependant amoindrir cette protection bienvenue.

63. - Limites - Sur le fondement de l'article 7, les deux limites précédemment exposées pour les droits réels se retrouvent. En effet, l'article 7, paragraphe 3, mentionne expressément la possibilité de demander la nullité ou l'inopposabilité de la réserve de propriété, conformément aux règles de la *lex fori concursus* en vertu de l'article 4, paragraphe 2, point *m*. Lorsque la procédure d'insolvabilité sera ouverte en France, il semble que les articles L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce ne permettront que difficilement d'annuler la réserve de propriété, notamment elle n'entre pas dans les cas de l'article L. 632-1 et il faudra prouver la connaissance de l'état de cessation des paiements pour l'annuler sur le fondement de la nullité facultative de l'article L. 632-2 du Code de commerce. En outre, le seul moyen de contrer l'application de l'article 7 réside dans l'ouverture d'une procédure secondaire sur le territoire duquel se situe le bien vendu avec la réserve de propriété. Dans ce cas, la *lex fori concursus* redeviendrait applicable et produirait ses effets sur la réserve de propriété.

64. - Conclusion - Au terme de cette étude, il apparaît que le règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 a posé un principe, celui de l'application de la loi d'ouverture qui est très largement admis dans les États membres en l'assortissant cependant de multiples exceptions qui ont essentiellement pour but de protéger les situations des partenaires du débiteur et d'assurer la sécurité juridique afin de ne pas remettre en cause les pratiques du commerce international et le crédit. Si les intentions sont louables, elles peuvent aboutir à l'application, au cours d'une même procédure d'insolvabilité, de nombreuses lois ce qui va considérablement en compliquer le déroulement.

Bibliographie

V. Allegaert

Les droits des salariés et le droit européen des procédures d'insolvabilité : JCP S 2007, 1342

M. Attal

La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français : Defrénois, coll. Thèses, 2005, préface S. Poillot-Peruzzetto

P. Bloch

La directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres in *Mélanges AEDBF-France, t. II* : Banque éditeur, 1999, p. 49 s

C. Brière

Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) : JDI 2008, p. 31

D. Bureau

La fin d'un îlot de résistance : le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité : Rev. crit. DIP 2002, p. 612

Caillemer du Ferrage

Close out netting et faillite internationale : RD Bancaire et fin. janv. 2007, art. 6

D. Carreau et D. Berlin

JCl. Europe Traité, Fasc. 1032, Bourses et valeurs mobilières, Fonctionnement du marché : juill. 1999

S. Corneloup et N. Joubert

Le règlement communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles : Litec, 2008

S. Dion-Loye

Impact en droit français de la directive du 23 septembre 2002 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : LPA, 12 déc. 2003, n° 248, p. 42

G.-C. Giorgini

Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale : Nouvelle Bibliothèque des thèses, Dalloz, 2001

F. Jault-Seseké

Le sort des salariés, in L'effet international de la faillite : une réalité ? : Dalloz, 2004, p. 151

G. Jazottes et M. Sénéchal

L'ouverture d'une "faillite européenne" : Rev. proc. coll. avr.-mai-juin 2008, p. 90

M.-N. Jobard-Bachelier

Le sort des garanties, in L'effet international de la faillite, une réalité ? ss dir. F. Jault-Seseké et D. Robine : Dalloz,

2004, p. 142

T. Kadner Graziano

Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle (règlement Rome II) : Rev. crit. DIP 2008, p. 445 et s

P. Lagarde et A. Tenenbaum

De la convention de Rome au règlement Rome I : Rev. crit. DIP 2008, p. 727

P.-M. Le Corre

Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz action 2010-2011

F. Mélin

Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : Bruylant, 2008

La loi applicable à la compensation dans les procédures communautaires d'insolvabilité : JDI 2007, var. 4

La protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : Loi du 30 janvier 2008 transposant la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 : JCP E 2008, act. 94

M. Menjucq

L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières : Rev. proc. coll. mai-juin 2009, p. 19

Th. Météyé

La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'AGS : LPA 19 oct. 2006, p. 27

P. Minor

Droit bancaire, Frontières et droit des procédures collectives : RD bancaire et fin. janv. 2010, dossier 9

M.-H. Monsériè-Bon

V. supra Fasc. 3125 ; JCl. Commercial, Fasc. 3125 ; Compétence et effets des jugements. Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : avr. 2010

P. Nabet

La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire : Bibliothèque Droit de l'entreprise, Litec, 2010, n° 153

M.-L. Niboyet

Contre le dogme de la "lex fori" en matière de procédure, in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur H. Gaudemet-Tallon : Dalloz, 2008, p. 363

F. Pérochon et R. Bonhomme

Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement : LGDJ, 2009

Ph. Roussel-Galle

De quelques pistes d'interprétation du règlement (CE) n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : la circulaire du 15 décembre 2006 : JDI 2008, p. 133

J.-P. Scarano

Opposabilité et inopposabilité de la clause de réserve de propriété - observations de droit comparé et de droit international privé - : RTD com. 1990, p. 544

A. Sinay-Citermann

JCl. Droit international, Régime des obligations, Fasc. 544 : avr. 2007, n° 207 s

Q. Urban

La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière : JCP G 2006, I, 122

J.-L. Vallens

Les créanciers et le règlement (CE) n° 1346/2000 : LPA 20 nov. 2001, p. 33

Vers un droit matériel européen en matière de faillite ? : LPA 12 déc. 2003, p. 47

D. Vidal

Procédure collective et procédure d'arbitrage : Gaz. proc. coll. 30-31 oct. 2009, spécialement n° 10

Note de la rédaction - Mise à jour du 30/04/2014

Bibliographie

M. Menjucq

La proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : une évolution mais pas de révolution : Rev. proc. coll. 2013, étude 4

Ph. Roussel Galle

Deux idées utopiques (?) de révision du règlement européen pour 2012... ou 2022... : JCP E 2012, 1546

L. Sautonie-Laguionie

Projet de révision du règlement européen sur les procédures d'insolvabilité : entre avancées, vœux pieux et occasions manquées : BJE 2013-1, p. 6
