

L'Europe de l'insolvabilité internationale à l'heure du choix des méthodes juridiques

Eugénie Fabriès-Lecea

Résumé:

Au lendemain du Brexit, l'Union européenne ouvre la voie à des travaux pour un futur droit international de l'insolvabilité impliquant des Etats tiers. Si le règlement (UE) n°2015/848 du 20 mai 2015¹ régit déjà les situations d'insolvabilité qui naissent de part et d'autre des frontières extérieures à l'Europe lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve sur le territoire d'un Etat membre, il renvoie à la compétence des Etats membres chaque fois que ce critère de rattachement n'est pas rempli. Or, une telle approche qui maintient actives les règles nationales de compétence internationale et de conflit de lois pose la question, dans un contexte renouvelé par le Brexit, de la pertinence et de l'adéquation de ces solutions aux finalités contemporaines du droit européen de l'insolvabilité internationale dont les évolutions ces dernières années vers le redressement, le sauvetage et le rebond du débiteur, et la prise en compte d'intérêts particuliers², ne peuvent être ignorées.

Aussi, dans le jeu de la souveraineté juridique auquel se livrent les grandes puissances économiques, et auquel l'Union européenne entend participer, la concurrence des modèles- droit anglo-saxon, droit continental, droit européen- se fait criante. Face à l'enjeu, l'Union européenne se trouve confrontée à un choix de méthode juridique dont dépendra l'avenir du droit de l'insolvabilité internationale.

1 JOUE, n°L141, 5 juin 2015.

2 Il suffit de songer aux règles de conflits de lois spéciales du Règlement « Insolvabilité » et « Insolvabilité bis » qui attestent de la modernité du droit international privé européen en la matière, en protégeant certains intérêts particuliers en les soumettant à l'application d'une loi autre que la *lex fori concursus* (art. 8 à 18, Règl. (UE) n°2015/848).

Mots-clés: Brexit; Union européenne; États tiers; droit contemporain de l'insolvabilité internationale; redressement; ordre public; harmonisation du droit; conflit de loisspace-after 24pt

A. Introduction

4 ans après le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, les ondes de choc du Brexit sur les procédures d'insolvabilité européenne se font sentir et leur magnitude s'annonce déjà importante. Certes, le Royaume-Uni est officiellement devenu un Etat tiers depuis le 31 janvier 2020 à 23h, mais une période de transition avait été ouverte jusqu'au 31 décembre 2020 pendant laquelle le droit de l'Union européenne continuait de s'appliquer dans ce pays en partance³. Aussi, ce n'est que depuis cette date que le droit européen de l'insolvabilité internationale⁴ n'est plus applicable de ce côté de la Manche.

Ce faisant, le Brexit réactive les solutions du droit international privé commun de la faillite, jusque-là endormies. Il en va ainsi chaque fois que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve au Royaume-Uni⁵ ou que le juge anglais est saisi d'une demande d'ouverture d'une telle procédure. Aussi, passé *l'exit day*, la compétence des juridictions anglaises est à nouveau régie par le droit anglais, et au lieu du mécanisme de litis-

3 Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, *JOUE* n°L29, 31 janv. 2020. – Déc. (UE) 2020/2252 du 29 déc. 2020.- Sur la question Fabriès-Lecea, RLDA 2020, suppl. avr., 17 (17).

4 Règl. (UE) n°2015/848. – Dir. 2001/24/CE, 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit (*JOCE*, n°L125, 5 mai 2001), mod. Dir. 2014/59/UE, « BRRD » 15 mai 2015 (*JOUE*, n°L173, 12 juin 2014), mod. Dir. 2019/879/UE « BRRD 2 » du 20 mai 2019.- Dir. 2001/17/CE, 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance (*JOCE*, n°L110, 20 avril 2001), mod. Dir. 2009/138/CE du 25 nov. 2009. – Dir. 2008/94/CE, 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (*JOCE*, n°L283, 28 oct. 2008).

5 Le règlement européen ne s'applique qu'aux procédures dans lesquelles le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve sur le territoire d'un Etat membre (cons. 25, Règl. (UE) n°2015/848). Dans les autres situations, il est renvoyé aux solutions nationales du droit international privé de la faillite. Sur ce point, Fabriès-Lecea, Société de législation comparée, coll. « Trans Europe Experts », 2015, 23 (23).

pendance⁶, il faudra compter avec la théorie du *forum non conveniens* et un retour des *anti-suit injunctions* dans les relations de part et d'autre de la Manche. De plus, les règles anglaises de conflit de lois recouvrent leur autorité, et avec elles, lorsque la loi anglaise est désignée, la procédure de *Scheme of Arrangement* que la transposition de la directive (UE) 2019/1023 sur les cadres de restructuration préventive⁷, concomitante au Brexit, n'a pas permis de retoucher. Surtout, la procédure d'exequatur réapparaît selon les conditions posées par le droit national et le droit conventionnel auquel le Royaume-Uni est parti. C'est alors tout le monde anglo-saxon qui se réveille aux portes de l'Europe.

Si le Royaume-Uni n'est pas le seul Etat dans le giron de l'Union européenne à échapper au droit européen de l'insolvabilité internationale, le Danemark n'ayant jamais été soumis au règlement (UE) n°2015/848 en raison d'une clause *d'opt in*⁸, les incidences du Brexit prennent ici un tour résolument inédit en raison de l'application pendant presque 20 ans des normes européennes de l'insolvabilité internationale dans ce pays, et des habitudes qui se sont créées. Pour l'heure, le système anglais demeure par trop imprégné des solutions européennes, mais le temps passant, la prise de distance entre les deux modèles juridiques s'accroîtra.

Dès lors, la question se pose pour les situations extra-européennes de la pertinence d'une réactivation des solutions nationales, et de leur adéquation aux finalités contemporaines du droit européen de l'insolvabilité internationale dont les évolutions vers le redressement, le sauvetage et le rebond du débiteur, et la prise en compte d'intérêts particuliers, ne peuvent être ignorées. Certes, la réflexion dépasse ici le seul cadre du Brexit, la survivance du droit international privé commun de la faillite se rencontrant chaque fois que le règlement (UE) n°2015/848 ne trouve pas à s'appliquer, c'est-à-dire chaque fois que le centre des intérêts principaux du débiteur est localisé dans un Etat tiers⁹. Mais si, pour de telles situations, un alignement des législations des Etats membres sur les solutions européennes est

6 CJUE, 24.03.2022 -C-723/20, ECLI:EU:C:2022:209- Galapagos BidCo. S.a.r.l. v DE and Others., Fabriès-Lecea, BJE 4/2022, n°BJE200q8, (30).

7 Dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019, JOUE, n°L172, 26 juin 2019. Pour une étude de la directive, Fabriès-Lecea, Revue Europe 2/2022, 5 (5).

8 Cons. 88, Règl. (UE) n°2015/848.

9 Cons. 25, Règl. (UE) n°2015/848. Sur ce point, Fabriès-Lecea, Société de législation comparée, coll. « Trans Europe Experts », 2015, 23 (23).

envisageable¹⁰, il n'en va pas de même pour les législations des Etats tiers qui continueront d'imposer leurs propres standards.

Dans ce melting-pot des modèles, l'Union européenne doit trouver sa voie pour s'imposer dans le jeu de la souveraineté juridique, car il est difficile de prétendre être une grande puissance si son droit n'est jamais appliqué¹¹. Or, face à l'enjeu, plusieurs méthodes juridiques s'offrent à elle, et du choix qui sera fait, dépendra l'avenir du droit international de l'insolvabilité.

B. La reconnaissance des situations juridiques

La méthode de la reconnaissance des situations, conçue au XVII^e siècle par l'école hollandaise, se pose en des termes similaires pour une situation juridique nouvelle consacrée par une autorité publique ou par un jugement étranger¹². Il ne s'agit plus de s'interroger sur le droit applicable lors de la création de ce droit, mais de reconnaître le droit créé régulièrement à l'étranger, au nom du respect des attentes des parties relativement aux droits consacrés. En cela, la méthode de la reconnaissance tend à éclipser le conflit de lois¹³.

Bien que séduisante, la méthode de la reconnaissance des situations juridiques ne peut s'exercer sans un contrôle de régularité internationale selon les critères posés par l'Etat d'accueil. Si ce contrôle est allégé en présence d'une communauté de droits et de systèmes juridiques harmonisés, à l'image de la reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne¹⁴, son

10 Cette attitude pourrait être opportune en ce qu'elle unifierait les règles relatives à l'insolvabilité internationale, quel que soit le lieu d'ouverture de la procédure.

11 En ce sens, Abitbol : « On n'est pas une grande puissance quand on applique le droit des autres. On n'est pas une puissance du tout, quand on se soumet aux tribunaux des autres », *BJE* 4/2022, n°BJE200r4, (33).

12 Niboyet recourt à la notion de « conflit d'autorités » (Niboyet, n°1571).

13 En droit français, le contrôle de la loi appliquée a été abrogé pour la reconnaissance des jugements étrangers (Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, *Cornelissen*, n°05-14082, *RCDIP* 2007, 420, note Ancel et Muir Watt; *JDI* 2007, 1195, note F.-X. Train; *D.* 2007, 1115, note d'Avout et Bollée, et chron. 892; *Gaz. Pal.*, 29 avril-3 mai 2007, nos 119-123, sp. cont. jud. int. et europ., 2, note M.-L. Niboyet). Toutefois, la question demeure de distinguer les cas dans lesquels un acte public doit faire intervenir pour sa reconnaissance le contrôle de la loi appliquée, car il ne s'agit pas d'encourager le recours aux autorités étrangères pour échapper aux dispositions contraignantes d'une loi donnée.

14 Depuis le Règl. (UE) n°1215/2012, l'exigence du préalable de l'exequatur est supprimée, et le contrôle de la régularité internationale de la décision rendue en matière

niveau d'exigence est relevé dès lors que les droits conférés l'auront été dans un Etat étranger à cette communauté. Outre la vérification de l'existence d'un lien suffisant entre la situation et l'Etat en cause, l'absence de fraude dans le recours à l'autorité étrangère, ou encore la régularité de l'acte selon la loi d'origine ou selon les règles de conflit de lois de l'Etat d'accueil, ce sera l'absence de contrariété de la situation juridique créée à l'ordre public international de l'Etat d'accueil qui retiendra particulièrement l'attention. Aussi, en cas de divergences sensibles entre les systèmes juridiques, l'exception d'ordre public jouera son rôle prohibitif.

A cet égard, la jurisprudence française illustre l'importance de la réserve nationale de l'ordre public international en matière d'insolvabilité. Si la Cour de cassation a dégagé les principes essentiels du droit français de la faillite internationale (principe d'égalité des créanciers¹⁵, principe de la déclaration des créances¹⁶, principe de l'arrêt des poursuites individuelles¹⁷), elle a également précisé que tous ses aspects n'en relèvent pas¹⁸. Reste que

civile et commerciale ne s'exerce *a posteriori* qu'en cas de contestation, et consiste en la vérification de l'absence de contrariété manifeste avec l'ordre public de l'Etat d'accueil, en la loyauté dans l'assignation, en l'absence de décisions inconciliables, et exceptionnellement en la vérification de la compétence du juge étranger pour les domaines de la compétence exclusive de l'art. 24, des règles en matière d'assurance, de consommation ou de contrat et de contrats passés par les consommateurs ou les travailleurs. En matière de procédure d'insolvabilité, la reconnaissance mutuelle réside dans une reconnaissance de plein droit des décisions, sous réserve de leur conformité à l'ordre public de l'Etat d'accueil (art. 32 et 33, Règl. (UE) n°2015/848).

- 15 Cass. civ., 11 mars 1913, *Nebel*, *DP* 1914, 185, note Pic; *JDI* 1913, 910, note Perroud; *RCDIP* 1913, 453.- Cass. com., 19 janv. 1988, *BCT Computer*, *D.* 1988, 365, note Rémy; *RCDIP* 1990, 527.- Cass. com., 14 mai 1996, *BCCI*, *D.* 1996, 586, note Vasseur; *RCDIP* 1996, 475, rapp. Rémy.
- 16 Cass. civ., 29 sept. 2004, *RCDIP* 2005, 322, note Rémy; *JDI* 2005, 378, note Mélin; *D.* 2005, jurispr. 2159, note Henry.
- 17 Cass. civ., 5 févr. 1991, *Rev. arb.* 1991, 625, note Idot.- Cass. 1re ch. civ., 24 mars 1998, *JCP G* 1998, 1712, note Kerckhove.- Cass. 1re civ., 6 mai 2009, *Bull. civ.* 2009, I, n°86; *APC* 2009, comm. 182, note Mastrullo; *JCP G* 2009, act. 255, obs. Béguin; *LEDEN* juill. 2009, 5, obs. Mélin; *JCP E* 2009, 1814, n°2, obs. Pétel; *D.* 2009, 1422, obs. Delpech; *RTD com.* 2009, 546, obs. Loquin; *JCP E* 2009, 1814, n°2, obs. Pétel; *Rev. proc. coll.* 2010, 29, n°9, obs. Staes – Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-18.849, *APC* 2021, n°1, comm. 5, note Fin-Langer.
- 18 Sur les conditions d'ouverture, Cass. com., 18 janv. 2000, *RJDA* 2000, n°233; *JDI* 2001, 539, note Poillot-Peruzzetto; *JCP E* 6 avr. 2000, 611, note Chaput; *LPA* 2000, n°7, 12, note Vallens; *RCDIP* 2000, 442, note Bureau; *D.* 2000, act. jurispr. 105, note Faddoul; *APC* 2000, n°4, note Regnaut-Moutier.- Sur la durée de la période suspecte, Cass. civ., 20 mai 1967, *JDI* 1967, 629, note Bredin.- Cass. 1re civ., 15 juill. 1975, *Bull. civ.* I, n°236; *JDI* 1975, 847, note Kahn.- Cass. com., 5 févr. 2002, *JCP G* 2002, I, obs. Fabries, n°7;

ce contenu de l'ordre public international librement déterminé par les Etats, subit, pour ceux qui sont engagés dans l'Union européenne, l'influence du droit européen. Ainsi, la Cour de justice fournit, à travers le contrôle de compatibilité¹⁹, les traits saillants de ce que doit être l'exception d'ordre public dans l'Union européenne. A cet égard, elle a déclaré qu'un État membre peut refuser de reconnaître une décision d'ouverture de procédure si elle a été prise en violation manifeste du droit fondamental à être entendue dont dispose une personne concernée par une telle procédure²⁰. Dans la lignée, la Cour de cassation a retenu que l'absence d'audition des représentants du personnel ne constituait pas une violation manifeste du droit fondamental à être entendue dont dispose une personne concernée par cette procédure²¹. Au-delà, le nouveau règlement (UE) n°2015/848 fixe les contours de l'exception d'ordre public en énonçant le respect des droits fondamentaux et des principes consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et tout particulièrement la protection des données à caractère personnel, le droit de propriété et le droit d'accès au juge²². En ce sens, la Cour de cassation a considéré que la règle anglaise de transfert au syndic de la propriété des biens indivis du débiteur en liquidation judiciaire, ne produit pas des effets manifestement contraires à la conception française de l'ordre public international²³. Un peu plus tôt, la Cour avait censuré les juges du fond, au visa de l'article 6 CEDH, pour avoir méconnu le droit

JCP E 2002, 500; *RJDA* 6/2002, n°676; *D.* 2002, 957, obs. Lienhard; *RJ com.* avr. 2002, 162, note Menjucq; *Gaz. Pal.* 19 et 20 févr. 2003, 26, note M.-L. Niboyet; *JCP E* 2003, 955, note Raimon.

19 CJCE, 28.3.2000 -C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164- Dieter Krombach v André Bamber-ski, *Gaz. Pal.* 2000, 1731, chron. M.-L. Niboyet; *RCDIP* 2000, 473, note Muir-Watt; *RTD civ.* 2000, 944, obs. Raynard.- CJCE, 11.5.2000 -C-38/98, ECLI:EU:C:2000:225- Régie nationale des usines Renault SA v Maxicar SpA and Orazio Formento, *RCDIP* 2000, 497, note Gaudemet-Tallon; *JDI* 2001, 696, note Huet.

20 CJCE, 2.5.2006 -C-341/04, ECLI:EU:C:2006:281- Eurofood IFSC Ltd., *JCP G* 2006, II, 10089, note Menjucq; *D.* 2006, 1286, note Lienhard; *D.* 2006, 1752, note Dammann; *Bull. Joly* 2006, 907, note Fasquelle; *Rev. sociétés* 2006, 360, note Rémy; *JCP E* 2006, I, 2071, note Vallens; *JDI* 2007, 5, note Khairallah; *Europe* 2006, comm. 230, note Idot. – Jault-Seseke et Robine, *RCDIP* 2006, 811 (811).

21 Cass. com., 27 juin 2006, *D.* 2006, act. jurispr. 1816, obs. Lienhard; *D.* 2006, jurispr. 2257, note Vallens; *JCP G* 2006, II, 10147, note Menjucq.

22 Cons 83, Règl. (UE) n°2015/848. Pour une étude de l'art. 33 du Règl. (UE) n°2015/848, Fabriès-Lecea, Société de législation comparée, coll. « Trans Europe Experts », 2015, 219 (219).

23 Cass. com., 16 juill. 2020, n°17-16200, Fabriès-Lecea, *BJE* 5/2020, n°BJE118e0, (53). Dès lors, le motif tiré de la violation de l'article 1er du 1er protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, ne saurait prospérer.

d'accès au juge en déclarant irrecevable la tierce opposition des créanciers domiciliés dans un autre État membre, les privant de la sorte de toute voie de recours²⁴.

Reste que sans influencer sur le contenu de l'exception d'ordre public international, le *package* des Lois-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale²⁵, en ce qu'elles encadrent la reconnaissance des décisions et des procédures d'insolvabilité, présentent un réel avantage pour les praticiens de l'insolvabilité et les juridictions nationales qui oeuvrent au regard de principes communs et partagés avec leurs homologues étrangers²⁶. Ce phénomène d'internationalisation du régime juridique de la reconnaissance des situations d'insolvabilité prend aujourd'hui de l'ampleur²⁷, et pourrait toucher dans un avenir proche l'Union européenne. Déjà, le règlement (UE) n°2015/848 renvoie pour la coopération entre les praticiens de l'insolvabilité et entre les juridictions, aux usages du commerce international et aux pratiques énoncées dans les lignes directrices de la CNUDCI²⁸. Dans ce cadre, l'Union européenne pourrait prochainement aller plus loin en transposant, à l'occasion de la révision du règlement (UE) n°2015/848, les Lois-type de la CNUDCI relatives à l'insolvabilité internationale. Certes une telle action imposerait la mise en place, au sein du texte européen, de deux régimes distincts- reconnaissance mutuelle et suppression de l'exequatur pour les situations intra-européennes, d'une part, et reconnaissance et

24 Cass. com., 30 juin 2009, *Eurotunnel*, *Rev. proc. coll.* 2009, n°16, avec les concl. de l'avocat général Bonhomme. – Menjucq, *Rev. proc. coll.* 2009, repère 4.- Cass. com., 15 févr. 2011, n°09-71.436, *Rev. proc. coll.* 2011, n°174, chron. Mastrullo et Menjucq; APC 2011, n°115, obs. Mastrullo; *RCDIP* 2011, 903, note Jude.

25 Loi-type sur l'insolvabilité internationale de 1997 et Guide pour l'incorporation et l'interprétation 2013.- Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : Première et deuxième parties 2004, Troisième partie sur le traitement des groupes d'entreprise en cas d'insolvabilité 2010, Quatrième partie sur les obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité, 2e éd. 2019.- Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale 2009.- Loi-type sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité de 2018.- Loi-type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises de 2019.

26 La Loi-type sur l'insolvabilité internationale de 1997 est applicable dans 50 pays (Etats-Unis, Royaume-Uni, Canada...), dont l'Europe est largement absente (seule la Grèce a transposé ladite Loi).

27 A l'image des travaux de la CNUDCI, et de la révision de l'Acte uniforme OHADA en 2015 qui traite également des procédures d'insolvabilité internationale par-delà les frontières de l'espace OHADA.

28 Cons. 48, Règl. (UE) n°2015/848.

exécution simplifiée pour les situations extra-européennes, d'autre part²⁹ - mais, elle permettrait aux praticiens de l'insolvabilité et aux juridictions des Etats membres et des Etats tiers, d'agir dans le cadre de leur coopération sur des bases communes. Surtout l'on assisterait à l'émergence de nouvelles normes, issues des meilleures pratiques, qui seraient à même de donner à la situation d'insolvabilité internationale une réglementation qui lui est propre, délestée de toute considération nationale ou régionale³⁰.

Si la méthode de la reconnaissance des situations juridiques se montre attrayante à maints égards, elle ne peut cependant apporter, à elle seule, une réponse satisfaisante aux enjeux contemporains de l'insolvabilité internationale. Les différents régimes juridiques qui l'entourent (Lois-type de la CNUDCI, Acte uniforme OHADA, principe européen de reconnaissance mutuelle), et la diversité des ordres publics internationaux, encouragent le *forum shopping* et nuisent incontestablement à sa mise en œuvre.

C. L'harmonisation du droit matériel

Si pendant longtemps, le rapprochement substantiel des législations des Etats membres de l'Union européenne en matière d'insolvabilité a connu de fortes réticences nationales, la voie à l'harmonisation du droit matériel s'est d'abord ouverte par la directive (CE) 80/987/CE sur l'institution de garantie des salaires³¹, puis par l'apparition dans le règlement (CE) n°1346/2000 des premières règles communes sur l'information des créanciers et la production des créances, et plus récemment par l'adoption de la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 sur le cadre de restructuration préventive et de la directive (UE) 2026/799 du 30 mars 2026 harmonisant certains aspects du droit de l'insolvabilité. L'objet est alors de dépasser l'existence de l'élément d'extranéité, au moins dans l'espace européen, pour élaborer un modèle substantiel à travers l'instauration d'un droit européen de l'insolvabilité, apte à concurrencer les plus grands standards étrangers.

La question essentielle consiste alors à définir le degré d'harmonisation de ce droit européen : *a minima* à l'image des directives de 2019 et de 2026 qui laissent tellement d'options ouvertes aux Etats membres que le

29 Cela pourrait prendre la forme d'un nouveau chapitre consacré à la reconnaissance et à l'exécution des décisions rendues par les juridictions d'un Etat tiers.

30 Fabriès-Lecea, Mélanges en l'honneur du Professeur Saint-Alary-Houin, Lextenso, 2020, 181 (185).

31 Mod. Dir. 2002/74/CE, 23 septembre 2002.- Mod. Dir. 2008/94/CE, 22 oct. 2008.

risque d'échappatoire est grand, ou *a maxima* avec la difficulté ici qu'aucun modèle ne s'impose naturellement et qu'il faudra sans doute puiser dans les modèles nationaux existants. Or, tout l'enjeu résidera pour l'Union européenne dans sa capacité à proposer dans un avenir proche un modèle européen émancipé des législations continentales, apte à attirer les acteurs économiques et les prêteurs.

Si nul ne doute plus que l'élaboration d'une procédure européenne d'insolvabilité contribuera à un fonctionnement plus harmonieux du marché intérieur européen, et offrira un modèle juridique apte à concurrencer ceux des grandes puissances économiques, sa promotion dans les situations transfrontières extérieures à l'Europe est en revanche moins évidente. En effet, la vigueur du modèle européen ne sera jamais que le résultat d'une soumission par choix des acteurs économiques, par préférence aux modèles étrangers concurrents. Aussi, en l'absence d'un fond commun de valeurs et de garanties partagé avec les Etats tiers, l'exportation du modèle européen en dehors du périmètre de l'intégration européenne se révèle difficile si elle n'est pas accompagnée d'autres avancées majeures européennes, notamment en droit des sûretés et garanties. En cela, les situations externes demeurent distinctes des situations internes, et appellent une réglementation autre.

D. L'uniformisation du droit des conflits

L'Union européenne s'est lancée assez tôt dans la voie de l'uniformisation du droit des conflits en matière d'insolvabilité internationale³². Pour autant ce n'est qu'à la faveur du Traité d'Amsterdam, et de l'adoption du règlement (CE) n°1346/2000³³, puis de son successeur le règlement (UE) n°2015/848³⁴, que celle-ci a trouvé force contraignante. S'il existe désormais dans le monde un espace où les règles de compétence internationale et les règles de conflit de lois sont communes à plusieurs Etats, celles-ci

32 Convention du Conseil de l'Europe à Istanbul le 5 juin 1990 et de la Convention des Communautés européennes à Bruxelles le 23 novembre 1995.

33 Pour une étude de ce texte, Giorgini, Dalloz 2006, préf. Vidal.- Fabriès-Lecea, Bruylant 2012, préf. Saint-Alary-Houin.- Mélin, Bruylant 2008.- Nabet, Litec 2010, préf. Martin-Serf.

34 Pour une étude de ce texte, Cuniberti, Nabet et Raimon, LGDJ 2017.- Sauton-Laguionie (ss coord.), Société de législation comparée, coll. « Trans Europe Experts », 2015.

demeurent limitées aux seules procédures d'insolvabilité dans lesquelles le débiteur a le centre de ses intérêts principaux en Europe³⁵. Pour les autres situations, le droit européen de l'insolvabilité renvoie aux solutions internes et conventionnelles du droit des conflits.

Or, dans un contexte mondial de concurrence des modèles juridiques, la question du maintien de la compétence des systèmes des Etats membres pour régir les situations d'insolvabilité qui impliquent des Etats tiers, se pose, soit que les solutions nationales sont réactivées vingt ans après, à l'image du Brexit, soit qu'elles n'ont pas évolué alors même que les enjeux contemporains de l'insolvabilité internationale se sont, dans le même temps, renouvelés. Cette approche de l'Union européenne du droit international de l'insolvabilité se révèle aujourd'hui inefficace tant les modèles nationaux entretiennent le spectre du protectionnisme, et laisse entière la question de la conjonction des systèmes nationaux et des procédures dans les relations avec les États tiers.

En outre, l'extra-territorialité du droit européen des conflits bute, en matière de conflits de lois, sur la désignation quasi exclusive de la loi d'un Etat membre³⁶. Certes le lien étroit qu'entretient la compétence juridictionnelle avec la compétence législative en la matière explique que par principe, en droit de l'Union européenne, soit désignée la loi de l'Etat membre du lieu d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Mais, pour un certain nombre de questions, le règlement (UE) n°2015/848 déconnecte la compétence du juge de la compétence de la loi, amenant celui-ci à appliquer une loi autre dont la désignation demeure toutefois limitée à celle d'un Etat membre³⁷. Or, une telle formulation est regrettable dès lors que le droit en cause se trouve localisé sur le territoire d'un Etat tiers, et depuis peu

35 Cons. 25, Règl. (UE) n°2015/848.

36 A l'exception de la règle de conflit énoncée à l'art.17 sur la protection du tiers acquéreur qui soumet la validité de l'acte conclu après l'ouverture de la procédure par lequel le débiteur dispose d'un bien immobilier, d'un navire ou aéronef ou valeurs mobilières soumis à enregistrement, à la loi de l'Etat sur le territoire duquel se trouve ce bien immobilier ou sous l'autorité duquel ce registre est tenu, sans exiger que cette loi doit être celle d'un Etat membre.

37 Il en va ainsi de l'art.11 sur les contrats portant sur un bien immobilier, art.12 sur les systèmes de paiement et marchés financiers, art.13 sur les contrats de travail, art.14 sur les droits soumis à enregistrement, art.16 sur les actes préjudiciables, art.17 sur la protection du tiers acquéreur et art.18 sur les instances ou procédures arbitrales en cours.

au Royaume-Uni³⁸. Sans doute faut-il considérer dans cette hypothèse que faute de remplir les conditions posées par la règle de conflit spéciale, le retour au principe de la compétence de la loi de l'Etat membre d'ouverture s'impose³⁹. Il y a là une incohérence à voir la loi applicable, et *in fine* la protection du droit en cause, varier selon que la loi désignée par la règle de conflit spéciale est celle d'un Etat membre ou d'un Etat tiers. Une autre difficulté réside dans le fait de savoir si le retour à la *lex fori concursus* s'opère dans ses règles matérielles ou dans ses règles de conflits de lois, pouvant conduire cette fois à la désignation de la loi d'un Etat tiers. Outre que rien ne justifie la restriction de la loi désignée à celle d'un Etat membre, cette approche « eurocentrée » crée une rupture au sein même du droit européen des conflits dès lors que dans les autres domaines du droit, la loi désignée applicable l'est aussi bien que ce soit la loi d'un Etat membre ou celle d'un Etat tiers⁴⁰.

E. Pour l'universalisation du droit international de l'insolvabilité de l'Union européenne et des standards européens

Si à ses débuts, le but primordial était d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur en exigeant que les procédures d'insolvabilité transfrontalières fonctionnent de manière efficace et effective⁴¹, et que l'attention se

38 Ainsi, par ex. le sort des contrats portant sur un immeuble situé à Londres appartenant au débiteur soumis à une procédure d'insolvabilité ouverte en Europe, sera déterminé non pas par l'art.11 du Règlement (UE) n°2015/848 qui désigne la loi de l'Etat membre du lieu de situation de l'immeuble, mais par l'art.7 qui pose le principe de la *lex fori concursus*. Or, rien ne justifie que les effets de la procédure d'insolvabilité sur un tel contrat oscille entre la loi du lieu de situation de l'immeuble et la loi du concours, selon que l'immeuble se trouve sur le territoire d'un Etat tiers ou sur celui d'un Etat membre autre que l'Etat d'ouverture de la procédure.

39 En faveur d'une application de la *lex fori concursus* dans ses règles matérielles plus conforme à la construction européenne qui rejette le mécanisme du renvoi lorsque la loi d'un Etat membre est compétente, v. Fabriès-Lecea, Bruylant 2012, préf. Saint-Alary-Houin.- Contra, Mélin, Bruylant 2008.

40 Par ex. Règl. (CE) n°593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.- Règl. (CE) n°864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.- Règl. (UE) n°1259/2010 sur la loi applicable au divorce. Règl. (UE) n°650/2012 sur les successions internationales.

41 Cons. 2, Règl (CE) n°1346/2000 et Règl (UE) n°2015/848.

concentrait donc sur le volet interne de l'espace intégré⁴², la concurrence de plus en plus pressante des modèles étrangers et les nécessités de compétitivité et d'attractivité des entreprises européennes, obligent aujourd'hui l'Union européenne à appréhender le volet externe de cet espace. Mais, face aux limites précédemment exposées qui entourent chacune des méthodes juridiques qui s'offrent à elle, l'Union européenne doit rechercher une voie nouvelle. En cela, l'universalisation de son droit européen des conflits paraît une solution raisonnable, voire souhaitable, dès lors qu'elle permettra à terme, chaque fois que la loi d'un Etat membre sera désignée, la diffusion sur la scène internationale des standards européens.

Pour ce faire, l'Union européenne devra agir concomitamment sur deux fronts. Le premier consistera à « universaliser » ses règles de conflit, et à corriger, à travers la révision prochaine du règlement (UE) n°2015/848, les imperfections dont elle les a affublées ces dernières années. Ainsi, sur le terrain de la compétence internationale, un choix politique s'imposera qui consistera soit à un nouvel abandon de souveraineté des Etats membres au profit de l'Union européenne⁴³, avec la difficulté ici d'édicter *ou pas* des critères de compétence spécifiques aux situations extra-européennes⁴⁴, soit à un maintien du renvoi aux droits nationaux⁴⁵, avec certes la possibilité à terme d'un alignement des critères internes de compétence juridictionnelle sur ceux du règlement (UE) n°2015/848, mais aussi le risque d'affecter le fonctionnement des critères internes de compétence

42 Certains auteurs, s'appuyant, à l'époque, sur le texte de l'article 65 du TCE selon lequel l'Union européenne ne pouvait légiférer sur le terrain du droit international privé que si cela était « nécessaire » pour le bon fonctionnement du marché intérieur, estimant en effet que seules les situations intracommunautaires auraient pu tomber sous l'emprise des règles supranationales, toute autre situation étant forcément laissée, en vertu du traité, au droit international privé commun des États membres ou aux accords internationaux éventuellement conclus par ceux-ci.

43 L'Union européenne n'a qu'une compétence d'attribution. Pour l'heure, les Etats membres n'ont consenti un abandon de souveraineté au profit de l'Union européenne que pour les procédures d'insolvabilité dans lesquelles le débiteur a le centre de ses intérêts principaux sur le territoire d'un Etat membre.

44 La réflexion devrait porter sur l'opportunité, eu égard aux enjeux contemporains du droit international de l'insolvabilité, d'un régime différencié de la compétence internationale selon que la situation d'insolvabilité met en cause ou pas des Etats tiers.

45 Ces arguments ont été avancés lors de la révision du Règl. (UE) n°1215/2012, et ont conduit à l'abandon du projet de supprimer les conditions d'applicabilité *ratione loci* du texte.

spéciale et des fors protecteurs⁴⁶. Quelle que soit l'option retenue, la nouvelle compétence internationale des juridictions des Etats membres pour les situations impliquant des Etats tiers, devra s'accompagner d'une règle de litispendance « extra-européenne », aujourd'hui inexistante. A cet égard, la règle facultative contenue dans le règlement (UE) n°1215/2012 pourrait être inspirante⁴⁷, et permettre de retenir que lorsqu'une procédure d'insolvabilité est pendante devant une juridiction d'un Etat tiers au moment où une juridiction d'un Etat membre est saisie d'une demande entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause, celle-ci peut surseoir à statuer si elle s'attend à ce que la juridiction de l'Etat tiers rende une décision susceptible d'être reconnue et exécutée dans ledit Etat membre, et si elle est convaincue que le sursis à statuer est nécessaire pour une bonne administration de la justice.

Au-delà, sur le terrain des conflits de lois, deux actions de l'Union européenne seront requises. D'une part, l'Union européenne devra se saisir des situations d'insolvabilité extra-européennes qui aujourd'hui lui échappent, et donc abandonner l'exigence de la localisation du centre des intérêts principaux du débiteur sur le territoire d'un Etat membre, de sorte qu'il suffira que le juge d'un Etat membre se reconnaisse compétent, sur le fondement des règles européennes ou de ses règles internes lorsque les critères européens ne seront pas remplis, pour que les règles européennes de conflit de lois s'appliquent. Le texte européen sera alors doté d'un critère d'application géographique universel⁴⁸, à l'image de ce que pratique l'Union européenne dans les autres domaines du droit international⁴⁹. D'autre part, l'Union européenne devra abandonner toute référence exclusive à la loi

46 Récemment la Cour de cassation a mis fin à la compétence des juridictions françaises sur le fondement du privilège de juridiction de l'art. 14 du Code civil invoqué par le créancier français pour ouvrir un redressement ou une liquidation judiciaire à l'encontre d'un débiteur libanais (Cass. com., 12 juin 2024, n°22-16.626, Fabriès-Lecea, BJE 5/2024, à paraître).

47 Art. 33 dudit Règl.

48 Fabriès-Lecea, Bruylant 2012, préf. Saint-Alary-Houin.

49 Règl. (UE) n°2019/1111 sur la compétence internationale et les effets des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale; Règl. (UE) n°650/2012 en matière de succession internationale; Règl. (CE) n°593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles; Règl. (CE) n°864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles; Règl. (CE) n°4/2009 en matière d'obligations alimentaires; Règl. (CE) n°1259/2010 sur la loi applicable au divorce; Règl. (UE) n°2016/1103 sur les régimes matrimoniaux; Règl. (UE) n°2016/1104 sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

d'un Etat membre. En effet, dès lors que des Etats tiers sont impliqués dans la relation internationale, la solution au conflit de lois se doit d'avoir un caractère « universel », et désigner aussi bien la loi d'un Etat membre que la loi d'un Etat tiers. Reste que si par principe le mécanisme du renvoi est exclu dans les relations entre Etats membres, sa mise en jeu devra s'imposer à nouveau chaque fois que la loi d'un Etat tiers sera désignée, sauf à considérer que le droit en cause relève de l'autonomie de la volonté⁵⁰. Aussi, la proposition pourra être faite de l'insertion d'une disposition relative à ce mécanisme, à l'image de ce qui a été retenu dans le règlement (UE) n°650/2012 sur les successions internationales⁵¹. Ainsi, lorsque l'application de la loi d'un Etat tiers sera prescrite, celle-ci s'appliquera dans ses dispositions en vigueur, y compris ses règles de droit international privé, pour autant qu'elles renverront à la loi d'un Etat membre ou à la loi d'un autre Etat tiers qui appliquera sa propre loi.

Enfin, le second front d'action de l'Union européenne consistera à élaborer des standards européens dont la diffusion sera assurée sur la scène internationale chaque fois que la loi d'un Etat membre sera désignée applicable. Si là encore la question du degré de l'harmonisation matérielle se posera, la voie d'un rapprochement des législations autour d'un socle minimum commun, sans sacrifier aux particularismes nationaux, pourrait cette fois être envisagée⁵². Il en irait ainsi des règles européennes relatives à l'information des créanciers et à la production de leurs créances, et de celles relatives à la protection des données personnelles⁵³. Si ces standards européens auront vocation à se développer, la question de leur impérativité dans les situations impliquant des Etats tiers ne manquera pas d'être soulevée, et avec elle leur capacité à évincer l'application de la loi étrangère⁵⁴. Là encore tout sera fonction de choix politique.

50 Aussi, aucun renvoi ne serait applicable pour les lois visées par les dispositions du règlement européen sur les contrats de travail.

51 Art. 34 dudit Règl.

52 Et pourquoi pas relancer le débat, pour les situations intra-européennes, sur le degré d'harmonisation de la future procédure d'insolvabilité européenne.

53 Seules les règles européennes fondées sur le principe de la confiance mutuelle, telles la reconnaissance de plein droit, la coordination des procédures et la coopération des organes, ne pourraient s'exporter dans les relations avec les Etats tiers.

54 Envisagée ici comme la loi d'un Etat tiers. La question s'inscrit dans la lignée des réflexions suscitées par l'arrêt *Ingmar* (CJCE, 9.11.2000, -C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605- *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.*, JDI 2001, 511, note Jacquet, *JDI* 2001, 511, note Jacquet).

Parce que la transposition des Lois-type de la CNUDCI dans la législation européenne ne répond que partiellement aux enjeux du droit international de l'insolvabilité, une méthode juridique complémentaire doit être envisagée⁵⁵. En cela, l'évolution universaliste du droit international de l'insolvabilité de l'Union européenne, et de ses standards européens, apparaît comme une réponse satisfaisante à la jonction des systèmes nationaux et des procédures d'insolvabilité dans les relations avec les États tiers⁵⁶. Sans être hégémonique, l'Union européenne gagnerait en souveraineté juridique.

Bibliographie

I-Monographie

- Cuniberti/Nabet/Raimon, Droit européen de l'insolvabilité, Règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, Paris, 2017.
- Giorgini, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des « nouveaux instruments » de règlement de la faillite internationale, Paris, 2006 (préf. Vidal).
- Fabriès-Lecea, Le Règlement « insolvabilité », Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne, Bruxelles, 2012 (préf. Saint-Alary-Houin).
- Mélin, Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, Bruxelles, 2008.
- Nabet, La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire, Paris, 2010, préf. Martin-Serf.
- Niboyet, Traité de droit international privé français, t. VI bis.
- Sautonie-Laguionie (ss coord.), Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, Société de législation comparée, coll. « Trans Europe Experts », 2015.

55 Dans l'attente d'un droit international de l'insolvabilité universel qui pourrait, sans doute, voir le jour à travers les travaux de la CNUDCI (V. 60e session du groupe de travail V, 18-21 avril 2022, New-York, A/CN.9/WG.V/WP.179 sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité).

56 La voie de l'adoption de traités entre l'UE et les États tiers n'est pas satisfaisante, une telle orientation se révélant trop parcellaire et incertaine eu égard à la question de la ratification des textes. Seule l'élaboration d'un texte au sein de la convention de La Haye ou de la CNUDCI pourrait être envisagée. Toutefois, la difficulté demeure, pour la première, que l'insolvabilité internationale est étrangère à ses travaux en raison du lien étroit que la question entretient avec la compétence juridictionnelle, et, pour la seconde, qu'elle n'a pas de force contraignante et que sa transposition dans les législations nationales ressort exclusivement de la volonté des États.

II-Articles

- Fabriès-Lecea, Clap de fin pour le privilège de juridiction de l'article 14 du Code civil en matière d'insolvabilité internationale, BJE 5/2024
- Abitbol, Avant-propos, Vers une nouvelle directive sur l'insolvabilité?, ss dir. Fasquelle, BJE 4/2022, n°BJE200r4, 33.
- Fabriès-Lecea, Lutter contre le *forum shopping* en matière d'insolvabilité européenne... Encore et toujours!, BJE 4/2022, n°BJE200q8, 30.
- Fabriès-Lecea, La directive « restructuration et insolvabilité » : une transposition entre harmonisation et particularismes nationaux, Revue Europe 2/2022, 5.
- Fabriès-Lecea, Le Brexit et les procédures d'insolvabilité, RLDA 2020, suppl. avr., 17.
- Fabriès-Lecea, En attendant le Brexit..., BJE 2020, n° 5/2020, n°BJE118e0, 53.
- Fabriès-Lecea, Le défi de la coopération dans les procédures d'insolvabilité transnationales, Un droit positif, un droit de progrès, Mélanges en l'honneur du Professeur Saint-Alary-Houin, Lextenso, 2020, 181.
- Fabriès-Lecea, Commentaires ss Chapitre préliminaire, Le Règlement (UE) n°2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité, Sautonie-Laguionie (ss coord.), Société de législation comparée, coll. « Trans Europe Experts », 2015, 23.
- Fabriès-Lecea, Commentaires ss art.33, Le Règlement (UE) n°2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité, Sautonie-Laguionie (ss coord.), Société de législation comparée, coll. « Trans Europe Experts », 2015, 219.
- Jault-Seseke et Robine, « L'interprétation du règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, la fin des incertitudes? », RCDIP 2006, 811.
- Menjucq, « Affaire Eurotunnel : une cassation bienvenue! », Rev. proc. coll. 2009, repère 4.