

**DE LA FAILLITE INTERNATIONALE
À LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ EUROPÉANO-SUISSE
DANS LE CADRE DU RÈGLEMENT N°2015/848 :
LES EFFETS EN SUISSE**

Thèse soutenue le 6 décembre 2018

Résumé

Elodie KLEIDER

Une procédure de liquidation judiciaire s'ouvre en France, et présente un élément d'extranéité qui se rapporte à la Suisse. S'agit-il d'une faillite internationale franco-suisse, c'est-à-dire d'une procédure soumise au droit international privé commun français, ou d'une procédure d'insolvabilité européen-suisse relevant du règlement n°2015/848 du 20 mai 2015 (*Insolvabilité bis*) ?

Le 29 mai 2000, le règlement n°1346/2000 (*Insolvabilité*) a instauré les premières règles européennes concernant l'insolvabilité transfrontalière. Ce règlement a fait l'objet de nombreuses études. La nôtre s'est concentrée sur un aspect jusqu'alors peu traité : son champ spatial. La question semble de prime abord relativement simple : en vertu du considérant n°14, le centre des intérêts principaux du débiteur devait se situer sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, pour que le règlement soit applicable. Quelques exceptions concernent notamment Monaco et le Danemark. Ce critère d'applicabilité spatiale est incontestable. Mais s'agit-il pour autant du seul critère ? Le règlement *Insolvabilité* était un instrument de droit international privé ; sa mise en œuvre supposait donc l'existence d'un élément d'extranéité. L'élément d'extranéité peut-il se rapporter à un État tiers ?

La Cour de justice de l'Union européenne a été interrogée sur ce point dans l'affaire *Ralph Schmid c/ Lilly Hertel* : l'action révocatoire, intentée contre une défenderesse domiciliée en Suisse, relève des règles de compétence internationale de l'article 3§1 du règlement *Insolvabilité*¹. Ce règlement était donc applicable aux procédures d'insolvabilité ouvertes dans un État membre et présentant un rattachement à un État tiers. Cette interprétation a été confirmée dans les arrêts *H.*² et *Nortel*³. Une réserve devait toutefois être émise : seules les

¹CJUE, 1^{ère} ch., 16 janvier 2014, aff. C-328/12, *Schmid*, ECLI:EU:C:2014:6 : *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 670, note D. Bureau ; *D.*, 2014, p. 1708, obs. R. Dammann/V. Bleicher ; *Gaz. Pal.*, 1^{er} juillet 2014, p. 19, obs. L.-C. Henry ; *BJE*, 1^{er} mars 2014, p. 108, obs. L.-C. Henry ; *Europe*, mars 2014, comm. 143, obs. L. Idot ; *D.*, 2014, p. 915, obs. F. Jault-Seseke/D. Robine ; *EDED*, 6 mars 2014, p. 7, obs. F. Mélin ; *JCP G*, 24 février 2014, note 253, note F. Mélin ; *Rev. proc. coll.*, novembre 2015, comm. 141, obs. M. Menjucq ; *Rev. proc. coll.*, juillet 2014, étude 16, obs. J.-L. Vallens ; *IPRAX*, 2014, S. 390, Anm. R. Arts ; *NZI*, 2014, S. 106, Anm. A. J. Baumert ; *RIW*, 2014, S. 134, Anm. P. Kindler ; *EWiR*, 2014, S. 85, Anm. C. G. Paulus ; *EuZW*, 2014, S. 262, Anm. P. Schulz ; *IILR*, 2014, p. 101, com. B. Laukemann ; *LMK*, 2014, 356291, Anm. M. Brinkmann.

²CJUE, 6^{ème} ch., 4 décembre 2014, aff. C-295/13, *H.*, ECLI:EU:C:2014:2410 : *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 462, note D. Bureau ; *BJE*, 1^{er} mai 2015, p. 139, obs. R. Dammann/A. Rapp ; *Gaz. Pal.*, 5 mai 2015, p. 17, obs. L.-C. Henry ; *BJS*, 1^{er} février 2015, p. 95, obs. F. Jault-Seseke/D. Robine ; *Rev. proc. coll.*, novembre 2015, comm. 141, obs. M. Menjucq ; *EuZW*, 2015, S. 141, Anm. P. Kindler ; *NZI*, 2015, S. 88, Anm. C. Poertzen ; *LMK*, 2015, 366550, Anm. R. Magnus.

³CJUE, 1^{ère} ch., 11 juin 2015, aff. C-649/13, *Nortel*, ECLI:EU:C:2015:384 : *D.*, 2015, p. 1514, obs. R. Dammann/M. Boché-Robinet, et p. 1718, obs. C. Dupoirier ; *Rev. sociétés*, 2015, p. 549, obs. L.-C. Henry ; *BJE*, 1^{er} juillet 2015, p. 209, obs. L.-C. Henry ; *Europe*, août 2015, comm. 351, obs. L. Idot ; *BJS*, 1^{er} octobre 2015, p. 514, obs. F. Jault-Seseke/D. Robine ; *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales*, juillet 2015, alerte 185, obs. V. Legrand ; *LPA*, 8 juillet 2015, p. 14, obs. V. Legrand ; *Rev. proc. coll.*, juillet 2015, comm. 91, obs. M. Menjucq ; *Procédures*, août 2015, comm. 261, obs. C. Nourissat ; *EuZW*, 2015, S. 593, Anm. P. Schulz ; *LMK*, 2015, 371693, Anm. A. J. Baumert.

dispositions ne contenant pas expressément une restriction intra-européenne étaient extensibles à l'international. Le champ spatial du règlement Insolvabilité se concevait donc en réalité *à la carte*.

Reste une inconnue : la réaction des autorités suisses. Les premières règles instaurées en matière de faillites internationales en 1987, au chapitre 11 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé (*LDIP*), étaient particulièrement rigoureuses. Trois étapes devaient être franchies pour que les actifs du débiteur situés en Suisse puissent être atteints. D'abord, la décision de faillite étrangère devait être reconnue dans les conditions énoncées à l'article 166 al. 1 *LDIP*. Suite à cela, une procédure de faillite ancillaire s'ouvrait automatiquement en Suisse. Cette procédure est parfois surnommée *mini-faillite*, car elle permet uniquement à certains créanciers locaux, désignés à l'article 172 al. 1 *LDIP*, de bénéficier d'un paiement privilégié sur les actifs du débiteur situés en Suisse. Enfin, l'état de collocation étranger, document qui établit les droits et l'ordre de paiement des créanciers sur le produit de la procédure, devait être reconnu. Pour ce faire, le juge suisse analysait le traitement réservé aux créanciers domiciliés en Suisse dans la procédure étrangère. En cas de reconnaissance de l'état de collocation, le surplus (éventuel) d'actifs issu de la faillite ancillaire, était remis à l'administration étrangère. Ceci constituait la seule entraide internationale offerte par le droit suisse. À défaut de reconnaissance, ce surplus était partagé entre créanciers de troisième classe (selon le droit suisse) domiciliés en Suisse.

Ces règles ont essuyé de nombreuses critiques. Certains auteurs les considéraient particulièrement archaïques : le droit des faillites internationales se modernise dans de nombreux pays, et le droit suisse devait lui aussi évoluer. Bien que le droit européen ne soit pas applicable en Suisse, son influence est indéniable. L'Union européenne constitue un partenaire économique majeur pour la Suisse et, en conséquence, quatre cinquièmes des décisions de faillite présentées pour reconnaissance aux juges suisses émanent d'États membres de l'Union. Suite à l'adoption du règlement Insolvabilité, le chapitre 11 de la *LDIP* serait ainsi devenu « *une législation poussièreuse, tatillonne et protectionniste* »⁴.

Le système a été révisé le 16 mars 2018. Les nouvelles règles, entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2019, instaurent un nouvel équilibre entre protection des créanciers locaux suisses et entraide internationale. Les conditions de l'article 166 al. 1 *LDIP* ont par exemple été

⁴S. MARCHAND, « Les règles du droit suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes », in *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 127.

assouplies : le centre des intérêts principaux devient un chef de compétence indirecte valable, et l'obligation d'établir la réciprocité est supprimée. La faillite ancillaire est devenue plus efficace, sans sacrifier la protection des créanciers locaux.

La première partie de notre étude permet d'analyser l'ensemble de ces évolutions. Grâce à la jurisprudence *Schmid*, les procédures européennes poursuivent l'universalité mondiale, et entendent franchir les frontières suisses. De son côté, le législateur suisse souhaite accueillir les décisions européennes dans de meilleures conditions. La situation semble idéale.

Il ne s'agit pourtant que d'une illusion : les procédures d'insolvabilité européen-suisse n'existent pas, car le législateur européen ne le souhaite pas. Le règlement Insolvabilité était déjà conçu pour les situations intra-européennes. Une lecture minutieuse du règlement Insolvabilité bis nous permet d'affirmer que cet instrument l'est encore bien plus. Ceci se traduit, au niveau du champ spatial de ces règlements, par l'exigence d'un élément d'extranéité qualifié, c'est-à-dire d'un rattachement à un autre État membre que l'État d'ouverture de la procédure. Un seul rattachement à un État tiers ne suffit donc pas. Notre affirmation n'a pas le mérite de la modernité, ni celui de la simplicité. Elle suppose avant tout de définir les situations intra-européennes. Deux éléments doivent selon nous être vérifiés : la localisation du centre des intérêts principaux du débiteur, et celle de l'élément d'extranéité. Reste alors à établir quels éléments d'extranéité doivent être pris en compte. Considérer que tout élément d'extranéité rattaché à un État tiers condamne l'applicabilité du règlement peut mener à des situations absurdes. Seuls les critères d'applicabilité retenus par les dispositions européennes comptent (p. ex. le domicile du créancier étranger). En revanche, les éléments purement accessoires peuvent se rapporter à un État tiers (p. ex. la nationalité du créancier étranger).

L'entrée en vigueur du règlement Insolvabilité bis sonne la fin de la jurisprudence *Schmid* ce qui, nous semble-t-il, a permis de clore le débat. Cependant, de nombreux auteurs, particulièrement dans la doctrine allemande, utilisent toujours la méthode de l'applicabilité spatiale à *la carte* pour interpréter le nouveau règlement. Si tel devait être le cas, l'application de ce règlement serait fragmentée et incohérente.

La seconde partie de notre étude permet d'en étudier les conséquences, dans les procédures franco-suisse.

Il est normal que les situations relatives aux États tiers soient soumises à un autre corps de règles, issu du droit international privé commun ou conventionnel, si le règlement européen ne leur est pas applicable. La logique qui sous-tend l'applicabilité spatiale à *la carte* est très

différente : bien que le règlement soit *a priori* applicable aux situations relatives aux États tiers, seules certaines dispositions pourront effectivement être appliquées. La première partie de notre étude nous a permis de les identifier. Le chapitre IV du règlement Insolvabilité bis, portant sur les droits des créanciers étrangers, n'en fait pas partie. Seuls les créanciers domiciliés dans un autre État membre que l'État d'ouverture peuvent être qualifiés de créanciers *étrangers* (art. 2 pt 12). Ceci engendre deux difficultés.

D'une part, un créancier domicilié en Suisse ne pourra pas effectuer sa production de créance selon les règles européennes. Recourir aux règles nationales de droit international privé de l'État d'ouverture pourrait s'avérer plus difficile qu'il n'y paraît. La règle de conflit de lois générale énoncée à l'article 7 du règlement ne contient pas de restriction intra-européenne, et devrait donc s'appliquer. Il s'agit toutefois de la *lex concursus*, dans ses dispositions matérielles exclusivement.

D'autre part, dès lors que les règles européennes sont *a priori* applicables aux créanciers domiciliés en Suisse, leur refuser le bénéfice des dispositions du chapitre IV devient difficile à justifier. Pourquoi la règle européenne relative à l'imputation serait-elle applicable aux créanciers domiciliés en Suisse, alors que la règle européenne accordant le droit à l'information individuelle des créanciers étrangers ne l'est pas ? Le traitement des créanciers domiciliés en Suisse est devenu inégal, voire discriminatoire, depuis la jurisprudence *Schmid*. Un problème se pose : l'égalité des créanciers est un principe d'ordre public suisse, et elle conditionne la reconnaissance de l'état de collocation étranger en Suisse. Toute la question sera, pour le juge suisse de la reconnaissance, d'établir si la procédure européenne engendre une violation *manifeste* de l'ordre public matériel et procédural suisse, ou non. Nous soutenons que l'effet atténué de l'exception d'ordre public devrait permettre de surmonter les difficultés, dans le cadre des procédures *franco-suisse*s.

Il serait tout à fait envisageable, et même bienvenu, qu'un ensemble de règles européennes, harmonisées, traite les situations relatives aux États tiers. Or, les règlements Insolvabilité et Insolvabilité bis ont exclusivement été conçus pour les situations intra-européennes. L'applicabilité spatiale *à la carte* conduit par conséquent à des résultats incohérents et inefficaces. Les actions annexes nous permettent de le prouver. En matière d'actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers, les règles relatives à la compétence juridictionnelle sont extensibles à l'international, mais la règle de conflit de lois spéciale ne l'est pas. Lorsque l'acte attaqué est soumis à la loi d'un État tiers, les incertitudes sont nombreuses, et la doctrine peine à s'entendre sur une solution. Si l'exercice est complexe, il s'avère en outre inutile : la

décision européenne ne produira aucun effet en Suisse. Le nouvel article 174c du chapitre 11 révisé de la LDIP permet la reconnaissance de décisions étrangères relatives à des actions révocatoires et similaires, sauf lorsque le défendeur à l'action est domicilié en Suisse. Dans ce cas, la construction de la Cour de justice s'effondre et devient complètement inefficace. La convention de Lugano du 30 octobre 2007 débloquent uniquement la situation lorsque l'action relève de son champ d'application. Un exercice de qualification doit être mené au cas par cas, pour interpréter l'article 1§2 point b) de cette convention. L'action en responsabilité des dirigeants de droit suisse (art. 757 du Code civil suisse) nous sert d'exemple.

Les situations relatives aux États tiers ne constituent pas un problème mineur, à résoudre par un arrêt de la Cour de justice. L'objectif de notre étude était d'attirer l'attention sur ces questions, et sur les difficultés qu'elles suscitent aux praticiens ainsi qu'aux juridictions. Elle se concentre sur un État tiers, la Suisse. Les États tiers sont toutefois nombreux, et les réflexions que nous avons menées peuvent tous les concerner. Le Royaume-Uni en fera éventuellement partie, en fonction de son statut post-*Brexit*. Quelques propositions ont été formulées au sein de notre conclusion générale : des règles adaptées aux situations relatives aux États tiers doivent être élaborées, de manière unilatérale ou conventionnelle. Ces deux alternatives ont déjà été utilisées en matière civile et commerciale, le règlement Succession et la convention de Lugano II le démontrent.

Le débat est en réalité politique. Existe-t-il véritablement une volonté de remplacer les faillites internationales franco-suissees par les procédures d'insolvabilité européenno-suissees ? Le législateur suisse a adapté le chapitre 11 de la LDIP, afin de permettre un meilleur accueil des décisions de faillite étrangères, et particulièrement des décisions européennes. Reste à savoir si le législateur européen souhaitera un jour que les procédures d'insolvabilité fondées sur le droit européen parviennent jusqu'en Suisse.