

La liquidation amiable : une procédure d'insolvabilité au sens du règlement n° 1346/2000 ?

Jean-Emmanuel Kuntz
Avocat au Barreau de Paris

1. Le règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000¹ est applicable aux « procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic² ». Les annexes A, B et C du règlement énumèrent les dénominations données dans les législations nationales des États membres aux procédures et aux syndics auquel le règlement est applicable. Ainsi, les procédures principales d'insolvabilité auxquelles s'applique le règlement sont énumérées à l'annexe A.

2. Le règlement permet d'ouvrir des procédures principales dans l'État membre où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur et des procédures secondaires parallèlement à la procédure principale dans l'État membre dans lequel le débiteur a un établissement. Le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers³. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire⁴. Le centre des intérêts principaux détermine aussi la loi applicable à la procédure, puisque sauf disposition contraire du règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte⁵.

3. En pratique, cette notion de « centre des intérêts principaux » ne va pas sans poser de difficultés, en particulier en présence d'un groupe de sociétés. Certaines juridictions ont en effet tendance à considérer que le centre des intérêts principaux des filiales se situe au siège statutaire de la société mère. La jurisprudence

au travers de plusieurs arrêts récents est donc venue préciser les contours de cette notion. La CJCE, par son arrêt Eurofood du 2 mai 2006⁶, a précisé que la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux d'une filiale est situé dans l'État membre où se trouve son siège statutaire, ne peut être réfutée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente. De tels éléments objectifs permettant de renverser cette présomption sont constitués lorsqu'une société n'exerce aucune activité sur le territoire de l'État où est situé son siège social. La Cour fait ici une application stricte de la notion de centre des intérêts principaux. En outre, une nouvelle circulaire de la Direction des affaires civiles et du Sceau du 15 décembre 2006, qui annule et remplace la circulaire du 17 mars 2003⁷ apporte des précisions sur la portée du texte européen et propose, sous réserve de l'application souveraine des juridictions, des solutions à certaines difficultés que peut poser son application en France. L'article 1.2.1 de la circulaire reprend le critère défini par la CJCE, c'est-à-dire que le centre des intérêts principaux doit s'entendre comme étant le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers. Ce terme peut être compris comme désignant le centre effectif de direction de ses affaires. La juridiction d'un État membre initialement saisie de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité demeure ainsi compétente pour décider de l'ouverture bien que le débiteur ait, dans l'intervalle, transféré le centre de ses intérêts principaux sur le territoire d'un autre État membre⁸. Dans l'affaire Isa Daisytek⁹, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 27 juin 2006, rejetant le

1 L'auteur tient à remercier M^e Bruno Van Haelst, Avocat au Barreau de Bruxelles et Jonas Haddad, étudiant du DU de procédures collectives de Paris 1.

Règl. (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : *JOUE* n° L 160, 30 juin 2000, p. 1.

2 Règl. (CE) n° 1346/2000, art. 1^{er}, paragraphe 1.

3 Règl. (CE) n° 1346/2000, considérant 13.

4 Règl. (CE) n° 1346/2000, art. 3, paragraphe 1.

5 Règl. (CE) n° 1346/2000, art. 4, paragraphe 1.

6 CJCE, 2 mai 2006, Eurofood IFSC Ltd, C-341/04 : *Bull. Joly sociétés*, 2006, p. 107, § 184, note D. Fasquelle ; *D.*, 2006, p. 1287, NDLR et p. 1752, note R. Dammann ; *JCP G*, 2006, II, n° 10089, note M. Menjuq ; *JCP E*, 2006, p. 2071, note J.-L. Vallens ; *Gaz. proc. coll.*, 2006/3, p. 7, note F. Mélin ; *D.*, 2006, p. 2251, obs. F.-X. Lucas ; *Rev. sociétés*, 2006, p. 360, note J.-P. Rémy.

7 Circ. DACS n° 2006-19, NOR : JUSC0620990C, 15 déc. 2006 relative au règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité.

8 CJCE, 17 janv. 2006, aff. C-1/04, Staubitz-Schreiber : *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 753, § 158, note D. Fasquelle.

9 *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 1379, § 287, note D. Fasquelle ; *D.*, 2006, p. 1816, obs. A. Lienhard, et p. 2257, note J.-L. Vallens ; *JCP G*, 2006, II, n° 10147, note M. Menjuq, et *JCP E*, 2006, p. 2291, note F. Mélin ; *Banque et droit*, juill.-août 2006, p. 70, note G. Affaki et J. Stoufflet.

pourvoi formé contre la décision de la cour d'appel de Versailles du 4 septembre 2003¹⁰, s'est prononcée pour la première fois sur le règlement du 29 mai 2000. Sur le fondement du principe de confiance mutuelle prévu par le considérant 22, la cour d'appel de Versailles a reconnu la compétence du juge anglais ayant ouvert, en premier, quatorze procédures principales d'insolvabilité visant les filiales d'un groupe dont l'une, la SAS Daisytek, avait son siège en France. Dans l'affaire Rover, la High Court of Justice de Birmingham avait ouvert une procédure principale de droit anglais à l'encontre de la société mère anglaise mais aussi à l'égard de la filiale française du groupe. Le tribunal de commerce de Nanterre, par un jugement du 19 mai 2005¹¹, confirmé par la cour d'appel de Versailles le 15 décembre 2005¹², avait reconnu cette procédure et refusé en conséquence d'en ouvrir une autre en France.

4. Dans le même sens, malgré cette présomption de compétence du tribunal du siège social, plusieurs décisions de juridictions du fond françaises ont appliqué le critère du centre des intérêts principaux à la filiale d'un groupe, en localisant ce centre en un lieu différent de celui de son siège statutaire. Dans l'affaire EMTEC, le même tribunal de commerce de Nanterre, par deux jugements des 14 et 15 février 2006¹³, s'est reconnu compétent pour ouvrir le redressement judiciaire d'une société belge et d'une société allemande, qui malgré leur siège statutaire, appartiennent à un groupe international fonctionnant sous l'autorité de la société française EMTEC Magnetics France SAS, au siège de laquelle était localisé le centre des intérêts principaux des deux filiales. Il existe ainsi une dissociation de plus en plus fréquente entre le lieu d'incorporation des différentes entités et celui du centre de leurs activités et de leur gestion. Dans l'affaire Eurotunnel¹⁴, le tribunal de commerce de Paris, par son jugement du 2 août 2006 a relevé qu'un faisceau d'indices concordants et vérifiables par les tiers démontrait que le centre des intérêts principaux des différentes entités d'Eurotunnel était en France et plus particulièrement à Paris.

5. Il ressort de ces jurisprudences que le faisceau d'indices permettant de situer le centre des intérêts principaux d'une société est constitué d'un critère objectif de direction du groupe et de critères subjectifs basés sur des éléments de fait comme l'administration des filiales étrangères, le lieu de résidence des dirigeants, les conditions d'approvisionnement en marchandises, les réunions périodiques dans des locaux et

le lieu où est déterminée la politique commerciale. Le concept appliqué en vue de localiser le centre des intérêts principaux est celui des *headquarter functions* telles que : le lieu des réunions du conseil d'administration, le droit applicable aux différents contrats, la localisation des relations d'affaires avec la clientèle, le lieu où est définie la politique commerciale du groupe, l'existence d'autorisation préalable de la société mère pour conclure certains engagements financiers, la localisation des banques créancières, la gestion centralisée de la politique d'achat, du personnel, de la comptabilité et du système informatique.

6. Le centre des intérêts principaux détermine la loi applicable à la procédure¹⁵. Il en résulte qu'une société immatriculée dans un pays de l'Union Européenne peut être soumise à une procédure d'insolvabilité dans un autre pays membre. Chaque État a un droit propre des entreprises en difficultés. Les annexes A et B du règlement énumèrent les procédures soumises au règlement. Il apparaît cependant que lesdites annexes A et B qualifient certaines procédures de « procédure d'insolvabilité » au sens du règlement alors qu'il s'agit, *a priori*, de liquidation « amiable » ou « volontaire » : c'est le cas de la Belgique (« liquidation volontaire »), de l'Irlande et du Royaume-Uni (*creditors' voluntary winding up*). Ces procédures impliquent un rôle limité des juridictions et une impulsion déterminante de la société qui est à l'origine de la procédure. Seules les procédures de liquidation « amiable » belge, anglaise et irlandaise sont susceptibles de trouver application au regard du règlement européen et être ainsi qualifiées de « procédures d'insolvabilité ». Encore faut-il, pour qu'elles soient qualifiées ainsi, que la loi applicable à la procédure soit la loi belge, anglaise ou irlandaise. Ainsi, s'il est démontré que le centre des intérêts principaux d'une société, dont le siège est situé ailleurs qu'en Belgique, Royaume-Uni ou Irlande, se situe en réalité dans l'un de ces trois pays, il sera possible de lui appliquer une procédure de liquidation amiable qui sera soumise au règlement européen. En conséquence, une société établie en France mais dont il est démontré que le centre des intérêts principaux est au Royaume-Uni, en Irlande ou en Belgique pourrait faire l'objet de l'ouverture d'une procédure principale de liquidation volontaire au sens de l'article 3.1 du règlement, voire d'une procédure secondaire de liquidation volontaire au sens de l'article 3.2 du règlement. Il convient dès lors d'approfondir le régime de la liquidation volontaire belge ainsi que celui du *creditors' voluntary winding up* anglais et irlandais (I) avant

10 CA Versailles, 4 sept. 2003, aff. Daisytek : *Juris-Data*, n° 2003-220954 ; Cass. com., 27 juin 2006, n° 03-19863 : *Juris-Data* n° 2006-034272.

11 T. com. Nanterre, 19 mai 2005 : *Bull. Joly Sociétés*, 2005, p. 955, § 227, note F. Mélin ; *D.*, 2005, p. 1787, note R. Dammann ; *JCPG*, 2005, II, n° 10116, note M. Menjuq ; *Rev. proc. coll.*, 2005, p. 241, obs. M. Menjuq.

12 CA Versailles, 15 déc. 2005 : *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 328, § 69, note F. Mélin ; *D.*, 2006, p. 142, obs. A. Lienhard, et p. 379, note R. Dammann.

13 T. com. Nanterre, 14 et 15 janvier 2006 : *D.*, 2006, p. 651, obs. A. Lienhard et p. 793, note J.-L. Vallens.

14 R. Dammann et G. Podeut, « L'affaire Eurotunnel, première application du règlement CE n° 1346/2000 à la procédure de sauvegarde » : *D.*, 2006, p. 2329.

15 Règl. (CE) n° 1346/2000, art. 4.

de rappeler le régime de la liquidation amiable en France afin de s'interroger sur l'éventuelle intégration possible de la liquidation amiable française dans les annexes A et B du règlement et les conséquences de l'ouverture d'une liquidation amiable de droit belge, anglais ou irlandais à l'égard d'une société française (II).

I - Les liquidations amiables ou volontaires énumérées dans les annexes A et B du règlement 1346/2000

7. La procédure de liquidation volontaire en Belgique ainsi que la procédure de *creditors' voluntary winding up* de l'Irlande et du Royaume-Uni, sont considérées comme des procédures d'insolvabilité au sens du règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000. Le règlement du 29 mai 2000 précise en effet que le *creditors' voluntary winding up* tombe sous son application dès lors que la procédure fait l'objet d'une confirmation par le tribunal. L'*Insolvency Amendment Rules* de 2002 a ainsi prévu la possibilité pour le liquidateur d'obtenir une « confirmation de la cour ». La High Court devra donc vérifier les conditions de la procédure de liquidation volontaire amorcée et vérifiera que le centre des intérêts principaux de la société est situé au Royaume-Uni.

A - La liquidation volontaire sous contrôle judiciaire du droit belge

8. Le droit belge de la liquidation amiable a été réformé par la loi du 2 juin 2006¹⁶ qui renforce l'intervention des tribunaux dans la nomination du liquidateur et l'information des tribunaux et des créanciers¹⁷. Le droit belge se distingue donc sur ce point du droit français, en raison de l'ingérence des juridictions dans le régime de la liquidation amiable. La présence de la liquidation volontaire belge dans les annexes A et B provient du fait qu'une telle liquidation peut être clôturée en perte (les créanciers ne peuvent pas être intégralement payés), sans que la faillite ne soit prononcée. En effet, la faillite du droit belge suppose non seulement une cessation des paiements, mais aussi un ébranlement du crédit.

9. En droit belge, la dissolution d'une société n'est jamais réalisée de plein droit. Elle peut intervenir sur décision judiciaire, ou sur décision de l'assemblée générale. La proposition de dissolution doit alors faire l'objet d'un rapport justificatif par les administrateurs, auquel est joint un état actif/passif de la société, commenté par le commissaire-réviseur. L'assemblée délibère dans les conditions requises pour toute modification des statuts : quorum de 50 % du capital sur première convocation et majorité des trois-quarts. Le liquidateur peut être une personne morale. Dans cette hypothèse, la loi belge prévoit que la personne physique qui représente le liquidateur doit être désignée dans l'acte de nomination¹⁸. L'assemblée des actionnaires détermine les modalités de liquidation et procède, comme en France, à la nomination du liquidateur. Cependant, la loi belge du 2 juin 2006 subordonne l'entrée en fonction des liquidateurs ainsi nommés à une confirmation du tribunal de commerce en vertu de l'article 184, §1^{er}, alinéa 2 du Code des sociétés¹⁹. Le tribunal n'accorde confirmation de la nomination qu'après avoir vérifié que les liquidateurs offrent toutes les garanties de probité (C. sociétés, art. 184, §1)²⁰. Ne peuvent être désignés comme liquidateur les personnes qui ont été condamnées pour certaines infractions (vol, faux, escroquerie ou abus de confiance), ainsi que tout dépositaire, tuteur, administrateur ou comptable, qui n'a pas rendu et soldé son compte en temps utile. Ne peuvent pas non plus être nommés comme liquidateur, sauf homologation par le tribunal compétent, les personnes qui ont été déclarées en faillite sans avoir obtenu de réhabilitation et celles qui ont encouru une peine d'emprisonnement pour certaines infractions relatives à l'interdiction judiciaire de certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités. En cas de refus d'homologation ou de confirmation, le tribunal compétent désigne lui-même le liquidateur, éventuellement sur proposition de l'assemblée générale. Le tribunal statue également sur les actes que le liquidateur a éventuellement accomplis entre sa nomination par l'assemblée générale et la confirmation de cette nomination. Il peut confirmer ces actes de manière rétroactive, ou les annuler s'ils constituent une violation manifeste des droits des tiers. On remarque que le droit belge permet une ingérence du tribunal dans le déroulement de la liquidation et l'accomplissement

16 Publiée au *Moniteur Belge* le 26 juin 2006.

17 V. à ce sujet, P. Jehasse, La loi du 2 juin 2006 modifiant le Code des sociétés en vue d'améliorer la procédure de liquidation : exposé des principes et analyse critique : *Rev. DAOR*, n° 2007/81, p. 124 ; S. de Geyter, « Commentaire de la loi du 2 juin 2006 » : *RD com.*, 2006/10, déc. 2006.

18 C. sociétés, art. 184, § 1^{er} *in fine*.

19 C. sociétés, art. 184, § 1^{er}, al. 2 nouveau, dispose que « Les liquidateurs n'entrent en fonction qu'après confirmation, par le tribunal de commerce, de leur nomination résultant de la décision prise par l'assemblée générale ». Notons que l'article 184, § 1^{er}, al. 4 nouveau emploie le terme « homologation » et non pas « confirmation » lorsque le liquidateur désigné par l'assemblée générale est un failli non réhabilité ou une personne condamnée pénalement pour fraude à la législation comptable ou fiscale.

20 Sur la notion de « probité » on pourra utilement consulter le rapport fait au nom de la Commission chargée des problèmes de droit commercial et économique : *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ord., 2005-2006, n°51-1906/005, p. 87.

des actes nécessaires à celle-ci, ce qui traduit semble-t-il le dessaisissement nécessaire à l'octroi de la qualification de procédure d'insolvabilité au sens du règlement 1346/2000 de la liquidation volontaire.

10. Le tribunal de commerce est saisi par requête unilatérale de la société conformément aux articles 1025 et suivants du Code judiciaire. La requête est signée par l'organe compétent de la société ou par un avocat et accompagnée d'un état comptable de l'actif et du passif²¹. Le tribunal statue au plus tard dans les vingt-quatre heures du dépôt de la requête. Le tribunal peut également être saisi par requête du procureur du Roi ou de tout tiers intéressé²².

11. La société dissoute conserve sa personnalité morale jusqu'à la clôture de la liquidation. La mention de sa dénomination doit être suivie de « société en liquidation ». À défaut de disposition contraire dans les statuts ou dans l'acte de nomination, les liquidateurs peuvent intenter et soutenir toutes actions, recevoir tous paiements, donner mainlevée avec ou sans quittance, réaliser toutes les valeurs mobilières de la société, endosser tous effets de commerce, transiger ou compromettre sur toutes contestations. Les liquidateurs belges peuvent aliéner les immeubles par adjudication publique, s'ils jugent la vente nécessaire pour payer les dettes sociales. Ils peuvent, mais seulement avec l'autorisation de l'assemblée générale, continuer, jusqu'à réalisation, l'industrie ou le commerce, emprunter pour payer les dettes sociales, créer des effets de commerce, hypothéquer les biens, les donner en gage, aliéner les immeubles, même de gré à gré, et faire apport du patrimoine dans d'autres sociétés. Les liquidateurs belges peuvent exiger des associés le paiement des sommes qu'ils se sont engagés à verser et qui paraissent nécessaires au paiement des dettes et des frais de liquidation. En Belgique, les liquidateurs, sans préjudice des droits des créanciers privilégiés, paieront toutes les dettes, proportionnellement et sans distinction entre les dettes exigibles et les dettes non exigibles, sous déduction éventuelle d'un escompte pour celles-ci. Avant la clôture de la liquidation, les liquidateurs soumettent le plan de répartition de l'actif entre les différentes catégories de créanciers, pour accord, au tribunal de commerce²³. Un liquidateur pourrait même être remplacé en cas d'inexécution de cette formalité²⁴. Ils pourront cependant, sous leur garantie personnelle, payer d'abord les créances exigibles, si l'actif dépasse notablement le passif ou si les créances à terme ont une garantie suffisante et sauf le droit des

créanciers de recourir aux tribunaux. Après le paiement ou la consignation des sommes nécessaires au paiement des dettes d'une société, les liquidateurs distribueront aux associés les sommes ou valeurs qui peuvent former des répartitions égales; ils leur remettront les biens qui auraient dû être conservés pour être partagés.

12. Les liquidateurs belges doivent convoquer l'assemblée générale des associés sur la demande d'associés représentant le cinquième du capital social et ils doivent convoquer l'assemblée générale des obligataires sur la demande d'obligataires représentant le cinquième du montant des obligations en circulation. À l'instar de ce qui est prévu en cas de faillite²⁵, les liquidateurs transmettent au cours des sixième et douzième mois de la première année de la liquidation, un état détaillé de la situation de la liquidation au greffe du tribunal de commerce dans l'arrondissement duquel se trouve le siège de la société²⁶. Cet état détaillé, qui comporte notamment l'indication des recettes, des dépenses, des répartitions, ainsi que de ce qu'il reste à liquider, est versé au dossier de liquidation dont le contenu est précisé à l'article 195 *bis* du Code des sociétés. On y retrouve les rapports obligatoires justifiant la dissolution et expliquant la situation de la société en liquidation²⁷. À partir de la deuxième année de la liquidation, cet état détaillé n'est transmis au greffe et versé au dossier de liquidation que tous les ans. En droit belge, les liquidateurs sont responsables tant envers les tiers qu'envers les associés, de l'exécution de leur mandat et des fautes commises dans leur gestion. Le droit belge prévoit que, chaque année, les liquidateurs soumettent à l'assemblée générale de la société les comptes annuels avec l'indication des causes qui ont empêché la liquidation d'être terminée. Après la liquidation et au moins un mois avant l'assemblée générale ou la réunion des associés, les liquidateurs déposent un rapport sur l'emploi des valeurs sociales au siège de la société et soumettent les comptes et pièces à l'appui. La clôture de la liquidation est publiée, tout comme en France.

B - Le *Creditors' Voluntary Winding Up* selon les droits anglais et irlandais

13. Le droit irlandais ayant intégré par une ordonnance du 19 décembre 1989²⁸ un régime identique à celui du droit anglais, seul celui-ci fera l'objet de

21 C. sociétés, art. 184, § 1^{er}, al. 6 nouveau. La doctrine considère qu'il s'agit de l'état comptable mentionné également à l'article 181, § 1^{er}, al. 2, du Code des sociétés. Cf. P. Jehasse, préc.

22 C. org. jud., art. 1034 et s.

23 C. sociétés, art. 190, § 1^{er} nouveau qui prévoit une vérification préalable. La proposition de loi initiale prévoyait une mesure trop contraignante ordonnant la validation par le tribunal de tout paiement.

24 C. sociétés, art. 184, § 2 nouveau.

25 L. 8 août 1997 sur les faillites, art. 34.

26 C. sociétés, art. 189 *bis*.

27 Ces rapports sont détaillés à l'article 181, § 1^{er} du Code des sociétés.

28 *Insolvency* (Northern Ireland) Order 1989 ; http://www.opsi.gov.uk/si/si1989/uksi_19892405_en_1

l'étude. En droit anglais, la procédure de *creditors' voluntary winding up* est, avec la *members' voluntary winding up*, la procédure de liquidation volontaire²⁹. Son régime est issu de la loi dite *Insolvency Act* et du texte d'application appelé *Insolvency Rules* tous deux publiés en 1986³⁰. Ce régime a connu une légère actualisation avec la loi dite *Companies Act* de 2006³¹. Cette liquidation est dite « volontaire »³² car initiée par les actionnaires, en raison du fait que la société ne possède pas assez d'actifs pour payer ses dettes. La société est donc insolvable. Cependant, la procédure de liquidation ne s'ouvre pas par une décision de justice, mais par une décision des actionnaires. Toutefois, les créanciers ont un droit de contrôle sur la procédure. Cette procédure diffère de la procédure de *compulsory liquidation* par laquelle la liquidation est imposée par un tribunal³³. Elle est marquée par un rôle important des créanciers qui sont réunis, à l'initiative de la société, au sein d'une *creditors' meeting*. La décision de liquidation est prise par une résolution des actionnaires de la société. Contrairement à ce que son nom semble indiquer, la procédure n'est donc pas initiée par un créancier. Les dirigeants doivent s'assurer que la société n'est pas capable de régler son passif et qu'ils ne peuvent pas établir une « déclaration de solvabilité ». Ils doivent s'assurer de ne pas contracter d'autres dettes, faute de quoi ils pourraient être responsables personnellement de ces dettes. La procédure de liquidation est initiée par une décision des associés qui peut être (section 84)³⁴ : (i) une résolution ordinaire : terme de la société, (ii) une résolution spéciale de liquidation, (iii) une résolution extraordinaire ayant pour effet de constater que la société ne peut, compte tenu de son passif, continuer son activité et doit être dissoute. La nomination du liquidateur fait, enfin, l'objet d'une publicité dans les 14 jours³⁵. La société doit appeler les créanciers à se réunir au plus tard 14 jours après la délibération de la société sur l'éventuelle liquidation (section 98). Cette convocation doit faire l'objet d'une publicité. En général, *creditors' meeting* suit immédiatement l'assemblée générale des associés/actionnaires. Les créanciers peuvent, lors du *creditors' meeting*, remplacer le liquida-

teur choisi par la société et décident de sa rémunération. La mission du liquidateur dure jusqu'à la clôture de la liquidation.

14. Le liquidateur dispose des pouvoirs suivants décrits au Chapitre 6 de la Partie 4 de l'*Insolvency Act*³⁶ : le pouvoir de représentation en justice de la société, le pouvoir d'administration de la société autant qu'il est nécessaire pour le bénéfice de la liquidation, le pouvoir de réaliser tous les actes nécessaires au nom de la société, le pouvoir de nommer une personne chargée d'effectuer ce que le liquidateur ne peut faire lui-même. La nomination du liquidateur met fin aux pouvoirs des dirigeants sauf si les créanciers approuvent la conservation des pouvoirs de ces derniers³⁷. En effet, si les pouvoirs des dirigeants avaient pris fin, ils ne pourraient plus convoquer les créanciers au sein du *creditors' meeting*. Si un liquidateur n'a pas été désigné, les dirigeants conservent leurs pouvoirs, avant la tenue du *creditors' meeting*, mais ne peuvent les exercer sans le consentement du tribunal (sauf pour l'établissement de déclarations et la convocation des créanciers, section 114)³⁸. Au Royaume-Uni, le liquidateur dispose du pouvoir de faire tout acte nécessaire à la liquidation et à la distribution de l'actif (section 144)³⁹. Il peut ainsi réaliser les actifs de la société et doit veiller à leur préservation (souscription d'assurance *etc.*). Il est tenu de vendre les biens périssables, pour le bénéfice de la liquidation, faute de quoi il pourrait être tenu responsable des pertes⁴⁰.

Si les actifs vendus sont grevés de privilèges/nantissements, le liquidateur peut déduire une somme raisonnable pour obtenir le prix de réalisation. Le règlement du passif par le liquidateur est soumis à un accord du tribunal. Cet accord concerne le pouvoir de payer un rang de créanciers en totalité, le pouvoir de trouver un accord avec les créanciers, le pouvoir de compromettre sur les dettes de la société ou sur toutes les questions affectant les biens ou la liquidation de la société. Le liquidateur doit veiller à payer tout le passif présent et futur et établir le montant du passif et la liste des créanciers. Par hypothèse, la société est insolvable, les fonds sont donc insuffisants pour désintéresser

29 Elles figurent toutes les deux à la quatrième partie de l'*Insolvency Act* de 1986.

30 La loi dite *Insolvency Act* étant datée du 25 juillet 1986 et les *Insolvency rules* datées du 10 novembre 1986 ; <http://www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/legislation/uk/insolvencyact.pdf>

31 *Companies Act* 2006 en date du 8 novembre 2006 ; http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2006/pdf/ukpga_20060046_en.pdf

32 Sur l'intégration de la procédure de *winding up* volontaire v. F. Jault-Seske et D. Robine *in D.*, 2004, n° 14, p. 1012.

33 La *compulsory liquidation* pouvant être provoquée par les actionnaires comme par les créanciers.

34 (1), (a)(b) et (c).

35 Section 85 « give notice of the resolution by advertisement in the Gazette within 14 days ».

36 Sections 143 à 146.

37 Section 103.

38 Le (3) de la section 114 leur conserve toutefois leur pouvoir sur des *perishable goods* et tout ce qui pourrait être dévalué sans intervention immédiate du dirigeant. C'est un pouvoir élargi qui dilue la restriction puisqu'il est prévu que le dirigeant peut faire « toute chose nécessaire à la protection des actifs de la société ».

39 La section 144 prévoit une disposition spéciale applicable en Écosse où en l'absence de liquidateur le tribunal est considéré détenir *all the property of the company*.

40 L'ensemble de sa mission étant développé sous un titre *The liquidator's functions* et notamment une section 143 *general functions*.

l'intégralité des créanciers. Les créances privilégiées devront donc être payées par priorité. Si, à rang égal, les actifs sont insuffisants, les créanciers seront payés à parts égales. La société bénéficie d'une suspension des poursuites et aucune action ou procédure ne peut être ouverte contre la société ou ses avoirs sans l'autorisation du tribunal.

15. Au Royaume-Uni, le liquidateur n'est pas le seul détenteur d'obligations envers les associés. Les anciens dirigeants ont également des obligations. De plus, en raison du rôle important joué par les créanciers, le liquidateur et les dirigeants ont des obligations principalement vis-à-vis de ceux-ci. Les dirigeants doivent préparer un *affidavit*⁴¹ sur l'activité de la société et les causes de son insolvabilité : actifs et passifs de la société, noms et adresses des créanciers, privilèges des créanciers... Un rapport doit également être lu devant le comité de créanciers : ce rapport reprend l'*affidavit* et en explicite certains points⁴². Si un liquidateur a déjà été désigné avant la *creditors' meeting*, il doit faire un rapport sur ses activités. Les pouvoirs du *creditors' meeting* sont limités à la prise de certaines décisions concernant le liquidateur, l'ajournement du *meeting* ou encore d'autres résolutions que le président autorise « pour des raisons spéciales ». Le comité des créanciers peut nommer un liquidateur⁴³ et, s'il ne s'agit pas de la même personne que celle précédemment désignée par les associés de la société, la décision du comité de créanciers prévaut. Cependant, un dirigeant, un associé ou un créancier peut, dans les 7 jours de cette nomination, agir en justice contre cette décision : soit le premier liquidateur nommé par les associés gardera ses fonctions, soit le tribunal donnera raison aux créanciers, soit les deux exerceront conjointement ou séparément leurs pouvoirs, soit un autre liquidateur sera nommé⁴⁴. Par ailleurs, les créanciers peuvent nommer un comité de liquidation, composé d'au plus 5 membres (créanciers et *contributories*) chargés d'assister le liquidateur (section 101). Les décisions du comité des créanciers sont prises à la majorité des présents et votants, majorité non pas en

nombre mais en fonction de la valeur de la créance de chacun⁴⁵. Si la liquidation dure depuis plus d'un an, le liquidateur devra convoquer les créanciers et les associés à la fin de chaque année. Le liquidateur devra faire un rapport sur son action et la conduite de la procédure de liquidation (section 105). Il peut en outre enquêter sur les affaires de l'entreprise et faire restituer les biens manquants ou qui ont fait l'objet de transactions préférentielles. Il doit aussi informer le ministère du Commerce et de l'Industrie du comportement des dirigeants de l'entreprise. Au Royaume-Uni, le liquidateur peut voir sa responsabilité être engagée et peut être condamné à rembourser, restaurer ou à payer, une chose ou une somme d'argent pour abus de pouvoir ou violation de ses obligations⁴⁶. Le tribunal examine cependant si la décision prise est telle qu'un liquidateur raisonnable et avisé n'aurait pas fait de même. Il n'existe pas de dispositions pénales spéciales contre un liquidateur amiable alors que de nombreuses sanctions ont été prévues pour les dirigeants et membres de la société.

16. La société est dissoute lorsque les opérations de liquidation sont achevées et la publication effectuée au *Registrar of Companies*. La dissolution intervient dans les trois mois qui suivent la publication, une fois que le liquidateur a clos les comptes et qu'une dernière assemblée générale s'est tenue (section 201). Enfin, une récente actualisation du régime a été effectuée avec le *Companies Act* de 2006 qui réformait en profondeur le droit des sociétés du Royaume-Uni en place depuis le *Companies Act* de 1985. Cette loi a inséré deux nouvelles sections⁴⁷ à l'*Insolvency Act* de 1986 et à l'*Insolvency Order* de 1989 (relatif à l'Irlande). Ils sont intitulés *Payment of expenses of winding up* et confèrent aux frais de la procédure un rang prioritaire même par rapport aux garanties très efficaces que peuvent constituer une clause de réserve de propriété ou la *floating charge*, sûreté universelle spécifique au droit anglo-saxon, étant précisé que sont concernés tous les frais engagés pour le processus liquidatif dont fait partie la rémunération du liquidateur.

41 Déclaration solennelle.

42 Section 146.

43 Section 100, (1).

44 Section 100, (3).

45 L'ordonnance du 18 décembre 2008 portant modification de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 retient des règles identiques, sauf que cette majorité est des deux-tiers.

46 Section 170.

47 176 ZA et 150 ZA.

II - La liquidation amiable de droit français et les conséquences d'une liquidation amiable de droit belge, anglais ou irlandais ouverte à l'encontre d'une société française

A - Le régime de la liquidation amiable : les différents cas susceptibles de répondre aux critères posés par le règlement 1346/2000

17. Le régime de la liquidation amiable des sociétés commerciales est, en France, issu des articles 1844-8 et suivants du Code civil et de la loi du 24 juillet 1966, aux articles L. 237-1 et suivants du Code de commerce. Le Code de commerce opère une distinction entre deux régimes de liquidation. Le premier⁴⁸ laisse aux statuts et aux associés le soin d'organiser la liquidation sous réserve de respecter certaines dispositions impératives. C'est le régime de la liquidation amiable ou conventionnelle. Le second⁴⁹ s'applique soit à défaut de clauses statutaires ou de convention entre les parties, soit sur décision de justice à la demande d'associés ou de créanciers sociaux. C'est le régime de la liquidation légale ou de la liquidation sur décision judiciaire. Le législateur a néanmoins énoncé un certain nombre de règles impératives auxquelles il n'est pas possible de déroger. Les dispositions des articles L. 237-2 à L. 237-13 et L. 247-5 à L. 247-8 du Code de commerce complétées par les articles 266 à 271 du décret du 23 mars 1967 représentent en effet des règles impératives qui s'appliquent non seulement aux liquidations conventionnelles ou amiables, mais aussi aux liquidations légales ou sur décision judiciaire. Ces deux régimes concernent la liquidation des sociétés commerciales. Pour les sociétés civiles, la procédure de liquidation est prévue par le seul article 1844-8 du Code civil, complétée par les dispositions des articles 8 à 14 du décret du 3 juillet 1978. Selon l'article L. 237-1⁵⁰ du Code de commerce, le régime de la liquidation statutaire semble être la règle alors que celui de la liquidation légale paraît être l'exception. Ces deux régimes entraînent un certain dessaisissement, à l'instar du droit belge, au profit évidemment

du liquidateur amiable, mais aussi au profit du tribunal, et ce plus particulièrement dans le régime de la liquidation légale.

18. La liquidation a un caractère obligatoire qui résulte du principe⁵¹ selon lequel la société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution pour quelque cause que ce soit. C'est donc la conséquence normale et obligée de la dissolution. Selon le régime de liquidation applicable, une fois la décision de dissolution prise, le liquidateur est désigné par l'assemblée générale des actionnaires, aux conditions de quorum et de majorité des assemblées ordinaires (C. com., art. L. 237-18) ou par décision de justice lorsque la dissolution est judiciaire, ou lorsque l'assemblée n'a pu nommer un liquidateur soit parce qu'elle n'a pas été convoquée, soit parce que les associés n'ont pu se mettre d'accord (C. com., art. L. 237-19). Le mandat du liquidateur ne peut excéder 3 ans (C. com., art. L. 237-21). Le renouvellement du mandat par les associés est possible si le liquidateur a été nommé par eux, ou par le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance si le liquidateur a été nommé par décision de justice. Lorsque la liquidation est conventionnelle, rien n'interdit de nommer le liquidateur pour une durée indéterminée, mais il convient de tenir compte de l'article 1844-8 du Code civil, autorisant le ministère public ou tout intéressé à saisir le tribunal si la clôture de la liquidation n'est pas intervenue dans les 3 ans de la dissolution. Le liquidateur peut être révoqué et remplacé selon les formes prévues pour sa nomination (C. com., art. L. 237-21). Cette règle n'exclut cependant pas une demande de révocation en justice par les actionnaires pour faute. La dissolution ne produit ses effets à l'égard des tiers qu'à compter de la date de sa publication au registre du commerce et des sociétés, et la dissolution doit en tout état de cause être mentionnée au registre du commerce et des sociétés dans le délai d'un mois. L'acte de nomination du liquidateur doit au surplus être publié dans le délai d'un mois dans un journal d'annonces légales (C. com., art. R. 237-22). Le liquidateur doit également déposer au greffe deux originaux de l'acte de décision de dissolution et demander l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés. Un avis de dissolution sera inséré au *BODACC* par le greffier dans le délai de 8 jours à compter de la mention au registre du commerce et des sociétés (C. com., art. R. 123-159). Tous les documents afférents doivent indiquer que la société est en liquidation.

19. Le second principe, propre aux liquidations, consiste à retenir la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci. La personnalité morale ne subsiste donc que

48 Section première « Dispositions générales » : C. com., art. L. 237-2 à L. 237-13.

49 Section II « Dispositions applicables sur décision judiciaire » : C. com., art. L. 237-4 à L. 237-31.

50 C. com., art. L. 237-1 : « Sous réserve des dispositions du présent chapitre, la liquidation des sociétés est régie par les dispositions contenues dans les statuts ».

51 Issu de la rédaction de C. com., art. L. 237-2, al. 1.

pour les besoins de la liquidation. Ce principe se justifie pour des raisons pratiques : créanciers à payer, dettes à recouvrer, éventuellement contrats à exécuter et actif à partager. La disparition immédiate de la personnalité morale compromettrait la réalisation de ces opérations. Dès lors, à compter de la dissolution, la société est représentée par son liquidateur amiable, lequel a seul qualité pour agir en justice au nom de la société. Toutefois, il n'est pas mis fin aux fonctions du conseil d'administration, du conseil de surveillance et du ou des commissaires aux comptes (C. com., art. L. 237-15). Durant les opérations de liquidation, les associés conservent également le droit de prendre communication des documents sociaux.

20. Le liquidateur est investi des pouvoirs les plus étendus pour réaliser l'actif dans le cadre de la liquidation légale. On peut en déduire que le liquidateur a normalement tout pouvoir pour aliéner, y compris les immeubles sociaux. S'agissant du recouvrement des créances, le liquidateur est habilité à poursuivre le recouvrement de toutes les créances sociales quel qu'en soit le débiteur. Il s'agit ici d'un droit dont le liquidateur a seul l'exercice. Le liquidateur peut vendre tous les éléments de l'actif mobilier de la société afin de les convertir en espèces. Il semble qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon qu'il s'agit des marchandises, du matériel et de l'outillage ou même de biens incorporels tels les brevets ou les titres détenus dans le patrimoine social. Le liquidateur choisira en fonction de l'intérêt de la société, le mode de vente qui lui paraît le plus approprié, il pourra ainsi recourir soit à une vente amiable, soit à une vente aux enchères. Les restrictions à ces pouvoirs résultant des statuts ou de l'acte de nomination sont inopposables aux tiers. La théorie des pouvoirs légaux créée pour les organes de représentation des sociétés commerciales est donc étendue au liquidateur, et ce dans l'intérêt des tiers. La liquidation d'une société n'implique aucune procédure de règlement collectif des créanciers. Le paiement est en l'occurrence le prix de la course. Le liquidateur amiable doit donc payer les créanciers au fur et à mesure qu'ils se présentent. C'est semble-t-il là, la principale différence avec la liquidation judiciaire qui est, elle, une procédure collective nécessitant le respect des règles de procédure particulières.

21. On remarque effectivement qu'existent de nombreuses similarités entre les procédures de liquidation amiable et de liquidation judiciaire résultant du droit des entreprises en difficultés. Certes, dans la liquidation judiciaire prévue par la loi de sauvegarde, le contrôle du juge est très étendu. Il l'est moins dans la liquidation amiable, même judiciaire. Cependant, de nombreux exemples de similarité peuvent être évoqués. La loi de sauvegarde des entreprises institue un

privilege pour les créanciers postérieurs « méritants »⁵². Dans le cadre des liquidations amiables, il est considéré par la doctrine que les créanciers dont la créance résulte de la poursuite de l'activité en cours, bénéficieraient d'un droit de préférence par rapport aux créanciers sociaux⁵³. En outre, la mission du liquidateur judiciaire désigné dans le cadre de la procédure collective présente des similarités avec celle du liquidateur amiable. Ils doivent tous les deux réaliser l'actif dans les meilleures conditions possibles afin d'apurer le passif pour parvenir à la clôture de la liquidation et ce y compris par des cessions de gré à gré, éventuellement autorisées, dans le régime de la liquidation judiciaire « améliorée » par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Ils disposent pour les besoins de la liquidation des pouvoirs les plus étendus. Ils représentent tous les deux la société en liquidation. Le débiteur en liquidation judiciaire est dessaisi pour l'essentiel au profit du liquidateur ; le liquidateur amiable est le seul habilité à représenter la société, il agit au nom de celle-ci et l'engage pour tous les actes de la liquidation. La liquidation amiable impose cependant le paiement intégral du passif⁵⁴ contrairement à la liquidation judiciaire qui se clôture généralement par une insuffisance d'actif. Le liquidateur amiable doit déclarer l'état de cessation des paiements, le cas échéant. Une insuffisance d'actif peut apparaître avant même que la société soit considérée en état de cessation des paiements. Le liquidateur amiable peut alors demander aux créanciers un abandon de créance, chaque créancier conservant sa liberté de choix et éviter ainsi le dépôt de bilan. En pratique, beaucoup de liquidations amiables pourraient, voire devraient, être converties en liquidations judiciaires. Or, il semble que les créanciers soient plus conciliants dans le cadre d'une liquidation amiable que dans celui de la liquidation judiciaire et accordent plus facilement un report d'échéance pour éviter justement la liquidation judiciaire, plus défavorable pour eux. Par ailleurs, il est un exemple où l'insuffisance d'actif peut être évitée ou retardée sans trop de difficultés. Les sociétés dont les associés sont indéfiniment responsables. En effet, le liquidateur amiable peut engager des actions contre les associés pour combler l'insuffisance d'actif afin de régler les créanciers sociaux. Dans ce cas, la société n'est pas en état de cessation des paiements. Elle est certes en état d'insolvabilité, état qui n'impose pas le dépôt de bilan, en droit français. Par ailleurs, la décision de dissolution n'entraîne pas, à la différence des procédures de faillites, la déchéance du terme, sauf clause contraire ou si la liquidation a pour effet de diminuer les sûretés des créanciers (C. civ., art. 1188). Ce peut être le cas si le liquidateur amiable vend un immeuble hypothéqué au cours des opérations de réalisation de l'actif.

52 C. com., art. L. 622-17 et L. 641-13 (dans leurs rédactions résultant de l'ordonnance du 18 décembre 2008).

53 Hamel et Lagarde, n° 488 ; Verdier n° 40 ; B. Soinne, *Traité des procédures collectives*, n° 1096 et s.

54 Cass. com., 23 mars 1993 : *RJDA*, 1994/4, n° 412 ; Cass. com., 9 mai 2001 : *RJDA*, 2001/8-9, n° 863.

22. Dans le cadre de la liquidation amiable, un état liquidatif sera dressé et le règlement des dettes sera effectué selon leur exigibilité et selon l'ordre des privilèges. Le liquidateur est habilité à payer les créanciers et à répartir le solde disponible. Le liquidateur peut ainsi décider - ou être mis en demeure par tout intéressé - de distribuer les fonds devenus disponibles en cours de liquidation. Si la mise en demeure reste infructueuse, tout intéressé peut demander en justice qu'il soit statué sur l'opportunité d'une telle répartition (C. com., art. L. 237-31). Toute décision de répartition doit faire l'objet de publicité. Les sommes affectées aux répartitions entre les associés et les créanciers sont déposées dans un délai de 15 jours à compter de la répartition, sur un compte. Si les sommes n'ont pas été versées un an après la clôture de la liquidation, elles sont déposées à la Caisse des dépôts et consignations. Dans les 6 mois de sa nomination, le liquidateur doit convoquer l'assemblée des associés et lui faire un rapport sur la situation active et passive de la société, sur la poursuite des opérations de liquidation et sur le délai nécessaire pour les terminer. Le délai dans lequel le liquidateur fait son rapport peut être porté à 12 mois sur sa demande, par décision de justice (C. com., art. L. 237-23). Au cours de cette assemblée, le liquidateur demandera à l'assemblée les autorisations nécessaires pour aboutir à la liquidation. S'il ne la convoque pas dans les 6 mois, le commissaire aux comptes ou le contrôleur pourra procéder à la convocation. Si la réunion de l'assemblée est impossible ou si aucune décision n'a pu être prise, le liquidateur pourra demander en justice les autorisations nécessaires pour aboutir à la liquidation. Dans les 3 mois de la clôture de chaque exercice, le liquidateur a l'obligation d'établir l'inventaire, le compte de résultat et un rapport écrit par lequel il rend compte des opérations de liquidation au cours de l'exercice écoulé. Le liquidateur doit également convoquer au moins une fois par an, et dans les 6 mois de la clôture de l'exercice, l'assemblée des actionnaires aux fins de statuer sur les comptes annuels, de donner les autorisations nécessaires et éventuellement renouveler le mandat des contrôleurs, du ou des commissaires aux comptes ou des membres du conseil de surveillance. Les décisions prises doivent l'être dans les conditions de quorum et de majorité de l'assemblée générale ordinaire. Les associés liquidateurs peuvent prendre part au vote. Si la majorité nécessaire n'est pas obtenue, le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statue à la demande du liquidateur ou de tout intéressé. Si l'assemblée n'est pas réunie, le rapport établi par le liquidateur est déposé au greffe du tribunal (C. com., art. L. 237-25). Le liquidateur est responsable, à l'égard tant de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes par lui com-

mises dans l'exercice de ses fonctions (C. com., art. L. 237-12). L'action en responsabilité (C. com., art. L. 225-254) contre les liquidateurs se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation. Le liquidateur commet une faute et engage sa responsabilité s'il paie sciemment certains créanciers à l'exclusion des autres, en sachant que l'actif ne peut régler la totalité du passif. De même s'il omet de prendre en compte une créance, même litigieuse, alors qu'aucun *boni* de liquidation n'était disponible. Si l'assemblée ne peut délibérer ou si elle refuse d'approuver les comptes, il est statué, par décision de justice, à la demande du liquidateur ou de tout intéressé.

23. Dès lors, une question se pose : serait-il envisageable d'intégrer la liquidation amiable, à tout le moins « légale » puisque celle-ci impose plus fortement le dessaisissement au profit du liquidateur, dans les annexes A et B du règlement ? Le règlement européen 1346/2000 pose deux critères nécessaires à la qualification d'une procédure en procédure d'insolvabilité que sont le dessaisissement du débiteur et l'insolvabilité. Il convient de rappeler que le règlement ne donne aucune définition de la notion d'insolvabilité qui est donc laissée à l'appréciation des différents États membres. En droit français, l'insolvabilité est une notion différente de celle de la cessation des paiements. De plus, depuis le 27 avril 2006⁵⁵, la procédure de sauvegarde qui n'impose pas au débiteur d'être en état de cessation des paiements, est intégrée dans l'annexe A du règlement. En effet, quand bien même la liquidation amiable impose le paiement intégral du passif, une société en liquidation amiable peut être dans une situation compromise, à tout le moins en insolvabilité, et susceptible de se trouver en état de cessation des paiements. L'intérêt de l'intégration d'une telle procédure dans le règlement permettrait un traitement en amont des difficultés y compris dans le cadre de la liquidation amiable grâce à une procédure contractuelle et discrète, une optimisation de la valorisation des actifs et donc un meilleur désintéressement des créanciers. Le législateur n'a en effet de cesse que de prôner la prévention des difficultés, la protection des créanciers munis de sûretés (*a fortiori* depuis l'intégration de la fiducie) et la contractualisation des procédures collectives. Alors, pourquoi ne pas permettre aussi la prévention dans le cadre de la liquidation amiable ? La Belgique, comme nous l'avons vu précédemment, qui a adopté un régime de liquidation volontaire similaire à celui de notre liquidation amiable, dans lequel la société peut certes être en faillite sans que cela soit une condition nécessaire pour ouvrir la procédure de liquidation volontaire, a déjà intégré la liquidation volontaire dans les annexes A et B du règlement.

55 Règl. (CE) n° 694/2006 du Conseil du 27 avril 2006 modifiant les listes des procédures d'insolvabilité, des procédures de liquidation et des syndicats figurant aux annexes A, B et C du Règl. (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : *JOUE* n° L 121, 6 mai 2006, p. 1.

B - Les conséquences de l'ouverture en Belgique, en Grande-Bretagne ou en Irlande, d'une procédure principale de liquidation amiable à l'encontre d'une société française

24. Comme nous l'avons vu précédemment, s'il est démontré que le centre des intérêts principaux d'une société, dont le siège est situé ailleurs qu'en Belgique, Royaume-Uni ou Irlande, se situe en réalité dans l'un de ces trois pays, il sera possible de lui appliquer une procédure de liquidation amiable qui sera soumise au règlement européen. Dès lors, il convient de s'intéresser aux effets en France de l'ouverture d'une telle procédure en Belgique, en Irlande ou au Royaume-Uni. Si l'on considère dans un premier temps l'ouverture d'une procédure principale en vertu des articles 3.1⁵⁶ et 16⁵⁷ du règlement, toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre est reconnue dans tous les États membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture. En outre, la compétence juridictionnelle entraînant la compétence législative de la loi du for s'applique aux conditions d'ouverture, de déroulement et de clôture de la procédure principale. À ce titre, l'article 4⁵⁸ du règlement dresse une liste indicative des domaines concernés. Il ressort de cette liste que le droit de poursuite individuelle, l'ordre de distribution et les règles relatives à la nullité ou à l'annulation des actes préjudiciables sont déterminés par la loi de l'État d'ouverture.

25. Les droits belge, anglais ou irlandais qui permettent l'ouverture de procédures de liquidation amiable dans le cadre du règlement, risquent d'entraîner

certaines difficultés. Les créanciers locaux français pensant être dans une situation de droit commun dans laquelle ils peuvent en principe être assurés du respect de leurs droits et de leurs attentes quant à l'issue de leurs relations contractuelles avec le débiteur, vont se trouver face à une situation inattendue avec des restrictions à leurs droits qu'ils n'auraient pu envisager. Le droit de poursuite peut se trouver suspendu du fait de l'ouverture d'une liquidation amiable dans l'un des trois pays étudiés. De même que certains actes seront susceptibles d'être annulés en vertu de la loi du pays d'ouverture. En tout état de cause, le syndic nommé dans l'État d'ouverture de la procédure principale peut exercer tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'État d'ouverture sur le territoire d'un autre État membre, du moins aussi longtemps qu'aucune procédure secondaire n'est ouverte, ou qu'aucune mesure conservatoire contraire n'y a été prise, à la suite d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Le règlement européen ajoute que ce syndic peut notamment déplacer les biens du débiteur, hors du territoire de l'État membre sur lequel ils se trouvent, sous réserve toutefois du respect des droits réels des tiers et des droits d'un créancier bénéficiant d'une clause de réserve de propriété sur le bien concerné⁵⁹.

26. Par ailleurs, s'agissant du sort des salariés situés en France, une autre difficulté risque de se poser. En effet, l'article 10⁶⁰ du règlement européen prévoit que les effets de la procédure d'insolvabilité sur le contrat de travail et sur le rapport de travail sont régis exclusivement par la loi de l'État membre applicable au contrat. Doit-on alors considérer que les contrats ne pourront être rompus qu'en vertu du droit du travail français auquel cas il faudra remplir toutes les conditions et

56 Art. 3.1 du règlement : « Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire ».

57 Art. 16-1 : « Toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture. Cette règle s'applique également lorsque le débiteur, du fait de sa qualité, n'est pas susceptible de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans les autres États membres » ; art. 16-2 : « La reconnaissance d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, par une juridiction d'un autre État membre. Dans ce cas cette dernière procédure est une procédure secondaire d'insolvabilité au sens du chapitre III ».

58 Art. 4 du règlement n° 1346/2000 : « Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte, ci-après dénommé « État d'ouverture ». 2. La loi de l'État d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine notamment : a) les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de leur qualité ; b) 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 ; c) les pouvoirs respectifs du débiteur et du syndic ; d) les conditions d'opposabilité d'une compensation ; e) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie ; f) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles, à l'exception des instances en cours ; g) les créances à produire au passif du débiteur et le sort des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; h) les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances ; i) les 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 ; j) les conditions et les effets de la clôture de la procédure d'insolvabilité, notamment par concordat ; k) les droits des créanciers après la clôture de la procédure d'insolvabilité ; l) la charge des frais et des dépenses de la procédure d'insolvabilité ; m) les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers ».

59 Art. 18.1 du règlement (CE) n° 1346/2000 : « Le syndic désigné par une juridiction compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 1, peut exercer sur le territoire d'un autre État membre tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'État d'ouverture, aussi longtemps qu'aucune autre procédure d'insolvabilité n'y a été ouverte ou qu'aucune mesure conservatoire contraire n'y a été prise à la suite d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans cet État. Il peut notamment déplacer les biens du débiteur hors du territoire de l'État membre sur lequel ils se trouvent, sous réserve des articles 5 et 7 ».

60 Art. 10 : « Contrat de travail. 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 ».

respecter la procédure de licenciement du droit commun français, ou alors appliquer les facilités et simplifications prévues par le droit étranger dans la procédure de licenciement ? Par ailleurs, le droit français dispense les salariés d'avoir à déclarer leurs créances. Il n'en demeure pas moins que les salariés demeurent des créanciers de l'entreprise débitrice, et à ce titre ne doivent-ils pas se soumettre à la procédure de déclaration, de vérification et d'admission des créances prévue par la loi de l'État d'ouverture en vertu de l'article 4 du règlement ? Une des solutions à ces difficultés serait d'ouvrir une procédure secondaire en France. Le règlement prévoit en effet, dans son article 3, § 2⁶¹, la possibilité d'ouvrir des procédures secondaires dans d'autres États de l'Union européenne dès lors que le débiteur y a un établissement, même si antérieurement a été ouverte une procédure principale dans un autre État. L'établissement est défini comme « tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique, avec des moyens humains et des biens »⁶². La faillite pourra être ouverte, toutes les fois qu'une procédure principale l'a précédemment été dans un autre État, sur saisine du syndic principal ou de toute personne ayant qualité pour saisir une juridiction aux fins d'ouverture d'une procédure secondaire, et spécialement sur saisine d'un créancier local, sans qu'il y ait lieu d'examiner, dans l'État d'ouverture de la procédure secondaire, si les conditions d'insolvabilité sont réunies⁶³. Un salarié pourrait valablement saisir la juridiction française aux fins d'ouverture d'une procédure secondaire en France. Toutefois, serait-il réellement

intéressant pour le salarié de demander l'ouverture d'une procédure secondaire qui sera nécessairement liquidative ? Dans tous les cas, la directive n° 2002/74/CE du 23 septembre 2002 modifiée par la directive n° 2008/94/CE du 22 octobre 2008, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité, prévoit que l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs est celle de l'État membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail. L'étendue des droits des salariés est déterminée par le droit régisant l'institution de la garantie compétente. Il en résulte que l'AGS, qui ne garantit en principe les créances des salariés à l'encontre de leurs employeurs que lorsque ce dernier est en procédure collective, devra néanmoins garantir les créances salariales alors que l'employeur, dont le centre des intérêts principaux est localisé dans l'un de trois pays précédemment étudiés, peut n'être qu'en liquidation volontaire sans être en état de cessation des paiements.

27. En tout état de cause, l'application en France, ou dans d'autres États de l'Union, de ces procédures conduira les professionnels français à s'intéresser aux différents régimes de liquidation volontaire, puisque le règlement impose un devoir de coopération entre les syndics des différents États membres concernés par la procédure. Cette coopération, notamment entre juridictions, a d'ailleurs été intégrée directement dans le droit polonais des procédures collectives par la loi du 28 février 2003⁶⁴ dont les dispositions pourraient inspirer le législateur français⁶⁵.

61 Art. 3, 2 : « Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire ».

62 Art. 2. h. du règlement (CE) n° 1346/2000 : h) « établissement » : tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens.

63 Art. 27 du règlement (CE) n° 1346/2000 : « La procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, qui est ouverte par une juridiction d'un État membre et reconnue dans un autre État membre (procédure principale) permet d'ouvrir, dans cet autre État membre, dont une juridiction serait compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 2, une procédure secondaire d'insolvabilité sans que l'insolvabilité du débiteur soit examinée dans cet autre État. Cette procédure doit être une des procédures mentionnées à l'annexe B. Ses effets sont limités aux biens du débiteur situés sur le territoire de cet autre État membre ».

64 L. 28 févr. 2003, traduction par D. Borcan et M. Bogucka www.juriscope.org, Titre V, art. 413 à 417.

65 F. Médin, « Le règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 et la coordination des procédures d'insolvabilité » : *JCP E*, 8 janv. 2009, p. 23.

Les obligations comptables dans la liquidation amiable

Carine Guyétant

Expert Comptable

Commissaire aux comptes

Une continuité dans les obligations - Une société dont les associés ont décidé la liquidation amiable est dans l'obligation de tenir une comptabilité régulière

retracant toutes les opérations réalisées au cours de chacune des années au cours desquelles elle a poursuivi son activité, et de souscrire des déclarations fiscales