UNIVERSITÉ D'AUVERGNE – CLERMONT-FERRAND I
E.D. DES SCIENCES ÉCONOMIQUES, JURIDIQUES ET DE GESTION
(E.D. 245)

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ

présentée et soutenue publiquement

par

Kamal LAGTATI
Le vendredi 25 mars 2011

Titre :

LES SUCCURSALES EN DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

———

Directeur de recherche :

Mademoiselle Marie-Élodie ANCEL,
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne.

———

Membres du jury :

Mademoiselle Marie-Élodie ANCEL,
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne.

Monsieur Pierre BERLIOZ
Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne, rapporteur.

Monsieur Nicolas MATHEY,
Professeur à l'Université Paris Descartes, rapporteur.

Monsieur Jean STOUFFLET,
Professeur émérite de l'Université d'Auvergne.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AELE	Association européenne de libre échange
AFDI	Annuaire français de droit international
AGS	Association de garantie des salaires
al.	alinéa
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AMF	Autorité des marchés financiers
art.	Article
Ass. plé.	Assemblée plénière
BCCI	Banque of Credit and Commerce International
BDCF	Bulletin des conclusions fiscales
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch*
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin civil
Bull. crim.	Bulletin criminel
Bull. fisc.	Bulletin fiscal
Bull. Joly	Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. dr. eur.	Cahier de droit européen
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
CMF	Conseil des marchés financiers
Cass. civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. mix.	Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
CECEI	Comité des établissements de crédits et des entreprises d'investissement
CGI	Code général des impôts
ch.	Chambre
CJUE.	Cour de justice de l'Union européenne
chron.	Chronique
coll.	Collection
comm.	Commentaire
concl.	Conclusion
D.	Recueil Dalloz
DA	Recueil Dalloz analytique
D. affaires	Recueil Dalloz Affaires
doctr.	Doctrine
DP	Recueil Dalloz périodique
DPCI	Droit et pratique du commerce international
Dr. fisc.	Revue Droit fiscal

Dr. Sociétés	Revue Droit des sociétés
éd.	Edition
fasc.	Fascicule
GADIP	Grands arrêts de droit international privé
Gaz. Pal	Gazette du palais
Ibid	Ibidem (au même endroit
IECL	International Encyclopedia of Comparative Law
J.-Cl. Intern.	Juris-Classeur international
J-Cl. Europe	Juris-Classeur Europe
J.-Cl. Stés	Juris-Classeur Sociétés
JDI	Journal de droit international
J. Intl. Arb	Journal of International Arbitration
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
L.P.A	Les petites affiches
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
op. cit.	Opere citato
RCADI	Recueil de cours de droit international
RDAE	Revue de droit des affaires européennes
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
Rép. Communautaire Dalloz	Répertoire de droit communautaire Dalloz
Rép. International Dalloz	Répertoire de droit international Dalloz
Rép. Stés Dalloz	Répertoire de droit des sociétés Dalloz
RGDA	Revue générale de droit des assurances
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RLD civ.	Revue Lamy de droit civil
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance de l'U.E
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RID éco.	Revue internationale de droit économique
Riv. dir.int. civ. e proc.	Rivista di diritto internationazionale civile e processuale
RMCUE	Revue du marché commun et de l'Union européenne
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPC	Revue des procédures collectives
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RUU	Règles et Usances uniformes de la Chambre du

	commerce international
Tb.I	Tribunal d'instance
TGI	Tribunal de grande instance
TCFDIP	Travaux du Comité Français de droit international privé
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
vol.	Volume
v.	Voir
YPIL	Yearbook Private International Law

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LA CRÉATION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

Titre 1 : LES CONDITIONS GÉNÉRALES D'ACCÈS AU MARCHÉ FRANÇAIS PAR VOIE DE SUCCURSALE

Chapitre 1 :
L'immatriculation des succursales : un moyen de déclarer la maison mère étrangère

Chapitre 2 :
La protection des sociétés françaises contre la concurrence étrangère

Titre 2 : LES CONDITIONS SPÉCIFIQUES D'ACCÈS À CERTAINES ACTIVITÉS : L'agrément des succursales

Chapitre 1 :
L'agrément administratif des succursales des établissements de crédit et de sociétés d'assurance de pays tiers

Chapitre 2 :
L'agrément unique bénéficiant aux succursales européennes du secteur financier

DEUXIÈME PARTIE : LE FONCTIONNEMENT DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

Titre 1 : Le régime juridique des succursales étrangères

Chapitre 1 :
Les succursales, chef de compétence internationale dans les litiges les mettant en cause vis-à-vis des tiers

Chapitre 2 :
Les succursales, critère d'application du droit substantiel aux rapports avec les tiers

Titre 2 :
Le régime fiscal des succursales étrangères

Chapitre 1 :
L'imposition des succursales étrangères

Chapitre 2 :
La discrimination des succursales étrangères

TROISIÈME PARTIE :
LA DISPARITION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

Titre 1 :
La disparition des succursales étrangères après la mise en faillite de la maison mère

Chapitre 1 :
Les succursales face à la faillite internationale de la maison mère

Chapitre 2 :
Les succursales face à l'insolvabilité communautaire de la maison mère

Titre 2 :
La disparition des succursales étrangères après une mesure de nationalisation

Chapitre 1 :
La nationalisation de la maison mère étrangère

Chapitre 2 :
La nationalisation de la succursale étrangère

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Vue générale. La succursale «*forme de rayonnement extérieur de l'entreprise* »[1] est un moyen pour une société d'étendre ses activités à l'étranger. Les sociétés qui ont atteint un degré de prospérité ont toujours cherché à conquérir d'autres marchés locaux, voire internationaux. Face à l'internationalisation du commerce qui a connu une expansion sans précédent après la seconde guerre mondiale[2], les entrepreneurs ont été obligés de faire évoluer leur forme d'exploitation en fonction des opportunités du marché. Ainsi, s'est très vite fait sentir le besoin d'implanter des structures et techniques capables de rapprocher les sociétés commerciales de leurs clients à l'étranger, et surtout de séduire ces derniers en leur proposant des services de proximité. Cette internationalisation accélérée des sociétés commerciales a obligé les banques partenaires à étendre leurs réseaux à l'étranger[3]. Ces réseaux prennent souvent la forme de succursales.

La création d'une succursale s'inscrit dans le cadre de l'implantation-création qui consiste à s'implanter dans un pays sans modifier son rattachement avec son pays d'origine[4]. Le fait de choisir la succursale peut présenter plusieurs intérêts. Elle permet aux sociétés étrangères, souhaitant développer une activité dans un pays, d'assurer une présence permanente. Elle permet aussi de ne plus dépendre de réseaux de distribution mal contrôlés par la maison mère[5]. La succursale n'est pas un simple instrument de distribution de produits fabriqués dans le pays de la maison mère, elle a une activité productrice propre[6]. En implantant des

[1] J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t.1, Paris, Dalloz, 1958, n° 219.
[2] V. notamment R. SANDRETTO, *Le commerce international*, Paris, 1995, p. 8 ; v. aussi J. PAUWELYN, « The transformations of world trade », *Michigan Law Review*, vol. 104, oct. 2005.
[3] V. notamment, E. SAUTTER, « Rôle des réseaux étrangers des grandes banques françaises », Banque, 1982, p. 59 ; B. MAROIS, « Les relations maisons mères/implantations étrangères dans les groupes bancaires », *Banque*, 1986, p. 442 ; A. LÉVY-LANG, « La mondialisation des activités bancaires, la banque française dans le monde », AFB, *Réflexions*, 1995, p. 41 ; P.-B. RUFFINI, *Les banques multinationales : de la multinationalisation des banques au système transnational*, P.U.F 1983, p. 32. B. MAROIS, *L'internationalisation des banques*, Economica, 1979, p. 116 ; J.-P. MATTOUT, *Droit bancaire international*, 4e éd., Revue Banque, 2009, n° 2.
[4] J. BÉGUIN et autres, *Droit du commerce international*, Litec, 2005, n° 792.
[5] D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 5e éd., Litec, 2008, n° 70
[6] J. STOUFFLET, Succursales et filiales de sociétés étrangères, *in* Festchrift für Hermann JARRHEIß, zum 80. Geburtstag, 19 August 1974, *Herausgeben vom Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zü Koln,* Carl Heymanns Verlag KG – Köln – Berlin – Bonn – München, 1974, p. 297.

succursales la maison mère en maîtrise totalement les activités grâce au pouvoir exercé sur les personnes placées à la tête de ceux-ci : les gérants de succursales[7]. Enfin, la succursale constitue, pour une entreprise, le moyen le plus adéquat pour étendre ses activités à l'étranger car elle n'exige pas de grands investissements. Pour cette raison, elle a connu et connaît encore une grande expansion dans certains secteurs comme la banque, l'assurance, l'agroalimentaire, les télécommunications et le voyage.

2. Origine. Le terme succursale est emprunté au latin médiéval : « *succursus* », (au secours, et « *succurrere* » aider, secourir[8] ; ou courir vers, d'où porter secours)[9]. Dans le monde marchand actuel, on peut se demander si c'est la maison mère qui aide la succursale ou si c'est plutôt la succursale qui aide la maison mère. D'après MOULY, *« la succursale serait une petite pièce au secours d'un grand ensemble »*[10].

3. Une histoire ancienne. L'implantation des succursales est un phénomène assez ancien. Il remonte à l'Antiquité. La première entreprise à succursales connue fut celle de Murasû, créée et gérée par une famille d'hommes d'affaires babyloniens à l'époque perse. Son siège central était situé à Nippur (aujourd'hui Nuffer), à 100 km du sud de Babylone[11]. Au Moyen Âge, le « succursalisme », si l'on peut appeler ainsi le recours à des succursales, s'est développé dans deux domaines. Dans le commerce maritime, d'abord : les commerçants hanséatiques ouvraient des comptoirs dans les ports de la Baltique et de la mer du Nord. Dans le domaine bancaire, ensuite : les premiers furent les Florentins qui créèrent les premières banques à succursales. Il s'agissait des familles Bardi, Perruzi et Acciailli. Les Perruzi de Florence ont été les marchands qui ont le plus développé la société à succursales. Le capital était constitué par le

[7] D. FERRIER, op. cit. n° 71.
[8] Dictionnaire *Le petit Larousse.*
[9] Trésor de la langue française informatisé, v° « Succursale », étymologie, consultable au site : http://atilf.atilf.fr
[10] Ch. MOULY, « Rapport de clôture », in *Les succursales bancaires*, Actes de la journée d'études du 9 mai 1995, A.E.D.B.F, Bruylant, 1996.
[11] Une telle information vient de la découverte non loin de Nippur, d'une partie des archives constituées par sept cent trente tablettes en terre cuite écrites en akkadien. G. GARDSIA *Les archives de Murasû, une famille d'hommes d'affaires babyloniens à l'époque perse*, Thèse, paris, 1946.

corpo (capital social) que fournissaient les associés, en majorité des membres de la famille. À coté de ce *corpo*, figure un *sopracorpo*, constitué des dépôts privés de tiers, remboursables à vue. La société des Perruzi opérait de Londres à Chypre par l'intermédiaire de succursales[12].

À cette époque, le monde musulman connaissait, sous le règne des Abbassides, une activité commerciale intense, tant intérieure qu'internationale[13]. En matière bancaire, *le sarraf* (le changeur) constituait un élément clé du marché. Au IXème siècle, il se transforma en banquier, soutenu par de riches marchands détenteurs de capitaux à investir. Le commerce de banque avait conquis le monde musulman ; il y introduisait la politique du crédit mais sur d'autres bases que celles grecques et romaines, du fait de l'interdiction de l'usure. Dans le monde musulman des banques, le centre était à Bagdad et les succursales se partageaient les autres villes de l'Empire. Il était possible par exemple d'émettre un chèque à Bagdad et de l'encaisser au Maroc[14].

Dans le monde occidental, les Médicis ont joué, à la fin du Moyen Âge, un rôle considérable dans le domaine bancaire. Ils ont crée des agences dans les principales villes européennes. Il y avait aussi des banquiers génois ou vénitiens dispersés sur le pourtour méditerranéen[15]. De plus, certains ordres religieux, tels les Templiers du fait de leur répartition géographique étendue, pouvaient facilement assurer ce rôle. Plus tard, ce fut également l'origine de la fortune de certaines dynasties bancaires comme celle des Rothschild, constituée initialement de cinq frères installés dans cinq villes différentes d'Europe[16] afin de constituer un réseau bancaire familial. Malgré l'importance de ces expériences, le « succursalisme » ne connaîtra son succès qu'à partir du XIXe siècle, grâce à la naissance de la grande industrie et à l'amélioration des moyens de transport.

[12] M.-H. RENAUT, Histoire du droit des affaires, Ellipses, 2006, p. 35.
[13] AL-MUQADDASI, *Ahsan al-taqasim fi ma'arifat al-aqaalim*, Ed. M.J. de Goeje, Leyde, 1906 ; IBN KHURRADADHBEH, *Kitab al-Masalik wa'l-mamalik*, Ed. M.J. de Goeje, Leyde, 1889 ; *AL-YAQUBI, Kitab al-Buldan*, Ed. M.J. de Goeje, Bibliotheca Geographorm Arabicorum, Leyde, 1892 ; *Yaqut, Mu'jam al-Buldan*, Le Caire, 1906.
[14] H. ABDEL-HAMID, « Politique, Droit et Commerce dans la civilisation musulmane », *Revue de l'association Méditerranées*, Le centre d'Etudes Internationales sur la Romanité et avec le concours de la Faculté de Droit de La Rochelle, 2002, n° 32, p. 40.
[15] M.-H. RENAULT, *Histoire du droit des affaires*, Ellipses, 2006, p. 33.
[16] Nathan à Londres, Amschel à Berlin, Salomon à Vienne, Jacob à Paris et Kalmann à Naples.

4. Le secteur alimentaire. À la fin du XIXe siècle et au début du XXe s'opéra, dans le secteur de l'alimentation, une véritable révolution en Europe. Le petit commerce va disparaître pour laisser place aux grands magasins et les maisons à succursales multiples[17]. Auparavant, l'acheteur venait à l'échoppe de l'artisan, commandait tel ou tel travail, prenait telle ou telle denrée. À partir de cette époque, c'est le producteur qui va voir directement le consommateur pour l'inciter à venir acheter. Les commerçants se sont alors livrés à une course à l'acheteur et à une concurrence effrénée[18] . C'est dans ce contexte que s'est développé un autre type de succursalisme dit multiple, précisément par ce qu'il est constitué par les maisons à succursales multiples. En France, la première fut « Les établissements économiques des sociétés de secours mutuels », créée à Reims en 1866. Après des débuts difficiles, elle se développa et, quelques années plus tard, elle possédait déjà 25 à 30 succursales. Cet exemple fut suivi par d'autres commerçants. Ainsi, plusieurs entreprises à succursales ouvrirent à Reims, les plus connues furent les établissements Goulet-Turpin et les établissements Mauroy. Le département français de la Marne fut donc le berceau des maisons d'alimentation à succursales en France. Le succursalisme alimentaire se répandit ensuite dans le reste de la France. Ce fut d'abord le tour de la Picardie, avec la création de « la Ruche Picardie » à Amiens et celui de la Normandie (ouverture en 1895 des « Economiques de Normandie »). Puis ce fut le tour du Nord, avec la création des établissements Wibault à Sin-le-Noble. Dans les années qui suivirent la guerre de 1870, le mouvement succursaliste s'amplifia et atteignit la France entière. Alors, toutes les localités importantes virent naître des sociétés d'alimentation à succursales multiples, notamment dans l'Ouest, le Centre, le Midi et surtout la Loire, où se créèrent en 1898 d'importantes sociétés d'alimentation[19]. Le succursalisme dans le secteur alimentaire a été étendu aux autres pays. Ainsi, il y a eu en Belgique l'entreprise Delhaize frères en 1866 et en

[17] V. notamment, P. GEMAHLING, « La concentration commerciale sans grands magasins », *Rev. d'économie politique*, 1912, p. 171 ; R. AUSCHER, *La législation fiscale applicable aux grands magasins et maisons à succursales multiples,* Thèse, Paris, 1923, p. 20.
P. BROALLIER, *Les succursales des établissements industriels et commerciaux*, Thèse, Lyon, 1926 ; E. CURTIL, *Des maisons françaises d'alimentation à succursales multiples*, Thèse, Dijon, 1933, p. 19.

[18] P. CHARRIER, *Les sociétés à succursales multiples devant les lois commerciales et fiscales*, Thèse, Toulouse, 1938, p. 2.

[19] V. notamment pour les sociétés alimentaires à succursales : Rapp. CES Commerce et distribution : JO doc. adm. 15 fév. 1989 ; C. BEYRET et P. MOUSSERON, « Choix de structure des entreprises de distribution », *JCP E*. 2000, n° 5, p. 2.

Angleterre l'entreprise Lipton Ltd en 1888 et les docks rémois et Guichard-Perrachon en 1897[20].

Aux Etats-Unis, la doyenne des entreprises à succursales, *The Great Atlantic and Pacific Tea Company*, fondée en 1858, est vite devenue la plus grande entreprise à succursales dans le monde. Quatorze ans plus tard, *Woolworth* devait lancer sa chaîne de magasins à prix unique. Depuis cette époque et jusqu'à la crise de 1930, les entreprises à succursales ou, comme on les appelle là-bas, « *les chain stores* »[21] n'ont cessé de se développer[22]. En Angleterre apparaissaient au même moment les « *multiple shops* », en Allemagne le « *Filial system* ».

L'essor de ces entreprises se poursuivit. Et pour faire face à une concurrence de plus en plus rude, le succursalisme allait même atteindre une dimension internationale. P. MORIDE résumait ainsi la situation : *« Dans le combat que constitue la concurrence économique, le grand magasin, c'est le gros vaisseau de guerre ou le corps d'armée quelque peu immobilisé par sa masse, les succursales constituant au contraire les vaisseaux légers, les tirailleurs qui sont et vont partout »*[23]. A partir des années 1950, le succursalisme multiple se renforça grâce à une technique anglo-américaine, le libre service. Cette technique fut combinée avec celle du supermarché lorsque se développa la production de masse. De nos jours, on trouve des magasins à succursales français comme Carrefour ou Auchan dans de nombreux pays étrangers[24].

5. Le secteur bancaire. Dans le domaine bancaire sont apparus en France, à la même époque que la révolution industrielle et technologique, les grands établissements de crédit. S'ensuivit une véritable décentralisation[25]. Les banques recueillaient les capitaux dans les localités de province les plus éloignées

[20] D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 2008, p. 40, note n° 20.
[21] La *Chain store* entreprise est une véritable chaine dont chaque maillon est un établissement et dont l'ensemble constitue l'entreprise, v. E. CURTIL, op. cit. p.29.
[22] G. NESTLER-TRICOCHE, « Les magasins à succursales multiples et l'organisation du commerce de détail aux Etats unis », *Revue d'économie politique*, 1921, p. 568, cité par G. ORFILAT, *La succursale en droit français*, Thèse, Poitiers, 1967.
[23] P. MORIDE, *Les maisons à succursales multiples en France et à l'étranger*, Thèse, Paris, 1913.
[24] Cette technique d'implantation et de conquête des marchés étrangers fut exprimée par une firme américaine dans un slogan publicitaire « *Le soleil ne se couche jamais sur les établissements Remington ».*
[25] Le Crédit Lyonnais s'attache surtout à l'exploitation des grandes places : Constantinople, Odessa, Alexandrie, etc. Le comptoir National d'Escompte, qui a succédé au vieux Comptoir, a emporté dans la tourmente de 1889, a repris les anciennes agences de son devancier et a étendu son activité aux pays d'influence française : Tunisie, Madagascar, Extrême-Orient.

et auprès de toutes les classes sociales grâce à leurs succursales multiples. En Allemagne, jusqu'à la crise de 1931, les affaires se concentraient dans les mains de cinq ou six grands établissements. En Angleterre, le *Bank Charter Act* de 1826 autorisait la Banque d'Angleterre à fonder des succursales en province. Un boom bancaire s'est ensuivi[26]. Les grandes compagnies bancaires, les « *joint stocks banks* », avec leurs nombreuses agences, prenaient une telle importance à la veille de la guerre de 1914, qu'on envisageait de limiter leur développement. Les Etats-Unis, inspirés précisément par la crainte qui s'était exprimée en Grande Bretagne, réglementèrent très étroitement l'ouverture des succursales de banques, et même celles de la Banque nationale[27]. La Russie possédait à l'époque plusieurs banques opérant à l'étranger parmi lesquelles la Banque Russo-chinoise. Enfin, on peut citer certaines banques internationales créées par la diplomatie dont la plus connue fut la Banque du Maroc[28]. Le succursalisme dans le secteur bancaire s'est accru au cours du XXe siècle, en particulier après la Seconde Guerre mondiale, avec la suppression progressive des barrières douanières et la mondialisation corrélative des marchés, accélérée par le développement d'activités qui ignorent par nature les frontières étatiques[29].

6. De nos jours. Les succursales sont aujourd'hui très utilisées comme technique d'implantation dans des pays étrangers et ce, malgré leur confrontation dans certains pays à un nationalisme poussé à l'extrême[30]. L'absence de

[26] R.-Ch. O. MATTHEWS, *A study in trade-cycle history economic fluctuations in Great Britain*, 1833.

[27] V. notamment J. STEEL, *La banque à succursales dans le système bancaire des Etats-Unis, Thèse, Université de Gand*, 1926.

[28] M. BLONDEL, *Les succursales à l'étranger des établissements de crédit français*, Thèse, Orléans, 1908.

[29] H. DE VAUPLANE, « Le droit bancaire et la mondialisation des marchés financiers », *RJC,* 2001, p. 187.

[30] Certains pays ont limité la création de succursales à certaines activités ou à une période donnée : au Maroc, par exemple, l'implantation d'une succursale ne peut être envisagée que dans deux cas : lorsque les opérations sont réalisées dans le cadre d'un contrat déterminé et aucune poursuite des opérations n'est envisagée après l'exécution de ce contrat. Ou lorsque l'activité envisagée se rapporte à des secteurs, tels que la recherche minière ou pétrolière, travaux d'étude et d'ingénierie. V. notamment A. SOUHAIR, « Les formes juridiques d'implantation et les soutiens à l'investissement », *Gaz. Pal.* 2000, n° 81, p. 16. Dans d'autres pays la création de filiale est une obligation plutôt qu'un choix. Ainsi par exemple, l'OHADA a restreint dans l'article 120 de l'Acte uniforme, pour les sociétés étrangères qui n'ont pas leur siège dans l'un des Etats membres de cette organisation, la durée d'exercice d'une activité sous forme de succursale, en prévoyant que *« Quand elle appartient à une personne étrangère, la succursale doit être apportée à une société de droit, préexistante ou à créer, de l'un des Etats parties, deux ans au plus tard après sa création, à moins qu'elle soit dispensée de cette obligation par arrêté du ministre chargé du commerce de*

personnalité juridique des succursales est l'une des raisons de leur succès comme technique d'expansion d'une société[31]. Le fait de se confondre avec la maison mère fait bénéficier la succursale d'un crédit plus important auprès de ses créanciers et clients que celui d'une filiale. Car traiter avec une succursale, cela revient à traiter avec la maison mère, donc à ne pas craindre l'insolvabilité de la succursale. C'est une garantie en quelque sorte[32]. La société trouve aussi son intérêt dans la création d'une succursale, généralement lors du début de son activité[33]. Il s'agit, pour elle, d'un moyen de tester la rentabilité de son implantation avant d'envisager une installation effective sous forme de société locale. Par exemple, une société étrangère commencera par implanter un bureau de liaison en France. Après quelques mois, si les données recueillies se révèlent concluantes pour l'installation en France d'un premier établissement commercial, le bureau de liaison est transformé alors en succursale. De plus, la création d'une filiale se révèle extrêmement longue, sans compter le coût supplémentaire découlant du fait que les sociétés mères ne connaissent pas les procédures locales et doivent faire appel à un intermédiaire. A l'opposé, lorsqu'une entreprise décide d'installer à l'étranger une succursale, elle a très peu de formalités à effectuer[34]. Il s'agit généralement d'obtenir une inscription au registre de commerce et des sociétés local, ou d'effectuer une déclaration, voire de se faire délivrer une carte de commerçant étranger[35]. Le faible coût d'ouverture d'une succursale et sa moindre complication lui ont permis de concurrencer réellement la filiale dans le domaine du commerce international.

7. Le secteur bancaire et d'assurance. Les établissements de crédit et les sociétés d'assurance préfèrent s'implanter sous forme de succursales[36]. Leurs

*l'Etat partie dans lequel la succursale est située ».*V. notamment O. BOISSEAU CHARTRIN, « Quel avenir pour les succursales des sociétés étrangères dans l'OHADA ? », *RDAI,* 2000, n°3, p.358.

[31] Ph. MERLE, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 2010, p. 813.

[32] V. notamment B. MAROIS, *L'internationalisation des banques*, Economica, 1979, p. 119; E. HEURTEL, *J. -Cl. Stés Formulaire*, Fasc. C-58, Droit général des sociétés – Création de succursale par une société française ou par une société étrangère, n° 2.

[33] La procédure et les formalités étant moins compliquées que lorsqu'il s'agit de créer une filiale, société à part entière.

[34] G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t.1, vol. 2, *les sociétés commerciales*, L.G.D.J 2002, n° 2090 ; E. HEURTEL, *J.-Cl. Sociétés Formulaire,* op. cit. n° 16 et s.

[35] Mémento Pratique F. LEFEBVRE, *Sociétés commerciales*, 2011, n° 92570.

[36] L'implantation financière des établissements de crédit à l'étranger se faisait principalement sous forme de filiales. Mais depuis la multiplication des règlementations prudentielles et des obligations

préoccupations sont différentes de celles des autres sociétés commerciales. Les raisons qui motivent les banques à choisir de s'implanter sous forme de succursales sont liées aux coûts[37], principalement les dotations en capital exigées par les Etats d'accueil. Les établissements de crédit doivent pour chaque nouvelle implantation prouver l'absence de risque d'insolvabilité. Si les implantations prennent la forme de succursales, les garanties sont appréciées au seul niveau du siège social, alors que chaque filiale serait tenue de constituer ses propres garanties[38]. C'est ce qui explique le mouvement croissant de transformation de filiales en succursales[39].On remarque donc l'intérêt pour un établissement de crédit de recourir à la succursale comme technique d'implantation à l'étranger. Cependant, la succursale présente le désavantage de ne recevoir aucune définition juridique. Une lacune que la jurisprudence et la doctrine ont essayé de combler sans jamais arriver à un consensus général.

8. La succursale : concept mal ou trop défini ? La succursale fait partie des peu d'expressions qui couramment employées dans le langage commercial et qui sont juridiquement mal définies. Elle est partout et nulle part. Elle se manifeste dans tous les domaines du droit, tout en se dérobant à une définition dans toutes les disciplines juridiques. La succursale fait partie de ces pratiques qui ont pris naissance de fait, et auxquelles le législateur doit s'adapter en essayant de les réglementer. Ce fut le cas pour le fonds de commerce qui a toujours été défini par les éléments qui le composent. Jamais la doctrine n'a réussi à lui donner une

de contrôle qui en résultent inversent aujourd'hui la tendance. Le recours aux succursales devient de plus en plus fréquent, v. notamment M. DUBERTRET, « Succursales bancaires et droit pénal international », in Mélanges A.E.D.B.F 2008, p. 168.

[37] M.-H. BESSIS, « Risque politique et succursales bancaires », in Mélanges A.E.D.B.F 2008, p. 45.

[38] Afin de garantir leur solvabilité les établissements de crédit doivent respecter un rapport minimum de 8% entre leurs fonds propres et l'ensemble de leurs actifs et de leurs engagements (c'est le ratio *Cook* remplacé par le ratio *Mc Donough* suite aux accords de Bâle du 26 juin 2004). Quand l'implantation prend la forme d'une succursale, le ratio est calculé sur l'ensemble des fonds propres et engagements de l'établissement de crédit. En revanche, quand l'implantation prend la forme d'une filiale, le ratio est calculé en prenant en compte les seuls fonds propres de celle-ci. V. J. LASSERE CAPDEVILLE, *J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse*, Fasc. 70, La commission bancaire et la supervision des établissements de crédit, des groupes et des conglomérats financiers, - Statut et missions, n° 207 et s.

[39] M. COZIAN, « Les fusions transfrontières : mythe ou réalité ? », *LPA*, déc. 2000, n° 255, p. 3 ; Sur l'aspect fiscal v. A. DE WAAL, « Transformation par une société mère française de sa succursale étrangère en filiale ou de sa filiale en succursale », *RDAI* 1995, n° 8, p. 1016.

définition unique. Et c'est le cas aussi du concept de succursale, objet de notre étude.

9. Une définition générale. D'après les termes du petit Larousse, une succursale est *« un établissement commercial ou financier dépendant d'un autre, mais doté d'une certaine autonomie de gestion ».* Le petit Robert, quant à lui, définit la succursale comme *« tout établissement qui jouit d'une certaine autonomie par rapport à l'entreprise ou à la société qui l'a créé ».* Ces deux définitions, malgré leur importance, ne pourront satisfaire un juriste. Une définition aussi concise et précise que possible paraît si nécessaire qu'on ne peut se contenter de termes généraux. Henri Capitant disait : « *De même qu'il faut d'abord apprendre sa langue pour connaître un peuple étranger, pour comprendre ses mœurs et pénétrer son génie, de même la langue juridique est la première enveloppe du droit, qu'il faut nécessairement traverser pour aborder l'étude de son contenu* »[40]. En consultant les dictionnaires juridiques, l'insatisfaction se dissipe peu à peu mais sans disparaître complètement. La succursale serait selon le Vocabulaire juridique, « *un établissement secondaire sans personnalité juridique propre mais doté d'une certaine autonomie de gestion* »[41]. Malgré la clarté d'une telle définition, elle ne peut à elle seule dissiper la difficulté qu'engendre l'absence de consensus sur le concept de succursale non seulement en droit français mais aussi dans les différents pays européens. Dans ces pays, la notion de succursale n'est pas uniforme. Certains mettent l'accent sur le caractère d'autonomie. D'autres lui préfèrent celui d'établissement secondaire.

10. En droit belge. L'article 198 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales belges n'aborde les succursales qu'en ce qui concerne la publicité : «*Les articles relatifs à la publicité des actes et des comptes annuels et l'article 81 seront applicables aux sociétés étrangères qui fonderont en Belgique une succursale ou un siège d'opérations* ». Pour définir ce que sont la succursale et le siège d'opérations, l'intervention de la jurisprudence était nécessaire. Un premier arrêt affirme : « *Attendu qu'une société étrangère a un siège d'opérations en Belgique quand elle y accomplit régulièrement des actes rentrant dans le cadre de*

[40]H. CAPITANT, Préf. au *vocabulaire juridique*, 1936.
[41]V *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., P.U.F, 2007.

son activité commerciale, et qu'elle y est représentée par un mandataire capable de l'engager avec les tiers…. »[42]. Cet arrêt suppose la réunion de trois conditions. Tout d'abord, doit exister un local distinct sur le territoire belge. D'après F. RIGAUX, « *Les opérations de la société étrangère sont matérialisées par l'immeuble dont elle dispose sur un point précis du territoire belge*. *Cet immeuble constituerait son siège d'opération qui devrait avoir aux yeux de tiers l'aspect d'un établissement secondaire de la société étrangère* »[43]. Ensuite, est requise la présence d'un préposé ou d'un mandataire avec qui les tiers traitent directement[44]. Enfin, les activités menées en Belgique par l'établissement de la société étrangère doivent avoir un caractère régulier.

11. En droit allemand. La succursale, en Allemagne, s'analyse comme un élément sans personnalité juridique propre mais séparé d'un point de vue géographique[45]. La succursale peut prendre deux formes : une succursale autonome « *Zweigniederlassung* », qui est un établissement secondaire[46] géographiquement détaché de la société mère. Pour les Allemands, ces établissements secondaires se distinguent nettement des « *Tochtergesellschaften* » (Filiales). Même si les premiers sont gérés avec une certaine autonomie grâce à la « *Prokura* » (une sorte de mandat en droit allemand), il n'y a pas d'indépendance à la manière d'une filiale[47]. La succursale autonome est destinée à long terme à constituer un noyau supplémentaire de la société. Elle n'exerce pas forcément toutes les activités de la maison mère mais exerce au moins, de manière autonome, ses activités principales. L'autonomie de la succursale doit se refléter

[42] Cass. 18 décembre 1941, Pas 1941, I, 467, commenté par P-A. Foriers et S. Hirsch, cité par VAN OMMESLAGHE et DIEUX, « Examen de jurisprudence, Les sociétés commerciales », *RCJB*., 1994, p. 817-818 ; J. GABRIEL, « *Les succursales de sociétés étrangères en Belgique* », *RDAI*., 1986, p.799. V. notamment J.-M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *Les sociétés commerciales : Lois du 7 et 13 avril 1995,* éd. Larcier, 1996, n° 197.

[43] F. RIGAUX, « La notion de succursale d'une société étrangère en droit belge », in *Liber Amicorum Baron Frédéricq, Faculteit der rechtsgeleerdheid te Gent*, 1965, t. 2, p.820, note3.

[44] P.-A. FORIERS et S. HIRSCH, « Les succursales bancaires en Belgique, le cadre légal et réglementaire », in *Les succursales bancaires*, Actes de la journée d'études du 9 mai 1995, A.E.D.B.F., Bruylant, 1996, p. 14.

[45] F. PUIS, « Actualité du droit allemand des sociétés. Les formalités allemandes relatives aux succursales de sociétés étrangères ». *Le lien magazine économique France-Allemagne*, déc.1993-janv. 1994, n°20, p.16.

[46] Par rapport à l' « Hauptniederlassung », l'établissement principal.

[47] G. Henn, *Handbuch des akitienrechts*, Heidelberg, 1984, p. 34.

dans une direction indépendante dotée de pouvoirs propres[48], d'une comptabilité et d'un bilan propres. Dans un arrêt, le juge allemand a même constaté que la succursale jouit d'une certaine indépendance : « *Même si elle ne représente qu'un accessoire de l'affaire, la succursale représente effectivement une entreprise indépendante, calculée pour durer et dirigée par une personne qui ne doit pas seulement jouer le rôle d'intermédiaire, mais aussi conclure des affaires indépendante*s»[49]. Toutes les succursales autonomes de sociétés étrangères doivent être immatriculées au registre du commerce et des sociétés du tribunal d'instance (*Amtsgericht*) compétent, ainsi qu'à la chambre professionnelle (*Gewebeamt*). La succursale est juridiquement soumise aux dispositions du code de commerce *(§ 13 ff HGB = Handelsgesetzbuch).*

La succursale non autonome quant à elle, dépend totalement de la maison mère. Elle ne devra par conséquent être inscrite qu'auprès de la chambre professionnelle.

12. En droit anglais. Dans la législation anglaise, les sociétés ont le choix entre l'immatriculation sous le régime de la succursale (*Branch*) ou celui de simple établissement (*place of business*), selon la nature de l'activité de l'installation envisagée. Le régime de la succursale s'applique lorsque l'établissement est organisé de manière à pouvoir agir au nom de la société étrangère (sans avoir à obtenir son accord préalable avant la prise de décisions) et exerce des activités qui ne sont ni accessoires ni auxiliaires par rapport à l'activité de la société dans son intégralité[50].

13. En droit italien. Ce droit repose sur le concept d'entreprise et non sur celui de société. Le concept « *succursale* » se rapporte à une entreprise et non à une société. D'où une certaine confusion. Ainsi P. LA ROSA[51] utilise l'expression

[48] Elle sera dirigée par un membre du conseil d'administration « *Vorstand* » ou par un préposé apte à conclure des affaires au nom de l'entreprise, au lieu d'avoir un « *Vorstand* » particulier. Elle se conformera aux décisions du « *Vorstand* » de l'entreprise, comme à celles de l'assemblée générale des actionnaires.

[49] R.G. 1938. 261. Arrêt rendu sur la question de savoir si les frais d'inscription au registre du commerce doivent être calculés sur la valeur de l'affaire commerciale tout entière, ou sur celle de la seule succursale et se prononçant pour la seconde solution.

[50] F. LEFEBVRE, Dossiers internationaux, *Royaume-Uni*, 4ème éd., 2008.

[51] *Il registro delle imprese*, Guiffre 1954, p. 238.

« *sede filiale* », alors que GALGANO[52] explique que les « *sede secondarie* » sont les « *filiale e succursali delle società* ». La succursale comme la filiale d'une société sont considérées comme semblables. Elles sont des établissements du siège, « *la sede* ». Le concept de succursale ne peut donc se comprendre en droit italien qu'en ayant recours à la notion d'entreprise[53].

14. En droit suisse. Dans la législation suisse aussi, il n'y a aucune définition légale de la succursale. C'est la jurisprudence qui a donné une définition. Dans un arrêt rendu en 1996, le Tribunal cantonal de Fribourg a jugé que la notion de succursale « *vise tout établissement commercial qui, dans la dépendance d'une entreprise principale dont il fait partie, exerce d'une façon durable, dans des locaux séparés, une activité similaire, en jouissant d'une certaine autonomie dans le monde économique et celui des affaires ; l'établissement est autonome lorsqu'il pourrait sans modification profonde être exploité de manière indépendante ; il n'est pas nécessaire que la succursale puisse accomplir toutes les activités de l'établissement principal ; il suffit qu'elle exerce d'une façon indépendante son activité locale. Il s'agit d'une autonomie dans les relations externes, qui s'apprécie de cas en cas d'après l'ensemble des circonstances quelle que soit la subordination ou la centralisation interne. L'inscription d'une succursale n'a pas d'effet constitutif* »[54]. La jurisprudence suisse fait sortir les deux éléments qui caractérisent les succursales : l'autonomie et la dépendance vis-à-vis de la maison mère.

15. En droit français. La succursale n'a reçu aucune définition légale en droit positif français[55]. Ce que disait la cour de Dijon il y a presque un siècle est

[52] *Diritto commerciale*, *la società*, *Zanichell*i, 1983, p. 224.
[53] Dictionnaire permanent de droit européen des affaires, v° Succursales, n° 5.
[54] Cour civile du Tribunal cantonal de Fribourg, 24 avril 1996 : *RFJ* 1996, p.267, cons.3c.
[55] Les seuls textes traitant des succursales sont la loi du 17 mars 1909, relative à la vente et au nantissement de fonds de commerce (codifiée dans les articles L.141-1 et s. du code de commerce) ; le décret n° 84-406 du 30 mai 1984 modifié par le décret n° 92-521 du 16 juin 1992 sur le registre de commerce et de sociétés, suite à l'adoption de la directive n° 89/666/CE du conseil des communautés européennes du 21 décembre 1989 concernant les mesures de publicité des succursales créées dans un Etat par certaines sociétés relevant du droit d'un autre Etat. Certaines dispositions du droit du travail tel que la convention collective nationale des maisons à succursales de vente au détail d'habillement du 30 juin 1972. S. Et plus récemment les articles L.7321-1 et s. du code de travail. Le Code général des impôts mentionne les succursales mais uniquement quand il s'agit d'entreprises à vente à succursales multiples (CGI, Annexe II, art. 310 HO). V. notamment M. CABRILLAC, *J.-Cl. Stés Traité*, Fasc. 28-40, Succursales, n° 4.

toujours d'actualité : *« Aucune définition légale n'existe qui puisse officiellement dire ce que c'est qu'une succursale »*[56]. Les seules définitions dont on dispose ont été données de façon éparpillée par la jurisprudence et la doctrine[57]. Cet éparpillement vient du fait que les problèmes posés par la pratique des succursales n'ont jamais été envisagés de façon globale mais, au contraire, abordés successivement et sous des angles particuliers. Cette dispersion dans la définition et l'ambiguïté qui englobe le statut des succursales a eu pour conséquence une division au sein de la doctrine. D'un coté, les partisans de la multiplicité de la notion de succursale[58] et, de l'autre côté, les adeptes de l'unicité de cette notion. Pour les premiers, chaque définition de la succursale correspond au domaine de la règle à appliquer : publicité, vente et nantissement, investissement, relations financières avec l'étranger, faillite, fiscalité, etc.[59] Le législateur, comme les tribunaux, n'intervient pas régulièrement dans le même domaine. Les affaires mettant en cause des succursales sont multiples et diversifiées. Le traitement au cas par cas fait que la définition donnée par un juge dans une affaire ne risque pas d'être reprise ensuite dans une autre. De même, les critères peuvent être larges ou étroits selon les cas. Ainsi, on définit largement la succursale afin de rapprocher un plaideur de la juridiction compétente, et on la définit strictement pour dispenser

une société de multiplier les formalités de publicité. P. CHARRIER en défendant la multiplicité des définitions évoquait l'idée selon laquelle *« Les différentes notions de succursales s'adaptent aux divers intérêts que les lois protègent, intérêts des tiers, intérêts des sociétés, intérêts du fisc…etc. (…) l'esprit français amoureux de la symétrie, de l'ordre et de l'harmonie est quelque peu dérouté par cette curieuse diversité de la notion de succursale »*[60].

[56] Dijon, 14 mai 1912 ; Sir., 1913-2-8.
[57] V. notamment P. LESCOT, « Des succursales des sociétés », *Rec. jur. sociétés* 1924, p. 207 ; *Lamy Droit économique*, 2011, n° 3627, notion de succursale.
[58] A. BRUZIN, « De l'idée d'autonomie dans la conception juridique de la succursale », *JCP.* 1946, I, n° 567 ; G. PEYTEL et A. HEYMANN, « Les établissements à succursales multiples », *Gaz. Pal.* 1949, II, Doct. p. 30.
[59] Une conception critiquée par M. CABRILLAC qui la qualifie de « *trop facile car elle rend seulement compte des incertitudes de la notion mais non de sa pluralité* », v. Unité et pluralité de la notion de succursale, in *Dix ans de conférences d'agrégation*, études de droit commercial offertes à J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 120.
[60] P. CHARRIER, *Les sociétés à succursales multiples devant les lois commerciales et fiscales*, Thèse, Toulouse, 1938.

16. Unité ou pluralité de la notion. A première vue, l'argument donné par les partisans de la multiplicité paraît convaincant. Cependant, la pratique a révélé qu'une multitude de définitions pourrait être source d'insécurité. La prévisibilité des solutions n'est-elle pas l'une des principales raisons des règles de droit ? Or, en multipliant les définitions, on ne favorise guère une telle prévisibilité. D'abord, une entreprise ne peut savoir avec certitude si tel établissement est ou non une succursale. Ensuite, elle n'accepte pas de voir ses succursales changer de condition juridique selon la nature des intérêts en présence. Dans un procès, chaque partie essaiera d'opter pour une définition qui sert ses intérêts. Une société qui veut plaider dans le ressort de son siège va essayer par tous les moyens de prouver que, dans le ressort du tribunal où le demandeur l'a assignée, elle ne possède aucun établissement méritant la qualification de succursale (mais plutôt d'un bureau, un simple chantier, etc.). Quant au demandeur, il va essayer, lui, de démontrer le contraire, c'est-à-dire qu'il s'agit bien d'une succursale. Quelle est alors la solution ? Doit-on adopter une définition unique ou multiple de la succursale ? A notre avis, chaque courant recèle une part de vérité et une part d'excès. C'est pourquoi toute conception absolutiste qui prétendrait faire abstraction de l'une ou de l'autre serait erronée. M. CABRILLAC, dans son article intitulé « Unité ou pluralité de la notion de succursale », affirme que « *le but de son étude n'est pas tant d'apporter la solution à un problème aussi complexe que de mieux le poser et d'en dégager les données fondamentales quelque peu dissimulées sous des difficultés ou des débats épisodiques* » [61]. Nous soutenons après lui, que le débat sur l'unité ou la pluralité de la notion de succursale paraît inutile.

17. La multiplicité nuit à la prévisibilité. L'urgence serait plutôt de dégager des critères de qualification clairs et peu nombreux[62]. La multiplication de ceux-ci n'aura pour conséquence que de semer inutilement la confusion. On ne

[61] M. CABRILLAC, « Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé », op. cit., p. 119.

[62] Parmi les critères présentés par la doctrine ou dégagés par la jurisprudence pour qualifier une succursale certains sont matériels : importance de la succursale, sa permanence, une autonomie dans sa gestion et la possibilité de disparaître sans mettre fin à l'activité de la société-mère. D'autres sont juridiques : la présence à la tête de la succursale d'un gérant ou directeur qui tout en étant subordonné à l'établissement principal doit disposer d'une certaine liberté dont la conclusion des affaires avec les tiers.

voit pas l'intérêt, par exemple, d'un critère comme celui de la tenue par la succursale d'une comptabilité distincte pour pouvoir être qualifiée comme telle. Le Code de commerce n'exige la tenue que d'une seule comptabilité par commerçant portant sur toute l'exploitation. La décentralisation de la comptabilité au niveau des succursales ne peut relever que de la seule décision de la société. Il s'agit d'une organisation intérieure qui ne constitue nullement un critère déterminant pour qualifier une succursale. Même si cette dernière présente l'apparence d'une individualité comptable, elle n'a pas de bilan puisqu'elle n'a pas de créanciers et débiteurs propres ou, du moins, si ce bilan existe, il n'a qu'une valeur de renseignement. Dans un arrêt du Tribunal arbitral mixte franco-allemand, il est clairement dit qu' «*il importe peu que la gestion soit ou non indépendante de celle de la maison principale, qu'il y ait ou non comptabilité distincte pour la succursale ; celle-ci n'a ni débiteurs, ni créanciers à elle propres, car l'autonomie relative dont elle peut jouir vis à vis de la maison principale ne saurait jamais avoir pour effet de lui conférer par rapport aux tiers une personnalité à elle propre* »[63].

Il en est de même du critère de l'importance ou de la dimension de la succursale par rapport à sa maison mère. Une jurisprudence ancienne avait jugé que, pour être qualifiée de succursale, l'établissement secondaire doit avoir une certaine importance et disposer de moyens d'exploitation ayant une taille suffisante[64]. Comme l'ont expliqué certains auteurs[65], le critère fondée sur la dimension, plus ou moins importante de la succursale trouve son fondement dans la jurisprudence des gares principales élaborée pour des gares de chemins de fer aux fins de déterminer la les compétences territoriales des tribunaux, il ne peut être utilisé pour la qualification d'une entité de succursale. Quant au critère de similitude de nom, d'enseigne, il ne constitue nullement un critère déterminant. Si la succursale doit agir au nom du siège, rien ne s'oppose à ce qu'elle utilise une autre enseigne, ou se présente sous des formes différentes plus aptes à retenir une clientèle locale. De même, les franchises et les concessions qui sont

[63]P. CHARRIER, op. cit., p. 25.

[64] CA Orléans, 2 fév. 1889, *Rev. sociétés* 1889, p. 199 ; Cass. Req. 18 nov. 1890, *Rev. sociétés* 1891, p. 144 ; CA Rouen 16 fév. 1889 *DP* 1898, II, 408 ; CA Caen, 26 mars 1927, *Gaz. Pal.* 1927, 2, p. 4. Cass. civ. 5 avr. 1949, *Bull. civ.* 1949, II, n° 168, p. 394 ; Cass. civ. 20 oct. 1965*, D.* 1966, p.193.

[65] M. CABRILLAC, op. cit. n° 10 ; A. BRUZIN, « De l'idée d'autonomie dans la conception juridique de la succursale », *JCP G* 1946, I, 567, n°9.

commercialisées sous les mêmes enseignes ne constituent nullement des succursales en raison de la très grande indépendance qui caractérise les pouvoirs de leurs gérants (sans compter en général, leur totale indépendance juridique.

18. Des critères déterminants. D'autres critères, en revanche, se sont révélés plus efficaces. C'est le cas par exemple de celui exigeant qu'à la tête de la succursale il y ait un gérant qui, tout en restant subordonné à la société mère, doit être capable de traiter des affaires avec les tiers[66]. C'est un critère qui paraît convaincant. Le critère de l'autonomie paraît plus révélateur[67]. D'ailleurs, la Cour de justice des communautés européennes a souligné son importance dans sa définition de succursales, notamment de sociétés étrangères : « *la notion d'agence, ou de tout autre établissement implique un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère. Il est pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers* » [68]. Ce critère suppose la réunion de deux éléments : l'existence d'un lien de subordination, et la capacité de conclure des affaires avec les tiers[69]. Ainsi le responsable de la succursale en France d'une société étrangère a qualité pour effectuer la déclaration de cessation des paiements de la société au greffe du tribunal de commerce[70].

Nous constatons, après l'analyse des différents points de vue, que la définition de la succursale a mobilisé jurisprudence et doctrine sans jamais arriver à une unanimité. Néanmoins, un point est certain : la succursale reste une entité autonome qui n'a pas de personnalité distincte de la société qu'elle incarne dans

[66] L'expression « traiter avec les tiers » a été très utilisée par la jurisprudence et la doctrine. M. MALAUZAT y voit une expression qui peut prêter à confusion. « *Elle peut désigner aussi bien les clients que les fournisseurs, ce qui laisse supposer que des usines et des dépôts pourraient éventuellement être classés dans la catégorie des succursales. Le gérant de ces établissement peut engager l'entreprise avec des fournisseurs ou du personnel* » La vie du fonds de commerce, in *Le statut juridique de fonds de commerce*, présentation faite au 60e congrès des notaires de France. Strasbourg, 28-30 mai 1962

[67] M. CABRILLAC et C. LEBEL*, J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 28-40, Succursales, n° 16.

[68] CJCE aff. 33/78, *Somafer, D.*1979, *IR*. p. 458, obs. B. Audit ; *JDI* 1979, p. 672, obs. A.H. ; *Rec.* CJCE, 1979, 2183. V. aussi Cass. com. 6 nov. 1951*, D.* 1952, p. 58 ; F. GAUDU, « Entreprise et établissement », in *Mélanges M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 47.

[69] V. notamment CA Bordeaux 16 mai 1923, *J. Stés*, 1924, p. 280 ; CA Riom 25 juill. 1931, *Gaz. Pal*. 1931, 2, p. 454 ; CA Agen 22 juill. 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 2, p. 695.

[70] Cass. com. 19 janv. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 47, p. 33.

tel ou tel pays étranger[71]. Cette absence de personnalité juridique a des conséquences sur les activités internationales déployées par les succursales.

19. L'internationalisation des activités. Du seul fait qu'il y ait passage des frontières, les succursales à l'étranger acquièrent davantage d'autonomie, même s'il n'y a pas juridiquement de séparation. Le statut juridique de ces succursales reste, par définition, différent de celui des filiales, même si les situations de fait sont identiques[72]. Si le régime juridique applicable à l'activité internationale des filiales est clair, celui applicable aux activités des succursales l'est beaucoup moins. Lors de la création d'une succursale à l'étranger, doit-on respecter les formalités du pays d'accueil ou seulement celles du pays d'origine (celui de la maison mère) ? Doit-on, au contraire, respecter les deux à la fois ? Les formalités seraient-elles les mêmes selon que l'on envisage de créer une succursale de société commerciale ou une succursale bancaire ou d'assurance ? Après le début des activités des succursales, à quel tribunal s'adresser en cas de litige avec un tiers ? Celui de la maison mère ou celui de la succursale ? Quelle sera la loi applicable ? Celle de la maison mère ou celle de la succursale ? Y a-t-il des lois qui s'imposent aux parties ? Quel est le régime fiscal applicable aux succursales ? Ces dernières seront-elles imposables dans le pays du siège ou bien dans celui où elles sont situées ? Enfin, dans le cas où la maison mère connaît des difficultés financières ou fait l'objet d'une nationalisation, les succursales sont-elles condamnées à disparaître avec elle ? L'ensemble de ces interrogations reflètent les problématiques soulevées par les activités internationales des sociétés à succursales[73]. Si les filiales se rattachent juridiquement au pays d'accueil, les succursales ont un caractère ambivalent entre dépendance et autonomie qui les fait rattacher à la fois au pays d'accueil et au pays d'origine de la maison mère.

[71] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE et J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international*, Litec, 2003 ; Mémento F. LEFEBVRE, *Groupes de sociétés*, 2011, n° 998 ; M. GERMAIN et M. PARIENTE, *Rép. Stés Dalloz*, v° Groupe de sociétés, n° 17.
[72] Dictionnaire permanent de droit européen des affaires, v° succursales, n° 2.
[73] Ces problématiques ont retenu l'attention des auteurs depuis très longtemps, v. notamment les thèses suivantes : M. BLONDEL, *Les succursales à l'étranger des établissements de crédit français*, Thèse, Orléans, 1908 ; F. DIEBOLD, *Les succursales suisses d'entreprises étrangères*, Thèse, Lausanne, 1958 ; J. FAILLETTAZ, *Les succursales et les filiales en Suisse*, Thèse, Berne, 1931 ; P. MORIDE, *Les maisons à succursales multiples en France et à l'étranger*, Thèse, Paris, 1913.

20. Entre rattachement à la maison mère et détachement de la maison mère. Ce qui caractérise les succursales est leur dépendance et leur autonomie à la fois. Toutefois, les succursales à l'étranger sont plus autonomes que leurs consœurs situées dans le même pays que la maison mère. Cette grande autonomie est la conséquence d'un certain nombre de problématiques juridiques qui ne sont que la conséquence de l'affrontement entre deux approches : une approche personnelle et une autre économique. La première s'intéresse à la personne juridique. La personne est seule et unique, elle dispose d'un seul patrimoine. Ce dernier ne peut être divisé même s'il est situé à l'étranger. La loi de la maison mère doit s'appliquer à l'ensemble de ses ramifications, peu importe où elles se trouvent. L'approche personnelle s'inspire du principe d'unité de la personne et du patrimoine. Ce principe conduit à une extraterritorialité de la loi du pays de la maison mère. Face à l'approche personnelle il y en a une autre qui s'intéresse avant tout à l'activité : c'est l'approche économique. Elle met en valeur l'activité déployée par la succursale sur un autre territoire. Elle conduit par conséquent à une territorialité car l'Etat veut contrôler cette activité.

L'approche économique est plus réaliste, à notre sens, car l'activité des sociétés aujourd'hui est exercée sur le territoire de plusieurs Etats. Par conséquent, les sociétés se trouvent en contact avec des ordres juridiques différents. Le patrimoine est certes unique mais il n'est pas indivisible. La succursale à l'étranger ne peut être considérée comme un simple bien complètement attaché à la maison mère. Elle se situe sur un autre territoire que celui de sa mère. Elle évolue dans un environnement juridique et fiscal différent de celui de sa mère. Elle a pu se forger sa propre clientèle et tisser ses propres réseaux. Le franchissement des frontières a pour conséquence une coupure, même si elle reste relative, du cordon ombilical qui lie la maison mère à ses succursales. L'application du principe de l'unité de la personne et du patrimoine qui est tout à fait acceptable en droit interne, peut se révéler fâcheux, s'il est appliqué à une entité située à l'étranger. Certes c'est un principe qui a été pensé pour protéger les créanciers mais le législateur n'a sans doute pas mesuré les difficultés auxquelles donnera lieu son application aux activités internationales des sociétés à succursales. Si une opération a une dimension strictement interne, une seule loi

sera sollicitée et par conséquent, l'unité de la personne et du patrimoine s'appliquera sans aucune difficulté. En revanche, lorsque les succursales sont situées dans des pays autres que celui de la maison mère, deux lois, voire plusieurs, seront sollicitées et l'application du principe de l'unité de la personne et du patrimoine soulèvera des problèmes juridiques.

21. Le plan adopté. La méthode de recherche consiste à étudier le processus d'implantation des sociétés sous forme de succursales, leur fonctionnement dans un pays autre que celui de la maison mère et enfin leur éventuelle disparition après la mort de la maison mère. Notre fil directeur tout au long de ce travail est l'autonomie qui caractérise les succursales de sociétés étrangères. La création de ces dernières suppose une adaptation aux règles du pays d'accueil. Les succursales bancaires et d'assurance sont une version très poussée des succursales autonomes. Leur création suppose des conditions spécifiques qui sont les mêmes que celles exigées pour la création d'établissements de crédit[74] et de sociétés d'assurance. La loi applicable est celle du pays de situation de la succursale. La doctrine s'est toujours opposée à une application de la loi de la maison mère ou l'extension de celle-ci à la succursale à l'étranger. Une telle extension nie le caractère autonome très marqué des succursales bancaires. Toutefois, les succursales de sociétés commerciales étrangères sont aussi des succursales autonomes. Ne faudrait-il pas leur appliquer les mêmes règles que les succursales de banque ou d'assurance? Certes, ces deux derniers secteurs sont spécifiques mais une succursale d'une société commerciale à l'étranger peut avoir aussi une grande d'autonomie.

Au sein de l'Union européenne, la territorialité des agréments des établissements de crédit et des sociétés d'assurances à succursales a été bouleversée faisant place à une extraterritorialité. Les établissements de crédit, sociétés d'assurance et prestataires de services d'investissement appartenant à un pays membre n'ont plus besoin de solliciter d'agréments pour chaque création de succursale. Et pour plus de cohérence, la supervision des succursales est assurée principalement par le pays d'origine. La raison de ce bouleversement est la construction d'un marché bancaire, d'assurance et financier unique.

[74] J. STOUFFLET, E. BOURETZ et H. SMITH, *J.-Cl. Banque – Crédit –Bourse*, Fasc. 120, Banque et opérations de banque, n° 14.

L'harmonisation des conditions d'accès au marché bancaire et d'assurance a facilité la mobilité des banques. Ce modèle européen réussi ne peut-il pas, alors, s'exporter dans des pays tiers ? Les solutions au sein de l'Union européenne doivent-elles vraiment y être strictement cantonnées ? Telles seront nos principales interrogations au sein de la première partie qui sera ainsi consacrée à la naissance de succursales sur un territoire étranger (**PREMIÈRE PARTIE : LA CRÉATION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES**).

Une fois créées, les succursales étrangères commencent leurs activités dans un pays autre que celui de la maison mère. Il est indispensable pour un tiers en relation d'affaires avec ces succursales de savoir quel tribunal saisir en cas de litige et quelle sera la loi applicable. De même, les dirigeants de sociétés souhaitent souvent être informés sur la fiscalité qui sera applicable aux opérations effectuées non par la maison mère mais par les succursales. La deuxième partie sera alors consacrée à étudier l'ensemble de ces questions en commençant par les conditions nécessaires pour saisir le tribunal du pays de situation de la succursale et pour l'application de la loi du dit pays. L'autonomie des succursales étrangères n'est pas suffisante pour porter l'action devant le tribunal du lieu de leur situation ou l'application de la loi du dit pays, encore faut-il que le litige soit en rapport avec l'exploitation des succursales. Tel sera le régime juridique des succursales étrangères. Quant à leur régime fiscal, il est spécifique. Le fisc n'hésite pas à considérer, dans certaines situations, les succursales comme des entreprises autonomes. En revanche, dans d'autres situations, le fisc n'hésite pas à recourir à l'absence de personnalité juridique des succursales pour leurs refuser certaines avantages, d'où des discriminations[75]. La Cour de justice a produit des efforts considérables pour lutter contre ces discriminations au sein de l'Union européenne[76] (**DEUXIÈME PARTIE : LE FONCTIONNEMENT DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES**).

[75] En matière d'impôt direct, le fisc reconnaît l'intérêt pour une société mère de consentir des abandons de créances aux succursales de sa filiale étrangère, CE 11 avr. 2008, SA Guerlain, *RJF* 7/08, n° 788, *Dr. fisc.* 2008, n° 18, comm. 302.

[76] Le droit communautaire pose une obligation de non-discrimination entre la filiale et la succursale : CAA Bordeaux, SA Ets Ballande, *Bull. Joly* 2002, p. 1285, n° 272 ; CJCE 15 mai 2008, Lidl Belgium *RJF* 8-9/08 ; P. DIBOUT, « Liberté d'établissement, conventions fiscales et entreprises multinationales », *Dr. fisc*. 2000, p. 474 ; v. aussi la directive 03/123/CE du 22 déc.

Enfin, les sociétés à succursales ne sont pas à l'abri des difficultés financières ou la survenance d'une mesure de nationalisation dans le pays du siège ou celui des succursales. Si la faillite est ouverte ou si la nationalisation survient au pays du siège quel sera le sort des succursales à l'étranger et des créances qui sont nées de leur exploitation ? La disparition des succursales dépendra des effets territoriaux ou extraterritoriaux des procédures ouvertes dans le pays du siège et des mesures de nationalisation survenus dans le dit pays. Dans le cadre des faillites, généralement deux procédures sont ouvertes : l'une dans le pays du siège et une autre dans le pays de la succursale. La conséquence de l'ouverture de procédures parallèles est, un peu schématiquement, un affrontement entre un pays d'origine qui, au nom du principe de l'unité de la personne et du patrimoine, souhaite étendre la procédure à l'étranger (au lieu de situation des succursales) et un pays d'accueil qui, au nom de la souveraineté et de la maitrise des activités déployées sur son territoire, aspire à limiter l'extension de la procédure. Au sein de l'Union européenne, des avancées considérables ont été réalisées afin de limiter l'affrontement entre les juridictions du pays d'origine et celles du pays d'accueil en cas d'insolvabilité communautaire. La troisième partie sera alors consacrée aux difficultés soulevées par l'ouverture de procédures à la fois dans le pays du siège et dans celui de la succursale ou la survenance de mesures de nationalisations dans l'un des deux pays. Nous proposerons des solutions à ces difficultés, tout en montrant que les meilleures sont celles qui sont fondées sur la coopération (**TROISIÈME PARTIE : LA DISPARITION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES**).

2003 qui étend le champ d'application du régime fiscal commun des mères filiales aux établissements stables, Ph. MERLE, op. cit. n° 19 et n° 666-2.

PREMIÈRE PARTIE :

LA CRÉATION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

22. Reconnaissance. Avant la réforme législative de la fin de l'année 2007[77], les sociétés anonymes qui souhaitaient implanter une succursale sur le sol français devaient être reconnues. Jusqu'en 2007, la reconnaissance des sociétés anonymes a été régie par une loi du 30 mai 1857. Cette loi fut adoptée suite à un accident diplomatique franco-belge. Elle subordonnait la jouissance des droits par une société étrangère à une procédure sommaire et lacunaire. Avec le temps, la loi de 1857 fut complètement vidée de sa substance à la suite de décrets collectifs qui ont été pris, auxquels se sont ajoutés des traités et des conventions bilatérales. Depuis son adoption, il y a cent cinquante et un ans, l'histoire de ce texte se résume aux habiletés juridiques ayant permis d'en cantonner les méfaits[78]. Déjà désactivée pour les sociétés ressortissantes d'un État membre de la Communauté européenne, et inhibée à raison des droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme, le législateur a fait le choix de la supprimer et a ainsi exaucé le vœu de la doctrine, de la jurisprudence[79] et du garde des Sceaux[80] . C'est la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 (JO 27 déc. Art 27-II, 4) relative à la simplification du droit qui l'a abrogée.

Une partie de la doctrine a toutefois reproché au législateur le caractère discret et inconscient d'une telle innovation[81]. Les ressortissants français sont exposés à des groupements étrangers dont la fiabilité juridique n'est pas

[77] M. GERMAIN et C. VINCENT, *J.–Cl. Sociétés*, Fasc. 3-12, Réformes récentes du droit des sociétés, - Évolution de 2000 à 2007.
[78] Pour plus de détail, v. J. BÉGUIN, « Un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères », *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle*, in Mélanges *CHAMPAUD*, Dalloz, 1997, p.1 ; M. MENJUCQ, « La personnalité morale en France d'une société anonyme étrangère », *D.*2004, p.692.
[79] Rapport pour 2003, « L'égalité » sur le site : www.courdecassation.fr.
[80] Rép. min. n°4367: JO AN Q, 14 sept. 2004, p.7183 ; *Bull. Joly* 2004, p.1292.
[81] D. BUREAU, « Feu la loi du 30 mai 1957 », *RCDIP* 2008, p.161.

suffisamment assurée dans leur pays d'origine[82]. Leur assurer une certaine protection face à ces groupements semble nécessaire. La jurisprudence devra, peut être, intervenir face à ce mutisme législatif, afin de préciser et tempérer la condition, désormais libérée, des sociétés de droit étranger dans l'ordre juridique français. L'attractivité du territoire français, objectif premier des réformes depuis quelques années, notamment avec la loi n°2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie, ne doit pas faire oublier la nécessaire protection des parties faibles face à des investisseurs étrangers de plus en plus puissants. En France, les sociétés étrangères sont assimilées à des sociétés françaises. Il n'en va différemment que si un texte légal leur refuse un droit particulier[83]. Elles doivent, en contrepartie, observer l'ensemble des obligations des sociétés françaises en plus des conditions qui leur sont spécifiques en raison de leur caractère étranger. Ainsi, la création d'une succursale par une maison mère étrangère est soumise au respect d'un certain nombre de conditions. Certaines sont d'ordre général, c'est-à-dire que toutes les sociétés étrangères sont obligées de les respecter peu importe l'activité envisagée (Titre 1). D'autres conditions, en revanche, sont spécifiques à certaines activités réglementées (Titre 2).

[82] V. sur ce point L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, « Chronique de droit du commerce international, août 2007- août 2008 », *D.* 2008, p.2564.

[83] Cette réserve n'a qu'une valeur limitée puisqu'elle ne peut avoir d'effet si les sociétés bénéficient d'un traité international bilatéral ou multilatéral conclu entre leur Etat national et la France. Il s'agit d'une extension réalisée par la jurisprudence de l'article 11 du Code civil qui concerne les personnes physiques.

TITRE 1 :

LES CONDITIONS GÉNÉRALES D'ACCÈS AU MARCHÉ FRANCAIS PAR VOIE DE CRÉATION DE SUCCURSALES

23. Une discrimination justifiée. Pour favoriser les sociétés nationales, certains pays comme la France ont prévu des règles discriminatoires à l'égard des sociétés étrangères qui s'implantent sur le territoire national. Les sociétés ayant opté pour la création de succursales sont aussi concernées. Certaines des conditions sont assimilables à celles qui s'appliquent aux sociétés nationales. Ainsi, toute personne morale dont le siège est à l'étranger et qui ouvre un premier établissement en France, doit s'immatriculer au Registre du commerce et des sociétés français, mais avec certaines particularités en raison du caractère étranger de la succursale (Chapitre 1). Pour protéger les sociétés nationales contre la concurrence étrangère, le législateur a prévu quelques règles supplémentaires qui doivent être respectées par les succursales étrangères : d'abord le gérant étranger qui est à la tête de la succursale doit faire une déclaration auprès du préfet. Ensuite, étant un investissement étranger, la société créatrice de succursales doit respecter les règles sur l'investissement direct à l'étranger (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 :
L'IMMATRICULATION DES SUCCURSALES : UN MOYEN DE DÉCLARER L'EXISTENCE D'UNE MAISON MÈRE ÉTRANGÈRE

24. Une obligation qui vise l'information des tiers. Toute personne morale ayant son siège social à l'étranger et désirant créer une succursale doit présenter une demande d'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés[84]. Cette obligation ne concerne pas seulement la législation française, la quasi-totalité des pays prévoient une telle obligation. La publicité doit être faite au lieu où elle peut remplir sa mission, c'est-à-dire atteindre les tiers intéressés et leur fournir les renseignements dont ils ont besoin pour contracter en toute sécurité[85]. C'est un moyen pour faire connaître l'implantation d'une société étrangère sur un territoire (Section 1). Dans l'espace européen, et pour faciliter la mobilité des sociétés au sein de l'Union, les conditions d'immatriculation des succursales ont été harmonisées et assouplies entre les pays membres (Section 2).

[84] V. notamment, D. GIBRILA, *J.-Cl. Civil*, Fasc. 20, Société. – Dispositions générales. – Immatriculation de la société, spéc. n° 3, J.-M. BAHANS, « Conditions et effets de l'immatriculation en France des sociétés étrangères », *Bull. Joly Stés*, 2002, n° 3, p. 406.

[85] La publicité aura pour effet l'opposabilité aux tiers. C'est l'effet principal de la publicité que d'entraîner une certaine sécurité juridique. Les tiers doivent pouvoir se fonder sur l'apparence que crée une situation juridique publiée nonobstant la réalité occulte de cette situation.

SECTION 1 :

L'IMMATRICULATION DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES DES PAYS TIERS

25. Une immatriculation plus compliquée pour les sociétés de pays tiers. N'ayant aucune attache avec l'Union européenne, les sociétés de pays tiers ne bénéficient pas de cette confiance mutuelle entre les pays membres. Par conséquent, les conditions d'immatriculation de leurs succursales sont plus compliquées. Les efforts de simplification de la procédure d'immatriculation ont été surtout accomplis au niveau communautaire, ce qui a engendré une certaine différence de traitement entre sociétés étrangères. Les sociétés appartenant aux pays tiers sont obligées de faire face à une procédure d'immatriculation plus compliquée visant à mieux informer les tiers (§1). Cette obligation est d'ailleurs prévue par l'ensemble des Etats[86] (§2). La non-immatriculation entraîne, en revanche, des sanctions vis-à-vis de la société étrangère auteur de l'omission (§3).

§1 - L'OBLIGATION D'IMMATRICULATION DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES DE PAYS TIERS AU REGISTRE DE COMMERCE ET DES SOCIÉTÉS FRANCAIS

26. L'immatriculation dépend de l'origine de la maison mère. Le fait pour les sociétés étrangères d'ouvrir sur le territoire français une succursale, voire un simple bureau de liaison, les oblige à se faire immatriculer au Registre du commerce et des sociétés (R.C.S) français[87]. Il s'agit moins d'immatriculer la succursale que d'immatriculer la société étrangère elle-même. « *L'immatriculation n'a pas ici d'effet créateur sur la personnalité de la société*

[86] Nous ne pouvons traiter ici la législation de l'ensemble des pays, mais nous pouvons affirmer que la quasi-totalité des ouvrages de droit comparé consultés traitent de l'obligation d'inscription des succursales étrangères. Sur la tenue par l'ensemble des Etats d'un Registre de commerce et des sociétés, v. J.-M. BAHANS*, J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 27-40, Publicité des sociétés, -Généralités, Publicité liée à la naissance des sociétés, n° 40.

[87]. V. sur ce point M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Monchrestien, coll. Domat Droit privé, 2008, p.75, n°64 ; du même auteur, *Joly sociétés*, Traité, V° « Sociétés étrangères », n°21 à 25 ; J.-M. BAHANS , *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 27-50, Publicité des sociétés, n° 94 ; J. VALLANSAN*, J.-Cl. Commercial*, Fasc.110 Registre de commerce et des sociétés ; P. SCHOLER, *Bull. Joly Sociétés,* v° Publicité (Formalités de), n° 30 à 44.

étrangère, celle-ci est conférée par le droit de l'Etat dans lequel elle s'est constituée et doit être admise en France dès lors qu'elle vérifie les conditions de sa reconnaissance par le droit français »[88]. L'absence de personnalité morale de la succursale a une conséquence directe sur la publicité. Dans le cas de la création d'une succursale par une société française, la publicité intéresse exclusivement la succursale même si elle rappelle son appartenance à la maison mère. En revanche, dans le cas de création d'une succursale par une société étrangère, la publicité a pour but de déclarer l'existence en droit étranger de celle-ci par le biais de la succursale qui n'est qu'une partie délocalisée. La déclaration de l'existence d'une maison mère à l'étranger explique un formalisme encore plus exigeant. L'obligation d'immatriculation des succursales étrangères trouve sa source dans l'article 14 du décret n° 84-406 du 30 mai 1984 qui dispose que « *la société dont le siège est situé à l'étranger doit demander son immatriculation au greffe du tribunal dans le ressort duquel est ouvert le premier établissement en France* ». L'article 15 du même décret fait, quant à lui, une distinction entre les sociétés dont le siège est situé dans l'un des Etats de l'Union européenne, et qui revêtent une forme juridique figurant sur une liste annexée au décret, et les autres sociétés étrangères, les premières ayant des obligations moins lourdes en ce qui concerne le contenu de l'information légale les concernant.

27. Les personnes assujetties. D'après l'article L. 123-1, I, al. 3 du Code de commerce, « *Il est tenu un registre du commerce et des sociétés auquel sont immatriculées, sur leur déclaration :* [...] *les sociétés commerciales dont le siège est situé hors d'un département français et qui ont un établissement dans l'un de ces département* »[89]. En se fondant sur cette disposition, la Cour de cassation a décidé dans l'un de ses arrêts que : « *Toute personne morale immatriculée qui ouvre un établissement secondaire doit, selon le cas, demander*

[88] C.A Paris, 30 novembre 2001, *Bull Joly* 2002, p.406, note Bahans.

[89] Le texte initial mentionne expressément le terme «succursale ». La loi 18 mars 1919 (art. 11) soumettait à inscription les « succursales et agences ». Ensuite, il y a eu l'article 56 du Code de commerce issu de la réforme du décret du 9 août 1953 qui imposait au « *commerçant qui exploite une agence, une succursale ou un autre établissement commercial quelconque* » de procéder à une inscription de celui-ci. Et c'est l'article 21 du décret n° 67-237 du 23 mars 1967 qui tout en évoquant le terme succursale a essayé de donner pour la première fois une définition de l'établissement : *« Sont assujettis à inscription complémentaire ou secondaire tous les établissements permanents où sont faits des actes de commerce ainsi qu'aux usines, succursales ou agences dirigées par un préposé ou fondé de pouvoir* ».

une immatriculation secondaire ou une inscription complémentaire dans les conditions prévues à l'article 9 du décret du 30 mai 1984 »[90]. L'immatriculation prévue par l'article L. 123-1, I, al 3 du Code de commerce concerne le premier établissement. C'est à partir de cette immatriculation principale que s'ordonneront les éventuelles immatriculations secondaires (hors ressort du tribunal) ou complémentaires (dans le ressort du tribunal) rendues nécessaires par l'ouverture de nouveaux établissements.

28. Succursale et établissement secondaire. Contrairement au local accessoire, l'établissement secondaire possède sa propre autonomie puisqu'un fonds y est exploité et l'activité commerciale est exercée dans les locaux loués. L'article 9 du décret du 30 mai 1984 (désormais l'article R. 123-40 du Code de commerce) et 11 du décret 98-247 du 2 avril 1998 définissent l'établissement secondaire comme « *tout établissement permanent distinct du siège social ou de l'établissement principal et dirigé par l'assujetti, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports avec les tiers* »[91]. Le texte se fonde sur les critères de permanence, de séparation des locaux (avec la distinction entre le siège social et l'établissement principal qui peuvent être localisés en un même lieu ou non)[92] et de direction par une personne capable d'engager la société. En comparant cette définition avec celle de succursale donnée par la CJCE[93], on constate une certaine ressemblance entre les deux. L'une comme l'autre ne font aucunement référence à l'accomplissement d'actes de commerce. Les deux se fondent sur le critère juridique, c'est-à-dire le pouvoir de traiter avec les tiers au

[90] V. J.-L. COURTIER, note sous Cass. civ. 3e, 13 octobre 1999, *L.P.A*, 19 avril 2000, n°78, p.11.
[91] La jurisprudence considère que l'établissement secondaire est un établissement faisant l'objet d'une exploitation commerciale distincte de l'établissement principal auquel est attachée une clientèle propre, Cass. civ. 23 février 1982, n° 80-14. 171, *Baziet c/ Clavery*, *Bull. civ*. III n° 51; Cass. civ. 3e, 5 mars 1986 n° 84-15.938, société d'études financières c/ Fougère : *Bull. civ*. III n°20. La doctrine traite les succursales dans la partie consacrée aux établissements secondaires et établissements stables v. notamment O. CACHARD, *Droit du commerce international*, L.G.D.J 2008, n° 248. J. BÉGUIN et autres, *Droit du commerce international*, Litec, 2005, n° 741.
[92] Cette distinction date d'une réforme du texte par le décret du 10 avril 1995, le texte original du décret de 1984 n'évoquait que l'établissement principal.
[93] On rappellera que la CJCE a adopté la définition suivante *« la notion de succursale implique un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement de la société mère pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec les tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la société mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement* ». CJCE 22 nov. 1978, aff. 33/78, Somafer : *Rec*. p.2183.

nom et pour le compte de la société mère. Est-ce à dire qu'établissement secondaire signifie succursale ?

La notion d'établissement secondaire, au sens du décret relatif au R.C.S, est une notion relativement autonome qui ne se confond pas avec celle de succursale, d'agence ou de bureau de liaison[94]. Son domaine englobe les notions précédemment évoquées dans un concept plus large. L'établissement peut être parfois plus qu'une succursale, parfois moins, il a ou il n'a pas d'autonomie d'exploitation pourvu qu'il soit permanent, distinct du siège ou de l'établissement principal et dirigé par une personne qui a le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Douai : « *constitue l'établissement secondaire permanent d'une société le prétendu entrepôt que cette dernière a ouvert dans une localité, compte tenu des éléments suivants : un compte bancaire est ouvert au nom de cet entrepôt, lequel est mentionné dans les annuaires de France Télécom depuis plusieurs années, enfin, un responsable technique et une secrétaire habilités à recevoir les actes sont présents dans cet entrepôt.* »[95].

29. L'installation collective. Les sociétés étrangères peuvent installer dans des locaux occupés en commun avec une ou plusieurs entreprises, une agence, une succursale ou une représentation. Si elles recourent à cette domiciliation collective, elles doivent présenter à l'appui de leur demande d'immatriculation le contrat de domiciliation conclu à cet effet avec le propriétaire ou le titulaire du bail de ces locaux[96]. La société étrangère doit s'engager à utiliser effectivement et exclusivement les locaux comme agence, succursale ou représentation.

[94] V. J.-M. BAHANS, *J.-Cl. Sociétés*, Publicité des sociétés, précité, n° 55.
[95] CA Douai, 11 septembre 1997, *Gaz .Pal.* juin 1999, n°155, p. 13. ; v. aussi Cass. com. 13 février 2007, *RJDA* 2007, n°729 ; *Rev. sociétés* 2007, n°3, p.630.
[96] V. Article R. 123-167 et pour une application jurisprudentielle v. Cass. com. 21 oct. 2008, JurisData n° 2008-045514, *JCP E* 2008, n° 49, 2482 ; v. notamment S. MOISDON-CHATAIGNER, *J.-Cl. Sociétés,* Fasc. 28-50, Domiciliation des sociétés, n° 31.

§2 - L'OBLIGATION D'IMMATRICULATION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES DE PAYS TIERS DANS LES AUTRES LÉGISLATIONS EUROPÈENNES

30. **En droit belge**. Les règles sur la publicité des succursales sont prévues à l'article 198 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales[97]. Ce sont les greffes des tribunaux de commerce qui tiennent les dossiers des sociétés et les différents registres sur lesquels il convient de faire immatriculer toute entreprise, succursale ou centre d'opérations quelle qu'en soit la forme (registre des sociétés étrangères). Les succursales ou les centres d'opérations d'une société étrangère, qui n'ont pas une activité commerciale pour laquelle ils devraient se faire immatriculer au Registre de commerce, doivent s'immatriculer dans l'un des Registres spécifiques.

31. **En droit allemand**. Le législateur allemand a rassemblé dans les paragraphes 13 à 13g du *Handelsgesetzbuch* (Code de commerce allemand) les règles de publicité des entreprises. La procédure et les formalités d'inscription de la *Zweigniederlassung* (succursale allemande) dépendent de la forme juridique de la société qui crée une succursale. C'est le directoire (s'agissant d'une S.A GmbH) ou le gérant (s'agissant d'une SARL KGaA) qui, à la fois, prend la décision d'ouvrir une succursale et fait la demande d'immatriculation.

La règle en droit allemand est que les succursales devaient être inscrites au registre de commerce sous la même raison sociale que la maison mère. La seule variation admise est l'adjonction d'une indication complémentaire (*Zusatz*) faisant clairement apparaître qu'il s'agissait d'une succursale locale[98]. Mais la jurisprudence récente tend à autoriser le choix, pour les succursales, de raisons sociales différentes de celles de la société, dans la mesure où le lien entre les deux établissements est clairement indiqué[99]. Si l'ouverture de succursales ayant des raisons sociales différentes est prévue dès la constitution de la société, une clause en ce sens peut être incluse dans les statuts *ab initio*, ce qui évitera la modification ultérieure des statuts. La simple adjonction du *Zusatz* avec indication du lieu d'établissement de la succursale n'est pas réputée constituer une raison sociale

[97] J. GABRIEL, « Succursales de sociétés étrangères en Belgique », *RDAI*, 1986, n°8, p.799.
[98] Exemple : X GmbH (Zweigniederlassung Düsseldorf), (succursale de Düsseldorf).
[99] Exemple : Y Zweigniederlassung der X GmbH (Y succursale de la GmbH).

« différente » devant obligatoirement être mentionnée en tant que telle dans les statuts. En revanche, elle est suffisamment « distincte » pour permettre une limitation des pouvoirs du *Prokurist* (mandataire) chargé de la succursale. L'utilisation de dénominations proches (variations autour d'un même mot ou groupe de mots, courants en pratique) est assimilée à l'utilisation de raisons sociales différentes. Du point de vue de la société, l'utilisation de raisons sociales différentes peut présenter un intérêt commercial ou pratique (notamment lorsqu'il y a plusieurs succursales) mais elle présente également un inconvénient notable puisqu'il est nécessaire, dans ce cas, de procéder à une modification des statuts de la société. C'est pourquoi, dans la pratique, l'utilisation de raisons sociales identiques (avec ou sans *Zusatz)* reste la plus répandue[100].

La demande d'immatriculation s'effectue en principe auprès du Registre du commerce du tribunal d'instance (*Amtsgericht*). S'agissant d'une succursale de société étrangère, l'inscription doit être demandée au lieu d'établissement de la succursale (HGB, art. 13 b). Elle doit comporter les signatures authentifiées de tous les représentants légaux de la société ainsi que celle du fondé du pouvoir (*Prokurist*) chargé de la succursale.

32. En droit italien. Les formalités de publicité en Italie des succursales de sociétés étrangères sont énumérées à l'article 2056 du Code civil italien. Les succursales sont soumises aux mêmes obligations de publicité que les sociétés italiennes (acte constitutif, copie notariée de la délibération et obligation d'obtention d'une autorisation pour l'exercice de l'activité envisagée). Ces actes effectués à l'étranger doivent être déposés dans un délai de 45 jours[101]. Le non respect de ces formalités donne lieu à une amende.

[100] F. LEFEBVRE, *Dossiers internationaux, Allemagne*, 2004, n°404.
[101] F. LEFEBVRE, *Dossiers internationaux, Italie*, 6e éd., 2004, pp. 72.

§3 - LE DÉFAUT D'IMMATRICULATION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

33. Des sanctions pour l'omission d'immatriculation. En droit français, le non respect des dispositions sur l'immatriculation de la succursale expose la société contrevenante à des sanctions pénales, professionnelles et civiles prévues d'une façon générale en la matière[102]. De plus, l'existence de la succursale est soumise au principe général selon lequel un fait sujet à mention qui n'a pas été publié au Registre du commerce et des sociétés n'est pas opposable aux tiers. Cette situation aura une conséquence dommageable si la société a loué un local pour la succursale. Dans ce cas, elle ne peut bénéficier du statut des baux commerciaux. L'établissement secondaire en général, et non seulement la succursale, est en principe soumis aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 sur le statut des baux commerciaux. Toutefois, il résulte des articles 1, 9 et 20 de ce décret que le bénéfice du statut est soumis à l'immatriculation de cet établissement secondaire au Registre du commerce, soit à titre secondaire, soit à titre complémentaire.

L'article L. 145-1 du Code de commerce dispose que ledit statut s'applique « *aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne soit à un commerçant ou un industriel immatriculé au Registre de commerce et des sociétés, soit à un chef d'une entreprise immatriculé au Répertoire des métiers* ». Il a été jugé que lorsqu'un bail commercial est transmis d'une société à une autre dans le cadre d'un apport partiel d'actif, et que la société bénéficiaire de l'apport exploite une succursale dans les locaux correspondants, cette succursale doit impérativement être immatriculée au Registre du commerce et des sociétés pour que le bail transmis reste soumis au statut des baux commerciaux. En particulier, à défaut d'immatriculation de sa succursale, la société bénéficiaire de l'apport perd le droit au renouvellement du bail ainsi que le droit au paiement d'une indemnité d'éviction[103]. Les succursales de sociétés de pays tiers dépendent encore du droit national de chaque pays. La diversité des

[102] V. notamment Ph. CONTE, *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, Fasc. 75, Sociétés. –Infractions relatives à la législation des sociétés. Règles relatives à la publicité obligatoire destinée aux tiers, spéc. n° 10 ; P. BEDER, *Rép. Sociétés, Dalloz*, v° Registre du commerce et des sociétés, spéc. n° 3.

[103] Cass. civ. 3e, 7 nov. 2001 Société Camaïeu Homme c/Société civile immobilière Lilloise, *JurisData* n° 2001-011576.

législations peut empêcher la mobilité des sociétés ou inciter à s'immatriculer dans des pays plus accueillants. Ces raisons ont poussé les pays membres à harmoniser les conditions d'immatriculation.

SECTION 2 :

L'HARMONISATION DES CONDITIONS D'IMMATRICULATION DES SUCCURSALES DE SOCIÉTÉS EUROPÈENNES

34. La directive : une méthode privilégiée pour l'harmonisation. Les conditions d'immatriculation des succursales de sociétés européennes ont fait l'objet d'une harmonisation au niveau européen. La coordination ou l'harmonisation des droits nationaux[104] des sociétés au sein de l'Union européenne a toujours été une nécessité. Elle est le complément ou le préalable du droit d'établissement reconnu aux entreprises par l'article 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). L'harmonisation par voie de directives a été l'instrument privilégié en raison de sa souplesse. De même, la directive présente l'avantage, une fois introduite dans le droit national, de se fondre dans celui-ci. Selon Y. GUYON, « *Il y a une dilution du droit communautaire dans les droits nationaux. La règle interne et la règle communautaire ne se distinguent plus, ni formellement ni matériellement, ce qui facilite la réception de la seconde par les usagers du droit, en lui évitant des préjugés xénophobes* »[105]. L'immatriculation des succursales de sociétés européennes a été harmonisée par voie de directive. Il s'agit de la onzième directive du 21 décembre 1989. Nous traiterons les circonstances de son adoption (§1) avant d'aborder son régime juridique (§2).

[104] Il faut rappeler que coordination n'est pas unification. Chaque Etat membre conserve son propre droit des sociétés mais accepte d'y apporter les modifications nécessaires pour que celui-ci ne comporte plus de dispositions incompatibles avec l'existence d'un marché unique.

[105] *Rép., Sociétés Dalloz,* v° Droit communautaire. Pour plus de détails, v. D. SIMON, *Rép. Communautaire Dalloz*, v° Directive.

§1 - L'ADOPTION DE LA ONZIÈME DIRECTIVE SUR LA PUBLICITÉ DES SUCCURSALES

35. Les circonstances de l'adoption de la directive du 21 décembre 1989 et son contenu. Les directives antérieurement adoptées en matière de publicité[106] ne s'appliquaient qu'aux sociétés, ce qui créait des inégalités de protection selon que les entreprises opèrent dans l'Union européenne par le biais de filiales ou de succursales. C'est dans ces circonstances que la onzième directive du 21 décembre 1989 fut adoptée[107]. Elle a été transposée en droit français par le décret n° 92-521 du 16 juin 1992[108]. La Cour de justice a jugé que la directive avait procédé à une harmonisation exhaustive excluant la possibilité pour les États de légiférer en la matière[109]. La onzième directive écarte les établissements de crédit et les établissements financiers de son champ d'application et distingue les succursales de sociétés de pays membres (art. 1 à 6) des succursales des pays tiers (art. 7 à 10). La directive impose la publicité d'indications relatives non seulement aux succursales elles mêmes[110], mais aussi aux sociétés dont elles dépendent[111]. Ceci paraît essentiel car les tiers traitent avec une succursale dépourvue de personnalité juridique propre, et qui ne présente pas le même degré de sécurité qu'une société locale. L'harmonisation prévue par la onzième directive n'était qu'une harmonisation minimale pour assurer la sécurité des tiers. Les Etats pourraient imposer d'autres indications (notamment la signature des dirigeants et représentants, statuts et acte constitutif et les indications relatives aux sûretés).

---

[106] 1ère directive 68/151/CEE du 9 mars 1968 relative à la publicité, la validité des engagements sociaux et la nullité des sociétés, *JOCE* L 65 du 14 mars 1968 ; *JCP* 1968,n° 83390. V. M. GERMAIN et C. VINCENT, op. cit. n° 72.

[107] JOCE n° L 395/36, 30 déc. 1989. Cette directive est née d'une proposition présentée par la Commission au Conseil le 29 juillet 1986 (JOCE n° C 203, 12 août 1986) et modifiée le 5 avril 1988 (JOCE n° C 105, 21 avril 1988) et un avis du Conseil économique et social du 6 janvier 1988. La onzième directive complète la première directive 68/151 du 9 mars 1968 prise en matière des sociétés, dont la première partie était consacrée à la publicité légale des sociétés de capitaux et qui avait laissé de côté la question de l'implantation par voie de succursale ; *Bull. Joly Marché commun* v°« Entreprise ».

[108] M. CABRILLAC, *J.-Cl. Sociétés*, Succursales, n° 60.

[109] CJCE 30 sep. 2003, aff. C-167/0, Inspire Art. Ltd : *Rec.*2003, I, 10155 ; v. J.-P. KEPPENNE et S. VAN RAEPENBUSCH, « Les principaux développements de la jurisprudence de la cour de justice et du tribunal de première instance », *Cah. dr. eur.* 2004, p. 437, spéc. p. 482.

[110] La dénomination si elle est différente de celle de la société, son adresse, ses activités exercées et sa fermeture.

[111] La dénomination et la forme, les indications sur les personnes qui ont le pouvoir d'engager la société, la dissolution, la liquidation, la procédure de faillite, les documents comptables.

§2 - LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA ONZIÈME DIRECTIVE SUR LA PUBLICITÉ DES SUCCURSALES

36. Les modalités d'immatriculation selon la directive. La directive du 21 décembre 1989 organise la publicité des succursales à deux manières : celui de la publicité légale de leur établissement et celui de la publicité de leurs comptes. Elle a distingué les sociétés de pays membres, des sociétés des pays tiers. Il ne fallait pas laisser de côté ces dernières, dès lors que l'objectif poursuivi est de généraliser les mesures de publicité à tous les centres d'activité déployés par les entreprises multinationales. En ce qui concerne les sociétés de pays membres et leurs succursales, elles sont soumises aux règles de publicité du lieu de leur implantation[112] et qui sont forcément équivalentes puisque mises en harmonie selon la directive de 1968. Cela n'empêche pas un État membre d'exiger en outre que la succursale implantée dans un autre pays de l'Union européenne effectue cette publicité aussi dans le ressort du siège de la société (considéré comme une sorte d'Etat d'origine). S'agissant de sociétés de pays tiers, comme celles relevant de l'Union européenne, la publicité a lieu principalement au lieu d'implantation de la succursale, mais à la différence que l'identification de la succursale n'est pas forcément aisée à effectuer puisque le pays d'origine peut avoir un régime de publicité différent et même insuffisant. La forme sociale de la société peut aussi être éloignée des types de sociétés connus dans les pays de l'Union européenne. La directive a donc, d'une part, précisé que ses dispositions s'appliquaient aux formes juridiques comparables à celles visées par la directive 68/151 et, d'autre part, imposé certaines publications supplémentaires auprès du Registre de la succursale: la publication de l'acte constitutif et des statuts, de la

[112] En droit français, c'est l'article 55 du décret n°84-406 du 30 mai 1984 tel que modifié par le décret du 16 juin 1992 qui prévoit ces modalités : déposer une copie en double exemplaire des statuts en vigueur au jour du dépôt de la demande d'immatriculation, traduites et certifiées conformes par les déposants. Ensuite, il faut déposer chaque année deux exemplaires des documents comptables que la société a établis, fait contrôler et publier dans l'Etat où elle a son siège. Enfin, la demande d'immatriculation au R.C.S de la société doit être déposée dans les 15 jours de l'ouverture de l'établissement au greffe du tribunal de commerce du ressort dudit établissement. V. notamment, G. BARANGER, « Les succursales en France des sociétés étrangères », *Bull. Joly Stés* 1992, p. 736.

forme juridique, des règles de droit dont elle relève, et le cas échéant qu'elle est en liquidation[113].

Au sein de l'Union européenne, l'exigence de mentions supplémentaires peut cependant être incompatible avec les libertés communautaires. Un Etat ne doit pas entraver la liberté d'établissement en exigeant des conditions d'immatriculation supplémentaires à celles déjà prévues par la onzième directive.

37. **La onzième directive et liberté d'établissement : l'arrêt « *Inspire art* »**[114]. La CJCE a condamné fermement, dans son arrêt « *Inspire art* » l'exigence par un Etat membre de conditions supplémentaires à celles prévues par la onzième directive. Cet arrêt qui, selon D. CARREAU, P. LAGARDE et H. SYNVET, « *creuse le sillon tracé par l'arrêt Centros* »[115], concerne un résident hollandais qui avait constitué au Royaume-Uni une société à responsabilité limitée (*Private company limited by shares*) de ventes d'objets d'art, dénommée « *Inspire Art Ltd* ». Ce résident hollandais avait établi une succursale à Amsterdam où il exerçait la totalité de l'activité sociale. L'immatriculation de la succursale ne comportait pas la mention « *société étrangère de pure forme* » conformément à la loi hollandaise du 17 décembre 1997, « la *Wep op de formeel buitenlandse vennootschappen »* (ou en abrégé *WFBV,* loi sur les sociétés de pure forme étrangères). Il en est résulté un litige qui opposa la Chambre de commerce d'Amsterdam à l'intéressé. Celui-ci souleva la contrariété de la loi hollandaise au droit d'établissement communautaire. Ainsi peut-on lire dans la décision de la CJCE : « *L'article 2 de la onzième directive 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un Etat membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre Etat, s'oppose à une législation nationale, telle la Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (loi sur les sociétés étrangères de pure forme), du 17 décembre 1997, qui prévoit à la charge de la succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre, des obligations de*

[113] G. BARANGER, op. cit., p.736 ; v. aussi H. LE NABASQUE, « Droit commercial et groupements particuliers », *Dr. sociétés* 1992, comm. 184 ; J. DERRUPPÉ, « Organisation générale du commerce », *RTD com.* 1992, p. 581.
[114] CJCE, 30 septembre 2003, Inspire art, aff. C-167/01, note M. Luby ; D. 2004, p. 491, note Pataut ; *JCP E,* 2004, n°251, note Magnier.
[115] *Rép. International Dalloz*, cahiers de l'actualité, 2003.

publicité non prévues par ladite directive ». La CJCE repousse les raisons impérieuses d'intérêt général invoquées par l'Etat néerlandais. Elle considère que les tiers sont assez protégés par les dispositions de la onzième directive[116]. Si une société crée une succursale dans un autre Etat membre, elle exerce la liberté d'établissement, mais l'Etat de la succursale ne peut imposer d'autres obligations. Cela étant, la CJCE n'exclut toujours pas que des raisons impérieuses d'intérêt général puissent restreindre la liberté d'établissement.

38. La onzième directive et liberté d'établissement : L'arrêt Innoventif limited. Quelques années après l'arrêt « *Inspire art* », la CJCE a décidé dans l'arrêt « *Innoventif limited* »[117] que les articles 43 et 48 du traité CE ne s'opposent pas à une réglementation d'un Etat membre qui subordonne l'inscription au registre de commerce d'une succursale d'une société établie dans un autre Etat membre au paiement d'une avance sur les frais prévisibles pour la publication de l'objet social décrit dans l'acte constitutif de cette société, dès lors que cette réglementation ne place pas les sociétés d'autres États membres dans une situation de fait ou de droit désavantageuse par rapport à celle de l'État membre d'établissement. Dans l'arrêt Innoventif limited, une société à responsabilité limitée de droit anglais ayant son siège à Birmingham (Royaume-Uni) a été inscrite à la *Companies House* de Cardiff (Royaume-Uni) le 1er avril 2004. Son objet social est décrit de manière exhaustive au point 3 de son acte constitutif, intitulé « *the objects of which the Company is established are* ». Le 13 avril 2004, Innoventif a crée une succursale établie à Berlin, dont elle a demandé auprès de l'*Amtsgericht Charlottenburg* l'inscription au Registre de commerce. Par décision du 23 avril 2004, l'*Amtsgericht Charlottenburg* a soumis l'inscription demandée à la condition du versement d'une avance sur frais s'élevant à 3000 €. Il a fixé cette somme en fonction des frais prévisibles pour la publication de l'objet social tel que décrit dans l'acte constitutif, considérant que

[116] Un avis qui n'est partagé par la doctrine. Selon M. LUBY « *L'information qui résulte de la transposition de la onzième directive est qualifiée par la doctrine et la pratique de confuse et d'inutile. Elle paraît vaine face aux multiples faillites sur le sol néerlandais de succursales de sociétés de droit anglais* », op. cit., p.34.

[117] CJCE 1er juin 2006, aff. C- 453/04, Europe, n°8, août 2006, comm 244 ; V. aussi PRIETO, « Liberté d'établissement et liberté de prestation de services », *RTD.eur.* 2007, p.75, spéc. p.93 ; Y. LOUSSOUARN, .M. TROCHU et R. SOTOMAYOR, *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 194-20, Conflits de lois en droit des sociétés, n° 92.

le descriptif figurant au point 3 A à W de celui-ci correspondrait à l'objet social et qu'il devait par conséquent être inscrit au Registre dans son intégralité. Estimant que son objet social ressortait uniquement du point 3, A et B, Innoventif a introduit un recours devant l'Amtsgericht Charlottenburg. Ce dernier a rejeté le recours en indiquant qu'une avance sur les frais prévisibles telle que celle qui a été demandée dans l'affaire au principal est exigée dès lors qu'il est probable que le débiteur des frais procéduraux n'est pas conscient de l'importance du montant des frais qui l'attendent. La société Innoventif a interjeté appel en faisant valoir que le versement d'une avance du montant demandé était contraire à la onzième directive et violait le principe de la liberté d'établissement.

Pour le *Landgericht* Berlin, la question de savoir si l'inscription de la succursale d'Innoventif au Registre de commerce peut être subordonnée au paiement d'une avance sur les frais de publication prévisibles de l'objet social d'Innoventif, ainsi que l'exige le droit national, dépend de l'interprétation des articles 43 et 48 CE. Dans ces conditions, le *Landgericht* Berlin a décidé de surseoir à statuer et de poser à la CJCE la question préjudicielle suivante : « Est-il compatible avec la liberté d'établissement des sociétés prévue aux articles 43 CE et 48 CE que (nouveaux articles 49 et 54 du TFUE), en […] Allemagne, l'inscription au Registre de commerce d'une succursale d'une société de capitaux établie [au Royaume-Uni] soit subordonnée au paiement d'une avance sur les frais de publication prévisibles de l'objet social de la société, tel que consigné dans les dispositions pertinentes de l'acte constitutif de la société ? ».

39. La compatibilité avec la liberté d'établissement. La CJCE a estimé que l'avance en question est conforme aux articles 43 et 48 CE (nouveaux articles 49 et 54 du TFUE)[118]. Elle prescrit néanmoins à la juridiction nationale de vérifier que le montant de l'avance apparaisse proportionné à la longueur du descriptif de l'objet social, dès lors que cette réglementation ne place pas les sociétés d'autres Etats membres dans une situation de fait ou de droit désavantageuse par rapport à celles de l'Etat membre d'établissement[119]. La CJCE confirme par cet arrêt le caractère minimal de l'harmonisation de la onzième

[118] A. BOUVERESSE, « Inscription de succursale au Registre de commerce », *Europe*, août 2006, n° 8, comm. 244.
[119] J.-G. HUGLO, *J.-Cl. Europe*, op. cit, n°31.

directive. Un Etat membre reste libre d'organiser les modalités de publicité des succursales sur son territoire dans le respect des prescriptions de la onzième directive et en évitant de porter atteinte aux libertés communautaires telles que prévues par les articles 43 et 48 (Traité CE) (nouveaux articles 49 et 54 du TFUE). Innoventif prétend que l'objet social ressort uniquement du point 3 A et B alors que pour l'Amtsgericht Charlottenburg le dispositif figure au point 3 à W c'est-à dire plus long. Comment expliquer alors ce changement de position de la CJCE par rapport à l'arrêt Inspire art où elle a condamné l'atteinte à la liberté d'établissement? Les circonstances n'étaient pas les mêmes : l'arrêt Inspire Art est intervenu à la suite de deux arrêts par lesquels la CJCE a condamné avec force toute entrave à la liberté d'établissement. Dans l'arrêt Innoventif limited la CJCE a considéré qu'il s'agit d'une simple formalité qui reflète les coûts administratifs réels d'une publication conforme au droit communautaire. Elle ne peut en aucun cas constituer une mesure discriminatoire vis-à-vis de la succursale étrangère, encore moins une entrave à la liberté d'établissement secondaire. En effet, dans l'arrêt Innoventif limited il n'ya pas de condition supplémentaire. La disposition contestée est conforme à la onzième directive.

La directive du 21 décembre 1989 a réussi son objectif qui était la coordination des dispositions des Etats membres relatives aux obligations de publicité faites aux succursales de sociétés et la réalisation au niveau européen d'une protection uniforme des partenaires contractuels de succursales de sociétés étrangères. Dans le cadre du renforcement de cette protection et pour faciliter la procédure d'immatriculation et l'accès des ressortissants communautaires à l'information, la Commission européenne a pris une initiative dans ce sens qui fut saluée par le monde des affaires.

§3 - L'ASSOUPLISSEMENT DES CONDITIONS DE PUBLICITÉ DE LA ONZIÈME DIRECTIVE SUR LA PUBLICITÉ DES SUCCURSALES

40. Le décret n°2007-1851 du 26 décembre 2007 : **une simplification attendue**. La Commission européenne a publié en décembre 2008 la synthèse des réponses à la consultation[120] à laquelle ont participé vingt deux États membres. Il ressort de cette étude que trois quarts des répondants estiment qu'une simplification des directives serait opportune, notamment afin de rendre leurs dispositions moins rigides[121]. En ce qui concerne la onzième directive, l'allégement porte sur les modalités de dépôt des statuts. Jusqu'à présent, les sociétés créant une succursale dans un Etat membre doivent assurer la traduction de certains documents dans la langue du pays d'implantation de la succursale. De même, elles doivent déposer ces documents et les informations ayant trait à la succursale auprès du Registre de commerce de son lieu d'implantation. Certains droits nationaux exigent en ce qui concerne la traduction certifiée des exigences disproportionnées comme la certification par un officier public. Désormais, la procédure se trouve facilitée. En France, les sociétés ayant leur siège dans l'Union européenne ou dans l'EEE ont la possibilité de déposer des actes dans une langue officielle de l'Union, à condition que la déclaration soit accompagnée d'une traduction en français certifiée conforme par la société[122]. Seule cette traduction fait foi à l'égard des tiers. Ceux-ci peuvent toutefois se prévaloir de la version étrangère, à moins que la société ne prouve qu'ils ont eu connaissance de la version déposée en langue française (article R.123-120-1 du C.com.). La publication de certaines déclarations (notamment, changement de dirigeant, transfert de siège, dissolution) est soumise aux mêmes conditions (article R. 123-75-1du C.com.). La possibilité de déposer les actes dans une langue officielle, autre que le français, est déjà prévue par l'article R.123-112 al 4 du Code de

[120] B. LECOURT, « Communication de la Commission européenne relative à la simplification de l'environnement des sociétés en matière juridique, comptable et de contrôle des comptes (Com. (2007) 394 final, 11 juillet 2007, Communiqué, IP/07/1087, 12 juill. 2007) », *Rev. Sociétés* 2007, p. 646

[121] V. B. LECOURT, « Synthèse des réponses à la consultation sur la simplification de l'environnement des sociétés en matière juridique, comptable et de contrôle des comptes. », *Rev. Sociétés* 2008, p.205.

[122] Le décret n°2007-1851 du 26 décembre 2007, JO 29 déc. 2007, V. notamment, « Langue utilisée pour les déclarations er dépôt au Registre du commerce et des sociétés », *JCP N,* 2008, n°3, act. 151 ; *JCP E* 2008, n° 2, act. 14.

commerce. Celui-ci dispose que les pièces déposées par toute société étrangère ouvrant une succursale en France doivent être accompagnées, le cas échéant, d'une traduction en français certifiée conforme par les déposants. La nouvelle disposition diffère de cet article en ce qu'elle permet à la société ayant son siège dans l'Union européenne de procéder au dépôt de ses actes dans une langue officielle de l'Union européenne. La seule condition est que ces actes soient accompagnés d'une traduction en français certifiée conforme par la société.

41. Conclusion du Chapitre : la sécurité. L'exigence d'immatriculation secondaire des sociétés étrangères qui créent des succursales sur le sol français, répond au souci du législateur de préserver les intérêts des personnes qui sont amenées à contracter avec ces succursales étrangères. Ces dernières étant des entités dépourvues de personnalité juridique, une protection renforcée semble nécessaire. Le caractère étranger des succursales explique un durcissement des conditions d'immatriculation. Une société appartenant à un pays tiers doit prouver que la succursale qu'elle envisage de créer sur le territoire français répond à l'ensemble des exigences de sécurité, et qu'elle remplit les conditions d'immatriculation capables d'éclairer les tiers envisageant d'entrer en relation d'affaires avec elle.

Dans l'espace européen, d'autres enjeux sont à prendre en considération, le droit européen vise d'abord à éliminer les entraves à la liberté de circulation. Le fait d'imposer des conditions d'immatriculation renforcées aux succursales étrangères ne doit pas avoir pour conséquence d'entraver la mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne. Ainsi, l'adoption de la Onzième directive sur la publicité des succursales allait dans ce sens. L'harmonisation minimale a permis de surmonter une divergence dans les systèmes d'immatriculation. La Cour de justice veille aujourd'hui sur la directive et assure sa bonne application. Selon la Cour de justice, un Etat peut exiger des conditions supplémentaires, mais tout en évitant d'entraver indûment la liberté d'établissement.

L'immatriculation au R.C.S constitue la première condition à remplir par une société étrangère envisageant d'étendre ses activités sur le sol d'un autre Etat par voie de succursales. Nous allons maintenant traiter les autres conditions qui visent principalement à protéger les sociétés nationales de la concurrence étrangère.

CHAPITRE 2 :
LA PROTECTION DES SOCIÉTÉS FRANCAISES CONTRE LA CONCURENCE ÉTRANGÈRE

42. Une réglementation libéralisée. Dès lors qu'une société étrangère s'installe par voie de succursale, la France est concernée, et ses lois ont vocation à s'appliquer. Ces lois peuvent comporter des règles discriminatoires. Ces règles remontent assez loin : ainsi les difficultés économiques, la crainte de la concurrence étrangère et la montée d'une certaine xénophobie ont favorisé, dans la période entre les deux guerres, l'adoption de textes plus restrictifs de la liberté des étrangers[123]. Mais, s'étant rendu compte de l'impact positif que peut avoir l'installation des sociétés étrangères sur l'économie nationale, le législateur français a adopté, depuis quelques années, un certain nombre de mesures qui, tout en restant libérales, permettent d'exercer un contrôle sur l'activité des sociétés étrangères. Ainsi le gérant de succursale de nationalité étrangère doit déclarer sa situation à la préfecture (Section 1). De même, la société étrangère, avant d'implanter sa succursale, doit respecter la réglementation sur les investissements étrangers du pays d'accueil (Section 2).

[123] M.-L. MORANCAIS–DEMEESTER, *Les droits professionnels des étrangers non salariés en France*, thèse, Paris II, 1984, p.4.

SECTION 1 :

LES CONDITIONS D'EXERCICE DES DIRIGEANTS DE SUCCURSALES DE NATIONALITÉ ÉTRANGÈRE

43. Une réglementation qui s'est libéralisée avec le temps. Le gérant d'une succursale de nationalité étrangère ne peut être traité sur le même pied d'égalité qu'un gérant de nationalité française. La protection des activités commerciales françaises suppose un contrôle des personnes étrangères exerçant ce type d'activité sur le sol français[124]. La réglementation de l'entrée et du séjour des dirigeants étrangers a connu un début hostile vis-à-vis de ces derniers, surtout dans les périodes de crise (§1). Une telle situation ne pouvait cependant durer car la limitation d'accès au marché français peut constituer une menace sur l'attractivité de la France. Une libéralisation de la réglementation était donc nécessaire (§2). Certains secteurs, en revanche, en raison de leur dangerosité continuent de faire l'objet d'une réglementation très stricte (§3).

§1 - UN DÉBUT HOSTILE AUX DIRIGEANTS ÉTRANGERS

44. La carte de commerçant étranger. Jusqu'à une période récente, il était nécessaire de produire à l'appui d'une demande d'immatriculation d'une succursale en France une carte de commerçant étranger, cette exigence s'imposant à toutes les personnes habilitées à agir au nom de la société dans le cadre de sa succursale et n'étant ni ressortissantes de l'Union européenne, de l'Espace économique européen, ni titulaire d'une carte de résident[125]. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de le rappeler dans un certain nombre de ses décisions : « *qu'aux termes de l'article 1er du décret du 12 novembre 1938[126], relatif à la carte d'identité de commerçant pour les étrangers, il est interdit à tout étranger*

[124] V. notamment, P. LEBOUCHÉ, « Dirigeants étrangers de sociétés : quelles règles respecter pour exercer ? », Bull. Joly Stés 1999, chron. n° 11 ; R. BESNARD-GOUDET, *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 165-40, Groupes de sociétés, -Dirigeants – Statuts Conventions réglementées, n° 13 et s.

[125] A. BEJINARIU et I. POLNE, « Les nouvelles règles en matière de carte de d'identité de commerçant étranger », *Bull. Joly Sociétés*, 1998, p. 1138.

[126] Modifié par la loi du 8 octobre 1940 et l'ordonnance n° 69-815 du 28 août 1969, dont les conditions d'attribution ont été précisées par un décret n° 98-58 du 28 janvier 1998.

d'exercer sur le territoire français une profession commerciale, industrielle ou artisanale sans justifier de la possession d'une carte d'identité spéciale portant la mention commerçant, délivrée par le préfet du département où l'étranger doit exercer son activité »[127].

Cette exigence ne pouvait être éludée que si l'entreprise étrangère faisait appel à des dirigeants de nationalité française pour ses activités en France. Cette solution n'était cependant pas sans risque car la Cour de cassation considère qu'un dirigeant de fait est astreint à la possession de la carte professionnelle comme le dirigeant de droit[128].

45. Les effets de la crise. Avant les années 1930, le marché français était ouvert à tous les étrangers. Le Code de commerce ne prévoyait aucune limitation au droit pour les étrangers d'exercer une profession commerciale et industrielle en France. Les effets de la crise économique de 1930 et l'activité de la concurrence étrangère ont conduit le législateur à restreindre ce régime libéral. Ainsi, le décret-loi du 17 juin 1938 et le décret-loi du 12 novembre 1938 instaurèrent des mesures sévères à l'effet de diminuer la concurrence faite par les étrangers aux commerçants français, et de lutter contre d'éventuelles pratiques en marge de l'honorabilité commerciale. De plus, l'article 2 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France prévoyait que des décrets pourraient soumettre à autorisation l'exercice, par les citoyens, de telle ou telle activité professionnelle. Un décret du 28 janvier 1998 a maintenu le régime de la carte de commerçant étranger. Son article 4 dispose « *Toutes les personnes physiques qui souhaitent exercer le commerce à titre personnel sont soumises à la carte de commerçant, y compris dans l'hypothèse où une personne physique a le pouvoir d'engager une personne morale de droit étranger au titre d'un établissement, d'une succursale ou d'une représentation commerciale implantée en France* ». En reprenant les mêmes catégories que la réglementation antérieure, le décret de 1998 s'expose aux

[127] CE 10 juillet 1987, *Recueil Lebon*, n° 67.315.

[128] Cass. Crim. 2 juillet 1958, *D.*1959, S, p.31 ; pour plus de détails v. J. STOUFFLET, Succursales et filiales de sociétés étrangères, *in* Festchrift für Hermann JARRHEIß, zum 80. Geburtstag, 19 August 1974, *Herausgeben vom Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zü Koln, Carl Heymanns Verlag KG – Köln* – Berlin – Bonn – München, 1974, p.301.

mêmes critiques. Il manque de logique car il impose la détention d'une carte de commerçant à des personnes qui, en droit français, n'ont pas cette qualité. D'après M.-L. MORANCAIS-DEMEESTER « *il faut voir là la volonté des pouvoirs publics de protéger les commerçants français par un contrôle individuel des éléments étrangers désirant exercer en France une activité commerciale, industrielle ou artisanale sans se préoccuper toujours de la qualité juridique du commerçant ni du lieu de situation de l'entreprise qui peut être à l'étranger* »[129].

Cependant, depuis l'institution de la Communauté Économique Européenne, la plupart des restrictions ainsi imposées aux étrangers pour l'exercice du commerce en France, ont été progressivement levées, d'abord, pour les ressortissants des Etats membres de l'Union, puis pour ceux relevant d'Etats associés à l'Union.

§2 - UN AIR DE LIBERALISATION

46. La déclaration à la préfecture. La loi n° 2006-911du 24 juillet 2006 (JO du 25 juillet 2006) relative à l'immigration et à l'intégration a modifié les dispositions du Code de commerce relatives aux commerçants étrangers. A compter de l'entrée en vigueur de cette loi et de son décret d'application, les étrangers qui exercent en France une activité industrielle commerciale ou artisanale dans des conditions rendant nécessaires leur inscription au registre de commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers doivent en faire la déclaration au préfet du département dans lequel ils envisagent d'exercer pour la première fois leur activité dans des conditions définies par décret. Les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et des Etats parties à l'accord sur l'espace économique européen ou de la confédération suisse sont dispensés de cette obligation de déclaration[130]. L'exemption prévue par l'ordonnance n° 2004-279 du 25 mars 2004 au bénéfice des Etats membres de l'OCDE[131] n'étant pas reprise par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, les intéressés seront soumis à déclaration.

[129] Thèse précitée p.43. V. aussi N. GUIMEZANES, *J.-Cl. civil* Fasc. 18 Conditions des étrangers en France.
[130] Art. L. 122-1 du Code de commerce tel que modifié par la loi du 24 juillet 2006.
[131] Australie, Canada, Etats-Unis, Japon, Mexique, Nouvelle Zélande et Turquie.

47. Les mérites et les inconvénients de la loi de 2006. Cette loi a été une grande avancée par rapport à celle de 2004[132]. Cependant, la crainte était grande que la cette loi ait le même sort que la celle de 2004 faute de décret d'application. Cette crainte fut dissipée le 26 juillet 2007, date d'adoption du décret d'application n° 2007-1141. Il concerne les conditions de déclaration pour les étrangers non résidents exerçant une activité commerciale, industrielle ou artisanale. Le décret a inséré les articles D. 122-1 à D. 122- 4 au Code de commerce. Ainsi, en cas d'exercice d'une activité par voie de succursale, l'article D. 122-1, II al. 6 du Code de commerce dispose que la déclaration préalable peut être effectuée par la personne physique ayant le pouvoir d'engager une personne morale de droit étranger au titre de ladite succursale[133].

Il est à signaler cependant que la loi du 24 juillet 2006, et sans minimiser ses intérêts[134], reste handicapante pour certains investisseurs. Pour un étranger résidant hors de France, la déclaration doit être accompagnée d'un extrait judiciaire ou d'un équivalent dans le pays d'origine. Ceci relève d'un parcours du combattant pour un investisseur d'un pays comme les Etats-Unis où il faut faire prendre les empreintes digitales par le *sheriff* puis transmettre le dossier au FBI qui délivre le document demandé dans un délai de 16 à 18 semaines[135]. Il serait souhaitable que le législateur prenne en compte ces éléments qui peuvent avoir des conséquences sur l'attractivité de l'investissement en France, en prévoyant des mesures particulières d'assouplissement pour les pays concernés par voie d'accords ou de conventions.

Il faut signaler enfin qu'en cas de non respect des dispositions de déclaration contenues dans l'article L. 122-1 et du décret d'application, la sanction est l'emprisonnement de six mois et une amende de 3750 euros. En cas de récidive, les peines sont portées au double. Le tribunal peut, en outre, ordonner la fermeture de l'établissement. Une jurisprudence ancienne a sanctionné aussi les cas de

[132]B. SAINTOURENS, « Le statut juridique de l'étranger exerçant une activité commerciale, industrielle ou artisanale : la suppression de la carte d'identité spéciale », *RTD.com*., 2004, pp.694.
[133] V. l'étude rédigée par INOREG (Service d'information réglementaire aux entreprises de la chambre de commerce et d'industrie de Paris), le nouveau statut du dirigeant étranger, *Cahiers de droit de l'entreprise,* n°6, novembre 2007, prat. 28.
[134] La loi a mis fin à l'introduction en France de clandestins déguisés en PDG sans aucun contrôle.
[135] C. SALAMA HAUSMAN, « Note d'humeur : halte à l'immigration clandestine des dirigeants étrangers », *La Revue*, publication du cabinet d'avocats Hammonts Hausman, 16 octobre 2007.

fraude consistant pour un étranger non autorisé à exercer le commerce par l'intermédiaire d'un prête-nom, celui-ci étant condamné comme complice[136].

[136] Crim. 4 juill. 1956, *D.* 56.720 ; 2 juill. 1958, *Gaz. Pal*. 58.2.217 ; Paris 7 oct. 1967, *JCP G.*68.II.15525, *JDI* 68.76, *RC* 68.267 ; T.. Corr. Seine, 7 nov. 1961, *RC* 62.287 n. Simon-Depitre, *JDI,* 1962. 998 obs. Sialelli.

SECTION 2 :

LA RÉGLEMENTATION DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS PAR VOIE DE SUCCURSALES

48. L'investissement par voie de succursale suppose une réglementation à respecter. Une société qui souhaite implanter une succursale sur le territoire français doit, en sus des conditions traitées ci dessus, se conformer à la réglementation des investissements directs étrangers en France. Cette réglementation a pour but de préserver les disponibilités de la France en devises étrangères et de sauvegarder l'indépendance de l'économie française[137]. La France est restée longtemps méfiante vis-à-vis des investissements étrangers. De même qu'un investisseur français qui souhaite implanter une succursale sur un territoire étranger doit respecter la législation sur les investissements étrangers du pays d'accueil, un investisseur étranger qui souhaite implanter une succursale sur le territoire français doit respecter la législation française sur les investissements directs étrangers[138]. L'implantation d'une succursale sur un territoire étranger est considérée comme un investissement international (§1). Il faut respecter par conséquent l'ensemble de la réglementation sur les investissements directs étrangers (§2).

§1 - LA CRÉATION D'UNE SUCCURSALE EST UN INVESTISSEMENT INTERNATIONAL

49. L'investissement moteur de la croissance. L'investissement international par voie de succursale est un moyen bénéfique pour les pays d'origine et d'accueil. Les entreprises d'investissement direct sont des sociétés qui peuvent être des filiales dont l'investisseur détient plus de 50% de droits de vote ou des entités sans personnalité morale, comme des succursales. L'investissement

[137] M. AUDIT, *J.-Cl. International*, Fasc. 572-50, Droit des investissements internationaux, - Présentation et sources, n° 2.
[138] Fonds monétaire international, *manuel de la balance des paiements*, CES Avis et Rapports, 25 février 1981, Les investissements français à l'étranger et les investissements étrangers en France, JOCE 1981, Doc. n° 3, p. 97. V. aussi, L. IMBERT, *J.-Cl. Administratif*, Fasc. 264, Relations financières avec l'étranger, n° 122.

subit depuis quelques années l'influence de la mondialisation[139]. Celle-ci implique que les entreprises réalisent leur développement sur une échelle mondiale. Phénomène multidimensionnel, la mondialisation implique la mobilité. Il en résulte que l'activité économique s'exerce sur la totalité de la planète. D'après M. HORCHANI « *Au sein même des instances onusiennes, on est passé en l'espace de deux décennies, du dogme de l'interventionnisme, du discours sur l'autarcie et du procès de l'investissement privé au dogme de l'économie de marché et de l'« open door policy » en matière d'investissement international* »[140]. Nous essaierons d'étudier dans un premier temps cette notion d'investissement international pour savoir si la création d'une succursale étrangère correspond à un tel investissement (A) ? Nous étudierons ensuite l'évolution de la réglementation sur les investissements internationaux (B) et la protection de certains secteurs d'activité dits sensibles (C).

A. La notion d'investissement international

50. L'investissement international : un concept aux multiples facettes. L'investissement international a reçu plusieurs définitions[141]. Il s'agit d'un terme technique issu de la science économique. La définition juridique n'est que la transcription de la définition économique. Présente un caractère d'internationalité l'investissement qu'effectue sur le territoire d'un Etat l'investisseur, personne physique ou morale, qui possède la nationalité d'un autre Etat. Les instruments internationaux sur l'investissement traitent tous de l'investisseur, et parce que ce sont des instruments relatifs à l'investissement international, de la nationalité de l'investisseur. Il s'agit aussi bien d'instruments non conventionnels que d'instruments conventionnels tels que la Convention de

[139] V. notamment les thèses : F. BOUALAM, *L'investissement direct à l'étranger : le cas de l'Algérie*, Thèse, Montpellier 1, 2010 ; S. BONOMO, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des états*, Thèse, Aix-Marseille 3, 2009 ; M. JACQUES MEGAN, *Le régime des investissements privés étrangers dans l'espace OHADA*, Thèse, Lyon 3, 2009. V. aussi R. DOLZER et Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.

[140] F. HORCHANI, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *JDI,* 2004, 2, p.386.

[141] D'après D. CARREAU et P. JUILLARD, « *L'absence d'unité s'explique par le fait qu'elle varie en fonction de l'objectif que s'assigne l'instrument international qui la contient* », *Droit international économique*, Dalloz, 2007, p.403 ; v. notamment, A BENCHENEB, « sur l'évolution des sources du droit des investissements » in *Mélanges Ph. KAHN*, Litec, 2000, p. 117 ; P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements, *RCADI* 1994, t. 250, p. 11 ; S. MANCIAUX, *The Notion of Investment* : *New Controverses*, J. World inv. & Tr. Déc. 2008.

Washington du 18 mars 1965[142] relative au règlement des différends en matière d'investissements ou les quelques 2800 accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements. Et comme tous ces instruments n'ont pas le même objet et ne poursuivent pas le même but, et parce que la définition de l'investissement varie en fonction de cet objet et de ce but, la définition de la nationalité de l'investisseur s'y adaptera.

L'OCDE a adopté un critère simple : « *L'investissement international est celui qui entraîne un mouvement international de capitaux qui retracera la balance des paiements* ». Dans la majorité des cas, le mouvement international de capitaux est un mouvement transfrontalier. Par conséquent, le critère ne peut être tiré de la nationalité de l'investisseur : il ne suffirait pas de dire qu'est international l'investissement réalisé par le national en territoire étranger ou par l'étranger en territoire national pour assurer la bonne application des instruments considérés. En effet, le national peut résider à l'étranger ou l'étranger peut résider sur le territoire national. C'est le critère de la résidence qui importe ici.

B. L'évolution de la réglementation sur les investissements internationaux

51. Un début hostile à l'investissement. Les investissements internationaux ont été réglementés d'abord par une loi du 28 décembre 1966 [143]qui est intervenue dans un climat politique défavorable à l'immixtion de capitaux étrangers. La France voyait les implantations (qui peuvent prendre la forme d'une succursale) comme une perte d'indépendance et une soumission à l'étranger. Des mesures restrictives ont été édictées par le décret n° 67-78 du 27 janvier 1967 et le décret n° 68-1021 du 24 novembre 1968[144]. Dans l'Union européenne, la prétention de la France de soumettre les investisseurs européens au régime de surveillance ne cessa de susciter les plus vives critiques[145]. Les

[142] Sur l'ensemble de la convention, v. en particulier, l'ouvrage collectif intitulé *Investissements étrangers et arbitrages entre États et personnes privées. La convention BIRD du 18 mars 1965*, Paris, Pédone, 1969, v. aussi, Ph. FOUCHARD, Fasc. 1066-2, Arbitrage commercial international, Tribunal arbitral, Conventions internationales, Autres sources, spéc. n° 36 et s.

[143] V. JO 29 déc. 1966. Pour une application jurisprudentielle, Cass. crim. 21 mai 1992, *JCP E* 1992, II, p. 354, note Cl.-J. Berr.

[144] V. JO 25 nov. 1968. Pour une application jurisprudentielle, Cass. ass. plén., 21 mai 1976, Bull. civ.1976, ass. plén. n°6, p. 9.

[145] V. O DE NERVO, « Le point sur les investissements directs effectués en France par les sociétés de la Communauté », *JCP. E.,* 1987, I, n° 16814.

ressortissants de l'Union européenne bénéficiant des libertés d'établissement et de prestation de services, ne pouvaient être traités comme les ressortissants non européens. De plus, il n'appartient en aucun cas à un pays membre d'ajouter aux prescriptions du droit communautaire des conditions d'application nouvelles et restrictives. La position française n'était pas juridiquement tenable et, à terme, elle ne pouvait qu'être condamnée par la Cour de justice en cas de mise en œuvre de la procédure de manquement à laquelle, d'ailleurs, la Commission avait envisagé de recourir.

52. Un air de libéralisation. Les mesures prises en France en 1967 ont été atténuées depuis 1984, pour être complètement abrogées et remplacées par le décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger[146]. Ce dernier a réduit considérablement le contenu du contrôle des changes et des investissements directs, afin de mettre la réglementation française en harmonie avec les règles de la Communauté européenne. Mais c'est surtout la loi n° 96-109 du 14 février 1996 relative aux « relations financières avec l'étranger en ce qui concerne les investissements étrangers en France », ainsi que les textes (décret et arrêté du même jour) pris pour son application[147] qui ont fait rentrer la France dans le lot commun et ont mis fin à une certaine exception française. Après cette loi, l'investisseur ne devait plus établir qu'une seule déclaration administrative lors de la réalisation de l'opération. Celle-ci remplace la formalité plus lourde de la déclaration préalable exigée par la réglementation antérieure. La déclaration doit être adressée à l'administration lors de la réalisation de l'investissement, c'est-à-dire à l'occasion de la matérialisation de « l'accord des parties contractantes »[148]. Toutefois, comme par le passé et à titre d'exception, un certain nombre d'opérations d'investissement est dispensé de

[146] V. JO 30 décembre 1989, modifié et complété par les décrets n° 90-58 du 15 janvier 1990 qui a transposé la directive du 24 juin 1988, n° 91- 270 du 13 mars 1991, n° 92-134 du 11 février 1992, n° 94- 658 du 27 juillet 1994, n° 96-117 du 14 février 1996 (JO 15 fév. 1996) et le décret du 7 mars 2003 qui fut abrogé par celui du 30 décembre 2005 ; V. G. DE VRIES, « Investissements étrangers en France : le nouveau régime issu du décret du 30 décembre 2005, *JCP E* 2006, n° 22, p. 1849.

[147] JO 15 février1996r, p. 2385 ; *D.* 1996, Lég. p. 77 ; Décr. n° 96-117 du 14 févr. 1996.

[148] Selon l'article 4 de l'arrêté du 14 février 1996, par matérialisation il faut entendre «notamment »... « la conclusion de l'accord, la publication de l'offre d'achat ou d'échange, ou l'acquisition d'un actif constitutive d'un investissement direct étranger en France ».

toute déclaration administrative. Or, au vu de leur liste[149], il apparaît clairement que les exceptions sont devenues la règle générale : elles recouvrent en effet aussi bien la création d'activités, la prise de contrôle d'une entreprise existante ou son accroissement. Ainsi, l'article 13 du décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 modifié par le décret n° 96-117 du 14 février 1996 dispense de toute déclaration administrative « la création de société, de succursale ou d'entreprise nouvelle ». De même, l'article 6 du décret n° 2003-196 du 7 mars 2003 dispose « Sont dispensées de déclaration administrative les opérations relatives à des (…) subventions ou dotations de succursales ».

53. Le contexte actuel. Le protectionnisme en matière d'investissement relève de l'ordre du passé[150]. En raison de la concurrence qui s'est créée entre pays demandeurs d'investissements, on est entré dans une ère nouvelle durant laquelle il ne s'agit plus de simples atténuations au principe de souveraineté, mais d'un quasi abandon de ce principe afin d'assurer la libre circulation des capitaux propice à renforcer la globalisation économique et le partage de la prospérité. La France, comme les autres nations, cherche à attirer les investisseurs étrangers. Elle se situait, à la fin du précédent millénaire, au quatrième rang mondial en termes de réception des investissements (derrière les Etats-Unis, le Royaume-Uni et la Chine). On estimait à deux millions le nombre d'emplois salariés dans des firmes étrangères[151]. Cependant, et malgré les efforts fournis, le rapport « *Doing Business* » a classé la France en 31^{e} place en 2009 et en 26^{e} place en 2011 pour ce qui est de la facilité d'y faire des affaires, comptabilisée à partir de l'indice synthétique « *Ease of Doing Business* »[152] . Ce rapport a portant été critiqué par certains auteurs[153]. Le constat du rapport semble contradictoire avec la bonne position que la France occupe en matière d'accueil des investissements étrangers. C'est ce qui explique les mesures prises dernièrement par le législateur qui ont été précédemment étudiées, et qui visent

[149] Article 13 du décret du 14 février 1996.
[150] L'article L. 151-1 du Code monétaire et financier dispose désormais : « Les relations financières entre la France et l'étranger sont libres ».
[151] J. BEGUIN et autres, *Droit du commerce international*, op. cit. p. 157.
[152] La Banque Mondiale, Rapport Doing Business, 2009 et 2011 Oxford University Press ou www. Doingbusiness.org.
[153] V. notamment M. HARAVON, « Le rapport Doing Business 2007 de la Banque mondiale : le mirage des classements pour mesurer l'efficacité de la justice civile », *JCP E* 2006, n° 38, p. 2369.

principalement à rendre la France encore plus attractive. Ceci dit, l'ouverture doit s'accompagner d'une régulation seule capable de préserver les secteurs stratégiques.

C. La protection des activités dites sensibles

54. La nécessité d'une autorisation. Depuis l'adoption du décret du 30 décembre 2005[154], le législateur s'est fixé pour objectif la protection des secteurs dits sensibles[155]. L'article L. 151-3 du Code monétaire et financier énonce clairement que l'exigence d'une autorisation préalable permet au ministre de l'Économie de s'opposer aux investissements étrangers dans des entreprises françaises dont l'activité est jugée stratégique. Le décret a profondément modifié le régime des investissements étrangers en France en étendant la liste des secteurs sensibles et en prévoyant que l'autorisation préalable du ministre de l'économie peut être assortie de conditions. Trois régimes cohabitent dans le décret. Si l'investisseur est français, aucune autorisation spécifique n'est à demander ; s'il est originaire de l'Union européenne, une demande d'autorisation est nécessaire en cas de prise de contrôle ou de cession de branche d'activité ; s'il est originaire d'un pays tiers, cette demande est étendue aux prises de participation significatives. Sont, de surcroît, soumis à autorisation du ministre de l'économie, les investissements étrangers en France qui sont réalisés dans une activité qui participe à l'exercice de l'autorité publique, qui sont de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique, aux intérêts de la défense nationale, et qui sont effectués dans les activités liées à la production et à la commercialisation des armes, munitions et explosifs (article L. 151-3 du Code monétaire et financier).

55. La procédure à suivre. Une procédure spéciale d'injonction permet en outre à l'administration d'intervenir pour empêcher la réalisation de l'investissement, voire pour ordonner la remise en état si l'investissement a déjà été réalisé. Le décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005 énumère les activités

[154] JO 31 décembre 2005.

[155] Voir E. CHVIKA, « Aménagement du contrôle des investissements étrangers dans les secteurs stratéques en France », *D.*2006, n°3, pp.218 ; C. CHAMPAUD et D. DANET « Investissements étrangers, procédures d'autorisation, défense des intérêts nationaux », *RDT com*. 2006, pp.409 ; G. DE VRIES, « Investissements étrangers en France : le nouveau régime issu du décret du 30 décembre 2005 », *JCP E.,* n°22, p. 1849.

particulières dans lesquelles l'investissement étranger est soumis à déclaration et à autorisation préalables. A défaut d'une décision administrative dans les deux mois de la date de réception, par le ministre de l'économie, de la demande d'autorisation, celle-ci sera réputée acquise. La décision d'autorisation peut être subordonnée au respect par l'investisseur de certaines conditions[156]. Ces conditions sont fixées dans le respect du principe de proportionnalité. La demande d'autorisation ne peut être rejetée que par décision motivée. Les motifs qui peuvent être invoqués par le ministre de l'économie à l'appui d'une décision de rejet ne sont pas laissés à sa discrétion : la nature en est fixée par l'article R. 153-10 du Code monétaire et financier. Signalons enfin que Le décret n° 2005-1739 fut critiqué par une partie de la doctrine[157]. Il n'infléchit pas fondamentalement la tendance de long terme à la libéralisation des mouvements de capitaux. Nous désapprouvons de telles critiques car le décret ne vise que quelques secteurs qui peuvent présenter des dangers. Un contrôle et un encadrement est dans ce cas nécessaire.

§2 - LA CRÉATION D'UNE SUCCURSALE EST UN INVESTISSEMENT DIRECT ÉTRANGER

56. Le critère de la résidence. Il y a deux catégories d'investissements étrangers, les investissements européens et les investissements non européens. Est qualifié d'investissement étranger européen, *« tout investissement réalisé par une personne physique ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'EEE ayant conclu une convention d'assistance administrative avec la France, par une entreprise dont le siège social se situe dans l'un de ces mêmes Etats ou par une personne physique de nationalité française qui y est résidente* ». D'autre part, est qualifié d'investissement étranger non européen « *tout investissement réalisé par une personne physique qui n'est pas ressortissante d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'EEE ayant conclu une convention d'assistance*

[156] Ces conditions portent principalement sur la préservation par l'investisseur de la pérennité des activités, des capacités industrielles, des capacités de recherche et de développement ou de savoir faire associés, la sécurité d'approvisionnement ou l'exécution des obligations contractuelles de l'entreprise dont le siège social est établi en France. Il s'agit d'un moyen selon G. DRIES (étude précitée) de « protéger l'intérêt national tout en évitant de l'interdire ».
[157] E. CHVIKA, op cit., p. 219.

administrative avec la France, par une entreprise dont le siège social ne se situe pas dans l'un de ces mêmes Etats ou par une personne physique de nationalité française qui n'y est pas résidente »[158].

L'investissement est étranger s'il est réalisé soit par un résident en direction de l'étranger, soit par un étranger en direction du territoire national. Chaque Etat doit donner une définition du concept de résidence. C'est le critère adopté par le droit français des investissements. D'après l'article R.151-1 alinéa. 2 du Code monétaire et financier, « *Sont considérées comme résidents : [...] les personnes morales françaises ou étrangères pour leurs établissements en France*.». Par conséquent, la société étrangère qui a une succursale en France doit être considérée comme résidente. Symétriquement, l'al 3 du même article dispose « *Sont considérés comme non résidents : [...] les personnes morales françaises ou étrangères pour leur établissement à l'étranger* ». Par suite, la succursale à l'étranger d'une société française doit être considérée comme non résidente.

57. Succursale et réglementation actuelle. Le décret du 29 décembre 1989 tel que modifié par le décret n° 90-58 du 15 janvier 1990 fait référence expressément à la notion de succursale et la considère comme un investissement direct étranger[159]. Cependant, aucune disposition actuelle du Code monétaire et financier ne mentionne le terme succursale dans la partie consacrée aux investissements étrangers[160]. L'article R. 151-1 al. 5 a) de ce code dispose « *Sont qualifiées d'investissements directs étrangers en France ou français à l'étranger, la création d'une entreprise nouvelle par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente* ». La succursale n'étant pas une entreprise, cet alinéa ne lui est pas applicable. L'al. 5 b) du même article considère par contre comme investissement direct étranger « *L'acquisition de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger* ».

[158] G. DE VRIES, op. cit., p. 944.
[159] L'article 1 a) dispose « *Il faut entendre par investissement direct : l'achat, la création ou l'extension de fonds de commerce, de succursales ou toute autre entreprise à caractère personnel* ». L'alinéa 5 dispose « *est considéré comme étranger l'établissement (succursale ou filiale) en France d'une société sous contrôle direct ou indi*rect ».
[160] Ni même d'ailleurs d'établissement secondaire comme c'est le cas pour les règles de publicité.

58. Conclusion du Chapitre : la protection. La concurrence étrangère a toujours été une préoccupation des législateurs nationaux. L'économie même du pays se trouve parfois menacée si l'accès au territoire national n'est pas réglementé. L'exigence de déclaration pour les dirigeants étrangers reflète la préoccupation du législateur de limiter l'accès sur son territoire aux personnes en situation régulière, capables de mener à bien la gestion d'une succursale. De même, la réglementation sur les investissements directs étrangers a pour objectif de préserver l'économie nationale. Cependant, l'accès à un marché étranger n'a pas que des côtés négatifs ; l'investissement en général, et par voie de création de succursale en particulier, peut aussi avoir des répercussions favorables. Il peut être à l'origine d'une prospérité nationale (relance de la consommation, création d'emplois, etc). C'est ce qui explique le comportement libéral du législateur qui doit préserver ses sociétés nationales, tout en favorisant l'accès sur son territoire de sociétés étrangères,. L'objectif de libéralisation adopté par le législateur depuis quelques années ne doit cependant pas faire oublier la protection des tiers cocontractants. L'entité étrangère doit être contrôlée au même titre qu'une entité nationale, voire plus. Une société étrangère peut être originaire d'un pays dont la législation est très lointaine de la législation française, voire plus laxiste. Un renforcement du contrôle lors de l'accès à l'activité semble nécessaire. C'est ainsi que dans certains secteurs une société étrangère doit solliciter un agrément ou une licence pour pouvoir exercer sur le territoire français par voie de succursales.

TITRE 2 :

LES CONDITIONS SPÉCIFIQUES D'ACCÉS À CERTAINES ACTIVITÉS : L'AGRÉMENT DES SUCCURSALES

59. La nécessité d'un agrément. En sus des conditions énumérées plus haut, certaines activités supposent encore une autorisation. C'est le cas des opérations de crédit, d'assurance et des services d'investissement. Les sociétés étrangères qui souhaitent exercer ce type d'activité par voie de succursales[161] doivent solliciter un agrément[162]. La banque, l'assurance et les services d'investissement ne sont pas des activités comme les autres. Elles sont fortement réglementées. Le commerce de banque ne saurait être entièrement libre en raison de son objet même. En plus du fait qu'historiquement l'activité de banque est liée aux pouvoirs régaliens de l'Etat, vendre ou acheter de la monnaie ne saurait être assimilé à des transactions analogues sur des marchandises ou des services. La banque est au centre des activités, elle joue un rôle d'intermédiaire entre les agents économiques, industriels ou commerciaux, investisseurs, épargnants et déposants. De là résulte une attention particulière des autorités nationales, qui se traduit par l'exigence d'un agrément pour pouvoir exercer. Selon M. VASSEUR,

[161] Il faut signaler que les établissements financiers trouvent un intérêt à s'implanter à l'étranger par voie de succursales plutôt que par voie de filiales en raison de l'importance des garanties (les ratios prudentiels) qu'ils sont tenus de fournir ; quand ils agissent par succursales, ces garanties sont appréciées au seul niveau du siège social, alors que chaque filiale serait tenue de présenter ses propres garanties. Ainsi s'explique, dans ce secteur particulier, le mouvement de transformation de filiales en succursales, M. COZIAN, « Les fusions internationales : mythe ou réalité ? », *L.P.A* 22 décembre 2000, n°255, p.3.

[162] L'agrément a été défini comme « un acte permissif, une autorisation individuelle destinée à permettre, au moyen d'un contrôle préalable, de lever une interdiction d'exercice », Th. BONNEAU, « Monopole bancaire et monopole des prestataires de services d'investissement », *in* J-P. MATTOUT et H. DE VAUPLANE (sous la direction de), *Droit bancaire et financier*, Mélanges A.E.D.B.F.-France, t.1, Banque éditeur, Paris 1997, p.37 ; L'article 1 pt2 de la directive n°2000/12/CE donne la définition suivante *« Un acte émanant des autorités quelle qu'en soit la forme, d'où découle la faculté d'exercer l'activité d'établissement de crédit* ».

« *La nécessité d'un agrément avant d'exercer l'activité d'établissement de crédit relève aujourd'hui de l'évidence. Les pouvoirs publics ne peuvent laisser entreprendre l'exercice de cette activité par n'importe qui, n'importe comment* »[163]. En matière d'assurance, la nécessité de l'agrément s'explique par la protection de l'assuré face à l'assureur, ceci pour deux raisons : d'une part, la prestation de l'assureur qui est liée à des événements futurs et incertains doit être garantie à l'égard de l'assuré ; d'autre part, celui-ci n'est pas outillé pour apprécier la solvabilité financière de l'assureur. L'assurance, qui est une activité commerciale[164], mais également un service rendu à ceux qui sont en difficulté, a un rôle social à jouer. C'est là pour elle le défi le plus important à relever. Les assurés et les tiers doivent être certains de voir honorées leurs créances en cas de sinistre. L'agrément constitue donc un moyen pour l'Etat de contrôler le sérieux des entreprises voulant accéder à ce type d'activité[165]. S'agissant enfin des services d'investissement, l'intervention sur un marché financier implique la rencontre entre des intervenants professionnels et des clients. Ceci impose l'existence d'une réglementation chargée de veiller à la protection de la clientèle. Cette protection a pour but de « s'assurer de la solvabilité des intervenants professionnels, de leur compétence et des modalités de leur intervention, c'est-à-dire de créer un tissu professionnel de qualité, spécialisé dans les métiers d'intermédiation sur les marchés financiers »[166]. Les activités réglementées sont donc des activités dangereuses car elles mettent en jeu les fonds du public.

En droit américain, les banques ont aussi besoin d'un agrément (*Charter*) pour pouvoir mener leur activité. Avec la dualité du système bancaire américain (*dual banking system*), une banque peut être constituée grâce à un agrément délivré soit par l'autorité bancaire d'un État, pour les banques étatiques (*state*

[163] *Droit et économie bancaires*, 2, Les opérations de banque, les interventions des banques dans les opérations de commerce international, Paris, les cours de droit, 1987.
[164] Assez particulière puisqu'il s'agit d'organiser et vendre la sécurité.
[165] Une tâche qui n'est pas facile : les spécialistes ont observé que les réglementations qui visent à soumettre les banques à des contrôles ont poussé ces dernières à s'internationaliser pour essayer de trouver ailleurs des États où la réglementation est moindre. Ces États cherchent à attirer les banques, ce qui pose des problèmes de sécurité pour l'ensemble du système international. La faiblesse dans le contrôle renforce des risques financiers spécifiques que rencontrent les banques lorsqu'elles exercent des activités internationales.
[166] F. PELTIER, « L'agrément et le contrôle prudentiel », in *La modernisation des activités financières* (ss. direct. Th. BONNEAU), Joly éd. 1996, p. 121, n° 253.

chartered banks), soit par une agence fédérale, l'OCC, pour les banques nationales (*national banks*)[167].

60. Des conditions communes. L'agrément et la licence exigent les mêmes conditions. Certaines sont liées aux dirigeants qui doivent présenter des conditions de moralité. D'autres aux capacités financières des structures étrangères. Nous ne traiterons cependant que les établissements de crédit et les sociétés d'assurances. La licence en matière de transport ou d'activité du voyage ne présente pas de grandes particularités. Les activités financières supposent en revanche une grande attention. D'abord en raison de grand nombre de succursales étrangères de banque et de sociétés d'assurance, en plus en raison d'une caractéristique très importante à savoir leur autonomie. Cela veut dire que les succursales bancaires ou d'assurance, avec quelques différences minimes sont soumises aux mêmes conditions d'agrément qu'un établissement ayant la personnalité morale. L'harmonisation qui a été effectuée dans les années 1990 en matière bancaire, d'assurance et des services d'investissement suppose que nous traitions les succursales des entreprises de pays tiers (Chapitre 1) séparément des entreprises dont le siège ou une filiale se trouve sur le territoire de l'Union Européenne, qui se sont vu attribuer le privilège de l'agrément unique (Chapitre 2).

[167] D. BLACHE, *Le droit bancaire des États-Unis, le modèle pour l'Europe bancaire*, Revue Banque, 2006, p.105.

CHAPITRE 1 :

L'AGRÉMENT ADMINISTRATIF DES SUCCURSALES DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET SOCIÉTÉS D'ASSURANCE DE PAYS TIERS

61. L'agrément : un sésame pour pouvoir exercer. Avant de pouvoir exercer l'activité de banque, d'assurance ou de services d'investissement par voie de succursale, les maisons mères de pays tiers doivent être agréées[168]. Lorsque l'agrément est sollicité par des entreprises dont le siège est situé hors de l'Espace Économique Européen (EEE), il est soumis à un examen approfondi. D'une part aucun Etat n'est tenu de délivrer l'agrément, même si les conditions requises paraissent réunies, sous réserve de l'existence d'accords particuliers de réciprocité. D'autre part, rien n'interdit d'exiger de la part de l'entreprise qui sollicite l'agrément la fourniture d'un cautionnement, et de le refuser si des difficultés sont à prévoir en raison de dispositions législatives, réglementaires ou administratives du pays tiers avec lequel l'entreprise est liée. De même, certaines techniques bancaires particulières sont en train de se développer et demandent une attention particulière des autorités qui accordent l'agrément. La succursale d'une

[168] L'article 511-10 du Code monétaire et financier dispose « *Avant d'exercer leur activité, les établissements de crédit doivent obtenir l'agrément délivré par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement* ». L'art. L.310-2 al. 3 du Code des assurances énonce que « *Sous réserve des dispositions de l'art. 310-10, les opérations d'assurance directe définies à l'art. L.310-1 ne peuvent être pratiquées sur le territoire de la République française que par les entreprises étrangères mentionnées à l'art. L. 310-10-1, à partir de leurs succursales régulièrement établies en France, lorsqu'elles sont agréées conformément aux dispositions de l'article L.321-7*. ».

banque islamique, par exemple, peut elle être agrée en France ?[169] En effet, les institutions financières islamiques exercent une activité de réception de fonds et de prêt en conformité avec les règles du droit coranique. Leur particularité est qu'elles ne perçoivent pas d'intérêts de leurs emprunteurs et n'en versent pas à leurs déposants. La rémunération des capitaux prend la forme d'une participation aux produits des investissements[170]. Sous réserve qu'elles répondent à l'ensemble des conditions posées par la législation française, l'agrément des succursales de banques islamiques semble possible.

62. La quasi-personnalité morale des succursales bancaires et d'assurance. Les autorités exigent des succursales les mêmes conditions que pour les personnes morales. Elles s'assurent que ces succursales remplissent les conditions légales et réglementaires d'accès à la profession et que les personnes chargées de les gérer sont aptes à exercer dans des conditions garantissant la sécurité de la clientèle et des tiers. La création d'une succursale est parfois une obligation : le statut français des établissements de crédit ne permet pas à une banque étrangère relevant d'un État non membre de l'Union européenne ou de l'EEE d'accomplir en France de manière habituelle des opérations considérées par la loi française comme des opérations de banque, sans créer un établissement permanent, c'est-à-dire sans constituer une succursale ou une filiale, ce qui implique l'obtention d'un agrément[171]. Bien qu'une succursale soit dépourvue de personnalité juridique propre, sa création sur le territoire français par un établissement de crédit dont le siège se trouve dans un pays tiers est soumise à des conditions proches de celles applicables à la constitution d'une filiale. Ceci reflète l'autonomie dont dispose les succursales étrangères en matière bancaire et d'assurance.

[169] Début octobre 2009 a été déposée une demande d'agrément pour l'ouverture en France d'une succursale de banque islamique. Agefi, jeudi 15 oct. 2009, cité par F. JULIEN « Financement, garanties et frontières », *RDBF*. Janv. Fév. 2010, p.99.

[170] V. A. BROSSES et G. ABOUALI, « Le développement de la finance islamique en France, ses applications et ses implications sur l'évolution du régime juridique de la fiducie », *Option finance* 2009, n°1015, p.3 ; A. FULCONIS-TIELENS, « Dossier, La finance islamique. L'ouverture européenne »: *Rev. Banque*, n°696, nov. 2007, p.26 ; C. –J. SERHAL, « Une intégration possible dans le système bancaire français », *Banque et droit*, n°106, mars-avril 2006, p.36 ; M. EL KHOURY, « Techniques de financements islamique »: *Banque et droit*, nov. Déc. 2003, p.17 ; P. GRANGEREAU et M. HAROUN, « Banques islamiques : la problématique de la mise en place de cofinancements », *Banque Magazine*, avr. 2004, p.52

[171] J. STOUFFLET, E. BOURETZ et H. SMITH, *J.-Cl. International*, op. cit. n° 10.

63. Une grande autonomie. Une majorité d'auteurs a approuvé l'autonomie accordée aux succursales bancaires. Pour M. VASSEUR, « l*es succursales de banques étrangères seraient plus autonomes que les succursales de n'importe quelle entreprise d'une autre spécialité car elles sont elles mêmes des établissements de crédit* »[172]. Les succursales bancaires ont une spécificité marquée par rapport aux autres succursales, faite d'une ambivalence mélangeant un rattachement national important et des points de contacts avec l'étranger non moins importants[173]. Ceci rejoint l'interprétation donnée par le Pr. GAVALDA de la notion de succursale au sens de la loi bancaire de 1984. D'après lui, « *une succursale d'un établissement de crédit étranger installée en France, bien que n'ayant pas de personnalité juridique, dispose d'une semi indépendance juridique* »[174]. L'autonomie des succursales bancaires n'a pas fait l'unanimité de la doctrine. J.-P. RÉMERY affirmait dans l'un de ses rapports que « *la spécificité des succursales françaises d'établissements de crédit étrangers ne justifie pas l'entorse aux principes qui est suggérée. Les règles invoquées qui ne concernent que l'activité et le contrôle de la profession bancaire, ne paraissent pas conférer à l'établissement français d'une banque étrangère la personnalité morale* »[175]. Cette autonomie statutaire des succursales bancaires suppose la demande d'un agrément pour accéder à ces activités.

64. La demande d'agrément. Si l'établissement de crédit souhaite, par l'intermédiaire de sa succursale, intervenir sur le marché bancaire, il doit demander un agrément administratif[176]. Et s'il souhaite intervenir sur le marché financier, il doit demander, en plus de l'agrément bancaire, un agrément financier. En pratique, les deux types d'agrément sont délivrés par le même organisme : le

[172] Note sous CA Paris 8 juill. 1992, *D*. 1992,. p. 476 ; V. aussi la note du même auteur sous C.A Grenoble 19 déc. 1990, *D.* 1992, S. p. 237.
[173] A. JACQUEMONT, note sous C.A Paris 15 juin 1994, *JDI* 1994, 4, p. 1018.
[174] V. « Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire », *DPCI.* 1985, p. 427.
[175] Rapport sous Cass. com. 14 mai 1996, *RCDIP.* 1996, p. 481.
[176] En matière bancaire, l'agrément est accordé par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissements. Ce dernier fait partie des autorités de tutelle dont dispose le système français qui a adopté depuis la loi bancaire de 1984, modifiée par la loi du 2 juillet 1996 et la loi NRE du 15 mai 2001. V. sur ce point, M.-M. VEVERKA, *J.-Cl. Banque, Crédit, Bourse*, Fasc. 60, Autorité de contrôle des institutions bancaires et financières, - Statut, n° 14.

Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement[177]. Pour les succursales de sociétés d'assurance, l'agrément doit être demandé au Comité des entreprises d'assurance. Enfin, Il faut signaler que le commencement d'une activité de banque, d'assurance ou de services d'investissement sans agrément reste sévèrement puni par la loi[178]. Seront donc traitées dans une première section les conditions que doivent remplir un établissement de crédit, une société d'assurance de pays tiers qui souhaitent s'établir sous forme de succursale sur le territoire français, pour obtenir un agrément ou une licence (Section 1). Ne seront pas traitées les entreprises d'investissement car à la différence d'un établissement de crédit, l'entreprise d'investissement d'un pays tiers qui souhaite disposer d'une présence permanente en France doit constituer une filiale de droit français[179]. Le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ne pourrait, en effet, agréer une succursale d'un pays tiers comme entreprise d'investissement, celle-ci n'ayant pas son siège social et son administration centrale en France. La seconde section sera consacrée, en revanche, à la procédure à suivre pour obtenir un agrément auprès des autorités compétentes (Section 2).

[177] V. Le dossier type d'agrément proposé par la COB, Annexe I à l juillet 'Instruction d'application du règlement 96-02 relatif aux prestataires de service d'investissement.

[178] En cas d'exercice sans agrément, l'entreprise contrevenante s'exposerait aux sanctions pénales prévues pour la violation du monopole bancaire. Cet exercice constitue un délit d'exercice illégal de la profession bancaire. L'article L. 571-3 du Code monétaire et financier déclare passibles d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 euros les personnes qui méconnaissent le monopole bancaire. De même, selon l'article L. 511-8 du Code monétaire et financier, il est interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit d'utiliser une dénomination, une raison sociale, une publicité ou, d'une façon générale des expressions faisant croire qu'elle est agréée en tant qu'établissement de crédit, ou de créer une confusion en cette matière
En revanche, les sanctions civiles ne sont pas prévues par le Code monétaire et financier. Dans un arrêt du 4 mars 2005 l'Assemblée plénière a décidé que « la seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément, au respect de laquelle l'article 15 de la loi n°84-46 du 24 janvier 1984, devenu les articles L 511-10, L 511-14 et L 612-2 du Code monétaire et financier, subordonne l'exercice de son activité, n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus » Ass. Plén., 4 mars 2005, *Bull. civ*. II, p.3 ; JCP E. 2005, 690, note Th.Bonneau, *JCP G. 2005,* 10062, concl. R. De Gouttes; *D.* 2005, act. Jsp. 836, obs. X. Delpech; *RTD com*., 2005, p.400, obs. D. Legeais; *RDBF,* n°4, juillet-août 2005, p.118, obs. F. -J Crédot et Y. Gérard; *D.*2006, pan.155 et 158, obs. H. Synvet; J. STOUFFLET « Le défaut d'agrément bancaire n'entraîne pas la nullité des contrats conclus », *RDBF*., n°3, mai-juin 2005, p.48.

[179] L'article 13 de la loi de modernisation des activités financières. Le décret n° 96-880 du 8 octobre 1996. L'article L. 532-3 du Code monétaire et financier.

SECTION 1 :

LES CONDITIONS D'AGRÉMENT

65. Le contrôle *a priori* des autorités compétentes. Avant d'accorder l'agrément ou la licence à la succursale d'une entreprise de banque, d'assurance relevant d'un pays tiers, les autorités compétentes s'assurent que celle-ci est bien habilitée à pratiquer ces opérations en vertu de la législation nationale dont elle dépend. En matière bancaire, le risque est grand : l'argent reste le nerf de l'économie. En cas de dysfonctionnement, les victimes souffrent de dommages collatéraux. Ces dommages peuvent être réduits à deux risques : le risque systémique et le risque d'inefficacité. Le risque systémique est celui d'une défaillance d'établissements de crédit ou même d'assurance qui entraine la chute d'une économie nationale, régionale ou mondiale[180] ; le risque d'inefficacité est celui d'un accès coûteux et/ou insuffisant au financement nécessaire économiquement (investissement des entreprises et innovation) et socialement (consommation). Ces deux risques se recoupent sans s'identifier parfaitement[181]. Pour éviter cela, l'autorité compétente, avant d'agréer la succursale, procède à un contrôle *a priori* auquel va succéder un contrôle *a posteriori* (lors du commencement de l'activité de la succursale). Le contrôle *a priori* va permettre à l'Etat d'accueil de limiter l'accès à certaines activités, sauf aux succursales de sociétés dignes de confiance, dont les gérants sont capables de gérer en bons pères de famille les fonds recueillis du public. Les sociétés qui souhaitent accéder au marché français de banque, d'assurance, de services d'investissement doivent d'abord remplir des conditions d'organisation et de gestion, telles que l'adéquation de la forme juridique à l'activité envisagée ou la conformité de l'activité à l'objet de l'agrément (§1), ensuite la succursale doit répondre à des conditions de solvabilité (§2), enfin les gérants doivent présenter un certain degré de professionnalisme et d'honorabilité (§3).

[180] La crise actuelle en est un exemple. Les autorités se rendent compte de l'extrême vigilance qui doit entourer le commerce de l'argent. Un certain nombre de mesures sont en train d'être prises dans l'ensemble des Etats du monde, la crise étant universelle. V. notamment F. PÉLTIER, *J.-Cl. Banque, Crédit, Bourse*, Fasc. 50, Structures, Réglementation et contrôle public des professions bancaires, Structures et conditions d'accès, n°1.

[181] A. RAYNOUARD, *Rép. Communautaire Dalloz,* V° Banque, n° 1.

§1 - LES CONDITIONS LIÉES À L'ORGANISATION ET À LA GESTION

66. L'adéquation de la forme juridique à l'activité de l'établissement de crédit ou de la société d'assurance. Avant d'octroyer l'agrément, les autorités prennent en compte le programme d'activités de l'entreprise concernée. Celui-ci doit comporter pour la société d'assurance, outre l'indication des risques que l'entreprise se propose de garantir et celle de ses principes directeurs en matière de réassurance, les éléments constituant son fonds minimal de garantie[182]. Il s'agit là d'une exigence dont le niveau varie selon les branches d'assurance pour lesquelles l'agrément est sollicité et qui comporte, en toute hypothèse, des minima fixés en chiffres absolus. De même, doivent être fournies les prévisions relatives aux frais d'installation des services administratifs, les moyens techniques et financiers que la société prévoit de mettre en œuvre ainsi que la qualité des apporteurs de capitaux et, le cas échéant, de leurs garants.

67. La conformité de l'activité envisagée avec l'objet de l'agrément demandé. La succursale doit avoir mis au point un programme d'activités comparable à celui qui est exigé des entreprises communautaires. Il est interdit à une succursale de laisser entendre qu'elle appartient à une catégorie autre que celle au titre de laquelle elle a obtenu son agrément ou de créer une confusion sur ce point[183]. Ainsi, lors de l'examen de la demande, l'autorité s'assure de la nécessité de l'agrément et de la conformité des activités envisagées par le candidat à l'objet de l'agrément demandé[184]. L'autorité compétente apprécie également l'aptitude de l'entreprise requérante à réaliser ses objectifs de développement dans les conditions compatibles avec le bon fonctionnement du secteur bancaire ou d'assurance et qui assurent à la clientèle une sécurité satisfaisante.

[182] C.-J. BERR, *J. -Cl. Civil Annexes*, Fasc. 150, Assurances terrestres, droit européen des assurances- cadres généraux ; Même auteur, « Droit européen des assurances », *RTD eur*.1995, p. 561.

[183] Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op. cit. n° 191.

[184] Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Monchrestien, 8e éd. 2009, p.131, v. aussi C.-J. MOREIRO GONZALEZ, « La codification de la réglementation communautaire relative à l'activité des établissements de crédit et son exercice », *RTD com*. 2001, p. 529.

§ 2 - LES CONDITIONS DE SOLVABILITÉ

68. La solvabilité, gage de fiabilité. Une capacité financière est exigée aussi bien pour l'activité bancaire que d'assurance. Dans un contexte général de liberté du commerce, subordonner l'exercice d'une activité à des conditions financières s'explique par l'objectif de sécurité qui est poursuivi par la loi. Il s'agit d'éviter l'amateurisme, et de ne laisser accéder à certaines activités que des entrepreneurs sérieux, capables de rassembler des fonds. La capacité financière permet de garantir la viabilité de l'entreprise, afin qu'un prestataire aux abois ne soit pas tenté de faire prendre des risques à sa clientèle. L'obligation de solvabilité est prévue aussi par le droit américain. Avant d'autoriser une nouvelle succursale d'Etat l'*Office of the Comptroller of the Currency* (*OCC*) prend en considération les ressources financières et managériales et les perspectives d'activité de la banque mère et de la succursale. Il en est de même pour les autorisations de succursales fédérales, le *Federal Reserve Board* doit aussi évaluer les facteurs financiers et managériaux[185].

69. Une dotation en capital : preuve de l'autonomie de la succursale bancaire. Dans le secteur bancaire, la succursale, bien que non pourvue de la personnalité juridique, est considérée comme une entité autonome pour l'application de la règle du capital minimum. Une dotation en capital employée en France doit être faite à la succursale, d'un montant minimum égal à celui du capital minimum exigé des établissements de crédit de droit français[186]. L'article 16 al.3 de la loi bancaire qui imposait cette dotation a été abrogé par une loi du 26 juillet 1991 (art.2) mais l'exigence a été reprise à l'article 6 du règlement CRB n°92-14 du 23 décembre 1992[187]. Dans le rapport DOUYÈRE devant l'Assemblée nationale, on pouvait lire « *tandis que les activités financières évoluent et qu'apparaissent de nouvelles sortes de risques, il est aujourd'hui particulièrement nécessaire que les banques disposent d'un capital suffisant pour faire face aux pertes qu'elles pourraient subir. Dans la plupart des pays, les ratios de capital*

[185] D. BLACHE, op. cit. p.157
[186] le CECEI tient compte non seulement des ressources propres de la succursale, mais de celles de la banque dont elle dépend. V. J. STOUFFLET, E. BOURETZ et H. SMITH, *J.-Cl. Banque, Crédit, Bourse*, Fasc.120, Banque et opérations de banque, n° 34.
[187] Rapp. CECEI 2000, § 9.2.1.1 – Art. L. 511-11 du Code monétaire et financier.

des banques ont fléchi régulièrement et l'objectif de renforcement de capital apparaît essentiel ; il devrait retenir l'attention des autorités de surveillance de la plupart des pays développés »[188]. La situation des banques exerçant en France est la même concernant la dotation nécessaire en capital. La législation bancaire a vocation à s'appliquer uniformément sur le territoire français, indépendamment de toute considération de nationalité[189]. En effet, la condition pour que l'article 6 s'applique à l'établissement de crédit est relative à l'implantation sur le sol français. Cette implantation peut prendre la forme d'une succursale. Le texte s'applique bel et bien territorialement. L'intention du législateur était bien celle-là, car lors de la discussion de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan, la volonté de ne pas désavantager les banques françaises par rapport aux établissements de crédit étrangers avait été formulée[190]. Le législateur voulait donc éviter toute distorsion entre établissements de crédit ayant une implantation en France sous forme de siège et les autres ne disposant que de succursales. Il faut signaler enfin que la règle imposant aux succursales de banques d'avoir une dotation en capital est à considérer comme une simple règle de gestion financière et non comme une garantie juridique pour les créanciers qui ont traité avec la succursale. Ces créanciers n'ont pas de privilège sur la dotation en capital de la succursale par rapport aux autres créanciers de l'établissement de crédit[191].

70. Les succursales étrangères en droit belge : une similitude. En droit belge, il est prévu que les succursales sont soumises, dans les limites fixées par la Commission bancaire et financière sur avis de la Banque nationale de Belgique, aux obligations et interdictions imposées aux établissements de crédit de droit belge en matière de liquidité[192]. Elles sont soumises aux dispositions législatives et réglementaires en matière de politique monétaire interne et applicables aux établissements de crédit de droit belge, sans préjudice du droit des

[188] Rapport n°1846 dit Rapport DOUYÈRE, *J.O.A.N* (1983-1984), p.8.
[189] Les succursales d'établissements de crédit agréés dans un Etat membre de l'EEE sont dispensées de la dotation propre en capital, sauf si elles sont installées dans les territoires d'Outre-mer, la collectivité territoriale de Mayotte ou la principauté de Monaco.
[190] Ibidem, p.64.
[191] J. STOUFFLET, E. BOURETZ et H. SMITH, Banque et opérations de banque, op. cit. n° 34.
[192] Art.68 du Chap. II de la loi belge du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit.

autorités qui arrêtent ou appliquent ces dispositions de prévoir des exigences spéciales adaptées à la nature de ces succursales[193].

§3 - LES CONDITIONS D'EXPÉRIENCE ET D'HONORABILITÉ DES GÉRANTS

71. La règle des quatre yeux: Les établissements de crédit dont le siège social est à l'étranger désignent deux personnes au moins auxquelles ils confient la détermination effective de l'activité de la succursale en France[194]. Cette obligation répond à deux préoccupations : « *aucun dirigeant ne saurait avoir de domaine réservé* » et « *l'absence ou l'empêchement momentané d'un dirigeant ne doivent pas mettre en péril la nécessaire continuité de direction d'un établissement de crédit en empêchant que soient prises les décisions que les circonstances exigent ou en privant les autorités bancaires d'un interlocuteur responsable en mesure de répondre à toute demande d'information*. »[195]. Cette condition constitue aussi une preuve de l'autonomie des succursales bancaires car elle ne fait aucune distinction selon qu'il s'agit de la personne morale ou de la succursale. Les deux sont obligées de remplir une telle condition pour pouvoir bénéficier de l'agrément.

72. La compétence et l'expérience des gérants. Le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) peut, ainsi, refuser l'agrément si les personnes gérantes de la succursale ne possèdent pas l'honorabilité et la compétence nécessaires, ainsi que l'expérience adéquate à leurs fonctions. Il en est de même pour le Comité des entreprises d'assurance[196]. La politique préventive de ces deux organes dans l'octroi des agréments permet d'éviter des dépôts de bilan des établissements de crédit et des entreprises d'assurance et d'écarter les dirigeants de banque malheureux ou trop maladroits[197]. L'expérience doit être adaptée au statut de l'établissement et à la

[193] Art. 69 de la loi belge précitée.
[194] Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, op. cit. n° 67 ; Ph. NEAU-LEDUC, *Droit bancaire*, op. cit. n° 65.
[195] CECEI, Rapport pour 2005, p.96.
[196] Article 322-2 du Code des assurances.
[197] Rapport DOUYÈRE préc. p.10. V. notamment, T. SAMIN, « Les dirigeants responsables au sens de l'article 17 de la loi du 24 janvier 1984 », *Banque et droit*, n° 70, mars-avril 2000, n° 22 ; J.-F. DE CAFFARELLI, « Éléments d'analyse relatifs à la désignation et aux pouvoirs des

nature et au volume de ses activités. De cette condition est distinguée celle de la compétence, alors même qu'elle s'en distingue mal, la compétence pouvant être acquise par l'expérience.

73. L'honorabilité des gérants. Cette condition a pour but de garantir que la responsabilité de l'activité de banque ou d'assurance a été confiée à une personne jouissant de la moralité et de l'intégrité nécessaires. Cette condition impose que les dirigeants n'aient pas fait l'objet de diverses condamnations prévues par l'article L. 500-1 du Code monétaire et financier. Ainsi, par exemple, sont exclues du cercle des dirigeants les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation pour crime ou ont été condamnées à une peine d'emprisonnement ferme pour blanchiment. La méconnaissance de l'interdiction de l'article L. 500-1 fait encourir des sanctions pénales à leur auteur.

L'article 13 de la loi bancaire du 24 janvier 1984 prévoit que « *tous ceux qui directement ou par personne interposée, administrent, dirigent ou gèrent à un titre quelconque un établissement de crédit ou qui disposent du pouvoir de signer pour cet établissement ne doivent pas avoir été condamnés pour certaines infractions, ne pas avoir fait l'objet d'une destitution des fonctions d'officier ministériel et ne pas avoir subi une mesure de faillite personnelle* ».

dirigeants responsables au sens du Code monétaire et financiers », *Bull. officiel de la Banque de France,* n° 97, janv. 2002, p. 1.

SECTION 2 :

LA PROCÉDURE DE DÉLIVRANCE ET LA PORTÉE DE L'AGRÉMENT

74. Le contrôle de l'implantation. Les succursales bancaires et d'assurance, sont considérées comme des quasi-personnes morales. Leur implantation exige un agrément au même titre qu'un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance. L'octroi des agréments se fait à l'issue d'une procédure qui commence par une demande faite auprès des autorités compétentes[198]. Ces dernières procèdent après réception du dossier aux instructions nécessaires afin que ne soient agréées que les parties méritantes. Le dossier déposé pour une demande d'agrément pour une succursale fera l'objet de la même instruction que celle qui porte sur les demandes d'agrément pour des établissements de crédit et des sociétés d'assurance personnes morales. L'instruction aboutira soit à un octroi soit à un refus de l'agrément (§1). Si l'agrément est accordé, il reste limité territorialement. De même, la succursale doit limiter ses activités à celles pour lesquelles elle a reçu l'agrément (§2).

§1 - LA PROCÉDURE DE DÉLIVRANCE DE L'AGRÉMENT

75. Une procédure longue pour les succursales étrangères de pays tiers. Dans tous les pays existent des autorités chargées d'octroyer l'agrément aux établissements de crédit et de sociétés d'assurance souhaitant s'établir sur leur territoire. Dans l'Espace économique européen, les succursales d'établissements de crédit et de sociétés d'assurance des pays tiers ne bénéficient pas du privilège de l'agrément unique. Chaque nouvelle implantation suppose une procédure d'agrément qui se révèle parfois assez longue et couteuse. En France, c'est le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et le Comité des entreprises d'assurance qui sont habilités à délivrer l'agrément **(A)**.

[198] Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op. cit. n° 196 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, op. cit. n° 70.

Ces autorités s'assurent de la fiabilité et de la solvabilité des entreprises concernées avant de délivrer l'agrément ou le refuser (B).

A. Les autorités habilitées à recevoir les dossiers de demande d'agrément.

76. Les deux comités chargés d'octroyer les agréments. Le Comité des entreprises d'assurance est un organisme créé par la loi n° 2003-706 du 1er août 2003, dont le président est nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie et qui comprend notamment un conseiller d'Etat, un membre de la Cour de cassation et deux représentants des entreprises d'assurance. Il est chargé d'accorder l'agrément d'assurance. Il gère « l'état civil du secteur des assurances »[199] Le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement[200], quant à lui, a été désigné par la loi bancaire de 1984 pour se prononcer sur les demandes d'agrément présentées par les établissements de crédit, dont il tient une liste à jour. La loi de modernisation des activités financières a donné également compétence au Comité pour délivrer l'agrément autorisant la fourniture par un établissement de crédit d'un ou plusieurs services d'investissement[201]. Bien qu'il s'agisse juridiquement de deux agréments distincts, en pratique, les procédures se dérouleront de manière parallèle. Il faut signaler cependant que le rapport DELETRÉ remis le 19 janvier 2009[202] à la Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi préconise une suppression du Comité des établissements de crédit et entreprises d'investissement. D'après D. LACOUE-LABARTHE « *Au niveau des établissements, le CECEI avait compétence pour délivrer les agréments des établissements de crédit et des prestataires de services financiers. Il était aussi investi d'une mission partagée de superviseur général chargé de veiller au bon fonctionnement du système bancaire, c'est-à-dire de contribuer activement au maintien de la stabilité financière. Mais l'instrument dont il était doté, la délivrance des agréments, était insuffisant. D'autant que le*

[199] Rapport B. DELETRÉ, Janvier 2009, http://www.minefe.gouv.fr/depose/090119-rapdeletre.pdf.
[200] V. notamment, Ph. NEAU-LEDUC, *Droit bancaire*, op. cit. n° 132 et s.
[201] Ladite loi a modifié la dénomination du comité (qui s'appelait Comité des établissements de crédit) et sa composition, à l'occasion des nouvelles fonctions qui lui ont été dévolues. Il est devenu Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.
[202] Rapp. de la mission de conseil sur le contrôle du respect des obligations professionnelles à l'égard de la clientèle dans le secteur financier établi par B. Deletré, J. Azoulay et P. Dugos.

CECEI était privé de l'autorité que confère le pouvoir de retrait des agréments. Pourquoi cette asymétrie ? Comment des questions aussi importantes que la supervision bancaire et le maintien de la stabilité financière pouvaient-elles être confiées à une instance aussi démunie de moyens et de notoriété que le CECEI ? »[203]. Le rapport propose que les agréments soient accordés par les autorités de contrôle. La France fait encore partie des rares pays[204] faisant la distinction entre autorités de contrôle et autorités d'agrément. L'agrément est accordé par les secondes sur instruction des premières. Dans la plupart des autres pays les agréments sont accordés par les autorités de contrôle. Le rapport DELETRÉ propose donc d'aligner la France sur ces pays. Nous ne pouvons qu'encourager une telle initiative, ne serait ce que pour les gains de productivité que va dégager la simplification de l'organisation.

B. La demande de l'agrément initial

Pour pouvoir accéder au marché bancaire et de l'assurance, la maison mère, qui souhaite implanter une succursale doit faire la demande d'un agrément. Après vérification par les autorités compétentes, l'agrément est accordé ou refusé.

1. L'octroi de l'agrément

77. L'agrément général bancaire ou d'assurance. Des circulaires du Comité d'établissement de crédit et des entreprises d'assurance, publiées dans ses rapports annuels, détaillent les démarches à suivre par les requérants. Les dossiers de demande d'agrément doivent être adressés à la direction des établissements de crédit de la Banque de France qui en assure l'instruction pour le compte du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement[205]. Le Comité statue dans un délai de douze mois à compter de la réception de la demande *(*Loi bancaire de 1984*,* article. 15, alinéa 5, actuel article L. 511-14 du Code monétaire et financier*)*. Pendant ce délai, il doit vérifier si les conditions précédemment examinées sont remplies : cette vérification donne un assez large pouvoir au Comité. Certaines conditions présentent un caractère objectif. C'est le cas du défaut d'honorabilité des dirigeants. Mais d'autres sont plus subjectives. Il en est

[203] D. LACOUE-LABARTHE, « Une rénovation attendue du contrôle prudentiel », *Rev. Banque*, n°710, février 2009, p.36.
[204] Notamment l'Espagne avec cette différence que l'agrément est délivré par le Ministre lui-même et non par une autorité administrative distincte.
[205] V. le site http://www.banque-france.fr/cecei/fr

ainsi lorsque le Comité doit apprécier l'aptitude de l'entreprise requérante à réaliser ses objectifs de développement dans des conditions compatibles avec le bon fonctionnement du système bancaire et qui assurent à la clientèle une sécurité suffisante.

En matière d'assurance, le Comité dispose de six mois pour se prononcer à compter de la date de réception du dossier complet. En l'absence de réponse au terme de ce délai, l'agrément est considéré comme refusé. Si le Comité décide de refuser l'agrément avant la fin du délai de six mois, l'entreprise doit être préalablement mise en demeure de présenter ses observations dans un délai de quinze jours.

78. Les succursales bancaires prestataires de services d'investissement. Les règles applicables sont prévues par l'article 13 de la loi de modernisation des activités financières et le décret n°96-880 du 8 octobre 1996, qui a précisé les modalités d'intervention des autorités chargées d'approuver les programmes d'activité en matière de prestations de services d'investissement. C'est afin de bien marquer l'autonomie des métiers de titres qu'un agrément financier est exigé pour les activités constitutives d'un service d'investissement. L'article L. 532-3 du Code monétaire et financier pose les conditions propres à cet agrément : Selon ce texte, « *pour délivrer l'agrément autorisant la fourniture d'un ou plusieurs services d'investissement à un établissement de crédit, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement vérifie, outre les conditions posées à l'article L. 511-10, si celui-ci dispose : 1° d'un capital initial suffisant déterminé par arrêté ministériel, compte tenu de la nature du service qu'il entend fournir ; 2° d'un programme d'activité pour chacun des services qu'il entend fournir qui précise les conditions dans lesquelles il envisage de fournir des services d'investissement concernés et indique le type d'opérations envisagées et la structure de son organisation. L'établissement de crédit doit en outre avoir adhéré à un mécanisme de garanties de titres géré par le Fonds de garantie des dépôts conformément aux articles L. 322-1 et L. 322-4 du Code monétaire et financier* ». Un dossier-type[206] de demande d'agrément a été élaboré

[206] Ce dossier type contient les renseignements nécessaires à l'agrément en qualité d'établissement de crédit, ce qui paraît montrer l'intention des autorités de traiter en parallèle les deux procédures d'agrément, bien qu'elles soient juridiquement distinctes.

conjointement avec le Conseil des marchés financiers (CMF) et la Commission des opérations de bourse (COB), qui sont les autorités chargées d'approuver le programme d'activité en matière de services d'investissement[207]. Le Comité reçoit le dossier-type et transmet la partie qui les concerne aux autorités chargées de l'approbation du programme d'activité.

2. Le refus de l'agrément

79. Des cas de refus bien définis. Les vérifications précédentes peuvent conduire le CECEI à délivrer l'agrément comme à le refuser[208] : le Comité peut notamment refuser l'agrément lorsque « *l'exercice de la mission de surveillance de l'entreprise requérante est susceptible d'être entravé, soit par l'existence de liens de capital ou de contrôles directs ou indirects, soit par l'existence de dispositions législatives ou réglementaires d'un État qui n'est pas partie à l'accord sur l'Espace économique européen et dont relèvent une ou plusieurs de ces personnes* »[209]. Le Comité peut aussi refuser l'agrément si les personnes mentionnées à l'article L. 511-13 ne possèdent pas l'honorabilité et la compétence nécessaires ainsi que l'expérience adéquate à leur fonction. Il faut signaler enfin qu'un arrêt du Conseil d'Etat a décidé que « le CECEI est tenu de refuser l'agrément à une entreprise dont le programme d'activité n'a pas été approuvé par le Conseil des marchés financiers »[210], une solution qui est transposable à l'Autorité des marchés financiers.

La décision de refus du Comité, qui doit être notifiée au demandeur, est un acte administratif susceptible d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Il en est de même lorsqu'il décide de limiter « l'agrément qu'il délivre à l'exercice de certaines opérations définies par l'objet social du demandeur» : cette limitation équivaut en effet à un refus partiel d'agrément.

[207] V. l'Avis publié au Journal officiel du 3 décembre 1996. Il faut signaler que le Conseil des marchés financiers (CMF) et la Commission des opérations de bourse (COB) ont fusionné depuis 2003 et ont donné naissance à une seule autorité appelée désormais l'Autorité des marchés financiers (AMF).
[208] Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op. cit. n° 197.
[209] Article L. 511-14 du Code monétaire et financier.
[210] CE 28 juillet 2000, 6°b et 4° sous-sect., n°21798, Jessua, *JCP* G. 2000, pan. p.1449 ; *Bull. Joly bourse*, janv.- fév. 2001§ 6, p. 52, note Delville ; *RJDA* 3/01, n°330, p.298.

§2 - LA PORTÉE DE L'AGRÉMENT ET SON CHAMP D'APPLICATION

80. La territorialité de l'agrément. L'agrément accordé pour l'implantation d'une succursale bancaire et d'assurance est territorial. Il ne couvre que le territoire dans lequel il a été demandé. Pour chaque nouvelle implantation sur un territoire étranger, il faut un autre agrément. Le principe de territorialité n'a pas toujours été aussi clair, les parlementaires, lors de l'adoption du projet de réforme de la loi bancaire, n'ont pas intégré la dimension internationale qu'allait prendre l'activité bancaire. Le projet de réforme de la loi bancaire visait au premier chef les banques nationales. Doit-on déduire de l'emploi des termes « banques nationales » l'impossibilité d'appliquer ce texte aux banques étrangères exerçant sur le territoire français ? Le texte de la réforme laisse le lecteur sur sa faim, surtout que la directive de coordination bancaire n'était pas encore adoptée[211]. Cette attitude reflète, d'une manière générale, la non-intégration par le législateur français de la portée internationale des textes qu'il élabore. Pourtant, en matière bancaire, et à l'époque de la réforme de la loi bancaire de 1984, une tendance à l'internationalisation avait été perçue, il eût donc été judicieux d'en discuter en Assemblée.

81. La spécialité de l'agrément[212]. L'agrément administratif bancaire accordé pour la création d'une succursale est spécial : en effet, il est donné au titre de l'une des cinq catégories prévues par l'article L. 511-9 du Code monétaire et financier à savoir en qualité de banque, de banque mutualiste ou coopérative, de caisse de crédit municipal, de société financière ou d'institution financière spécialisée. L'agrément doit avoir un contenu effectif et donc correspondre aux activités qui vont être réellement effectuées par la succursale de l'établissement de crédit. Cet agrément n'est cependant pas immuable : la succursale agréé, au titre d'une catégorie peut, le cas échéant, demander à changer de catégorie.

De même, en matière d'assurance la succursale doit limiter son objet social à l'activité d'assurance à l'exclusion de toute activité commerciale. L'article R. 321-1 du Code des assurances décompose en 26 branches et leurs sous-divisions,

[211] P. COUDERT, Thèse préc. p. 47.
[212] S. PIEDELIÈVRE, *Droit bancaire*, P.U.F, 2003, n°82 ; GAVALDA et STOUFFLET, *Droit bancaire*, op. cit. n°84 ; Ph. NEAU-LEDUC, *Droit bancaire*, op. cit, n°70. ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op. cit., n°122.

les différentes branches d'assurance. La succursale doit donc mentionner les branches pour lesquelles elle sollicite un agrément. Elle peut solliciter un agrément pour une sous branche seulement (art. R. 321-4)[213]. En matière de réassurance, les succursales d'entreprises étrangères établies sur le territoire français ne peuvent pratiquer des opérations de réassurance soumises au contrôle de l'État qu'après avoir obtenu un agrément administratif délivré conformément aux dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'art. L. 321-1 et un agrément spécial portant acceptation de mandataire général, cet agrément étant délivré par le Comité des entreprises d'assurance. Ces entreprises peuvent être astreintes à constituer un cautionnement ou d'autres garanties si leur pays a pris ou prenait des mesures analogues à l'égard d'entreprises françaises.

Le Comité peut assortir l'agrément délivré de conditions particulières visant à préserver l'équilibre de la structure financière de l'établissement et le bon fonctionnement du système bancaire « en tenant compte, le cas échéant, des objectifs de la surveillance complémentaire prévue par le chapitre VII du titre 1er du livre V du présent code ». Il peut aussi subordonner l'octroi de l'agrément au respect d'engagements souscrits par l'établissement requérant ».

82. Conclusion du Chapitre : autonomie. L'étude des conditions de délivrance de l'agrément aux succursales bancaires et d'assurance nous a permis de mesurer l'autonomie dont disposent ces entités sans personnalité morale dans ces secteurs d'activités. Tout au long de nos développements nous nous sommes rendu compte que le législateur ne fait pas de distinction entre les succursales et les établissements de crédit disposant de personnalité morale. Ceci reflète la particularité des secteurs comme la banque et l'assurance qui doivent être sous la surveillance entière du pays d'accueil. La succursale d'un pays tiers sera traitée de la même manière qu'une filiale à l'étape d'accès aux activités. En remplissant les mêmes conditions qu'une personne morale, la succursale bancaire ou d'assurance semble acquérir une quasi-personnalité morale. Au sein de l'Union européenne, et comme nous le signalons à chaque fois[214], les préoccupations ne sont pas les

[213] G. DURRY, Les grandes catégories d'assurances, in *Encyclopédie de l'assurance*, Economica 1997, p.71 ; D. KRAJESK, *Droit des assurances*, Montchrestien, 2004, p.15.

[214] Une distinction est toujours à faire entre sociétés communautaires et sociétés de pays tiers. Nous avons constaté que les préoccupations ne sont pas les mêmes. Au sein de la Communauté, la préoccupation première est de créer un marché unique. Une série d'harmonisation a débuté depuis

mêmes. Le droit européen favorise plutôt la liberté de circulation et d'établissement, ce qui a poussé les Etats membres à envisager une harmonisation des agréments accordés à une société appartenant à l'Union européenne. Une société ayant été agréée par un Etat membre va pouvoir créer des succursales dans l'ensemble des autres Etats sans devoir solliciter un nouvel agrément.

les années 1990. En revanche, par rapport aux pays tiers, en dehors d'accords et de conventions, c'est plutôt la méfiance qui règne.

CHAPITRE 2 :

L'AGRÉMENT UNIQUE BÉNÉFICIANT AUX SUCCURSALES EUROPÉENNES

83. L'agrément unique : une révolution en matière bancaire, d'assurance et des services d'investissement. L'agrément unique, licence unique ou passeport européen a été adopté dans les années 1990. Il s'agit d'une licence permettant aux établissements de crédit, sociétés d'assurances et prestataires de services d'investissement d'exercer dans l'ensemble du territoire communautaire par voie de succursales ou en prestation de services sans avoir à solliciter de nouvel agrément[215]. L'adoption d'un agrément unique était nécessaire car la construction d'un espace financier européen supposait que les intermédiaires professionnels puissent proposer leurs services à l'ensemble de la clientèle communautaire. L'harmonisation des conditions d'agrément explique ce « feu vert »sur tout le territoire de l'UE et de l'EEE. L'établissement agréé peut ouvrir filiale, succursale ou bureau de représentation, ainsi qu'offrir toute la gamme des prestations de services sur l'ensemble du territoire communautaire. La fourniture de services financiers devait être généralisée au niveau européen. La clientèle communautaire devient de plus en plus importante en raison de l'élargissement européen depuis quelques années. La tentation est plus grande pour les professionnels d'attirer le plus grand nombre de clients. Pour permettre d'atteindre un tel objectif, il fallait supprimer les entraves à la fourniture de services dans la Communauté européenne. L'harmonisation des conditions d'octroi des agréments faisait partie de ce projet. Un agrément octroyé par un Etat membre devait être automatiquement reconnu par les autres Etats membres (Section 1). La première activité qui a connu l'harmonisation des conditions de l'agrément était l'activité bancaire. Cette dernière étant le pilier essentiel de

[215] V. notamment, Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op. cit. n° 202, Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit. n° 77 ; P. CLAROTI, « Un pas décisif vers le marché commun des banques », *RMCUE* 1989, n° 330, p. 453 ; J.-P. DESCHANEL et E. FERNANDEZ-BOLLO, « L'adaptation du droit bancaire français au marché unique européen », *D.* 1993, chron. p. 125.

l'économie des Etats. Les services d'investissement devaient recevoir le même sort après, en raison les liens étroits entre les deux activités et qui sont quelquefois exercées par le même établissement (Section 2). Enfin, le secteur des assurances a lui aussi été harmonisé. Certes le processus d'adoption de l'agrément unique était plus long que celui du domaine bancaire mais le résultat final était le même **(**Section 3).

SECTION 1 :
LE MÉCANISME DE L'AGRÉMENT UNIQUE

84. L'agrément unique : un privilège. Les établissements de crédit, les sociétés d'assurance et les prestataires de services d'investissements appartenant à l'Union européenne sont depuis l'adoption de l'agrément unique privilégiées. Ils n'ont plus à solliciter qu'un seul agrément pour l'ensemble des activités déployées sur le territoire communautaire par voie de succursales. L'adoption de l'agrément unique n'a pas été facile, un long processus fut suivi par la Commission des Communautés européenne avant d'arriver au résultat final (§1). Désormais, un agrément accordé à un établissement de crédit, une société d'assurance, ou un prestataire de services d'investissement pour créer des succursales est reconnu par l'ensemble des autres États membres (§2) à condition que le rattachement à l'Union européenne soit sincère (§3).

§1 - LE PROCESSUS D'ADOPTION DE L'AGRÉMENT UNIQUE

85. Un début difficile mais réussi. La discussion sur une directive permettant une reconnaissance mutuelle des agréments bancaires d'abord, et d'assurance ensuite, a commencé à l'époque où la CJCE permettait aux États membres d'appliquer dans des domaines non harmonisées, leur propre législation à l'établissement sur leur territoire d'une succursale d'une entreprise ayant son siège dans un autre Etat membre, sous la seule réserve que cette application devait être non-discriminatoire[216]. Mais la Commission des communautés européennes avait programmé depuis longtemps, et surtout depuis son « Livre blanc » de 1985 (§ 101 à 107)[217], la création d'un espace financier européen, à l'intérieur duquel les entreprises sont appelées à jouir effectivement des libertés d'établissement et de prestation de services qui leur sont reconnues par le traité de Rome. Ces libertés se sont heurtées à des difficultés au sein de ces professions étroitement réglementées. D'une part, les articles 43 (devenu 49 TFUE) et 48 (devenu 47

[216] CJCE 12 février 1987, Commission c./ Belgique, aff. 221/85, *Rec*. 719.
[217] V. notamment D. CARREAU, *J.-Cl. Europe*, Fasc. 1020, Banque, Introduction – Portée « ratione personnae » du droit bancaire communautaire. – Accès à l'activité bancaire, n° 19.

TFUE) sont devenus d'effet direct, depuis la fin de la période de transition[218]. Mais d'autre part, l'accès aux activités non salariées n'est ouvert que dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement ou du destinataire de la prestation de services. Conscients des entraves qui en résulteraient pour les opérateurs, les rédacteurs du traité de Rome avaient prévu une coordination, par voie de directives, des dispositions nationales concernant l'accès aux activités non salariées et leur exercice. Mais, à l'expérience, la tâche s'était révélée d'une ampleur assez considérable[219]. En fin de compte, la Commission européenne, dans son «Livre blanc», proposa une autre méthode : harmoniser l'essentiel et, pour le reste, admettre l'équivalence des systèmes de protection et de contrôle des États membres, l'objectif étant de combiner la protection contre toute défaillance tout en assurant la libre concurrence.

86. Assouplissement de l'agrément. Pour parvenir à cet objectif d'harmonisation dans les trois secteurs clés (Banque, assurance et services d'investissement)[220], il était nécessaire d'envisager des conditions d'agrément particulières, et surtout plus souples, pour les sociétés relevant de pays membres. Il fallait interdire aux États d'exiger des entreprises communautaires déjà agréées, et voulant créer des succursales dans d'autres États membre, qu'elles sollicitent un autre agrément pour ladite succursale, ce qui était le cas avant. Le rapprochement des législations nationales fut donc imposé en matière d'agrément des établissements de crédit, de définition de fonds propres, de ratios de solvabilité, de surveillance sur une base consolidée. La première initiative a été prise dans le secteur bancaire. Les résultats obtenus ouvraient des perspectives dans d'autres domaines, notamment ceux de l'assurance et de services d'investissement. L'expérience acquise avec les établissements de crédit a permis

[218] CJCE, 21 juin 1974, aff. 2/74, Reyners : *Rec.* 631 31 décembre 1974, aff. 33/74, Van Binsbergen : Rec**.**, 1307. V. aussi M. BLANQUET, Rép. Communautaire, Dalloz, , v° Effet direct du droit communautaire, n° 36.

[219] H. SYNVET La directive : « services d'investissements » : première lecture, *Bull. Joly Bourse*, 1993, n°5, p.545.

[220] En matière bancaire par exemple, l'arrivée de l'Euro a intensifié le besoin d'un secteur bancaire européen pleinement intégré et, depuis 1999, les textes européens dans les domaines de la réglementation bancaire, des procédures collectives, des conglomérats financiers et des marchés financiers se sont multipliés, sous l'impulsion du Plan d'action sur les services financiers (PASF), de telle sorte que l'on peut assister à une communautarisation des services financiers.

de gagner du temps. Le principe d'agrément unique ne pouvait en revanche se concevoir sans son corollaire, la reconnaissance mutuelle.

§2 - LA RECONNAISSANCE MUTUELLE DE L'AGRÉMENT

87. Le principe de reconnaissance mutuelle de l'agrément. D'après le Professeur D. CARREAU, « *la reconnaissance mutuelle signifie que chaque Etat membre accepte de reconnaître comme équivalente et de lui donner effet la réglementation des autres pays membres* »[221]. Appelé aussi confiance mutuelle[222], ce principe, inscrit dans le traité de Rome (article 220) et illustré par la jurisprudence célèbre de l'arrêt Cassis de Dijon[223], a été la pierre angulaire de l'action de la Commission en vue de l'achèvement du marché intérieur. La méthode de la reconnaissance a connu un formidable essor, dépassant même le droit privé, au point d'être devenu le sujet quasiment vedette au plan de l'évolution des méthodes du droit international privé contemporain. D'après E. JAYME, « *On assiste à un glissement du droit international privé de la répartition vers le droit international privé de la coopération* »[224]. On passe progressivement des besoins de répartition (Justice au sens du droit international privé) à une réglementation faisant naître des problèmes qui relèvent de plus en plus de la collaboration (souvent de l'adaptation). Le droit international privé devient doublement unilatéral : d'une part, il admet unilatéralement, par ses propres règles de reconnaissance, une norme ou un rapport juridique crée dans un autre ordre juridique et, d'autre part, il intervient exceptionnellement pour des raisons qui constituent son impérativité propre, qui transcende la nouvelle dichotomie entre la fonction de la création et la fonction de reconnaissance. A ces considérations s'ajoutent des raisons propres en faveur d'une reconnaissance plus poussée, justifiées par l'idiosyncrasie du droit communautaire[225]. Et ce en raison

[221] V. *J.-Cl Europe*, Fasc. 1020, Banques – Introduction – Portée *« ratione personae »* - du droit bancaire communautaire –Accès à l'activité bancaire, n°17.
[222] Le terme est employé souvent par la CJCE. V. par exemple dans le contexte particulier des procédures d'insolvabilité communautaire ; Cass. com. 27 juin 2006, n°923 FS-P+B+R+I.
[223] CJCE 20 février 1979, aff. 170/78, Rewe, *Rec.* CJCE, p.662 et s., *RTD eur.*, 1980, p.680.
[224] E. Festschrift JAYME, exposé préliminaire et questionnaire, 2004, I.
[225] P. LAGARDE, « La reconnaissance. Mode d'emploi », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H.GAUDEMET-TALLON*, p.479. V. notamment S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *RCDIP* 2007, p. 307 ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *Le droit international privé : esprit et méthodes*, in *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 547.

du fait qu'à l'impératif du changement de paradigme s'ajoute la création d'une nouvelle communauté juridique fondée sur la confiance mutuelle et favorisant ainsi la reconnaissance[226]. En effet, la régionalisation emporte un mouvement vers l'intégration en créant en même temps une communauté juridique au sens savinien, qui favorise la reconnaissance de normes et de rapports intracommunautaires. C'est ainsi que la reconnaissance se trouve consacrée progressivement en tant que principe du marché intérieur, et en tant que procédé servant indirectement la levée d'obstacles à l'exercice des libertés européennes. En effet, comme P. LAGARDE le démontre[227] à travers la jurisprudence de la CJCE, la reconnaissance s'inscrit dans le processus d'intégration. Car la vérification de la non-reconnaissance d'une situation constituerait une entrave à l'exercice d'une liberté européenne. La reconnaissance au stade actuel du développement européen est manifeste. Elle permet l'homogénéisation tout en sauvegardant la différence. Ce sont des outils intermédiaires entre l'unité et la diversité juridique, réalisant l'homogénéisation (ce qui est plus que la simple coordination) sans pour autant arriver à l'uniformisation[228].

La reconnaissance mutuelle résultait d'une harmonisation jugée suffisante. C'est parce que le noyau indispensable des législations nationales a été harmonisé que les Etats membres eux-mêmes reconnaissent l'équivalence de ces législations[229].

88. La portée de la reconnaissance mutuelle de l'agrément bancaire et d'assurance. Dès lors qu'une banque ou une société d'assurance a reçu et continue de recevoir le « *satisfecit* » des autorités de son pays, elle doit être reconnue pareillement comme une bonne banque par les autres pays faisant confiance aux autorités du pays d'origine[230]. C'est ce qui ressort de la directive bancaire dans son 7ème considérant « *La démarche retenue consiste en la*

[226] Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP* 2008, p. 513.
[227] Op. cit., n°5; V. aussi G. RIVEL, « Le principe de reconnaissance mutuelle dans le marché unique du XXIème siècle », *RMCUE*.2007, n°511, p.518.
[228] Ch. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique, droit international privé et droit uniforme », *RCADI*, 2007, t.330, p.272.
[229] D. AUGUSTIN, « Vers l'Europe des banques ». *Rivista di diritto bancario y bursatil*, n°31 Julio, sept. 1988 ; P. CLAROTTI, « Un pas décisif vers le Marché commun des banques, la 2ème directive de coordination en matière d'établissement de crédit », *R.M.C*, 1989, n°330, p.453.
[230] D. CARREAU, *J.-Cl. Europe*, Traité, Fasc. 1020, op. cit. n° 17.

réalisation d'une harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permette l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la communauté ». Le 14ème considérant ajoute « *l'approche retenue consiste, grâce à la reconnaissance mutuelle, à permettre aux établissements de crédit agrées dans un Etat membre d'origine d'exercer, dans toute la communauté, tout ou partie des activités figurant dans la liste de l'annexe I, par l'établissement d'une succursale, ou par voie de prestation de services* ».

Le deuxième degré de reconnaissance mutuelle est celui des produits, l'article 18 de la deuxième directive bancaire (devenu l'article 23 de la directive du 14 juin 2006) dispose « *Les Etats membres prévoient que les activités dont la liste figure à l'annexe I peuvent être exercées sur leur territoire tant au moyen de l'établissement d'une succursale que par voie de prestation de services par tout établissement de crédit agrée et contrôlé par les autorités compétentes d'un autre Etat membre, sous réserve que ces activités soient couvertes par l'agrément* ». Dés lors qu'une banque étrangère propose un produit et que ce produit est reconnu comme un bon produit commercialisable dans son pays d'origine, il doit l'être aussi dans les autres pays : « *tout comme le Cassis de Dijon qui n'a fait mourir personne en France, ne peut faire mourir personne en Allemagne, et doit donc pouvoir être vendu même si ce genre de liqueur ne peut être fabriqué en Allemagne* »[231]. L'annexe 1 de la directive du 14 juin 2006 pour les activités bancaires et la directive du 21 avril 2004 pour les services et instruments financiers énumèrent les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle. Cette liste est large car les auteurs de la directive ont voulu tenir compte des activités permises par la plupart des systèmes, y compris les banques universelles. Les activités qui ne figurent pas à la liste annexée ne sont pas couvertes par le régime de la reconnaissance mutuelle.

[231] M.VASSEUR, « Des aspects juridiques de l'Europe financière et, plus particulièrement, bancaire », art. préc., p.171.

§3 - LE RATTACHEMENT SINCÈRE À L'UNION EUROPÉENNE

89. Siège réel et siège statutaire. L'agrément unique suppose que « *l'administration centrale de la société soit située sur le même territoire que le siège statutaire* »[232]. L'agrément ne peut être délivré qu'à un établissement de crédit, un prestataire de services d'investissement ou une société d'assurance dont le siège à la fois statutaire et réel se situent sur le territoire d'un État membre. En effet, les auteurs de la directive ont perçu le risque de délocalisation abusive que le système de l'agrément communautaire pourrait engendrer. Ce risque leur a paru suffisamment sérieux pour qu'ils y consacrent un considérant.

A cet égard, il faut noter que, lorsqu'il s'agit du statut des établissements bancaires, le législateur européen combat le *law shopping*[233] même au sein de la communauté. Il fallait éviter l'utilisation des « sociétés boîtes aux lettres » dans les États dont les contrôles auraient été les moins stricts. Cependant, l'article 48 et la jurisprudence de la Cour de justice, le favorisent[234].

[232] Article 11 al 2 a) de la directive du 14 juin 2006, article L.511-13 al.1 du Code monétaire et financier pour les établissements de crédit ; L'article 5 al. 4 de la directive du 21 avril 2004 pour les entreprises d'investissements et l'art. L.310-6-1 du Code des assurances pour les sociétés d'assurance.

[233] C'est le fait de s'établir, de s'implanter, et plus généralement de se placer sous l'empire d'une loi dont les dispositions s'avèrent être moins contraignantes. Il faut préciser que les manuels ou les traités de droit international privé ne traitent pas spécifiquement du law shopping, mais plus souvent du *Forum shopping*. Même les dictionnaires juridiques font cette impasse. La doctrine en revanche a eu l'occasion de traiter cette notion de *law shopping* : V.O. DUFOUR, « Gare au law shopping », *L.P.A*, 19 nov. 2003, n°231, p.3; J.-Ph. DOM, « Société à l'étranger et succursale chez soi : le law shopping communautaire », *Bull. Joly*, 1999, n°6, p.705.

[234] V. CJCE 9 mars 1999, Centros, C-212/97, Rec. p. l-1459 ; *Rev. Sociétés* 1999, p.391, note G. Parléani; chron. Communautés européennes, *JCP E.* 1999, p.1285, n°2, obs. REINHARD; *D.* 1999, AJ, p.553, note M. Menjucq ; *RTD com.* 2000, p.482, obs. M. Luby; *Bull. Joly*, 1999, p.705, § 157, note J.-Ph .Dom ; V. notamment, A. LA PERGOLA, « Etablissement d'une succursale », *RJDA*, Juillet 1999, p.603 ; M.-É. ANCEL, Les opérations de banques intracommunautaires, aspects statutaires*, J. -Cl. Banque, crédit, Bourse*, Fasc.1010, n° 34.

SECTION 2 :

LE RÔLE DE L'AGRÉMENT UNIQUE DANS LA CONSTRUCTION DE L'EUROPE FINANCIÈRE

90. L'agrément unique, l'un des piliers de l'Europe financière. L'agrément unique constitue une grande avancée dans la construction de l'Europe financière. Il a permis aux établissements de crédit, aux sociétés d'assurances et aux prestataires de services d'investissement de s'approcher d'une clientèle dispersée sur le territoire de l'Union. Dans les secteurs bancaire, de services d'investissement et d'assurance les directives de libéralisation étaient insuffisantes, le traité de Rome a expressément, bien qu'indirectement, prévu la nécessité de directives de coordination des législations comme complément à la libéralisation. Concrètement, il était bien clair que, en raison des profondes divergences entre les législations et les réglementations nationales, de simples directives de libéralisation ne suffiraient pas à donner naissance à un véritable marché commun financier. Ainsi, après l'élimination de toute restriction discriminatoire, un établissement de crédit, une société d'assurance ou un prestataire de services d'investissement qui voulait créer une succursale dans d'autres pays membres de l'Union européenne et y pratiquer des activités devait se plier à toutes les règles locales pour l'octroi d'un agrément. Cette démarche constituait un handicap qu'il fallait supprimer. Les établissements de crédit, les sociétés d'assurances et les prestataires de services d'investissement devaient se sentir plus libres dans leur stratégie d'établissement et de fourniture de services financiers sur le territoire européen[235]. Le premier domaine qui a donc subi la modification révolutionnaire en matière d'agrément était le domaine bancaire (§1). Les deux autres activités que sont les services d'investissement (§2) et l'assurance (§3) vont connaître le même sort parce que la construction de l'Europe financière nécessitait une harmonisation de l'ensemble de ces activités.

[235] Avec quelques réserves pour les nouveaux pays entrant dans l'Union européenne. Ces pays peuvent ne pas présenter les garanties de sécurité nécessaires pour pouvoir bénéficier de la confiance mutuelle à la base de l'agrément unique.

§1 - LE RÔLE DE L'AGRÉMENT UNIQUE DANS L'ÉLABORATION D'UN MARCHÉ BANCAIRE EUROPÉEN

91. Vers une Europe bancaire. La réalisation d'un marché européen des banques a été l'objectif premier de la Commission européenne. Les succursales bancaires étaient concernées directement par cette réalisation car les établissements de crédit optaient davantage pour cette forme d'établissement secondaire. Elle leur permet de faire des économies. Les établissements de crédit sont obligés de présenter des garanties de solvabilité, notamment un ratio (appelé *Cook* avant et *Mac Donough* maintenant) qui, lorsqu'il s'agit d'implantation sous forme de succursale, est calculé en prenant en compte le siège et les succursales. Les établissements de crédit qui souhaitaient élargir leur activité aux autres Etats membres se trouvaient, cependant, limités par les formalités administratives nécessaires pour chaque demande d'agrément. Il fallait donc réagir, la Commission a entamé un long processus qui allait aboutir à l'adoption d'un agrément unique (A). Seules peuvent bénéficier de cet agrément les établissements de crédit rattachés à l'Union européenne (B). Les autres établissements appartenant aux pays tiers et désirant accéder au marché européen en créant une filiale, dépendent d'une réciprocité c'est-à-dire que le pays d'accueil doit assurer à l'établissement de crédit européen le même traitement qu'un établissement national. C'est la condition pour que la filiale étrangère d'un pays tiers puisse être agréée. Certains aménagements ont été prévu pour les établissements appartenant à des pays membres d'organisations ayant conclu des accords avec l'Union européenne (C).

A. La construction du marché bancaire européen.

92. La banque, première cible dans le processus d'harmonisation. C'est d'abord par l'instauration d'un marché unique bancaire que l'Union européenne a concrètement posé les premières pierres de l'espace financier européen. Dès l'origine, le principe était celui d'un « libéralisme économique paneuropéen ». La banque, pilier essentiel de toute économie, a été la cible première d'un important arsenal de textes destinés à mettre les « libertés communautaires » en pratique. La construction du marché bancaire européen a été faite par étapes. Aux Etats-Unis, les banques sont aussi obligées de solliciter un

agrément pour l'implantation de succursales. Nous passerons en revue les différentes étapes de la construction du marché bancaire européen et américain avant d'étudier la définition de succursale donnée par les directives d'harmonisation.

1. Les étapes de la construction

La construction laborieuse du marché bancaire européen, en raison de la sensibilité de la matière, s'est réalisée en trois étapes[236].

93. Première étape : Le traité de Rome instituant la Communauté européenne. Par rapport aux sociétés de pays tiers, les sociétés communautaires sont privilégiées. Ce privilège leur est accordé par le traité de Rome. Elles peuvent s'établir à titre secondaire (créer des filiales ou succursales) dans n'importe quel Etat membre. Il suffit pour cela que ces sociétés soient déjà établies dans la Communauté. L'article 48 (devenu l'article 54 du TFUE) du traité CE dispose : « *Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre, et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale, ou leur principal établissement à l'intérieur de la communauté, sont assimilés pour l'application du présent chapitre (droit d'établissement) aux personnes physiques des Etats membres*. ». Les Etats membres doivent se contenter des critères prévus à l'article 48. Toute exigence supplémentaire sera interprétée comme une entrave à la liberté d'établissement. M. l'Avocat général Ph. LÉGER dans ses conclusions dans un arrêt du 14 octobre 2004 déclarait « *Il est exclu de subordonner le bénéfice de la liberté d'établissement, en ce qui concerne les sociétés, à la satisfaction par ces dernières de conditions supplémentaires tenant à la nationalité de leurs actionnaires ou de leurs administrateurs ; l'article 48 CE a implicitement mais nécessairement exclu de telles conditions, car elles s'inscrivent dans la logique d'un critère de rattachement, dit critère de contrôle, qui n'a pas été choisi par les auteurs du traité*. »[237]. Le critère retenu par cet article est le critère de l'incorporation. Dès lors qu'une société a son siège statutaire dans un Etat membre, eût elle son siège réel en dehors de la

[236] Sur l'ensemble de ces étapes, v. M.-É. ANCEL. *J.-Cl. Banque, Crédit, Bourse*, Fasc. 1010, op. cit n°1; Z. SEKFALI, « États-Unis et Union Européenne : Une analyse comparative de la consolidation du marché des services financiers », *Rev. Banque*, Juill. -août 2006, p.54.

[237] Conclusions sous CJCE 14 octobre 2004, Commission c/ Royaume des Pays Bas (point 38 et 39) cité par PRIETO, « Liberté d'établissement et de prestation de services », *RTD eur.,* 2005, p.872.

Communauté, elle bénéficie du droit de s'établir de façon secondaire dans les autres Etats membres. Ce libéralisme prévu par l'article 48 est apparu excessif aux yeux d'une partie de la doctrine. Il suffisait pour une société de s'immatriculer dans un pays membre pour pouvoir profiter de l'ensemble des libertés accordées par le traité de Rome. Il fallait éviter que l'économie européenne ne soit abusivement pénétrée par des groupes extérieurs à la Communauté. Les programmes généraux du 18 décembre 1961 ont ainsi apporté une restriction. Les sociétés n'ayant que leur siège statutaire dans la Communauté doivent avoir une activité présentant « *un lien effectif et continu » avec l'économie d'un Etat membre, […] étant exclu que ce lien puisse dépendre de la nationalité […] pour la création d'agences, de succursales ou de filiales sur le territoire d'un Etat membre* »[238]. Ce critère paraît assez imprécis. Selon certains auteurs, il peut résulter de l'existence d'un courant d'échanges entre la société et des entreprises de la Communauté, de participations financières dans ces entreprises ou d'approvisionnements à l'intérieur de la Communauté[239]. En tout cas, l'activité ne doit pas être occasionnelle. L'Avocat général Ph. LÉGER en a fait valoir que la nationalité des associés ou des administrateurs avait été expressément exclue pour caractériser ce lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre. Il en concluait que « *pour bénéficier de la liberté d'établissement à titre secondaire, il importe peu qu'une société soit soumise à un contrôle par les ressortissants d'Etats tiers à la communauté* »[240].

[238] M.-É. ANCEL, op. cit. n° 22
[239] Y. LOUSSOUARN, « Le droit d'établissement des sociétés, *RTD eur*., 1990, 2, p. 236. V. notamment, Ch. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 2010, n° 213.
[240] Arrêt CJCE 14 oct. 2004, précité.

94. Deuxième étape : la première directive bancaire n° 77/780 adoptée en 1977[241]. Cette directive, visant la coordination des conditions d'accès à l'activité des établissements de crédit, a marqué le début d'une entreprise d'harmonisation du statut bancaire en vue de faciliter la mise en œuvre de la liberté d'établissement. Dans l'esprit des rédacteurs de la directive de 1977, la tâche d'harmonisation devait se poursuivre en plusieurs étapes avec un triple objectif : protéger l'épargne, créer les conditions d'une égalité de concurrence et rendre possible la surveillance globale d'un établissement de crédit opérant dans plusieurs États membres par les autorités compétentes de l'Etat membre dans lequel l'établissement de crédit a son siège social. La première directive imposait le respect de six conditions cumulatives minimales[242]. Il s'agissait de prescriptions minimales, les autorités nationales compétentes pouvaient imposer des conditions supplémentaires. La première directive bancaire s'inscrivait dans le cadre de la méthode initiale envisagée par la Commission, qui était de coordonner les législations nationales pour préparer la réalisation d'un marché commun bancaire. Cette approche initiale n'ayant pas eu le succès espéré (car s'étant révélée trop ambitieuse), une nouvelle approche fut alors envisagée : la reconnaissance mutuelle assortie d'une harmonisation minimale.

95. Troisième étape : **La deuxième directive bancaire n° 89/646 du 15 décembre 1989**. Les dispositions de la deuxième directive bancaire ont été codifiées dans la directive du 20 mars 2000 et reprises, lors de la refonte de cette dernière, dans la directive de consolidation n°2006/48/CE du 14 juin 2006 (JOUE n° L 177, 30 juin 2006, p.1) et transposée en droit français par l'article L. 511-27 du Code monétaire et financier. En droit belge, la deuxième directive bancaire a été transposée en droit national par la loi bancaire du 22 mars 1993. Ainsi, on pouvait lire dans le projet de la loi belge n°533 du 1er avril 1987 que « *l'élément essentiel du projet de loi est la transposition dans le droit belge, du système de reconnaissance mutuelle des statuts et agréments accordés dans le pays d'origine*

[241] JOCE n°L.322, 17 décembre 1977. Pour plus de détails, v. M. VASSEUR, « Des aspects juridiques de l'Europe financière et, plus particulièrement, bancaire », *RDAI* 1991, n°2, p.1991 ; A. PEZARD, « L'adaptation de la réglementation bancaire française à l'ouverture du marché européen », *RDBB* 1992, n°32, p.153.

[242] 1) Fonds propres distincts de ceux des apporteurs de capitaux ; 2) Fonds propres minimaux suffisants ; 3) Les dirigeants doivent être au nombre de deux ; 4) Les dirigeants doivent être honorables ; 5) Les dirigeants doivent être expérimentés ; 6 La demande d'agrément doit être accompagnée d'un programme d'activité.

de l'établissement de crédit et les conséquences qui en découlent sur la liberté d'établissement et la libre prestation de services exercées par ces établissements dans d'autres Etats de la Communauté »[243]. La deuxième directive bancaire constituait une véritable révolution dans le domaine bancaire car elle marquait un changement radical par rapport à la directive de 1977. Cette dernière autorisait toujours les États d'accueil à subordonner l'exercice de l'activité bancaire par voie de succursale à un agrément et au respect des mêmes règles prudentielles que celles applicables aux établissements de crédit nationaux, sous réserve que les succursales ne soient l'objet d'un traitement discriminatoire[244]. Avec la deuxième directive, un établissement de crédit n'a plus besoin que d'un seul agrément pour pouvoir créer des succursales dans un autre pays membre de l'Union européenne. Il est investi en quelque sorte d'une « capacité européenne »[245]. C'est le principe d'agrément unique, ou de passeport européen et son corollaire la reconnaissance mutuelle, qui veut qu'un agrément délivré par un État membre doit être reconnu par tous les autres États membres. L'Europe communautaire voulait faire à cette époque bien mieux que les Etats Unis où les conditions d'agrément d'une banque étatique relèvent ainsi et jusqu'à aujourd'hui encore de la compétence exclusive de chaque État et de son autorité bancaire compétente (par exemple le *New York State Banking Department* ou *le Department of Financial Institutions of*

[243] A. BRUYNEEL, « Observations sur le statut légal et le contrôle des établissements de crédit en Belgique », in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont Ferrand, L.G.D.J., 2001, p.4.

[244] L'article 4 §2 de la première directive bancaire dispose que « L'agrément d'une succursale ne pourra pas être refusé pour le seul motif que l'établissement de crédit dont elle dépend est constitué dans un autre Etat membre sous une forme juridique non admise dans le pays d'accueil ». Pour plus de détails sur la question V. LE BRUN, « Une première étape vers l'harmonisation européenne des réglementations bancaires », *Revue belge de la Banque*, 1979, p.1.

[245] V. notamment, H. SYNVET, « La directive service d'investissement : première lecture », *Bull. Joly Bourse*, Sept.-oct. 1993, p.545. V. aussi D. CARREAU, *J.-Cl. Europe*, Fasc. 1021, Banques – Harmonisation des conditions d'exercice de l'activité bancaire – Mise en œuvre des libertés bancaires communautaires ; M.-É. ANCEL, Opérations de banques intracommunautaires, aspects statutaires, *J.-Cl. Banque, crédit, Bourse*, Fasc.1010 n°4.; C.-J. MOREIRO GONZALEZ, « La codification de la réglementation communautaire relative à l'activité des établissements de crédit et son exercice », *RTD eur*., 2001, p.529.
A. PERROT, « Agrément unique et contrôle des établissements de crédit dans l'espace communautaire », *RDBB*, Sept.-Oct.1995, n°51, p.164 ; L. ROEGES, « L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la deuxième directive bancaire », *RDBB*, Janv. – Fév.1994, p.17 et *RDBB*, Mai -juin 1994, p.113 ; A. PÉZARD, article précité ; P. BLOCH, « La loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit », *JCP G*., 1992, n°40, études et chroniques, p.437 ; P.-H. CASSOU, « L'adaptation de la profession bancaire française aux exigences du marché unique », *Rev. Banque* 1992, p.136.

California). Aucune harmonisation des conditions minimales d'agrément n'a encore été adoptée aux Etats-Unis.

2. Le système bancaire américain : approche comparative

96. Un système dual. Aux États-Unis, le régime des licences bancaires est de nature duale : il se caractérise par l'existence de banques nationales ou fédérales, relevant de *l'Office of the Comptroller of the Currency*, (OCC) et des banques à charte d'État qui relèvent des autorités de tutelle de chacun des États. Toute création d'établissement de crédit doit conduire à faire un choix initial entre l'obtention d'une charte fédérale ou d'une charte d'État (un choix non définitif car pouvant changer après la création de l'établissement de crédit). Le processus de création des succursales diffère selon la nature de la licence -fédérale ou d'État- accordée à un établissement de crédit. Les succursales et agences autorisées au niveau fédéral doivent recevoir l'autorisation à la fois de *l'Office of the Controller of the Currency* (12 USC 3102(a)) et du *Federal Reserve Board* (12 USC 3105 (d)).

97. La création de succursales par les banques à statut fédéral. Aux États-Unis, un régime particulièrement restrictif en matière d'expansion géographique des banques fut maintenu jusqu'en 1994[246], année d'adoption de la loi Riegle-Neal sur les activités bancaires interétatiques et la création de succursales dans d'autres États[247]. En application de la loi Riegle-Neal, toute banque à statut fédéral est autorisée à acquérir une banque dans un autre État (*Interstate merger*) ou d'y créer une succursale (*De novo interstate branching*). Dés la fin des années quatre vingt plusieurs États entreprirent d'assouplir leur législation. L'État de New York fut le premier à adopter une loi autorisant la création de succursales de banques d'autres États dans l'État de New York. Cette autorisation était toutefois assortie d'une condition de réciprocité. En effet, la législation de l'État d'origine de la banque qui sollicitait une autorisation de

[246] La première restriction en matière d'expansion géographique des banques fut adoptée en 1864, année de promulgation du *National Banking Act*. Cette loi instaura la licence fédérale en interdisant aux banques à statut fédéral, de façon implicite, de créer des succursales. Ce dispositif fut complété par la loi fédérale Mac Fadden de 1927.
[247] Riegle-Neal interstate Banking and Branching Efficiency Act of 1994.

création de succursale devait contenir un dispositif similaire en faveur d'établissements bancaires dont le siège social était situé dans d'autres États.

98. La création de succursales par les banques d'États. Depuis l'adoption du régime de la loi *Mac Fadden* de 1927, la création de succursales dans les États relève de la compétence desdits États et de leurs autorités de tutelle. Bien que la loi *Riegle-Nealde* de 1994 ait notamment eu pour finalité de contribuer à l'harmonisation des législations des États, elle n'autorisait pas pour autant une banque d'État à créer une succursale dans un autre État ; une loi de l'État concerné devant expressément le permettre[248]. La loi *Riegle-Nealde* de 1994 n'a pas apporté les changements escomptés dans la mesure où seulement 17 États ont promulgué des lois autorisant la création de succursales de banques ayant leur siège dans d'autres États[249]. Cependant, et en dépit de l'existence de certaines restrictions législatives, le processus de création de succursales ou d'agences bancaires a connu un grand succès. Selon la *Pennsylvania Association of Community Bankers*[250], environ 50000 succursales ont été créées aux États-Unis, dont 1700 en 2002[251]. C'est afin d'apporter plus de flexibilité au système bancaire américain que le projet de loi « *Financial Services regulatory relief Act* » a été déposé en 2003. Parmi les principales mesures de ce projet figure la libéralisation des mouvements d'établissements bancaires entre États. La section 401 du projet prévoit ainsi que l'implantation d'établissements bancaires à charte d'État dans d'autres États par voie de création de succursales soit autorisée dans l'ensemble des États américains sans condition de réciprocité. Le projet a été adopté par le Sénat au mois de mai 2006.

[248] Cette interdiction a d'ailleurs été confirmé par la Cour suprême des États-Unis en 1924 (*First National Bank in St Louis v. Missouri* – 23 U.S 640 (1924). Ce dispositif fut assoupli en 1933 à la suite de l'adoption d'un amendement à la loi Mac Fadden permettant aux banques à statut fédéral de créer des succursales dans leur État d'appartenance, à la condition toutefois qu'une loi de l'État concerné le permette expressément.

[249] M. RAMIN COOPER & H.AUDRA, "Review and Critique of the american interstate and branch banking regulatory framework", *Journal of International Banking Law and Regulation*. (JIBLR)., 2005, 20, 12, p. 650-656.

[250] http://www.pacb.org/

[251] *Federal Reserve Board, testimony of Governor* Mark w. Olson.

Sur le plan européen les directives bancaires de coordination, malgré leurs apports considérables, présentaient quelques insuffisances. L'une des principales était la définition même de la succursale. La jurisprudence devait intervenir pour la compléter.

3. La notion de succursale d'établissement de crédit ou d'entreprise d'investissement européens

99. Une définition de la succursale complétée par la jurisprudence. Les deux directives bancaires[252] ont défini la succursale comme « *un siège d'exploitation qui constitue une partie dépourvue de personnalité juridique d'un établissement de crédit et qui effectue directement en tout ou en partie des opérations inhérentes à l'activité d'établissement de crédit* ». Il en est de même pour les entreprises d'investissement où la succursale est définie comme « *un siège d'exploitation autre que l'administration centrale qui constitue une partie, dépourvue de personnalité juridique, d'une entreprise d'investissement et qui fournit des services d'investissement et/ou exerce des activités d'investissement et peut également fournir des services auxiliaires pour lesquels elle a obtenu un agrément ; tous les sièges d'exploitation dans le même État membre par une entreprise d'investissement dont le siège se trouve dans un autre État membre sont considérés comme succursale unique* »[253]. Les deux définitions mettent l'accent sur l'absence de personnalité juridique, mais ne précisent pas les conditions auxquelles doit répondre la succursale pour pouvoir être considérée comme siège d'exploitation.

100. Éclaircissement de la zone grise. Cette zone s'est constituée à cause de l'ambiguïté qui entoure les libertés d'établissement et de prestation de services[254]. A partir de quel moment est-on en présence d'un établissement ? Quand est-ce que, en revanche, on peut dire qu'il s'agit d'une simple prestation de services ? La CJCE a décidé qu'« *une entreprise qui maintient une présence*

[252] Première et deuxième précitées

[253] Point 26 de l'article 4 de la directive du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et le directive 2000/12/CE et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil.

[254] Une ambiguïté renforcée par le fait que les directives d'harmonisation permettent de cumuler sur un même marché, l'exercice d'activités par voie d'un établissement et en libre prestation de services, et d'effectuer de la liberté de prestation de services à partir d'une succursale.

permanente dans l'Etat membre où elle fournit des services, relève en principe des dispositions du traité sur le droit d'établissement »[255]et qu' « *un ressortissant d'un Etat membre qui, de façon stable et continue, exerce une activité professionnelle dans un autre Etat membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet Etat, relève des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui relatif aux services* »[256]. Sur la base de cette jurisprudence, un employé d'un établissement de crédit venant travailler sur le territoire d'un Etat membre dans le cadre de missions ponctuelles et spécifiques auprès d'une clientèle existante pourrait donc, sans que la banque soit considérée comme établie au sens du droit communautaire, y disposer d'une infrastructure nécessaire à l'accomplissement même de ces missions. Si, par contre, il dépassait le cadre de ces missions spécifiques en proposant au public des services bancaires comme le ferait une succursale, la banque pourrait relever du droit d'établissement. L'activité doit être exercée de manière durable, fréquente, régulière ou continue par un établissement de crédit.

101. Un site ou un portail peut-il être considéré comme une succursale ? Le développement du commerce électronique et la fourniture croissante de services à distance conduisent à se préoccuper du statut des sites ou portails auxquels on peut accéder sur Internet. Il est certain qu'un simple portail n'est pas assimilable à une succursale. Pour les sites, il y a une certaine divergence entre les textes, le considérant 19 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, dite « directive sur le commerce électronique »[257], dispose que la seule présence sur le territoire d'un Etat membre de l'installation technologique servant de support à un site Internet et *a fortiori* la simple accessibilité d'un tel site à partir

[255] CJCE, arrêt du 4.12.1986 dans l'affaire 205/84, Commission contre Allemagne, *Rec.* 1986, p. 3755, arrêt du 3.12.1974, aff. 33-74, Van Binsbergen, Rec. 1974, p. 1299; arrêt du 3.2.1993, aff. C-148/91, Veronica, *Rec*. 1993, p. I-487; arrêt du 5.10.1994; aff. C-23/93, TV 10, *Rec*. 1994, p. I -4795

[256] Arrêt du 30.11.1995, aff. C-55/94, Gebhard; Rec.1995, p. I-4165

[257] JOCE n° L.178 du 17 juillet 2000, p.1.

du territoire d'un Etat ne suffisent pas à caractériser un véritable établissement[258]. D'après la Commission européenne, un site n'est assimilable à une succursale que si, dans l'Etat de localisation de ce site, il y a une présence humaine capable de décider d'accorder les crédits par exemple.

B. Agrément unique et pays membres de l'Union européenne

102. Agrément unique, permis unique ou passeport unique. L'agrément est non seulement une condition d'accès à la profession bancaire, mais il est également le sésame du marché intérieur européen. L'agrément offre en effet aux établissements bancaires la liberté de s'établir sur tout le territoire de l'Union européenne et de l'Espace économique européen pour exercer leur activité. « *A la clef, beaucoup d'avantages mais pas sans risques* »[259]. Il est énoncé au préambule de la deuxième directive bancaire en des termes très explicites que « *...les agréments d'établissements de crédit, accordés par les autorités nationales compétentes, auront une portée communautaire, conformément aux dispositions de la présente directive, et non plus seulement nationale* ». Appelé aussi le passeport européen, l'agrément unique avait pour objectif de faciliter l'implantation des banques, des sociétés d'assurance et des entreprises d'investissements dans l'ensemble du marché commun. En matière bancaire, il a dérogé au principe de l'article 15 de la loi bancaire selon lequel tout établissement de crédit doit, pour exercer son activité, obtenir l'agrément du Comité des établissements de crédit et se soumettre à la réglementation française. Désormais, un établissement agréé par les autorités compétentes d'un État membre peut exercer en France les activités pour lesquelles il a obtenu un agrément dans son pays d'origine, même si certaines d'entre elles ne sont pas autorisées dans le pays d'accueil ou y sont un obstacle à l'obtention d'un agrément[260]. Du fait de l'agrément unique, les services de l'établissement de

[258] V.-E. CAPRIOLI, « Banque et commerce électroniques », *RDBF*, n°5, septembre 2000, p.294 ; H. BOUILHOL, « Les aspects juridiques de l'e-banking », *Banque et droit*, n°74, décembre 2000, p.3.

[259] M. LAROCHE, « Le banquier au cœur des risques, la liberté d'établissement », *RLDA*, 2008, n°24. D'après l'auteur l'intégration européenne ne devait pas accentuer les risques liés à l'activité bancaire, notamment le risque systémique qu'on a développé plus haut n°46.

[260] En France, l'article L.511-22 du Code monétaire et financier dispose que *« Dans la limite des services qu'il est habilité à fournir sur le territoire d'un Etat membre autre que la France où il a son siège social et en fonction de l'agrément qu'il a reçu, tout établissement de crédit peut sur le territoire de la France métropolitaine et les départements d'outre mer (Et depuis l'ordonnance de Saint Barthélemy et Saint Martin) établir des succursales pour fournir des services bancaires ».*

crédit, de la société d'assurance ou de l'entreprise d'investissement d'un Etat membre ou de leur succursale en France seront soustraits à la législation française alors que ceux de leur filiale resteront nécessairement soumis à l'agrément des autorités françaises.

Un établissement de crédit qui voudrait créer une succursale dans tous les pays membres de l'Union européenne et y pratiquer des activités bancaires devrait se plier au respect de toutes les règles bancaires locales : il serait ainsi tenu de rassembler un capital minimum pour chaque succursale *(*ce qui est à l'évidence coûteux et superflu*)*, en même temps que chacune d'entre-elles devrait respecter des ratios différents, voire incompatibles. Tout cela militait à l'évidence en faveur de l'adoption de directives de coordination visant à une harmonisation des législations bancaires nationales (l'accès à l'activité bancaire, d'assurance et de prestation des services d'investissement, leur exercice et leur contrôle). Cette harmonisation communautaire minimale était nécessaire car, si elle n'existait pas, les États membres de la Communauté se trouveraient entre eux dans une situation de concurrence sauvage entraînant le jeu de la nation la moins réglementée[261].

C. Agrément unique et pays membres d'autres organisations

103. Accords et coopération. Dans le domaine des services plusieurs accords et partenariats ont été conclus avec des pays tiers. L'Union européenne s'est très vite rendu compte de la nécessité d'une ouverture sur les marchés extérieurs. Du fait du contexte international et du phénomène de globalisation, il est impossible d'envisager la coordination bancaire sans tenir compte des pratiques et des accords internationaux. Ainsi, par exemple, sur la base de clause de la nation la plus favorisée, les conditions d'accès aux marchés des services financiers et aux opérations effectuées sur certains marchés ainsi que les modalités du traitement équitable et non discriminatoire seront fixées par *le General Agreement on Trade in Services* (GATT, devenu OMC)[262]. En outre, s'ajoutent des accords bilatéraux ou multilatéraux tel que l'accord sur l'Espace économique européen et celui avec les pays appartenant à l'OCDE.

[261] V. M. CICUREL cité par M. VASSEUR, *Banque et droit*, 1988, p.52.
[262] V. le rapport annuel de la Commission sur le marché intérieur, 1993, p.113.

104. L'exigence d'une réciprocité communautaire. Une entreprise bancaire relevant d'un pays tiers, extérieur à l'Union européenne, ne bénéficie pas du passeport européen. Elle doit obtenir un agrément pour ses filiales mais également pour ses succursales, comme on l'a vu précédemment. Cet agrément doit être obtenu auprès de l'autorité compétente de l'Etat d'accueil. Une fois agréée, une filiale se trouve *ipso jure* communautarisée et par conséquent bénéficie du passeport européen et, ainsi, peut installer des succursales[263]. L'agrément accordé à la succursale n'a pas la même portée. La succursale n'ayant pas de personnalité morale, elle ne peut pas être considérée comme étant un établissement de crédit agrée ; par conséquent, elle ne bénéficie pas du passeport européen. La succursale ne peut être utilisée comme base de développement dans le reste de l'Union européenne. Un établissement de crédit doit donc obtenir un agrément dans tous les Etats membres où il désire exercer son activité au moyen d'une succursale. C'est ce qui distingue le plus fortement les établissements des pays tiers des établissements européens. La nouvelle législation bancaire européenne offre, dans des conditions relativement peu contraignantes, un libre accès aux millions de consommateurs potentiels : fallait-il ouvrir libéralement l'accès à un tel marché ou fallait-il, au contraire, demander une certaine réciprocité aux pays tiers de façon à atteindre une solution équilibrée ?

105. La réciprocité miroir. La deuxième solution a été préférée même si elle a été critiquée par quelques Etats[264]. Une certaine réciprocité était demandée aux pays tiers pour permettre à leurs sociétés d'accéder librement au marché européen. Cette réciprocité a été conçue de deux manières : la première est d'exiger que ces Etats tiers accordent dans leur législation le même traitement aux entreprises communautaires que celui qui est offert à leurs ressortissants par l'Union européenne[265]. C'est la réciprocité miroir[266]. Le défaut d'une telle

[263] Un système similaire est prévu à l'intérieur des Etats-Unis (12 USC 3103 (a)) ; v. D. BLACHE, op. cit. p.158.
[264] Notamment les Américains qui craignaient d'une forteresse Europe.
[265] Un système équivalent est prévu par le droit américain dans l'International banking Act (IBA) de 1978 qui introduisit le principe de réciprocité : Les banques étrangères étaient autorisées à pénétrer les marchés bancaires des Etats-Unis dans la mesure où les banques des Etats-Unis étaient autorisées à pénétrer le marché étranger concerné, v.. BLACHE, op. cit., p.155.
[266] DESCHANEL et STOUFFLET évoquent « *la réciprocité à l'identique* » quand il y a coïncidence entre les lois bancaires de la CEE, qu'ils opposent à la « *réciprocité supérieure à l'identique* » (« *Better than national treatment »)*, Vers un statut bancaire européen, *Banque et droit*, 1991, n°17, p.96.

réciprocité ne peut se résoudre que par la négociation diplomatique, sans mesure de rétorsion. La directive prévoit ainsi que le Conseil peut négocier ou donner mandat à la Commission pour le faire[267].

La seconde manière d'envisager la réciprocité repose sur l'exigence plus classique de la non-discrimination. Lorsqu'un Etat tiers n'accorde pas aux entreprises européennes le traitement plus favorable qu'il réserve à ses nationaux, le défaut de réciprocité est alors contestable par les principes de droit international et notamment du GATS et de l'OMC. Le refus du traitement national par un Etat tiers peut entraîner, au-delà de la négociation, des mesures de rétorsion par la Communauté. Ces mesures peuvent aller jusqu'à la limitation, voire la suspension, des agréments des entreprises de l'État en cause. Il faut, en revanche, respecter les droits acquis par les filiales communautaires relevant d'États tiers en cause. Ces filiales peuvent avoir été agréées avant l'édiction de ces mesures de rétorsion. Elles conserveront le droit de se développer dans le secteur de la banque (en créant des succursales bien entendu). Elles ne pourront, en revanche, obtenir d'agréments dans d'autres secteurs (assurance et services d'investissement). C'est ce dernier système qui avait été violemment critiqué hors des frontières de l'Union européenne, lors des discussions préparatoires à l'adoption de la directive du 15 décembre 1989. Les filiales des entreprises relevant de pays tiers ne sont-elles pas des sociétés au sens de l'article 48 du traité CE (actuel article 54 TFUE)? N'ont-elles pas droit dès lors à tous les droits qui sont accordés aux sociétés communautaires ? Or elles se trouvent ainsi privées de droits potentiels, alors que les sociétés communautaires ne le sont pas. L'idée de la « forteresse Europe » est née en partie de controverses à propos de la réciprocité communautaire.

106. Elargissement à l'Espace Economique Européen. L'Union Européenne et l'Union Économique et monétaire (U.E.M) sont issues du Traité de Maastricht, qui créa le Système Européen des Banques Centrales, la Banque Centrale Européenne (le S.E.B.C. et la B.C.E.) et l'euro. Ce marché unique bancaire a été étendu, par les Accords de Porto adoptés le 2 mai 1992, entrés en vigueur le 1er janvier 1994, aux Etats membres de l'*Association Européenne de*

[267] H. SCOTT, « La notion de réciprocité dans la proposition de deuxième directive de coordination bancaire », *R.M.C*. 1989, n°323, p.45. V. aussi M. GRUSON et F. FEURING, "The New Banking Law of the European Economic Community*" the International Lawyer*, 1991, 1.

Libre Echange[268]. Cet accord vise à établir un Espace Economique Européen homogène, fondé sur des règles communes et des conditions de concurrence égales. Il en résulte que les principes de libre circulation des personnes, des marchandises, des capitaux et des services sont étendus aux pays de l'A.E.L.E. La directive bancaire est comprise dans la liste énumérée à l'annexe.

107. Les engagements vis-à-vis des pays de l'OCDE. Les établissements de crédit originaires de pays membres de cette organisation sont couverts par les principes directeurs mis sur pied au cours des ans en matière d'investissement international et d'entreprises multinationales et qui visent à éviter les discriminations en imposant le respect du principe de traitement national par le pays d'accueil. Il n'apparaît pas qu'en matière bancaire cette réglementation de l'OCDE soit susceptible d'avoir un impact sensible en raison du niveau de libéralisation élevé -et largement commun- atteint dans ce domaine par 24 pays membres en même temps que les réserves légalement effectuées par les pays tels l'Australie, le Canada ou les Etats-Unis.

108. Les engagements pris par l'Union européenne pour l'accès au marché par voie de succursale d'États tiers mais membres de l'OMC[269]. A la différence des filiales de sociétés étrangères, les succursales établies directement dans un État membre par un établissement financier non communautaire ne sont pas, à certaines exceptions limitées près, assujetties aux réglementations prudentielles harmonisées au niveau de la Communauté qui accordent aux filiales des facilités élargies pour implanter de nouveaux établissements et fournir des services transfrontières dans toute la Communauté. Ces succursales sont donc autorisées à opérer sur le territoire d'un État membre dans des conditions équivalentes à celles qui s'appliquent aux établissements financiers nationaux de cet État membre. Les États membres ne peuvent appliquer des restrictions qu'à l'établissement direct, en provenance d'un pays tiers, d'une présence commerciale ou à la fourniture de services transfrontières à partir d'un pays tiers ; un État

[268] Il s'agit de la Suisse, l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège.
[269] P. COUDERT , *le champ d'application territoriale des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement*, Thèse, Clermont 1, 2004, p.166 ; pour la liste complète des engagements, v. le document coté (99-5018), GATS/SC/31/Suppl.4/Rev.118 novembre 1999.

membre ne peut donc appliquer de restrictions, y compris celles qui concernent l'établissement, à des filiales de sociétés de pays tiers établies dans d'autres États membres de la Communauté, sauf si ces restrictions sont également applicables à des sociétés ou ressortissants d'autres Etats membres conformément à la législation européenne. En résumé, on peut dire que les filiales d'établissements étrangers qui souhaitent s'implanter sur le territoire de l'Union européenne bénéficient là d'une passerelle. Les succursales, quant à elles, doivent se conformer aux prescriptions du droit de l'État d'accueil.

§2 - LE ROLE DE L'AGRÉMENT UNIQUE DANS LA CONSTRUCTION D'UN MARCHÉ EUROPÉEN DES SERVICES D'INVESTISSEMENT

109. La directive du 10 mai 1993 dite DSI[270]. Le marché financier européen ne pouvait se réaliser sans les services d'investissement. L'agrément unique en matière de services financier est devenu une nécessité après l'adoption de l'agrément bancaire. Cette tâche fut accomplie par la directive du 10 mai 1993. Cette directive avait pour objectif de compléter le travail commencé dans le secteur bancaire, c'est-à-dire de créer un environnement dans lequel les entreprises d'investissement pourraient, sur le fondement de l'agrément délivré, fournir des services ou établir des succursales dans d'autres États membres[271].

La directive sur les services d'investissement a jeté selon K. VUILLEMIN «*les bases de l'Europe boursière* »[272]. La deuxième directive bancaire couvrait les activités sur les marchés financiers, ce qui risquait de créer des distorsions de concurrence entre les établissements de crédit, bénéficiaires d'un agrément à portée communautaire, et les autres professionnels. C'est dans ces conditions que furent entrepris les travaux qui ont conduit à l'adoption de la DSI. Son entrée en

[270] Les articles L. 532-16 et suivants du Code monétaire et financier transposent cette directive en droit national « les prestataires agrées pour fournir des services d'investissement dans un État membre peuvent établir une succursale en France ou intervenir en libre prestation de services ; réciproquement tout prestataire de services d'investissement agréé par le CECEI ou l'AMF peut établir une succursale ou exercer ses activités en libre prestation de services sur le territoire d'un autre Etat membre ».

[271] En matière bancaire, des règles communautaires, de grande portée avaient déjà été adoptées : institution d'un ratio de solvabilité, surveillance et contrôle des grands risques et soumission des établissements de crédit à une surveillance sur base consolidée. La DSI étend ces mesures, avec les adaptations nécessaires aux entreprises d'investissement Et réciproquement, le régime applicable aux établissements de crédit est complété pour tenir compte de ce qu'eux aussi peuvent offrir des services d'investissement.

[272] V. K. VUILLEMIN, « l'agrément unique communautaire des entreprises d'investissement », *RMCUE* mai 1994, n°378, p.307.

vigueur le 1er janvier 1996 marque l'achèvement du marché unique des services financiers qui a déjà été réalisé pour les organismes de placements collectifs en valeur mobilière (O.P.C.V.M.) coordonnées le 1er octobre 1989, pour les mouvements de capitaux le 1er juillet 1990, pour les services bancaires le 1er janvier 1993, pour les assurances le 1er juillet 1994[273].

110. La directive du 21 avril 2004 dite MIF ou MIFID. Cette directive, qui abroge celle du mai 1993, est directement issue du processus Lamfalussy[274]. Elle a été transposée en droit français par une ordonnance du 12 avril 2007[275] qui a supprimé le deuxième paragraphe de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier relatif aux instruments financiers à terme[276]. Le régime juridique des entreprises d'investissement a été profondément remanié avec cette directive. Elle constitue la pierre angulaire du Plan d'action sur les services d'investissements (PASF). Elle vise à créer un véritable marché européen des capitaux et des services financiers. Les services et activités d'investissement reçoivent une définition élargie qui dépasse les établissements de crédit et les anciens prestataires de service d'investissement, pour être étendue, d'un côté, à certains types de produits (ex. produits dérivés), et, d'un autre, à certains types de prestations (conseil en investissement). Depuis le 1er novembre 2007, le conseil en investissement est un service d'investissement. La première conséquence de cela est la nécessité d'un agrément préalable. Cette obligation ressort du considérant 3 de la directive MIF, confirmé par le considérant 17, qui énonce que « *les personnes qui fournissent des services d'investissement et/ou exercent des activités d'investissements couverts par la présente directive devraient être soumises à un agrément délivré par leur État membre d'origine aux fins d'assurer la protection des investisseurs et la stabilité du système financier* ». L'agrément

[273] P. CLAUZEL, « Les règles de fonctionnement du marché unique des services d'investissement dans l'Union européenne », *L.P.A*, 10 janvier 1996, p.38.
[274] Socle procédural sur lequel sera bâtie la législation adoptée dans le cadre du plan d'action pour les services financiers 1999-2005 (PASF).
[275] Ord. n° 2007-544 du 12 avril 2007 (JO, 16 mai 2007, p. 9127) relative aux marchés d'instruments financiers, prise en application de la « loi d'habilitation » n° 2007-212 du 20 février 2007.
[276] H. LE NABASQUE, « La nouvelle nomenclature des instruments financiers issue de la directive MIF du 21 avril 2004 », *Bull. Joly Bourse*, 2007, n° 5, p.551.

n'est obligatoire cependant que si l'activité est exercée à titre principal[277]. La seconde conséquence de cette qualification donnée par la directive MIF est la possibilité pour un conseiller en investissement de bénéficier du passeport européen. Agrée par un Etat membre, le conseiller en investissement va pouvoir créer des succursales librement dans les autres pays membres sans devoir solliciter un autre agrément. La directive MIF organise la licence unique des entreprises d'investissement sur le modèle déjà connu pour les banques et les entreprises d'assurance, ce qui implique de devenir membre des marchés réglementés dans les Etats d'accueil, ou d'avoir accès au systèmes de règlement ou de compensation. Les marchés eux-mêmes sont visés par cette directive. Les marchés réglementés doivent faire l'objet d'un agrément et doivent satisfaire à des exigences d'organisation et de transparence (accès à la négociation des instruments financiers et des opérateurs).

§3 - LE RÔLE DE L'AGRÉMENT UNIQUE DANS LA CONSTRUCTION D'UN MARCHÉ EUROPÉEN DES ASSURANCES

111. L'adoption de l'agrément unique et une lacune à combler. Comme les services bancaires, le recours à l'assurance étant devenu un élément indispensable à tout opérateur. Il fallait donc qu'au niveau européen, les facteurs de production, les produits et les capitaux puissent circuler sans entrave sous l'aiguillon de la concurrence. De même, les obstacles réglementaires cloisonnant les marchés d'assurance devaient disparaître. La première étape était d'obtenir des Etats membres une renonciation à toute discrimination et une acceptation de l'établissement sur leur territoire de compagnies d'assurances ressortissantes d'autres Etats membres dans des conditions identiques à celles qu'ils imposaient à leurs propres entreprises. Il fallait ensuite procéder à une harmonisation des conditions d'établissement pour éviter les phénomènes d'attirance artificielle vers des Etats aux législations relativement plus souples que d'autres. Cette harmonisation qui était plus longue que celle observée en matière bancaire, avec une différence de méthode selon qu'il s'agissait de l'assurance-dommage ou l'assurance-vie, a aboutit au même résultat final qui consistant en l'adoption d'un agrément unique (A). Cependant, et comme en matière bancaire, l'établissement

[277] Ph. ARESTAN, « Transposition de la directive MIF, le statut de conseiller en investissement financier en devenir », *Banque et droit*, Janv.-fév. 2008, n°117, p.3 et s.

par voie de succursale avait une lacune. La notion même de succursale n'était pas aussi claire, par conséquent la frontière entre la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services était difficile à cerner. Ceci fait échapper certains professionnels de l'assurance à la réglementation sur la liberté d'établissement car ils prétendaient agir en liberté de prestation de service. La Commission européenne est intervenue pour donner son avis sur la question mais son intervention restait insuffisante. La jurisprudence, non plus, n'a pas apporté la clarté espérée (B).

A. L'agrément unique des sociétés européennes d'assurance

112. Une harmonisation lente et difficile. L'évolution du droit européen de l'assurance[278] est parallèle à celle observée en matière bancaire. Dans le secteur des assurances, en plus des législations contrastées des pays membres, le secteur était plus divers que le secteur bancaire. Il semble moins bien se prêter aux formules globales de reconnaissance mutuelle ou de licence unique[279]. Contrairement à la banque, qui connaît de longue date des instruments similaires d'un pays à l'autre, l'assurance est profondément ancrée dans les traditions juridiques nationales. Ses relations avec la responsabilité civile sont une explication[280]. Une distinction doit être faite entre l'assurance « non vie » et « l'assurance sur la vie ». Ajouté à cela que l'assureur ne pouvant des fois assurer seul certains risques, la réassurance auprès d'autres sociétés d'assurance se révèle nécessaire.

1. L'assurance vie et l'assurance non vie

113. Une harmonisation plus facile pour l'assurance non vie. L'assurance non vie recouvre les secteurs traditionnels de l'assurance

[278] C.-J BERR, considère que c'est une notion trompeuse. « Elle laisse croire en l'existence d'un arsenal de textes d'origine communautaire constituant le cadre unique de l'activité d'assurance. Or la totalité de l'activité normative s'est déployée presque exclusivement sous forme de directives d'harmonisation adressées aux Etats, intégrées depuis longtemps dans leurs droits nationaux. Aussi bien les règles de droit positif applicables à l'assurance sont-elles à rechercher dans les instruments spécifiques à chaque Etat, par exemple dans le Code français des assurances. L'auteur suggère alors d'utiliser l'expression d'inspiration communautaire des droits nationaux de l'assurance au lieu de celle de droit européen des assurances ». *J. -Cl. Civil Annexes,* Fasc. 150, Assurances terrestres – Droit européen des assurances – Cadres généraux, n°3.

[279] H. CLAASSENS, "*Het verzekeringsrecht in de Europese Gemeenschap : huidige stand van zaken*", R. W (Belgique), 1978-79, p. 1538-1580 ; Ph. CHAPATTE, "*Freedom to provide insurance services in the European Community*", European Law Review, 1984, p. 3-27.

[280] V. GAVALDA et PARLÉANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, op. cit. n°350.

responsabilité. Ces formes d'assurance ne touchent guère à l'épargne publique. Elles ne sont pas une forme d'investissement et de placement. La libération dans ces secteurs a pu s'opérer sans trop de difficultés. L'assurance sur la vie est, en revanche, de toute autre nature. C'est dans ce secteur que les négociations ont été les plus longues à aboutir. Il a fallu quatre vagues de directives[281] au secteur des assurances, dont celle de 1992 qui fut la plus décisive, pour arriver à l'objectif atteint par le secteur bancaire.

114. Agrément unique. L'harmonisation des agréments était la phase finale du processus de construction du marché européen de l'assurance. Cette harmonisation avait, à l'époque, fait l'objet d'un examen attentif de la part des négociateurs du dernier round des négociations du GATT[282]. Sous le régime de la directive Établissement pour l'assurance non vie du 24 juillet 1973[283], et la directive Établissement pour l'assurance vie du 5 mars 1979[284], lorsqu'une entreprise avait déjà obtenu l'agrément d'un État membre et souhaitait créer une succursale dans un autre État, elle devait recevoir l'agrément correspondant dans le pays de siège de la succursale. Certaines conditions étaient nécessaires à réunir. L'entreprise devait limiter son objet social à l'activité d'assurance à l'exclusion de toute activité commerciale et elle devait présenter un programme d'activité indiquant la nature des risques garantis, les conditions générales et spéciales de police, les tarifs envisagés et les éléments constituant le minimum de garantie. Cette première vague de directives a, comme dans le secteur bancaire, harmonisé les conditions et la procédure de délivrance des agréments. Elle a aussi imposé aux entreprises d'assurance de constituer, selon les règles coordonnées au niveau

[281] Les premières directives de 1973 et 1979 visaient à favoriser la liberté d'établissement par l'harmonisation des conditions d'octroi de l'agrément administratif et des règles prudentielles (marge de solvabilité, fonds de garantie minimale). Les secondes étaient les directives de 1988 et 1990, dites deuxièmes directives, et intéressaient principalement la libre prestation des services. Cet ensemble de textes incomplet avait un caractère transitoire. C'était la troisième vague de 1992 qui était décisive car instaurant la licence unique. La quatrième vague initiée en 2000 a poursuivi l'objectif fondamental de la constitution d'un marché intérieur des services d'assurances aux particuliers.

[282] R. B. WOODROW, "Insurance services in the Uruguay Round Services Negotiations: An Overview and analysis of positions taken by U.S., E.C. & Japan", *Progres Newsletter*: *Research Programme on the Service Economy*, (Geneva, Switserland), n°19, déc. 1993, p. 9-13.

[283] Transposée en droit français par la loi n° 74/267 du 5 mars 1979. Pour plus de détails V. La directive du 24 juillet 1973 : directive de coordination, *RGAT.,* 1973, p. 406, directive de libération, *RGAT*., 1973, p. 575. J. TOUSSAINT, « L'instauration de la liberté d'établissement en assurance-dommage », *RGAT*, 1973, p.579 ;

[284] Transposée en droit français par la loi n° 83/453 du 7 juin 1983.

européen et sous le contrôle de l'Etat de leur siège social, une marge de solvabilité pour l'ensemble de leurs activités (y compris celles de leurs agences et succursales situées dans d'autres Etats membres)[285].

115. L'adoption de l'agrément unique. Ce sont les directives du 18 juin 1992 en matière « d'assurance non vie »[286] et du 10 novembre 1992 pour « l'assurance vie »[287], dites directives de troisième génération, qui ont remplacé l'agrément administratif par un agrément administratif unique[288] valable pour l'ensemble de la Communauté. Il permet à une entreprise d'assurance agrée dans un État membre de pouvoir s'établir facilement dans un autre État membre sans demander aucun autre agrément. L'agrément est donné par branche et il couvre la branche entière, sauf si le requérant ne désire garantir qu'une partie des risques relevant de cette branche. La possibilité d'agrément par groupes de branches vaut également pour la garantie des risques accessoires compris dans une autre branche, si certaines conditions prévues par la directive (ann. C) sont remplies directive de référence aujourd'hui est la directive du 5 novembre 2002 qui constitue une étape importante vers le rapprochement des marchés nationaux dans un seul marché intégré. Elle a été transposée en droit français par les décrets n°2004-486 et n°2004-487 du 28 mai 2004[289].

---

[285] F. LOHEAC, « Le marché unique de l'assurance : opportunités, limites et perspectives », *RMCUE,* nov. 1994, n°382, p.593.

[286] Directive n° 92/49 : JOCE n° L.228, 11 août 1992 ;

[287] Directive n° 92/96 : JOCE n° L.360, 9 décembre 1992.

[288] Transposées en France le 4 janvier 1994 ; Pays Bas le 9 mars 1994; Portugal le 9 avril 1994; Danemark le 26 avril 1994; Norvège le 16 juin 1994; Royaume-Uni le 22 juin 1994; Allemagne le 21 juillet 1994, Belgique le 12 août 1994; Italie la loi dite de procuration du 22 février 1994. V. 3ème directive-vie, la position européenne » *Argus* 31 janv. 1993, p. 55 ; J.-L. BELLANDO, « Assurance-vie, 3ème directive » *Rev. Courtage*, cot. 1993, p.18 ; P. BROOK, « A vos marques le 1er juillet 1994 », *Argus* 27.11.1992, p.26 ; B. BAILLOT, « La dernière étape du marché unique de l'assurance-vie », *Gaz. Pal*., 5 mai 1993, p.2 ; L. BRITTAN, « Troisième directive-vie : agrément unique et programmes des euro-retraites », *Risques,* n°7, sept. 1991, p.41 ; J.-Ph. THIERRY, « Les assureurs-vie et le grand marché européen », *Risques*, n°7, sept. 1991, p.65 ; P. LEFAS et A.-F.LEFÈVRE, « La transposition des troisièmes directives en droit français », *Risques* n°25, janv.-mars 1996, p.175. ; M. DASSESSE, « The Third Life Insurance Directive : An Overview, *Int. Ins. Law Rev*., 1994, pp. 28-32 ; J.-P. FEVRE, « Les troisièmes directives assurances : liberté et responsabilité pour les assureurs », *AidA Sezione Lombarda, Milano*, 4 novembre 1994, p. 13 ; VAN SHOUBROEK, Professionele aansprakelijkheid verzekering en de Europese Interne Markt, Anvers, Maklu-CED Samsom, 1994 ; E. COPPOLA DI CANZANO, «Some Strategic Issues in the Insurance Industry Today », *Geneva Papers on Risk and Insurance*, april 1994, pp. 127-134 ; H. DRABBE, « The Internal Market for Insurance : A Reality », *Geneva Papers on Risk and Insurance*, april 1994, pp. 135-143 ; H. L. DE BOER, « Recht, Verzekering en Europa », *Verz. Arch*., 1994, pp. 95-100

[289] *J.O* du 5 juin.

2. La réassurance

116. Une harmonisation qui vise à éviter les divergences entre différents types d'assurance. Nécessaire à toute activité d'assurance, la réassurance ne fait intervenir que des professionnels. « *C'est un contrat par lequel l'assureur se décharge sur une autre personne, le réassureur, de tout ou partie des risques qu'il a assumés* »[290]. L'activité de réassurance a pris depuis longtemps une dimension internationale. Au niveau européen, c'est la directive n°2005/68/CE du 16 novembre 2005[291] qui a eu pour objectif de créer un passeport européen pour les entreprises de réassurance. Toute entreprise s'adonnant à ce type d'activité, agréée dans le pays où elle a son siège social, peut exercer la réassurance dans l'ensemble de l'Union européenne. Les entreprises de réassurance autres que les entreprises d'assurance visées par les directives non-vie et vie doivent se soumettre à un agrément administratif, à des contrôles ou à des obligations prudentielles conçues sur le modèle de ce que connaissent les entreprises d'assurance. L'objectif de la directive était de mettre fin au régime distinctif qui avait jusqu'alors caractérisé l'activité de réassurance par rapport à l'assurance. L'activité de réassurance n'était contrôlée que lorsqu'elle était pratiquée par des entreprises opérant simultanément en assurance directe. Le contrôle de solvabilité était global et les engagements des assureurs vis-à-vis des assurés figuraient bruts de réassurance au bilan des assureurs. Les réassureurs spécialisés échappaient au contrôle. La directive de 2005 a donc mis fin aux divergences qui existaient entre les États membres concernant les entreprises autorisées à exercer la réassurance. Elle a repris la distinction opérée en matière d'assurance directe, entre réassureurs ayant leur siège dans un autre État de l'Union européenne ou l'EEE (agissant alors en LPS ou en LE), et assureurs relevant de pays tiers. Le dispositif réglementaire applicable est aussi calqué sur le régime applicable en matière d'assurance directe. A condition qu'elles soient régulièrement établies et agrées dans un État membre, les entreprises de réassurance de l'EEE peuvent agir en liberté d'établissement à partir de leur succursale. Ce mode d'exercice au sein de la Communauté européenne se caractérise par une souplesse certaine puisqu'il ne suppose pas comme pour les

[290] M. HAGOPIAN, *Traité de droit des assurances, Entreprises et organismes d'assurances*, sous la direction de J. BIGOT, L.G.D.J, 2e éd, 1996, p.609.
[291] JOUE du 9 décembre 2005. Elle a été transposée en droit français par le décret et l'arrêté du 7 novembre 2008.

entreprises d'assurance directe d'information préalable. « *Les provisions relatives aux affaires cédées à un réassureur peuvent être représentées sans condition* »[292], autrement dit sans que les réassureurs ne doivent nantir leurs engagements. Pour les entreprises d'assurance établies dans un État hors de l'EEE, l'obligation de nantissement est toutefois maintenue. Cette exigence est largement justifiée dès lors que ces entreprises ne bénéficient pas du régime réglementaire et prudentiel harmonisé. Lorsqu'elles agissent par l'intermédiaire d'une succursale établie en France, le nouvel article R. 321-25 du Code des assurances leur impose par ailleurs de désigner un mandataire général qui soit doté de pouvoirs suffisants pour les engager à l'égard des tiers et des autorités de contrôle.

B. La notion de succursale de société européenne d'assurance

117. Une notion difficile à cerner. Est assimilée à une succursale la présence permanente d'une entreprise, notamment au moyen « *d'un simple bureau géré par le propre personnel de l'entreprise, ou d'une personne indépendante mais mandatée pour agir en permanence pour l'entreprise comme le ferait une agence* »[293]. Comme en matière bancaire, cette disposition a donné lieu à de nombreuses difficultés qui tiennent à la dualité des modes d'exercice de l'activité d'assurance : établissement ou prestation de services[294]. Il fallait éviter que, pour s'affranchir des lourdeurs et des contraintes inhérentes à l'établissement proprement dit, certaines entreprises prétendent agir dans le cadre plus souple de la liberté de prestation de services, alors qu'elles seraient en réalité des entreprises établies dans un Etat membre autre que celui du siège social[295]. Reste que l'appréciation du caractère permanent de l'activité d'une personne indépendante demeurait pleine d'incertitude. Dans une communication interprétative (*JOUE* du 16 février 2000), la Commission a donné son point de vue sur la question. En s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice[296], la Commission considère que l'assimilation d'une personne indépendante à une agence ou à une succursale - soumise comme telle aux règles de l'établissement – n'est possible qu'à la triple

[292] L'article R. 332-3-3 al.2 modifié du Code des assurances.
[293] Art. 1er, b de la directive n°92/49 et la directive n°92/96, ainsi que l'art.3 des directives n°88/357 et 90/619.
[294] V. « Libre prestation de services et l'intérêt général dans le secteur des assurances » *JOCE* n° C 43, 16 février 2000.
[295] C.-J. BERR, *J.-Cl. Europe*, Fasc.1010, Assurances terrestres – Droit européen des assurances – Cadres généraux,.
[296] Arrêt Somafer précité.

condition que cette personne soit soumise à la direction et au contrôle de l'entreprise d'assurance qu'elle représente, qu'elle puisse engager cette dernière et enfin qu'elle soit dotée d'un mandat permanent. Ainsi, échapperaient à l'assimilation, par exemple, de simples prospecteurs de marché, une structure permanente chargée de l'encaissement des primes ou de la seule réception des déclarations de sinistres ou même de la gestion de dossiers concernant des sinistres et du paiement des indemnités en paiement des instructions données par l'assureur lui-même.

SECTION 3 :

LA PROCÉDURE D'AGRÉMENT UNIQUE

118. Un contrôle de la sortie et de l'entrée de la société. L'octroi d'un agrément par les autorités du pays d'origine suppose un contrôle à la fois par le pays d'origine et par le pays d'accueil. C'est une forme de coopération entre les autorités pour s'assurer que l'établissement de crédit, la société d'assurance ou le prestataire de service d'investissement (PSI) sont capables de mener au mieux leurs activités. Un juste équilibre semble avoir été trouvé par les rédacteurs de la deuxième directive bancaire, entre les pouvoirs de l'État membre d'origine et ceux de l'État membre d'accueil : pour l'un, il s'agit de contrôler la sortie d'un établissement de crédit hors de son territoire, et systématiquement pour l'autre, d'organiser l'entrée sur le sien. L'établissement de crédit, la société d'assurance ou l'entreprise d'investissement qui souhaite bénéficier de la reconnaissance mutuelle doit suivre cinq étapes que nous pouvons classer en deux grandes étapes : « le visa de sortie » examiné par le pays d'origine et « le visa d'entrée » examiné par le pays d'accueil. Ce sont les autorités compétentes de l'État membre dans lequel l'établissement de crédit a été agréé (État d'origine) qui ont la responsabilité d'apprécier si le projet d'implanter une succursale dans un autre État membre (État d'accueil) peut être réalisé eu égard à la situation administrative et financière de l'établissement de crédit, la société d'assurance ou le PSI concerné. Les autorités de l'État membre d'origine délivrent une sorte de « visa de sortie » pour l'implantation d'une succursale (§1). Les autorités de l'État membre d'accueil ne sont pas, cependant, dépourvues de tout pouvoir lors ce que l'établissement de crédit, la société d'assurance ou le PSI entrent sur leur territoire en implantant une succursale. Ils délivrent une sorte de « visa d'entrée » (§2)

§1 - L'EXAMEN DU VISA DE SORTIE DE LA SOCIÉTÉ PAR LE PAYS D'ORIGINE

119. Première étape, la notification à l'autorité compétente de l'Etat d'origine « le visa de sortie ». Un établissement de crédit, une entreprise d'investissement ou une société d'assurance qui est en droit d'invoquer le bénéfice de la reconnaissance mutuelle et qui souhaite établir une succursale sur le territoire d'un Etat membre notifie ce souhait à l'autorité compétente de l'Etat d'origine[297]. S'agissant d'un prestataire de services d'investissement, la procédure d'information prend la forme d'une notification du projet par le prestataire au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) et à l'Autorité des marchés financiers (AMF)[298]. Cette notification est obligatoire, l'établissement de crédit ne peut volontairement renoncer au bénéfice de la reconnaissance mutuelle pour établir sa succursale sur le territoire d'un autre Etat membre sur la base des seules dispositions du traité moyennant un agrément de la part de l'autorité compétente de l'Etat d'accueil[299]. L'article 6 de la deuxième directive bancaire (devenu l'article 16 de la directive du 14 juin 2006) interdit aux Etats d'accueil d'exiger un agrément en ce qui concerne les succursales des établissements de crédit agréés dans d'autres Etats membres. L'article 25 alinéa 2 de la directive de 2006 impose aux Etats membres de prévoir que la notification doit au moins être assortie des informations suivantes : l'Etat membre sur le territoire duquel l'établissement de crédit envisage d'établir une succursale ; un programme d'activité dans lequel seront indiqués le type d'opérations envisagées et la structure de l'organisation de la succursale ; l'adresse à laquelle les documents peuvent lui être réclamés dans l'Etat membre d'accueil et enfin le nom des personnes qui assureront la direction de la succursale. On peut signaler que la

[297] Article 25 de la directive du 14 juin 2006 pour les établissements de crédit ; l'article 32 al.2 de la directive du 21 avril 2004 pour les entreprises d'investissement et enfin l'article 40 al.1 de la directive n°2002/83/CE du 5 novembre 2002.

[298] Art. L.532-23 du Code monétaire et financier ; art.6, Décret n°96-880 du 8 octobre 1996.

[299] En France, la notification doit être adressée au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. L'art. 511-28 du Code monétaire et financier dispose que « Tout établissement financier ayant son siège social en France et désirant implanter une succursale sur le territoire d'un autre État membre pour offrir des services bancaires en libre établissement notifie son projet au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, assorti d'informations dont la nature est déterminée par le (L. n°2003-706 du 1er août 2003, art 46-VI) « ministre chargé de l'économie ».». En matière d'assurance, la notification est adressée à la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance française.

directive ne s'oppose pas à ce que la législation de l'Etat d'origine ou l'autorité compétente de cet Etat exige la présence d'au moins deux dirigeants.

120 Deuxième étape, l'examen de la notification par l'autorité de l'Etat d'origine. L'autorité compétente de l'Etat d'origine doit vérifier si, compte tenu du projet d'établissement d'une succursale, l'établissement de crédit, la société d'assurance ou le prestataire de services d'investissement disposent de structures administratives adéquates et s'il n'y a pas de raisons de douter de leur situation financière[300]. Un « visa de sortie » ne peut être délivré que si l'autorité compétente de l'Etat d'origine est d'avis que le projet n'appelle pas d'observations sous ces angles. En cette matière, la responsabilité de l'autorité compétente de l'Etat d'origine est d'autant plus grande que l'Etat d'accueil a fait abandon de ses compétences prudentielles à l'égard des succursales des établissements de crédit agrées dans un autre Etat membre. Un établissement qui se voit refuser le « visa de sortie » ne peut pas établir la succursale envisagée sur le territoire d'un autre Etat membre, ni sous le régime de la reconnaissance mutuelle de la directive, ni par application des dispositions du traité concernant le droit d'établissement. Cette interdiction n'est pas incompatible avec l'article 43 du traité de Rome (actuel article 49 du TFUE) puisque l'interdiction faite aux Etats d'entraver le droit d'établissement connait des exceptions lorsque ces entraves sont justifiées par des raisons prudentielles tenant à la situation de l'établissement de crédit et qu'elles visent à protéger les épargnants qui résident dans l'Etat d'accueil. D'après R. SMITS, « *le refus d'un visa de sortie pour un motif tenant à la situation financière de l'établissement de crédit conduit à opérer une distinction entre créanciers de l'Etat d'origine et créanciers de l'Etat d'accueil, ce qui serait incompatible avec le marché unique sans frontières intérieures* »[301].

[300] Article 321-3 du Règlement général de l'AMF pour les prestataires de services d'investissement et aussi les articles L. 532-23 et R 532-24 du Code monétaire et financier. En France, l'AMF n'a qu'une compétence restreinte dans l'appréciation du passeport européen. Elle est simplement destinataire des notifications effectuées par les prestataires concernés au CECEI. L'AMF informe les intéressés des règles de bonne conduite et des autres dispositions d'intérêt général qu'ils sont tenus de respecter pour garantir la protection des investisseurs et la régularité des opérations (art. 321-4 du Règlement général de l'AMF).

[301] Freedom of establishment and freedom to provide services under the Second Banking Directive, Banking and EC Law Commentary, *Amsterdam Financial Series,* sous n° 6.3.3 et 6.4.2.

Le même régime s'applique en matière d'assurance. L'autorité du pays d'origine (en France, la Commission de contrôle des assurances, mutuelles et institutions de prévoyance) apprécie les structures administratives et la situation financière de l'entreprise concernée. Si elle estime qu'il y a adéquation entre ces structures et cette situation financière et le projet d'établissement dans un autre État des communautés européennes, elle communique à l'autorité de contrôle de cet État les documents permettant l'exercice de l'activité envisagée. Elle dispose d'un délai de trois mois à compter de la réception du dossier complet sur le projet pour communiquer les informations prévues à l'autorité compétente de l'Etat de la succursale. Ce délai est réduit à un mois en cas de modifications de la nature ou des conditions d'exercice des activités de la succursale[302].

§2 - L'EXAMEN DU VISA D'ENTRÉE DE LA SOCIÉTÉ PAR LE PAYS D'ACCUEIL

121. Troisième étape : la communication à l'autorité compétente de l'Etat d'accueil. Lorsque l'autorité compétente de l'Etat d'origine n'a pas d'objection à l'égard du projet d'établissement d'une succursale, elle communique un certain nombre d'informations à l'autorité compétente de l'Etat d'accueil. Il s'agit d'abord des informations que l'établissement a lui-même fait parvenir à l'autorité compétente de l'Etat d'origine. Il s'agit ensuite de certaines informations qui doivent être communiquées sous la responsabilité de cette dernière, à savoir le montant des fonds propres, le ratio de solvabilité et des précisions sur tout système de garantie des dépôts qui vise à assurer la protection des déposants de la succursale. Cette communication doit intervenir dans les trois mois suivant la réception de toutes les informations prescrites. L'établissement de crédit est avisé de cette communication. L'absence de décision dans le délai fixé est considérée comme une décision implicite de refus. Toute décision de refus, qu'elle soit explicite ou implicite, doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel dans l'Etat d'origine[303].

[302] Article R. 310-17. II du Code des assurances.
[303] A. RAYNOUARD, *Rép. Dalloz Communautaire* précit. n°34, et pour les succursales d'entreprises d'assurance v. W.-E POOL, *Rép. Dalloz Communautaire*, V° Assurance, spéc. n°44.

122. Quatrième étape, l'organisation de surveillance par l'autorité de l'Etat d'accueil « le visa d'entrée ». L'autorité compétente de l'Etat d'accueil de la succursale dispose de deux mois à compter de la réception de la communication pour indiquer à l'autorité compétente de l'Etat d'origine les conditions dans lesquelles les activités doivent être exercées dans l'Etat d'accueil de la succursale. C'est le cas des conditions quant à la dénomination sous laquelle la succursale exercera ses activités pour éviter tout risque de confusion. Pendant le délai de deux mois l'autorité compétente de l'État d'accueil indique aussi à l'établissement de crédit, l'entreprise d'assurance ou le PSI les conditions dans lesquelles, pour des raisons d'intérêt général, leur succursale devra exercer son activité sur son territoire, c'est-à-dire qu'elle peut leur faire connaître la liste des dispositions qui s'imposeront à cette succursale. L'autorité compétente de l'Etat d'accueil est elle cependant obligée d'indiquer à l'établissement ou l'entreprise concernés les conditions d'intérêt général dans lesquelles les activités doivent être exercées ? La version française « le cas échéant » laisse penser que la réponse est affirmative. En revanche, la version anglaise « *if necessary* » semble impliquer que cette indication est laissée à la discrétion de l'autorité concernée. Les rédacteurs de la deuxième directive bancaire voulaient donner à chaque État membre le droit de dresser une liste des mesures qu'il estime devoir être respectées sur son territoire, y compris par des succursales d'établissements de crédit agréés dans d'autres États membres. Les raisons remontent aux travaux préparatoires de la directive à propos de la législation qui serait applicable aux activités exercées par les établissements de crédit dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des agréments. Le livre blanc de 1985 venait de lancer l'idée de la reconnaissance mutuelle : ce concept avait été reçu comme un prodigieux moyen de faire avancer rapidement la réalisation du marché intérieur, et la nouvelle approche de la Commission était au centre de tous les débats. Il faut cependant bien admettre que la notion même de reconnaissance mutuelle n'était pas encore très claire dans tous les esprits. S'agissant des établissements de crédit, on n'avait donc pas encore bien vu, malgré les tentatives d'explication éclairée[304], que la reconnaissance mutuelle ne pouvait s'entendre que des agréments et des contrôles (c'est-à-dire des mesures de police administrative et économique) et non

[304] J. PARDON, « la distribution des produits bancaires. La loi applicable », *Banque et droit*, n° spécial, Les données juridiques du marché bancaire unique, 1988, p.33.

pas des législations nationales relatives aux contrats, comme par exemple la législation sur le crédit hypothécaire, le cautionnement, etc. Au contraire, alors que la deuxième directive n'était encore qu'une proposition[305], il avait été prévu, dans son exposé des motifs, un 14ème considérant qui semblait vouloir étendre la reconnaissance mutuelle à ces contrats, curieusement appelés « techniques financières ». Ce 14ème considérant (devenu le 16ème dans les textes définitifs) n'est plus rédigé comme il l'était alors[306]. C'était admettre que dans chaque État d'accueil, les établissements de crédit de chacun des États membres pourraient exercer leur activité, c'est-à-dire nouer des relations contractuelles (constitution d'hypothèque, cautionnement, dépôt, crédit-bail, etc.) selon leur propre législation nationale : on a immédiatement pris conscience que de très sérieux conflits allaient s'élever. Comment un État allait-il pouvoir admettre que sur son territoire les contrats bancaires soient régis par onze législations en plus de la sienne (la Communauté ne comportait alors que douze États) ? Comment allait-il admettre que des dispositions manifestement contraires à sa propre conception dans telle ou telle matière contractuelle soient appliquées sur son territoire ? Aussi la fin de la phrase du 14ème considérant comportait-elle une réserve : ces « techniques financières » de l'État d'origine ne devaient pas être « en opposition avec les dispositions légales d'intérêt public en vigueur dans l'État membre d'accueil ». Et c'est ainsi qu'est introduite dans le texte (d'abord sous le terme de dispositions d'intérêt public) cette notion de dispositions d'intérêt général que l'État d'accueil pourrait imposer. Et c'est la Cour de justice des Communautés européennes qui a donné une interprétation de cette notion. La liste des dispositions d'intérêt général ne fut cependant jamais arrêtée dans la directive. En revanche, pour satisfaire les États qui étaient attachés à cette idée de liste et pour permettre une certaine information *a priori* des établissements de crédit lors de leur implantation d'une succursale dans tel ou tel État membre, les rédacteurs de la directive donnèrent à l'autorité compétente de l'État d'accueil le droit d'indiquer les mesures d'intérêt général qui s'imposeront à la succursale. Ainsi, tous les États membres ont préparé, chacun en ce qui le concerne, la liste des dispositions nationales qui, pour des raisons d'intérêt général, s'imposent sur leur territoire aux succursales des

[305] Proposition du 23 février 1988, *JOCE* n° C 84 du 31 mars 1988, p.1.
[306] La rédaction initiale était la suivante « *les États membres doivent veiller à ce qu'il n'y ait aucun obstacle à ce que les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle puissent être exercées suivant les techniques financières en usage dans l'État membre d'origine* ».

établissements de crédit agréés dans les autres états membres. Ces listes ont été diversifiées, compte tenu d'abord des différences entre les législations nationales, mais compte tenu aussi des différences entre les conceptions mêmes de l'intérêt général selon les États. Certaines listes étaient courtes, d'autres en revanche étaient longues.

La liste établie par les États a une portée limitée par le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes. L'établissement de crédit peut, au prétexte que la disposition que l'État d'accueil prétend lui imposer est contraire à la liberté d'établissement, en contester le bien-fondé. Si un litige est porté devant les tribunaux nationaux, une question préjudicielle ne manquerait pas d'être posée à la Cour de justice. Cette dernière reste juge de l'appréciation des mesures d'intérêt général pouvant justifier une restriction à la liberté d'établissement.

123. Cinquième étape. Le début des activités. Dés la réception de la communication de l'autorité compétente de l'Etat d'accueil, et en cas de silence de la part de celle-ci, dès l'échéance du délai de deux mois dont cette autorité dispose pour organiser la surveillance, la succursale peut être établie et commencer ses activités sur le territoire d'un autre Etat membre au plus tard à l'issue d'un délai de cinq mois à dater de la notification à l'autorité compétente de l'Etat d'origine. L'autorité compétente de l'Etat d'accueil peut empêcher l'établissement de crédit de commencer toutes ou certaines de ses activités envisagées à l'issue du délai de deux mois pour des raisons tenant à un domaine de compétence de cet Etat[307]. Si, par exemple, l'organisation de la succursale ne permet pas de respecter les règles de l'Etat d'accueil en matière de liquidité, il est normal que le début des activités puisse être reporté jusqu'au moment où l'établissement est en mesure de respecter ces règles.

Toute modification de l'une des informations que l'établissement de crédit a notifiées, ou de modification du système de garantie de dépôts, doit être notifiée tant à l'autorité compétente de l'Etat d'origine qu'à celle de l'Etat d'accueil un mois au moins avant d'effectuer le changement. Il découle de cette disposition que l'établissement de crédit doit faire une nouvelle notification lorsqu'il envisage de modifier l'adresse de la succursale ou changer un ou plusieurs des dirigeants

[307] J.-P. DESCHANEL et J. STOUFFLET, « Vers un statut bancaire européen », *Banque et droit*, 1991, n°17, p.92. ; P. CLAROTTI, op. cit. p.453.

responsables de celle-ci, ou lorsque ledit établissement veut commencer un nouveau type d'activités. Il doit également faire une nouvelle notification en cas de modification de la structure de l'organisation de la succursale. Cette dernière exigence doit cependant être appliquée de manière raisonnable : seules les modifications significatives au regard de l'adéquation des structures administratives devraient donner lieu à notification.

124. Conclusion du Chapitre : **le libéralisme**. Les succursales comme mode d'établissement ont participé, pour partie, à la réalisation de l'objectif fixé au sein de l'espace européen qui était de permettre aux intermédiaires professionnels que sont les établissements de crédit, les sociétés d'assurance ou les prestataires de services d'investissement, de proposer leurs services à l'ensemble de la clientèle communautaire. La construction d'un espace financier ne se concevait pas sans liberté d'action de ces intermédiaires professionnels. Un agrément administratif sollicité pour chaque création d'une succursale dans un autre Etat membre aurait eu pour conséquence d'entraver la liberté d'établissement dans les professions réglementées et de décourager les professionnels d'étendre leurs activités sur l'ensemble du territoire communautaire. L'adoption d'un agrément unique ou d'un passeport européen était, donc, une nécessité car il reflétait cette confiance mutuelle qui doit régner au sein de l'Union européenne. Cette confiance peut être étendue aux pays tiers qui ont des systèmes de contrôle très fiables. Certains groupements régionaux peuvent s'inspirer du passeport européen et de l'agrément unique. Nous pensons principalement aux pays de l'OHADA qui se dirigent vers une voie très réussie dans l'harmonisation de leur droit des affaires.

125. Conclusion de la Première partie. La création de succursales sur des territoires étrangers reflète l'autonomie des dites succursales. Les formalités à accomplir lors de l'implantation ne sont pas les mêmes selon que les succursales appartiennent à une maison mère nationale ou une maison mère étrangère. En cas de création d'une succursale par une société étrangère, les formalités de création sont plus importantes. Cela permet au pays d'accueil de bien surveiller les activités déployées sur son territoire. Les succursales de banques et de sociétés d'assurance constituent une version très poussée des succursales autonomes. Leur

création suppose la sollicitation d'un agrément. Les succursales d'établissements de crédit et de sociétés d'assurance tiers à l'Union européenne sont considérées comme des personnes juridiques. Une dotation en capital leur est demandée et leur supervision se fait principalement par le pays d'accueil. Il ne fait aucun doute aujourd'hui que la création de succursales, principalement dans les secteurs de banque et d'assurance, par des sociétés tiers à l'Union européenne répond surtout aux règles du pays d'accueil. En revanche, les sociétés à succursales intra-européennes sont soumises à une réglementation différente. La grande vague d'harmonisation au sein de l'Union européenne a eu pour conséquence le bouleversement de la territorialité qui caractérise les règles qui régissent la création des succursales. Les règles de publicité ont été harmonisées et les autres formalités comme la déclaration à la préfecture pour les gérants étrangers et la réglementation des investissements étrangers ont été supprimées. Les sociétés commerciales européennes créent plus facilement des succursales. C'est le cas aussi des établissements de crédit et sociétés d'assurance européennes. Depuis que les agréments bénéficient d'une reconnaissance mutuelle par les pays membres, la création de succursales bancaires et d'assurance est facilitée. On peut parler d'une exportation ou d'une extraterritorialité des règles du pays d'origine. La territorialité et l'extraterritorialité des règles applicables aux succursales n'est pas limitée à l'étape de la création, même durant leur fonctionnement les succursales étrangères sont soumises à la fois aux règles du pays d'origine de la maison mère et aux règles du pays qui les a accueillies.

DEUXIÈME PARTIE :
Le fonctionnement des succursales étrangères

126. L'ambivalence entre dépendance et autonomie. Une fois crées sur un territoire étranger, les succursales débutent une activité sous un autre régime juridique que celui de la maison mère. Les sociétés étrangères qui implantent leurs succursales à l'étranger, se trouvent en contact avec des ordres juridiques différents ; la délimitation des compétences de chacun d'eux est d'autant plus difficile qu'une part importante des dispositions applicables aux activités économiques exercées par les succursales étrangères a le caractère de lois de police et de sûreté, catégorie de normes pour lesquelles la coopération internationale reste fort limitée, sinon totalement absente[308]. Le caractère ambivalent des succursales étrangères qui, tout en étant liées à la maison mère, doivent être autonomes dans leurs rapports avec les tiers, soulève un certain nombre de problèmes. Celui de la compétence judiciaire d'abord (doit-on saisir le tribunal du lieu du siège ou celui de la succursale ?), et du droit substantiel applicable ensuite (doit-on appliquer la loi du lieu du siège ou celle du lieu de situation de la succursale ?). Les obligations contractées par des succursales sont soumises généralement, à défaut de choix, à la loi du pays de leur situation. Le fait qu'une opération commerciale soit négociée non par le siège mais par la succursale n'est pas indifférent[309]. Parce que la succursale située en France est dépendante d'une entreprise étrangère, deux lois peuvent se reconnaître une compétence pour régir son fonctionnement et sa gestion. La loi du pays de

[308] V. notamment Ch. GAVALDA, « Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire », *Pour ou contre la succursale internationale* ? D.P.C.I 1985, p. 426 ; J. STOUFFLET, E. BOURETZ et H. SMITH, J. -Cl. International, Fasc.566-25, op. cit. n° 3. V. aussi M. MENJUCQ, Rép. Sociétés Dalloz, V° Droit international des sociétés, n° 56 et s.

[309] J. STOUFFLET, « Succursales et filiales de sociétés étrangères », *in* Festchrift für Hermann JARRHEIß, zum 80. Geburtstag, 19 August 1974, *Herausgeben vom Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zü Koln, Carl Heymanns Verlag KG* – Köln – Berlin – Bonn – Münichen, 1974, p.308.

situation de la maison mère d'abord en raison de l'attachement des succursales à celle-ci, la loi du pays de situation des succursales ensuite car les conditions d'exercice de leur activité et les modalités de leur fonctionnement relèvent de la réglementation professionnelle locale. Certaines de ces lois sont qualifiées de police et par conséquent d'application immédiate à toute l'activité des succursales sur le territoire français (TITRE I). Le régime juridique des succursales étrangères n'est pas le seul à intéresser les sociétés étrangères désirant s'implanter sur un territoire étranger. L'enjeu fiscal a aussi une place cruciale dans la stratégie de ces sociétés. La fiscalité a autant d'importance que la loi applicable ou la compétence juridictionnelle. C'est dire les enjeux importants de la fiscalité internationale. Les sociétés cherchent à maximiser leurs profits et à s'installer par conséquent dans un pays qui offre une fiscalité clémente. L'implantation de succursales peut selon les pays présenter des avantages mais aussi des inconvénients. Les succursales étrangères souffrent encore d'une discrimination en raison du régime ambivalent entre personnalité fiscale et absence de personnalité juridique. Elles sont imposables en tant que personnes fiscales mais ne peuvent profiter de certains avantages en raison de l'absence de personnalité juridique. Cette situation tend à disparaître au niveau européen (TITRE II).

TITRE I

LE RÉGIME JURIDIQUE DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

127. La succursale : critère de rattachement. Peut-on saisir le tribunal du lieu de situation de la succursale ? Si la réponse est positive, sur quel fondement cette compétence est-elle fondée ? Le droit judiciaire privé veut que le tribunal compétent soit en principe celui du lieu du domicile du défendeur. Les sociétés étrangères étant domiciliées au lieu de leur siège social, le tribunal du pays où elles ont établi une succursale ne devrait donc pas se déclarer compétent. Cependant, pour les personnes morales l'article 43 du Code de procédure civile vise le lieu où les sociétés sont établies. Un établissement s'entend non seulement du siège social mais d'un établissement secondaire. Cette solution a été transposée au plan international[310]. La jurisprudence en droit commun [311] et des textes de droit communautaire ont décidé que les tribunaux du lieu où sont situées des succursales peuvent être saisis, si certaines conditions sont réunies (Chapitre 1). Une fois le tribunal compétent désigné, quelle sera la loi applicable à une obligation qui lie la maison mère mais qui a été contractée dans le cadre de l'exploitation de la succursale ? Appliquera-t-on la loi de la maison mère ou la loi

[310] La Cour de cassation a énoncé le « *principe qui étend à l'ordre international des règles internes de compétence* », v. Civ. 19 oct. 1959, *Pelassa D.* 1960, note G. Holleaux ; *RCDIP* 1960, p. 215, note Y. Loussouarn ; *JDI* 1960, p. 486, note J. -B. Sialelli ; V. notamment Cass. civ. 30 oct. 1962, *Scheffel*, D. 1963, p. 109, note G. Holleaux ; *RCDIP 1963,* p. 387, note Ph. Francescakis ; Civ. 6 nov. 1979, note Nassibian ; Civ. 13janv. 1981, *RCDIP* 1981, p. 331, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1981, p. 360, note A. Huet Sur l'ensemble v. A. HUET, J. -Cl. International, Fasc. 581-20, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux -Compétence internationale ordinaire- Principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne, n° 5 ; H. GAUDEMET-TALLON, Rép. Dalloz, international, v° Compétence civile et commerciale, n° 22.

[311] Qui est transposée en droit international. Cette jurisprudence est cependant moins nécessaire du fait de l'existence de l'article 14 du Code civil. Mais le demandeur français peut n'avoir pas intérêt à se prévaloir de ce texte dans la perspective de l'exécution de la décision à l'étranger, v. B. AUDIT, (avec le concours de L. D'AVOUT), Droit international privé, n° 344.

de la succursale ? L'obligation lie directement la maison mère. La succursale n'est que le prolongement de cette dernière, c'est-à-dire son établissement secondaire ; elle n'est pas un sujet de droit. Par conséquent, elle ne peut avoir de droits ni être liée par des obligations. La doctrine et la jurisprudence ont pourtant décidé que la loi applicable aux obligations nées au pays de situation de la succursale sera celle dudit pays si les obligations sont en rapport avec l'exploitation de ladite succursale (Chapitre 2).

CHAPITRE I

Les succursales, Chef de compétence internationale dans les litiges les mettant en cause vis-à-vis des tiers

128. La société attraite au lieu de situation de sa succursale. Déterminer le tribunal territorialement compétent lorsqu'un litige entre la société et des tiers est en rapport avec l'exploitation de la succursale étrangère présente un intérêt à la fois théorique et pratique considérable. Les succursales étrangères sont en rapport d'affaire avec des clients au nom de la maison mère. En cas de litige, les clients doivent savoir devant quel tribunal doit être portée toute action civile ou commerciale dirigée contre la société[312]. Cette dernière peut elle être attraite devant le tribunal du lieu de situation de sa succursale ? L'affaire litigieuse doit-elle être en rapport avec ladite succursale ? S'agit-il d'une option ? Ou d'une compétence exclusive ? La détermination de la juridiction compétente revêt une importance infiniment plus grande dans les rapports internationaux qu'en matière interne. S'il n'est pas indifférent au consommateur qui habite Clermont-Ferrand de porter sa demande devant le tribunal de son domicile ou de devoir saisir celui de Paris (car, dans les deux cas, il s'agira de tribunaux français, appliquant les mêmes règles de procédure et de fond, et devant lesquels pourra plaider un avocat avec lequel le demandeur aura établi un contact personnel ; et si un déplacement est nécessaire, pour le demandeur ou pour l'avocat, il sera d'une durée et d'un coût modestes), la situation est en revanche bien différente pour le consommateur français qui a contracté avec la succursale d'une société américaine. L'obliger à saisir le tribunal du domicile de la société, qui est le siège, est beaucoup plus

[312] Sous réserve des modes secondaires dans le domaine international que constituent la médiation ou la conciliation, la résolution des différends en matière commerciale internationale finit généralement devant une juridiction. Un autre mode de résolution des litiges commence aujourd'hui à avoir aussi de l'ampleur au niveau international : l'arbitrage.

complexe. Il serait bien qu'un client qui a contracté à Paris, lieu de situation de la succursale de la société américaine, puisse agir devant les juridictions parisiennes.

A défaut du siège social en France, la jurisprudence comme les textes communautaires ont donné compétence au tribunal du lieu de situation de la succursale. C'est une exception au principe selon lequel le défendeur ne peut être attrait qu'au lieu où est situé son domicile[313]. Sur le plan international, c'est une jurisprudence dite des « gares principales » qui a étendue les règles de compétence internes aux situations internationales. Sur le plan communautaire, c'est l'article 5-5 du règlement Bruxelles I qui donne compétence au tribunal du lieu de situation d'une succursale. Ce texte exige, cependant, que le domicile du défendeur soit situé dans un État membre. Les seules exceptions qui permettent d'attraire une société d'un pays tiers devant le tribunal du lieu de situation de sa succursale concernent les assurances, les contrats conclus par les consommateurs ainsi que les travailleurs[314]. Pour attraire une personne morale au lieu de situation de sa succursale il est exigé d'abord, que l'entité mise en cause constitue bien une succursale (Section 1), Ensuite, il faut que le litige soit en rapport direct avec son exploitation (Section2).

[313] V. J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. International*, Fasc. 631-40, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement (CE) n° 44/2001du Conseil du 22 décembre 2000. – Compétence. – Règles ordinaires de compétence, spéc. n° 6; B. AUDIT, op. cit. n°344; J.-M. JACQUET, Ph. DELBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, 2e éd. 2010, n° 943 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, op. cit, n°285 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, op. cit. n° 425.

[314] .J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. International*, Fasc. 631-40, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement (CE) n° 44/2001du Conseil du 22 décembre 2000, Règles ordinaires de compétence - Matières autres que les obligations contractuelles, spéc. n° 49.

SECTION 1 :
LES SUCCURSALES. SOURCES D'ATTRIBUTION DE COMPÉTENCE

129. La succursale notion autonome et à géométrie variable. En dépit des multiples utilisations de la notion de succursale, aucun texte n'en donne une définition. La notion de succursale dépend toujours des diverses interprétations que lui ont données les différentes législations sur le plan international. Or, n'étant pas définie de la même manière par les différentes législations, quelle sera celle qui sera compétente pour déterminer les critères ? Dans l'espace internationale, c'est la notion française de succursale qui doit être prise en considération par les tribunaux français[315]. « La conception de la souveraineté-unilatérale enferme les notions utilisées par les règles de droit international privé français dans les limites définies par le droit interne français au motif qu'on ne peut asservir la souveraineté française ou ses manifestations les plus immédiates à des conditions que celle-ci ne maîtriserait pas absolument »[316]. Dans l'espace européen, c'est la Cour de justice des communautés européennes qui a interprété la notion de succursale de l'article 5-5 du règlement Bruxelles I[317]. La Cour de justice a voulu consacrer une définition autonome[318] et commune à l'ensemble des Etats contractants de la notion de succursale dans un souci d'harmonisation[319]. La définition aurait pu être demandée aux droits internes, déclarés compétents en tant

[315] Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R. SOTOMAYOR, *J.-Cl. International*, Fasc. 570-40, Conflit de lois en droit des sociétés, spéc. n° 111.
[316] B. ANCEL, *Rép. International, Dalloz*, V° Qualification, n° 30.
[317] V. CJCE, 6 oct. 1976, *De Bloos*, aff. 14/76, v. infra n°137.; 22 nov. 1978, *Somafer*, aff. 33/78, v. infra n° 142 ; 18 mars 1981, *Blanckaert et Willems*, aff. 139/80 v. infra note n° 316; 9 déc. 1987, *SAR Schotte* c. *Parfums Rotschild*, aff. 218/86, v. infra n°335; 6 avr. 1995, *LIoyd's Register of Shipping c. Société Campenon Bernard,* aff. C-439/39, v. infra note n° 376.
[318] La doctrine est généralement favorable à une autonomie des notions de droit international privé. Lorsque la règle dont l'interprétation est en cause trouve son origine dans un texte international, la référence au droit interne apparaît largement incongrue, v. en ce sens notamment H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, L.G.D.J, 8e éd., t.I, 1993, n° 297 et s. B. ANCEL, *Rép. International, Dalloz*, V° Qualification, n° 38 et s ;V. HEUZÉ, « La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats : l'exemple de la sous-traitance internationale », *RCDIP* 1957, p. 243 et s ; même auteur, « La notion de contrat en droit international privé », *TCFDIP* 1995-98, p. 319. Plus récemment B. HAFTEL, « Entre « Rome II » et « Bruxelles I » l'interprétation communautaire uniforme du règlement « Rome I » », *JDI* 2010, n°3, p. 761.
[319] H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* n° 227.

que *lex fori*, *lex personalis* ou *lex causae* ; mais la Cour de justice a estimé plus opportun de dégager des critères communautaires[320]. Elle a affirmé expressément que « *le souci d'assurer la sécurité juridique ainsi que l'égalité des droits et obligations des parties en ce qui concerne la faculté de déroger à la règle de compétence générale de l'article 2, impose une interprétation autonome et, dès lors, commune à l'ensemble des Etats contractants, des notions visées à l'article 5-5 »*[321]. Si l'interprétation des notions de succursale était abandonnée à une loi nationale, il se pourrait que les divers centres d'opérations secondaires d'une même maison mère, présentant exactement les mêmes caractéristiques, mais situés dans des Etats contractants différents, ne soient pas qualifiés de manière identique, les uns étant considérés comme des succursales, les autres ne l'étant pas. Cette diversité serait gravement préjudiciable à la sécurité juridique ainsi qu'à l'égalité des droits et obligations des parties[322].

130. Au sein de l'Europe. L'approche de la succursale donnée par la CJCE est plus précise, plus concrète, qu'elle ne l'est en droit interne[323], pouvant d'ailleurs conduire à une modification de l'appréciation de l'existence d'une succursale en droit interne français puisque les règles du droit européen ont une portée supérieure à celle du droit interne[324]

La qualification autonome de succursale, donnée par la CJCE, résulte de la réunion d'un certain nombre de critères qui reflètent la dépendance de la succursale de la maison mère, mais aussi son autonomie par rapport à elle. La difficulté à définir la succursale tient, en effet, à ce caractère ambivalent vis-à-vis de la maison mère. Une succursale doit dépendre de sa mère mais de façon relative car elle doit garder une certaine autonomie par rapport à cette dernière.

[320] B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n° 537.
[321] Attendu 8. Pour une interprétation nationale v. F.-C JEANTET, « Un droit européen des conflits de compétence judiciaire», *Cah. dr. eur.* 1972, p. 400.
[322] A. HUET, note sous CJCE 22 nov. 1978, *JDI* 1979, p. 675.
[323] V. notamment M. CABRILLAC, « Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé », *Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, 1961, p. 119 et s. spéc. 122. P. GULPHE, note sous Cass. civ. 20 fév. 1979, *JCP* 1979, II, 19147 ; A. BRUZIN, « De l'idée d'autonomie dans la conception juridique de la succursale », *JCP* 1946, I, p. 567. V. notamment E. HEURTEL, *J. -Cl. Sociétés,* Fasc. C-58, Droit général des sociétés, - Création de succursale par une société française ou par une société étrangère, n° 1 et 2 ;
[324] V. CJCE 23 mars 2006, aff. 210/04, *RJF* 2006, n° 806, point 21 : « *selon une jurisprudence constante, il appartient à la Cour, dans le cadre de la coopération avec les juridictions nationales instituée par l'article 234 CE, de donner au juge du renvoi une réponse utile qui lui permette de trancher le litige dont il est saisi* », v. notamment M. CABRILLAC, *J. -Cl. Sociétés*, Fasc. 28-40, Succursales, n° 10.

Toute la difficulté est de trouver ce juste milieu entre dépendance et autonomie. Une étude complète suppose d'analyser à la fois les critères retenus dans les litiges mettant en cause la succursale d'une société d'un pays tiers (droit commun) et une succursale d'une société appartenant à l'Union européenne (droit européen). En droit commun, la doctrine et la jurisprudence ont donné quelques critères permettant de montrer si l'entité en litige constitue bien une succursale. Dans l'espace communautaire, c'est principalement la jurisprudence qui a réalisé cet objectif. Cependant, malgré les efforts fournis, la notion de succursale n'est pas encore aussi claire. Certaines questions sont restées sans réponse. Aujourd'hui, en droit commun français comme en droit de l'Union européenne, une succursale ne se caractérise pas seulement par sa dépendance à l'égard de la maison mère (§1) mais aussi et en même temps par une certaine autonomie matérielle et juridique vis-à-vis de celle-ci (§2).

§ 1 - LA DÉPENDANCE DES SUCCURSALES À l'ÉGARD LEUR MAISON MÈRE

131. Une soumission économique et juridique. La succursale est une partie intégrante de la maison mère. Elle constitue son prolongement. Ne disposant pas de patrimoine propre, la succursale engage sa maison mère. Cette dépendance économique et juridique la distingue de la filiale qui n'est dépendante qu'économiquement de la maison mère. La dépendance de la succursale a donné lieu à une jurisprudence en droit commun (A) et en droit de l'Union européenne (B) sans jamais réussir à dégager de critères bien précis.

A. En droit commun

132. La succursale : objet du droit. Pour reprendre les termes de J-F. MANDELBAUME, « *Par rapport à la maison mère, la succursale ne constitue pas sa fille comme c'est le cas pour une filiale mais une partie de son propre corps*. »[325]. La succursale est dans une situation de dépendance complète par rapport à la maison mère. Certes, la succursale peut conclure des contrats avec les tiers mais ces engagements ne la lient pas personnellement. Ils lient la personne

[325]V. *La double imposition des succursales à l'étranger,* L'Harmattan, 2007, p.21.

morale qui est la maison mère[326]. C'est ce qui distingue la succursale de la filiale. Cette dernière, même si elle dépend économiquement de la maison mère, est indépendante d'elle juridiquement. La filiale dispose de la personnalité morale et par conséquent d'un patrimoine propre, sésame nécessaire pour passer d'objet de droit à sujet de droit. La succursale en revanche n'est qu'un ensemble économique ne constituant pas un patrimoine d'affectation. L'absence de personnalité morale peut être un avantage pour le client cocontractant qui, de ce fait, ne peut craindre l'insolvabilité. Un recours lui est toujours possible contre la maison mère.

133. Une constance jurisprudentielle malgré une confusion terminologique. L'absence de personnalité morale des succursales fait l'unanimité de la doctrine. Jamais un auteur n'a pu revendiquer cette personnalité pour ces entités, y compris pour celles situées à l'étranger, supposées être plus indépendantes, surtout dans le domaine bancaire. Il en est de même pour la jurisprudence qui l'a rappelé à plusieurs reprises. La dernière fois était à l'occasion d'une saisie-arrêt pratiquée auprès du siège qui portait sur des sommes d'argent déposées dans des comptes tenus par la succursale. La Cour de cassation a affirmé que « *la banque qui a seule la personnalité morale est dépositaire des fonds détenus dans une succursale étrangère* »[327]. Cet arrêt vient confirmer une jurisprudence constante sur la question[328]. Il faut signaler cependant que les décisions de la jurisprudence n'ont pas toujours été aussi claires. Ainsi, dans l'un de ses arrêts, la Cour de Versailles ne s'est pas fondée sur le critère formel d'absence de personnalité morale. Elle lui a préféré le terme « *personnalité faiblement distincte* » pour requalifier une filiale d'agence. D'après la Cour, « *dès lors qu'il apparaît qu'une société mère dirigeait l'ensemble des opérations pour la livraison et la facturation de marchandises commandées, aucun lien direct n'existe entre ses filiales ayant une personnalité très faiblement distincte, constituant tout au plus des agences* »[329]. Heureusement, les juges ont abandonné

[326] Ch. GAVALDA, « Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire », *Pour ou contre une succursale internationale* ? *DPCI* 1985, p. 427.
[327] Cass. civ.14 février 2008, *D.*2008, act. Jsp. p. 686 ; *Banque et droit*, mars-avril 2008, n°118, obs. J. Stoufflet, *RLDA*, Juin 2008, n°28 ; *Procédures*, mai 2008, p.16, note R. Perrot ; G. CUNIBERTI, Le principe de territorialité des voies d'exécution, *JDI* 2008, n° 4, p. 963.
[328] Cass. 1e civ. 20 février 1979, n° 77-13-566, *JCP G*., 1979, II, n° 19147 ; C.A Paris, 17 septembre 1986, *RJC*, 1987, p.149 ; C.A Paris, 15e ch., sect. B, 9 sept. 2005, Me Olof Svensson et alii c/ Me Patrice Frechou, *RPC*., mars 2006, n°1, p.20.
[329] Cour de Versailles, 12e ch., 2e sect., 17 sep. 1986, *RJC.* 1987, p. 149.

par la suite une telle terminologie qui risquait de maintenir une confusion entre les notions de succursale, d'agence et de filiale. Une confusion que vise à dissiper le critère d'absence de personnalité morale. Il serait souhaitable en revanche que les juges recourent plutôt à des termes comme « levée du voile social », ceci permettra de démasquer l'absence de personnalité morale (succursale déguisée en société indépendante) et d'appréhender l'unité économique conformément à la réalité.

134. L'absence de patrimoine propre. Constater qu'une succursale n'a pas de personnalité morale, c'est aussi reconnaître qu'elle n'a pas de patrimoine. La succursale ne porte nullement atteinte à l'unité du patrimoine de l'entreprise. Qu'elle soit constituée par une personne physique ou par une personne morale, c'est l'entrepreneur ou la société qui reste propriétaire exclusif des biens affectés à la succursale. Il ne saurait être question d'un patrimoine indépendant affecté à une fonction économique déterminée[330]. Le patrimoine, comme l'écrit Ch. LARROUMET, « *constitue une universalité juridique*. *Laquelle est constituée par un ensemble de droits et d'obligations, c'est à dire d'actif (les droits) et de passif (les obligations), se rapportant à l'activité d'une personne, l'actif répondant du passif* »[331]. Le patrimoine doit être seul et unique pour chaque personne.

135. Attachement du patrimoine à la personne. L'universalité de droit ne peut naître que de l'affectation d'un ensemble de droits à la personne. L'actif ne répond du passif qu'en raison du fait qu'une personne se trouve obligée envers une autre. Le patrimoine ne saurait être détaché de la personne sans modifier la nature du droit des obligations[332]. Ces dernières sont essentiellement liées à la personne. Ainsi, comme l'explique F.COHET-CODEREY, « c*oncevoir le patrimoine autrement que par rapport à la personne conduit à faire de l'obligation un droit qui ne s'expliquerait plus par l'intermédiaire de la personne, mais uniquement par rapport aux biens sur lesquels il trouve à s'exécuter. Or, le patrimoine ne doit pas être compris comme un simple ensemble de biens*

[330] F. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2003, p. 667.
[331] Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit privé*, Paris, Economica, 1984, n°412.
[332] F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ*. 1996, p. 826.

répondant des dettes du débiteur. *A l'image de la personne qui est titulaire de droits et d'obligations, le patrimoine contient tant les biens que les obligations de la personne* »[333].

B. En droit de l'Union européenne

136. Le droit communautaire comme le droit commun, considère la succursale comme une dépendance de la maison mère. La CJCE a donné à la notion de succursale une définition autonome élaborée progressivement par trois arrêts d'inégale importance[334]. Elle a refusé de qualifier des entités indépendantes comme les concessionnaires ou les agents commerciaux de succursales. Elle a considéré la succursale comme le prolongement de la maison mère. La succursale doit être dépendante du siège, soumise à son contrôle et à sa direction.

137. Succursale et concessionnaire. La Cour de justice a réaffirmé, à propos d'un concessionnaire de vente, la condition de dépendance de la succursale ou de l'établissement par rapport à la maison mère[335]. Dans cette affaire, la CJCE a répondu par la négative au fait de savoir si un concessionnaire de vente pouvait être à la tête d'une succursale. Ainsi, on pouvait lire dans les conclusions de l'avocat général «*qu'un des éléments essentiels qui caractérise les notions de succursale ou d'agence est le lien de subordination et de contrôle existant entre la succursale ou l'agence et la maison mère* ». L'article 5-5 n'autorise pas un établissement juridiquement autonome à intenter une action judiciaire devant une juridiction compétente en raison de son siège social, dans la mesure où il s'agit de ses rapports avec une entreprise dirigeante : la maison mère. Il est manifeste que l'article 5-5 a, au contraire, pour seul objectif de faciliter les poursuites judiciaires aux tiers qui traitent avec un établissement en ne les contraignant pas à engager une action au siège de la maison mère. C'est uniquement pour eux qu'il s'est agi de prévoir un for garantissant une plus grande proximité du juge par rapport aux

[333] F. COHET-CORDEY, op. cit p. 829.
[334] J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO*, .J.-Cl. Europe*, Fasc. 3022, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement (CE) n° 44/2001du Conseil du 22 décembre 2000, Règles ordinaires de compétence, Matières autres que les obligations contractuelles, spéc. n° 50.
[335] CJCE, De Bloos c. Bouyer, 6 oct. 1976, Aff 14/76, Rec., p.1497 ; *RCDIP* 1977, p.751, note P. Gothot et D. Holleaux; *JDI* 1977, p.719, note J. -M. Bischoff.

cas d'espèce tranchés[336]. L'article 5-5 ne s'applique qu'aux établissements subordonnés à une autre entreprise vis-à-vis desquels l'entreprise dirigeante dispose de pouvoirs de directions et de contrôle.

138. Succursale et agent commercial. Dans une autre affaire[337], il s'agissait de savoir si le représentant de commerce peut être considéré comme agence ou établissement au sens de l'article 5-5 ; la CJCE a répondu encore une fois par la négative. Le représentant de commerce au sens de l'article 84 du code de commerce allemand est une personne indépendante et juridiquement autonome. Dès lors, les conditions applicables d'après la jurisprudence pour l'article 5-5 ne sont pas remplies. Un agent commercial qui se borne à transmettre des commandes à la maison mère, sans participer ni à leur règlement ni à leur exécution, ne réunit pas les caractéristiques d'une succursale. Il doit s'agir d'un centre d'opérations, celui-ci implique que la dispense joue dans les deux sens c'est-à-dire vers l'amont (la commande peut être passée auprès de la succursale) mais vers l'aval aussi (l'exécution et le règlement de l'opération doivent être le fait de l'instance locale). Une boîte aux lettres peut être fort utile ; mais même si le courrier est sollicité, elle ne constitue qu'un point de contact et non un centre d'opérations regroupant localement les éléments de base de l'affaire litigieuse, circonstance qui seule justifie la dérogation à la compétence de principe des tribunaux de l'État du domicile du défendeur[338]. Nous sommes en présence d'une tentative d'utilisation de la compétence spéciale de l'article 5-5 dans un litige interne entre la maison mère et sa soi-disant succursale. Or, comme l'a souligné M. l'avocat général : le but et l'objectif de la disposition n'est pas de faciliter les actions intentées par les membres d'un réseau de distribution contre la maison qui recourt à leur services, mais de permettre à des tiers, entrés en relation d'affaires avec celle-ci, d'intenter un procès devant un tribunal qui sera beaucoup plus proche des faits litigieux que celui du siège de la défenderesse. Par cet arrêt, la CJCE a adressé un message à ceux qui seraient tentés d'utiliser l'article 5-5

[336] C. KESSEDJIAN, *J.-Cl. International*, Fasc. 571-20, Contrats de distribution - Introduction générale - Droit international privé, n° 152.
[337] CJCE 18 mars 1981 Blanckaert et Willems c. Luise Trost, Aff. 139/80. *Rec*. p.819, *JDI* 1982, p.479, note J.-M. Bischoff.
[338] Rec. 1981, p. 835. V. aussi en ce sens les conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire Shearson Lehmann Hutton du 19 janv. 1993, aff. C-89/91, estimant qu'un établissement ne jouant que le rôle de simple « boîte aux lettres », ne peut être une succursale au sens de l'article 5-5 du Règlement. V. notamment H. GAUDEMET-TALLON, op. cit. n° 230.

comme moyen de parvenir à la compétence du *forum actoris* contre tout l'esprit et le système de la convention.

§ 2 - L'AUTONOMIE DES SUCCURSALES PAR RAPPORT À LA MAISON MÈRE

.

La seconde condition pour pouvoir attraire une société au lieu de situation de sa succursale est que cette dernière soit autonome de sa maison mère. Le gérant de la succursale doit pouvoir prendre seul des décisions qui engagent la maison mère. La jurisprudence de droit commun (A) et en droit de l'Union européenne (B) a essayé d'éclaircir ces éléments. Toutefois, malgré ces éclaircissements, certaines interrogations restent encore posées.

A. En droit commun

139. Une autonomie certes, mais relative. La succursale doit jouir d'une autonomie relative par rapport à la maison mère, elle ne doit pas être qu'un simple intermédiaire entre le client et sa mère. C'est ainsi que l'agence d'une société d'assurance qui n'a aucune autonomie, dont les contrats portent la mention « Fait à Paris », dont la correspondance émane du siège parisien, ne constitue pas un établissement attributif de compétence au sens de l'art. 43 du Code de procédure civile[339]. C'est la prise d'initiative par le responsable d'une succursale qui fait de lui un gérant.

140. Un gérant autonome dans ses activités. La direction de l'établissement par un préposé ayant pouvoir d'engager la société constitue aujourd'hui la condition essentielle et indiscutée de l'existence d'une succursale[340]. À cet égard, la notion de gare principale ne fait pas exception à la règle et la présence à la tête de l'établissement d'un agent ayant le pouvoir de traiter avec les tiers au nom de la société. Elle apparaît même comme la condition déterminante de l'existence d'une succursale ou d'une gare principale attributive de

[339] T.I Lyon, 24 avr.1975, *JCP G* 1975, IV, p.266, obs. J.-M. Agron.
[340] C.A Besançon 25 janv. 1928, *Gaz. Pal*. 1928, I, Jsp. p. 546 ; C.A Amiens, 30 mai 196, *D.* 1962, somm. p. 7 ; Cass. soc. 18 oct. 1967, *JCP G.* 1967, IV, p. 165 ; T. com. Lille, 29 mars, 1971, *RTD com*. 1971, n° 4, p. 980.
Cass. com., 21 mars 1995, *Bull. civ*. IV, n°93 ; *Bull. Joly* 1995, p.509, § 177, note A. Couret; *JCP G* 1995, IV, 1323 ; *RJDA.,* 8-9/1995, n°1060.

compétence[341]. Ainsi, ne répond pas au concept d'établissement attributif de compétence celui à la tête duquel le directeur n'a aucune responsabilité, ni dans le domaine de la gestion du personnel, ni dans celui de la gestion financière et commerciale, et remplit de ce fait simplement une tâche d'exécutant intermédiaire[342]. Quel sera l'étendue des pouvoirs nécessaires aux gérants pour qu'il puisse y avoir une succursale ? Selon une conception extensive, ce pouvoir équivaut au pouvoir de conclure un contrat quel qu'il soit avec un tiers : un établissement secondaire serait une succursale dès lors qu'il peut contracter avec un tiers, même si les conditions du contrat, et notamment le montant du prix, sont fixés impérativement par la maison mère. D'après la conception extensive, le pouvoir de traiter avec des tiers implique le pouvoir de conclure un contrat avec une certaine liberté de décision : un établissement secondaire ne serait une succursale que si son animateur dispose d'un pouvoir suffisant de décision, notamment en ce qui concerne la fixation du prix et des modalités d'exécution du contrat. Le gérant de la succursale doit pouvoir engager la maison mère pour les affaires importantes. Toutefois, engager la société ne signifie pas l'accomplissement d'actes en quelque sorte purement mécaniques, dont les conditions sont définies à l'avance par la société. Il faut quand même que le gérant ait la capacité d'en conclure quelques uns. À l'inverse, le gérant d'une succursale peut avoir le pouvoir d'engager la société sans avoir celui de conclure certains contrats, réservés, en raison de leur importance, à la direction générale. Ainsi, dans le domaine bancaire, le directeur d'agence peut être amené à solliciter l'accord de la direction pour certaines opérations. L'obligation d'obtenir l'autorisation ne concerne que les rapports internes de la banque sans remettre en cause le pouvoir de représentation du directeur d'agence à l'égard des clients[343]. Ainsi il a été décidé qu'une société dont le siège est à Paris mais qui possède à Oran « *une succursale importante ayant à sa tête un agent qui pouvait utilement la représenter* », peut être assignée devant le tribunal d'Oran, lieu où elle est

[341] Cass. 2e civ. 20 oct. 1965, *Bull. civ*., II, n°762 ; D.1966, p.193 ; *Gaz. Pal.* 1966, 1, p.44 ; *JCP G*, 1965, IV, p.146, Rejet du pourvoi formé contre CA Bordeaux, 2 juillet 1963, *Gaz. Pal.* 1964, 1, p.26 ; TI Lyon précité ; CA Paris, 5e ch. sect. B, 28 juin 1996, *JurisData* n°022099.

[342] Cass. soc. 18 oct. 1967 *RCDIP* 1968, p. 490. Cass. soc. 10 fév.1971, *Bull. civ.* V, n° 99 ; Cass. 12 fév. 1971, *Bull. civ,*. IV n°112 ; Tb Lyon 24 avril 1975, *JCP G* 1975, IV, 266 ; TGI Chartes 20 janv. 1983, *Banque* 1983, 1203 ; Cass. com. 12 janv.1988, *RTD com*. 1988, 474 ; CA Paris, 1ère ch., sect. D, 31 mars 1999, *Juris-Data* n° 023597.

[343] Cass. Com., 12 janv. 1988, *Bull. civ.* IV, n°13, *Juris-Data* n°000741, *RTD com.* 1988, p.474, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

établie, par son créancier, la Banque nationale d'Algérie[344]. Il s'agissait en l'espèce d'une société *Schenk* qui a été obligée de transférer son siège en France par suite de l'accession à l'indépendance de l'Algérie. Elle avait conservé à Oran une succursale. L'un de ses créanciers, la Banque d'Algérie, demandait en France l'*exequatur* d'une décision de la Cour d'Oran. La société française, qui avait renoncé tacitement au privilège de juridiction de l'article 15 du Code civil, contestait la compétence du juge étranger au motif qu'elle n'avait en Algérie qu'une simple succursale sans personnalité morale distincte de celle de la société qui avait un siège en France et que le juge français avait exclusivement compétence à raison de la fixation du siège en France. La Cour de cassation constate que la Cour d'appel, après avoir relevé que la société *Schenk* avait à Oran une succursale importante géré par un agent qui représentait la maison mère, avait déduit à bon droit que la société avait été valablement assignée devant le tribunal d'Oran.

B. En droit de l'Union européenne

141. L'arrêt Somafer[345]. C'est à l'occasion de l'arrêt Somafer que la CJCE donne une définition complète de la notion de succursale. L'affaire portait sur une relation juridique franco-allemande. Le Land de Sarre avait demandé à une entreprise française de démolition, la société Somafer d'Uckange, de dynamiter un bunker. Avant l'opération, une société allemande de distribution de gaz, l'entreprise Ferngas, avait pris, en accord avec un employé de la société Somafer, des mesures de protection des conduites dont elle réclamait le remboursement. L'entreprise Ferngas avait porté l'action en Allemagne devant le Landgericht de Sarrebruck sur la base des articles 5-1 et 5-5 de la convention de Bruxelles. En appel, l'*Oberlandesgericht* de Sarrebruck a interrogé la Cour de justice des Communautés européennes sur le point de savoir si la notion de succursale devait s'interpréter selon le droit national des États concernés ou de façon autonome. Et comment définir ces notions, notamment pour la conclusion d'affaires, et quant à l'importance de l'installation matérielle.

[344] Cass. Civ. 15 nov. 1983, Bull. civ., I, n° 269; *RCDIP* 1985, p. 100, note H. Battifol; V. notamment Y. LOUSSOUARN, *J.-Cl. International*, Fasc. 570-50, Conflits de jurisdictions en droit des sociétés, n° 58.

[345] CJCE 22 nov. 1978, aff. 33/78, Somafer c/ Saar-Ferngas: Rec. CJCE 197, p. 2183; *JDI* 1979, p. 672, obs. A. Huet.

142. Une décentralisation de la maison mère. C'est le second élément qui caractérise la succursale. Tout en étant dépendante de la maison mère, la succursale doit constituer un prolongement décentralisé de celle-ci[346]. La CJCE a estimé nécessaire à l'occasion de l'arrêt Somafer de donner une définition autonome. D'après la Cour, la succursale serait « *un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère et qui est pourvu d'une direction et d'un équipement lui permettant de négocier des affaires avec les tiers de façon à ce que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est situé dans un État contractant sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci*. »[347]. La définition est essentiellement centrée sur les caractères d'autonomie et de permanence de la succursale[348]. Pour être qualifié de succursale, un établissement doit être matériellement distinct et son activité dirigée vers l'extérieur. Autrement dit, la succursale, l'agence ou tout autre établissement secondaire sont des entités susceptibles d'être l'interlocuteur principal, voire exclusif, de tiers dans la négociation des contrats. La succursale doit être autonome par rapport à la maison mère, parce que celle-ci entend réaliser, par son intermédiaire, une décentralisation[349]. Comme en droit commun, la CJCE a exigé que la succursale en tant que centre d'opérations soit pourvue d'une « direction capable de négocier des affaires avec les tiers »[350]. Le dirigeant ne peut se contenter d'être un simple intermédiaire. Cependant, la CJCE n'a pas précisé l'étendue des pouvoirs du gérant nécessaires pour pouvoir être en présence d'une succursale. La conception restrictive exigeant une liberté pour le gérant dans ses prises de décisions semble avoir la préférence de la CJCE. Elle déclare que la succursale doit pouvoir « négocier des affaires avec des tiers », ce qui suppose qu'elle est en droit de les discuter elle-même avec la clientèle[351]. C'est la prise d'initiative par le gérant qui

[346] H. GAUDEMET-TALLON, op. cit. n° 230.
[347] Arrêt Somafer, op. cit.
[348] J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. International*, Fasc. 631-40, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement (CE) n° 44/2001du Conseil du 22 décembre 2000, Règles ordinaires de compétence - Matières autres que les obligations contractuelles, spéc. n° 53.
[349] A. HUET, note préc. p.678.
[350] Arrêt Somafer, op. cit.
[351] A. HUET, note préc. p. 680.

permet de qualifier l'entité de succursale. Dans le cas contraire il ne peut s'agir que d'un simple bureau sans aucune autonomie.

143. L'apparence. Les juges doivent être certains de l'existence d'une succursale. Ils ne peuvent statuer sur une simple apparence, c'est-à-dire à partir d'actes extérieurs de nature à faire croire à l'existence d'une succursale. Comme l'a relevé A. HUET, « *abandonner la définition de la succursale à la croyance des tiers rendrait particulièrement incertaine la qualification de nombreux établissements secondaires* »[352]. La Cour de justice a refusé dans l'arrêt *Somafer* qu'une simple apparence puisse fonder une compétence judiciaire. C'est une bonne décision dans la mesure où si l'apparence était admise, le chef de compétence optionnelle de l'article 5-5 deviendrait trop incertain[353]. Il fluctuerait au gré de la sensibilité des juges face à des éléments parfois inattendus. Il appartient alors au demandeur d'établir que l'établissement à propos duquel il introduit une action fondée sur ce texte comporte les caractères que la Cour de justice des Communautés européennes attache aux succursales.

144. Une affaire confuse : l'arrêt Schotte[354]. La définition donnée dans l'arrêt *Somafer* à la succursale ne peut être appliquée à une personne juridique indépendante. Pourtant, la CJCE a décidé le contraire dans un arrêt Schotte qui a été vivement critiqué. La société Parfums Rothschild (« Rothschild France »), dont le siège était en France avait passé commande auprès d'un fournisseur allemand, la société Schotte GmbH, d'une marchandise. Celle-ci devait être livrée en France et les factures adressées à Rothschild France. Les négociations en Allemagne ont été menées par Rothschild GmbH, établie à Düsseldorf, et dont Rothschild France est la filiale à 100%. De même c'est Rothschild GmbH qui avait correspondu avec Schotte après les livraisons. En raison de malfaçons invoquées, six factures étaient restées impayées. Schotte assigne devant le Landgericht Düsseldorf, Rothschild GmbH en paiement. Cette dernière fait valoir qu'elle n'était pas débitrice des factures qui ne concernent que Rothschild France. Schotte modifie en conséquence sa demande initiale et assigne Rothschild

[352] Ibid. p. 680.
[353] J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. Europe*, op. cit. n° 55.
[354] CJCE 9 déc. 1987, aff. 218/86, Sté *SAR Schotte GmbH c/ Sté parfums Rothchild SARL*, *Rec*. CJCE 1987, p. 4905 ; *JDI* 1988, p. 544, note J.-M. Bischoff ; *RCDIP* 1988, p. 737 note G. Droz.

France, toujours devant le Landgericht Düsseldorf en justifiant la compétence de ce dernier par le fait que Rothschild GmbH devait être considérée comme un « établissement de Rothschild France au sens de l'article 5-5 de la Convention ». Le Landgericht se déclare incompétent, estimant que les conditions de cet article n'étaient pas remplies, mais, sur appel, l'Oberlandesgericht éprouve quelques doutes sur ce point la Cour de justice laquelle a dit pour droit « *l'article 5-5 de la Convention du 27 septembre 1968, doit être interprété en ce sens qu'il s'applique à un cas où une personne morale établie dans un Etat contractant tout en n'exploitant pas une succursale (...) dépourvu d'autonomie dans un autre Etat contractant, y exerce néanmoins ses activités au moyen d'une société indépendante portant le même nom et ayant la même direction, qui agit et conclu des affaires en son nom et dont elle sert comme d'un prolongement* ». La CJCE s'est contredite elle-même. Par cette décision elle donne une interprétation extensive à l'article 5-5 de la Convention. Elle avait pourtant déjà déclaré expressément dans l'arrêt Somafer que « *compte tenu de la circonstance qu'une multiplication des chefs de compétence pour un même litige n'est pas de nature à favoriser la sécurité juridique et l'efficacité de la protection juridictionnelle sur l'ensemble des territoires formant la Communauté, il est conforme à l'objectif de la Convention d'éviter une interprétation extensive et multiforme des exceptions à la règle générale de compétence énoncée à l'article 2* ». La Cour de justice laissait penser qu' « *une maison mère établie dans un État contractant peut être considérée comme la succursale de sa propre filiale établie dans un autre État contractant* »[355]. La Cour de justice n'a pas vérifié, si l'affaire répond à tous les critères exigés par elle dans l'arrêt Somafer, notamment si Rothschild GmbH constituait « *un centre d'affaire* » se manifestant d' *« une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement* ». Pas plus ne s'est-elle expliquée sur la notion d'exploitation. Elle s'est contentée de constater que, pour l'affaire en cause, Rothschild GmbH aurait agi comme un prolongement de Rothschild France. Il en résulte que contrairement à la succursale, le « *prolongement* » pourra ne concerner qu'une opération isolée et que l'article 5-5 sera susceptible de s'appliquer à un acte de représentation occasionnelle[356]. La Cour de justice s'est fondée

[355] G. DROZ, note préc. p. 739. V. notamment J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J. Cl. Europe*, op. cit. n° 58.
[356] J. -M. BISCHOFF, note préc. p. 547.

principalement sur la théorie de l'apparence. Une théorie qu'elle avait refusée dans l'arrêt Somafer[357]. Or, l'usage de cette théorie subvertit la règle de compétence ordinaire de l'article 2 à laquelle la Cour se dit pourtant attachée[358].

La Cour de justice s'est laissée enfermée dans des contradictions qui auraient pu être évitées en affirmant clairement que l'article 5-5 de la Convention ne s'applique pas à un établissement possédant la personnalité juridique.

145. Une nécessaire clarification. Les définitions et les critères donnés par les jurisprudences de droit commun et de l'Union européenne, quoique déjà importantes, ne résolvent pas tous les problèmes que soulève la notion de succursale. Les juges ne sont pas allés au terme de leur raisonnement. Certaines questions méritent des réponses. Quel sera par exemple le degré exigé d'autonomie d'une entité pour être qualifiée de succursale ? Suffit-il que la direction de celle-ci puisse passer des contrats, même si la maison mère en détermine strictement le contenu, ou faut-il que la direction jouisse d'un véritable pouvoir de décision ? D'après certains auteurs, le directeur de la succursale doit être autonome ; c'est ce qui ressort des termes « *négocier des affaires avec les tiers* » utilisés dans l'arrêt Somafer, ou des termes « *les tiers qui font leurs affaires avec*..... » utilisés par l'arrêt Schotte du[359], en plus des précisions données par la Commission dans ses observations dans l'affaire Somafer « *sur le plan de l'autonomie de gestion : que le directeur...soit autorisé à conclure de façon autonome des affaires sous la direction et le contrôle de la maison mère, de sorte qu'il puisse engager la maison mère pour des affaires importantes sans devoir consulter chaque fois celle-ci ; et sur le plan de la permanence : que les activités commerciales de la succursale ne soient pas provisoires* »[360].

[357] V. supra, note n° 278.
[358] J.-P. BÉRAUDO et M.-J. BÉRAUDO, *J.-Cl. Europe*, Fasc. 3022, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. –Règles ordinaires de compétence. – Matières autres que les obligations contractuelles, spéc. n°58.
[359] H. GAUDEMET-TALLON, préc. p. 187.
[360] Rec. 1978, 2188.

SECTION 2 :
LE LIEN ENTRE LE LITIGE ET L'EXPLOITATION DES SUCCURSALES

146. Une exception à la compétence générale mais sous conditions. Pour qu'une société puisse être attraite devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve située l'une de ses succursales, la cause de l'action doit présenter un lien étroit avec l'activité propre de la succursale. Elle doit se rattacher aux opérations traitées par celle-ci ou, pour reprendre les termes de l'article 5-5 du règlement Bruxelles I, « *d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale* ». En d'autres termes, le lieu de situation de la succursale détermine la compétence lorsque le litige est relatif à son exploitation[361]. La jurisprudence a décidé que même la notification d'un acte de procédure à une société dont le siège est à l'étranger peut être faite au lieu de situation de la succursale à condition que le litige concerne la dite succursale[362]. Certaines conventions internationales ont aussi exigé ce rapport entre le litige et l'exploitation de la succursale[363]. La succursale ne pas se contenter d'être un simple intermédiaire[364]. La Cour d'appel de Versailles a même donné compétence au tribunal du lieu de situation de la

[361] J.-P. BÉRAUDO et M.-J. BÉRAUDO, *J.-Cl. International*, Fasc. 631-41, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. – Règles de compétence spéciales – Compétences à raison de la matière – Contrat de travail, spéc. n° 36.

[362] C.A Paris, 23 nov. 1895, *JDI* 1896, p. 610 ; C.A Paris, 13 mars 1976, *Gaz. Pal*. 1976, 2, somm. p. 309. V. A. HUET, *J.-Cl. International,* Fasc. 583-10, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux – Règles matérielles de procédure internationale – Notifications internationales – Durée des délais de procédure, spéc. n° 21 et 24.

[363] L'article 31 de la Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (dite CMR) désigne comme impérativement compétentes, pour connaître d'un litige concernant un contrat de transport soumis à la Convention, les juridictions de l'État de la succursale par l'intermédiaire de laquelle le contrat a été conclu. V. J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. International*, Fasc. 631-40, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement (CE) n° 44/2001du Conseil du 22 décembre 2000. – Compétence. – Règles ordinaires de compétence, spéc. n° 76. V. C. LEGROS « Les conflits de normes en matière de contrats de transport international de marchandises », *JDI* 2007, n° 3, doctr. 7, n° 21 et s.

[364] Tb. civ. Monaco, 24 nov. 1960, *RTD com*. 1961, p. 348, obs M. Boitard, et p. 512 obs. Y. Loussouarn. V. notamment A. HUET, *J.-Cl. International*, Fasc. 581-20, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Compétence internationale ordinaire – Principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne, spéc. n° 62.

succursale en considérant cette dernière comme le domicile élu de la société[365]. D'après la Cour : « *en application de l'article 2 du règlement Bruxelles I, la société étrangère peut élire domicile au lieu de situation de sa succursale peu important que l'action dirigée contre elle se rapporte ou non à l'activité de ladite succursale* ». Cette décision reste exceptionnelle et surtout en contradiction avec l'article 5-5 du règlement qui n'attribue compétence au tribunal du lieu de situation d'une succursale que si le litige est en rapport direct avec l'exploitation de ladite succursale.

147. Extension ou restriction ? L'objectif de bonne administration de la justice et d'organisation utile du procès (faciliter l'instruction de l'affaire) poursuivi par l'article 5-5 du règlement Bruxelles I[366] empêche de donner compétence au tribunal du lieu de la succursale qui n'a aucun lien avec le litige. L'article 5-5 ne vise que les affaires en rapport avec l'exploitation de la succursale. Toutefois, comme il s'agit d'une exception à la compétence générale, doit-on considérer qu'elle doit faire l'objet d'une interprétation restrictive ? Ou peut-on, à l'inverse, considérer que cette exception doit recevoir l'interprétation pleine et entière qu'appellent sa nature et sa raison d'être ? Il est évident que le demandeur aura intérêt à plaider pour une définition extensive, alors que le défendeur, souhaitant échapper à l'action, plaidera pour une définition restrictive du domaine de cette exception[367]. Une considération de réalisme au regard du développement des relations économiques transfrontières invite à envisager une interprétation non restrictive de cette notion. Seule une interprétation pleine et entière serait en effet cohérente avec l'ouverture européenne et mondiale des frontières économiques et serait en cohérence avec la liberté d'action dont les opérateurs économiques disposent désormais dans les pays autres que celui où est implanté leur siège social[368]. C'est la jurisprudence dans l'arrêt Somafer qui s'est efforcée de préciser

[365] C.A Versailles, 26 sep. 1991, *D.* 1991, *IR* p. 284 ; H. MUIR-WATT et A. RICHEZ PONS, *.J.-Cl. International*, Fasc. 543-10, Domicile et résidence dans les rapports internationaux, spéc. n° 41.

[366] P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, « La convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI*, 1971, p.758

[367]

[368] D. VIDAL, note sous Cass. 25 janv. 2000, *Dr. des sociétés*, 2000, n°94, p.23.

la notion d'exploitation en distinguant deux types de litiges[369]. Ceux portant sur le fonctionnement interne de la succursale (§1) et ceux relatifs aux engagements extérieurs (§2).

§ 1 - LES LITIGES PORTANT SUR LE FONCTIONNEMENT INTERNE DES SUCCURSALES

148. Gestion proprement dite de la succursale. Le for de la succursale, d'après l'arrêt Somafer, est compétent pour les litiges « *portant sur les droits et obligations contractuels ou non contractuels relatifs à la gestion proprement dite de l'agence, de la succursale ou de l'établissement secondaire* »[370]. Cependant, un litige relatif à l'exploitation interne d'une succursale ne paraît pas relever de l'article 5-5. Les associés d'une société échappent à l'application de l'article 5-5, tandis qu'il peut s'appliquer aux litiges avec les salariés.

149. Le cas des associés. Ce cas a été illustré par l'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2000[371] : une société de droit portugais, la société Moutinho, avait assigné en paiement de marchandises une société de droit français, la compagnie de la Vallée de la Loire, aux droits de laquelle se trouvait une autre société de droit français, la société Verdier. Le tribunal de commerce de Saumur, dans le ressort duquel se trouvait le siège de la défenderesse, avait été saisi conformément à l'article 2 de la Convention de Bruxelles (l'actuel règlement Bruxelles I). Toutefois, ultérieurement, devant le même tribunal, la société Verdier avait assigné à son tour son adversaire sur le fondement d'une créance qui lui permettait de plaider la compensation. En effet, la société Verdier relevait qu'elle avait renfloué la trésorerie de la succursale française de la société portugaise Douro Corticas Limitada, désormais en liquidation, créée par les deux sociétés, la compagnie de la vallée de la Loire et la société Moutinho. À l'encontre de celle-ci, elle prétendait détenir une créance de liquidation. La société Moutinho

[369] Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R. SOTOMAYOR, *J.-Cl. International*, Fasc. 570-50, Conflit de juridictions en droit des sociétés, spéc. n° 90.
[370] J.-P. BÉRAUDO et M.-J. BÉRAUDO, *J.-Cl. Europe*, préc. n° 59.
[371] Cass. com. 25 janvier 2000, Verdier c. Oliveira da Silva, *RCDIP*., Juill.-Sep.2000, p. 462, note M.-É Ancel; *D.* 2000, Jsp, S. p.1392, note B. AUDIT ; *RJDA* 2000, n°367, *Bull. Joly* 2000, § 120, p.250, note M. MARTEAU-PETIT.

fait valoir l'incompétence des tribunaux français, et la Cour d'appel d'Angers accueille l'exception d'incompétence. Devant la Cour de cassation, la société Verdier se prévaut de l'article 5-5 qui, pour elle, permet d'attraire un défendeur devant le tribunal du lieu de situation de l'une de ses succursales. La Cour de cassation rejette le pourvoi en reprenant les termes de l'arrêt Somafer « *la notion d'exploitation d'une succursale comprend les litiges portant sur les droits et obligations contractuels ou non contractuels relatifs à la gestion proprement dite de la succursale*. ». Le motif fait ressortir que le chef de compétence en question est avant tout destiné à la protection des tiers en litige avec une maison mère, parce que ceux-ci n'ont pas nécessairement eu conscience, dans leurs rapports avec la succursale, de traiter avec une personne domiciliée à l'étranger. À s'en tenir à ce fondement, l'article 5-5 est en toute hypothèse inapplicable à un litige entre associés de la société dont dépend la succursale, ce que paraît impliquer cet arrêt. En effet, il est vrai qu'au regard de l'objet de la présente demande -la restitution d'une avance faite à la société, serait-ce que pour les besoins de la succursale-, la localisation en France de celle-ci ne semble pas suffisamment pertinente pour justifier une compétence juridictionnelle[372]. Si les arguments de la Cour de cassation sont pertinents sur le plan du droit international et européen, ils le sont moins au niveau du droit substantiel[373]. La décision de la Cour de cassation est fondée mais *ratione personae :* il existe bien une contestation relative à l'exploitation d'une succursale mais l'essentiel est que cette succursale n'est pas celle de la défenderesse, alors que l'article 5-5 ne fonde de compétences optionnelles qu'à l'encontre d'une maison mère. D'après M.-É. ANCEL « *la chambre commerciale, lorsqu'elle reprend l'arrêt Somafer, ne fait pas état d'une « maison mère » mais d'une « société mère ». Implicitement la Cour justice aura jugé que la qualité de « maison mère » est attachée à la personne morale, à la*

[372] B. AUDIT, note préc. p. 1293.

[373] D'abord, la société Verdier ne peut en aucun cas être considérée comme un associé. Elle peut se présenter en tant que tiers au sens de l'art. 391 de la loi de 1966 ou encore en tant que cocontractant créancier. La créance qu'elle invoquait se fondait sur un prêt accordé à la maison mère non sur un apport. Ensuite, la créance dont se prévaut la société Verdier ne peut être compensée avec la créance de la société Moutinho à l'encontre de la même société Verdier. Par application du droit portugais (et s'il comporte la même règle française), les règles concernant le partage des successions s'appliquent aux partages entre associés (art.1844-9 du c. civ.). La société Moutinho associée, dont la responsabilité est limitée à hauteur de son apport, se trouve dans la situation d'un successeur bénéficiaire : dès lors son patrimoine reste distinct de celui de la société Douro Corticas Limitada. Enfin, la référence au droit national n'était pas la bienvenue pour l'interprétation de notions devant faire l'objet, selon la CJCE, d'une interprétation autonome.

« société », qui contrôle effectivement l'activité de la succursale qui la prolonge. Cette qualité ne se transmet pas en cas de dissolution » [374]. L'arrêt rendu par la chambre commerciale enseigne donc que l'article 5-5 peut trouver application lorsqu'un prêteur agit contre la maison mère de la succursale dont l'activité a été financée par les fonds prêtés. Il conforte aussi l'idée que la qualité de maison mère est importante et qu'elle relève d'une définition autonome. Le fonctionnement interne de la succursale, premier volet dans l'appréciation du rapport du litige avec l'activité de la succursale, est assuré par les salariés. Ces derniers sont-ils tous admis pour attraire la maison mère devant le tribunal du lieu de situation de la succursale ?

150. Le cas des salariés. La théorie des gares principales, comme l'article 5-5 ne peuvent s'appliquer que dans les rapports entre la société et les tiers sans pouvoir être invoquée par les salariés de la société mère. Dans un litige en rapport avec une société d'un pays tiers à propos d'une compagnie d'assurance, la Cour de cassation avait précisé que la dérogation à la compétence du tribunal du domicile « *n'a été introduite qu'en faveur des assurés et qu'il en est autrement lorsque l'action est intentée contre la compagnie par un de ses employés* »[375]. En ce qui concerne les litiges entre les cadres dirigeants des succursales et la maison mère, la compétence des tribunaux du lieu de situation des succursales suppose que les litiges concernent la gestion des dites succursales[376]. Ainsi la compétence des juridictions françaises a été retenue pour connaître de la demande en paiement de diverses indemnités pour licenciement formée par un Iranien qui avait été nommé par une banque iranienne pour diriger sa succursale de Paris[377].

Cependant, ne sont pas concernés par l'exclusion les salariés embauchés sur place par la succursale et qui sont sous sa subordination. Ce personnel a le droit en vertu

[374] V. note préc. p. 469.
[375] Cass. req., 22 mai 1854 : *DP* 1854, 1, p. 262.
[376] J.-P. BÉRAUDO et M.-J. BÉRAUDO, *J.-Cl. International*, Fasc. 631-41, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. – Règles de compétence spéciales – Compétences à raison de la matière – Contrat de travail, spéc. n° 35.
[377] Cass. 1ère civ. 26 oct. 1982, *Juris-Data* n° 1982-702360, *Bull. civ.,* I, n° 300; *JCP G.* 1983, IV, p. 17. V. A. HUET, *J.-Cl. International*, Fasc. 581-20, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Compétence internationale ordinaire – Principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne, spéc. n° 31.

de l'article 5-5 de saisir le for de la succursale de ses litiges avec la maison mère. La disposition présente un intérêt dans la mesure où un travailleur pourra attraire en Europe sur le fondement des dispositions du règlement un employeur domicilié dans un pays tiers, mais qui posséderait une succursale dans un Etat membre. La compétence est toutefois limitée aux contestations relatives à l'exploitation de celles-ci. La succursale doit avoir joué effectivement un rôle déterminant dans la relation d'emploi[378]. L'avantage dont bénéficie le salarié est issu de l'application à la fois des articles 18 et 5-5 du règlement Bruxelles I. L'article 18 §2 dispose que « *l'employeur qui possède dans un Etat membre une succursale est considéré, pour les contestations relatives à leur exploitation, comme ayant son domicile dans cet État membre* ». La succursale est assimilée, pour ces contestations, au domicile de l'employeur. La disposition de l'article 18 ne doit pas être confondue avec la règle de compétence spéciale de l'article 5-5 du règlement, applicable à tous les contrats, qui, permet, certes, d'attraire le défendeur devant la juridiction du lieu d'une succursale, mais qui ne concerne que les défendeurs qui ont leur siège ou leur domicile dans un autre État membre ou contractant[379]. Ce sont des dispositions prévues par le législateur européen au profit de parties faibles. Ainsi le salarié qui ne peut se prévaloir de l'article 5-5 du Règlement peut toujours utiliser l'article 18 en dernier recours., si il est employé par l'intermédiaire de la succursale d'une société domiciliée sur le territoire d'un État membre, il pourra choisir entre les juridictions du domicile de l'employeur et celles du lieu d'exploitation de la succursale. Ces dispositions ne peuvent bénéficier aux dirigeants. Les procès entre le personnel dirigeant de la succursale, engagé par la maison mère, et cette dernière, semblent échapper à l'art. 5-5 et relever uniquement des articles 2 et 5-1 du règlement de Bruxelles I.

[378] E. PATAUT, *J.-Cl. International*, Fasc. 573-20, Conflit de juridiction en droit du travail, spéc. n° 9.
[379] J. -P. BÉRAUDO et M. -J. BÉRAUDO, *J.-Cl. International*, Fasc. 631-20, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 – Points de divergence, spéc. n° 20.

L'arrêt Schotte[380] permet d'éviter de devoir attraire deux employeurs devant les juridictions de leurs États respectifs. La Cour de justice avait admis, dans l'arrêt Schotte, qu'une personne morale indépendante pouvait être qualifiée de succursale d'une autre société. Il faudrait pour qu'une société puisse être considérée comme la succursale d'une autre à l'égard d'un salarié, qu'en contractant avec celui-ci, elle ait agi pour son propre compte. Ce pourrait être le cas d'une société filiale qui aurait engagé un salarié pour que celui-ci exerce des fonctions à son service et au service d'une société mère. Le salarié pourrait alors attraire les deux sociétés devant le tribunal du siège de celle l'ayant embauché[381].

§ 2 - LES LITIGES PORTANT SUR L'ACTIVITÉ EXTÉRIEURE DES SUCCURSALES

151. Les obligations contractuelles. Aux termes de l'arrêt *Somafer,* les litiges qui permettent d'attraire une maison mère au lieu de situation de sa succursale sont aussi les litiges « *relatifs aux engagements pris par le centre d'opérations au nom de la maison mère* »[382]. Il s'agit donc des contrats passés entre la succursale et les tiers. En matière contractuelle, lorsque le demandeur invoque contre la société un contrat conclu par cette dernière, le tribunal du lieu d'établissement de la succursale est compétent si le contrat en question a été conclu par la dite succursale[383]. La jurisprudence a toujours insisté sur le fait que le litige porte sur une affaire traitée par l'intermédiaire d'une succursale ou la réparation d'un préjudice résultant de faits en rapport avec l'exploitation de la succursale[384]. Il s'agit d'une condition de localisation du litige en fonction de la zone d'action de la succursale. Le recours à la théorie des gares principales doit

[380] CJCE, 9 déc. 1987, Op. cit. voir supra n° 145.
[381] J.-P. BÉRAUDO et M. -J. BÉRAUDO, *J.-Cl. International*, Fasc. 631-41, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. – Règles de compétence spéciales – Compétences à raison de la matière – Contrat de travail, spéc. n° 41.
[382] J.-P. BÉRAUDO et M.-J. BÉRAUDO, *J.-Cl. Europe,* préc. n° 60.
[383] Cass. req. 7 mars 1911 *DP* 1916, I, p.224. Cass. 2e civ. 25 mars 1954, *Bull. civ.* II, n°132 – 24 janv. 1958, *Bull. civ.,* n°77.
[384] Dans son désir de rapprocher géographiquement le demandeur de son juge, la jurisprudence a pratiquement fini par admettre la compétence territoriale du tribunal du lieu où se trouvait une succursale dès lors que le fait générateur du litige se rattachait par une relation directe aux opérations de cette succursale au point de vue de l'exploitation, de l'administration ou de la surveillance, Cass. civ. 27 juin 1899, *DP* 1900, 1, p.272.

être refusé chaque fois que l'action intentée concerne la personne morale elle-même et non l'activité de telle ou telle succursale. C'est ce qui explique une décision de la CA de Douai[385] dans laquelle le directeur d'une agence bancaire avait passé un contrat qui concernait les dépôts de fonds dans plusieurs agences réparties sur le territoire, ce qui avait conduit les juges à décider que ce dernier avait agit au nom de la société et non comme directeur d'agence. L'application de la théorie des gares principales a alors été exclue : le juge territorialement compétent était celui du lieu du siège de la société. En matière extracontractuelle, le même raisonnement a été suivi par les juridictions françaises. D'après la Cour de cassation, « *lorsque la demande est fondée sur la réparation d'un dommage délictuel ou quasi délictuel, la jurisprudence exige, pour l'application de la théorie des gares principales, que le fait dommageable se soit produit dans le rayon d'activité de la succursale* »[386]. La construction jurisprudentielle a cependant vocation à s'appliquer dans tous les domaines à condition que la faute dommageable ait été commise dans le cadre de l'exploitation de la succursale.

152. Une maison mère française et une succursale à l'étranger. Les juridictions françaises ont insisté sur la nécessité du lien entre l'activité d'une succursale et l'objet du litige. Ainsi, une société dont le siège est à Paris mais qui possède à Oran une succursale importante, a pu être assignée devant le Tribunal d'Oran, lieu où elle est établie par son créancier, la Banque nationale d'Algérie, « *dès lors qu'il est constant que l'action engagée tendait au paiement du solde du compte courant qui servait directement aux opérations de cette succursale* »[387]. Dans une autre affaire portant sur des désordres survenus dans un immeuble situé à Dieppe alors que la plupart des adversaires du demandeur avaient leur domicile ou leur siège social dans cette ville, le demandeur avait assigné la compagnie Les Mutuelles du Mans devant le Tribunal de grande instance de Paris. Ce dernier s'est déclaré incompétent au profit de celui de Dieppe. La Cour de Paris confirme le jugement. Il faut, dit cette Cour, outre l'existence d'une succursale que « *l'affaire litigieuse se rapporte à l'activité de cette succursale ou que les faits*

[385] CA Douai, 2ème ch. 20 oct.1983, *JurisData* n°044275.
[386] Cass. civ., 30 juin 1891, *DP* 1894, 1, p. 539, Cass. req, 15 avr. 1893, *DP* 1894, 1, p. 539, 2e esp. – TGI Seine, 29 avr. 1966 : *D*. 1966, p. 752
[387] Cass. civ. 15 nov.1983, *Bull. civ*. I, n°269.

générateurs de responsabilité se soient produits dans son ressort territorial »[388]. En l'espèce, l'activité de la succursale parisienne n'avait aucun lien avec le litige. En revanche, la juridiction du lieu de la succursale est compétente pour connaître du litige né de travaux de démolition effectués dans celle-ci.

153. Une maison mère étrangère et une succursale en France. Toujours dans ce contexte d'exigence d'un lien entre le litige et l'activité de la succursale, la Cour de cassation a considéré dans l'un de ses arrêts que l'existence de ce lien n'était pas établie[389]. Il s'agissait, en l'espèce, d'une banque marocaine qui avait, après avoir reçu d'une société de droit marocain dont elle tenait le compte dans l'un de ses établissements au Maroc l'ordre de virer à une société française une somme d'argent représentant le prix d'une commande, fait parvenir à cette dernière un document attestant de la réception de cet ordre. La société française, qui avait livré la société marocaine sans obtenir l'exécution du virement annoncé, avait fait assigner en responsabilité la banque marocaine devant les juridictions françaises, lui reprochant d'avoir commis une faute en délivrant imprudemment l'attestation litigieuse. Alors que la Cour d'appel de Paris s'était reconnue compétente à l'égard de la banque en constatant qu'elle avait une succursale à Paris, la Cour de cassation a censuré cette décision en décidant que : « *doit être cassé l'arrêt qui rejette l'exception d'incompétence territoriale soulevée par la banque marocaine sans caractériser en quoi l'action engagée devant le tribunal de commerce de Paris se rapportait à l'activité propre de l'établissement parisien de cette banque. La société demanderesse ne revendiquait aucun privilège de juridiction et n'avait pas été contesté que l'attestation litigieuse avait été établie au Maroc par l'établissement où le compte bancaire de la société débitrice était tenu* ». Cette position jurisprudentielle a été réaffirmée après. La Cour de cassation a décidé encore une fois qu'une personne morale peut être assignée devant la juridiction dans le ressort de laquelle elle dispose d'une succursale ayant le pouvoir de la représenter à l'égard des tiers, « *dès lors que*

[388] CA Paris, 16 févr. 1994 : *Bull. Joly* 1994, p. 503, § 150, note J.-J. Daigre ; D. 1994, IR, p. 100 ; *RJDA*. 8-9/1994, n° 927 et 980 ; *Juris-Data* n° 020257.
[389] Cass. com. 26 mai 2004 n° 820 F-D, Sté Banque commerciale du Maroc c/ Sté Vannier manutention, *RJDA*. 2004, n°1285, *RDAI* 2005, n° 2, p.222.

l'affaire se rapporte à son activité ou que les faits générateurs de responsabilité se sont produits dans le ressort de celle-ci »[390].

154. Lieu de conclusion ou lieu d'exécution de l'obligation? S'il ne fait aucun doute que l'affaire litigieuse en rapport avec l'activité de la succursale peut être portée devant le tribunal du lieu de situation de celle-ci, il reste à savoir si l'obligation contractée par l'intermédiaire de la succursale doit être exécutée au lieu de situation de la dite succursale pour que l'art. 5-5 et la jurisprudence des gares principales reçoivent application ? H. GAUDEMET-TALLON a fait observer que « *l'exigence d'une exécution au lieu de situation de la succursale conduirait à priver l'art. 5-5 de toute utilité par rapport à l'art. 5-1* »[391]. Dès lors que les engagements contractuels doivent être exécutés au lieu de situation de la succursale, il y a en effet coïncidence des deux dispositions, donc des deux fors. En revanche, P. GOTHOT et D. HOLLEAUX ont tenté de soutenir qu'il n'y aura pas toujours une telle coïncidence. D'après eux, « *la formule employée par la CJCE paraîtrait plus large que celle de l'obligation visée par l'art. 5-1 du règlement. Le for de l'art. 5-5 conserverait son utilité dans la mesure où le for désigné par l'art. 5-1 se trouverait sur le territoire de l'Etat contractant où le siège de l'établissement est situé mais non pas dans le même ressort judiciaire que ce siège* »[392]. Deux exemples permettent d'illustrer cette situation. Si le demandeur est un client, l'article 5-5 lui permet d'agir devant le for de la succursale, à condition que l'engagement de la maison mère pris en son nom par la succursale et constitue l'obligation caractéristique du contrat, soit exécutable dans le pays de l'établissement. Ici l'obligation caractéristique est également l'obligation litigieuse : le client pourrait donc se prévaloir aussi de l'article 5-1. Si, en revanche, la demande émane d'un fournisseur, l'engagement de la maison mère que le fournisseur invoque, n'est plus l'obligation caractéristique mais reste l'obligation litigieuse. Le juge du pays d'exécution est de nouveau compétent à la fois comme for de la succursale et comme for de l'obligation contractuelle. Une remarque analogue peut être faite à propos des obligations non contractuelles. Si de telles obligations dérivent d'une responsabilité civile, les fors de la succursale

[390] Cass. civ. 6 avr. 2006, Société GAN Assurances IARD c. Consorts Breuil, *Gaz. Pal.* janv.2007, *Jsp,* pan., p.16
[391] H. GAUDEMET-TALLON, op. cit. n° 235, p. 244.
[392] P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles*, Jupiter, 1985, p.102.

et de l'article 5-3 coïncident, à moins que ni l'événement causal, ni le dommage ne se soient réalisés dans le ressort judiciaire où l'établissement secondaire est situé. Contrairement à la compétence principale de l'article 2, les règles spéciales de l'article 5 déterminent une compétence à la fois internationale et *ratione loci*. Nous soutenons, après les auteurs favorables à cela, qu'il n'est pas nécessaire pour que l'article 5-5 puisse trouver application, que les engagements litigieux pris par la succursale au nom de la maison mère soient exécutés dans l'État contractant où ladite succursale est établie. C'est ce qu'a jugé la Cour de justice en réponse à une question préjudicielle posée par la Cour de cassation[393]. La même solution fut décidée par les juridictions anglaises ; le juge britannique a décidé qu'en matière délictuelle, sa juridiction était fondée, concernant des actes commis à Panama par la succursale anglaise d'une société norvégienne[394]. La reconnaissance de la restriction du lieu d'exécution reviendrait à notre avis à ajouter au texte de l'art. 5-5 une condition qu'il ne contient pas mais encore le priverait comme l'a rappelé la CJCE, de toute utilité par rapport à l'article 5-1. La doctrine qui a commenté l'arrêt LIoyd's Register of Shipping s'est réjouit du revirement par rapport à l'arrêt Somafer, et nous partageons sa satisfaction. D'après G. DROZ « *Une société établie dans un État contractant peut étendre son activité internationale grâce à ses succursales et établissements. Rien n'empêche que ces établissements et succursales aient, à leur tour, une activité internationale vis-à-vis d'États tiers* »[395]. L'esprit qui anime les règles de compétence spéciales de l'art.5 est d'offrir au demandeur la possibilité de saisir un tribunal qui soit proche du litige en vue de l'organisation utile du procès. La référence au lieu d'exécution du contrat n'apparaît pas aller dans ce sens. L'autonomie de la succursale et la capacité du gérant à engager la maison mère devraient suffire.

[393] CJCE, 6 avr. 1995 *LIoyd's Register of Shipping c. Campenon Bernard*, *RCDIP* 1995, p.770, note A. Droz ; *JDI* 1996, p.564, note Bischoff, *Bull. Joly* 1995, n° 6, p. 512, note A. Couret. Pour l'arrêt de cassation ayant posé la question : Com 26 oct. 1993, *JDI* 1994, p.426, note Sturlèse.
[394] Court of appeal, 3 fév. 2003, Anton Durbeck c. De Norske bank, [2003] EWCA civ 147 ; [2003] 2WLR 2003, p.1296.
[395] Note sous CJCE 6 avril 1995, *RCDIP* 1995, 776.

155. Le cas des consommateurs et assurés**.** Le consommateur et l'assuré peuvent porter l'action devant les tribunaux de l'État membre où le professionnel a son domicile[396]. Le professionnel (qui peut être un assureur) non domicilié dans un Etat membre de l'Union européenne mais qui y possède une succursale est considéré, pour les contestations relatives à l'exploitation de celle-ci, comme ayant son domicile dans cet Etat membre[397]. Il peut donc être assigné dans cet État pour le règlement de ces contestations[398]. Si le consommateur et le professionnel sont tous deux domiciliés dans un État membre, le consommateur peut saisir les tribunaux de l'État de son propre domicile. La règle vaut également si le professionnel est domicilié dans un État tiers, mais qu'il possède dans un État membre, une succursale[399]. Le rattachement des activités du défendeur à un lien précis du territoire (exploitation d'une succursale) couvert par l'instrument suffit à justifier l'application de la Convention ou du règlement Bruxelles I[400]. . Dans la proposition de révision de règlement Bruxelles I[401], la Commission envisage de supprimer l'exigence de domicile du défendeur comme critère d'applicabilité du règlement. Par conséquent, il ne devrait plus être nécessaire que le professionnel ait une succursale dans l'Union pour que le consommateur puisse saisir le tribunal de son domicile (article 16).

[396] Article 14 al. 1 de la Convention de Bruxelles et l'art. 16 § 1 du règlement Bruxelles I.
[397] Article 13 al. 2 de la Convention et 15 § 2 du règlement. Pour une application jurisprudentielle, v. CJCE 15 sep. 1994, *RCDIP* 1995, p. 754, note R. Libchaber ; *JDI* 1995, p. 476, note J.-M. Bischoff.
[398] V. J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. International*, Fasc. 631-30, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. – Compétence - Compétences exclusives – Compétences à raison de la matière, spéc. n° 95.
[399] Article 13 al. et 14 al. 1 de la Convention et 15 § 2 et 16 § 1 du règlement.
[400] J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. International*, Fasc. 631-40, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement CE n° 44/2001du Conseil du 22 décembre 2000. – Compétence. – Règles ordinaires de compétence, spéc. n° 6.
[401] V. Proposition de Règlement du parlement européen et du conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 14 décembre 2010, COM (2010) 748 final.

La jurisprudence des gares principales et l'article 5-5 du Règlement ne s'appliquent pas seulement aux obligations contractuelles. Les délits commis dans le cadre de l'exploitation d'une succursale peuvent aussi être portés devant les juridictions du lieu de situation des dites succursales.

156. Les obligations non contractuelles. Il s'agit « d*es litiges relatifs aux obligations non contractuelles qui trouveraient leur origine dans les activités que la succursale a assumée au lieu où elle est établie pour le compte de la maison mère* ». Ce sont les obligations délictuelles ou quasi-délictuelles auxquelles la succursale pourrait être originaire. Le lieu évoqué peut être celui du fait générateur du dommage au sens de l'article 5-3 de la Convention. Mais il se peut aussi que le fait délictueux ou quasi délictueux commis sur ordre ou sous la responsabilité de la succursale ait eu lieu dans le ressort d'un autre tribunal, dans un autre État membre. C'était le cas dans une affaire rendue par une juridiction anglaise dans le cadre de la Convention de Lugano[402] : la *Court of Appeal* a eu à connaître d'une action en responsabilité extracontractuelle intentée à Londres contre une banque norvégienne par une société allemande à la suite de déboires que cette dernière avait subi au Panama. La société allemande avait acheté une cargaison de bananes à destination de l'Europe. Cette marchandise, chargée en Équateur sur le navire "*Tropical Reefer*" appartenant à des propriétaires cubains, avait péri par suite de l'immobilisation du navire. Ce dernier a été saisi au Panama par la banque norvégienne aux fins d'obtenir, par voie de réalisation forcée, le remboursement d'un prêt consenti à une autre société pour le financement de l'achat du navire. C'était la succursale londonienne de la banque qui avait accordé le prêt, lequel était soumis à la loi anglaise et assorti de sûretés relevant de la loi chypriote. C'était cette succursale également qui gérait le prêt et qui, pour obtenir le remboursement, avait, après accord de son siège central à Oslo, mis en œuvre les garanties en faisant saisir et vendre le navire. La *Court of Appeal* a estimé que le litige, qui concernait essentiellement les activités de la succursale, était bien relatif à son exploitation, au sens de l'article 5-5 de la Convention.

[402] *Court of Appeal*, 3 fév. 2003, Anton Dubeck c. De Norske Bank ASA: http: //curia.europa.eu, rubrique "Information au titre du protocole n° 2 annexé à la convention de Lugano, n° 2005/37", A. MOURRE et Y. LAHLOU, « Chronique de droit international privé appliquée aux affaires », *RDAI* 2003, p. 731.

157. Conclusion du Chapitre : la proximité. La jurisprudence des gares principales et l'article 5-5 du règlement Bruxelles I ont rendu un grand service aux tiers en relation avec des succursales à l'étranger. Les tiers s'adressent le plus souvent à la succursale locale pour les opérations internationales avec la maison mère située à l'étranger. Leur permettre de choisir entre attraire une société au lieu de sa situation ou au lieu de situation de sa succursale paraît donc la solution la plus réaliste. Cependant, cette option ne doit pas être utilisée de manière anarchique ; la jurisprudence et le règlement communautaire ont fixé des limites pour pouvoir profiter de l'option de compétence. L'action doit d'abord émaner d'un tiers, ensuite le litige doit être en rapport direct avec l'activité de la succursale. C'est une solution de bon sens qui permet d'éviter tout abus de la part des parties aux relations contractuelles ou délictuelles. Toutefois, malgré l'intérêt que peut susciter la jurisprudence des gares principales dans les litiges internationaux en rapport avec l'exploitation d'une succursale, elle peut être limitée par l'absence d'harmonisation sur le concept même de succursale. Dans l'espace européen, la définition autonome qui a été donnée par la CJCE, a permis de dépasser cette limite. Dans l'espace international, le problème est toujours posé. Pourtant, l'uniformité des solutions recherchées par l'adoption de règles de droit uniformes nécessite une uniformité d'interprétation. Les Etats membres devaient, après l'arrêt Somafer, se référer à la définition donnée par la CJCE afin d'attribuer compétence à tel ou tel tribunal. Pour les pays tiers, la compétence juridictionnelle dépend encore des différentes définitions données par tel ou tel pays à la notion de succursale. La conséquence est qu'un tribunal peut se déclarer compétent par référence au droit commun de son pays, alors qu'un autre peut, pour les mêmes faits, rejeter cette compétence. Nous avons passé en revue les critères adoptés par la jurisprudence française. Ces critères ne se retrouvent pas forcément dans les autres législations. Nous souhaitons que la définition donnée par l'arrêt Somafer soit appliquée non seulement au sein de l'Union européenne mais aussi par un grand nombre de juridictions de pays tiers.

Toutefois, la définition de l'arrêt Somafer contient encore quelques lacunes auxquelles nous avons apporté quelques réponses, mais la Cour de justice doit aussi donner des précisions sur un certain nombre de points. Seule la prévisibilité est la garantie d'une confiance en la justice. Cette prévisibilité ne peut être assurée que si le concept de succursale attributive de compétence est le même, peu

importe le pays où la juridiction a été saisie. Les pays doivent prendre en considération ce fait car, dans le cas contraire, c'est la porte ouverte au *forum shopping*.

CHAPITRE 2

LES SUCCURSALES, CRITÈRE D'APPLICATION DU DROIT SUBSTANTIEL AUX RAPPORTS AVEC LES TIERS

158. La succursale : véritable centre d'affaire. Une société relevant d'une loi déterminée peut être assujettie à certaines dispositions légales étrangères en raison des activités qu'elle exercera ou des initiatives qu'elle prendra dans le ressort territorial de ces lois. Il en sera ainsi quand une société implante une succursale dans un autre Etat[403]. Les sociétés étrangères sont liées par des obligations à l'origine desquelles se trouvent leurs succursales. La circonstance que le client a traité, non avec la maison mère, mais avec la succursale, doit être prise en considération. En effet, la succursale ne constitue pas un simple intermédiaire entre la maison mère et le client. Elle a une réalité économique et commerciale propre. Elle produit et, à tout le moins, commercialise elle-même les produits ou les services. Ses dirigeants ont le pouvoir de prendre eux mêmes des engagements au nom de la maison mère. Par conséquent, un contrat qui est conclu entre un client et une succursale peut être considéré comme un contrat conclu avec celle-ci[404]. La succursale étrangère peut nouer des obligations soit avec les ressortissants du pays où elle est située, soit avec les ressortissants du pays de la maison mère ou encore avec les ressortissants d'un pays tiers.

159. L'application des méthodes directe et indirecte. L'application aux succursales de dispositions légales étrangères relève de la méthode directe (loi de police). Les dispositions étrangères applicables ont, le plus souvent le caractère

[403] Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R. SOTOMAYOR, *J.-Cl. International*, Fasc. 570-40, Conflit de lois en droit des sociétés, spéc. n° 2.
[404] Surtout quand il s'agit d'une succursale bancaire. Celle-ci dispose d'une autonomie plus grande.

de lois de police, ce qui explique leur application immédiate. En revanche, les obligations contractuelles passées via les succursales relèvent de la méthode indirecte (la règle de conflit). Cette méthode n'indique pas directement la solution applicable au fond. Elle est indirecte en ce sens qu'elle se contente de désigner le droit compétent en vertu duquel la situation juridique produira ses effets[405]. Ainsi, un contrat conclu par une succursale sera rattaché selon la règle de conflit à la catégorie des actes juridiques régis par la loi d'autonomie[406]. En l'absence de choix, nous appliquons des liens objectifs qui sont, depuis la Convention de Rome (transformée en règlement Rome I) la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. La loi du lieu de situation de la succursale s'applique alors en tant que loi de résidence de la maison mère [407] (Section 1). Le juge n'est pas toujours obligé de passer par la règle de conflit, certaines lois s'appliquent directement à la succursale en raison de leur territorialité. Toutes les règles qui régissent l'activité et la gestion internes s'appliquent indifféremment à toutes les entités exerçant des activités en France. Cette application est encore plus marquée dans les secteurs réglementés, tels que la banque, l'assurance ou les services d'investissement. Ces secteurs supposent un contrôle plus poussé de la part des Etats. Le fait de soumettre les succursales étrangères aux lois propres à ces Etas assure à ces derniers un tel contrôle. En d'autres occasions, la protection des parties faibles qui ont contracté avec les succursales exige l'application immédiate de certaines lois. Enfin, des mesures d'exécution peuvent porter sur des avoirs détenus par des succursales étrangères. La particularité de ces mesures nécessite une application territoriale (Section 2).

[405] M.-L. NIBOYET et G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, L.G.D.J., 2007, n°136.
[406] Et depuis l'entrée en vigueur du règlement Rome II même les faits juridiques peuvent être régis par la loi d'autonomie.
[407] Cette notion de résidence habituelle est expliquée par les articles 19 du règlement ROME I et de l'article 23 du règlement ROME II.

SECTION 1 :
LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS CONTRACTÉES VIA LES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

160. *Lex contractus*, autonomie de la volonté et principe de proximité. La compétence de principe de la loi du lieu d'établissement de la succursale, au regard des opérations passées par elle, se déduit des principes généraux du droit des contrats qui soumet le contrat, tant quant à sa formation qu'à son exécution, à la loi d'autonomie, c'est-à-dire à celle que les parties ont désignée expressément ou tacitement. À défaut de choix par les parties, la loi de la succursale est applicable en tant que loi de résidence habituelle de la maison mère. La loi locale est celle qui paraît répondre le mieux à l'intention du professionnel. Celui-ci, en s'établissant en France, a entendu opérer sur le marché français. Il est normal de présumer qu'il a accepté de traiter avec ses clients comme les autres sociétés locales ou étrangères, c'est-à-dire en se plaçant sous l'égide des lois et usages locaux. L'intention du client ne semble pas différente. C'est à la loi française que s'attend à être soumis celui qui contracte avec une succursale en France. La règle de conflit conférant compétence à la loi du lieu de situation de la succursale n'est pas seulement contenue dans les règlements Rome I et Rome II. Certaines dispositions issues de conventions internationales contiennent des règles de conflit qui donnent parfois compétence à la loi du lieu d'établissement d'une société qui se trouve être le lieu de situation de sa succursale. D'autres fois, l'expression succursale est mentionnée expressément. Nous analyserons dans un premier point ce rattachement que constitue le lieu de situation de la succursale, en montrant comment la succursale peut être un élément d'extranéité (§1); nous passerons en revue ensuite les différentes obligations contractuelles et extracontractuelles qui naissent dans le cadre de l'exploitation des succursales et les règles de conflits contenues dans différents règlements et conventions (§2).

§ 1 – LES SUCCURSALES : FACTEUR D'ÉXTRANÉITÉ ET ÉLÉMENT LOCALISATEUR D'UNE OBLIGATION

161. Domicile secondaire ou résidence habituelle. Une querelle doctrinale est née à propos de l'attribution ou non d'un domicile aux succursales. L'article 4 de la Résolution de l'Institut de Droit international du 3 août 1931 (session de Cambridge) dispose que « l*e domicile des succursales des sociétés étrangères est au lieu où elles fonctionnent et c'est la loi de ce lieu qui est compétente pour déterminer si la représentation que ces sociétés y possèdent doit être considérée comme une succursale* »[408]. Certains auteurs ont exclu cette possibilité, d'autres l'ont limitée aux seules filiales. Enfin, d'autres encore considèrent, la succursale comme un domicile secondaire. Le domicile principal ne peut se situer qu'au lieu du siège de la maison mère. Le domicile comme lieu de rattachement n'a pourtant pas été retenu par les internationalistes qui lui ont préféré celui de résidence habituelle[409]. L'effacement du domicile au profit de la résidence habituelle en matière de rattachement objectif participe d'un mouvement connu du monde entier. Pour de multiples raisons, les instruments nationaux, européens et internationaux préfèrent nettement la notion de résidence habituelle à celle de domicile[410]. Le domicile et la résidence habituelle ont succédé en tant que critères de rattachement, à la nationalité et ce, dès le milieu des années 1950 en tant que critères relativement simples à mettre en œuvre, traduisant en même temps une exigence de proximité largement répandue aujourd'hui dans le domaine du droit international privé. Le succès de la notion de

[408] v. H. MUIR-WATT et A RICHEZ PONS, *J.-Cl. International*, Fasc. 543-10, Domicile et résidence dans les rapports internationaux, spéc. Annexe unique.

[409] D'après A. RICHEZ-PONS « *critère de rattachement éminemment concret, souple et pragmatique, la résidence doit rester la plus proche possible de son sens courant. Toute tentative pour définir la notion de manière générale et abstraite pourrait apparaître à la fois comme inutile et vouée à l'échec. Par ailleurs, ne semble pas nécessaire de définir la résidence au regard de chaque règle de conflit qui s'y réfère. En effet, la résidence ne paraît pas avoir besoin de définitions autonomes qui risqueraient de conduire à terme à une dénaturation de la notion, à une perte de sa cohérence d'ensemble* », v. A. RICHEZ-PONS, *La résidence en droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois)*, thèse, Lyon, 2004, spécialement n°29.

[410] Pour un recensement des nombreuses utilisations de ce qui est devenu « le critère de prédilection du droit international privé et l'élément-clé de répartition des litiges dans l'ordre international » v. A. RICHEZ-PONS, préc. ; C. NOURISSAT, « De quelques rattachement en droit international privé communautaire », in *le monde du droit*, *Écrits rédigés en l'honneur de J. FOYER*, Economica, 2008, p.731 ; P. GUEZ, note sous CJCE 2 avr.2009, *Gaz. Pal.* nov. 2009, p.18.

résidence habituelle est, quant à lui, lié au fait qu'elle ne constitue, contrairement au domicile, notion principalement juridique, qu'une notion de fait. Á défaut de qualifications universelles et autonomes, les notions de fait semblent être privilégiées. De même, la diversité des domiciles a souvent été dénoncée comme constituant un obstacle au fait que l'on puisse le retenir comme élément de rattachement dans les conventions internationales. Ainsi, un expert qui s'est livré à une étude de droit comparé avait recensé pas moins d'une cinquantaine de définitions de domicile[411]. Un autre expert à la conférence de La Haye de droit international a comparé le domicile à « *un caméléon qui change de couleur selon les pays* »[412]. Il est apparu à ces experts que la conception de domicile diffère radicalement entre pays de droit anglais et ceux de tradition romano-germanique. De même, ils ont relevé l'absence de définition uniforme au sein même des Etats de droit continental ; chacun d'eux étant marqué par un contexte historique influant sur l'interprétation de la notion. L'adjectif « habituelle » a été ajouté au terme résidence afin de marquer une certaine stabilité, une assise durable qui doit caractériser la résidence. Dans une résolution du Conseil de l'Europe, on pouvait lire que : « *pour déterminer si une résidence est habituelle, il sera tenu compte de la durée et de la continuité de la résidence ainsi que d'autres faits de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables entre la personne et sa résidence* »[413]. La succursale répond aux critères de permanence et de stabilité. Nous sommes favorables à cette qualification de résidence habituelle de la maison mère. Cette dernière conserve son domicile au pays de situation du siège. En revanche, elle peut résider au pays de situation de ses succursales.

162. Le rattachement à la loi du lieu de situation de la succursale. Pourquoi applique-t-on à un contrat conclu via une succursale la loi de cette dernière au lieu de celle de la maison mère? Suffit-il que le contrat soit passé avec ladite succursale pour qu'il soit soumis à la loi du pays de cette dernière ? Ou faudra t-il, au contraire, d'autres conditions ? La réponse à ces questions n'est pas aisée. En l'état actuel de la législation européenne et internationale la seule

[411]E. MAHAIM, *AFDIP*, 1931, vol. II, p.180-181.
[412] M. BÖHMER, *Actes et documents de la Xe Session de la Conférence de La Haye,* 1964, t. I, Séances plénières. Divorce, p.294.
[413] Unification des concepts juridiques de « domicile » ou de « résidence », résolution (72) 1 et annexe adoptées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 18 janvier 1972 et exposé des motifs, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1972. V. spèc. la règle n°9.

exigence pour l'application de la loi de la succursale est que l'obligation (contractuelle ou extracontractuelle) soit en rapport avec l'exploitation de ladite succursale. Aucune précision n'a été donnée sur les conditions ou les critères à retenir. En dehors des cas des consommateurs et des travailleurs qui, en raison de leur situation de faiblesse sont soumis à des dispositions particulières, les contrats passés entre les professionnels et les succursales sont régis par le règlement Rome I. Par application de la règle de conflit contenue dans l'article 4 du règlement Rome I, la loi applicable à l'obligation contractuelle, à défaut de choix par les parties, est celle du lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Contrairement à la Convention de Rome, la notion de résidence habituelle a fait l'objet d'une définition dans les règlements Rome I et Rome II. L'article 19 § 3 du règlement Rome I dispose que « l*orsque le contrat est conclu dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, la résidence habituelle est située au lieu de cet établissement*. »[414]. L'article 23 du règlement Rome II dispose, quant à lui, que *« Lorsque le fait générateur a été commis ou que le dommage a été subi dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, (…) le lieu où est située cette succursale est traité comme résidence habituelle* ». Par application de ces deux articles la loi applicable ne peut être que celle de la succursale si l'obligation contractuelle ou extracontractuelle est née dans le cadre de l'exploitation de ladite succursale. Le rapport avec l'exploitation de la succursale n'a pas apporté les précisions souhaitées. Cette expression a continué la solution déjà existante dans l'article 4-2 de la Convention de Rome, qui fait référence à un élément géographique toujours facile à discerner. Par application de l'article 4-2 de la Convention de Rome la loi compétente est celle de l'établissement secondaire à partir duquel le contrat prévoit que la prestation sera fournie[415]. L'article ne fait aucune mention du lieu d'exécution de la prestation caractéristique. Toutefois, l'article 4-2 de la Convention de Rome arrête la détermination de la résidence habituelle et ses substituts au jour de la conclusion du contrat et que, « *selon le contrat* », la prestation caractéristique doit être fournie par l'établissement secondaire pour que

[414] L'objectif était d'aligner la notion de résidence habituelle sur celle adoptée par la CJCE dans les affaires de sécurité sociale, d'harmonisation fiscale ou encore des litiges opposant l'Union européennes aux fonctionnaires. V. sur ce point H. GAUDEMET-TALLON*, J.-Cl. International*, Fasc. 552-15, Convention de Rome du 19 juin 1980 et le règlement Rome I du 17 juin 2008. - Détermination de la loi applicable- Domaine de la loi applicable, n° 89.

[415] M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002, n° 431.

la loi du pays de cet établissement soit applicable[416]. Ainsi par exemple, le distributeur n'est pas loin de constituer un établissement du fournisseur[417] et c'est bien « *selon le contrat* », dans le pays où le distributeur est établi qu'il doit fournir la prestation caractéristique. Lorsque le prestataire conclut un contrat dans le cadre de son activité professionnelle, le facteur de localisation se trouve là où est exercée l'activité. Cette dernière peut être effectuée par une succursale. La loi de la succursale désignée assurera que tous les contrats exécutés par elle soient soumis à une même loi[418]. Bien souvent d'ailleurs, la succursale fournira la prestation caractéristique dans le pays où elle est située. Dans ce pays fréquemment sera également installé le cocontractant. Telles sont les leçons tirées de l'ancien article 4-2 de la Convention de Rome dont s'est inspiré le règlement Rome I. Toutefois, celui-ci s'est aligné sur son prédécesseur Bruxelles I en retenant une localisation selon que le litige est en rapport avec « l'exploitation de la succursale ».

163. Un emprunt au règlement Bruxelles I. L'expression « dans le cadre de l'exploitation d'une succursale » a fait l'objet d'une interprétation par la CJCE mais seulement dans le cadre de la compétence juridictionnelle[419]. La haute juridiction européenne ne s'est pas prononcée, du moins pas encore, sur l'interprétation à donner à la notion d'exploitation de succursale attributive de compétence à la loi d'un pays. L'expression, contenue aujourd'hui dans les règlements Rome I et Rome II a été empruntée au règlement Bruxelles I. Elle a été transposée au domaine de la compétence législative sans aucune précision sur l'interprétation qu'allait recevoir par les tribunaux étatiques. Ceci a fait réagir certains auteurs qui ont signalé le risque d'un conflit lorsque les paragraphes 1 et 2 de l'article 19 sont appliqués à une personne morale dotée d'établissements à l'étranger. D'après M.-É. ANCEL, « *l'article 19 du règlement ROME I, qui mélange la Convention de ROME (art. 4. 2.) et le règlement Bruxelles I (art. 5. 5), risque de créer un contentieux uniquement sur le point de savoir si le contrat a été*

[416] Ibid.
[417] Certains ont soutenu que l'arrêt *De Bloos* n'exclut pas qu'un concessionnaire exclusif puisse être considéré comme un établissement secondaire du concédant en cas de soumission du premier au second. V. M.-É. ANCEL, op. cit. n° 433 ; H. GAUDEMET-TALLON, op. cit. n° 232. D'autres auteurs ont refusé une telle éventualité. V. notamment C. KESSEDJIAN, op. cit. n° 152.
[418] M.-É. ANCEL, op. cit. n° 433.
[419] Arrêt *Somafer* cité supra n°142

conclu dans le cadre de l'exploitation d'un de ces établissements »[420]. Il est vrai que le septième considérant du règlement Rome I indique que « le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être cohérents par rapport aux règlements « Bruxelles I » et « Rome II »[421]. Cependant, transposer les solutions interprétatives adoptées par la jurisprudence dans le cadre de la compétence juridictionnelle au domaine de la compétence législative ne peut pas être satisfaisant. Certes, la transposition des interprétations et des qualifications du domaine de conflits de juridictions au domaine de conflit de lois permettrait une cohérence synthétique. D'abord, le juge n'adoptera plus au sein d'un même litige deux qualifications divergentes[422], ensuite, cela permettra une cohérence des solutions à donner à la procédure et au fond d'un litige[423]. Toutefois, il ne s'agit là que d'une cohérence de façade. L'alignement des qualifications suscitées par le règlement Rome I sur les solutions établies au regard de l'interprétation du règlement de Bruxelles I apparaît illusoire. L'objet de la qualification est dans le domaine du conflit de lois plus restreint que dans le domaine de conflits de juridictions. Pour cette raison, les catégories de conflit de lois sont plus nombreuses que celles de conflits de juridictions. Nous reprenons à cet égard l'exemple donné par B. HAFTEL : « *la qualification consiste à ranger l'étoffe étrangère dans les tiroirs du for, prétendre qu'il faudrait qualifier de la même manière dans le domaine du conflit de juridictions et dans celui du conflit de lois revient à prétendre qu'il faudrait ranger de la même manière deux étoffes identiques dans deux commodes, l'une contenant dix tiroirs, et l'autre en contenant quatre-vingt* »[424]. Il semble donc clair que les raisons qui motivent le rattachement au tribunal d'un pays ne sont pas les mêmes que celles qui motivent l'application d'une loi. Les conflits de juridictions restent assez distincts des conflits de lois. Nous souhaitons une intervention jurisprudentielle pour interpréter spécifiquement l'expression « dans le cadre de l'exploitation d'une

[420] V. « Le règlement Rome I, nouvelle pièce du système communautaire de droit international privé », *RLD.civ,* 2008, n°53.
[421] C. BRIÈRE, « Le droit international privé européen des contrats et la coordination des sources », *JDI* 2009, n°3, p.793.
[422] Attitude prônée par M. LARROUMET, note sous CJCE, 17 juin 1992, JaKob-Handt, *JCP* 1992, II, p. 712.
[423] Attitude défendue par A. HENRY, *Qualifications et conflits de juridictions*, Thèse, Reims, 2005, n° 351 et s. et 387 et s.
[424] V. notamment son article, « Entre « Rome II » et « Bruxelles I » : l'interprétation communautaire uniforme du règlement « Rome I » », *JDI* 2010, p. 761.

succursale » contenue dans le règlement Rome. En attendant, l'application de la loi du lieu de situation de la succursale est subordonnée au fait que cette succursale ait participé activement à la réalisation de l'obligation. C'est-à-dire qu'elle ne s'est pas contentée de conclure le contrat mais a assuré aussi son exécution. Après avoir étudié les conditions nécessaires pour qu'une succursale puisse constituer un facteur d'extranéité et un élément localisateur de l'obligation, nous allons passer en revue les différents contrats internationaux passées via des succursales et qui ont donné lieu à des conflits de lois.

§2 - LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES CONCLUES DANS LE CADRE DE L'EXPLOITATION D'UNE SUCCURSALE

164. Actes juridiques en rapport avec l'exploitation de la succursale. Avec la mondialisation de l'économie et l'internationalisation du monde des affaires, la plupart des obligations contractuelles sont passées à l'étranger au lieu où sont représentées les sociétés. Les succursales qui représentent les sociétés au pays d'accueil facilitent la liaison des rapports entre les parties en raison de la proximité géographique. Il est plus facile pour un agent installé au pays de situation de la succursale de s'adresser à celle-ci pour conclure un contrat (commercial ou de financement) plutôt que de se déplacer au pays de situation de la maison mère. Que cela concerne les contrats commerciaux (A) ou de financement (B), le règlement Rome I et les conventions internationales, suivant en cela un grand courant doctrinal, donnent compétence à la loi du lieu de situation de la succursale.

A. La loi applicable aux contrats commerciaux conclus dans le cadre de l'exploitation d'une succursale

165. Le contrat de vente. En France, le contrat de vente internationale est régit à la fois par le règlement Rome I et la Convention de La Haye sur la vente d'objets mobiliers corporels[425] qui contiennent des règles de conflit et par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises [426]qui contient des règles matérielles.[427] En dehors du règlement Rome I, le concept de succursale est absent dans les deux autres instruments. Ces derniers utilisent une notion plus large qui est celle d'établissement. Quand les deux parties au contrat de vente ont leur établissement dans deux Etats différents, la convention de Vienne qui s'applique directement (article 1-1)[428]. Si, en revanche, les parties ont leurs établissements dans des Etats différents qui ne sont pas deux Etats contractants, la convention de Vienne n'est applicable que par le truchement de l'application des règles de conflit.

[425] La convention de La Haye du 15 juin 1955, entrée en vigueur le 1er septembre 1964, sera remplacée par une autre du 22 déc. 1986 lorsque cette dernière aura reçu l'adhésion d'au moins cinq Etats. Elle n'a été ratifiée que par l'Argentine et la Moldavie. V. sur ce point M. -L. NIBOYET, *J.-Cl. International,* Fasc. 552-10, Contrats internationaux, n° 22. B. AUDIT, *Rép. International Dalloz*, V° Vente, n° 27 et s. P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises », *Journées de la société de législation comparée* 1985, vol. 7, p. 327 ; Y. LOUSSOUARN, « La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises », *RCDIP* 1986, p. 271.

[426] V. notamment P. KAHN, *J.-Cl. International*, Fasc. 565-A-5, Vente commerciale internationale, n° 18 et s. ; B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises*, L.G.D.J 1990 ; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandise*, L.G.D.J 2000. ; M. PELICHET, « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », *RCADI* 1987, t.201, p. 7 et s. ; BIANCA et BONELL [ss direc], *Commentary on the International Sales Law*, *The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan 1987; N. WATTÉ et A. NUYTS, « Le champ d'application de la convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *JDI* 2003, p. 365 ; C. WITZ, « Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Bilans et perspectives », *JDI* 2006, p. 5 ; même auteur, « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises », *D.* 2007, p. 530. P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, *La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008

[427] Le succès des règles matérielles contenues dans la convention de Vienne ne diminue en rien l'intérêt de la règle de conflit. D'abord par ce que la convention ne concerne que les seules contrats de vente de marchandises. En plus, elle ne règle pas toutes les ventes internationales de marchandises. Enfin, elle ne concerne ni la validité du contrat ni les effets qu'il peut avoir sur la propriété des marchandises. V. sur ce point, H. GAUDEMET-TALLON, *J.-Cl. International*, Fasc. 552-11, op. cit. n° 9.

[428] Le critère a été critiqué parce qu'il ouvrait un champ d'application trop grand à la convention. Retenu par la convention de La Haye de 1964, il a fait l'objet d'une précision par l'ajout d'éléments complémentaires tels que le transport de marchandises d'un Etat à un autre ou la délivrance de la marchandise dans un Etat autre que celui de la conclusion de la vente. V. P. KAHN, op. cit. n° 34 ; M.-L. NIBOYET, op. cit. n° 25.

La règle de conflit se trouve dans la Convention de La Haye. Á défaut de choix par les parties, l'article 3 de cette convention donne compétence à la loi du « *pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande* »[429]. Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne « *du pays où est situé cet établissement* » (art.3, al.1). Par exception, la loi de l'État d'établissement ou de la résidence habituelle de l'acheteur s'applique « *si c'est dans ce pays que la commande a été reçue soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis voyageur* ». En dehors du champ d'application de la convention de 1955 et par application de la règle de conflit du règlement Rome I, le contrat de vente sera soumis à la loi du lieu de situation du vendeur. Lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu au lieu de situation de la succursale, c'est cette dernière qui sera considérée comme vendeur (article 19-2 du règlement Rome I). Il faut signaler cependant que certaines opérations restent originales et ne peuvent plus désormais être soumises à la loi du lieu de la succursale (loi du lieu de résidence habituelle du vendeur). C'est le cas des contrats portant sur des instruments financiers conclus sur des marchés réglementés. Ces contrats sont soumis à une loi unique, celle du marché lui-même. Sont écartées la nationalité et la résidence habituelle des parties.

166. Le contrat de transport. Le contrat de transport de marchandises est régit aujourd'hui à la fois par des conventions internationales de droit uniforme[430] ainsi que par le règlement Rome I. Ce règlement contient des

[429] V. notamment, Cass. civ. 18 déc. 1990, *D.* 1991, IR, p. 14 ; CA Lyon, 28 fév. 1979, *D.* 1980, *IR*, p. 330, obs. B. Audit ; *JDI* 1980, p. 104, note P. Kahn ; T. com. Paris, 27 nov. 1968 ; *JDI* 1970, p. 328, note R. Dayant ; *RCDIP* 1969, p. 700, note P. Kahn.

[430] Ces conventions qui contiennent des règles matérielles uniformes sont préférées par les Etats aux détours par les subtiles règles de conflit de lois. V. sur ce point C. LEGROS, « Loi applicable au contrat de transport : commentaire du règlement du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit « Rome I » », *Rev. dr. Transp.* 2009, n°2, p.12. Pour les conventions il s'agit principalement de la convention relative au contrat de transport international de marchandise par route du 19 mai 1956 (CMR), v. notamment Ch. PAULIN, *J.-Cl. Transport*, Fasc. 610, Contrat de transport ; L. PEYREFITTE, *J.-Cl. Transport*, Fasc. 776, Transport routier international. La convention relative aux transports internationaux ferroviers du 9 mai 1980 (COTIF), v. H. BERTRAND, *Rép. International Dalloz,* V° Transports ferroviers, n° 2 et s. ; La convention de Varsovie du 12 octobre 1929 et de Montréal du 28 mai 1999 (entrée en vigueur en 2004) pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, v. J.-P. TOSI, *Rép. International Dalloz*, V° Transports aériens, plus récemment : J.-L. ALLBERT, V. BAILLY-HASCOËT et C. LEGROS, « Les transports : activités, contrats et responsabilités », *JCP E.* 2010, n° 42, p.29. La convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement ; convention de Hambourg du 31 mars 1978 ; enfin le projet de

dispositions spécifiques qui visent non seulement le transport de marchandises mais aussi de passagers[431]. Le règlement Rome I a repris et précisé dans l'article 5 paragraphe 1 la disposition de l'article 4-4 de la convention de Rome pour les contrats de transport de marchandises. Il a introduit de nouvelles dispositions dans le paragraphe 2 concernant le contrat de transport de passagers[432]. À défaut de désignation expresse, la loi applicable au contrat de transport de marchandises est la loi du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle, dès lors que c'est aussi celle du lieu de chargement, du lieu de livraison ou du lieu de résidence habituelle de l'expéditeur. Une règle nouvelle a été insérée dans le règlement Rome I concerne le transport des passagers : en effet, et si les parties n'ont rien envisagé, est compétente la loi du pays où le passager a sa résidence habituelle, si les lieux de départ et d'arrivée s'y trouvent aussi. La succursale est, au sens de l'article 19 du règlement Rome I, le lieu de résidence habituelle du transporteur. Par conséquent, en cas de transport de marchandises, la loi applicable sera celle du lieu de situation de la succursale (à condition que le litige soit en rapport avec l'exploitation de celle-ci), dès lors qu'elle coïncide avec celle de chargement, livraison ou de résidence habituelle de l'expéditeur. Dans les contrats de transport des passagers, la protection de ces derniers suppose l'application de la loi du lieu de leur résidence habituelle. Si le lieu de départ ou d'arrivée coïncide avec le lieu de situation de la succursale, la loi applicable sera aussi bien celle du pays de résidence du passager que celle du pays de situation de la succursale.

167. Le contrat d'assurance. D'après l'article 7 du règlement Rome I[433], le contrat d'assurance est régi, à défaut de choix, par la loi du pays où

convention sur le transport de marchandises effectué (entièrement ou partiellement) par mer, élaboré par la CNUDCI et consultable sur le site : www.Uncitral.org/uncitral/frcommission/working_groups/3Transport.html

[431] S. CORNELOUP, « Transformation de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Le futur règlement communautaire « Rome I » », *JCP G.* 14 mai 2008, n°20, act.320.

[432] P. LAGARDE, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *RCDIP* 2008, p. 727; v. aussi L. D'AVOUT, « Article 5 : Contrat de transport », *RLDA,* 2008, n° 29, p. 69

[433] L'insertion de dispositions régissant le contrat d'assurance dans le règlement Rome I était une nouveauté qui a été salué par certains auteurs : « *en élargissant le domaine du règlement Rome I au sujet des assurances les institutions communautaires ont saisi une occasion magnifique pour simplifier et harmoniser les règles de conflit de lois et de résoudre les problèmes du secteur concerné* » v. notamment l'avis CESE sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE* 23 déc.2006, n° C318. v. aussi B. DUBUISSON, *le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré*, thèse, Louvain, 1994 ; J. BIGOT, « L'internationalisation du droit des assurances »,

l'assureur a sa résidence habituelle. Le règlement offre un premier critère d'identification de la loi compétente selon l'étendue du risque couvert : les contrats couvrant de « grands risques » relèvent de l'article 7, §2 c'est-à-dire de la loi de résidence habituelle de l'assureur[434]. Les autres contrats[435], dès lors que le risque est communautaire, relèvent de l'article 7 §3. Le législateur a limité dans ce dernier cas la possibilité des parties de choisir la loi applicable à l'intérieur d'une règle alternative qui présente une liste de cinq lois[436]. Parmi ces lois, il y a celle rattachant le contrat à la loi du lieu de résidence habituelle du preneur d'assurance. C'est une reproduction du rattachement prévu par la directive n°90/619/CEE dans l'article 4 §1 *« la loi applicable est celle de l'État membre de l'engagement. Si le preneur est une personne morale l'État membre d'engagement s'entend de l'État membre où est situé l'établissement (qui peut être une succursale) de cette personne auquel le contrat se rapporte* ». La distinction opérée par le règlement entre grands risques et autres n'est pas nouvelle, elle était en effet connue des directives[437]. C'est plutôt la présentation de la règle de conflit qui est nouvelle. Désormais, les principes relatifs à l'assurance-vie et ceux relatifs à l'assurance non-vie sont rassemblés sous des règles de rattachement communes.

L'internationalisation du droit, in Mélanges LOUSSOUARN, Dalloz, 1994, p. 57. B. BONNAMOUR, « Article 7 contrats d'assurance », *RLDA* 2008, p.

[434] H. GAUDEMET-TALLON, *J.-Cl. International*, Fasc. 552-15, op. cit. n° 74.

[435] Les d'assurance vie et « non-vie » qui ne couvrent pas de « grands risques », mais également les contrats couvrant des risques de masse.

[436] soit la loi de tout État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat, soit la loi du pays dans lequel le preneur d'assurance a sa résidence habituelle, soit dans le cas d'un contrat d'assurance vie, la loi de l'État membre dont le preneur d'assurance est ressortissant, soit le cas de contrat d'assurance couvrant des risques limités à des sinistres survenant dans un Etat membre autre que celui où le risque est situé, la loi de l'Etat membre de survenance. Enfin, lorsque le titulaire de contrat d'assurance exerce une activité commerciale, industrielle ou libérale et que le contrat d'assurance couvre deux ou plusieurs risques relatifs à ces activités et situées dans différents États membres, la loi de l'un des États membres concernés ou la loi de résidence habituelle du preneur d'assurance. Ces éléments de rattachements traduisent la volonté des institutions communautaires d'assurer une meilleure concurrence au sein d'un marché d'assurance unique. C'est ainsi que les deux premiers rattachements conduisent dans la quasi majorité des cas à l'application de la loi du lieu où est établi le souscripteur. V. V. HEUZÉ, Le droit international privé du contrat d'assurance, in *Traité de droit des assurances*, t.3, *Le contrat d'assurance*, ss. dir. J. BIGOT, p.248.

[437] La directive du 22 juin 1988 pour l'assurance de dommage (Directive n°88/357/CEE, 22 juin 1988, dite « directive assurance non-vie », telle que complétée et modifiée par le Directive n°92/49/CEE, 18 juin 1992 et Directive n°2002/13/CE, 5 mars 2002). Et par la directive relative à l'assurance directe sur la vie (Directive Parlement et Conseil CE n°2002/83, 5 nov.2002, concernant l'assurance directe sur la vie, laquelle a remplacé la Directive n°90/619/CEE, 8 nov.1990, dite « directive assurance-vie », elle-même modifiée à plusieurs reprises.

Les grands principes protecteurs ont été gardés tels que les aménagements qui ont été apporté à l'autonomie de la volonté[438].

B. La loi applicable aux contrats de financement conclus dans le cadre de l'exploitation d'une succursale

168. La loi de la succursale. Les contrats de financement sont des contrats conclus généralement par des établissements de crédit. Ces contrats peuvent être passés aussi par les succursales de ces établissements situées à l'étranger. Doit-on dans ce cas appliquer la loi du siège ou celle de la succursale ? La jurisprudence a retenu la loi de la succursale[439]. Les succursales bancaires sont connues pour leur autonomie. Elles ne se contentent pas d'être un intermédiaire entre le client et la maison mère[440]. Ainsi les juges ont décidé que les opérations en France avec la succursale d'une banque étrangère doivent se régler entre les clients français et la direction de la succursale, sans aucun égard aux relations de la succursale avec le siège social et sans aucune obligation pour le client de correspondre avec ledit siège social[441]. De manière générale, quand une banque est simplement chargée de faire exécuter une opération à l'étranger par une succursale, la loi de cette dernière ne régit que l'exécution du mandat qui lui a été confié. La loi étrangère de la banque qui exécute s'applique pour le surplus[442]. En revanche, quand la succursale participe activement dans la réalisation de l'obligation, l'article 19-2 du règlement Rome I conduit à retenir la loi de la succursale[443]. Dans un contrat de prêt d'argent, si les fonds sont remis par une succursale située dans un pays distinct de celui dans lequel se trouve le siège social de la banque, c'est la loi de la succursale qui s'applique[444]. La loi de la succursale prêteuse est à maintenir même si les fonds prêtés sont immédiatement

[438] Ce principe prévu à l'art. 7.1 g) de la directive de 1988 prévoit « lorsque tous les éléments de la situation sont localisés au moment du choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ».
[439] CA Paris 15ème ch. A 15 juin 1994, *Juris-Data* n°1994-02319, *D.*1995, Comm. p.390 ; *JDI* 1994, p.1011.
[440] J. STOUFFLET, E. BOURETZ et H. SMITH, op. cit. n° 67.
[441] Tb. Com. Seine, 30 mai 1919, *GP* 1919, II, p.323 ; CA Paris, 20 mars 1938, *JDI* 1938, p.1018.
[442] Il a été jugé aussi que la loi du siège de la banque doit être appliquée quand s'est produite, après accord conclu avec ce siège, une novation d'une convention initialement contractée avec une succursale étrangère, Cass. civ. 29 juin 1971 : *JCP G.* 1971, IV, 241 ; *D.*1971, Jrp. p.188.
[443] Th. BONNEAU*, Droit bancaire*, op. cit. n° 97 ;
[444] CA Paris, 15e ch. A, 15 juin 1994, *Banque de Chine c/ BCCI*, *JurisData* n° 1994-023319 ; *D.* 1995, somm. p.390-391 ; *JDI* 1994, p.1011.

virés à l'étranger aux caisses d'une autre succursale de la banque ou chez une banque tierce[445].

169. Succursales et crédit documentaire. Dans le domaine du crédit documentaire, l'article 2 dernier alinéa des Règles et Usances Uniformes dispose qu' « *aux fins des présents articles, les succursales établies dans différents pays sont considérées comme constituant chacune une banque* »[446]. Par application de cet article, la Cour de Paris avait décidé qu'un arrangement par lequel une banque autorise, à la demande d'un client, une de ses succursales à payer à un tiers une somme d'argent contre remise de documents constitue un crédit documentaire au sens des RUU[447]. L'article 3 des RUU 600 autorise une succursale d'un autre pays à confirmer une autre succursale de la même banque qui aurait procédé à l'émission du crédit.

170. Succursales et cession de créances. L'article 14 du règlement Rome I dispose que « les relations entre le cédant et le cessionnaire sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, s'applique au contrat qui les lie ». À défaut de choix par les parties, le contrat est régi par la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Si le contrat a été conclu dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, l'article 19 du règlement Rome I donne compétence à la loi de situation de celle-ci. Or, l'article 19 du règlement Rome I ne donne aucune précision sur l'expression « en rapport avec l'exploitation de la succursale ». Cela joue t-il lorsque la créance est cédée par le truchement d'une succursale ordinaire ou faut il que la cession de créances constitue une part régulière des activités ? Le contrat doit-il être conclu au lieu de situation de la succursale ? Ou peut-il être conclu dans un autre pays que celui de la succursale ? Les textes sont muets sur ces questions. Ils n'apportent aucune

[445] J. STOUFFLET, E. BOURETZ et H. SMITH op. cit. n° 94.
[446] Les RUU de la Chambre de commerce internationale ont été révisées à plusieurs reprises depuis leur création, la dernière révision (RUU 600) remonte au 25 oct. 2006, entrée en vigueur le 1er juillet 2007, v. D. DOISE, « La révision 2007 des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires », *RDAI*.2007, n°1, p.106. M. DELIERNEUX, « Les Règles et Usances uniformes de la CCI relatives au crédit documentaire (RUU 600) », *Rev. de droit commercial belge*, 2008, n°1, p.3 ; Le dossier réuni et présenté par N. MATHEY en collaboration avec d'autres auteurs, « Le crédit documentaire en 2008 », *RDBF*., 2008, n°1, p.57
[447] CA Paris, 28 fév. 2001, *Banque de chine c/ Crédit Lyonnais*, inédit. V. *JCP E.* 2001, n° 31, p. 1334.

réponse. Cela peut conduire à des résultats néfastes : « *si par exemple le cédant agissant à travers un employé qui travaille au lieu de situation de l'administration centrale dans le pays A cède à X toutes ses créances présentes et futures. Et si le même jour le cédant agit à travers un employé qui travaille dans sa succursale dans le pays B cède à Y toutes ses créances présentes et futures issues des ventes effectuées par cette succursale. Du point de vue de X la loi applicable est la loi du pays où est située l'administration centrale du cédant. Du point de vue de Y, la loi applicable est plutôt celle du pays où est située la succursale* »[448] . Dans le règlement Rome I, les instances communautaires ont choisi de passer sous silence la question de la loi applicable aux effets sur les tiers de la cession de créance. Cette lacune est décevante car les instances communautaires ont manqué l'occasion de trancher clairement l'épineuse question du rattachement adéquat permettant de déterminer la loi applicable aux conflits entre les droits des cessionnaires et ceux des tiers concurrents[449]. Il aurait été préférable de retenir la loi du lieu de situation de l'administration centrale pour tous les tiers. Ceci aurait permis de placer tous les cessionnaires sur un pied d'égalité[450].

Qu'ils opèrent avec l'administration centrale ou avec une succursale, les cessionnaires doivent savoir que l'opposabilité et les conflits de droits concurrents sont régis par une loi unique : celle du pays où se trouve l'administration centrale du cédant. Cette solution pourrait s'inspirer de celle retenue dans la Conventions des Nations Unies pour trancher les conflits de priorité. Ce sont les conflits entre titulaires de « droits concurrents » sur une ou plusieurs créances[451]. Ces conflits sont régis par l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances tranche le conflit de priorité en donnant compétence à la loi du cédant. Cet article dispose que « *la loi de l'Etat dans lequel est situé le cédant régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent* ». Selon G. AFFAKI, « *cet article propose de résoudre les conflits de priorité sur la créance cédée selon le droit du lieu de l'administration*

[448] M.-É. ANCEL, E.-M. KIENINGER, H. C. SIGMAN, préc. p. 45.
[449] G. AHOUANDOGBO-TALON, *L'affacturage international*, Thèse, Clermont 1, 2008, n° 148.
[450] Un cessionnaire local établi dans le même Etat que la succursale peut être avantagé par rapport à d'autres.
[451] J. M. JACQUET, Ph. DELBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, op. cit, n° 674.

centrale du cédant, ignorant ainsi l'autonomie des succursales de banques »[452]. Dans le cadre des opérations effectuées par l'intermédiaire d'une succursale, la règle de localisation renvoyant au lieu d'administration centrale emportera l'application de la Convention, et non celle de la loi de l'État où se trouve la succursale si le cédant a son administration centrale dans un État contractant. De plus, une opération peut devenir internationale et entrer dans le champ d'application de la Convention si le cessionnaire a son administration centrale dans un État autre que celui où se trouve le cédant, même si le cessionnaire a agi par l'intermédiaire d'une succursale située dans un État où se trouve le cédant. En outre, la règle de localisation fondée sur l'administration centrale entraînera l'application de la loi du lieu où le cédant exerce son administration centrale aux conflits de priorité. Faute de consensus au sein de la Commission sur une règle de droit matériel, la Convention traite la question de priorité par des règles de conflit (art.22 à 24). L'intérêt de ces règles est qu'elles s'écartent des approches traditionnelles pour rattacher tous les conflits de priorité à la loi du lieu où se trouve le cédant. Si celui-ci possède des établissements dans plusieurs États, la Convention soumet les conflits de priorité à la loi d'un seul et même État facile à déterminer, puisque dans ce cas, le lieu de situation désigne le lieu d'administration centrale.

171. Succursales et garanties indépendantes. Dans le domaine des garanties indépendantes, seul compte l'établissement qui doit fournir la prestation. En droit matériel, le rattachement est consacré tant par la Convention des Nations unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand by* adoptée le 11 décembre 1995[453] (article 21) que par les RUU de la CCI relatives aux garanties

[452] V. notamment G. AFFAKI, « Des aspects bancaires dans le guide législatif de la CNUDCI », *in Un droit moderne pour le commerce mondial*, Congrès célébrant la quatrième session annuelle de la CNUDCI, Vienne 9-12 juillet 2007, www. Uncitral.org ; J. STOUFFLET, « Cessions de créances dans le commerce international, *in* Actualités Droit bancaire européen et international », *RDBF*.2001, p.107.

[453] V. J. STOUFFLET, « La convention des Nations unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand by* », *RDBB*, 1995, p.132 ; S. PIEDELIÈVRE, « Le projet de convention des Nations unies pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand by* », *RTD com*., 1996, p.633. Les dispositions de la Convention CNUDCI ne règlent pas tous les problèmes que la garantie indépendante pose, elles se limitent à examiner les points essentiels des rapports garant-bénéficiaire. Elles ne règlent pas l'opération de garantie dans son ensemble, particulièrement le rapport liant le garant au donneur d'ordre qui restent soumis au droit national compétent.

indépendantes[454] (article 27). Elles précisent, l'une et l'autre, que si la garantie est émise par une succursale ou un établissement situé dans un pays autre que celui du siège de l'émetteur, c'est la localisation de la succursale ou de l'établissement qui détermine la loi applicable[455]. C'est ce qui a été décidé dans le cas d'une garantie émise par la succursale d'une banque française établie sur le territoire du Sultanat d'Oman. La Cour d'appel a retenu la compétence de la loi du Sultanat comme applicable à la garantie[456]. Cette décision a été confirmée par la suite par plusieurs arrêts[457]

Nous quittons à présent la sphère conflictuelle pour aborder les lois qui s'appliquent territorialement aux activités exercées par les succursales, soit en raison de leur importance pour l'Etat d'accueil de la succursale, car il s'agit d'une manière d'asseoir son autorité, soit en raison du caractère de police de ces lois.

[454] Ces règles uniformes ont connu une première version en 1978 intitulée « Règles uniformes de la CCI pour les garanties contractuelles » (RUGC Doc. CCI, n°325). Elle n'a pas eu un grand retentissement en pratique en raison du caractère hybride et inadapté de la garantie proposée (pas un cautionnement mais pas vraiment non plus une garantie à première demande).Une deuxième mouture est venue s'ajouter à la première, sans grand succès également : les « Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande » datant de 1992 (RUGD) v. Ph. SIMLER, « Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande », *LPA* 13 mai 1992, n°58, p.25 ; M. VASSEUR, « Les nouvelles règles de la CCI pour les garanties sur demande », *RDAI*, 1992, p.239. Les RUU ont été révisées à plusieurs reprises depuis leur création, la dernière révision (RUU 600) remonte au 25 oct. 2006, entrée en vigueur le 1er juillet 2007, v. le dossier réuni et présenté par N. MATHEY en collaboration avec d'autres auteurs, « Le crédit documentaire en 2008 », *RDBF*., 2008, n°1, dossier 1.

[455] V. notamment M. CONTAMINE-RAYNAUD, « Les rapports entre la garanti à première demande et le contrat de base en droit français », *Aspects actuels du droit commercial français*, in Mélanges offerts à R. ROBLOT, L.G.D.J, p. 413, n° 10 ; J. STOUFFLET, « La garantie bancaire à première demande » *JDI* 1987, p. 265, n° 15 ; S. AFFAKI, *L'unification internationale du droit des garanties indépendantes*, thèse, Paris II, 1995, p. 300 et s ; D. BENABDERAHMANE, « Les conflits de lois en matière de garantie à première demande », *CJFE*, 1987, p. 545 ; M. PELICHET, « Garanties bancaires et conflits de lois », *RDAI*, 1990, p. 335. J.-P. MATTOUT, *Droit bancaire international*, op. cit. n°207.

[456] CA Paris, 29 janvier 1981, *D.* 1981. p.336, note M. Vasseur.

[457] CA Paris 26 juill. 1985, *Banque* 1985, p. 857 ; *RTD com.* 1985, p. 802 ; *D.* 1986, IR, p. 157. CA Paris 28 juin 1989, D. 1990, somm. p. 212 ; *RDBB* 1990, p. 48. CA Paris 1er déc. 1995, SA Banque Franco Yougoslave c/ Zagrebacka Banka, *Juris-Data* n° 1995-025192. V. aussi CCI sentence arbitrale n° 3316-1979, *JDI* 1980, p. 970, *D.* 1981, IR, p. 190.

SECTION 2 :
LES LOIS TERRITORIALES ET DE POLICE APPLICABLES AUX ACTIVITÉS DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

172. L'application principale de la loi locale et l'application subsidiaire de la loi étrangère. Parce que la succursale située en France est dépendante d'une entreprise étrangère, deux lois peuvent se reconnaître compétence pour régir son fonctionnement et sa gestion. Toutefois, le très grand nombre de lois applicables territorialement à la succursale[458] ne laisse que peu de place à l'application de lois étrangères du lieu de situation de la maison mère. La même territorialité des lois est applicable aux succursales dans les législations étrangères. Ainsi, l'article 60 de Loi fédérale sur le droit international privé suisse (LDIP) prévoit expressément : « *La succursale en Suisse d'une société dont le siège est à l'étranger est régie par le droit suisse* ». En France, comme dans la plupart des législations, toutes les dispositions légales et réglementaires touchant à la gestion, l'organisation ou le fonctionnement des sociétés sont applicables territorialement à la succursale, « *qu'elles aient pour objet la protection des créanciers, des clients. Qu'elles répondent à des considérations d'hygiène ou de sécurité. Elles s'appliquent de plein droit en tant que lois de police aux filiales comme aux succursales* »[459]. Certaines dispositions sont qualifiées de police[460] et nécessitent une application immédiate. C'est le cas le plus souvent des règles protectrices des parties faibles, notamment en matière de droit de travail[461] et de

[458] J. STOUFFLET, E. BOURETZ et H. SMITH, *J.-Cl. International*, op. cit. n° 39.

[459] J. STOUFFLET, « Succursales et filiales de sociétés étrangères », *in Festchrift für Hermann JARRHEIß, zum 80. Geburtstag, 19 August 1974, Herausgeben vom Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zü Koln*, Carl Heymanns Verlag KG – Köln – Berlin – Bonn – Münichen, 1974, pp. 297 à 312.

[460] Il arrive que le législateur précise lui-même le domaine d'application nécessaire de ses lois de police, mais, plus fréquemment, c'est au juge qu'il revient à la fois de qualifier une règle de loi de police et d'en déterminer le domaine d'application.

[461] V. notamment E. MOREAU, Lois de police et contrat international du travail, Thèse, Paris X-Nanterre, 1993. L'auteur adopte une conception extensive de la notion de loi de police en matière de contrat de travail. V. aussi pour le droit allemand C. MÜLLER, International zwingend Normen

droit de la consommation[462]. Cependant, ces lois ne sont pas toutes des lois de police. Ainsi il faut, comme l'explique P. MAYER, « *ne pas étendre à l'excès la notion de partie faible, sous peine de bouleverser le fonctionnement de la loi d'autonomie* »[463]. Un autre terrain d'élection par excellence de ces règles est le domaine bancaire. Les activités bancaires sont soumises à une réglementation impérative de plus en plus importante[464]. La bancarisation du public a ainsi conduit à un véritable « assiègement » de ce droit par le consumérisme[465]. Il en résulte un foisonnement législatif et réglementaire pour toutes les opérations de banque, un recul de l'autonomie de la volonté et l'essor de l'ordre public dans le domaine bancaire. Certains auteurs ont même affirmé que les banques n'étaient confrontées au droit international privé que de « manière accidentelle » et que les conflits de lois demeuraient le plus souvent « virtuels »[466]. Les lois de police (méthode concurrente de la règle de conflit) occupent le premier rang en matière bancaire. Ceci s'explique par le caractère d'ordre public des questions monétaires. La théorie de la territorialité des lois de police et de sûreté applicables aux succursales étrangères a cédé du terrain à une autre (en doctrine et timidement en jurisprudence): l'application des lois de police étrangères[467]. L'application des lois

des deutschen Arbeitsrecht (Les règles internationalement impératives du droit du travail allemand), Mohr Siebeck, 2006, p. 456. V. aussi le compte rendu de C. TSOUCA à la *RCDIP* 2008, p. 720.

[462] M. SANTA-CROCE, *J.-Cl. International*, Fasc. 552-50, Contrats internationaux, -Domaine de la loi du contrat – Espace juridique communautaire et européen –mécanisme de la non application de la loi définie par la convention de Rome, n° 86 ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op. cit. n° 102 et s. ; J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, Droit du commerce international, op. cit. n° 287 ; J. M. JACQUET, Ph. DELBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, op. cit. n° 392

[463] *Rép. International Dalloz*, V° Lois de police, n° 21.

[464] Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit. n° 24.

Aux Etats-Unis, la Cour suprême a observé dans l'affaire National Bank v. Commonwealth (76 U.S. (9 Wall.) 353, 362 (1869)), que « *les banques nationales sont soumises aux lois de l'Etat, et qu'elles sont régies dans leur activité quotidienne beaucoup plus par les lois de l'Etat que par celle de la Nation. Tous leurs contrats sont régis et interprétés suivant les lois étatiques. Leurs acquisitions et leurs transferts de biens, le droit applicable lorsqu'elles collectent le remboursement de leurs crédits, de même la possibilité pour elles d'être poursuivies en qualité de débiteur, trouvent leur source dans le droit étatique* ». Sept ans plus tard, la Cour suprême rappela cette constatation de principe : *« la règle est l'application du droit commun des États aux affaires et contrats des banques nationales »(McClellan v. Chalpmann, 164 U.S. 347, 357 (1986). L'application de ces lois connaît cependant une exception. Elles ne sont pas applicables quand elles entrent en conflit avec les lois des Etats-Unis ou contrecarrent les objectifs pour lesquels les banques nationales ont été créées, ou portent atteinte à l'effectivité des fonctions qui leur ont été confiées par la loi des Etats-Unis* ».

[465] A. BRUYNEEL, « Opérations de banque et droit de la consommation, Quelques réflexions en fin de siècle », in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p.343.

[466] J. STOUFFLET, « Les conflits de lois en matière de crédit bancaire », *TCFDIP*. 1966 -1969, Dalloz, 1970, p.91.

[467] P. MAYER, *Rép. International Dalloz*, op. cit. n° 28 et s.

de police étrangères est, en effet, admise quand elles revendiquent une compétence dans une situation déterminée et qu'elles ne sont pas en contradiction avec la réglementation de police de la loi du for[468]. L'application d'une loi de police étrangère ne se limite pas seulement au domaine contractuel. Elle peut aussi déterminer les conditions de fonctionnement d'une banque dans un pays donné par exemple. La loi étrangère est cependant écartée en cas d'incompatibilité avec la loi nationale française[469]. Les lois territoriales et de police applicables aux succursales sont d'abord celles visant le contrôle d'activités réglementées que sont la banque, l'assurance et les services d'investissement (§1). Ce sont ensuite des règles protégeant les parties faibles aux contrats conclus avec des succursales (§2). La territorialité caractérise enfin les voies d'exécution portant sur un compte bancaire détenu par une succursale étrangère : ce que nous appelons « les saisies-attribution ». Les comptes bancaires peuvent actuellement être ouverts à l'étranger dans des succursales bancaires implantées dans différents pays. Quand une saisie est pratiquée au lieu du siège de la banque sur des sommes détenues à l'étranger, la question se pose si cette saisie doit rester territoriale ou porter aussi sur les comptes localisés au lieu de la succursale à l'étranger. La Cour de cassation a opté pour une extraterritorialité de la déclaration des comptes et même de l'effet attributif de la saisie. Nous avons opté, pour notre part, avec certains auteurs, pour la position inverse c'est-à-dire une territorialité de la saisie de comptes et nous expliquerons pourquoi (§3).

[468] J. STOUFFLET, *J. -Cl. International*, op. cit. n° 38.

[469] Quand la loi étrangère est plus sévère et qu'elle assure plus efficacement que la loi française la protection des intérêts que le législateur a eu en vue, il n'y a pas de raison de lui refuser application. Ainsi, par exemple, une loi étrangère imposant des ratios de solvabilité ou de liquidité plus stricts que ceux fixés par la réglementation française sera la bienvenue en France.

§1 – LE CONTRÔLE PRUDENTIEL ET LA SUPERVISION DES ACTIVITÉS DE BANQUE, D'ASSURANCE ET DES SERVICES D'INVESTISSEMENT DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

173. Succursales communautaires et succursales de pays tiers. L'expression « contrôle prudentiel » trouve son origine dans la terminologie anglo-américaile (*prudential supervision*). Le contrôle des succursales bancaires et d'assurance est désormais incontournable, que l'on soit dans un cadre international, européen ou national[470]. Le contrôle des activités financières extra territoriales[471] relève à la fois des pays d'origine et des pays d'accueil. Les pays d'origine tentent d'imposer des restrictions aux banques et sociétés d'assurances installées à l'étranger, car les opérations comptabilisées dans un autre pays sont difficiles à surveiller tout en ayant des conséquences sur l'ensemble des activités. Les pays d'accueil, eux, élaborent des réglementations pour conserver la maîtrise de l'établissement sur leur territoire. Les attitudes varient d'un pays à un autre. La plupart des pays développés ont, à la suite des travaux réalisés au sein de l'OCDE, adopté des réglementations très souples, favorables à l'établissement sur leur territoire[472]. Les pays en développement, en revanche, ont souvent maintenu une réglementation contraignante, à la fois pour des raisons de souveraineté et pour conserver le contrôle des activités financières qui permettent d'orienter le développement économique[473]. L'activité d'assurance a suivi l'activité bancaire dans ce mouvement d'internationalisation et qui nécessitait une supervision. Un système normatif multilatéral s'est révélé en la matière aussi d'une plus grande utilité qu'une réglementation bilatérale. Sur le plan national, c'est la loi étatique qui fixe le statut des établissements de crédit, l'accès à la profession bancaire et les conditions de son exercice. Cet interventionnisme est renforcé par la création

[470] D. BLACHE, *La régulation des banques de l'Union européenne face à la crise*, Revue Banque, 2009, p. 119.
[471] Appelée aussi réglementation prudentielle, elle est divisée par les économistes en réglementation micro économique, qui consiste à protéger les petits déposants, en limitant la fréquence et le coût des faillites de banques individuelles et la réglementation macro-prudentielle qui vise à protéger le système bancaire dans son ensemble, en limitant la fréquence et le coût des crises bancaires systémiques.
[472] V. R. GEIGER, « *Lessons from the Experience of the OECD* », *in The Uruguay Round, Services in the Word Economy The World Bank & the UN Centre on Transnational Corporations* (dir. Patrick A. MESSERLIN, K. P. SAUVANT), 1990.
[473] V. *United Nation, Transnational corporations, services and the Uruguay round*, 1990, p.128.

d'autorités de régulation auxquelles sont confiées les missions de réglementation, de surveillance et de contrôle des établissements de crédit. Ainsi, il appartient au Comité de la réglementation bancaire et financière de fixer les prescriptions générales applicables aux établissements de crédit. De même, c'est à la Commission bancaire de s'assurer du respect de la législation par les banques et de sanctionner les manquements qu'elle constate. La dimension institutionnelle de l'activité bancaire est fortement imprégnée par l'ordre public de direction[474]. C'est ainsi que le contrôle et la supervision se font territorialement (A). Les préoccupations de contrôle territorial sont désormais relayées par le droit communautaire qui a harmonisé les règles prudentielles des Etats membres. L'harmonisation a bouleversé la territorialité qui caractérise la supervision des secteurs de banque, d'assurance et des services d'investissement (B).

A. La supervision internationale des succursales de banque et de sociétés d'assurance de pays tiers

174. Le besoin de coopération. Comme nous l'avons expliqué dans la première partie, la création d'une succursale bancaire ou d'assurance se fait selon les mêmes conditions qu'une société ayant la personnalité juridique[475]. Le contrôle sur les succursales est par conséquent aussi du même type que celui qui s'applique à un établissement de crédit ou une société d'assurance[476]. Toutefois, le contrôle territorial a très vite montré ses limites. Les Etats ont ressenti le besoin de coopération, malgré la résistance de certains d'entre eux, pour pouvoir contrôler des activités bancaires et d'assurance de plus en plus transfrontières. La crise financière qu'a connue le monde en 2008 a renforcé ce besoin. L'assurance qui était moins touchée par la crise que le secteur bancaire a aussi procédé à certaines réformes en prévention des difficultés qui peuvent arriver en l'état actuel du dispositif de contrôle.

[474] H. CABRILLAC, *Introduction au droit bancaire,* Dalloz, 1965, spéc. p.5.
[475] V. supra n° 7 et 69.
[476] Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit. n° 167.

1. La supervision des succursales de banques de pays tiers

175. Un contrôle à l'échelle internationale. Le contrôle des banques a pour objet la sécurité des créanciers et déposants et la solidité et la bonne santé du système bancaire. Le contrôle est assuré par une supervision de la gestion financière (contrôle prudentiel) et le respect de la politique monétaire. La supervision bancaire s'impose dans la mesure où, l'activité bancaire est fortement internationalisée (création de succursales) ce qui engendre de grands risques pour les contractants les plus faibles. Ainsi un contrôle strict des activités étrangères des banques a été mis en place par une majorité d'Etat. Ce contrôle, et malgré le grand intérêt qu'il peut présenter, s'est révélé inefficace. Une coopération dans la supervision s'est révélée nécessaire surtout après la crise qu'a traversée le monde.

a) Un contexte international risqué

176. Un contournement des législations. Les mesures de contrôle des changes sont l'une des causes de l'internationalisation des banques[477]. On peut citer l'exemple des États-Unis qui, dans les années 1960, ont imposé des mesures afin de limiter les sorties de capitaux, ce qui a constitué pour les banques américaines une très forte incitation à l'internationalisation[478]. Les opérations à partir du territoire national étant plus difficiles, elles les ont reportées sur des succursales ou filiales à l'étranger travaillant avec les implantations à l'étranger des firmes transnationales américaines. Le même phénomène a été observé en France, au Japon ou dans les pays scandinaves[479]. Les opérations de politique monétaire constituent également une importante incitation pour les banques à comptabiliser les opérations à l'étranger. Les réserves obligatoires mobilisent des ressources des banques sans offrir d'intérêts en contrepartie ; les banques auront avantage à transférer des capitaux dans les pays qui pratiquent des taux de réserves obligatoires extrêmement faibles ou inexistants. C'est ainsi que l'institution de réserves obligatoires en Allemagne et aux États-Unis a été une cause importante du développement des opérations en euro-dollars et en euro-marks grâce à l'activité des succursales et filiales étrangères. Ces monnaies ayant

[477] Le terme internationalisation désigne ici l'implantation des banques à l'étranger principalement par voie de succursales
[478] Passage de 150 à 650 succursales de banques américaines à l'étranger entre 1963 et 1972.
[479] V. R. M. PECCHIOLI, *Le contrôle prudentiel des banques*, OCDE, Paris, 1987, p.57.

un rôle international reconnu, les banques ont tenté de les utiliser à partir de places *offshore* (pays d'implantation des succursales et qui ont des réglementations très favorables). La tentation est donc toujours plus grande pour les banques d'aller chercher ailleurs une réglementation plus souple.

177. Un danger à maîtriser. En déréglementant, les Etats ont perdu une partie du contrôle qu'ils exerçaient sur les activités effectuées à partir d'établissements situés sur leur territoire. De plus, ces activités pouvaient se délocaliser en direction d'Etats exerçant un contrôle encore moindre. En s'internationalisant, le système bancaire tend en même temps à se fragiliser dangereusement. Le cadre réglementaire exclusivement national montre ainsi ses limites ; or, il se trouve qu'il reste le principe. La compétence territoriale implique que l'Etat impose sa réglementation, et seulement la sienne aux établissements installés sur son territoire, compétence qu'il entend en général faire respecter strictement pour mener sa politique économique et assurer la sécurité des dépôts effectués par les épargnants[480]. En développant leurs activités internationales, les banques tentent d'échapper à ce carcan. Les failles du système de réglementation national sont nombreuses alors que les raisons de base subsistent. Il était donc nécessaire de dépasser le cadre national pour envisager le passage à une réglementation au niveau international, sans pour autant renier le fondement national, seul susceptible d'en assurer l'efficacité en l'absence de pouvoir supranational.

[480] J. STOUFFLET, E. BOURETZ et H. SMITH, *J.-Cl. droit international,* op. cit. n° 26. .

b) Un contrôle national strictement territorial avec certaines dérogations

178. Une territorialité stricte. Afin de remédier aux conséquences dangereuses de la déréglementation, les États ont tenté d'utiliser d'abord leur propre législation nationale qu'ils maîtrisent parfaitement[481]. Ils ont tenté de lui donner un effet extraterritorial en s'appuyant sur la nationalité de la société-mère, espérant ainsi exercer par ce biais un contrôle sur l'ensemble des activités de ses succursales. Mais une telle extension du champ d'application de la souveraineté nationale ne pourrait manquer de soulever l'objection ferme des autres États, soucieux de maintenir la primauté de la compétence territoriale et de lutter contre

[481] Ainsi, aux Etats-Unis, la régulation des banques et de l'activité bancaire a depuis toujours été considérée comme appartenant au pouvoir de police des Etats[481]. Les succursales sont soumises à toutes réglementations et exigences en termes de répartition de leurs actifs que l'Office of the *Comptroller est ce que ça s'écrit comme ça of the Currency* (OCC) considère appropriées et cohérentes avec l'objectif de maintenir une égalité concurrentielle avec les succursales étatiques. Chaque succursale doit être inspectée par une autorité bancaire étatique ou fédérale selon la même périodicité que les banques étatiques ou banques nationales le seraient. La loi fédérale dite *Riegle-Neal Interstate Banking and Branching Act* (RNA) 1994 clarifie que les succursales implantées par les banques nationales dans un autre Etat d'origine sont soumises à certaines catégories de lois de l'État d'accueil *(host State*) spécifiées par le texte, notamment les lois de protection du consommateur, mais seulement dans la même mesure où les banques originaires de cet État y sont soumises et excepté le cas où le droit fédéral existant dans un domaine préempte sur l'application du droit de l'État d'accueil aux banques nationales. L'article 12 USC 36 concentre désormais les dispositions fondamentales applicables aux succursales dans la sous-section 12 USC 36(f)- *Law applicable to interstate branching operation.* Premièrement le (1) de la sous-section (f) contient des règles sur la loi applicable aux succursales de banques nationales. La règle de base est que : « les lois de l'État d'accueil en matière de *community reinvestment,* de protection du consommateur, de loyauté des opérations de crédit [*fair lending*], et d'implantation de succursales à l'intérieur de l'État s'appliquent à toute succursale située dans l'État d'accueil d'une banque nationale originaire d'un autre État, dans la même mesure où ces lois étatiques sont applicables à la succursale d'une banque étatique agréée dans cet État. Sont prévues deux exceptions, à savoir, les cas où d'abord une loi fédérale préempte (*pre-empts*) sur l'application de la loi étatique concernée à une banque nationale et le cas où le contrôleur considère que l'application des lois étatiques concernées aurait un effet discriminatoire sur la succursale par rapport à l'effet qu'aurait l'application des lois étatiques concernées aux succursales d'une banque agréée dans l'État d'accueil. Le (1) de la sous-section (f) de l'article USC 36 dispose également que le respect des lois étatiques concernées par les succursales de banques nationales relève de la compétence du contrôleur (12 USC 36 (f) (1) (B)). Le contrôleur a mission de rendre compte annuellement des actions qu'il a entreprises afin de faire respecter le droit étatique par les banques nationales ou leurs succursales. Deuxièmement, pour ce qui concerne les autres lois que celles relevant des quatre catégories visées au (1), la sous section (f) contient une règle générale d'assimilation des succursales de banques nationales originaires de l'Etat d'accueil (12 USC 36 (f) (2)). En effet, la loi dispose que « *toutes les lois de l'État d'accueil, autres que les lois en matière de community reinvestment, de protection du consommateur, de loyauté des opérations de crédit [fair lending], et d'implantation des succursales à l'intérieur de l'État, s'appliquent à toute succursale située dans l'État d'accueil d'une banque nationale originaire d'un autre État, dans la même mesure où ces lois étatiques s'appliqueraient si cette succursale était une banque nationale ayant son siège dans cet État* ».

l'application d'une loi étrangère sur leur sol[482]. En Suisse, « *la surveillance des banques est d'ordre public, et selon la tradition juridique, un Etat n'est responsable que des événements survenus sur son territoire* »[483]. D'après les termes de l'article 2 de la loi fédérale suisse sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934[484], « *les dispositions de la présente loi s'appliquent par analogie aux sièges, succursales et agences de banques étrangères ainsi qu'aux représentants des banques étrangères qui exercent leur activité en Suisse* ».

179. Dans les différents pays européens. Il y a dans les pays membres de l'Union européenne une diversité dans les systèmes de contrôle des succursales de banques. Un premier système est celui dans lequel le contrôle est sous la responsabilité directe de la Banque centrale et/ou du ministère des Finances[485]. Un deuxième mode d'organisation est celui où le contrôle des banques relève d'un organisme qui ne dépend ni de la Banque centrale, ni du ministère des Finances[486]. Dans un troisième type d'organisation, le contrôle repose sur un organisme qui dépend d'une structure autre que la Banque centrale ou le ministère des Finances[487]. Dernier cas de figure, celui de la France où le système est mixte. Le contrôle est assuré par la Commission bancaire (articles L.613 et s. du Code monétaire et financier), mais la loi précise que la présidence est assurée par le gouverneur de la Banque de France[488]. Le contrôle de la Commission atteint les succursales en France de banques étrangères. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation a engagé la responsabilité pénale du gérant de la succursale d'une banque pakistanaise pour avoir communiqué à la Commission bancaire des

[482] Affaire du blocage des avoirs iraniens par *l'executive order* américain. V. C. GAVALDA, « L'efficacité juridique en France de *l'executive order* du président Carter gelant les avoirs officiels iraniens » ? *Gaz. Pal.* 1979, 2, p.645 ; B. AUDIT, « Les accords d'Alger du 19 janvier 1981 tendant au règlement des différends entre les Etats-Unis et l'Iran », *JDI* 1981, p.713 ; *RCDIP* 1980, p.382.
[483] R. PECCHIOLI, art. précit, p.107.
[484] Rédaction modifiée par la loi fédérale du 11 mars 1971.
[485] En Angleterre, Pays-Bas, Espagne, Irlande, Portugal, Italie, Grèce et Luxembourg.
[486] En Allemagne par exemple c'est l'Office de surveillance de Berlin. En Belgique, la Commission bancaire et financière. Les compétences de celle-ci ont été précisées, complétées et élargies depuis une loi du 6 avr.1990. A. BRUYNEEL, « Observations sur le statut légal et le contrôle des établissements de crédit en Belgique », in *Mélanges en l'honneur de J. STOUFFLET*, L.G.D.J. 2001, p.8.
[487] Au Danemark, l'organisme de contrôle dépend du ministère du commerce.
[488] Pour un aperçu détaillé des prérogatives de cet organe de contrôle, v. J.-L. BUTSCH, « Rôle et fonctionnement de la Commission bancaire », *Banque*, 1985, n°453, p.783.

renseignements inexacts. D'après la Cour : « *M. X en sa qualité de directeur général, était tenu d'exercer un contrôle sur l'ensemble des activités de la banque, et plus particulièrement de s'assurer que les documents comptables communiqués à la Commission reflétaient la réalité des opérations passées* »[489]. Ce contrôle s'effectue sur pièces et sur place. L'art. L.613-8 du Code monétaire et financier détermine les documents qui doivent être communiqués à la Commission. Les autorités publiques de l'Etat du siège social ne peuvent exercer leur mission de supervision sur les succursales à l'étranger. Le principe de territorialité de la supervision n'est cependant pas absolu. Certaines dérogations lui sont apportées.

180. Les banques monégasques. C'est la première dérogation à l'application territoriale de la supervision bancaire française. Il a été convenu, par un échange de lettres entre la France et la Principauté de Monaco[490], que les dispositions des articles 4, 6 et 8 de la Convention du 14 avril 1945 doivent être entendues comme ayant pour effet de rendre applicables à Monaco la législation et la réglementation concernant les banques et les établissements financiers en vigueur en France ainsi que les prescriptions d'ordre général prises en exécution de la législation et de la réglementation françaises sous forme d'arrêtés, de décisions de caractère général du Conseil national du crédit, de décisions, instructions ou circulaires de la Commission de contrôle des banques....La Commission de contrôle des banques reçoit compétence pour contrôler les banques monégasques[491].

181. La réglementation comptable. Une autre dérogation au principe territorial du contrôle des banques porte sur la réglementation comptable. Les autorités du pays du siège de l'établissement de crédit peuvent étendre leur contrôle aux succursales étrangères par le biais de la réglementation comptable.

[489] V. Cass. crim. 31 mai 2006, *Gaz. Pal*., 11 sep. 2007, n°254, p.18.
[490] Qui date du 18 mai 1963, relatif à la réglementation bancaire dans la Principauté, publié par décret n°63-900 du 29 août 1963 (JO 3 sep.1963), interprétant la Convention sur le contrôle des changes du 14 avr.1945.
[491] J. STOUFFLET, E. BOURETZ et H. SMITH, *J.-Cl. International*, op. cit. n°23.

Les comptes d'une succursale étrangère sont nécessairement inclus dans ceux de la banque à laquelle la succursale appartient. Une instruction de la Commission bancaire n°2001-02 du 2 mai 2001 fixe les conditions dans lesquelles une banque doit inclure dans les bilans comptables qu'elle produit à la Commission bancaire les données concernant les implantations étrangères. L'obligation à laquelle sont tenus les établissements de crédit, par la réglementation européenne, de soumettre à l'autorité chargée de les superviser des comptes consolidés, rend possible un contrôle des comptes des succursales. La consolidation permet de déceler des risques que ne révèle pas le seul contrôle de la société mère. Elle présente un indéniable intérêt mais sa mise en œuvre se heurte à des obstacles tenant à l'impossibilité de principe, pour les autorités du pays du siège de la banque, d'exercer un contrôle direct sur les succursales : la Commission bancaire, comme les institutions étrangères similaires, ne disposent que de l'information que leur fournit la banque dont dépend la succursale sans pouvoir procéder à des vérifications sur place.

182. La lutte contre la fraude fiscale. L'article 7 de la loi n°2009-715 du 18 juin 2009 relative à l'organe central de la Caisse d'épargne et des banques populaires[492], dispose, par voie d'interprétation de la Convention sur le contrôle des changes du 14 avril 1945 que « *dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie, les établissements de crédit publient en annexe à leurs compte annuels des informations sur leurs implantations et leurs activités dans les Etats ou territoires qui n'ont pas conclu avec la France de convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la Fraude et l'évasion fiscales permettant l'accès aux renseignements bancaires* ». L'article prévoit pour les établissements de crédit une obligation générale d'information sur leurs activités et implantations dans les juridictions considérées comme non coopératives d'un point de vue fiscal. L'arrêté d'application du 6 octobre 2009[493] précise que les établissements de crédit publient en annexe de leurs comptes annuels les informations suivantes relatives à chacun des Etats ou territoires visés par l'article

[492] JO du 19 juin 2009.
[493] V. Paradis fiscaux : information sur les implantations et activités de l'ensemble des banques, *JCP E* 15 oct. 2009, n°42, act.473.

précité, la liste des implantations directes ou indirectes détenues dans cet État ou territoire et notamment les succursales.

183. L'application complémentaire de la loi du siège de la banque. La compétence de la loi du lieu où est établie une succursale n'exclut pas l'application de la loi étrangère du siège. Cette loi est applicable en tant que loi de police étrangère. L'application des lois de police étrangères est, en effet, admise quand elles revendiquent une compétence dans une situation déterminée et qu'elles ne sont pas en contradiction avec la réglementation de police de la loi du for[494]. C'est le cas par exemple des règles comptables ou des règles de gestion financière édictées par la loi du siège de la banque et destinées à assurer la solvabilité de l'établissement dans la mesure où elles sont compatibles avec la loi française.

c) Le passage au contrôle international multilatéral

184. L'union fait la force. La tentative de résoudre le problème du contrôle par voie de conventions bilatérales s'était vite révélée de portée limitée. Malgré son avantage reposant sur son caractère d'instrument juridique et d'accord librement consenti par les parties et engageant leur responsabilité, il n'en reste pas moins que le bilatéralisme n'a permis de couvrir qu'un champ géographique limité et n'a pu résoudre que des problèmes finalement annexes. Il est apparu que la seule méthode véritablement efficace pour traiter des activités internationales des banques était le recours au niveau international multilatéral. Ceci s'est effectué selon deux voies ; d'une part, la négociation d'un accord sur la libéralisation des services financiers dans le cadre de *l'Uruguay round* et, d'autre part, la mise en place d'une instance de coopération internationale en matière de contrôle.

185. Un ratio de solvabilité apprécié du monde bancaire. Depuis 1988 et la mise en place du « ratio Cooke », les banques sont soumises à une réglementation leur imposant de disposer d'un minimum de fonds propres en

[494] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, L.G.D.J, 7e éd., 1981, t.II, n°567 et612 ; Y LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. VAREILLES-SOMMIÈRE, op. cit., n°133 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, op. cit. n°127, et de manière plus détaillée, A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace », *RCDIP*.1999, p.31 ; T. SCHULTZ, « Les lois de police étrangères », *TCFDIP*, 1982-1983, p.39.

fonction de leurs risques. Cela doit assurer leur solvabilité, et la sécurité de leurs créanciers, déposants et autres banques notamment. Cette règlementation avait pour objectif d'écarter le risque de défaillances bancaires. Le ratio Cooke qui est en place depuis 1988 a le mérite de la simplicité. Il doit être en permanence au-dessus de 8%[495]. Cette simplicité rend assez facile le calcul du ratio et explique son succès[496]. Bâle II[497] a précisé et étendu Bâle I, pour inclure les risques opérationnels[498], pour mieux tenir compte de la nature des risques de crédit et pour donner un rôle plus important aux modèles internes des banques et aux marchés dans l'appréciation des risques[499]. D'après F. BÉRANGER et J. TEÏLETCHE « *Bâle II vise à rendre les exigences minimales en capital des banques plus cohérentes avec leur profil de risques* »[500]. Le règlement CRFB n°93-05 du 21 décembre 1993 relatif aux grands risques écarte, à certaines conditions pour les succursales en France d'établissements de crédit étrangers, l'application de normes françaises. Selon l'article 9 de ce règlement, les succursales d'établissements de crédit, ayant leur siège social dans un Etat qui n'est pas partie à l'accord sur l'EEE, sont réputées en situation régulière si les trois conditions suivantes sont remplies : d'abord la réglementation du pays d'origine prend en compte les risques assumés hors de celui-ci et est jugée par la Commission bancaire au moins aussi contraignante que les dispositions en vigueur en France. Ensuite, le siège de la banque s'engage à assurer lui-même la surveillance des opérations de sa succursale en France, conformément aux règlements en vigueur dans son pays et sous le contrôle des autorités compétentes.

[495] L'équation est la suivante : Fonds propres réglementaires / risques pondérés > 8%
Si c'est une succursale Fonds propres de base / risques pondérés > 4 %.
[496] M. PEBEREAU, art. précit, n°131.
[497] Bâle II a débuté à la fin des années 1990 et a abouti en juin 2004 avec l'accord éponyme qui a donné lieu à l'adoption d'une directive européenne en 2006 sur l'adéquation des fonds propres des établissements de crédit. Cette directive qui est entrée en vigueur en 2007 et 2008. Les modifications apportées par Bâle II couvrent certaines des lacunes du ratio Cooke. Il tend à donner plus de poids au jugement des marchés, tant dans la mesure des risques que dans le jugement global de la solidité des banques. Bâle II incitera ces dernières à développer et à raffiner leur propre mesure des risques, pour arriver le plus vite possible à faire accepter leur calcul interne du capital économique par les autorités réglementaires.
[498] Par conséquent l'équation est désormais la suivante :
Fonds propres / risques de crédit + risque opérationnel + risques de marché > 8%.
[499] A. LEVY LANG, « Qu'est-ce que Bâle II change à la stratégie bancaire ? », *Rev. d'économie financière* 2004, n°145.
[500] « Bâle II et la procyclicité », *Rev. d'économie financière*, 2004, n°227.

Enfin, le siège confirme qu'il fera en sorte que sa succursale ait les fonds propres suffisants pour la couverture des engagements.

2. La supervision des succursales de sociétés d'assurance de pays tiers

186. La protection du besoin ancestral de sécurité. L'individu a besoin d'assurance[501]. En même temps, l'assuré a besoin d'être sûr de la solvabilité de son assureur en cas de litige. Le contrôle par l'Etat de l'activité d'assurance se justifie par l'asymétrie d'information qui existe entre l'assureur et l'assuré. Ce dernier peut difficilement évaluer les perspectives d'évolution de la situation financière de l'assureur. Le contrôle trouve également son origine dans le fait que la situation de l'assuré peut devenir précaire s'il ne peut être dédommagé à la suite d'un sinistre, ou s'il se trouve dépossédé du fruit de son épargne en assurance-vie[502]. L'objectif du contrôle est donc, dans l'intérêt des assurés, d'apprécier la solvabilité des sociétés d'assurance nationales et des succursales de sociétés d'assurance étrangères. La succursale d'assurance requiert des autorités le même niveau de surveillance qu'une société de droit local.

a) Un contrôle efficace mais présentant des faiblesses

187. La comptabilité et la solvabilité des succursales étrangères. La mission de surveillance des sociétés d'assurance françaises et des succursales de sociétés d'assurance étrangères est confiée depuis juillet 2004 à la Commission de contrôle des assurances, mutuelles et institutions de prévoyance (CCAMIP)[503], autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale. Dans un premier temps, l'autorité de contrôle cherche à apprécier la faculté de l'entreprise à gérer des risques dans le temps. Ensuite, l'analyse porte sur les règles de fonctionnement de la société, de la qualité de son plan de réassurance, de la mise

[501] A. COMTE-SPONVILLE, « Philosophie de l'assurance », *Risques*, déc.1997, p.19.
[502] D'où l'obligation de détenir un excédent. Ce dernier constitue les fonds propres pour l'assureur. La nature du métier d'assureur crée l'obligation de disposer d'un excédent pour absorber d'éventuelles indemnisations de sinistres ou prestations d'un montant supérieur aux réserves lorsque ces risques assurés se matérialisent.
[503] Instituée par la Loi de sécurité financière (LSF), du 1er août 2003 et issue de la fusion des anciennes Commission de contrôle des assurances et Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance. Du point de vue statutaire, la CCAMIP est devenue une autorité publique indépendante comme l'est, par exemple l'AMF, ce qui contribue à accroître l'autonomie du contrôle. Les pouvoirs d'investigation de l'autorité ont été étendus. Désormais la CCAMIP a la possibilité d'exiger la modification ou de décider du retrait des documents enfreignant des dispositions législatives ou réglementaires.

en œuvre des procédures comptables et de contrôle interne. Les dispositions comptables du code des assurances sont, comme en matière bancaire, applicables à toutes les entreprises françaises soumises au contrôle de l'Etat. Mais pour éviter que les opérations isolées échappent à cette règle, l'article 341-1 du Code des assurances énonce que les dispositions valent pour l'ensemble des opérations des sociétés d'assurances, y compris celles de leurs succursales établies à l'étranger. Une dérogation est cependant admise pour les opérations des succursales établies hors de la Communauté européenne. Ces dernières peuvent tenir une comptabilité obéissant aux réglementations locales applicables, dès lors que celle-ci est identique à celle applicable en France. La solvabilité s'apprécie de manière prospective, de façon à s'assurer que les sociétés pourront remplir leurs engagements[504]. Le rapport de solvabilité que les entreprises doivent communiquer annuellement à la Commission de contrôle doit également constituer un complément précieux pour cette analyse[505]. Le dispositif de contrôle de la solvabilité des sociétés d'assurance et leurs succursales, appelé « solvabilité I » ou « *Solvency* I », reposait sur la juxtaposition de régulateurs nationaux assurant une surveillance « solo » dans leur juridiction, à laquelle s'ajoute une surveillance dite « complémentaire » assurée par le régulateur dont dépend la société tête de groupe, le tout avec certaines règles de coopération et d'échange d'information d'une portée assez limitée. La réalité a démontré que les régulateurs se soucient avant tout de leur propre juridiction sans trop se préoccuper de la vision globale des groupes supervisés ou encore des divergences, parfois importantes, quant aux modalités d'application de la réglementation. D'où une réflexion sur les modalités de réforme du système d'assurance.

[504] R. SCHMIDT, « Le contrôle financier des compagnies d'assurance », *Rapport général 8e Congrès A.I.D.A.*, Copenhage, 1990 ; J.-M. RUTSAET, « Renforcement de la surveillance prudentielle des entreprises d'assurance », l'Assurance mutuelle 1997/1, p.16 ; R. LEBLANC, C. DE BOISSIEU, J. BELLANDO et autres, « La solvabilité des sociétés d'assurance », *Risques*, 2000, n°43, p.27 ; J. DEPARIS, « La solvabilité des sociétés d'assurance », *Risques*, 2003, n°54, p.17.

[505] Le contrôle doit apprécier la solvabilité des entreprises, non seulement sous des hypothèses les plus probables, mais aussi sous des hypothèses alternatives défavorables. L'expérience a montré que ces dernières ne sont pas irréalistes. C'est le cas des tempêtes de décembre 1999, des inondations des années suivantes, les attentats du World Trade Center, la chute des marchés boursiers après l'éclatement de la « bulle Internet » qui constituent autant d'exemples concrets d'événements défavorables récents et évidemment totalement imprévus au départ.

b) Un nouveau paysage réglementaire des assurances en préparation

188. Vers encore plus de transparence. L'application de la réglementation « Solvabilité I » connaissait de curieuses variations d'un Etat membre à l'autre, conduisant à un système disparate. Il se trouve qu'en pratique certains pays étaient historiquement sous provisionnés (le Royaume-Uni)[506] et d'autres sur-provisionnés (la France – l'Allemagne)[507]. La réforme « solvabilité II » ou « *Solvency II* » dans l'assurance a débuté plus tardivement que celle engagée dans le domaine bancaire. Profitant de certaines problématiques soulevées dans le secteur bancaire dans le cadre de Bâle II, la réflexion a débuté dans l'assurance en 2005 pour aboutir à la directive 2009/138/CE du parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de réassurance et leur exercice[508]. La directive *Solvency II* cherche à la fois un plus grand degré d'harmonisation pour éviter les distorsions de concurrence et une flexibilité plus grande pour coller à la situation réelle des entreprises[509]. Elle propose un système beaucoup plus innovant avec l'instauration d'un contrôleur du groupe, « *un lead supervisor* », chargé de coordonner le travail des régulateurs d'un groupe donné et capable de trancher, en motivant sa position, les questions sur lesquelles les régulateurs ne parvenaient pas à s'entendre[510]. Face à cela a été proposée une orientation vers un système de collège des superviseurs à l'image de ce qui est proposé dans le secteur bancaire avec la révision de la directive sur les fonds propres des banques. Il avait également été envisagé de renforcer les pouvoirs du CEIOPS[511]afin de lui donner un rôle d'arbitrage en cas

[506] Ce pays avait remarqué que beaucoup d'entreprises avaient des niveaux de capitalisation très supérieurs aux niveaux exigés. Par conséquent il a commencé à introduire des règles supplémentaires d'exigence de capital réglementaire.

[507] J.-D. LÉTOQUART, « Une nécessaire évolution de la législation sur la solvabilité des institutions financières ? », *JCP E*, juin 2009, p.49, Intervention au colloque du 28 avril 2009 « Crise financière : aspects juridiques », organisé par le Magistère de juristes d'affaires DJCE de Paris II.

[508] V. notamment R. GHUELDRE et F. VANNESSON, « La directive 2009/138 du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et la réassurance et leur exercice Solvabilité II», *RGDA* 2010, n° 3, p. 611 ; N. AUCLAIR, « Note sur la directive 2009/138 du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et la réassurance et leur exercice Solvabilité II », *RCDIP* 2010, n°3, p. 606.

[509] K. VAN HULLE, « Solvabilité II : une approche « risquée » ?», *Rev. d'économie financière*, 2004, n°243.

[510] Solvabilité II art. 219 et s.

[511] Le CEIOPS regroupe les représentants à haut niveau des autorités de contrôle des 30 États membres de l'Union européenne et de l'Espace Economique Européen (UE/EEE). Les 27 autorités de contrôle des assurances et des fonds de pensions des État membres de l'UE sont membres

de différends entre les autorités de supervision. Le rapport Larosière, visant à renforcer la supervision du secteur financier dans l'Union européenne [512] confirme la nécessité d'aller en ce sens en demandant que les propositions soient faites dès 2009 sur le fonctionnement du collège des superviseurs, en désignant des contrôleurs de groupe et en dotant les comités de réels pouvoirs décisionnels. Le rapport Larosière constitue donc une grande avancée. « *Il faut espérer qu'il donnera l'impulsion politique nécessaire pour dépasser les clivages actuels et faire de Solvency II une réponse à la hauteur de la crise et des enjeux du secteur* »[513].

189. Le renforcement du contrôle. Le rapport Deletré de janvier 2009 a prévu un certain nombre de recommandations qui vont dans le sens du renforcement du contrôle et l'amélioration du système actuel. La plupart de ces recommandations s'inscrivent dans les tendances observées à l'étranger. Le rapport recommande d'abord la mise en place d'un système distinguant un organe de contrôle (le Collège) et un organe des sanctions au sein de la Commission bancaire et de l'autorité de contrôle des assurances et des mutuelles à l'image de l'Autorité des marchés financiers. Il recommande ensuite le renforcement de la compétence et l'engagement du personnel des autorités de régulation, la diversification des profils au sein de ces autorités (notamment au sein de l'ACAM) ainsi que les échanges de personnel entre autorités, et entre l'industrie et les autorités. Enfin, l'adoption d'un modèle « par objectifs » (ce que le groupe des 30 aux Etats-Unis appelle « *twin peaks approach* »), à l'instar des Pays-Bas ou de l'Australie avec, d'une part, une autorité en charge de la supervision prudentielle du secteur financier (Banque et assurance) adossée à la Banque de France[514] (l'AMF conservant ses attributions actuelles) et, d'autre part, l'extension

votants de l'assemblée plénière (Members' meeting) qui est l'organe décisionnel du CEIOPS. Les autorités de contrôle des 3 États de l'EEE, ainsi que la Commission Européenne ont le statut d'observateur. La Commission Européenne peut saisir le CEIOPS pour lui demander des avis techniques ou des projets de mesures dites «de niveau 2 » dans le cadre du processus Lamfalussy. Le CEIOPS est présidé par un "Managing Board" élu pour deux ans

[512] V. le site http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf .v. A.-C. MULLER, « Le rapport Larosière », *RDBF.,* juill.2009, n°4, comm.145.

[513] J.-D. LÉTOQUART, « Le nouveau paysage réglementaire de l'assurance », *RGDA*, janv.2009, p.75.

[514] La mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France en recommandant un tel rapprochement entre les autorités de contrôle des deux secteurs (propositions n°30 à 33) a souligné les précautions à

des attributions de l'AMF au contrôle de la commercialisation des produits (y compris les produits d'assurance) de l'ensemble du secteur financier. Le rapprochement entre le secteur bancaire et d'assurance a suscité quelques critiques en raison des différences entre les deux métiers[515] mais, surtout, parce que la crise financière a épargné le secteur des assurances. La notion de risque n'est pas conçue de la même manière dans les deux secteurs. Ceci dit, il ne faut pas négliger les avantages que va procurer un tel rapprochement des autorités de contrôle, ne serait ce que les économies qui seront dégagées et le contrôle renforcé sur les multinationales qui prennent de plus en plus la forme de conglomérats financiers et pour qui les frontières ne valent plus rien. Quelles seront alors les modalités de rapprochement ? Pour reprendre les termes de J.-D LETOQUART « *Une fusion entre l'ACAM et la CB entrainerait le risque de dilution de la culture assurantielle dans le monde bancaire...Si rapprochement il y a, il faut faire en sorte qu'il conduise à un réel échange entre les deux institutions et au dégagement de synergies ; une disparition de l'ACAM au sein de la CB serait un recul dommageable en termes de supervision* »[516]. La crise financière a accéléré le processus d'amélioration de la supervision et n'a pas laissé beaucoup de temps à la réflexion : l'ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010[517], prise sur le fondement de l'art.152 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 (LME) a instauré la nouvelle autorité de supervision : l'autorité de contrôle prudentiel[518] née de la fusion de la Commission bancaire, de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et du Comité des entreprises d'assurance. Nous ne pouvons

prendre dans l'exécution d'une telle réforme pour éviter que la culture de l'assurance ne s'en trouve occultée. D'après elle, il ne s'agit pas tant de favoriser l'acceptation de la réforme par le corps social et professionnel de l'assurance, que d'éviter une perte de pertinence du système de contrôle dans ce secteur.

[515] D'après B. DELETRÉ « *les métiers de la Banque et de l'Assurance sont largement distincts et le demeureront. Les risques qu'ils portent sont la plupart du temps de nature différente et les méthodes de supervision employées doivent et devront tenir compte de cette réalité* », « Pour une réforme des autorités de supervision des institutions financières », *JCP E*, juin 2009, p.42.

[516] Art. précit. p. 85.

[517] Publiée au JO du 22 janvier 2010.

[518] Pour le champ de compétences, le fonctionnement et le pouvoir disciplinaire nous renvoyons aux articles L. 612-2 ; L.612-4 ; L.612-13 ; L.612-14 ; L.612-15 à L.612-20 ; L.612-30 à L.612-34 ; L.612-38 à L. 612-42 qui seront intégrés au Code monétaire et financier. En matière d'assurance, le titre III de l'ordonnance modifie le Code des assurances pour tenir compte de la création de la nouvelle autorité. Les titres IV et V modifient le Code de la mutualité. Pour plus de détails v. A. ASTAIX, Banque-Assurance : une nouvelle autorité de contrôle, *D.* 2010, p.196.

qu'encourager une telle initiative qui va dans le sens de la stabilité et de la sécurité.

B. La supervision européenne des succursales de banques, de sociétés d'assurance et des prestataires de service d'investissement

190. La territorialité sacrifiée au non de la coopération. En matière de surveillance bancaire, d'assurance et de prestation de services d'investissement, le principe traditionnel est, comme décrit ci-dessus, celui de la territorialité. Ce sont les autorités du pays sur le territoire duquel une banque, une société d'assurance ou un prestataire de services d'investissement exerce une activité qui sont en position d'en contrôler les agissements. L'adoption du passeport européen a bouleversé la territorialité du contrôle. Cette dernière a perdu son emprise[519], et le contrôle relève par principe des autorités du pays d'origine (« *Home Country control* »)[520]. L'avantage est évident : les établissements de crédit[521], les sociétés d'assurance et les prestataires de services financiers n'ont plus à se conformer à autant d'obligations légales et réglementaires que d'Etats membres sur le territoire national desquels ils exercent leurs activités par voie de succursales. Une fois agréés, ces professionnels seront partout chez eux dans n'importe quel pays de l'Union européenne[522]. Une supervision efficace exige cependant qu'un certain rôle soit laissé au pays d'accueil. Ce dernier contrôlera la solvabilité, la liquidité, le respect des mesures d'intérêt général pour les succursales d'établissements de crédit et les règles de bonne conduite et de marchés réglementés pour les succursales de prestataires de services d'investissement.

[519] M.-É. ANCEL, *J.-Cl. Banque, crédit, Bourse*, op. cit. n°58.
[520] Il y a eu depuis une vague de succursalisation. Les pratiques administratives demeurant différentes en dépit de l'harmonisation des principes, les groupes bancaires ont eu intérêt à transformer leurs filiales en succursales dans les Etats réputés coercitifs ou contraignants et de subir un contrôle prudentiel moins exigeant dans l'Etat du siège de la société mère.
[521] De monnaie électronique ou de paiement depuis l'ordonnance de 2009.
[522] M. VASSEUR, op. cit. p.174.

1. La supervision des succursales d'établissements de crédit, de monnaie électronique[523], d'établissements de paiement[524] et de sociétés d'assurance

191. Une confiance. Le rôle du contrôle prudentiel communautaire est de permettre la reconnaissance mutuelle des agréments. Le respect des règles conditionne l'octroi de l'agrément et l'accès au marché. Ces règles doivent être respectées tout au long de l'activité des succursales.. Le passeport européen suppose que seul le pays qui a accordé l'agrément à la banque ou à la société d'assurance puisse surveiller la succursale installée dans un autre pays membre. La compétence du pays d'origine ne saurait cependant être totale et évincer toute compétence du pays d'accueil. Ce dernier doit pouvoir contrôler l'activité qui s'exerce sur son territoire même si c'est par voie d'une simple succursale. La répartition des compétences entre pays d'origine et pays d'accueil ne pouvaient réussir sans un système de coopération entre les autorités des deux pays.

a) La répartition de compétences entre pays d'origine et pays d'accueil

192. À un agrément unique correspond un contrôle unique par le pays d'origine. Sept Etats des membres de la CEE étaient membres du Comité de Bâle, il était normal que la CEE ait tenu largement compte des travaux effectués dans le cadre du Comité pour élaborer sa propre réglementation concernant le contrôle prudentiel. Le fait que la période transitoire s'achevait à la fin de 1992 n'était pas un hasard ; cela correspondait en même temps à la date d'achèvement du marché unique européen prévue par l'Acte unique européen de 1986. Puisqu'il y a harmonisation des règlementations, il y aura également une sorte de reconnaissance mutuelle des autorités chargées de les faire respecter. En d'autres termes, une entreprise en provenance d'un autre pays de la Communauté continuera à être soumise à la surveillance des autorités de contrôle de ce pays[525]. Un partage des compétences a été mis en place entre autorités du pays du siège et

[523] Directive n° 2000/46/CE. Le régime prudentiel est détaillé à l'art.18 du Règlement n°2002-13 du CRFB.

[524] La directive n° 2007/64/CE du parlement du 13 novembre 2007 modifiant les directives n° 97/7/CE, n°2002/65/CE, n°2005/60/CE, n° 2006/48/CE et abrogeant le directive n° 97/5/CE (*JOCE*, 5 déc. 2007 L.319/1 s). La directive a été transposée en droit français par l'ordonnance n° 2008-776 du 15 juillet 2009, v. H. BOUTHINON-DUMAS, « La directive service de paiement et la concurrence entre les établissements de paiement et les banques », *RTD com.* 2009, p.59.

[525] P.CLAROTTI, « Un pas décisif vers un marché commun des banques », *RMC.* 1989, p.454.

autorités du pays d'accueil[526]. Certains auteurs ont critiqué cette notion de partage. D'après A. -F. ZATTARA-GROS : « *il y a plus une collaboration entre autorités qu'une répartition de compétences. Elles doivent se communiquer entre elles un certain nombre d'informations* »[527]. Certes, il s'agit plus d'une collaboration que d'une répartition de compétence ; il n'empêche que de larges pouvoirs ont été accordés aux autorités du pays d'origine.

193. **Le contrôle principal par les autorités de l'Etat membre d'origine**. Depuis la deuxième directive bancaire, la surveillance d'un établissement de crédit communautaire et de ses succursales, où qu'elles se trouvent dans la communauté, relève de la compétence des autorités du pays du siège (pays d'origine qui a délivré l'agrément)[528]. C'est le cas aussi pour les sociétés d'assurance[529] et les entreprises d'investissement[530]. Confier le contrôle à l'Etat membre d'origine était logique vu l'absence de personnalité juridique des succursales qui sont rattachées à leur maison mères. Ceci implique en revanche une coopération avec les autorités du pays d'accueil[531]. Ces dernières permettent aux autorités du pays membre d'origine de procéder à la vérification sur place des informations nécessaires pour assurer la surveillance financière de l'entreprise. Les autorités du pays d'origine doivent s'assurer que l'établissement ou la succursale dispose d'une « bonne organisation administrative et comptable et de procédures de contrôle interne adéquates ». C'est aussi à ces autorités de s'assurer

[526] Il faut noter que la directive 2006/48/CE a changé les appellations « autorités du pays d'origine et autorités du pays d'accueil » en « autorités de l'Etat membre d'origine et autorité de l'Etat membre d'accueil ». Elle y ajoute une troisième catégorie « les autorités compétentes des pays tiers ».

[527] V. *Jcl Joly Communautaire*, v° Banque.

[528] L'art. 40 de la directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (ancien art.13 de la deuxième directive bancaire).

[529] L'art. 9 des troisièmes directives prévoit que «*la surveillance financière d'une entreprise d'assurance, y compris celle des activités qu'elle exerce par le biais de succursales, relève de la compétence exclusive de l'État membre d'origine* ».

[530] L'art. 37 de la directive 2006/49/CE du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit dispose « Le titre V, Chapitre 4 de la directive 2006/48/CE s'applique *mutatis mutandis* à la surveillance des entreprises d'investissement ».

[531] P. BLOCH, « La loi n°92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation au marché européen de la législation applicable en matière de d'assurance et de crédit », *JCP E.* 1992, n°40, p.438 ; L. ROEGES (sous dir.)B.-S. ROUBI, « L'exercice de l'activité bancaire par voie de succursale après la deuxième directive bancaire », *RDBB.,* 1993, p.116.

de la solidité financière de l'établissement de crédit, de la société d'assurance[532] ou de l'entreprise d'investissement, relatives à l'ensemble des activités.

194. La solvabilité. La surveillance de la solvabilité des succursales incombe aux autorités du pays du siège puisque l'entreprise est unique et que sa solvabilité s'apprécie globalement. En matière d'assurance, si une entreprise ne se conforme pas aux dispositions relatives aux provisions techniques, l'autorité compétente de l'Etat d'origine peut interdire la libre disposition des actifs, après information des autorités des Etats membres où les risques sont situés. L'autorité de contrôle peut exiger, soit un plan de redressement soumis à son approbation en vue du rétablissement de la situation financière d'une entreprise dont la marge de solvabilité n'atteindrait plus le minimum prescrit par la directive[533], soit un plan de financement à court terme si la marge de solvabilité n'atteint plus le fonds de garantie, et elle peut éventuellement restreindre ou interdire la libre disposition des actifs.

195. Le retrait de l'agrément : une sanction. Les autorités compétentes du pays membre d'origine peuvent retirer l'agrément[534] lorsque l'entreprise n'en fait pas usage dans un délai de 12 mois ou y renonce expressément ou cesse son activité pendant plus de 6 mois. Le retrait de l'agrément est aussi possible lorsque l'entreprise ne satisfait plus aux conditions d'accès, ou n'a pu réaliser, dans les délais, les mesures prévues par les plans de redressement ou de financement, ou en cas de manquement grave aux obligations qui lui incombent en vertu de la réglementation applicable. En cas de retrait ou de caducité de l'agrément, l'autorité compétente de l'Etat d'origine en informe les autorités compétentes des autres Etats membres ; ces dernières prennent alors les mesures appropriées pour empêcher l'entreprise visée de commencer de nouvelles opérations sur leurs territoires.

[532] La directive 2002/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 mars 2002 a relevé le seuil de solvabilité. Cette marge correspond au patrimoine libre de l'entreprise, déduction faite des éléments incorporels.

[533] Exceptionnellement, en cas de risque de détérioration de la position financière de l'entreprise, l'autorité compétente peut restreindre ou interdire la libre disposition des actifs de l'entreprise. Ici encore elle informe de ses intentions les autorités des autres Etats membres afin qu'elles agissent en conséquence.

[534] Un retrait qui doit être motivé avec précision et notifié à l'entreprise concernée. Dans tous les cas un recours juridictionnel doit être prévu contre cette décision de retrait.

196. Le contrôle subsidiaire par le pays d'accueil. Si une large mission est confiée aux autorités du pays d'origine de l'établissement de crédit, et des sociétés d'assurance[535], celles du pays de situation d'une succursale ne sont pas totalement dessaisies. Elles sont néanmoins réduites à la portion congrue[536]. Le contrôle de la liquidité incombe essentiellement aux autorités du pays d'accueil[537] car elle touche directement la politique monétaire des Etats ; la liquidité ne peut être contrôlée que territorialement. Un rôle est toutefois donné aux autorités du pays d'origine dans le cas où la liquidité a une incidence sur l'ensemble de l'entreprise. En France, les succursales d'établissements de crédit et d'établissements financiers doivent respecter le règlement n°88-01 du 22 février 1988 relatif à la liquidité. Ce dernier a été modifié par un arrêté du 11 septembre 2008[538]. Il est ajouté un article 11-1 qui dispose que « *les succursales d'établissements de crédit ayant leur siège social dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen sont réputées en situation régulière si les conditions suivantes sont remplies : d'abord, la gestion de la liquidité de la succursale doit être effectuée au siège social, lequel assure une gestion centralisée de la liquidité intégrant celle de la succursale sous le contrôle de l'autorité compétente du pays d'origine. Ensuite, l'établissement doit respecter la réglementation relative à la liquidité du pays d'origine sans qu'il existe d'obstacle au transfert de fonds entre le siège social et la succursale. Enfin, l'autorité compétente du pays d'origine doit confirmer que les conditions ci-dessus sont remplies et s'engager à informer la Commission bancaire de toute modification notable de cette situation, et en particulier, de toute infraction persistante ou significative aux règles de liquidité* ». La Commission bancaire vérifie que les conditions ci-dessus sont satisfaites. Elle peut retirer le bénéfice de l'article 11-1 à un établissement lorsqu'elle estime que l'une des conditions n'est plus remplie. Dans un avis technique adressé à la Commission européenne sur la

[535] Ce n'est pas l'avis de A.-F. ZATTARA-GROS, précit. pour qui « la compétence de principe de l'État membre d'origine est sérieusement entamée et qu'il y a aujourd'hui plus de compétences concurrentes que de compétences réellement complémentaires ».

[536] P. CLAROTTI, « La coopération administrative entre organes de contrôle bancaire dans la CE », *Rev. Banque*, 1993, p.583.

[537] Art 41 de la directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (ancien art.14 de la deuxième directive bancaire).

[538] V. « Contrôle prudentiel des établissements de crédit et des entreprises d'investissement », *JCP E.,* oct.2008, n°40, act.433.

gestion de risque de liquidité[539], le CECB recommande que lorsque cela est opportun, les autorités de surveillance devraient envisager activement de déléguer aux autorités du pays d'origine des tâches relatives à la surveillance de la liquidité des succursales. La Banque centrale européenne propose qu'à l'occasion d'un réexamen de la directive 2006/48/CE une distinction soit faite entre les Etats membres d'origine et d'accueil qui ont adopté l'euro, et les Etats membres qui n'ont pas adopté l'euro. Lorsque les autorités compétentes des Etats membres d'origine et d'accueil ont une monnaie différente, la succursale pourrait être soumise aux conditions de liquidité de l'Etat membre d'accueil. Au sein de la zone euro, cette distinction a néanmoins perdu de sa pertinence pour les succursales dans la mesure où elles partagent avec leur administration centrale un même bilan, établi dans la même devise, et elles n'ont pas besoin de fonds propres ou de capital spécifique. Il faut noter aussi que l'Etat d'accueil peut exiger des succursales la publication de certaines informations comptables additionnelles ou, « à des fin statistiques », des « rapports périodiques » sur les opérations effectuées sur son territoire.

Enfin, la compétence résiduelle du pays d'accueil s'illustre dans le cadre de la surveillance d'application par les succursales des mesures d'intérêt général. Il revient aux autorités de l'Etat membre d'accueil, lesquelles constatent qu'un établissement de crédit qui a une succursale sur son territoire, a enfreint une mesure d'intérêt général, de prendre de son propre chef toute mesure appropriée pour prévenir ou sanctionner le comportement fautif, y compris en interdisant de nouvelles opérations sur son territoire. Cette compétence accordée au pays d'accueil paraît logique. Il ne faut pas croire que les libertés fondamentales s'exercent de façon hégémonique qui déboucherait sur un libéralisme à tout crin[540]. Les Etats d'accueil peuvent prendre des mesures nationales à condition que ces mesures passent avec succès « le test de l'intérêt général ». La répartition des compétences entre pays d'origine et pays d'accueil n'est pas totale. Une

[539] Seconde partie de l'avis technique du CECB adressé à la Commission européenne sur la gestion du risque de liquidité - Analyse de questions spécifiques énumérées par la Commission et des défis non relevés actuellement dans l'Espace économique européen (*Second part of the CEB'S technical advice to the European Commission on liquidity risk management – Analysis of specific issues listed by the Commission and Challenge not currently addressed in the EEA*), du 18 août 2008, CECB 2008, 147, disponible sur le site du CECB à l'adresse suivante : http://www. c-ebs.org.

[540] V. notamment, M.-É. ANCEL *J.-Cl. Banque, Crédit, Bourse*, Fasc. 1010, op. cit. n° 6 et 62.

coopération entre les autorités des deux pays était nécessaire pour mener à bien le contrôle.

b) La coopération et les échanges d'information entre autorités de contrôle

197. La communication d'informations. La répartition de compétences entre autorités de contrôle ne doit pas nuire à l'efficacité du contrôle. Le fonctionnement harmonieux du marché intérieur nécessite une coopération étroite et régulière des autorités compétentes des Etats membres. Les autorités de contrôle doivent se communiquer toute information utile à la surveillance d'un établissement de crédit, d'une société d'assurance ou d'un prestataire de service d'investissement et de leurs succursales[541]. La nécessité de coopération et le fait que l'Etat d'accueil soit le mieux placé pour surveiller les succursales a poussé les autorités des Etats membres à établir entre elles des protocoles bilatéraux[542]. Cependant, certaines dispositions peuvent gêner la coopération entre les Etats membres. C'est le cas par exemple du respect du secret auquel sont tenus les établissements de crédit.

198. Le secret bancaire. La surveillance et la coopération entre autorités de contrôle suppose un flux d'informations[543]. Depuis la première directive bancaire, des efforts ont été fournis afin de concilier le principe de secret avec les impérieuses nécessités d'une collaboration entre les autorités de tutelle des États membres[544]. Le devoir européen de silence implique, pour les autorités de contrôle, l'interdiction de divulguer à quiconque toute information confidentielle reçue à titre professionnel. Les échanges d'information et accords de coopération

[541] Op.cit. n°64.

[542] V. par exemple en matière bancaire « *Memorandum of understanding* » entre la France et l'Allemagne, J.-L BUTSCH, « Le contrôle par le pays d'origine », *Rev. Banque*, déc. 1992, n°533, p. 1086; dans le domaine des assurances v. le protocole de Sienne du 30 oct.1997, complété par un accord concernant les pays membres de l'EEE, *in* Code des assurances de l'Argus, éd.1999, annexe 7 ; *RFDA*, 1998, p.866 ; BO adm. centrale Min. écon., fasc.98.1.

[543] L'art. 42 de la directive du 14 juin 2006 dispose que « *les autorités compétentes des États membres collaborent étroitement. Elles se communiquent toutes les informations relatives à la direction, à la gestion et à la propriété de ces établissements, ainsi que toutes les informations susceptibles de faciliter le contrôle de ces établissements en particulier en matière de liquidité, de solvabilité , de garantie des dépôts, de limitation des grands risques, d'organisation administrative et comptables et de mécanisme de contrôle interne* ».

[544] Art 16 al.2 de la directive de 1977. Désormais c'est la section 2 du chapitre I du titre V de la directive 2006/48/CE qui réglemente le secret professionnel et l'échange d'informations entre autorités de contrôle.

entre organes communautaires ne sont possibles que sous réserve du respect du secret. La directive CEE[545] du 10 juin 1991 a assoupli le secret pour permettre la participation des établissements de crédit à la lutte contre le trafic de stupéfiants. Dans le domaine des assurances, la directive 92/49/CE du Conseil du 18 juin 1992 consacre aussi des dispositions au secret professionnel. Celui-ci s'impose aux personnes travaillant pour les autorités compétentes, aux réviseurs et aux experts mandatés par ces dernières. Le secret professionnel a retenu l'attention des autorités de contrôle des pays industrialisés du G20 ces dernières années à cause de la crise qui a affecté le secteur financier. Le communiqué fiscal du G20 a précisé que « *l'ère du secret bancaire est terminée* » [546]et imposé des réformes pour la régulation financière. Une liste identifiant trois catégories de juridictions a été publiée[547]. Dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et la fraude fiscale, une nouvelle réglementation du 1er fév. 2009 impose aux établissements financiers une obligation de vigilance, de conservation de documents et de déclaration pour leurs succursales situées à l'étranger. Si la législation locale ne le permet pas le professionnel concerné doit informer *Tracfin* et son autorité de contrôle. Quant à la déclaration de soupçon de fraude[548], elle ne doit connaître aucune limitation territoriale pour les succursales à l'étranger dépourvues de

[545]Direct. n° 91/308, 10 juin 1991, *JOCE*, n° L.166, 28 juin ; adde : L. n° 93-122, 29 janv. 1993, *D.*1993, p.209.

[546] Dépêches du Jurisclasseur, 6 avr.2009, n°393.

[547] **1-** les Etats qui ont conclu des clauses d'échange d'informations conformes au modèle OCDE (« liste blanche ») :Allemagne, Argentine, Australie, Barbade, Canada, Chine, Chypre, République Tchèque, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Guernesey, Hongrie, Irlande, Ile de Man, Italie, Japon, Jersey, Corée, Malte, Maurice, Mexique, Pays-Bas, Nouvelle-Zélande, Norvège, Pologne, Portugal, Russie, Seychelles, Slovaquie, Afrique du Sud, Espagne, Suède, Turquie, Émirats Arabes Unis, Royaume-Uni, États-Unis, Îles Vierges américaines. **2-** les Etats qui ont conclu moins de 12 accords en matière d'échanges d'informations conformes au modèle OCDE (« liste grise ») : Andorre, Anguilla, Antigua et Barbuda, Aruba, Autriche, Bahamas, Bahreïn, Belgique, Belize, Bermudes, Iles Vierges britanniques, Brunei, Iles Caïmans, Chili, Iles Cook, Dominique, Gibraltar, Grenade, Guatemala, Libéria, Liechtenstein, Luxembourg, Îles Marshall, Monaco, Montserrat, Nauru, Antilles néerlandaises, Niue, Panama, St Kitts-et-nevis, Ste Lucie, St. Vincent et les grenadines, Samoa, San Marin, Singapour, Suisse, Iles Turks et Caïques, Vanuatu. A la demande pressante de la Chine, Hong-Kong et Macao n'apparaissent pas dans la liste grise alors qu'ils n'ont pas encore mis en œuvre leur engagement à appliquer l'échange d'informations. **3-** les Etats qui ne sont pas engagées à pratiquer l'échange d'informations (« liste noire ») : Costa Rica, Malaisie, Philippines, Uruguay. V. N. DE BOYNES, N. MESSAGE et P.-A. BACHELLERIE, «Les paradis fiscaux au purgatoire», *RDAI*. 2009, n° 4, p. 514.

[548] Prévue à l'art. 561-15-I du C. mon. fin. qui impose aux professionnels financiers de déclarer à Tracfin « les sommes inscrites sur leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elle : elles proviennent de d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou elles participent au financement du terrorisme ».

personnalité juridique[549]. Vis-à-vis des paradis fiscaux, des initiatives ont été prises aussi par la France. Mme Christine LAGARDE, ministre de l'économie, et M. HANS RUDOLF MERZ président de la Confédération helvétique ont signé un avenant à la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 2009. Cet avenant inclut une clause d'échanges de renseignements conforme aux derniers standards de l'OCDE[550]. Cette clause permet d'obtenir à partir du 1er janvier 2010 des renseignements, sans limitation quant à la nature des impôts, des personnes ou des informations visées. Simultanément, plusieurs accords visant à la levée du secret bancaire ont été conclus par la France [551] afin de doter progressivement l'administration fiscale d'un arsenal plus complet et plus performant pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscale internationale. Reste, cependant que ces efforts sont insuffisants pour résoudre le problème du secret bancaire surtout dans les pays qui font profession d'attirer les capitaux sans vergogne. La France ne recourt pas encore aux méthodes fortes auxquelles ont recours les Américains[552]. Elle devrait peut-être s'en inspirer afin de les appliquer aux États qui refusent toute coopération.

Le contrôle des succursales des établissements de crédit et des sociétés d'assurance se caractérise par une coopération entre les autorités des pays d'origine et celles du pays d'accueil. La construction de l'Europe financière supposait d'étendre cette coopération au secteur des services financiers.

2. La supervision des succursales de prestataires de services d'investissement

199. La construction de l'Europe financière. Les prestataires de services financiers qui sont agrées dans un État membre doivent être contrôlés de la même manière que les établissements de crédits et les sociétés d'assurance. Le passeport européen dont bénéficient les prestataires de services d'investissement agréés oblige les autorités des Etats membres à une étroite coopération dans le

[549] P. MICHAUD, « Tracfin, blanchiment et fraude fiscale : les déclarations de soupçon. De nouvelles obligations pour les juristes et fiscalistes, *Dr. fiscal*, n°40, oct.2009.
[550] Disponible sur www.impots.gouv.fr
[551] Notamment avec l'Emirat de Bahreïn, la Belgique, Jersey, Guernesey, l'Ile de Man, le Luxembourg et les Iles vierges britanniques.
[552] « *Fishing expeditions* », méthode qualifiée par certains de malhonnête mais approuvée par d'autres car favorables à la chasse aux fraudeurs. V. A. COLONA D'ISTRIA, « Paradis fiscaux – la France étoffe son arsenal contre les États non coopératifs », *JCP G.* 21 déc.2009, n°59, p.603. V. aussi J. PANNIER, « La chasse aux comptes bancaires étrangers », *D.* 2010, p.136.

cadre de la surveillance de ces professionnels[553]. La succursale d'un prestataire de services d'investissements sera surveillée, comme en matière bancaire et d'assurance, par les autorités compétentes de l'Etat d'origine et celles de l'Etat d'accueil[554]. Les autorités de l'Etat membre d'origine exercent la surveillance et assument le contrôle du respect des obligations prévues aux fins de l'exploitation de la succursale. L'autorité compétente de l'Etat membre d'accueil, mieux placée pour détecter certaines infractions effectuées par la succursale[555], se voit confier la responsabilité de contrôler le respect de certaines règles, règles de bonne conduite ou règles des marchés règlementés sur lesquels intervient le prestataire[556]. C'est une évidence : pour les succursales, la localisation du service fourni, dans l'Etat membre d'accueil ou dans un autre Etat membre, est décisive en ce qui concerne la détermination des règles de conduite applicables. L'activité de la succursale d'un PSI ne se limite cependant pas au territoire sur lequel elle est implantée. La fourniture de services financiers par la succursale s'effectue au-delà des frontières visant une clientèle étrangère. Il importe donc de savoir si les services sont fournis hors de l'EEE par la succursale, ou, directement, par l'entreprise d'investissement. Si un service est considéré comme fourni hors de l'EEE, ni l'article 32.7[557] de la directive MIF ni l'article 31[558] de la même directive ne sont applicables.

[553] La directive n°2004/39« MIF » ou « MIFID » détaille les pouvoirs des autorités de contrôle sur le modèle du régime applicable des banques.
[554] H. SYNVET, « La directive services d'investissement », précit. p.545.
[555] COM 2000/07/0729.
[556] Commission, 18 juin 2007, II, 6, p. 2.
[557] Cet article dispose : « *sous contrôle des autorités locales, la succursale établie dans un Etat membre autre que celui de la maison mère, doit se conformer aux règles de conduite de l'Etat membre d'accueil pour les services qu'elle fournit sur le territoire de cet Etat ; si elle fournit des services dans un autre Etat membre, ce sont les règles de conduite de l'Etat membre d'origine qui seront applicables sous le contrôle des autorités d'origine* »
[558] Cet article dispose : « *L'entreprise agréée dans son Etat membre d'origine et contrôlée par les autorités de cet Etat, peut mener librement des opérations sur le territoire des autres Etats membres sans que ceux-ci puissent lui imposer d'obligations supplémentaires* ».

a) L'application des règles

200. La fourniture extraterritoriale de services financiers par les succursales. Les textes communautaires ont toujours prévu, pour des raisons de cohérence et d'efficacité du contrôle, que le superviseur local devait contrôler l'application des règles locales de la succursale située sur son territoire .Ces dispositions prévues par la DSI[559], dans le domaine des services d'investissement étaient insuffisantes. En effet, les succursales ne se contentent pas de fournir des services aux seuls clients situés dans le même territoire qu'elles. Le manque de règles avait pour conséquence une insécurité. Les Prestataires de services d'investissement étaient, d'une part, soumis à des règles non homogènes d'un État à l'autre, et d'autre part, devaient localiser le lieu de fourniture de leurs services. Les PSI avaient donc de sérieuses difficultés à localiser les services[560] et déterminer les règles applicables à leurs activités transfrontières et notamment le tribunal compétent[561].

La directive MIF[562] a fait œuvre de simplification. Depuis l'entrée en vigueur de cette directive, les succursales d'une entreprise d'investissement peuvent fournir des services à des clients situés sur leurs territoires respectifs selon un traitement à peu près équivalent. Les succursales appliqueront pour l'essentiel les règles locales. A contrario, si les services sont fournis à des clients situés hors du territoire de l'Etat où est implantée la succursale, les règles de l'État membre d'origine de l'entreprise d'investissement devraient s'appliquer (article 32-7 de la

[559] COM (2000) 722 final, 14 nov. 2000. V. notamment G. PARLÉANI, « La localisation des services financiers », in Mélanges J. Stoufflet, L.G.D.J PU Clermont-Ferrand, 2001, p. 279.

[560] Signalant ce problème v. Table ronde, The controversy and confusion over Mifid, IFLR/August 2006, p. 14; B. BRÉHIER, S. DARIOSECQ, « Quel schéma d'ensemble tirer des directives Commercialisation à distance de services financiers, OPCVM, Prospectus et MIF ? » *Banque & droit*, mai - juin 2007, p. 12 et s.

[561] Le problème de la compétence juridictionnelle n'est pas nouveau, v. en droit interne, sur le fondement de l'article 46 CPC, CA Douai, 1er juin 2006, *Banque & droit*, Janv. - Fév. 2007, n° 111, p. 36, obs. H. De vauplane, J.-J., Daigre ; *Juris-Data* n° 2006-3171027 : « *le lieu d'exécution de la prestation consistant en la transmission d'ordres d'achats et de vente de valeurs mobilières sur le marché boursier pour le compte du donneur d'ordre (…) se situe au lieu de la situation du système informatique assurant le routage de ces ordres* », c'est-à-dire au siège de la société de bourse. Il serait téméraire de transposer un raisonnement tenu à propos de la compétence juridictionnelle à une question concernant l'application dans l'espace es règles de conduite.

[562] JOUE 30 avr. 2004, L 145/1. Pour une présentation générale : J. HERBET, B. NASSER, « La directive MIF, prochain séisme réglementaire dans le domaine du droit financier en Europe », *RDAI* 2007, p. 411 et s ; D. FASQUELLE, Services d'investissement, marchés d'instruments financiers, Droit européen des affaires, Éd. Législatives, MAJ 70 (15 nov. 2006) ; R. STONES, « Mifid for dummies » IFLR/August 2006, p. 22 et s.

directive MIF). La directive MIF a voulu attribuer un bloc homogène de compétences aux États membres d'accueil, notamment lorsqu'elle prévoit, par construction, qu'une succursale qui fournit un service à un client situé « sur son territoire » doit appliquer les règles locales[563]. L'expression « sur son territoire » a été interprétée de la manière suivante : « *le superviseur local peut superviser l'application des règles locales uniquement lorsque les différents éléments qui sont relatifs à la fourniture d'un service considéré (la succursale, le client et les collaborateurs ainsi que les systèmes de la succursale ayant concouru directement à la fourniture du service) sont situés dans l'État membre d'accueil* »[564]. Ces éléments de rattachement d'un service à un territoire devaient donc être cumulativement situés sur ce même territoire. Les règles prévues par la MIF étaient toujours insuffisantes en raison de situations compliquées[565]. Des solutions doivent être trouvées dans le rattachement d'un service à la maison mère ou à la succursale. Mais alors comment rattacher un service à une succursale ?

201. La prestation caractéristique. Pour attribuer un service à la succursale, des critères ont été adoptés qui sont liés à la localisation de la prestation[566]. Le premier étant la fourniture de la prestation caractéristique. D'après la Commission, « si le service est fourni au bénéficiaire qui, pour le recevoir, s'est déplacé en personne dans l'Etat membre où l'établissement de crédit est établi, il ne devrait pas y avoir de notification préalable » car la

[563] L'art. 61.2 MIF dispose que le superviseur local peut demander des informations aux succursales pour vérifier que ces dernières « *se conforment aux normes qui leur sont applicables sur son territoire pour les cas prévus à l'art. 32, §7* ». L'art. 32.7 MIF porte sur la supervision des Succursales et non sur les règles qu'elles doivent appliquer et précise que la supervision ne vaut que pour les Services fournis sur son territoire. L'art.61.2, MIF a été transposé en France de la manière suivante : les succursales d'une entreprise d'investissement de l'EEE, établies en France, qui fournissent un Service à un client situé en France, doivent appliquer les règles locales françaises (art. L 532-18-2 du Code monétaire et financier).

[564] Mc CREEVY, traduction libre de la lettre à l'Association anglaise LIBA du 21 mars 2007.

[565] Envisageons le cas où une entreprise d'investissement, agréée dans l'Etat A serait considérée comme fournissant des services dans l'Etat A :

1er exemple : la succursale établie dans l'Etat membre B est considérée comme fournissant des services dans l'Etat A.

2ème exemple : le service est « presté » en direct de l'Etat A mais le client est domicilié dans l'Etat B (avec l'hypothèse que cette circonstance ne suffit pas à situer la fourniture du service dans l'Etat B).

En effet l'article 32.7 n'est pas applicable car le service n'est pas fourni sur le territoire de l'Etat membre d'accueil. L'article 31 ne l'est pas non plus : par hypothèse, l'entreprise d'investissement ne fournit pas de services d'investissement « sur le territoire d'un autre Etat membre » que l'Etat d'origine.

[566] C. HOUIN-BRESSAND, « Succursales : loi applicable et supervision au titre de la directive concernant les Marchés d'instruments financiers (MIF) »in mélanges AEDBF 2008, p. 239.

prestation caractéristique serait fournie sur le territoire de l'Etat membre d'origine ; à l'inverse si le client reçoit le résultat du service à l'étranger, il y aurait fourniture de service hors de l'Etat membre d'origine et nécessité de notifier aux autorités compétentes. Le critère de prestation caractéristique s'est révélé non pertinent car il peut être facilement délocalisé. De plus, du fait de l'augmentation des services fournis à distance, le lieu où le résultat essentiel est « appréhendé » par le client est délicat à établir et parfois impossible à anticiper[567]. Dans le cas de services à distance, les règles applicables changeront selon que le client utilise un service en se présentant à la succursale, en se connectant dans l'Etat où celle-ci est établie ou encore en recevant le service à partir de l'étranger. Ces situations peuvent donner lieu à une insécurité juridique. Pour trouver des solutions, une autre définition de la prestation caractéristique a été envisagée et qui met l'accent surtout sur l'exécution essentielle du service[568]. Si l'exécution essentielle est mise en œuvre par la succursale, ce sont les règles de l'Etat membre d'accueil qu'il faudra respecter ; si la prestation essentielle est mise en œuvre par la maison mère ou par la succursale d'un autre Etat membre, il faudra se conformer aux règles de conduite de l'Etat membre d'origine[569]. La recherche de la prestation essentielle ne peut être la meilleure solution. Elle ne peut pas être facile à déterminer pour certains services comme le prêt de titres[570] ou le swaps[571]. Ce dernier suppose des flux de monnaie ou des flux de titres entre les parties. Une entreprise d'investissement qui a opéré via une succursale intra-

[567] Dans sa communication de 1997, la Commission était gênée par le cas de services bancaires fournis par internet, v. Communication SEC(97) 1193 final, Liberté de prestation de services et intérêt général dans la Deuxième directive bancaire, p. 8. Les autorités bancaires nationales n'ont pas toujours suivi la Commission, v. M.-E. ANCEL, *J.-Cl. Banque, Crédit, Bourse*, op. cit. n° 88.

[568] Certains régulateurs nationaux l'avaient utilisé dans le cadre de la DSI., v. COM 2000/0722, Application des règles de conduite en vertu de l'article 11 de la directive concernant les services d'investissement (93/22/CEE)

[569] Rép. ISDA et al. « *All of the transactions executed by a branch should be treated as carried out within that branch territory. Where the branch provides services to clients, but transactions are executed in head office, the transactions should be treated as carried out in the head office territory. In all cases, the regulatory treatment should follow the way in which the business is structured and carried out* ».

[570] Rép. EAPB : « *it should be decisive whether the relationship to the customer is dominated by an activity in the host Member State. However, in cases where such a « characteristic performance-test » may be difficult to accomplish (i.e. SWAP trades or securities lending business) the « place of book entry » could be used as criterion* » ; dans le même sens, rép. Zentraler Kreditausschuss.

[571] Rép. EAPB : « *it should be decisive whether the relationship to the customer is dominated by an activity in the host Member State. However, in cases where such a « characteristic performance-test » may be difficult to accomplish (i.e. SWAP trades or securities lending business) the « place of book entry » could be used as criterion* » ; dans le même sens, rép. Zentraler Kreditausschuss.

européenne doit-elle respecter les règles de conduite de l'Etat membre de la succursale ou les règles de conduite de l'Etat membre d'origine.

202. La domiciliation du client. L'analyse service par service fourni par l'entreprise d'investissement à succursales paraît une tache fastidieuse. La situation se trouve compliquée si les critères de localisation sont différents. Certains parmi les répondants à la consultation[572] lancée par le CERVM ou (CESR Committe of European Securities Regulators)[573] ont préconisé d'appliquer l'article 32.7 en fonction de l'Etat membre du domicile du client qui, d'après eux, est le premier concerné. Celui-ci doit savoir au préalable les règles qui seront applicables à la transaction : celles de l'établissement principal ou celles de l'établissement secondaire. L'établissement prestataire doit se présenter dès l'entrée en relation avec son client. L'entreprise doit indiquer immédiatement le véritable fournisseur du service[574]. À défaut de précision, le client serait considéré comme avoir traité non pas avec la succursale mais avec sa « mère », sauf à l'entreprise de prouver que le client avait connaissance qu'il traitait avec la succursale. Il est vrai que, sur le plan juridique, cette idée paraît inexacte. N'ayant pas la personnalité juridique, la succursale ne peut être présentée comme l'autre partie au contrat. L'obligation lie directement la maison mère. Or, pour les besoins de la MIF, ne pourrions-nous pas considérer la succursale comme la contrepartie du client ? Le rattachement d'un service à la succursale suppose une réponse affirmative. Une entreprise d'investissement qui fournit des services dans un État et qui dispose d'une succursale dans cet État est présumée fournir ce service par l'intermédiaire de sa succursale, et cela d'autant plus qu'elle aura précisé sa qualité de contrepartie dans tout document reçu préalablement par le client. À défaut de contrat, la volonté de rattacher le service auprès de l'établissement principal devrait être explicite en apparaissant par exemple clairement dans un échange entre les parties, avant même la fourniture du service. Ce raisonnement

[572] CESR, Public consultation, The Passeport under MIFID, 15 déc. 2006 en ligne sur le site du Comité, ainsi que les réponses, le bilan et les recommandations.
[573] Comité créé le 6 juin 2001 par une décision de la Commission européenne s'inscrivant dans le cadre de recommandations du Comité des sages sur la régulation des marchés européens de valeurs mobilières. V. le site de l'Autorité des marchés financiers (AMF) : http://www.amf-france.org.
[574] Par exemple s'il s'agit d'une succursale londonienne: *X London Branch governed by UK laws.*

ne concerne que les clients qui résident sur le même territoire que la succursale. Dans ce dernier cas, les relations avec la succursale ne sont pas extraterritoriales. Pour les autres, normalement, ce sont les règles du lieu de situation de l'établissement principal (pays d'origine) qui s'appliquent. La Commission européenne l'a d'ailleurs rappelé : « *les transactions transfrontières réalisées par une succursale hors de son territoire doivent être considérées comme constituant des services fournis par le PSI et non pas par sa succursale qui n'a pas de personnalité juridique distincte de son établissement principal* »[575]. Pour résumer, la succursale qui fournit un service à un client situé sur le même territoire devra appliquer les règles locales qui régissent essentiellement les relations de la succursale avec ses clients (en particulier les règles de conduite des succursales) et la transparence vis-à vis du marché et des régulateurs. Pour le reste[576], et à titre résiduel, la succursale devra appliquer les règles telles que transposées dans l'État membre d'origine de l'entreprise d'investissement. L'inconvénient majeur du critère du domicile du client (outre le fait qu'il faut connaître l'Etat du domicile du client, même pour les prestations à distance[577], et prendre en compte son éventuel déménagement intra-européen[578]) est qu'il oblige les entreprises d'investissement à créer un double régime de règles de conduite (Etat membre d'accueil et Etat membre d'origine) de manière systématique, pour tous les services proposés par leurs succursales européennes. Par exemple, pour une même succursale, la réception-transmission d'ordres (qui, avec le test de la prestation caractéristique, relèverait structurellement presque toujours du régime de l'Etat membre d'accueil) obéira tantôt au régime du pays d'origine tantôt au régime du pays d'accueil, selon où le client est domicilié[579]. Ce régime n'est guère favorable à l'utilisation des succursales pour intensifier la concurrence à l'échelle

[575] V. doc. de la Commission européenne attaché au document CESR « *Protocol on the supervision of branches under MIFID* [§ 3.4] : « *Any cross-border operation through a branch outside the territory of the Member state in which this branch is located a provision of Service by the investment firm and not by the investment firm and not by the branch as a separate legal entity* ».

[576] Il s'agit essentiellement des dispositions relatives aux exigences organisationnelles de l'art. 13 et aux conflits d'intérêts de l'art.18.

[577] Rép. EAPB, p. 1-2.

[578] Rép. ISITC Europe/JWG.

[579] Rép. Association of Foreign Banks in Germany ; en ce sens semble-t-il, mais plutôt en termes de compétence des autorités, rép. Verband der Finanzdienstleistungsinstitute e.V. ; rép. ISITC/ Joint Working Group, pour qui les succursales seraient défavorisées, en devant distinguer selon le domicile de leurs clients, par rapport aux filiales et aux maisons mères qui n'ont pas à en tenir compte et qui n'ont qu'un jeu de règles de conduite à suivre

communautaire. Il pourrait conduire les succursales, *de facto* et en contravention avec le principe communautaire d'interdiction de discrimination, à refuser de traiter avec des clients domiciliés dans un autre Etat membre que l'Etat d'accueil.

L'alternative est désormais de choisir entre deux méthodes qui présentent des avantages mais aussi des inconvénients. Soit opter pour le test de la prestation caractéristique, une solution peu couteuse pour les entreprises d'investissement car elle leur évite que leurs succursales fournissent un même type de service en se conformant à deux régimes de conduite. Toutefois, elle présente l'inconvénient de la difficile localisation d'une prestation. La méthode du domicile du client est plus coûteuse pour les entreprises d'investissement car la division des règles de conduite se fait en fonction de la clientèle et non en fonction des services. Par conséquent, les règles de conduite sont dédoublées pour chaque service fourni par la succursale. Cependant, la méthode a le mérite d'être plus protectrice de la clientèle. Nous optons pour la première méthode qui paraît à notre sens moins compliquée. Les clients, considérés comme des consommateurs, seront toujours protégés par les règles qui leur sont les plus favorables.

Après avoir analysé les règles de la MIF applicables lors de la fourniture d'un service par une succursale, il convient de traiter les règles de supervision des succursales.

b) La supervision des activités

203. Partage de compétence entre autorités. Comme en matière bancaire et d'assurance, la MIF prévoit un partage de compétences entre superviseur local et superviseur d'origine ; le superviseur local dispose d'une compétence principale de supervision. Il contrôle uniquement la bonne application par les succursales des règles locales lors de la fourniture d'un service sur son territoire. Il dispose de pouvoirs conservatoires lorsqu'il estime que la succursale « viole les obligations qui lui incombent », ainsi que celui de demander certaines informations aux succursales. Le superviseur d'origine a quant à lui, en théorie, une compétence subsidiaire[580]. D'après les autorités européennes, ce partage de responsabilités entre superviseurs aurait pu engendrer d'importantes difficultés

[580] En pratique, le Superviseur d'origine a compétence sur les transactions transfrontalières des succursales, cette compétence peut ne plus être en pratique « subsidiaire », les transactions transfrontalières comptant souvent pour une large part d'activité de certaines succursales

techniques de mise en œuvre pour les entreprises d'investissement, en particulier pour les déclarations des transactions[581]. Elles ont alors décidé d'apporter des solutions pragmatiques et flexibles permettant aux entreprises d'investissement d'éviter un double « *reporting* » à leurs succursales en matière de déclarations des transactions, en ne les reportant qu'à un seul superviseur.

204. Le principe de supervision. La Commission européenne a proposé quatre principes généraux relatifs à la supervision des succursales. Premièrement, l'article 32.7 de la MIF qui donne compétence de contrôle au superviseur local et qui constitue une exception à la règle de droit selon laquelle la succursale n'a pas de personnalité juridique. Deuxièmement, la succursale doit être à ce titre contrôlée par le superviseur d'origine en coopérant avec l'autorité du pays d'accueil. Troisièmement, les superviseurs doivent établir entre eux des accords-cadres et ce pour assurer une convergence en matière de coopération. Enfin, le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières doit établir un modèle qui reprend les grands principes qui devront figurer dans ces futurs accords-cadres. L'objectif de la Commission étant de donner un bloc de compétences au superviseur local pour toutes les transactions réalisées. Le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières a établi un protocole de supervision dans lequel il est précisé que « l'autorité compétente contrôle l'application des règles de la MIF telles que transposées dans son État sauf accord contraire [avec une autre autorité compétente] » et que « si le droit qui leur est applicable les y autorise, une autorité compétente peut convenir avec une autre autorité qu'une succursale soit supervisée par une seule autorité, cette supervision s'exerçant selon les règles de la MIF telles que transposées dans l'État de cette dernière autorité[582]. La MIF n'a pas prévu des cas de prestations transfrontières de services ; il convient donc de compléter les dispositions de la MIF en indiquant qu'en principe, les services transfrontaliers d'une succursale relèvent des règles d'origine et que par exception, le superviseur d'origine peut renoncer à sa supervision au profit du superviseur local. Le problème pour un superviseur est

[581] Art. 25, MIF et art. 5 du régl., et dispositions du Chap. III du Règl. transposés essentiellement aux art. 315-46 à 48 du RG AMF et l'instruction AMF n°2007-06 du 10 juill. 2007, ainsi que le Guide RDT de l'AMF

[582] Traduction libre de l'esprit de l'art. 9.1 du protocole précité qui reprend les Recommandations de CESR, pts 13 et s., p.3.

d'admettre qu'un autre superviseur contrôle les transactions d'une succursale avec des clients situés sur son territoire (celui du superviseur d'origine).

205. Les dérogations à la supervision. Comme nous l'avons montré, une succursale peut reporter les transactions qu'elle exécute selon les cas, soit à son superviseur local, soit au superviseur d'origine. Cette situation de double « *reporting* » présente de sérieux inconvénients de lourdeur et de complexité[583]. Le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, compte tenu de l'urgence et de l'enjeu du sujet, reprend et adapte dans ses recommandations le principe général. Ainsi, toutes les transactions réalisées par les succursales (« *transactions executed by branches* ») doivent être déclarées au superviseur local lorsque le service est fourni dans l'État où la succursale est située. Ensuite, le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières prévoit que la succursale peut toutefois décider de déclarer l'ensemble de ses transactions auprès du superviseur local et en application des règles locales. Enfin, le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières précise encore que le choix d'une succursale de réaliser un double reporting ou non (dès lors que la succursale fournit des services soumis à déclaration et à des clients situés sur son territoire ou hors de son territoire) ne peut être remis en cause par le superviseur local. Il s'agit ici du progrès essentiel apporté par le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières à savoir de permettre à une entreprise d'investissement de choisir de réaliser toutes ses déclarations relatives aux transactions réalisées par une succursale auprès du superviseur local et selon les règles locales.

206. Une lacune à combler. La MIF a laissé les différentes institutions européennes se prononcer sur la question de la localisation des services, ce qui a été parfois abordé avec maladresse et de façon contradictoire. D'après D. GUINAUDEAU, « l*es solutions auraient pu être plus simples s'il avait été précisé qu'à défaut d'information contraire donnée au client, c'était la succursale qui fournissait le service au client et que dans ce cas les règles locales étaient*

[583] Recommandations de Niveau 3 de mai 2007 du CESR sur la déclaration des transactions de la directive MIF, consultable sur le site de l'AMF à la page suivante : www.amf-france.org/documents/general/8071_1.pdf

applicables à toutes transactions des succursales, y compris lors de « fourniture » de services hors de son territoire. Pour cela il faudra attendre une MIF 2 ou 3 c'est-à-dire lorsque les superviseurs auront un niveau de compétence équivalent »[584]. Les règles de supervision des succursales dépendent du fait que ces dernières appartiennent à des établissements de crédit et des sociétés d'assurance de pays tiers ou bien à des établissements de crédit, sociétés d'assurance et prestataires de service d'investissement appartenant à l'union européenne. La supervision des premières est strictement territoriale. En revanche, la supervision des secondes est confiée principalement au pays d'origine et subsidiairement au pays d'accueil. C'est une conséquence de l'harmonisation du secteur de la banque et de l'assurance. La territorialité des lois applicables aux succursales étrangères ne se limite pas aux secteurs réglementés. Certaines lois sont aussi d'application territoriale car elles sont censées protéger les parties faibles qui étaient en relation avec les succursales.

§ 2 - LES RÈGLES PROTECTRICES DES PARTIES FAIBLES DANS LES RAPPORTS DES SUCCURSALES AVEC LES TIERS

207. Une réglementation territoriale. Les consommateurs qui sont en relations d'affaires avec les succursales étrangères sont des parties faibles. Une réglementation territoriale sur la consommation s'applique à ces succursales même si elles appartiennent à des maisons mères étrangères. L'application des règles du pays de ces dernières ne sont pas absentes pour autant, mais elles sont peu nombreuses. Toutefois, dans le domaine pénal, il y a le risque pour les sociétés à succursales d'être poursuivies à la fois dans le pays d'origine de la maison mère et dans les pays d'accueil des succursales(A). Les salariés embauchés par les succursales sont aussi considérés comme des parties faibles. Le fait que les succursales appartiennent à des maisons mères étrangères ne les dispense pas de respecter la législation locale du travail. Toutefois, une situation particulière est réservée aux gérants des succursales (B)

[584] Art. précit. p. 248.

A. Les règles protectrices des consommateurs dans leurs rapports avec des succursales étrangères

208. La fragilité du consommateur exige une protection. La faiblesse du consommateur en relation avec une succursale étrangère découle du déséquilibre qui est la conséquence de force économique et de connaissances juridiques de son cocontractant. S'ajoutant à cela les différences sensibles qui existent encore parmi les législations nationales dans le domaine de protection des consommateurs. À côté de législations qui depuis des années ont mis l'accent sur la nécessité de protéger le consommateur en adoptant des mesures adéquates[585], d'autres n'ont pas développé un pareil degré de protection. Dans les pays développés, la production et la distribution de masse qui accompagnent l'avènement de la société de consommation se sont aussi traduites par un essor des « contrats dits d'adhésion »[586] qui ont partout suscité des interventions protectrices en faveur de la partie faible, en l'occurrence le consommateur. En droit interne, une réglementation spéciale s'est développée correspondant au souci de tenir compte des abus structurels engendrés par la société de consommation[587]. Le droit international privé ne pouvait rester à l'écart de cette évolution, il est intervenu en combinant la référence à la loi d'autonomie avec un rattachement spéciale pour le consommateur[588]. La convention de Rome et son successeur, le règlement Rome I, prévoient un rattachement obligatoire lorsqu'aucune loi n'a été prévue par les parties[589] ou lorsque la loi désignée par celles-ci n'assure pas une protection au moins équivalente à celle que confèrent les dispositions impératives

[585] F. NIGGEMANN, « La protection du consommateur par les lois de police dans l'espace européen », *Décideurs juridiques et financiers*, déc.2007, n°90, p.66.
[586] G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, L.G.D.J., Paris, 1975.
[587] A. SMAY-CITERMAN, « Protection ou surprotection du Consommateur ? », *JCP G.* 1994, 1, n°3804 ; R. MARTIN, « Le consommateur abusif », D., 1987, ch. 150 ; J. -P. CHAZEL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.*1997, n°16 ; M. SALAH M. MAHMOUD, « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ? », *Philosophie du droit et droit économique- Quel dialogue ?* in *Mélanges offerts à G. FARJA*, 1999, pp.262 et s.
[588] Une définition étroite a été donnée comme dans la convention de Rome au consommateur « une personne physique qui va conclure un contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle avec une autre personne agissant dans l'exercice de son activité professionnelle » (art.6 §1 du règlement Rome I). C NOURISSAT se félicite de l'harmonie atteinte qui permet désormais de donner la même définition dans Rome I et Bruxelles I, « Le nouveau droit communautaire des contrats internationaux », Defrénois, 15 nov.2009, n°39019, p.2039.
[589] H. BUREAU, *le droit de la consommation transfrontière*, Paris, Litec, Bibliothèque de droit international, t.42, 2000.

du droit de l'Etat qui a été désigné par ce rattachement. Il s'agit de la loi de résidence habituelle du consommateur.

1. Les règlementations de la consommation, du crédit et de l'épargne applicables aux activités des succursales étrangères

209. L'usure. En matière pénale, le délit d'usure est consommé en France si une offre de prêt usuraire a été reçue en France[590] (loi de la succursale, par exemple, qui a consenti le prêt). Au plan civil, l'application de l'usure dans l'espace est territoriale et y sont soumises les opérations de prêt[591] et plus généralement, de crédit, en monnaie nationale, consenties sur le territoire national. La remise des fonds à l'emprunteur qui peut se passer aux locaux d'une succursale, sur le territoire national, étant un élément caractéristique de la localisation[592]. La qualification de loi de police de l'usure semble l'emporter majoritairement tant en doctrine[593] qu'en jurisprudence[594] au motif qu'en plus de la protection des consommateurs, la législation sur l'usure constitue un instrument essentiel de la politique économique et monétaire. Cependant, après les réformes de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003, l'objectif de la législation sur l'usure n'est plus de protéger le marché de la monnaie et du crédit[595].

210. Autres dispositions impératives : D'autres règles, comme celles sur le surendettement sont d'application strictement territoriale. Le fait qu'une banque étrangère ait prêté, par l'intermédiaire de sa succursale, à un emprunteur domicilié en France, en application du droit étranger, ne lui permet pas d'échapper à l'application des règles françaises sur le traitement des situations de surendettement dont les effets sont du même ordre que celle d'une procédure collective en cas d'insolvabilité et s'imposant ainsi au même titre aux créanciers

[590] J. STOUFFLET, E. BOURETZ, H. SMITH, op. cit. n° 175.
[591] Cass. com. 17 mai 1982, *Bull. civ.* IV, n°181, p.160.
[592] J. STOUFFLET, Les conflits de lois en matière de crédit bancaire, *TCFDIP* 1967, p.100 ; E. CAFRITZ et O. TENE, « *Why french usury law must change* », *IFLR* December 2002, p.32. ; J.-P. MATTOUT, in *Le contrat de financement*, *Étude comparative et prospective du crédit bancaire*, sous la direction de L. AYNÈS, Litec 2006, Rémunération du prêteur, p.39.
[593] Y. BACHELOT, F.-J. CREDOT, P. LECLERCQ, D. MARTIN et H. SYNVET, « l'application internationale de la législation sur l'usure », *RDBB*, 1990, n°19, p.100.
[594] Même si sa position n'est pas encore clairement tranchée, v. Cass. com. 3 avr.1984, *Bull. civ.*, IV, n°129. ; obs. de M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, *RTD com.* 1985, p.134.
[595] Ainsi, le doyen STOUFFLET propose d'adopter la loi d'autonomie car la justification pour qualifier de lois de police qui était le lien avec la politique monétaire n'existe plus, *J.-Cl. International*, op. cit. n°178.

nationaux et étrangers. Il a été jugé que « *les droits prévus en faveur des consommateurs en matière de surendettement sont applicables quelle que soit la loi applicable au contrat de prêt, dès lors que le débiteur demeure sur le territoire national* »[596]. L'article L. 313-12 du code monétaire et financier sur la rupture des crédits et L.313-22 du même code sur l'information, qui est une disposition propre à la profession bancaire et non pas au cautionnement, doivent s'appliquer à toutes les banques installées en France y compris aux succursales étrangères. De même, les prises de participation par les banques françaises par l'intermédiaire d'une succursale étrangère pourraient être sanctionnées par un juge français ou étranger[597]. Les règles protectrices des consommateurs qui ont contracté avec une succursale étrangère sont multiples. Nous ne pouvons les traiter toutes. Nous nous sommes contenté des plus importantes et qui soulèvent le plus de difficultés. D'autres règles qui protègent principalement les déposants de sommes d'argent s'imposent aux succursales étrangères : l'adhésion obligatoire à un fonds de garantie.

211. L'adhésion à un fonds de garantie pour les succursales d'établissements de crédit de pays tiers[598]. La question de la protection des dépôts bancaires s'est posée dernièrement avec acuité pendant la crise financière[599]. Les déposants avaient besoin d'être rassurés sur le fait que leurs épargnes étaient bien protégées. La garantie représente le phare pour ces clients en quête de certitudes dans un monde bancaire en pleine tourmente[600]. Aux Etats-Unis, l'*International Banking Act* (IBA) a amendé le *Federal Deposit Insurance Act* afin de soumettre les succursales de banques étrangères aux États-Unis, sollicitant des dépôts, à l'obligation d'adhésion à l'assurance-dépôt de FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation)[601] En France, le système de garantie des

[596] Cass. civ. 10 juillet 2001, *D.* 2001, jsp, pp. 2412-2414, obs. C. Rondey.
[597] J.P. MATTOUT, op. cit. p.42.
[598]Une dispense d'adhésion est prévue si un système équivalent existe dans le pays d'origine. Mais son application est subordonnée à l'existence d'une convention conclue entre le fonds français de garantie et le système étranger.
[599] M. BOUREGHDA, « La crise financière internationale. Comment remédier à la défaillance des groupes bancaires internationaux ? » *JCP G*., 2008, act.622.
[600] L. SIGUOIRT, « La garantie des dépôts », *RDBF.,* Janv.2009, n°1, dossier 8, p.105.
[601] D. BLACHE précit. n°327.

dépôts[602] repose sur un système dual selon qu'il s'agit de banques européennes ou non. En dehors de la Communauté, la directive n° 94/19/CE du 30 mai 1994[603] repose sur une territorialité. Elle n'impose pas aux Etats membres d'étendre la couverture aux dépôts confiés à des succursales de banques européennes établies dans des pays tiers[604]. Pour les succursales de banques de pays tiers, l'objectif initial de les soumettre à une territorialité[605] a été nuancé[606]. Il suffit que les succursales bénéficient d'une couverture équivalente à celle prévue par la directive. Si la couverture accordée par le pays d'origine ne soutient pas la comparaison, ces succursales n'auront d'autre choix que d'adhérer au système de l'Etat d'accueil. Dans le cas où le pays d'origine accorde une protection plus large, et par application du principe de l'interdiction de traitement plus favorable[607], la protection doit être réduite à la couverture minimale[608]. La directive n°2009/14/CE du 11 mars 2009 a modifié la directive 94/19/CE du 30 mai 1994 relative au système de garantie des dépôts[609]. Cette dernière prévoyait un plafond minimum « d'indemnisation » de 20000 euros (ancien art.7 §1) et laissait aux systèmes de garantie des dépôts nationaux un délai de trois mois,

[602] Il faut souligner qu'il n'existe pas dans le secteur des assurances de système de garantie collective d'origine communautaire, comme c'est le cas dans le secteur bancaire et des services d'investissement.

[603] JOCE n° L. 135, 31 mai 1994, p.5 ; avalisée par la CJCE, 13 mai 1997, aff. C-233/94, Allemagne c/ Parlement et Conseil : *Rec*. 1997, I, p.2441. V. M. DUSSEAUX, La Cour de justice condamne le gouvernement allemand à réglementer les systèmes de garantie des dépôts, *RDBB* 1997, p.206 ; V. aussi J. STOUFFLET, « La garantie des dépôts bancaires en France après l'entrée en vigueur de la directive 94/19/CE » Mélanges J. Pardon, Bruylant, 1996, p.483.

[604] À titre de comparaison, aux Etats-Unis, la *Federal Deposit Insurance Corporation* n'accorde aucune couverture aux succursales de banques américaines implantées dans d'autres pays. Le système japonais est quelques peu différent puisqu'il consent à couvrir les succursales de banques japonaises dans d'autres pays à la condition que la garantie s'applique exclusivement aux dépôts en yens.

[605] Commission CE « Proposition de directive du Conseil relative aux systèmes de garantie des dépôts (COM 91/188 final-SYN 415), art.3 §1.

[606] Une nuance qui fut suite à l'insistance de la Fédération bancaire européenne. Cette dernière songeait surtout aux banques européennes qui opèrent aux Etats-Unis Tant que les dépôts collectés dans ce pays n'excèdent pas 100000 dollars, les banques étrangères ne sont pas soumises à la législation américaine relative à la protection des dépôts (et par conséquent pas davantage à l'obligation d'adhérer et de contribuer à la FDIC). La FBE craignait que les Etats-Unis ne se méprennent sur l'obligation que la directive européenne entendait imposer aux banques américaines d'adhérer au système du pays d'accueil et, par mesure de représailles, n'obligent les banques européennes à adhérer à l'avenir au système américain de garantie des dépôts.

[607] Entre déposants de succursales de banques étrangères et déposants de banques locales.

[608] Art. 9 §1 de la directive du 30 mai 1994.

[609] La loi n°94-679 du 8 août 1994 a introduit dans le système français, en remplacement du mécanisme de solidarité de la place, un système de garantie des dépôts obligatoire, universel, financé par des cotisations, ajustées au risque, et géré par une personne morale de droit privé : le fonds de garantie des dépôts. La notion de garantie de dépôts ne fait pas l'unanimité des Etats membres. D'après L. SIGUOIRT, précité, il serait opportun d'adopter une définition commune.

prorogeable exceptionnellement dans la limite d'une durée totale de 12 mois (ancien art.10), pour indemniser les intéressés en cas de défaillance de leurs établissements. D'où des disparités notables en termes de couverture des dépôts selon les Etats membres[610]. Des problèmes se sont posés lors de l'application du « passeport européen »[611], en cas d'exercice d'une activité bancaire dans un autre Etat membre par l'intermédiaire d'une succursale, soit que le mécanisme de garantie du pays d'agrément de l'établissement de crédit est plus favorable que celui du pays d'accueil, avec le risque que l'exportation du système du pays d'origine par la succursale détourne les déposants locaux de leurs établissements moins bien couverts, soit qu'à l'inverse, le mécanisme de garantie du pays d'agrément de la banque est moins favorable que celui applicable dans le pays d'accueil, auquel cas il faut que la succursale puisse adhérer, pour le complément, au système local « *topping up* » visé par l'article 4 §2 de la directive sous peine de perdre des déposants[612]. Avec la nouvelle directive du 11 mars 2009, le plafond d'indemnisation a été porté à 50000 euros minimum dans un premier temps puis dans un deuxième temps à un niveau uniforme de 100000 euros à partir du 31 décembre 2010. De même, le délai d'indemnisation a été raccourci à 20 jours ouvrables à compter de la date de constatation de l'indisponibilité des dépôts par l'autorité nationale compétente. Ce système permet une meilleure protection des déposants. Nous souhaitons, tout de même, que la réforme de la directive soit accompagnée d'un système de contrôle prudentiel efficace. C'est ce dernier qui permet de prévenir les difficultés et, par conséquent, de les traiter avant qu'il ne soit trop tard, surtout en cas de crise bancaire universelle. Enfin, pour les succursales des entreprises d'investissement communautaires, la directive du 3 mars 1997 sur les risques systémiques et d'insolvabilité dans les systèmes de paiement et de transfert impose à tous les Etats membres de prévoir un tel système. Afin que la concurrence ne fausse pas la concurrence entre entreprises, les succursales ne pourront offrir dans les États où elles sont implantées une

[610] Certains ayant pris le parti de transposer a *minima* la directive, et donc de ne garantir les dépôts éligibles qu'à hauteur de 20000 euros, d'autres ayant fait le choix d'offrir une couverture supérieure au minimum communautaire exigé. C'est la conséquence du fait que la directive n'harmonise que la couverture minimale.

[611] W. WILMS, « Les succursales bancaires et les systèmes de protection des dépôts », in *Les succursales bancaires,* Actes de la journée d'études du 9 mai 1995, A.E.D.B.F., Bruylant, 1996, p.63.

[612] F.J. CRÉDOT et Th. SAMIN, « Révision de la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts, *RDBF*, mai 2009, n°3, comm.78, p.44.

garantie supérieure à celle résultant du système de l'État d'accueil, même si le système en vigueur dans l'État du siège est plus protecteur.

212. L'observation du secret professionnel. Le banquier est soumis au secret, lequel se trouve pénalement sanctionné[613] Le secret professionnel a un champ d'application territorial calqué sur le statut des banques[614]. Une distinction est à faire selon que les rapports des succursales sont avec des tiers ou avec la maison mère. Dans les rapports avec les tiers, les succursales sont soumises à la loi locale. La soumission à la loi locale des succursales des banques dont le siège est situé dans un pays non membre de l'EEE se fonde sur l'agrément des autorités du pays d'implantation de la succursale qui marque l'appartenance de celle-ci au système bancaire du pays de l'agrément. Pour les succursales de banques communautaires la même solution s'impose[615]. Les règles de concurrence imposent aux succursales de banques étrangères d'assurer aux clients des garanties au moins égales à celles que leur assurent les banques de pays d'accueil. Dans les rapports des succursales avec la maison mère, la solution est à chercher dans la loi locale de la succursale. Cette loi pourrait restreindre la communication d'informations au siège de la banque si ce siège est à l'étranger. Dans le cas contraire, le secret professionnel ne peut être opposable aux dirigeants et aux membres de personnel des succursales. La banque constitue avec ses succursales une seule et même personne juridique. C'est la position adoptée par la Commission fédérale des banques suisses.

213. En droit comparé. En droit luxembourgeois, les raisons d'ordre public qui justifient l'existence du secret bancaire s'appliquent pleinement aux succursales bancaires établies au Luxembourg. Ces dernières sont ainsi mises sur le même pied que les filiales bancaires pour ce qui concerne le respect de la

[613] Le secret bancaire a une fonction sociale indéniable. Si la violation du secret professionnel peut causer un préjudice au particulier, la loi punit parce que l'intérêt général l'exige ; le secret serait un outil de structuration sociale.

[614] J. STOUFFLET, « L'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et internationales », *Gaz. Pal.* 2005, n°160, p.4.

[615] Même si le principe de reconnaissance mutuelle permet l'application de la législation du pays d'origine et donc de faire prévaloir un secret bancaire du pays du siège moins stricte. Toutefois la législation du siège est mise en échec et la législation locale prévaut lorsque son application répond à un intérêt général.

confidentialité des dépôts de la clientèle des particuliers[616]. En droit américain, face au secret bancaire, les juges se livrent à une véritable pesée des intérêts en présence en vue de déterminer qui de la loi américaine ou de la loi étrangère a vocation à s'appliquer dans les cas où les preuves recherchées par les autorités américaines se trouvent hors du territoire des Etats-Unis, principalement dans un établissement bancaire tenu au secret[617]. Les juges américains prennent en considération plusieurs critères avant de trancher. Ils prennent en considération par exemple les intérêts vitaux de chacune des nations, les sanctions encourues pour violation de la prohibition étrangère, et le degré de flexibilité de l'Etat étranger dans l'application de sa législation prohibitive. Aux Etats Unis, le fait d'être contraint de violer une loi étrangère ne fait pas nécessairement obstacle aux injonctions des tribunaux américains, mais le risque réel de poursuites à l'étranger peut constituer une excuse valable si les valeurs défendues par l'Etat étranger sont dignes d'intérêts. Ainsi, dans arrêt de la Cour d'appel fédérale du second circuit, les la banque américaine n'avait pas de raison de refuser la production de documents reposant dans les livres de sa succursale à Francfort, dès lors que le secret bancaire allemand n'était pas sanctionné pénalement et qu'elle n'encourait dès lors qu'un simple risque de responsabilité civile vis-à-vis de ses clients[618]. Dans une autre affaire, la Cour d'appel du septième circuit renonça à appliquer une ordonnance de divulgation en matière fiscale, qui aurait entraîné la violation par la succursale athénienne de la *First National Bank of Chicago* du secret bancaire grec, puni de peines d'emprisonnement[619]. Dans un autre arrêt la *Southern District Court* of *New York* maintint l'ordre de produire des pièces en provenance de la succursale de la Chase Manhattan Bank à Hong-Kong, qui est liée par un secret bancaire de nature contractuelle, en dépit d'une injonction de la Cour d'appel de Hong-Kong interdisant à la succursale de produire lesdites pièces[620]. En droit suisse, lorsqu'une succursale dépend d'une banque étrangère,

[616] J. GUILL, « Transmission de données par un établissement de crédit luxembourgeois à sa maison mère ou à son siège social », *Bulletin Droit et Banque*, n°2, 1983, p.17.
[617] V. notamment L. COHEN-TANUGI, « Les juridictions américaines face aux lois étrangères interdisant la communication de renseignements économiques », *RCDIP*., 1983, p.213. Les affaires qui concernaient des succursales sont les suivantes :
[618] *Société internationale pour la participation industrielle et commerciale S.A. v. Rogers, Procureur général,* 357 U.S.197 (1958) : - *United States v .First National City Bank,* 396 F.2d 897 (1968)
[619] *United States v. First National Bank of Chicago*, 699 F.2d 341 (1983)
[620] *Garpeg and Chase Manhattan Bank v. United States*, 583 F. Supp. 789 (1984)

une ordonnance régissant les établissements en Suisse qui dépendent de banques étrangères, a prévu qu'il appartient à la société mère de donner à sa succursale établie en Suisse « une structure indépendante permettant d'éviter des risques de confusions qui seraient susceptibles d'entraîner une violation du secret bancaire »[621]. Cette solution est justifiée au regard du client ; le fait que l'établissement bancaire auquel il s'adresse a le droit d'exercer une activité en Suisse est pour lui déterminant[622]. La maison mère a cependant le droit de contrôle et de gestion à travers les personnes responsables de la gestion et de l'administration. La conception suisse du secret bancaire dans les rapports entre la maison mère et ses succursales n'a pas fait l'unanimité de la doctrine suisse. D'après MM. AUBERT, KERNEN et SCHÖNLE, « *le secret bancaire devrait être respecté avec la même rigueur lorsque l'établissement de banque étrangère est une succursale que s'il est constitué en société de droit local... La loi suisse impose une organisation autonome aux succursales de banques étrangères (dotation propre en capital, comptabilité propre, dirigeants distincts)* »[623]. Ce point de vue n'est pas partagé par le doyen J. STOUFFLET pour qui l'autonomie n'est pas assez suffisante au point d'imposer l'obligation de secret au sein d'une entreprise qui est unique[624]. D'après lui si en Suisse le secret bancaire a une dimension politique, ce n'est pas le cas en France où le devoir de secret est seulement considéré comme un moyen de protection des intérêts privés du client et cette conception s'accommode d'une communication d'informations au sein de l'entreprise bancaire, même au-delà des frontières. Cependant, à nos yeux, les succursales bancaires françaises sont autonomes et disposent d'une dotation en capital propre. Elles ne peuvent être différenciées des filiales. La succursale doit, comme la filiale, invoquer le risque qu'elle encourt en cas de divulgation d'informations dans un pays où le secret bancaire est sanctionné.

[621] MM. AUBERT, KERNEN et SCHÖNLE, op. cit. p.252.
[622] A. TESSIER, Le secret professionnel du banquier, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1999, p.67.
[623] MM. AUBERT, KERNEN et SCHÖNLE, op. cit. p.291 et 292.
[624] J. STOUFFLET, *J. -Cl. International*, op. cit.

2. La règlementation pénale applicable aux crimes et délits commis dans le cadre de l'exploitation des succursales étrangères

214. Absence de personnalité morale et lois pénales. Les lois pénales ont toujours été caractérisées par leur territorialité. Cependant appliquées aux succursales de maisons mères étrangères, les lois pénales ont tendance parfois à être extraterritoriales. Recélant au moins un élément d'extranéité, les succursales étrangères seront soumises à au moins deux législations pénales distinctes : celle de leur lieu de situation (loi pénale étrangère) et qui est, en général, bien appréhendée et celle de leur société mère (loi pénale nationale), ce qui est souvent oublié. Les sociétés françaises agissant par voie de succursales à l'étranger doivent donc être conscientes du risque de double responsabilité. Dans le cadre d'une succursale, les personnes poursuivies à l'étranger seront le plus souvent les dirigeants de cette succursale et non la société française elle-même. Cette dernière est susceptible d'être poursuivie pénalement aussi en France[625]. Pour échapper à cette dernière condamnation, il faut que concomitamment aux dirigeants de la succursale, la société n'ait fait l'objet d'aucune poursuite et n'ait pas été condamnée sur le fondement du droit pénal étranger, ce qui sera avantageux pour elle si la répression est moins sévère dans ce pays. La loi pénale française est applicable aussi à l'infraction commise par les dirigeants de la succursale d'une société étrangère en France ou contre les intérêts fondamentaux de la France[626].

215. Les cas de compétence de la loi française. Si la victime de l'infraction est française, l'article 113-7 du code pénal dispose que « *la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement commis par un français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction* »[627]. En

[625] Plusieurs textes de droit pénal prévoient des compétences extraterritoriales en matière de crime et de délit. Il s'agit de la compétence personnelle attachée à la nationalité française d'un des protagonistes de l'infraction appelée « compétence personnelle active ».

[626] La souveraineté française serait méconnue si l'on devait appliquer une loi pénale étrangère à une infraction commise en France. La loi pénale française est une loi de garantie sociale dont le but est de protéger l'ordre public français troublé par l'infraction commise en France et elle seule peut indiquer la façon dont l'ordre public français doit être défendu. Ce qui n'empêche pas l'application d'une autre loi.

[627] La Cour de cassation considère que la loi française n'est applicable que si la victime directe de l'infraction est française. Le texte ne vise pas toutes les victimes, mais uniquement la victime directe, ou immédiate du délit.

matière de secret professionnel par exemple, la victime sera la personne sur laquelle une information confidentielle est révélée. Dès lors que le client est français, la banque française doit lui assurer le même niveau de confidentialité quel que soit le lieu d'implantation de la succursale étrangère qui tient ses comptes. L'article 113-7 du Code pénal confère ainsi à tout Français client d'une succursale étrangère de banque française, le même niveau de protection pénale[628] où qu'il soit dans le monde, peu importe la législation pénale étrangère puisqu'il n'est besoin dans ce cas d'aucune condition de réciprocité d'incrimination[629].

216. Une réciprocité d'incrimination. Si une succursale étrangère commet un crime à l'étranger, la maison mère sera toujours susceptible d'être poursuivie en France selon la loi française puisque cette condition de réciprocité n'existe pas pour les crimes. En revanche, un délit ne sera susceptible d'être poursuivi en France qu'à la condition d'être également incriminé à l'étranger[630] et que la loi étrangère permette d'engager la responsabilité pénale des personnes morales[631]. La recherche de la réciprocité d'incrimination est une question très importante, la plupart des arrêts cassés le sont parce qu'ils ont omis de rechercher l'existence de cette réciprocité d'incrimination dans la loi étrangère[632]. Mais le juge doit-il se contenter d'observer que les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ou doit-il également vérifier que les faits délictueux sont imputables selon le droit étranger à la personne qui les a commis? En faveur d'une seconde interprétation de la condition de réciprocité, plusieurs auteurs considèrent que le juge français doit constater « *non seulement que le fait est*

[628] Ce qui oblige les sociétés bancaires françaises à mettre en œuvre ce même niveau de protection dans toutes leurs succursales, au bénéfice de leurs clients français, pour toutes les obligations qui leur incombent et dont le non respect est sanctionné pénalement en France.

[629] Un Français qui dispose d'un compte ouvert dans une banque situé à Hong Kong sera pénalement protégé par les dispositions incriminant la violation du secret bancaire de la même manière que si le compte était ouvert à Paris, alors même que la loi pénale locale n'incrimine pas une telle violation..

[630] Pour reprendre l'exemple de la violation du secret bancaire à Hong Kong, si la victime de sa violation est désormais un client étranger, la banque n'encourra aucune sanction pénale en l'absence de réciprocité d'incrimination. Cette limite tend à devenir relative du fait de la mise en harmonie des différentes législations pénales étrangères, entre les pays membres de l'Union européenne en particulier en matière financière. Ainsi par exemple le blanchiment fait désormais l'objet d'une lutte harmonisée au niveau international ce qui rend la condition de réciprocité presque inutile pour ce délit. V. J. PRADEL et G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, 3ème éd. 2009.

[631] M. DELMAS, « Personnes morales étrangères et françaises », *Rev. sociétés*, 1993, p.257.

[632] Crim. 24 sep.1996, *Gaz. Pal*., 1997.1 25 ; Crim., 27 juin 1984, *Bull. crim.,* n° 248 ; Crim. 19 mai 1971, *Bull. crim.,* n°164, *JCP G.* 1972. II. 16947.

incriminé par la loi étrangère, mais aussi que cette dernière permet d'engager la responsabilité pénale des personnes morales »[633]. La recherche de la réciprocité se révèle difficile dans le cas des opérations bancaires et financières réalisées par des succursales étrangères. Le juge doit rechercher la réciprocité d'incrimination dans la législation de tous les États impliqués dans l'opération et non seulement dans celle de l'État de situation de la succursale. Cette condition renforce l'insécurité et le manque de prévisibilité alors que les sociétés françaises, agissant dans un contexte international, ont justement besoin de prévisibilité. Il serait opportun de la supprimer d'autant plus que le juge français cherche toujours à la contourner en adoptant une vision extensive de sa compétence territoriale[634]. L'extraterritorialité de la loi pénale française aux agissements des personnes morales, même à l'étranger, peut porter atteinte à la compétitivité des sociétés françaises sur la scène internationale[635]. Il est donc opportun, comme le soutient M. DUBERTRET, « *de libérer les sociétés françaises de cette épée de Damoclès* »[636]. Les succursales étrangères de sociétés françaises doivent concourir à armes égales avec leurs concurrentes locales à condition de veiller à ce qu'elles soient parfaitement autonomes et n'entretiennent aucun lien avec le territoire français. Nous pensons surtout aux succursales de banques françaises. Les règles qui s'appliquent aux succursales sont particulières. Si certaines d'entre elles s'appliquent seulement sur le territoire où est située la succursale, d'autres peuvent avoir une application extraterritoriale. La même remarque peut être faite à propos des règles applicables aux relations de travail des salariés avec les succursales et la maison mère à l'étranger.

[633] A. HUET et R. KOERING, *Droit pénal international*, 3ème éd., P.U.F, 2005, n°137.
[634] D'où la nécessité d'un rapprochement des législations au niveau international, ou du moins au niveau européen, qui permettra la découverte facilement de cet élément de réciprocité.
[635] Les sociétés françaises sont susceptibles d'être poursuivies par le juge pénal français où qu'elles exercent leurs activités y compris dans des marchés non soumis à ces exigences pénales. Elles se trouvent confrontées à un choix difficile. Soit être compétitives en acceptant de réaliser certaines opérations délictuelles en droit français, mais pas en droit local et courir un risque pénal. Soit refuser d'accomplir un certain nombre d'opérations voire se retirer de certains marchés locaux ou de certaines activités du marché bancaire international afin de ne pas courir de risque pénal.
[636] V. « Succursales bancaires et droit pénal international », in *Mélanges AEDBF-France* V, 2008, p.189.

B. Les règles protectrices des salariés travaillant au sein de succursales étrangères

217. Une règle de conflit spéciale. En matière de relation individuelle de travail, la règle de conflit s'est peu à peu détachée de la règle de conflit de droit commun des contrats et ce afin de garantir au travailleur une protection que ne lui apportait pas cette dernière. Cette différenciation consacrée par plusieurs pays[637] a été à l'origine, en France, d'une lente évolution jurisprudentielle[638]. Les tribunaux, fortement influencés par une doctrine presque unanime[639] se sont laissés gagner par l'idée de garantir au travailleur une protection que ne pouvait lui apporter la règle de conflit de droit commun. Un nouveau critère s'est affirmé à côté de la loi d'autonomie : le lieu d'exécution de la prestation de travail[640]. Fondée sur le caractère rigide et bilatéral de la compétence du lieu d'exécution, la protection du salarié pris ainsi la forme d'un « système combinatoire »[641] en vertu duquel le salarié ne pouvait être privé des droits reconnus par la loi du pays où le travail s'exécute de manière stable, mais pouvait éventuellement bénéficier de droits plus complets par application d'une loi choisie par les parties. L'employeur avait d'ailleurs intérêt à ne pas insérer de clause de choix de la loi applicable lorsque le travail s'exécutait dans un pays où les droits des salariés sont faiblement développés ou même à désigner cette loi comme régissant le contrat. La législation du travail s'applique territorialement aux succursales étrangères car elle coïncide généralement avec le lieu d'exécution du travail. C'est une législation qui protège les salariés, non seulement dans leurs relations

[637] Art.16 de la loi tchécoslovaque démocratique allemande du 4 décembre 1963 ; le paragraphe 27 de la loi de la République démocratique allemande du 5 décembre 1975 ; l'art.32 de la loi polonaise du 12 nov.1965 ; les paragraphes 51 à 53 du décret-loi hongrois du 31 mai 1979 ; l'art.20 chiffre 19 de la loi yougoslave du 15 juillet 1982 ; l'art. 10, chiffre 6 des nouveaux dispositions préliminaires du Code civil espagnol du 31 mai 1974 ; le paragraphe 44 de la loi autrichienne du 15 juin 1978 ; l'art. 118 du projet de loi suisse qui inspire l'art. 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

[638] F.GAMILLSCHEG, « Les principes du droit du travail international », *RCDIP*. 1961, pp.274-275.

[639] R OUAST, Les conflits de lois relatifs au contrat de travail, Mélanges Pillet, t.I, Sirey, 1929, p.195. ; M. SIMON-DEPITRE, « Droit du travail et conflit de lois devant le deuxième congrès international de droit du travail », *RCDIP*, 1958, p.285.

[640] C'est en 1937 que l'Institut de droit international a établi, à la session de Luxembourg, une résolution sur les conflits de lois en matière de contrat de travail qui conduisait à limiter l'autonomie de la volonté à certaines questions relatives à la formation et à la rupture du lien contractuel (art.4 et 6), l'exécution du contrat relevant uniquement de normes impératives (art.5).

[641] Expression utilisée par A. et G. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, 1991, 7e éd., n°14.

individuelles de travail avec l'employeur mais aussi dans leurs relations collectives de travail avec celui-ci. La situation des gérants des succursales étrangères est différente en raison de leur statut particulier.

1. Les règles protectrices des salariés dans leurs relations individuelles de travail

218. Une réglementation territoriale. Par relations individuelles, nous entendons les rapports régissant la seule relation contractuelle entre l'employeur et le salarié. La majorité des règles applicables au contrat de travail le sont parce que le travail s'exécute sur le territoire français. C'est ainsi que le droit français a été retenu comme régissant le contrat de travail d'un salarié de nationalité indienne avec la succursale parisienne d'une banque multinationale, succursale avec laquelle le salarié avait conclu le contrat qui était exécuté en France[642]. Lors de l'exécution du travail en France au sein d'une succursale étrangère, les règles du droit de travail françaises s'applique territorialement. C'est le cas des règles de la sécurité sociale qui s'appliquent au travailleur qui effectue ses tâches dans une succursale étrangère. Si cette dernière décide de rompre le contrat de travail, les dispositions françaises sur le licenciement des salariés s'appliquent territorialement.

a) Lors de l'exécution du contrat de travail

219. Sécurité sociale. L'art. 111-2-2 du Code de la sécurité sociale rappelle le principe de l'assujettissement aux cotisations de la sécurité sociale française pour toute personne exerçant sur le territoire national, à titre temporaire ou permanent, une activité pour le compte d'un employeur, ayant ou non un établissement en France, ou une activité professionnelle non salariée[643]. Ainsi par exemple, sont assujettis au régime général des salariés, les dirigeants sociaux d'une société de droit suisse dont le siège est en confédération helvétique dès lors qu'ils exercent leur activité de dirigeants sociaux sur le territoire français dans une

[642] Cass. soc. 23 janv. 1996, Me Carrasset Marillier c/ Vishnumangalam sethuraman, *Gaz. Pal.* 8 mai 1996, n° 129-132, Panorama, p. 110 ; *Gaz. Pal*. 10 juin 1997, n° 10-1, Jsp. p. 5 ; *JCP G.* 1997, n° 126, p. 17.
[643] Cass. 2e civ. 19 janv. 1956, *Dr. Soc.* 1956, p.319 ; Cass. soc. 25 avr. 1979, *Bull. civ.* 1979, n°339 ; *Dr. ouvrier* 1981, p.413.

succursale et reçoivent à ce titre une rémunération[644]. En l'espèce, plusieurs dirigeants d'une société anonyme de droit suisse avaient formé un recours contre la décision de la Caisse primaire d'assurance maladie de les affilier au régime général de la sécurité sociale pour leur activité exercée dans la succursale située sur le territoire français. Une Cour d'appel avait accueilli le recours en relevant que la société avait son siège social en Suisse et que l'article L. 311-2-12 du Code de la sécurité sociale qui concerne les présidents-directeurs généraux des sociétés anonymes ne s'appliquait pas aux dirigeants de sociétés étrangères. La position prise par les juges de fond était erronée : les règles françaises de sécurité sociale reposent sur le principe de territorialité sauf dispositions particulières résultant de la loi elle-même ou d'instruments internationaux tels que les accords ou traités internationaux, les règlements communautaires ou la charte sociale européenne. Le rattachement des lois de sécurité sociale au pays de l'emploi s'explique d'abord par leur caractère d'ordre public et de lois de police. Le seul critère à prendre en considération est l'exercice d'une activité salariée ou non salariée sur le territoire français. La nationalité et le lieu de résidence de l'assujetti et de l'employeur n'importent pas. Par conséquent, la nationalité étrangère de la société et la localisation de son siège à l'étranger ne sont pas des éléments dispensant les dirigeants étrangers de l'assujettissement au régime français de sécurité sociale. Comme le précise la Cour de cassation, les seuls éléments déterminants sont le lieu d'exercice de l'activité et la perception d'une rémunération. D'après M. MENJUCQ, « *l'arrêt de la Cour de cassation a ainsi le mérite de confirmer à ceux qui, dans le but d'éviter l'application des règles françaises de la sécurité sociale, sont tentés d'immatriculer leur société à l'étranger et d'exercer en France leur activité sous forme de succursale de la totale inefficacité de leur montage* »[645]. Dans l'espace européen, le personnel de la succursale d'une société établie dans un autre État membre a droit au même traitement en matière de protection sociale que celui des sociétés établies dans l'État d'accueil. Si le droit social d'un État membre accepte de faire bénéficier de la sécurité sociale le gérant majoritaire d'une société, cette faculté ne peut être refusée au dirigeant d'une

[644] Cass. soc. 18 mars 1999, n°97-18-829, *Bull. civ.* n°131, p.95 ; *Bull. Joly* 1999, p.1205, note M. Menjucq.
[645] Ibid p. 1207

succursale d'une société établie dans un autre État membre[646]. La discrimination du personnel quant à la protection sociale restreint indirectement la liberté des sociétés d'un autre État membre de s'établir, par le biais d'une succursale, dans l'État membre de son choix et est dès lors incompatible avec la liberté d'établissement. Les lois protectrices

b) Lors de la rupture du contrat de travail

220. La protection des salariés licenciés. Les licenciements effectués au sein d'une société à succursales peuvent être dangereux. Le salarié embauché pour travailler dans une succursale étrangère doit se sentir protégé au pays où il exerce son activité et où il a perdu son emploi. Les règles sur le licenciement sont d'application territoriale. Le Conseil d'Etat a décidé dans l'un de ses arrêts que « *pour délivrer l'autorisation de licencier pour raison économique, à l'époque où elle existait, le ministre n'était tenu, dans le cas où la société intéressée relevait d'un groupe dont la société mère avait son siège social à l'étranger, de faire porter son examen que sur la situation économique des sociétés ayant leur siège social en France et pour les établissements situés en France* »[647]. La peur d'un effet extraterritorial de la loi, conséquence de la situation à l'étranger du siège social, a provoqué un retour à des critères stricts d'application de la loi française[648]. Le principe de territorialité des règles françaises du travail sur le licenciement a été réaffirmé plus récemment[649]. Une banque italienne disposait d'une succursale française qui comportait un effectif inferieur à cinquante salariés.

Les dirigeants ont donc considéré qu'ils n'étaient pas tenus de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi tel que prévu par les articles L.1233-61[650] et L. 1235-10 du Code du travail. La Cour d'appel a annulé les licenciements en raison de l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi, en estimant que le calcul des salariés doit englober l'ensemble du groupe. La

[646] CJCE 10 juill. 1986, aff. 79/85, Segers, *Rec*. 1986, p. 2375.
[647] C.E 26 avr. 1985, *RCDIP* 1986, p. 541.
[648] B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit » *AFDI* 1986, p.8 et s. pour l'application de la loi de Singapour au licenciement du directeur de la succursale de BNP Paribas v. Cass. soc. 10 oct. 2007, *JCP S.* déc.2007, n°51, p.1978
[649] Cass. soc. 23 sep. 2008, *Banca Nationale Del Lavoro SPA c/ Synd. nat. De la banque et du crédit*, *LEXBASE HEBDO* éd. Sociale, 23 sep.2008, n°322, 16 oct.2008.
[650] Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, lorsque le projet de licenciement concerne dix salariés ou plus dans une même période de trente jours, l'employeur établit et met en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre.

chambre sociale casse cette décision au nom de la territorialité de la réglementation du travail. Attendu, dit la Cour, qu' « *en vertu du principe de territorialité de la loi française, seuls les salariés rattachés à l'activité de l'employeur en France bénéficient des lois françaises en droit du travail en sorte que l'effectif à prendre en compte pour déterminer si un plan de sauvegarde de l'emploi devait être mis en place est constitué par les seuls salariés relevant des établissements de la société situés en France* ». Nous soutenons après J. GRANGÉ que la position de la Cour de cassation doit être approuvée car elle traduit une application opportune et pragmatique du principe de territorialité[651]. En effet, lorsque le législateur entend prendre en compte l'effectif hors de France, il le précise expressément[652]. En l'absence d'une telle précision dans l'article L. 1233-61 du Code de travail, celui-ci entend retenir uniquement l'effectif sur le territoire national (ici celui de la succursale à 28 salariés). Un autre argument en faveur de la territorialité est que l'une des conditions exigées par le Code de travail, pour qu'un plan de sauvegarde de l'emploi soit obligatoire, est que le projet de licenciement concerne « *dix salariés ou plus dans une même période de trente jours* » ; or, ce projet de licenciement ne peut concerner que les salariés employés en France, non pas ceux employés en Italie. Par conséquent, l'effectif de 50 salariés doit être calculé sur la même base que celui « *de dix salariés ou plus* » ; il doit donc prendre uniquement en compte l'effectif de la succursale. Dans une autre affaire qui portait sur un licenciement individuel, la Cour d'appel de Paris a fait application de la loi du contrat de travail, loi portugaise, à l'imputation, aux conditions et aux effets de la rupture du contrat de travail entre une banque portugaise et l'un de ses cadres qui exerçait son activité dans une succursale de cette banque située en France[653]. Ce cadre avait refusé de regagner l'encadrement de la banque au Portugal. La Cour d'appel a décidé que les dispositions françaises d'ordre public et les dispositions de la convention collective française étaient applicables au contrat de travail soumis au droit étranger, lors de son exécution en France, mais que cette soumission n'entraînait

[651] V. « Seuil d'effectif déclenchant la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi : application du principe de territorialité de la loi française, *JCP G*., 19 nov.2008, n°47, II, 10190.
[652] V. les articles de L. 2341-1à L. 2341-4 du Code de travail sur le Comité d'entreprise européen qui font appel à la notion d'entreprise de dimension européenne qui emploie mille salariés et plus dans les États membres de l'Union européenne.
[653] CA Paris, 13 avr. 1995, *JDI* 1999, p. 759, note G. Lhuilier ; v. aussi M. SANTA-CROCE, *J.-Cl. International*, Fasc. 552-50, Contrats internationaux – Domaine de la loi du contrat – Espace juridique communautaire et européen – protection du salarié, spéc. n° 84.

pas la novation du contrat sauf s'il en est disposé autrement par la loi du contrat. La Cour d'appel, avant de dire droit, a demandé aux parties de fournir des éléments sur le contenu du droit portugais.

2. Les règles protectrices des salariés dans leurs relations collectives de travail

221. Des règles strictement territoriales. Les relations collectives de travail sont exclues par nature du champ d'application de la règle de conflit propre au contrat de travail[654]. La représentation légale du personnel est garantie, en France, par des dispositions impératives auxquelles il paraît difficile d'échapper. La législation sur les Comités d'entreprise prévoit dans chaque société importante un Comité central qui doit siéger au siège social. Or, du fait même que la société est étrangère, et que son siège est à l'étranger, il semble difficile d'admettre que les prérogatives du législateur français puissent aller jusqu'à imposer la création de ce comité central à l'étranger[655]. En revanche, d'autres règles peuvent mieux s'expliquer. À coté du Comité central, la société étrangère qui dispose de plusieurs succursales peut être obligée de créer un comité d'établissement auprès de chaque succursale. Si par exemple une société allemande a une succursale en France, elle sera obligée de créer un comité d'établissement pour sa succursale française. C'est dans ce sens qu'est allée la jurisprudence en considérant l'exigence de représentation de personnel comme une loi de police.

222. Une jurisprudence ancienne et constante. L'arrêt de principe en matière d'application de la législation de travail en tant que loi de police aux sociétés étrangères est l'arrêt de la Compagnie des Wagons-lits[656]. Dans cet arrêt, les juges ont décidé que « *la loi française doit être applicable par toute personne physique ou morale exerçant en France les responsabilités de l'employeur, si une entreprise a son siège à l'étranger, cela ne saurait la faire échapper à l'application de la législation sur les Comités d'entreprises* ». Le ministre de travail avait une position plus extensive : « *la législation française s'applique à*

[654] Sur la stricte territorialité des lois régissant le travail v. Cass. crim. 21 mai 1908, *RCDIP*. 1908, p. 664.
[655] Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R. SOTOMAYOR, *J. -Cl. International*, op. cit.
[656] Conseil d'Etat 29 juin 1973, *Dr. Soc.* 1974, p.42 ; *RCDIP* 1974, p.344 ; *GADIP* n°51 ; *JDI* 1974, p.538.

tout employeur situé en France, quels que soient sa nationalité ou celle du salarié, la loi applicable au contrat de travail ou son lieu d'exécution »[657]. Une société étrangère ayant donc des établissements en France devait constituer un Comité central des établissements français. Treize ans après l'arrêt de la Compagnie des Wagons-lits, la Cour de cassation décide que « *les obligations imposées par la loi française aux employeurs ne concernent que les entreprises dont le siège est situé sur le territoire national* »[658]. L'affaire concernait le Comité d'entreprise de la compagnie étrangère Air Afrique. Le conflit ne portait pas sur la constitution du Comité d'entreprise mais sur son information. Le Comité d'entreprise estimait qu'il n'avait pas été consulté sur un certain nombre d'opérations effectuées par la société (achats de nouveaux avions, mutation de personnel). Et les juges ont estimé que cette information n'était pas nécessaire car n'obligeait que les sociétés étrangères qui ont leur siège sur le territoire français. La question qui se posait alors est la suivante : à quoi sert d'obliger une société étrangère de constituer un Comité d'entreprise si elle est dispensée d'informer celui-ci ? Deux ans plus tard, la Cour de cassation, ne donnant toujours pas de réponse à cette question, renoue avec la jurisprudence de la Compagnie des Wagons-lits. En se fondant sur l'article L. 412-12[659] du Code de travail, elle décide que « *les lois relatives à la représentation des salariés et à la défense de leurs droits et intérêts sont des lois de police s'imposant à toutes les entreprises et organismes assimilés qui exercent leurs activités en France et qui sont dès lors tenus de mettre en place les institutions qu'elles prévoient à tous les niveaux des secteurs de production situés sur le territoire national, que ces institutions remplissent l'ensemble des attributions définies par la loi, à la seule exception de celles qui seraient incompatibles avec la présence à l'étranger du siège social*»[660]. La chambre sociale affirme le principe de l'application territoriale de la loi française aux activités exercées en France. Le lieu d'activité des salariés justifiant

[657] Rep. min. aux questions n°11046 et 11047 : *JO. déb. Sénat*, 2 fév. 1984, p.134. V. notamment LAROQUE, *Les élections professionnelles dans l'entreprise*, Dalloz, 2e éd., 1987, n°137 ter, p.80.
[658] Cass. ch. mixte 28 fév. 1986, *Air Afrique*, *D.*1987, p.173 ; *Dr. Soc.* 1986, p.406 ; *JDI* 1986, p.699.
[659] Dans les entreprises d'au moins deux cents salariés qui comportent au moins deux établissements de cinquante salariés chacun ou plus, chaque syndicat représentatif peut désigner un délégué syndical central d'entreprise distinct des délégués syndicaux d'établissements.
[660] Cass. 3 mars 1988, *Société Thoresen Car ferries L.T.D c/ Fasquel* et autre, *RCDIP* 1989, p.63 note LYON-CAEN. V. aussi Cass. ass. plén. 10 juill. 1992, *RCDIP* 1994, p. 69, note B. Audit ; *JCP G.* 1993, II, 22063, note P. Rodière.

le champ de représentation était le véritable critère d'application des textes. La loi de police française concerne l'entreprise en tant qu'activité économique et communauté des salariés situés en France quel que soit l'employeur et quelle que soit la structure (agence, succursale). La localisation à l'étranger du pouvoir de direction n'est pas retenue comme critère d'exclusion de l'application de la loi française, car celle-ci ne fait pas obstacle à l'application effective en France du pouvoir de direction, qui conditionne en contre poids la mise en place des mécanismes de représentation. La jurisprudence allemande va dans le même sens ; le Tribunal Fédéral du travail a reconnu dans deux arrêts l'obligation pour les entreprises étrangères ayant leur siège à l'étranger de constituer un Comité économique en vertu de la loi sur l'organisation interne des entreprises, pour les établissements situés en R.F.A[661].

3. Les règles particulières aux gérants des succursales étrangères

223. Techniques d'embauche et d'exercice diversifiées. Selon la jurisprudence et la loi françaises, l'installation d'une succursale réclame non seulement la présence d'un gérant, mais encore que lui soient attribués les pouvoirs requis pour lui permettre de traiter avec les tiers et qu'il dispose d'une autonomie certaine dans la gestion[662]. Le dirigeant devrait donc avoir des responsabilités véritables. Le contrat de travail peut parfois être remplacé par une délégation de pouvoirs. Cette délégation doit être expresse. La Cour de cassation avait décidé que la délégation de pouvoirs de ne peut résulter des fonctions exercées par le préposé déclarant. Le seul fait d'être directeur de succursale ne suffit pas[663]. Cette technique s'est répandue ces dernières années en raison des avantages qu'elle peut procurer. Des avantages qui peuvent dans certains cas présenter un réel danger car la société cherche par cette technique à s'exonérer de certaines responsabilités, notamment pénale[664]. D'où l'exigence d'un certain nombre de conditions[665] que la délégation soit écrite ou non[666]. Le directeur d'une

[661] F. MORGENSTERN, Les conflits de lois en droit du travail, B.I.T, Genève, 1986, p.114.
[662] Cass. civ. 18 oct.1989, *Gaz. Pal.* 1990, II, 416.
[663] Cass. com.27 oct.1998, pourvoi n°95-14-889.
[664] Surtout que la délégation de pouvoirs n'emporte pas représentation du délégant, mais une véritable substitution du délégataire au délégant dans les devoirs et responsabilités qui en découlent.
[665] (i) la délégation doit être certaine et exempte d'ambigüité (ii), l'infraction constatée doit entrer dans le champ d'application des pouvoirs délégués (iii), le délégataire doit être pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour faire assurer le respect des règles

succursale est un délégataire. Il est un préposé de l'entreprise placé sous l'autorité du chef de cette dernière[667]. La délégation suppose un lien de subordination entre le déléguant et le délégataire. L'envoi d'un salarié à l'étranger n'est pas la situation la plus fréquente. Il arrive que les sociétés préfèrent embaucher sur place. Vis-à-vis de la clientèle étrangère, il est indispensable d'avoir des agents qui, non seulement parlent la langue du pays, mais sachent se plier aux habitudes et à la façon de traiter des affaires. L'embauche sur place est très appréciée par les sociétés commerciales et autres[668]. Dans le cas d'une succursale en France d'une société étrangère, le nom du gérant figure sur l'extrait L-bis du registre de commerce. Le fait que ces personnes figurent sur ces extraits ne permet pas de les assimiler à des mandataires sociaux. En conséquence, la responsabilité de la gestion de la succursale dépend du dirigeant social de la maison mère. En pratique, ce dernier a nécessairement délégué des pouvoirs pour permettre à son représentant local de traiter avec les tiers[669]. A cet égard, le juge français établit une corrélation entre la responsabilité du gérant de la succursale et son degré d'autonomie, corrélation que la maison mère doit prendre en considération dans le choix des prérogatives dévolues à ce gérant. Ainsi, la Cour de cassation a décrit les qualités d'autonomie nécessaires au gérant de la succursale pour qu'il puisse recevoir notification d'actes de procédure opposables à la société[670]. Si les risques pris par la maison mère peuvent être contrôlés et se mesurent à l'autonomie laissée au gérant, certains persistent quelle que soit cette autonomie, parce que la

applicables (iv), le mandataire social ne doit pas avoir pris part personnellement à la commission de l'infraction, étant rappelé qu'en aucun cas un dirigeant ne peut se décharger de sa responsabilité civile, ni ne peut déléguer son pouvoir de direction générale de l'ensemble de l'entreprise et vider ainsi son mandat de son contenu.

[666] La loi n'exige pas que les délégations soient écrites. La délégation peut clairement ressortir d'une pratique au sein de l'entreprise. Néanmoins, à des fins probatoires et aussi de bonne gestion, l'écrit s'impose.

[667] Dans un arrêt la Cour de cassation a refusé de qualifier de délégation les pouvoirs délégués à un tiers à l'entreprise, Cass. crim. 12 déc. 1989, pourvoi n°89-91-074.

[668] En matière bancaire, en cas d'emprunt d'Etat, il faut examiner la situation politique et la situation matérielle de l'Etat emprunteur, la fermeté de ses institutions et l'équilibre de son budget : s'il s'agit d'une entreprise privée, financière, industrielle ou commerciale, l'état de l'affaire et ses chances de réussite, l'honnêteté et l'habileté professionnelle de ceux qui dirigent. Pour faire ces études, il faut déléguer des personnes qui ont des aptitudes et des connaissances locales. Les établissements bancaires sont, à cet égard, dans une situation privilégiée qui rend les enquêtes plus faciles et plus rapides, et qui leur permet aussi de surveiller plus facilement les intérêts des capitaux français.

[669] P. DE COËTLOGON, « Les délégations de pouvoirs dans un établissement secondaire ou une succursale », *La Revue* 16 juin 2008, éd. Cabinet Hammonds Hausmann, disponible au lien suivant : http://larevue.hammonds.fr/Les-delegations-de-pouvoirs-dans-un-etablissement-secondaire-ou-une- succursale_a631.html

[670] Cass. soc. 10 fév. 1971, *Bull. civ.* V, n°99.

succursale constitue bien la même personne morale que la maison mère. Encore faut-il distinguer selon le statut donné au gérant de la succursale. Ce dernier peut avoir, ou bien le statut d'un mandataire, ou bien celui d'un salarié. Le gérant salarié est le statut le plus répandu parmi les sociétés industrielles et commerciales qui s'implantent en France et qui décident de nommer un cadre local.

a) Le gérant mandataire de la succursale

224. Les critères de qualification. En droit commun français, le gérant est l'employeur du personnel de la succursale s'il peut librement c'est-à-dire souverainement, l'embaucher et le licencier, même s'il n'en supporte pas les frais. De cette liberté résulte sa responsabilité de l'embauche et du licenciement[671]. Pourtant, le personnel de la succursale travaille en définitive pour le propriétaire de la succursale, c'est-à-dire le mandant. En effet, le gérant mandataire agissant nécessairement au nom et pour le compte du mandant[672], il peut paraître artificiel d'affirmer que le personnel agit pour le compte du gérant mandataire. Le mandant peut-il être alors l'employeur du fait du personnel de la succursale ? La jurisprudence a répondu par la négative : « *la qualité d'employeur revient non à celui qui tire profit de l'activité déployée par le personnel, mais au titulaire du pouvoir d'embauche et de licenciement* »[673]. Pour résumer, on peut dire qu'ayant la liberté d'embauche et de licenciement, le gérant de la succursale est bien l'employeur du personnel de celle-ci. La gestion de la succursale met en présence deux entreprises : celle du mandant, dont la succursale est une subdivision interne[674], et celle du gérant mandataire composée de salariés embauchés en vue de l'exploitation de la succursale. Le mandant étant l'employeur seulement s'il impose le nombre d'employés, autorise son recrutement, décide de son licenciement et fixe ses conditions de travail[675].

[671] N. FERRIER, « Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005 », *L.P.A*, 26 mai 2006, n°105, p.4.
[672] N. FERRIER, *J.-Cl. Contrats-Distribution,* n° 112 et s.
[673]V. notamment Cass. soc. 7 juin 1967, *Bull. civ.* IV, n° 457 ; Cass. civ. 27 oct. 1978, *Bull. civ.* 27 oct. 1978, *Bull. civ.* V, n° 468; Cass. civ. 29 mai 1979.
[674] N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technologie de l'organisation de l'entreprise ?* Biblio de droit de l'entreprise, Litec, 2005, n°40 et s.
[675] Sous le visa de l'article L.782-1 du Code de travail : Cass. soc. 7 juin 1967, *Bull. civ.* IV, n°457 ; 1er fév.2001, pourvoi n°99-11-653. Sous le visa de l'art. L.781-1 du Code de travail : Cass.soc. 28 mai 1953, *Bull. civ.* n°400 ; 4 mars 1964, pourvoi n°63-40-243. ; 27 oct.1978, *Bull. civ.* n°730 ; 29 mai 1979, *Bull. civ*. IV, n°468 ; 10 déc.1987, pourvoi n°85-41.065.

225. La loi applicable. Dans le cas où le gérant de la succursale est l'un des organes sociaux de la société étrangère, le mandat pourrait être analysé comme un contrat interne à la société étrangère, indissociable du contrat de société lui-même et donc soumis à la loi nationale de la société, selon les règles de conflit de lois en matière de droit des sociétés. Si, en revanche, le gérant mandataire de la succursale française est choisi localement et n'a pas d'autre qualité au sein de la maison mère, la loi applicable à la relation de mandat pourrait être celle du lieu de la prestation caractéristique de ce contrat, soit celle du siège ou celles de la succursale[676]. En ce qui concerne la responsabilité du gérant vis-à-vis de la société mère, elle pourrait être soumise à la loi nationale de la société si le gérant transgresse une règle propre au droit des sociétés étranger applicable à la maison mère. Dans l'hypothèse de l'application du droit français, il convient de se reporter au régime du mandat prévu par le Code civil pour cerner la responsabilité du gérant mandataire vis-à-vis de la maison mère. L'article 1989 du Code civil dispose que le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat. D'où l'intérêt, pour le gérant de la succursale mandataire qui voudrait maîtriser sa responsabilité, de conclure avec la maison mère un contrat de mandat en bonne et due forme qui fixera les contours de sa mission[677].

b) Le gérant salarié de la succursale

226. **Les critères de qualification**. Le statut de gérant salarié s'impose lorsque les conditions de l'exploitation nécessitent un contrôle plus étroit, des instructions précises et fréquentes de la maison mère et que celle-ci supporte de fait et directement la responsabilité de l'exploitation. Ainsi, la Cour de cassation a laissé le soin aux juges du fond de constater l'existence d'un lien de subordination entre la gérante d'une succursale et la maison mère[678]. Le gérant salarié est soumis à un régime assez protecteur. Un statut particulier est réservé aux gérants de succursales de maisons d'alimentation soumis à l'article L.7321-1 du Code de travail qui, depuis la recodification du Code de travail a été inséré dans le titre II intitulé « Gérants de succursales » définis par l'article L.7321-2 du Code de

[676] Celle-ci peut découler d'un choix exprès des parties.
[677] La limitation de pouvoirs doit, en revanche, être publiée au registre du commerce et des sociétés du lieu d'établissement de la succursale ou dans un journal d'annonces légales afin de rendre les actes du gérant outrepassant ces limites inopposables au mandant.
[678] Cass. soc., 19 nov. 1959, *JCP G* 1960, II, 11397.

travail[679]. Ce texte est censé rapprocher la protection accordée au gérant salarié de celle accordée au gérant mandataire. La distinction perd par conséquent toute pertinence.

227. Les responsabilités vis-à-vis de la maison mère. La responsabilité du gérant salarié vis-à-vis de la maison mère est celle de n'importe quel salarié attaché par un lien de subordination. Les règles de droit travail français s'appliquent pleinement et laissent à la maison mère une marge de manœuvre plus étroite que celle dont elle peut user à l'encontre d'un gérant mandataire. Quand la responsabilité du gérant est délictuelle, elle sera soumise à la loi du lieu de délit, dont il est fort probable que ce soit la loi du lieu de situation de la succursale. La responsabilité contractuelle sera, quant à elle, régie par la loi du contrat qui, à défaut de stipulation expresse, sera en général la loi de la prestation caractéristique, donc souvent la loi de situation de la succursale. Le gérant de la succursale peut engager la responsabilité pénale de la maison mère en tant que personne morale, par application de l'art. L.121-2 du Code pénal[680]. Le gérant de la succursale, lorsqu'il est investi du pouvoir général de lier la maison mère à titre habituel, ou titulaire d'une délégation de pouvoirs spécifique, entre dans la catégorie des « représentants » susceptibles d'engager la responsabilité pénale de la maison mère[681].

228. En cas d'ouverture d'une procédure collective. Le risque pour le dirigeant de la succursale est d'être poursuivi pour action en comblement du passif. Ce risque pèse d'abord sur les dirigeants de droit[682] de la société, fût-elle étrangère. Ainsi les tribunaux français n'hésitent pas à appliquer au président d'une société étrangère ayant une succursale en France, l'action en comblement du passif, alors même que la loi étrangère applicable à la société confère à ce

[679] Une ambigüité rédactionnelle entourait cependant l'article L.7321-1 du Code de travail qui était censé reprendre l'ancien article L781-1 qui ne visait pas que les gérants de succursales mais les catégories de travailleurs particuliers en état de dépendance économique. Le texte fut alors appliqué au franchisé et au concessionnaire. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a clarifié la notion de gérant de succursale en imposant comme critère s'agissant de ventes de marchandises fournies exclusivement par une seule entreprise que l'exercice de la profession soit dans un local fourni et agrée par cette entreprise. V. Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, *JCP E*., 2009, n°24, act.285.
[680] V. notamment la note de S. DE VENDEUIL, *JCP E.* 1995, n°18, panorama d'actualité.
[681] Cass. crim. 14 déc. 1999, *BRDA.,* n° 4/2000 ; 9 nov. 1999, *BRDA*. n° 2/2000.
[682] Ceux qui ont été régulièrement investis par les statuts et les statuts et les organes sociaux de la société de pouvoirs de direction ou de gestion », Paris, 6 janv.1977, *D.*1977, 144.

dirigeant des pouvoirs moindres que ceux prévus par la loi française[683]. Ne pouvant être qualifié de dirigeant de droit, le gérant de la succursale verra sa responsabilité engagée sur la base d'une qualification de dirigeant de fait[684]. Le gérant de succursale mandataire aussi bien que le gérant salarié peuvent être des dirigeants de fait et se voir condamner dans le cadre de l'action en comblement du passif. Le gérant de droit ne peut s'exonérer de toute responsabilité en prouvant l'intervention d'un dirigeant de fait et ce d'autant plus qu'il se tient au courant de l'activité sociale[685].

229. La responsabilité fiscale. Comme pour l'action en comblement du passif, tant les dirigeants de droit de la maison mère que le gérant de la succursale peuvent voir leur responsabilité engagée sur le fondement de l'article 267 du Code de procédures fiscales. Ce texte prévoit la responsabilité du gérant de la succursale en cas de manœuvres frauduleuses et de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impôts et pénalités dus par la société[686]. Le dirigeant, s'il n'est pas tenu par les dettes de la société, peut être déclaré solidairement responsable par le juge compétent. Ce texte est applicable du fait de l'activité de la succursale en France. Le dirigeant de droit échappera à toute responsabilité s'il parvient à établir qu'il a accordé une délégation générale de pouvoirs, soit qu'un dirigeant de fait, qui peut être le gérant de la succursale, ait administré l'activité de la maison mère[687]. Il faut souligner enfin que la responsabilité fiscale des dirigeants suppose que les poursuites contre la personne morale aient été inefficaces et impossibles. La maison mère est la première responsable des obligations fiscales de la succursale. Les lois applicables aux activités des succursales sont, dans leur grande majorité, territoriales. La réglementation stricte des secteurs bancaires et d'assurance participe à cette territorialité. La protection des parties faibles comme les travailleurs et les

[683] Douai, 1er sep. 1955, *D.*1956, p.223.
[684] Le dirigent de fait est celui qui sans en avoir reçu régulièrement mandat en vertu de la loi applicable à la société, a en fait assumé la responsabilité de la gestion des affaires sociales et exercé ainsi une activité positive et indépendante dans l'administration générale de la société, sans se référer aux instructions des dirigeants de droit. V. P. MACQUERON, *La notion de dirigeant de fait, étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981*, Thèse, Rouen, 1982 ; J.-P. REMERY, « la notion de dirigeant de fait », *RJDA*, 1999, p.945.
[685] Cass. com., 3 janv.1991, *Bull. civ.* IV, n°39.
[686] A. BERNUT-POUILLET, « Succursales françaises : réflexions sur les responsabilités respectives du gérant et de la maison mère », *L.P.A* 28 juillet 2000, n°150, p.13
[687] Cass. com. 12 juillet 1993, *RJDA.*1993, n°1034, p.866.

consommateurs incite aussi à appliquer territorialement des lois aux succursales de sociétés étrangères. Tout cela n'empêche pas l'intervention de la loi de la maison mère qui revendique son application du fait de l'absence de personnalité juridique des succursales. Les succursales installées à l'étranger représentent assez bien cet affrontement entre territorialité (application de la loi de la succursale) et extraterritorialité (application de la loi de la maison mère). Un affrontement que l'on retrouve aussi en cas de saisie-attribution pratiquée au lieu du siège d'une banque sur un compte détenu par une succursale à l'étranger.

§3 - LA SAISIE-ATTRIBUTION DES FONDS DÉTENUS PAR DES SUCCURSALES BANCAIRES ÉTRANGÈRES

230. Saisie auprès du siège ou sa succursale. La saisie, par des tiers de créances de sommes d'argent à un endroit autre que celui du dépôt initial a toujours été une préoccupation majeure pour les banques dotées d'un réseau de succursales à l'étranger. La saisie-attribution est une procédure par laquelle un créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, pour en obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent[688]. Il s'agit de l'une des innovations majeures de la réforme de 1991[689]. Elle a remplacé l'ancienne saisie-arrêt[690]. La saisie est réalisée dans les mains des banquiers, sur les soldes créditeurs des comptes bancaires de leurs clients. La saisie-attribution peut être effectuée auprès de la succursale détentrice du compte. Mais il est également admis qu'elle puisse s'effectuer auprès du siège. Cette seconde option est à l'origine de problèmes juridiques qu'a omis de soulever la Cour de cassation qui s'est contentée de

[688] Art. 42 de la Loi 91-650.

[689] Travaux préparatoires : - Assemblée nationale : Rapport de Mme Catala, doc. n°1202, annexe au PV de la séance du 2 avril 1990, p.86 et s. – Sénat : Rapport de M. Thyraud, doc. n°271, annexe au PV de la séance du 2 mai 1990, p.54 et s. – Rapport en seconde lecture au Sénat de Mme Catala, doc. n°1557, annexe à la séance du 28 juin 1990, p.43 et s. – Rapport en seconde lecture à l'Assemblée nationale, M. THYRAUD, doc. n°314, annexe à la séance du 7 mai 1991, p.24 et s. – Rapport au nom de la Commission mixte paritaire : pour l'Assemblée nationale, Mme Catala, doc. n°2091 p.4 et s.

[690] Ce changement est justifié : alors que le terme « saisie-arrêt » met l'accent sur l'aspect conservatoire de la saisie, sur l'arrêt, le blocage de la dette du tiers saisi. Alors que le terme « saisie-attribution »met en évidence l'aspect exécutoire c'est-à-dire l'attribution de la créance au saisissant. Tandis que l'ancienne « saisie-arrêt » arrêtait d'abord les sommes saisies les mettant sous main de justice. La saisie-attribution attribue directement la créance au saisissant, lequel dès l'acte de saisie devient propriétaire de la créance saisie.

décider que la saisie effectuée auprès du siège doit être extraterritoriale[691] (A). Nous allons soutenir, du moins en l'état actuel de la législation, la position contraire et ce pour plusieurs raisons qui concernent principalement les pratiques bancaires (B).

A. Droit positif : de l'obligation de déclaration universelle à l'extraterritorialité de la saisie-attribution

231. Des liens étroits avec la maison mère. L'extraterritorialité de la saisie pratiquée auprès du siège et qui englobe les avoirs détenus auprès des succursales étrangères est fondée sur un argument principal qui est l'absence de personnalité juridique des succursales. Ces dernières forment une unité patrimoniale avec la maison mère, peu importe leur localisation géographique. Seule une entité dotée des attributs de la personnalité juridique dispose d'un patrimoine. Les succursales sont mal placées pour en posséder un. Le tiers saisi doit être la banque prise en son siège social. La banque a seule la qualité de dépositaire débiteur de la créance issue du solde saisi. Ce sont ces arguments qui expliquent la position constante de la Cour de cassation française en matière de saisie-attribution de comptes détenus par des succursales étrangères. D'après la haute juridiction, la saisie doit avoir un effet extraterritorial et englober même les fonds détenus dans les succursales à l'étranger. L'extraterritorialité de la saisie[692] n'a pas manqué de soulever cependant, quelques difficultés pratiques. Nous analyserons la position de la Cour de cassation avant d'aborder les difficultés pratiques auxquelles va donner lieu son application. Ces difficultés nous ont poussée à opter pour une territorialité dans l'attente de trouver des solutions.

1. Absence de personnalité juridique des succursales étrangères et saisie-attribution

232. Application de la jurisprudence des gares principales. Avant la loi du 9 juillet 1991[693] et en application de la théorie des gares principales, on avait estimé que la saisie ne pouvait être valablement signifiée qu'au lieu où la

[691] Cass. civ. 14 fév.2008, n°05-16.167, *D*.2008, AJ. P.686.
[692] Certains auteurs refusent cette expression car, d'après eux, il suffit de localiser la créance au siège de la banque. Dans ce cas il n'y aurait aucune extraterritorialité, v. G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité des voies d'exécution », *JDI*, oct.2008, n°4, doct. 9.
[693] N° 91-650, entrée en vigueur le 1er janv. 1993, v. B. NICOD, *La réforme des procédures civiles d'exécution, un an d'application*, Dalloz, 1994.

prestation de services était réalisée[694], c'est-à-dire à la succursale où est ouvert le compte ou au siège social de la banque. Depuis l'intervention de la loi de 1991, on s'est interrogé sur le devenir de cette jurisprudence. La loi impose une déclaration générale des comptes, mais ne prévoit rien dans le cas des banques à succursales multiples. Rien dans les textes de la loi de 1991 et dans son décret d'application, ni dans les documents et débats parlementaires, ne permet de trouver un élément susceptible de remettre en cause la jurisprudence et la pratique antérieures, même si certains auteurs conseillent de s'abstenir de pratiquer des saisies en d'autres succursales[695]. Dans un arrêt[696] survenu après la loi de 1991, la Cour d'appel de Douai a infirmé le jugement du Tribunal de grande instance de Béthune qui avait condamné une succursale de banque où une saisie avait été effectuée, mais où le débiteur n'avait pas de compte à recevoir la saisie-exécution et à fournir à l'huissier les renseignements qu'il réclamait par l'intermédiaire de la succursale visée par la saisie-attribution. Le juge d'exécution des peines (JEX) s'appuyait sur le fait que les différentes succursales de banque dépendent d'une entité juridique unique. La Cour de Douai rejette cette argumentation au motif que la jurisprudence permet la notification dans un établissement lorsque le fait auquel l'acte signifié se rapporte a pris naissance dans le ressort de l'établissement où la notification a été effectuée. Or, en l'espèce, la succursale visée dans l'acte d'huissier n'accomplissait aucune opération de banque pour le compte du débiteur saisi et ne détenait aucun avoir pour lui. En conséquence la jurisprudence des gares principales ne pouvait être appliquée, seul le siège social ou l'agence tenant le compte du débiteur saisi pouvant fournir l'ensemble des renseignements.

233. La déclaration des sommes tenues dans un compte à l'étranger. L'article 44 de la loi de 1991 mettant à la charge du tiers saisi l'obligation de déclarer au créancier saisissant l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur. Par application de cet article, il avait déjà été jugé que « *la banque tiers saisi ayant son siège social à Paris, devait déclarer l'ensemble des sommes dues au débiteur dès lors qu'elles l'étaient par la personne morale elle-même, peu*

[694] J.-L. GUILLOT, note sous Douai, 18 nov. 1993, *Rev. Banque*, 1994, p.94.
[695] B. NICOD, op. cit. p.45.
[696] Douai 18 nov. 1993, préc. *Banque et droit* 1994, n°34, p.32 ; *Rev. Banque* 1994, n°544, ; *D.*1995, jsp., p.271 note R. Martin.

important la localisation en France ou à l'étranger des succursales, elles même non constituées en sociétés distinctes, dans lesquelles les comptes sont tenus »[697]. Le tiers saisi ne serait tenu de son obligation d'information que si son domicile est situé en France. Or, en cas de pluralité d'établissements, le domicile est fixé au lieu du principal d'entre eux. Il en résulte que seuls les tiers saisis ayant leur siège social en France seraient soumis à une obligation d'information concernant les comptes détenus par leurs succursales étrangères. Toutefois, dans aucun arrêt, la haute juridiction ne fait référence au siège social français du tiers saisi pour fonder l'obligation d'information de ce dernier. La Cour de cassation se fonde plutôt sur l'unité du patrimoine. Elle impose au tiers saisi d'inclure dans sa déclaration toutes ses obligations, et en particulier celles dues par ses établissements dépourvus de personnalité morale, puisqu'il en est le débiteur. La Cour de cassation ne s'est pas contentée d'obliger les maisons mères de déclarer l'ensemble des comptes en leur disposition même ceux situés dans des succursales à l'étranger. La haute juridiction est même allée plus loin. Elle a contraint les banques à attribuer les sommes détenues dans les succursales à l'étranger.

234. L'arrêt *Exsymol*[698]. Après avoir obtenu la condamnation de son ancien employeur au paiement d'une certaine somme, une salariée avait fait pratiquer une saisie-attribution de compte bancaire au siège parisien de la banque de son débiteur. L'établissement a déclaré à l'huissier de justice qu'il détenait des fonds au titre d'un compte tenu par sa succursale monégasque, tout en émettant des réserves sur la suite à donner à la saisie sur un compte situé à l'étranger. La saisie a été dénoncée au débiteur mais la banque, sur présentation d'un certificat de non contestation, a opposé un refus de payer. La créancière l'a alors assignée en paiement des causes de la saisie devant un juge de l'exécution qui a rejeté la demande. Un pourvoi fut formé contre l'arrêt confirmatif. Au lendemain de cet arrêt, la doctrine fut divisée entre partisans et opposants. A notre avis, la Cour de cassation a parfaitement respecté les principes classiques de droit international privé dont celui de l'unité de la personne morale. Nous lui reprochons cependant

[697] Cass. civ. 30 janv. 2002, Crédit Suisse Hottinger c/ Katsanis, *JCP E.* 2003, 663, *RDBF* 2003, n°3, p.179.
[698] Cass. civ. 14 fév.2008, n°05-16.167, *D.* 2008, AJ. p.686 ; *RTD.civ.* 2008, p.357, obs. R. Perrot ; *RTD com.* 2008, p.601, obs. D. Legeais ; *Banque et droit*, mars-avr.2008, p.33 obs. J Stoufflet ; *RDBF* mai–juin 2008, p.26 obs. F.-J. Crédot et T. Samin ; *JDI* 2008, p.1100, note S. Bollée.

de ne pas se préoccuper des problèmes pratiques que peut soulever une telle décision. Les juges de cassation n'ont fait que tirer les conséquences qu'imposait en l'occurrence l'économie de la saisie-attribution[699] dans le respect des principes classiques du droit international privé. Le recours à la théorie de l'unité du patrimoine permet d'échapper au principe de la territorialité des voies d'exécution, puisque la créance ne sera plus localisée à l'adresse de la succursale mais à celle du siège social[700]. Le fait que les fonds soient détenus à l'étranger étant absolument indifférent dès lors que les comptes du débiteur sont tenus par une succursale dépourvue de toute personnalité. La localisation matérielle des fonds n'était qu'une question interne à la banque dont le saisissant n'avait aucunement à se soucier. L'argument fondé sur la territorialité des voies d'exécution ne peut justifier la critique adressée à la décision de la Cour de cassation. La doctrine quasi unanime enseigne que le principe de territorialité des voies d'exécution trouve sa source dans le droit international public[701]. Souvent l'accent est mis sur la contrainte[702]. Or, il faut distinguer la contrainte physique de la contrainte simplement intellectuelle. La contrainte est qualifiée d'intellectuelle en ce qu'elle ne donne pas lieu à une intervention matérielle visant à contraindre physiquement le débiteur à s'exécuter, ou à tirer les conséquences matérielles de l'exécution forcée. Le principe de territorialité des voies d'exécution ne doit concerner que les seules interventions matérielles des organes d'exécution. Le droit international public distingue entre compétence normative et compétence d'exécution pour ne soumettre que la seconde au principe de territorialité. Le droit international privé de nombreux États admet qu'une contrainte juridique sur des biens, débouchant le cas échéant sur un transfert de propriété forcé, n'est pas

[699] Il faut signaler que la même solution a été retenue par la Cour de cassation sous l'ancienne saisie-arrêt Cass. com. 30 mai 1985 note Batiffol « *Attendu* », dit la Cour, « *qu'en se prononçant de la sorte alors que la saisie-arrêt s'exerce sur l'ensemble des sommes dont le tiers saisi est débiteur envers le sais, la déclaration affirmative d'une saisie-arrêt pratiquée contre une banque, tiers saisi, en France doit inclure les sommes déposées par le saisi dans une succursale étrangère de celle-ci* ».

[700] R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 2005, n°33.

[701] P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 2007, n°287 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRE, *Droit international privé*, n°51 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit. n 74 ; Th. VIGNAL, *Droit international privé*, 2005, n°15 ; R. PERROT et Ph. THÉRY, op. cit. 2005, n°31.

[702] P. MAYER et V. HEUZÉ, op. cit. n°30 ; Th. VIGNAL, op. cit. n°31 ; M.-L. NIBOYET et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit internationale privé*, n°411 ; G.-S. HÖK, « Saisie de compte et de créance transfrontalière. Plaidoyer pour le rattachement au pouvoir de disposition du débiteur », *RCDIP*, 2006, 301 ; F. AMELI, *La saisie-arrêt en droit international privé*, thèse, Paris I, 1990.

soumis à une stricte territorialité[703]. La territorialité des saisies ne présente plus la même importance que par le passé. Ce principe ou dogme a commencé à s'effriter et être remis en cause depuis les années 1990. Dans plusieurs décisions, la CJCE a clairement posé le principe de circulation européenne des mesures conservatoires[704]. De même, la Cour de cassation a admis l'existence d'une situation de connexité internationale dans un litige impliquant de connaître de la validité d'une saisie pratiquée à l'étranger, ce qui était implicitement admettre la compétence du juge français pour se prononcer sur une voie d'exécution étrangère[705]. La Cour de cassation a exprimé expressément par l'arrêt *Exsymol* sa volonté de libéraliser le droit international des saisies. C'est ainsi, comme l'affirme G. CUNIBERTI, qu'« *un autre îlot de résistance à l'internationalisation est en passe de disparaître sous les flots de la mondialisation* »[706]. Telle est la situation adoptée par la législation et la jurisprudence françaises. Quelle est la situation dans les autres pays ?

235. En droit comparé. En droit belge, la saisie-arrêt pratiquée entre les mains d'une banque inclut les sommes déposées par le débiteur saisi dans une succursale étrangère de la banque[707], qu'il s'agisse de déterminer le contenu de la déclaration de tiers saisi[708] ou l'étendue de l'indisponibilité[709]. D'après M. GRÉGOIRE, cette solution ne méconnait pas le principe de territorialité des saisies, dans la mesure où elle repose sur la règle examinée ci-dessus de la localisation en Belgique de sommes dont le paiement aurait pu y être exigé par le débiteur saisi[710]. Inversement, des fonds déposés à l'étranger et ne pouvant être

[703] En Allemagne, par exemple, M. GEIMER distingue entre les saisies sur meubles corporels, qui nécessitent l'intervention matérielle d'un organe d'exécution, nécessairement territoriale, et les saisies sur meubles incorporels, qui pourraient viser des biens situés à l'étranger, par exemple un compte ouvert entre les mains d'un tiers domicilié à l'étranger. V. M. GEIMER, Internationales Zivilprozessrecht (IZPR), 2005, n°3204, 3211.
[704] CJCE 21 mai 1980, Rec. p.1553 ; *JDI* 1980 p.939 ; *RCDIP* 1980, p.801 ; CJCE 17 nov.1998, *Rec.* I, p.709 ; *JDI* 1999 p.621 ; *RCDIP.* 1999, p.143, *D.*2000, jsp. p.378.
[705] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t.1, n°175.
[706] V. « Le principe de territorialité des voies d'exécution », *JDI*, oct.2008, n°4, doct.9.
[707] DE LEVAL, Traité des saisies, p.626.
[708] Civ. Liège, 26 mars 1892, *JL*, 1892, p.134
[709] STRANART, BLOCK et CLEVENBERGH, « La saisie-arrêt bancaire *», RPDB*, Compl. n°8, p. 1292
[710] « La succursale bancaire confrontée à la saisie-arrêt » in *les succursales bancaires*, Acte de la journée d'études du 9 mai 1995, AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 1996, p.253.

retirés par le déposant qu'au lieu de leur dépôt, ne sauraient être appréhendés par une saisie-arrêt pratiquée en Belgique[711].

En Angleterre, jusqu'en 2003, les juridictions anglaises semblaient avoir une vision permissive du droit international public[712]. La compétence du juge anglais pour prononcer une saisie sur créance était subordonnée à la seule présence en Angleterre du tiers saisi, quand bien même elle n'aurait été que temporaire. Peu importait que la créance soit localisée en Angleterre ou à l'étranger. Opérant un revirement de jurisprudence remarquable, la Chambre des Lords a consacré en 2003, dans sa décision *Sté Eram Shipping*[713], une vision radicalement différente du droit international public. La Chambre des Lords réforma l'arrêt de la *Court of Appeal* et modifia en profondeur le droit anglais en la matière. Sur les quatre Lords qui jugèrent utile de délivrer une opinion dans l'affaire, seuls deux se prononcèrent sur l'influence du droit international concernant la licéité de la saisie. Lord Hoffman, tout d'abord, jugea que les États ne pouvaient tenter de saisir des biens ou de contraindre des personnes en territoire étranger. Il en tira comme conséquence qu'il appartiendrait aux États de limiter l'usage de leur pouvoir souverain de contrainte relativement aux comptes détenus par les succursales étrangères des banques. Lord Millet, ensuite, proposa une interprétation particulièrement extensive du droit international : il jugea que, selon une règle quasiment universelle de droit international, les compétences législatives et juridictionnelles sont territoriales, en ce sens qu'elles ne peuvent être exercées qu'eu égard à des choses et des personnes présentes sur le territoire de l'État concerné. Il conclut néanmoins qu'il ne serait pas avisé que les tribunaux anglais fissent usage de ce pouvoir de déroger au droit international en prononçant des saisies portant sur des biens situés à l'étranger. Nous remarquons que la jurisprudence rendue en matière de saisie-attribution n'est pas la même dans tous les pays. En France, les juges sont fidèles au principe d'unité du patrimoine. Toutefois ce principe ne manquera pas de soulever quelques difficultés pratiques une fois appliquée à une saisie d'un compte pratiquée à une échelle internationale.

[711] LANNOYE, « Beslag onder derden op een (bank) rekening », in Liber Amicorum M. Bries, 1993, p.207 ; v. également LANNOYE « Knelpunten in verband met (bank)-rekening, (euro) cheque en overschrijving », Cycle Delva, 1994-1995, n°33.
[712] DICEY, MORRIS et COLLINS, *The Conflict of Laws*, 14e éd.2007, n°24-082.
[713] Sté Eram Shipping Co. Ltd and others vs Hong Kong and Shanghai Banking Co. Ltd [2003] UKHL 30. – sur cette décision, V A. Briggs, Owing, owning and the garnishing of foreign debts (2003) LMCLQ 418, n°80 et 109.

2. Difficultés pratiques de l'extraterritorialité de la saisie-attribution

236. L'origine des difficultés. Si les diverses succursales d'une banque représentent autant de parties d'une personne morale unique, il n'en demeure pas moins que celles établies à l'étranger évoluent dans un environnement juridique particulier. Leur activité et celle de leurs employés sont en effet très largement soumises à des règles locales d'application territoriale. La banque peut se trouver confrontée à l'impossibilité pure et simple d'exécuter son obligation.

237. Le secret bancaire. En les contraignant à déclarer et à attribuer les actifs déposés dans des succursales astreintes au respect du secret bancaire local, la jurisprudence de la Cour de cassation place les banques françaises devant une alternative très difficile, voire impossible à résoudre : soit, lors de la signification de la saisie à leur siège social, elles refusent de répondre à l'huissier de justice au nom du secret bancaire local dont elles ne sont bien entendu pas relevées par la loi française, et elles s'exposent de ce fait à être condamnées au paiement des causes de la saisie ; soit elles fournissent les renseignements exigés et elles placent les collaborateurs de la succursale étrangère concernée dans la situation périlleuse d'être sanctionnés pénalement pour violation du secret bancaire imposé par la loi locale. Or, dans de nombreux pays, un manquement bancaire aussi grave fait encourir aux contrevenants de lourdes peines pouvant aller jusqu'à la privation de liberté. En droit belge, S. GUEBEL a étudié trois cas dont peut se prévaloir une banque pour refus de communication d'informations détenues par sa succursale[714] : d'abord l'article 70 du Code pénal belge, relatif à l'ordre de la loi qui dispose qu' « *il n'y a pas infraction lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité* ». L'auteur s'est rendu compte que l'ordre doit émaner de la loi belge ou d'une norme internationale ce qui n'est pas le cas du secret bancaire qui émane d'une législation étrangère. Ensuite l'auteur a analysé l'état de nécessité qui est un état de crise caractérisé par un conflit de valeurs tel, que l'obéissance à la loi pénale qui entraînerait des conséquences néfastes « *dépassant l'inconvénient de la transgression que le législateur se prononcerait certainement*

[714] S. GUEBEL, Les impôts sur le revenu, in *Les succursales bancaires*, Actes de la journée d'études du 9 mai 1995, A.E.D.B.F, Bruylant, 1996, p.150 et s.

lui-même en faveur de la désobéissance »[715]. Ici encore l'auteur s'est rendu compte que l'état de nécessité ne peut justifier une transgression du secret bancaire. L'état de nécessité suppose la réunion de trois conditions : la présence d'un mal grave et imminent, la nécessité de l'infraction et l'importance du devoir sauvegardé par rapport au devoir sacrifié. Or, se demande l'auteur, comment établir que la banque a agit sous la menace d'un mal grave et imminent, alors que l'éventualité de pareil conflit a pu être prévue de longue date, aussitôt la succursale installée dans un pays connaissant un secret bancaire pénalement sanctionné ? La troisième justification donnée par S. GUEBEL est la contrainte morale : le danger de lourdes sanctions pénales s'étant imposé à l'agent de la banque auquel il n'a pu résister. Une telle justification s'est, elle aussi, révélée non convaincante car la contrainte morale suppose que le danger soit certain, actuel, pressant et surtout indépendant de la volonté de l'agent. Sa survenance n'a pu être ni prévue ni conjurée. Or, la décision d'exercer son activité sous la forme de succursale dans un pays où le secret bancaire est sanctionné pénalement suppose que le danger a été prévu. L'ensemble de ces questions se trouvent aussi en droit français, par conséquent ne peuvent être retenues comme des causes d'exonération en de violation du secret par une succursale. C'est la raison pour laquelle la doctrine française a essayé de se prévaloir d'une autre disposition législative qui est le motif légitime.

238. Exonération pour motif légitime. Si le banquier court le risque de violer le secret bancaire local et de s'exposer ainsi à des sanctions en communiquant l'information sur l'existence et le montant des avoirs, il devrait pouvoir faire valoir qu'il rencontre un *motif légitime* de refus au sens du droit français (article 60 Décret du 31 juillet 1992 dont le respect pourrait s'assimiler au respect d'une loi de police étrangère)[716]. L'alinéa 1 de cet article dispose que «*le tiers saisi qui sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus, peut être condamné, à la demande du créancier, à payer les sommes dues à ce dernier, sans préjudice de son recours contre le débiteur*»[717]. Il ne peut être condamné

[715] Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 2 éd., Bruxelles, Bruylant, 1995, p.179, n°203
[716] Paris, ord. réf. 14 avr.1999, *Banque & droit*, 2000, 68, obs. J-L. Guillot.
[717] Pour une application jurisprudentielle : Cass. civ. 2 avr. 1997 : *Bull. civ*. II n° 107 ; CA Caen 21 fév. 1995, *Gaz. Pal.* 1995, p.449, note Rusquec.

qu'à des dommages-intérêts en cas de négligence fautive ou de déclaration inexacte ou mensongère. (art. 60 al.2 du décret 92-755)[718]. Bien qu'il constitue une notion éminemment factuelle, le motif légitime est contrôlé par la Cour de cassation[719]. La notion de « motif légitime » qui permet au tiers saisi d'échapper à toute sanction est malaisée à définir. Il s'agit d'un moyen de fait dont l'appréciation relève de la souveraineté des juges du fond, sous la réserve importante d'une éventuelle censure pour défaut de base légale. Le motif légitime suppose de la part du tiers saisi un comportement exclusif de toute négligence ou de toute légèreté fautive[720]. Le tiers saisi peut se prévaloir d'un motif légitime de retard lorsque, pour déterminer de façon précise le montant de la somme qu'il doit au débiteur, il est établi qu'il s'est heurté à des difficultés particulières, étrangères à sa volonté[721]. G. CUNIBERTI propose de supprimer les risques théoriques. Pour lui, il ne faut retenir l'existence d'un motif légitime que dans les seules hypothèses où le tiers saisi parviendrait à démontrer l'existence d'un risque réel de condamnation à l'étranger[722].

239. Le risque de double paiement. Il est fréquent que les saisies transfrontalières soient critiquées en raison du risque de double paiement qu'elles pourraient créer. L'hypothèse envisagée est généralement celle des saisies sur créances. un tiers saisi qui se voyait contraint de payer le créancier de son créancier sur le fondement d'une saisie sur créances étrangères, pourrait être obligé de payer une seconde fois si la saisie étrangère ne le libérait pas localement à l'égard de son créancier initial, qui pourrait alors aussi lui demander de le payer. En pratique, le tiers saisi sera le plus souvent une banque, qui pourrait être exposée au risque de payer non seulement le créancier de son client sur le fondement d'une saisie étrangère, mais aussi le client lui-même si la saisie n'avait

[718] Pour une application jurisprudentielle Cass. civ. 5 juillet 2000, 2e espèce, *RJDA* 11/00, n°1041 ; Cass. civ. 3 mai 2001, n°99-18.265 : *Juris-Data* n°2001-0093333, *Bull. civ.* 2001, p.60, « *le tiers saisi qui ne défère pas à la sommation de faire connaître l'existence d'éventuels nantissements ou saisies ne s'expose, s'il y a lieu, qu'à une condamnation à des dommages-intérêts* » ; plus récemment Cass. civ. 24 mars 2005 : *Bull. civ*. 2005, II n°81, p.73.

[719] F. BOUCARD, « L'obligation de renseignement du tiers saisi : les limites apportées par la Cour de cassation », *RDBF*, mai 2007, n°3, dossier 14, p.56.

[720] Cass. civ. 21 mars 2002, *Bull. civ*. II, n°55 ; *D*. 2002, IR, p.1325, *JCP G.*2002, IV, 1776.

[721] Cass. civ. 28 janv. 1998, *Bull. civ.* II, n°35. Dans le même sens : Cass.civ. 2e civ. 7 décembre 2000, *Juris-Data*, n°2000-007283 ; Cass. civ. 4 oct.2001, *Juris-Data* n°2001-011201 (retard justifié par la nécessité pour une société-mère de rassembler les informations auprès de nombreuses succursales).

[722] Note sous Cass. civ. 30 janv.2002, *JCP E*., 2003, n°15

pas libéré la banque localement de son obligation de remboursement. En Angleterre, la chambre des Lords semble avoir été particulièrement impressionnée par le risque de double paiement. Dans une décision ancienne[723], un créancier avait obtenu une ordonnance de saisie à l'encontre de la succursale de la Dresdner Bank AG à Londres, auprès de laquelle le débiteur avait un compte. Le service gestionnaire du compte était cependant la succursale berlinoise de la banque. La délivrance de l'ordonnance définitive fut refusée au motif que la banque courait le risque, selon les preuves obtenues, de payer deux fois la créance. Des années après, la chambre des Lords dans *Sté Eram Shipping* précitée, a tiré une conclusion radicale : elle déclare son incompétence pour prononcer la saisie d'une créance située à l'étranger, à Hong Kong en l'espèce. D'après cette juridiction, le risque de double paiement interdisait au juge anglais de prononcer une saisie sur une créance située à l'étranger. En Allemagne, la même solution fut adoptée depuis de longue date par la jurisprudence. Dans un premier arrêt[724], M. Koppel (le débiteur) avait une société dont le siège se trouvait à Hambourg et une succursale en Equateur. L'entreprise avait des créances contre V (le tiers saisi) qui furent saisies sur requête d'un créancier équatorien au moyen d'un embargo (sorte de nantissement). Peu de temps après, une autre créancière de M. Koppel fit saisir en Allemagne la même créance au moyen d'une ordonnance de saisie obtenue en Allemagne. La créance lui fut attribuée après qu'un jugement par défaut eut été prononcé à l'encontre de M. Koppel. V refusa de payer la somme saisie à cette créancière qui l'assigna en paiement. V. se défendit en soutenant que la créance avait été saisie en Equateur au moyen d'une saisie de premier rang. Le tribunal considéra cette saisie prioritaire comme valable et rejeta la demande de la créancière. Dans une autre affaire[725], un salarié américain était employé en Allemagne dans la succursale allemande d'une entreprise américaine dont le siège était au Texas. Un tribunal texan avait fait saisir le salaire du salarié employé en Allemagne pour la pension alimentaire de l'épouse auprès du siège principal de la société au Texas. Le BAG (Tribunal fédéral du travail) ne reconnut pas la saisie.

[723] Martin v Nadel [1906] 2 KB 26 ; V. Rheinstein RabelsZ 8 (1934), 277, 299.
[724] OLG Hambourg, Niemeyer's Z 1902, 271, 28.
[725] BAG IP Rax 1997, 335 critique schack IP Rax 1997, 318 et s.

240. La France et l'arrêt Exymol. En France, le risque de double paiement semble aujourd'hui inéluctable surtout après l'arrêt *Exsymol.* Ignorer le risque, dans le cas où il est avéré, serait irresponsable et susceptible de produire des conséquences inéluctables sur l'économie de l'Etat considéré. La réaction inverse, qui consiste à interdire le prononcé de saisies transfrontalières au motif qu'elles exposeraient nécessairement les tiers saisis à un risque de double paiement, n'est guère plus recommandable. M. CUNIBERTI propose une solution ; selon lui, le problème se pose au niveau des règles de conflit[726]. L'Etat dont les juridictions ou les organes d'exécution ont pratiqué la saisie entend appliquer sa propre loi à cette mesure, tandis que l'Etat du lieu de situation de l'établissement dans lequel le compte bancaire a été ouvert considère que seule sa loi doit être appliquée. Une première solution, qui est difficile à réaliser et paraît même impossible, consiste à l'unification internationale des règles de conflit. Ainsi, le risque de l'application de règles contradictoires devrait disparaître. Cette mission peut réussir avec la conclusion de conventions internationales. En l'absence de tels instruments, les Etats seront obligés de modifier leurs règles de conflit. La seconde solution consiste à donner effet aux jugements étrangers. Le droit moderne tend à privilégier l'application des règles ayant fait l'objet d'une concrétisation individuelle[727]. À partir du moment où un ordre juridique a émis une norme individuelle, celle-ci devrait, sauf exception, être reconnue à l'étranger, sous peine de décevoir les attentes des parties. Un régime libéral, accompagné d'un contrôle pour éviter tout abus, de l'accueil des normes individuelles étrangères est donc nécessaire. En attendant la réalisation de ces mesures, qui relèvent pour le moment de l'utopie, le plus simple serait de réserver la saisie au système juridique du pays du compte.

B. Position critique : Justifications de la territorialité de la saisie attribution

241. La localisation du dépôt et du compte. La Cour de cassation française, en décidant que la saisie attribution doit englober les sommes détenues à l'étranger, n'est pas allée jusqu'au bout de son raisonnement pour nous donner

[726] G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité des voies d'exécution », op. cit., p. 992.
[727] D'après P. MAYER « Il est considéré que les normes individuelles emportent des attentes bien supérieurs chez les justiciables que les règles générales et abstraites *», La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Thèse, 1973.

une solution aux problèmes qui ont alimenté la jurisprudence depuis quelques années. Le lieu où l'argent est déposé est très important. La jurisprudence a pourtant fait application d'une loi de police étrangère pour refuser la restitution de dépôts bancaires[728]. Certes, des circonstances politiques justifiaient une telle décision ; mais en dehors de tout empêchement, la saisie doit être pratiquée auprès de la succursale détentrice du compte. La gestion d'un compte ne peut s'effectuer que territorialement. De même, le lieu où l'argent est déposé est d'une importance telle qu'une saisie portant sur des fonds déposés à l'étranger peut être source de difficultés juridiques.

1. L'importance juridique du lieu de dépôt

242. La dépendance d'événements survenus à l'étranger. La localisation des avoirs déposés peut présenter, du point de vue juridique, une importance essentielle en raison notamment d'impératifs tenant au droit local. Le siège situé à l'étranger se trouve t-il obligé de payer les sommes déposées auprès des succursales ? Ou pourra-t-il se prévaloir des événements survenus au pays de situation de celle-ci pour échapper au paiement ? Supposons, en revanche, que c'est au pays du siège que les événements sont arrivés. La succursale étrangère peut-elle invoquer la mesure restrictive décrétée par l'autorité du siège ou survenue au pays du siège pour se soustraire à l'exécution d'une obligation contractée par elle en France ? Ces questions se posent généralement lors de la survenance d'un risque politique dans le pays du siège ou dans celui de la succursale. Appelé aussi « risque pays », le risque politique recouvre de nombreux événements liés à une crise que peut traverser un pays (guerre civile ou non, révolution, catastrophes naturelles, etc.). La survenance d'un tel risque au lieu de situation de la succursale pourra t-il exonérer le siège du paiement des avoirs déposés à l'étranger ? Les cas de force majeure, (plus particulièrement la guerre, la révolution et les catastrophes naturelles, événements imprévisibles, irrésistibles et extérieurs) ne font que suspendre l'obligation de la succursale. L'impossibilité de payer n'est donc pas absolue et définitive. C'est seulement pendant la période de survenance du risque que le siège est obligé de ne pas restituer les sommes déposées auprès de la succursale à l'étranger. En effet, les obligations contractées

[728] TGI Paris 8 mars 1985 et 12 mars 1985, *Rev. Banque* 1985, p.409 et p.523, comm. J.-L. Rives-Lange.

via la succursale sont celles du siège social : la succursale étant empêchée momentanément de payer, le siège social devrait bénéficier aussi de la suspension d'exécution. Dans le cas d'un événement de force majeure entraînant une impossibilité absolue, pour la succursale, de payer une somme d'argent, le siège social ne devrait pas non plus être tenu de cette obligation dont a été exonérée sa succursale. La force majeure pourrait donc exonérer le siège social de la banque de son obligation, à condition que la loi régissant la créance exonère la succursale bancaire de son obligation. L'obligation du siège n'existe que pour autant que sa succursale est toujours dans l'obligation de payer. La jurisprudence a décidé que si des mesures de change ou de gel ont été décrétées au pays des succursales, le siège peut être libéré. Cette solution qui n'a pas été retenue par les juges d'autres pays.

243. La réglementation des changes. Les opérations bancaires internationales nécessitent souvent des transferts de fonds par-delà les frontières ou des conversions de monnaies. Elles mettent ainsi en œuvre une ou plusieurs réglementations des changes. Le Tribunal de grande instance de Paris a décidé dans deux jugements[729] portant sur des avoirs déposés dans la succursale d'une banque française à Saigon que « *le contrat de dépôt conclu (entre la banque et ses clients) est soumis à la loi applicable au lieu où sont conservés les sommes déposées, c'est-à-dire la loi vietnamienne* » ; « *....Or, la réglementation des changes locale n'autorisant pas le remboursement des fonds déposés au Vietnam en dehors des frontières du pays, les parties devaient s'y soumettre, car les établissements français à l'étranger sont soumis aux règles édictées par la législation locale en application du principe de la territorialité du droit bancaire* »[730]. Le Tribunal de grande instance a voulu rappeler la règle selon laquelle les banques établies dans un pays étranger doivent respecter la législation locale dans son ensemble, et notamment la réglementation des changes des pays dans lesquels sont établies leurs succursales[731]. L'application des règles de change

[729] TGI Paris 8 mars 1985 et 12 mars 1985, *Rev. Banque* 1985, p.409 et p.523, comm. J.-L. Rives-Lange.
[730] Expression critiquée par J.-L. RIVES-LANGE. D'après lui « *ce n'est pas le droit bancaire qui est territorial mais le statut des banques* », v. Comm. sous TGI Paris 8 mars 1985 et 12 mars 1985, op. cit.
[731] V. notamment M. GIANVITI « Le contrôle des changes étranger devant le juge national », *RCDIP* 1980, p.479 ; Ch. GAVALDA, *Rép. International Dalloz*, v. Banques et établissements

étrangères a fait presque l'unanimité de la doctrine. D'après BATIFFOL et LAGARDE, « *les lois sur le contrôle des changes devraient être considérées comme des lois de police que le juge peut, sous certaines conditions, faire prévaloir sur la loi du contrat* »[732]. Par conséquent, si la loi étrangère de police interdit à la succursale de faire droit à ces paiements, la maison mère ne sera pas dans l'obligation de payer. La responsabilité de la société mère de répondre des obligations de paiements de ses succursales n'existe que pour autant que lesdites succursales soient dans l'obligation de payer.

244. Une solution semblable des juridictions anglaises. Lorsque la Palestine était sous mandat britannique, l'*Arab Bank* qui avait son siège social à Jérusalem avait ouvert un compte à la succursale de la *Barclays Bank*, elle-même à Jérusalem. Le mandat britannique prit fin le 14 mai 1948 et la guerre partagea le territoire en deux régions, l'une contrôlée par Israël, l'autre par les Palestiniens. *L'Arab Bank* était située dans le territoire sous contrôle palestinien alors que la succursale de la *Barclays* était située dans la partie contrôlée par les Israéliens. Une loi israélienne édicta que tout paiement fait en dehors d'Israël était illégal, et la *Barclays* fut requise, au titre de cette même loi, de transférer les dépôts de *l'Arab Bank* à un organisme conservateur des biens vacants. L'*Arab Bank* assigna la *Barklays,* en Angleterre, en réclamant le remboursement de son dépôt. Il faut préciser que le dépôt était stipulé restituable au lieu de situation de la succursale de la *Barclays*. L'*Arab Bank* considérait que le contrat avait été résilié du fait de

la guerre et qu'elle avait un recours direct contre la *Barclays.* La *House of Lords* décida que le compte étant régi par le droit local. Par conséquent, l'*Arab Bank* n'avait aucun recours contre la *Barclays*, au lieu où est situé son siège à Londres[733]. Les juridictions anglaises ont, comme les juridictions françaises, considéré que le lieu de dépôt a son importance, et que suite à la survenance d'événement en ce lieu, la restitution ne peut être demandée ailleurs.

financiers ; Ph. FOUCHARD, « La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale », *RJC* 1984, p.68 ; N. LEROUX, « En finir avec le contrôle des changes, Retour sur vingt ans d'hésitation législative », *Banque et droit*, nov.-déc. 2003, p.23 ; R. MONTFORT, «Nouvelle réglementation sur les investissements étrangers », *JCP E.* 2004, p.286.

[732] V. *Droit international privé*, t.2, L.G.D.J, 7e éd., 1983.

[733] *Arab Bank Ltd*. v. *Barclays Bank,* 1954 (DC&0) [1954] AC 495, HL.

245. Une divergence des juridictions américaines. Les solutions adoptées par les juridictions françaises et anglaises n'ont pas été retenues par les juridictions américaines. Dans deux arrêts *Vishipico Line* v. Chase *Manhattan Bank*[734] *et Trinh v. Citibank*[735], rendus dans des circonstances identiques à celles en France, c'est-à-dire la réclamation aux Etats-Unis d'avoirs déposés auprès de succursales à Saigon, les juges américains ont décidé que la banque mère défenderesse à New York est responsable de la restitution de dépôts en piastres vietnamiennes constitués par un résident vietnamien auprès de la succursale de la banque à Saigon. Pourquoi cette différence de solutions entre français et américains ? D'après le doyen STOUFFLET, « *cela s'explique par la différence d'interprétation de l'art. VIII (2) b du FMI. Les tribunaux américains sont partisans d'une définition restrictive de « contrats de change » et les autres tribunaux européens prônent une interprétation plus extensive. Pour les premiers, « contrat de change » ne comprend que les contrats ayant pour objet d'échanger la monnaie d'un Etat. À l'inverse, pour les seconds, ce terme doit être lu comme comprenant toute convention mettant en cause, même indirectement, les ressources de change d'un Etat* »[736]. Dans une affaire ultérieure *Wells Fargo Asia Ltd. v Citibank*[737], les juridictions américaines, ont adopté une autre position. Elles ont, comme les juridictions françaises, condamné la société mère à restituer les dépôts aux clients des succursales étrangères. Une banque avait déposé une somme en dollars auprès de la succursale de Manille de *Citibank*, peu de temps

avant la promulgation par le gouvernement philippin d'un moratoire sur la dette extérieure. Le déposant obtint des juridictions américaines que le siège de la Citibank à New York soit condamné à lui rembourser ses fonds. Ces arrêts n'ont pas été approuvés par les grandes banques américaines à réseau qui ont constitué un lobbying. Elles réclamèrent l'amendement des articles 138 et 204-a de la Loi bancaire new yorkaise. Ce qui leur a été accordé. Il en résulte que le siège d'une banque domiciliée à New-York (y compris la succursale domiciliée à New-York) ne peut désormais être tenu responsable du paiement d'un dépôt constitué auprès

[734] 660 F.2d 854 (2d Cir. 1981), cert. Denied, 459 US 976, 103 S. Ct 313, 74 L.Ed.2d 291(1982)
[735] 850 F. 2d 1 164 (6th Cir. 1988)
[736] *J.-Cl. International*, Banque et opérations de banque préc. V. aussi G. AFFAKI, *Financement et garanties dans le commerce international*, 2002, éd. Centre du commerce international, Genève, p.40.
[737] 936 F. 2d 723 (2d Cir.1991), spécialement 695 F. Supp. 1453-4.

de sa succursale étrangère lorsque le non paiement par cette succursale est dû à un acte de guerre, une insurrection, un conflit armé ou une action par le gouvernement ou l'une de ses émanations dans le pays d'établissement de la succursale, à moins que le siège ne se soit engagé par écrit à restituer le dépôt si de tels événements se produisent[738].

246. Le gel des avoirs détenus dans une succursale étrangère. Le gel des avoirs financiers a pour but de rendre indisponibles les fonds appartenant déjà à l'Etat visé, à ses émanations ou à ses ressortissants au moment de la décision ou d'en interdire le transfert à l'étranger. Les avoirs peuvent être détenus par des succursales bancaires situées à l'étranger. Dans ce cas, ces succursales sont-elles obligées de se conformer à une mesure de gel décidée dans le pays où est situé le siège et par conséquent refuser la restitution des dépôts? Le Tribunal de grande instance de Paris[739] a répondu par l'affirmative : « *la succursale française de la banque américaine était dans l'impossibilité d'exécuter l'opération de restitution en raison de l' « executive order » du chef de l'Etat étranger dont relève cette banque* »[740]. Les mesures de gel produisent les mêmes effets que les mesures de change. Elles font obstacle à un transfert international de fonds. Les banques se sont trouvées parfois affectées et fragilisées dans leur existence et dans leur solidité. Ces situations de fragilité ont poussé les banques à réfléchir à des clauses

qui pouvaient les prémunir contre les risques survenues au pays de situation de leurs succursales.

247. La clause de *Ring fencing* : une pratique d'origine américaine. L'incertitude qui caractérise les relations d'affaires internationales a donné lieu à une technique contractuelle qui permet à la banque d'isoler de son patrimoine les dettes contractées par la succursale étrangère en cas de survenance de risque au pays de situation de cette succursale et empêchant l'exécution de l'obligation.

[738] Cette réforme de la Loi bancaire de l'Etat de New York entra en vigueur le 6 juillet 1994. Un amendement au Federal Reserve Act devait par la suite étendre le bénéfice de cette exemption à l'ensemble des banques placées sous la tutelle de la Réserve Fédérale et, par la suite, en amendement au *Federal Deposit Insurance Act* aux banques qui ne relèvent pas de cette tutelle, 12 USC 633, *as added by act of Sept.*23, 1994 (108 Stat.2229)

[739] TGI Paris 21 déc.1979, *JDI*, 1980, p.33O, note F. Gianviti.

[740] Affaire de blocage des avoirs iraniens par le président des Etats-Unis. V. les réf. note supra n° 480.

D'origine anglo-américaine, la clause dite *ring fencing* était la conséquence de la mise en émoi des grandes banques à réseau suite aux décisions des juridictions américaines[741]. Pour limiter leur responsabilité, les banques américaines ont commencé à inclure dans leurs contrats des clauses de *ring-fencing*. Ces clauses[742] visent à « ségréguer » contractuellement une succursale de banque établie à l'étranger, en général dans un pays réputé à forte instabilité politique. Le résultat visé est l'exonération de l'établissement principal de sa responsabilité financière pour les engagements de sa succursale[743]. S'agissant d'un droit librement disponible, le paiement par le siège peut faire l'objet d'un aménagement afin de limiter les recours. L'exonération est généralement limitée au risque politique : moratoire sur le remboursement de la dette extérieure, suspension de la convertibilité, restriction de sortie de devises. Les clauses de *ring fencing* sont aussi très fréquentes dans les conventions cadres ISDA[744] en matière de transactions sur produits dérivés. Très souvent, les contrats sont « multisuccursales » (« *multibranches* »), ce qui implique que plusieurs succursales localisées dans différents pays pourront conclure des transactions

régies par la convention cadre. Si les pays dans lesquels est implantée la contrepartie sont des pays sensibles, la non-application de cette clause sera probablement désavantageuse pour les parties situées dans des pays moins risqués.

248. ***Ring fencing*** **et droit français**. Etant d'origines anglo-américaines les clauses de *ring fencing* sont assez répandues outre atlantique. Quelle sera la réaction d'un juge français face à cette clause ? Il faut signaler d'abord que la

[741] Citées ci-dessus, Vishipico Line v. Chase *Manhattan Bank, Trinh v. Citibank* et *Wells Fargo Asia Ltd. v Citibank.* Ces décisions ont constraint les banques à restituer les sommes déposées auprès des succursales.

[742] Elles sont rédigées généralement de la manière suivante : « *The confirming bank agrees that if an event of political risk occurs, the confirming bank shall neither have nor seek recourse against the issuing bank, its branches, subsidiaires and affiliates and their respective assets, outside of [pays du lieu d'établissement de la banque émettrice*] ».

[743] J. STOUFFLET et G. AFFAKI, « la limitation de la responsabilité du siège pour les engagements de sa succursale,», Chronique de droit bancaire international, *Banque et droit* n°92, 2003, p.67.

[744] Adopté par *l'International Swaps and Derivatives Association* (ISDA). Son contrat cadre multiproduits dérivés de 2002 érige en principe général à l'art.10 (a) le ring-fencing de la succursale, à moins d'opter explicitement dans l'annexe de l'accord cadre pour la responsabilité de l'établissement principal pour les engagements de la succursale

validité de la clause sera régie par la loi du contrat. C'est quand celle-ci la valide que la question de son efficacité se posera en France. Le droit français est fondé sur le principe d'unité de la personne et du patrimoine. Ce principe ne peut être qualifié d'ordre public et par conséquent la clause de *ring fencing* reste valable au regard de ce principe. Quant au support du principe d'unité, le gage général des créanciers, la jurisprudence a rendu de nombreuses décisions au visa des articles 2284 du Code civil (ancien article 2092) et l'article 2285 du Code civil (ancien article 2285). Elle a ainsi validé une clause conclue entre un créancier et un débiteur dans le cadre d'un protocole renonçant à poursuivre le débiteur, mais réservant cependant les recours du créancier contre la caution[745]. En doctrine, les professeurs MALAURIE et TÉRRÉ défendent l'idée qu'en dehors des hypothèses prévues par la loi, aucune convention passée par le débiteur ne peut restreindre les droits de ses créanciers sur l'ensemble de ses biens. Malgré l'importance donc de l'unité de la personne morale et de son corolaire, l'unité de patrimoine, nous ne pouvons considérer ces deux principes comme d'ordre public. Ils ne peuvent faire obstacle à l'application d'une clause de *Ring fencing*. Reste en revanche la question des contrats conclus par les consommateurs, considérés comme des parties faibles, une clause de *Ring fencing* incluse dans leur contrat peut-elle être qualifiée d'abusive au regard de l'article L.132-1 du code de la consommation et par conséquent être considérée comme nulle ? Seul l'avenir pourra nous le confirmer. Le consommateur est une partie faible et, par conséquent, une protection doit lui être assurée. Nous attendons les solutions données par les juges. En effet, l'insertion des clauses dites *Ring fencing* aura tendance à se généraliser

et les affaires s'y rapportant ne manqueront pas d'être soumises aux juridictions françaises. Les clauses de ring-fencing ont été imaginées par la pratique bancaire pour faire face aux décisions judiciaires qui n'hésitaient pas à contraindre le siège de s'acquitter d'une obligation contractée auprès de la succursale. Les banques ont essayé de faire face à une situation qui, à notre avis, n'est qu'une illustration de l'attachement des juges au principe de l'unité de la personne et du patrimoine. Ce principe qui doit être compatible avec les situations compliquées posées aux banques à succursales au niveau international. Le dépôt effectué auprès d'une

[745] *RTD com.* 2007, p.833*, D.*2007, p.1999.

succursale à l'étranger ne peut être considéré comme un dépôt effectué auprès d'une succursale située dans le même pays que le siège. Les juges doivent être conscients de cela avant de permettre de saisir ou de restituer l'argent déposée à l'étranger. Un autre problème pratique qui doit être pris en considération avant de donner un effet extraterritorial à une saisie-attribution est la localisation des comptes bancaires.

2. La localisation des comptes bancaires

249. Créances de sommes d'argent et comptes bancaires. La créance portant sur un compte bancaire n'est pas une créance ordinaire. Certes, c'est un bien incorporel par conséquent non localisable. L. D'AVOUT l'a assez bien expliqué « *la portée du principe de territorialité des voies d'exécution doit être sérieusement reconsidérée dans le périmètre des biens incorporels. L'idée de localisation géographique, sur laquelle est chevillé ce principe, est en effet étrangère, par essence, à ces biens dont l'existence n'est qu'abstraite* »[746]. Appliquée aux comptes bancaires, la théorie de L. D'AVOUT a fait réagir certains auteurs. D'après H. SYNVET, « *si les créances n'ont peut-être pas de localisation*[747]*, les comptes bancaires si* »[748]. La territorialité qui caractérise les voies d'exécution ne peut s'appliquer telle quelle aux saisies de comptes bancaires. En matière de compte, technique comptable et règle de droit sont étroitement liées. La banque ou la succursale applique une méthode comptable et ne peut que tenir les comptes de ses clients selon la loi et les usages locaux[749]. Elle ne dispose que d'une marge de liberté limitée. Les autorités de contrôle imposent aux établissements de crédit un plan comptable strict. Un solde créditeur de compte bancaire n'est pas une créance comme les autres. Le bon fonctionnement des saisies sera mieux servi par une compétence exclusive des autorités de l'Etat de la succursale.

250. L'autonomie des comptes bancaires. L'inscription à un compte d'une somme d'argent a pour effet d'en faire une certaine quantité de monnaie

[746] Thèse préc. n°169 et s.
[747] Conception défendue par L. D'AVOUT dans sa thèse*, Sur les solutions des conflits de lois en droit des biens*, Economica, 2006, spéc. n°262 et s. et 318 et s.
[748] V. « Chronique de droit bancaire Janv.-Déc. 2008», *D.* 2009, p.1050.
[749] V. notamment J. STOUFFLET, E. BOURETZ et H. SMITH, *J. -Cl. International*, op. cit. n° 77 ; J.-P. MATTOUT, op. cit. n° 11.

scripturale. Le déposant est bien un créancier mais un créancier de monnaie scripturale[750]. Il en résulte que cette monnaie ne se confond pas avec les autres avoirs monétaires du client. Ainsi, un chèque tiré sur un compte n'est pas considéré comme provisionné si la position créditrice de ce compte est insuffisante, alors même que la position créditrice d'un autre compte tenu par la même banque pour le même client permettrait de couvrir le chèque[751]. De cette analyse, il résulte qu'une saisie ne peut frapper que les comptes tenus dans un guichet bancaire situé en un lieu où s'exerce la souveraineté de l'autorité sous l'égide de laquelle la saisie est menée, ce qui n'est pas le cas d'une succursale de banque localisée à l'étranger. L'environnement juridique de la succursale de la banque dépend très largement de l'ordre juridique du pays où elle est établie. MM. STOUFFLET et AFFAKI sont arrivés à la conclusion suivante « *l'arrêt Exsymol de la Cour de cassation s'accorde mal avec l'autonomie statutaire reconnue aux succursales de banques étrangères* »[752].

251. La cohérence juridique exige la territorialité. Du point de vue du régime des obligations, le solde d'un compte est le fruit de la combinaison de multiples opérations, qui s'enchevêtrent et ne sont réunies que par l'application d'une convention soumise à une loi déterminée. La loi du 9 juillet 1991 en tient compte pour déterminer l'étendue exacte des droits du créancier saisissant : son article 47 organise la liquidation des opérations en cours à la date de la saisie-attribution. Lorsque le compte est tenu par une succursale étrangère, l'application de ces dispositions risque de porter à faux, le fonctionnement du compte étant régi par une loi qui n'est pas la loi française. Elle risque également de déjouer les prévisions du banquier qui doit pouvoir compter sur la protection de la loi locale

[750] Une quantité de monnaie scripturale qui, à bien des égards, obéirait plutôt au régime des meubles corporels qu'au régime des créances. C. MOULY affirme que « *plus que sur des créances, l'attribution portera sur des sommes d'argent (monnaie scripturale), existant entre les mains du banquier* », v. « Procédures civiles d'exécution et droit bancaire », *RTD. civ.* 1993, p.68, n°14. V. aussi Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit. n° 376.

[751] Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Instruments de paiement et de crédit*, Litec, 6e éd. 2006, n°230.

[752] V. leur note, *Banque et droit*, mars-avr. 2008, n°118, p. 33.

et ne saurait anticiper l'interférence de saisies pratiquées dans son pays d'origine. D'autre part, le solde créditeur d'un compte constitue pour son titulaire un élément d'actif, susceptible de faire l'objet d'opérations juridiques spécifiques. En droit français, il s'ensuit des dispositions de l'article 2360 du Code civil, sur le régime du nantissement des comptes bancaires, des situations de concours de droits qui ne peuvent être commodément réglées que par l'application d'une loi unique. La mieux placée est celle qui régit le compte. De même qu'une autorité étrangère ne pouvait admettre qu'une saisie française vienne interférer avec une saisie étrangère ou un nantissement étranger, une autorité française ne peut non plus admettre qu'une saisie étrangère ne vienne interférer avec une saisie française, un nantissement français ou une cession à titre de garantie, sur le compte tenu par la succursale française d'une banque étrangère. Il est donc fortement recommandé, par souci de cohérence du régime juridique applicable au compte bancaire, de soumettre celui-ci aux seules voies d'exécution locales. La saisie-attribution de sommes déposées dans un compte étranger soulève encore de grandes difficultés en France en raison d'une application stricte du principe d'unité de la personne et du patrimoine. Or ce dernier doit être adapté aux situations internationales. C'est la raison pour laquelle nous présentons le droit québécois en tant que source d'inspiration pour le législateur français. Le droit québécois paraît plus adéquat aux situations très compliquées de saisies bancaires internationales et de demandes de restitution des dépôts effectués à l'étranger.

3. Le droit québécois, source d'inspiration

252. Autonomie des succursales et localisation des comptes. En droit québécois, dans le cas d'une dette ordinaire, le débiteur doit remettre l'argent à l'endroit désigné (article1566 du Code civil québécois). Cependant, dans le cas du compte bancaire, la demande doit être faite par le client à la succursale où le compte est tenu, c'est-à-dire à la succursale d'ouverture du compte si le client n'a pas manifesté l'intention de changer définitivement de succursale pour l'opération

de son compte[753]. En matière de paiement bancaire, chaque succursale est considérée comme indépendante des autres comme s'il s'agissait d'une entité distincte, même si juridiquement elle ne l'est pas. La loi confirme l'interprétation de la jurisprudence. Elle dispose que la dette est payable uniquement à la succursale de la tenue du compte (articles 461 et 462 de la loi sur les banques), même dans le cas où la banque autorise d'une manière occasionnelle ou régulière le déposant à effectuer des retraits ou à tirer des chèques à une succursale autre que celle où le compte est tenu. Une banque a donc le droit de refuser de payer un chèque tiré sur une succursale autre que celle où le tireur a un compte.

253. Une réglementation efficace. Un autre effet de la règle selon laquelle la dette est réputée contractée au lieu où est située la succursale de la tenue du compte est que, si une saisie est pratiquée sur un compte bancaire, seuls les actifs du client déposés à cette succursale sont saisis[754]. La procédure ne s'étend pas aux autres comptes que peut détenir le même client dans d'autres succursales du même établissement. La juridiction en matière de saisie est donc le lieu où a été effectué le dépôt et où le compte est tenu (article 462 Loi sur les banques). Si une banque située au Québec a une succursale en Ontario et que des fonds sont déposés à la succursale en Ontario, c'est dans cette dernière province que la saisie doit être pratiquée[755]. Une saisie-arrêt ne peut donc s'effectuer au siège de l'établissement parce que chaque succursale, même si elle n'est pas une entité juridiquement distincte, doit néanmoins être considérée comme telle dans

certaines circonstances en raison des nécessités du commerce bancaire[756]. À moins d'une entente expresse, la banque ne reconnaît un solde en faveur de son client qu'à la succursale où a été fait le dépôt et n'accorde à son client le droit de tirer des chèques ou d'émettre des ordres de virement que sur la succursale où il a un compte, c'est-à-dire où il a effectué le dépôt. Si on admet que la banque n'a

[753] N. L'HEUREUX, E FORTIN et M. LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, Cowansville, Yvon Blais, 2004.
[754] Equity Accounts Buyers Ltd. c. Jacob, [1972] R.P.326 (C.P.), note 177.
[755] *Arab Bank c. Barklays Bank*, [1954] A.C.495, note 377.
[756] Sur le caractère autonome de la succursale bancaire au Canada, v. William CIURLUINI, Ltd. c. Royal Bank of Canada, [1972] 2 O.R. 748 (H.C.).

d'obligation de rembourser le dépôt qu'à la succursale où il a été effectué, cela constitue la principale distinction entre le rapport banque-client et le rapport général créancier-débiteur. L'article 462 de la Loi sur les banques dispose à l'égard du dépôt bancaire que les procédures introduites n'ont d'effet que si elles sont signifiées à la succursale où le compte est tenu. Ainsi, il a été décidé que la publication d'un avis de cession de créances en vertu de l'article 1571d C. c. B.C. (art. 2710 C.c.Q.) n'avait pas d'effet sur les fonds détenus à la succursale bancaire qui n'avait pas reçu la signification[757]. Cependant, la domiciliation du dépôt bancaire et du compte bancaire n'a pas pour effet de relever la banque de sa responsabilité générale pour toutes ses succursales. Malgré l'obligation de présenter la demande à la succursale de la tenue du compte, cette restriction disparaît en cas de refus de la banque de rembourser. Dans ce cas, l'action en remboursement du solde du compte peut être dirigée contre l'établissement, sans égard à la succursale[758]. Ainsi, si le gérant d'une succursale refuse de rembourser un client ou si une succursale est fermée, le siège est responsable en tant qu'établissement principal, et tous les actifs de la banque répondent de ses obligations.

254. Conclusion du Chapitre. **Ambivalence**. Parce que la succursale située en France est dépendante d'une entreprise étrangère, deux lois peuvent se reconnaître compétence pour régir son fonctionnement et sa gestion : la loi étrangère du siège et la loi locale du pays de sa situation. L'autonomie des succursales donne compétence principalement à la loi locale. Aux obligations contractuelles et extracontractuelles est applicable généralement la loi de situation

de la succursale. En dehors des cas où les parties l'ont écartée au profit de la loi du siège, d'une loi tierce ou de la loi du lieu de situation de la succursale s'impose. Ainsi, les conventions passées par les succursales étrangères sur le sol français, relèvent principalement de la loi française. Les délits commis dans le cadre de l'exploitation de succursales étrangères exerçant leurs activités en France seront sanctionnés selon le droit français. La loi locale s'applique aussi en tant que

[757] Caisse populaire de Laval-des-Rapides c. Banque Laurentienne du Canada, J.E. 96-90 (C.S.). V.
[758] *Richardson c./ Richardson*, préc. note 383.

loi territoriale ou de police (lois régissant le statut des entreprises bancaires et d'assurance – lois sur la consommation – lois régissant les relations de travail). Ces lois qui garantissent aux Etats le contrôle des activités étrangères sur leur sol connaissent un essor particulier dans le domaine bancaire et d'assurance. Les succursales de banque et de sociétés d'assurance ont une marge de liberté assez limitée en raison des enjeux du commerce de l'argent et de la sécurité. La protection des parties faibles suppose aussi une intervention plus poussée de l'Etat dans les activités des succursales étrangères. La loi de la succursale n'est pas la seule à régir les opérations effectuées par elle, la loi de la maison mère trouve aussi application. Cette dernière a parfois un caractère extraterritorial. Les pouvoirs des dirigeants de la succursale relèvent de la loi de la maison mère dans le cas où ils ont été recrutés dans le pays de situation de celle-ci. La loi de la maison mère peut s'appliquer aussi en tant que loi de police étrangère. Ceci ne va pas sans poser des difficultés aux activités déployées par les succursales dans d'autres pays. Le seul exemple du secret bancaire permet de montrer la difficulté à laquelle peut être confrontée une succursale située dans un pays où le secret est sanctionné pénalement, et qui est obligée de déclarer ou d'attribuer les fonds en sa possession. Nous avons, pour cette raison, opté pour une territorialité des saisies attribution.

Dans l'espace européen, l'harmonisation des conditions d'accès aux marchés bancaire, d'assurance et des services d'investissement a eu pour conséquence une extraterritorialité de la loi du siège (Banque, société d'assurance ou PSI). C'est la référence au pays d'origine. Ce dernier accorde l'agrément et doit par conséquent superviser les activités déployées par voie de succursales sur les autres territoires de pays membres. La confiance mutuelle entre les pays européens a facilité l'extraterritorialité du droit du pays d'origine. En dehors de l'Union européennes les banques et les sociétés d'assurance qui implantent des succursales doivent se soumettre à un contrôle strictement territorial.

Nous constatons que le droit substantiel applicable aux succursales est loin d'être clair. Le statut juridique des succursales entre dépendance et autonomie a pour conséquence d'inciter les sociétés à pratiquer le *law shopping* en fonction de l'interprétation donnée par tel ou tel pays à l'opération effectuée par une succursale. Dans l'espace européen, l'application de la loi du pays de la succursale dépend de son rapport avec l'exploitation de ladite succursale.

Cependant, nous attendons toujours l'interprétation des articles 19 du règlement Rome I et 23 du règlement Rome II. L'interprétation par la Cour de justice de l'article 5-5 était dans le cadre de la compétence juridictionnelle. Elle ne peut être transposable à la compétence législative.

Ce qui est certain c'est que pour retenir la loi de la succursale, cette dernière doit avoir joué un rôle déterminant dans l'obligation. Toute la difficulté est là. Autrement dit quand est-ce que une opération peut être rattachée à la loi de la succursale ? Un tel rattachement suppose à notre avis que la succursale prenne non seulement l'initiative de conclure une opération mais assurer aussi son exécution. Les règles doivent être claires pour les sociétés car seule la clarté permet d'assurer la prévisibilité recherchée. Ces dernières doivent être conscientes que l'implantation d'une succursale expose à l'application de lois territoriales mais aussi aux lois de la maison mère, voire encore les deux à la fois (nous avons vu qu'en droit pénal il y a le risque d'être poursuivi à la fois au pays de la maison mère et au pays de la succursale). Le régime juridique des succursales n'est pas le seul à soulever des difficultés dans l'espace international et européen, leur régime fiscal en soulève aussi tout autant et qui ne sont pas de moindre complication.

TITRE 2 :

Le régime fiscal des succursales étrangères

255. Une asymétrie de traitement entre filiale et succursale. Si la situation fiscale de la filiale est assez claire, puisqu'il s'agit d'une société nationale même si elle est entièrement contrôlée par des actionnaires non résidents, celle de la succursale l'est beaucoup moins[759]. À certains égards, une succursale est traitée comme si elle avait une personnalité fiscale ; c'est un contribuable à part entière, pour la détermination des bénéfices qu'elle réalise (assimilation à une entreprise indépendante). Mais les Etats ne lui reconnaissent pas toujours cette quasi-personnalité fiscale, notamment pour les opérations internes à l'entreprise, réalisées entre la succursale et le siège[760]. C'est une situation gênante car tantôt c'est l'unicité de la personne qui commande la solution sur le plan fiscal, tantôt c'est de nouveau la fiction fiscale qui l'emporte, au détriment de l'analyse purement juridique. La dissymétrie de traitement entre filiale et succursale se retrouve aussi au niveau du bénéfice de certains avantages ; la succursale n'ayant pas de personnalité juridique distincte du siège, elle ne peut juridiquement être considérée comme résident de l'Etat où elle est installée[761]. D'où une discrimination par rapport aux sociétés résidentes[762] (Chapitre 1). Dans l'espace européen grâce au principe de non discrimination et celui de la liberté d'établissement, une jurisprudence abondante de la CJCE a condamné les discriminations vis-à-vis des succursales[763]. La Cour de justice des communautés

[759] La distinction filiale /succursale fait d'après A. DEWAAL « l*es délices des fiscalistes internationaux mais n'est guère claire pour les opérateurs économiques* », « De l'inégalité de traitement entre succursales et filiales », *RDAI.* 1997, n°5, p.631. V. notamment P. DONSIMINI, « Comment évaluer le risque de qualification d'une filiale en établissement stable ?», *Dr. fisc*. 2004, n° 11, p. 405

[760] Mémento pratique Francis Lefebvre, *Groupe de sociétés*, 2011, n° 12101.

[761] La résidence est liée à la personne morale. Elle est située au siège de direction effective de la société. V. B. GOUTHIÈRE, *Les impôts dans les affaires internationales*, 8e éd. 2010, n°1400; R. DUCCINI, *Stratégie fiscale des contrats internationaux*, Litec, 2006, n° 210.

[762], v. R. DUCCINI, op. cit., n° 87.

[763] C. PRITO, « Liberté d'établissement et de prestations de services », *RTDE*, 2005, p. 867, spéc. p. 877 ; même auteur, *RTDE*, 2007, p.75, spéc. p. 87. E. ASSIMACOPOULOU, *Joly Communautaire,* v° Fiscalité des sociétés, n° 6 ; J.-P. MAUBLANC, « Fiscalité des sociétés,

européennes s'est rendue compte que la construction d'un marché européen reste impossible sans une harmonisation fiscale, et a réagi par conséquent sur le plan des libertés communautaires pour pousser les Etats membres à réfléchir sur une solution aux disparités fiscales. C'était un moyen pour elle de pousser les Etats membres à une harmonisation de leur fiscalité (Chapitre 2).

extension du droit communautaire au droit conventionnel et aux situations internes », *RMCUE* 2000, n° 436, p. 173 ; C. VALENTIN et D. CHARRIER-BLESTEL, note sous CJCE 12 sep. 2006, aff. C-196/04, p. 1409 ; Ph. DEROUIN et Ph. MARTIN, Droit communautaire et fiscalité, Litec, 2008, n° 103 et s. J. -G. HUGLO, *J. -Cl. International*, Fasc. 164-40, Reconnaissance, Établissement et libre prestation de services des sociétés, n° 38 et s.

CHAPITRE 1

L'IMPOSITION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

256. Une qualification autonome. Si elles ne disposent pas de personnalité juridique les succursales disposent, en revanche, d'une personnalité fiscale[764]. Le droit fiscal, branche autonome du droit, crée la notion de « personnalité fiscale », c'est-à-dire la possibilité d'avoir une existence propre « *for tax purposes* » indépendamment de l'existence d'une personne juridique. Pour la détermination des bénéfices qu'elles réalisent avec le siège, les succursales sont considérées comme des entreprises indépendantes[765]. C'est ainsi que le transfert d'immobilisations du siège français vers une succursale étrangère doit être assimilé à une cession au regard des dispositions de l'article 39 duodecies du CGI donnant lieu à plus-value ou moins value fiscale en France[766]. L'évaluation du bénéfice imposable en France des succursales de sociétés étrangères obéit à des principes largement communs, que ces sociétés aient ou non leur siège dans un pays lié à la France par une convention fiscale. Les succursales étrangères seront considérées par le fisc français comme des personnes fiscales (Section 1). Elles seront imposables sur les opérations effectuées par elles (Section 2).

[764] V. notamment, A. DE WAAL, « De l'inégalité de traitement entre succursales et filiales », *RDAI*, 1997, n° 5, p. 631 ; Mémento pratique Francis Lefebvre, *Groupe de sociétés*, 2011, n° 12101.

[765] L'article 7 § 2 du modèle OCDE dispose « *Lorsqu'une entreprise d'un État contractant exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, il est imputé, dans chaque État contractant, à cet établissement stable, les bénéfices qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable* »

[766] V. Transferts d'éléments d'actifs entre entreprises situées dans des pays différents, *Bull. fisc.* 3 / 86, p.135 et s.

SECTION 1 :
LA PERSONNALITÉ FISCALE DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

257. Droit interne et droit conventionnel. Dans le droit fiscal français, on distingue pour l'étude de l'imposition internationale d'une entité telle la succursale, le droit interne[767] du droit conventionnel[768]. Le droit conventionnel est plus important car la France est aujourd'hui liée avec la plupart des pays par des conventions fiscales. Ces conventions n'ont pas pour seul objet de garantir les résidents des deux Etats contre les phénomènes de double imposition mais garantissent également la protection des contribuables et organisent une coopération. En droit interne, l'imposition de la succursale suppose que celle-ci soit considérée comme une activité exploitée en France (§1). Par application du droit conventionnel, une société ne sera imposable dans un autre pays que si elle exploite un établissement stable (tel que défini dans la convention bilatérale) dans ledit pays (§2).

[767] V. notamment, B. DELIGNIÈRES, *J.-Cl. International*, Fasc. 305-10, Impôts sur les sociétés - Territorialité. Principes, n° 14.

[768] Quand une entreprise exerce une activité dans un État qui n'est pas celui de sa résidence, on examine d'abord s'il existe une convention fiscale. En l'absence d'une telle convention, le droit interne de chacun des états s'applique. En présence d'une convention il faut se demander si celle-ci fait référence à un critère d'établissement stable pour l'imposition des bénéfices des entreprises, v. notamment, P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 2009, n° 590 et 599. ; B. GOUTHIÈRE, *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, 8e éd. n°700

§1 – L'EXPLOITATION PAR UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE D'UNE ACTIVITÉ EN FRANCE SOUS FORME DE SUCCURSALE

258. La territorialité de l'imposition. Le système fiscal français repose sur une territorialité stricte concernant l'impôt sur les sociétés[769]. La règle figure à l'art. 209-I du Code général des impôts[770]. Si une société française dispose d'une succursale à l'étranger, les revenus et plus values afférents à une telle exploitation sont exclus du résultat imposable français. Symétriquement, les charges afférentes à une telle exploitation ne peuvent faire l'objet d'une déduction en France. Bien évidemment, les déficits subis dans la succursale située hors de France ne peuvent être imputés sur le résultat français. De même que les actifs doivent être considérés comme exclus du bilan fiscal français.

259. La mondialité de l'imposition. Aux Etats-Unis, (et dans la plupart des pays industrialisés), la personne assujettie sera imposable, non pas territorialement comme c'est le cas en France, mais sur l'ensemble de ses revenus sur le plan mondial. Ce principe ne trouve application que pour les sociétés domiciliées aux Etats-Unis (*domestic corporations*). Pour les sociétés qui n'y sont pas résidentes (*foreign corporations*), seuls les revenus générés aux Etats-Unis, ou plus précisément, seuls les revenus en lien avec une activité exercée sur le territoire américain, sont imposables. En droit américain, l'imposition des

[769] Il faut rappeler que contrairement à la France, qui est encore attachée à la territorialité(avec ses anciennes colonies ainsi que Singapour et Hong-Kong), même si certains aménagements ont été apportés à ce principe par le législateur en raison de son inadaptation aux activités internationales et intracommunautaires des entreprises, la plupart des pays industrialisés (notamment les Etats-Unis, l'Allemagne, le Japon) retiennent une approche mondiale de l'impôt pesant sur les sociétés ayant leur siège chez eux et des succursales à l'étranger : ils consolident le résultat de la succursale étrangère, qu'ils imposent avec le résultat du siège, autorisant en contrepartie le siège à imputer sur son impôt national l'impôt acquitté par la succursale étrangère dans l'Etat étranger. L'ensemble des pertes comme des bénéfices est alors pris en compte dans l'Etat étranger.

[770] Les bénéfices provenant d'opérations effectuées par des entreprises françaises dans les établissements qu'elles possèdent à l'étranger ne sont pas imposables à l'IS en France. Et corrélativement, les bénéfices provenant d'opérations effectuées pour des entreprises étrangères dans les établissements qu'elles possèdent en France, sont imposables en France. V. sur ce point, B. DELIGNIÈRES, *J. -Cl. International*, Fasc. 305-30, Impôts sur les sociétés. Territorialité. – Détermination des bénéfices taxables en France. Règles générales, n° 3.

succursales fait partie de l'imposition des *foreign corporations*[771]. Des dispositions particulières sont prévues pour la taxation des succursales américaines de sociétés étrangères, soit la *Branch Profits Tax* (BTP) et la *Branch Interest Tax* (BIT)[772]. Ces deux impôts instituent un prélèvement à hauteur de 30%, dont sont débitrices les sociétés étrangères, et qui portent sur les bénéfices de leur succursale américaine rapatriés dans l'Etat de résidence de la société dont dépend la succursale (*repatriation*)[773].

260. **Succursale et exploitation d'activité**. En France, les succursales et agences doivent être considérées comme des établissements si elles sont dotées d'une permanence et d'une autonomie suffisantes. Il a été jugé qu'une succursale qui ne réalise en France aucune affaire et qui se borne à assurer un travail de coordination des activités du groupe pour le compte de son siège étranger, n'est pas une entreprise « *exploitée en France* »[774]. En revanche, il a été décidé qu'une société dont le siège social est au Royaume-Uni et qui exerce en France des prestations inhérentes à des excursions sur les rivières et les canaux et qui dispose à cet effet, en France, où elle a créé une succursale, de trois péniches animées par un personnel de navigation et d'hôtellerie, exploite en France un établissement stable au sens de la convention fiscale franco-britannique[775].

[771] M. BAUEN et R. GANI, *La fiscalité internationale des Etats-Unis*, Bruylant, L.G.D.J, 2008, n° 178, p. 65.
[772] B. BITTKER et L. LOKKEN, *Fundamentals of International Taxation, U.S. Taxation of Foreign Income and Foreign Taxpayers*, Boston 2005/2006, 66-203 ss ; Ch.-H GUSTAFSON, R.-J. PERONI, R.-C. PUGH, *Taxation of International Transactions* : *Materials, Texts and Poblems*, 3e éd., St Paul, 2006, 164 ss.
[773] § 884 (b) IRC (Internal Revenue Code, Loi d'impôt sur le plan fédéral américain)
[774] CAA Paris 2ème chambre 22 janvier 1998 n° 94-1614 Sté Publicis FCB Europe, *RJF* 4/98, n° 382.
[775] CE 19 octobre 1992, Floating through France Ltd, *RJF* 12/92 n° 1706.

§2 - L'EXERCICE D'ACTIVITÉ SOUS FORME D'ETABLISSEMENT STABLE

261. Notion d'établissement stable : notion clé. Le droit fiscal aborde la notion de succursale dans un contexte plus large qui est celui d'établissement stable. Le concept d'établissement stable a été crée pour répondre concrètement à des problèmes se posant de manière concrète en fiscalité internationale. La plupart des conventions fiscales conclues par la France, pour éviter les doubles impositions[776], se réfèrent à la notion d'établissement stable[777]. C'est un critère de répartition du pouvoir d'imposition entre deux Etats contractants. Lorsqu'une entreprise exerce son activité sur le territoire d'un autre Etat, à partir d'un établissement qui a un caractère de stabilité et de permanence, le revenu réalisé par cet établissement prend uniquement sa source dans l'Etat où il est situé.

Lorsqu'une entreprise étrangère exerce une activité en France par l'intermédiaire d'un établissement stable, les bénéfices réalisés par cet établissement stable (qui peut être une succursale) sont imposables en France, et l'Etat du domicile doit s'abstenir[778]. En résumé, si on est en présence d'un établissement stable les conventions préventives prévoient que les bénéfices de cet établissement sont exclusivement taxables dans l'État du dit établissement (État d'accueil). La notion d'établissement stable a donc émergé en droit fiscal international comme critère de rattachement territorial des bénéfices. Elle est aujourd'hui presque universellement admise.

[776] D'après J.-F. MANDELBAUM « *l'ouverture du succursale à l'étranger, pour une société qui souhaite intervenir sur un nouveau marché est le schéma qui présente, de loin, le plus grand risque de double imposition. Ce risque est extrêmement coûteux pour les entreprises. Cette double imposition représente un coût potentiel gigantesque pour les entreprises : si une entreprise est par exemple imposée deux fois à 33, 1/3 % sur les mêmes profits, il ne lui reste qu'un tiers de ces bénéfices après impôt* », v. *La double imposition des succursales à l'étranger, la fiction bilancielle de l'établissement stable*, l'Harmattan, 2007, p. 27.

[777] Excepté la Convention franco-saoudienne dans laquelle le concept n'existe pas et la convention franco-soviétique qui préfère le terme de « représentation permanente ».

[778] J.-P FOUCAULT, *J_Cl. Fiscal international*, Fasc. 353-C, Définition de l'établissement stable, n°7.

262. Succursale et établissement stable en droit conventionnel. La succursale constitue toujours un établissement stable[779]. En pratique, lorsqu'une société étrangère a ouvert en France une succursale, il est assez difficile pour elle de prétendre que celle-ci ne constitue pas un établissement stable. Ainsi, dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy[780], la reconnaissance de l'établissement stable a été tirée exclusivement de l'inscription au Registre du commerce de Calais depuis longtemps en tant que succursale d'une société étrangère exploitant une ligne d'aéroglisseurs entre Ramsgate et Calais. L'analyse n'a pas été véritablement faite des circonstances dans lesquelles la société britannique opérait en France. Si l'entreprise étrangère est résidente d'un pays ayant signé avec la France une convention de double imposition, elle peut demander à l'administration de lui garantir que son implantation ne sera pas qualifiée d'établissement stable. À défaut de réponse dans les trois mois, l'administration est réputée avoir donné son accord de façon tacite[781]. La succursale correspond à la définition donnée par l'article 5 de la convention modèle OCDE « *c'est une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise (d'un État contractant) exerce tout ou partie de son activité* » dans l'autre État contractant. Cette définition suppose la réunion de trois critères : l'existence d'une « installation d'affaires », une installation qui doit être fixe et un exercice des activités de l'entreprise par l'intermédiaire de cette installation[782]. La notion juridique de succursale répond généralement à ces trois critères qui sont propres à la fiscalité car elle aussi exige une installation matérielle, elle est permanente et elle dispose d'une autonomie relative.

263. Une installation. Le premier critère couvre tout local, matériel ou installation utilisés pour l'exercice des activités de l'entreprise, qu'il serve ou non exclusivement à cette fin. Il importe peu que l'entreprise soit ou non propriétaire ou locataire du local. L'installation d'affaires peut aussi se trouver dans les locaux d'une autre entreprise. La Cour administrative d'appel de Lyon a reconnu le

[779] Lamy Mobilité internationale, v° Etude 350, Conventions fiscales internationales, spéc. n° 350-13, notion d'établissement stable.
[780] V. CAA Nancy, 10 oct. 1991, Hoverlloyd Ltd, *RJF* 1/92 n° 124.
[781] Art. L.80-6 L.P.F.
[782] P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 2009, n° 600.

caractère d'établissement stable à une installation d'une entreprise suisse car celle-ci disposait d'une autonomie tant au niveau matériel (locaux, équipement, personnel qualifié affecté en permanence), qu'intellectuel (réalisation de la totalité du processus des opérations hormis une signature « formelle » du siège suisse). Cette installation n'avait pas un rôle secondaire mais bien décisionnaire[783].

264. Une installation fixe. Le second critère exige une certaine fixité de l'installation[784]. Un lien est nécessaire entre l'installation d'affaires et un point géographique déterminé. La période pendant laquelle une entreprise d'un Etat opère dans l'autre Etat importe peu si ces opérations n'ont pas lieu à un endroit précis. La fixité suppose aussi que l'installation d'affaires ait un degré de permanence. Ceci n'exclut pas les installations à des fins purement temporaires en raison du caractère particulier des activités ou quand, à la suite de circonstances particulières, l'installation d'affaire a été liquidée prématurément.

265. L'exercice de l'activité de l'entreprise. Enfin, pour qu'une installation d'affaires constitue un établissement, l'entreprise qui l'utilise doit exercer ses activités en totalité ou en partie par son intermédiaire. Il n'est pas nécessaire que les activités aient un caractère productif. De plus, elles n'ont pas à être permanentes, au sens de l'absence d'interruption des opérations, mais celles-ci doivent être menées de manière régulière. Ces critères correspondent à ceux exigés par la notion juridique de succursale. Il existe cependant quelques différences en raison du caractère plus large du concept d'établissement stable qui vise à couvrir un maximum de structures possibles parmi lesquelles la succursale.

266. Un gérant capable d'engager la société. L'article 5 § 5 de la Convention OCDE ajoute, en s'attachant au facteur humain, une entreprise est réputée avoir un établissement stable dans l'autre État contractant si un agent agit sur le territoire de cet État «*pour le compte de l'entreprise et dispose dans cet État de pouvoirs qu'il exerce habituellement lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise* ». Peu importe que l'agent soit indépendant ou salarié pourvu qu'il dépende de l'entreprise qu'il représente, avec le pouvoir d'engager celle-ci

[783] CAA Lyon, 24 mai 2007, n° 02LY01280, SA lota.
[784] CAA Paris, 10 nov. 1998, *Dr. fisc.* 1999, comm. 503, concl. D. Kimerlin.

vis-à-vis des tiers. Le pouvoir d'engager l'entreprise ne doit pas être général ; il suffit que l'agent soit en mesure de négocier tous les éléments et détails d'un contrat, même si le contrat est matériellement signé par une autre personne dans l'Etat où est située l'entreprise[785].

267. La quasi-personnalité fiscale de l'établissement stable. L'OCDE et l'ONU ont eu recours à cette notion d'établissement stable afin de remédier aux conflits d'intérêts entre les entreprises qui cherchent à maximiser leurs profits et à payer le moins d'impôts possible, et les Etats qui cherchent pour des raisons de trésorerie ou afin de rembourser leurs dettes (pays en développement) à imposer le plus d'entreprises possible[786]. Est ainsi créé le sujet fiscal qui sera imposable dans l'État dans lequel il exerce son activité[787]. C'est la conséquence d'une évolution qui s'est produite rapidement. Le monde des affaires devait trouver des solutions par lui-même et s'adapter à un monde en constant mouvement. Il semble aujourd'hui que la réalité économique ait réellement dépassé, par le biais de la fiscalité, le concept juridique. Celui-ci devait rapidement s'adapter, d'où la notion de quasi personnalité fiscale de l'établissement stable[788]. C'est l'article 7 de la Convention modèle OCDE et l'art 5 de la convention modèle de l'ONU qui définissent l'établissement stable avec plus ou moins les mêmes buts. Le second reste cependant bien moins clair et fait beaucoup plus appel à l'interprétation. L'objectif étant d'élargir la notion d'établissement, ce qui ne peut que jouer en faveur des pays en voie de développement[789].

[785] S. GEUBEL, « Les impôts sur les revenus », in *Les succursales bancaires*, Actes de la journée d'études du 9 mai 1995, A.E.D.B.F, Bruylant, 1996.

[786] Les pays en développement essayent de ne pas laisser leur échapper la manne fiscale que constitue l'installation d'entreprises de pays riches sur leur territoire : un bref tour de vue des finances publiques et de l'état de la dette de ces pays suffit à comprendre l'importance que prend la moindre possibilité de recette fiscale.

[787] V. notamment, D. CHARLES-PÉRONNE, « The attribution of profit to permanent establishments », *Cah. dr. fisc. Int.* IFA, 2006, vol. 91 b, p. 318.

[788] Certains auteurs vont même aujourd'hui jusqu'à supprimer le terme « quasi » et évoquent directement « la personnalité fiscale », notamment L. LE CLAIRE, « Panorama des redressements fiscaux, Actualité, enjeux et perspectives. – Compte rendu de la 7e conférence annuelle organisée le 21 juin 2005 », Droit fiscal, n°43, Oct.2005, 37. B. GOUTHIÈRE, quant à lui l'accepte mais avec réserve car d'après lui, il existe des transactions interdites entre le siège et la succursale, op. cit. p.197.

[789] V. art.5.4 du modèle ONU de 2001 et pour plus de détails E. VAN DER BRUGGEN EDWIN, A Preliminary Look at the New UN Model Tax Convention, in : 2 BTR (2002), 121 et s.

268. La notification d'un redressement fiscal. La Cour administrative d'appel de Versailles a considéré, étrangement d'ailleurs, dans un arrêt du 7 avr. 2006[790] que la proposition de rectification fiscale concernant une succursale française de société étrangère doit être envoyée au siège de la société. Celui-ci étant situé en Turquie. Elle justifie sa décision par l'absence de personnalité juridique de la succursale. Et ajoute que celle-ci ne peut être un sujet fiscal. Cette décision a été critiquée car non conforme à la quasi personnalité fiscale accordée aux succursales. Pourtant, l'un des considérants de l'arrêt précise que le redressement notifié par l'administration fiscale était afférent à l'activité de la succursale et qu'il était intervenu à l'issue de la vérification de la comptabilité de celle-ci. Nous soutenons après J.-L PIERRE que la notification de redressement pouvait être envoyée à la succursale française, à l'attention du représentant légal de la société.

269. L'imputation des bénéfices à l'établissement stable. Si l'entreprise exerce son activité dans un autre Etat par l'intermédiaire d'un établissement stable, ses bénéfices sont imposables dans cet Etat mais uniquement dans la mesure où ils sont imposables à cet établissement stable[791].. Lorsqu'une entreprise étrangère crée un établissement stable, elle se place elle-même sous une juridiction fiscale donnée au point de se voir imposée sur tous les bénéfices qu'elle tire de ce territoire. En cas de création d'une succursale, elle sera imposable sur les activités en rapport avec la dite succursale[792]. Pour cette raison en particulier et pour d'autres raisons pratiques, l'entreprise doit tenir une comptabilité distincte au lieu de situation de l'établissement ou de la succursale. Seule une comptabilité précise permet de déterminer exactement la rentabilité de l'établissement. L'entreprise est tenue aussi de présenter un bilan et une déclaration de résultats. La Cour administrative d'appel de Paris a décidé que « *si la succursale française d'une société de droit américain est dépourvue de personnalité morale et n'est donc pas soumise aux obligations comptables résultant de l'article 8 du code de commerce, elle est tenue, en application des*

[790] Note de J.-L. PIERRE, procédures, n°8, aout 2006, comm.198.
[791] L'art. 7 §1 de la Convention modèle OCDE.
[792] C

AA Lyon 22 mars 2007, *min. c/ Société Silver Ski Holidays Ltd*, *RJF* 8-9/07 n°958.

articles 53A et 54 du CGI, de souscrire une déclaration annuelle de ses résultats et de présenter une comptabilité de nature à justifier les recettes et les dépenses de chaque exercice »[793].

La succursale est donc une personne du point de vue du fisc. Elle est une entité autonome fiscalement. La réalité juridique qui fait de la succursale une entité sans personnalité morale cohabite difficilement avec la personnalité fiscale. La succursale est assujettie à de nombreux impôts et taxes.

[793] « A quelles obligations comptables la succursale française d'une société de droit américain est-elle soumise ? », Concl. Commissaire du gouvernement J. EVGÉNAS, sous CAA Paris 12 déc. 2007, Sté SRI International, *RJF* 5/08, n° 541.

SECTION 2 :
L'ASSUJETTISSEMENT DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

270. L'impôt sur les bénéfices. La fiscalité des implantations de succursales étrangères est représentée par le régime d'imposition applicable dans le pays d'accueil[794]. L'imposition du bénéfice constitue l'élément central de ce régime. La détermination des bénéfices des succursales obéit le plus souvent aux mêmes règles que celles applicables à la détermination des bénéfices des sociétés ayant leur siège dans cet Etat. Dans le cas de succursales dépendant de sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés, et en présence d'une imposition comparable dans le pays d'accueil, la succursale en France d'une société étrangère supportera l'impôt sur les sociétés de ce pays, en principe aux mêmes conditions de taux que celles prévues pour les sociétés locales. En cas d'implantation sur le sol français toutes les opérations réalisées par les succursales sont imposables en France (§1) Les succursales sont assujetties à certaines taxes dans les opérations réalisées avec le siège (§2).

§1 - LA TAXATION DES OPÉRATIONS EFFECTUÉES PAR LES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

271. Les succursales : une fiction bilancielle. Les succursales sont considérées comme des personnes fiscales. L'ensemble des systèmes fiscaux au niveau mondial impose la succursale. Aux Etats-Unis, la succursale comme la filiale sont soumises à l'impôt fédéral (soit sur le revenu de source américaine dans le cas d'une succursale, soit sur les revenus mondiaux en ce qui concerne la filiale)[795]. En Espagne, les succursales et les filiales sont imposées de la même façon bien que les déductions ne sont pas permises au niveau des succursales[796]. En Allemagne, la succursale est imposée au même taux qu'une société résidente

[794] Un régime, variable selon chaque Etat, qui peut être corrigé par les prescriptions des conventions fiscales.
[795] Dossiers internationaux Francis Lefebvre , Etats-Unis, 7e éd. 2001, n° 1641-A.
[796] Dossiers internationaux Francis Lefebvre, Espagne, 6e éd. 2008.

allemande. Un taux spécifique d'imposition inférieur de quelques points au taux applicable aux bénéfices (50%au lieu de 56%puis 48% au lieu de 51%). Ce taux a été abandonné depuis que l'IS sur les bénéfices a été fixé à 40%. Cependant, la succursale ne pouvait bénéficier, dès lors qu'elle ne distribue pas de bénéfices, du taux réduit de 30% applicable aux sociétés allemandes. Des discussions se sont élevées en raison de la discrimination que peut engendrer une telle situation. Le législateur allemand a mis fin à ces discussions en réformant, par une loi du 23 octobre 2000, le taux d'imposition en le fixant à 25% tant pour les bénéfices distribués que pour ceux réalisés par des succursales étrangères[797]. Au Royaume-Uni, les sociétés non résidentes qui exercent une activité par l'intermédiaire d'une succursale sont imposées sur les bénéfices générés au Royaume-Uni [798].

272. Une imposition justifiée. L'imposition des succursales ou des établissements en général n'a pas été une tâche facile. Comment un État pourrait-il accepter de ne pas taxer une activité qui a entièrement lieu sur son territoire, sous prétexte qu'elle est exercée par un bureau ou une succursale qui n'a pas de personnalité juridique indépendante, et est rattachée à une personne morale étrangère ? Mais, alors, que peut taxer cet Etat puisque juridiquement, aucun actif n'appartient à l'établissement stable, aucun investissement ne lui est attribuable et aucun profit ne lui revient non plus a priori ? Une réflexion de l'OCDE a évolué depuis quelques années et qui tendait à donner toute sa portée à la personnalité fiscale des établissements stables. Les travaux se sont orientés autour du concept d'entreprise fonctionnellement distincte[799]. À partir d'une analyse fonctionnelle et factuelle sont déterminées « *les fonctions essentielles de prise de risque* » « *Key Entrepreneurial Risk Taking functions* » (KERT) et sont attribués, ensuite, des actifs et des risques à l'établissement (éléments incorporels et capitaux propres) y compris dans ses relations avec le siège, comme s'il s'agissait d'une entité séparée d'un point de vue juridique. Ce sont les critères prévus à l'article 7 du modèle OCDE qui exigent que l'établissement stable soit considéré comme une entreprise

[797] V. J. VIEGENER, « La réforme fiscale en Allemagne », *Dr. fisc.* 2000, n° 45-46, p.1484
[798] *Lamy Fiscalité des opérations internationales*, partie consacrée à l'investissement.
[799] Il faut signaler qu'au début deux approches ont été présentées : celle de « *l'entité fonctionnellement distincte* » et celle de « *l'activité commerciale permanente* ». C'est la première qui a été adoptée après avoir examiné les mérites respectifs des deux approches par les pays membres. V. F. LE MENTEC et B. TASCIOGLU-TANGUY, « Pluralité d'activités exercées en France par une société non-résidente », *Dr. fisc.* 2009, n° 38, comm. 473.

distincte[800] exerçant ses propres fonctions, assumant ses propres risques et détenant en propriété ou utilisant ses propres actifs.

273. Les travaux de l'OCDE. Le Comité OCDE s'est vite rendu compte des différences considérables entre différents pays membres dans l'imposition des établissements stables. Il n'existait en revanche aucun consensus au sujet de l'interprétation de l'article 7 de l'OCDE. Après plusieurs discussions sur les commentaires portant sur l'article 7 et un cycle intensif de consultations avec le monde des affaires[801], le conseil de l'OCDE a approuvé le 17 juillet 2008 la publication de la version finale du rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables suite à l'approbation par le Comité des affaires fiscales lors de sa réunion du 24 et 25 juin 2008[802]. Lancé il y a plusieurs années, le projet du rapport visait à établir un plus large consensus sur la manière d'attribuer les bénéfices aux établissements stables en vertu de l'article 7. Une grande variation existe entre les législations internes des pays membres de l'OCDE, ce qui conduisait soit à une double imposition, ou pas d'imposition du tout. L'objectif était d'apporter aux administrations fiscales et aux contribuables la plus grande sécurité juridique possible quant aux modalités d'attribution de bénéfices aux établissements stables. Le rapport sur l'attribution de bénéfices a été mis à jour le 22 juillet 2010 par le Conseil de l'OCDE[803]. Les modifications tant attendues ont été apportées à l'article 7 de la Convention modèle OCDE. L'établissement stable ou une succursale est désormais considéré comme une entreprise distincte dans ses rapports avec les autres parties de la société. Les risques de double imposition seront généralement évités du fait que le contribuable déterminera les bénéfices attribuables à l'établissement stable de la même manière dans chaque Etat contractant et en conformité avec l'article 7 § 2.

L'autonomie des succursales sur le plan fiscal a pour conséquence leur assujettissement à un très grand nombre de taxes du fait des bénéfices réalisés sur un territoire donné.

[800] Et non une entité indépendante constituée sous la forme d'une société.
[801] V. www.oecd.org/ctp/tp/pe.
[802] V. http://www.oecd.org/dataoecd/23/40/45689556.pdf.
[803] V. notamment, M. BENNETT, « La mise à jour 2010 du modèle de convention fiscale de l'OCDE », *Dr. fisc.* 2010, n° 39, p. 500.

§2 - LES TAXES AUXQUELLES SONT ASSUJETTIES LES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

274. Une taxation sur les opérations avec le siège et avec les tiers. Les succursales sont assujetties à certaines taxes dans les opérations qu'elles effectuent avec le siège et avec les tiers. La société étrangère sera redevable de la taxe sur les salaires en raison des rémunérations qui sont versées au personnel travaillant dans une succursale établie en France[804], avec des dérogations quand ces sociétés sont redevables aussi de la TVA. La même règle s'applique à la taxe d'apprentissage pour les rémunérations versées au personnel des succursales et participant au développement de la formation professionnelle continue. Enfin, l'administration fiscale applique la taxe sur la valeur ajoutée[805] aux opérations des succursales avec le siège et avec les tiers.

A. La taxe sur les salaires et l'apprentissage

275. La taxation des rémunérations. La taxe sur les salaires est due par tout employeur domicilié ou établi en France et qui n'est pas assujetti à la TVA ou qui l'a été sur moins de 90% des recettes au titre de l'année civile précédant celle des paiements des salaires, à raison des rémunérations qu'il verse à son personnel salarié[806]. Pour qu'un employeur soit considéré comme établi en France[807], il suffit, selon l'administration, qu'il y possède un centre d'opérations présentant un caractère de permanence suffisante et doté d'une certaine autonomie. Ceci correspond à la définition donnée à la succursale et non à celle d'un simple

[804] V ; notamment, Concl. VERNY, sous CE 30 juin 1982, *Dr. fisc.* 1983, n° 10, comm. 420 ; Concl. BISSARA, sous 13 déc. 1982, *Dr. fisc*. 1983, n° 25, comm. 1359 ; B. CASTAGNÈDE, Précis de fiscalité internationale, 3e éd., 2010, n°551.

[805] Elle constitue l'une des matières privilégiée de la fiscalité. C'est un impôt important en France et dans le monde. Au niveau international, cet impôt a l'avantage de la neutralité car il s'agit d'un impôt sur la dépense. Les opérations d'exportation, c'est-à-dire de livraison d'un bien à un consommateur établi dans un pays étranger, doivent supporter non pas la taxe en vigueur dans le pays d'exportation, mais celle du pays d'importation. Ainsi, l'égalité des conditions de concurrence n'est pas faussée, puisque le bien exporté subit la même taxe que le même bien produit dans l'Etat d'importation.

[806] Art. 231 du CGI.

[807] Cette qualité d'employeur établi en France au regard de la taxe sur les salaires est appréciée selon les mêmes règles, qu'il s'agisse d'une succursale d'une société française ou étrangère V. CAA Lyon, 5e ch., 22 mai 2008, n°06LY00893, M. Miquel, *Dr. fisc*. 2008, n°40, Comm.524, concl. F. Pourny ; *RJF* 2008, n°1322.

bureau[808]. Dans une affaire ultérieure[809], la Cour administrative d'appel de Versailles a décidé que les modalités d'assujettissement de la société étrangère à la taxe sur les salaires, à raison des rémunérations versées aux personnels affectés à la succursale, doivent être appréciées au regard de l'ensemble de l'activité de l'employeur réalisée à partir de son siège britannique. La société qui est assujettie au Royaume-Uni à la TVA pour plus de 90% de son chiffre d'affaires n'est pas redevable de la taxe sur les salaires au titre des rémunérations versées par sa succursale. En effet, les succursales françaises d'entreprises étrangères qui ont la qualité d'employeur et qui rendent exclusivement des services à leur siège sont autorisées à calculer un rapport d'assujettissement à la taxe en réputant que ces services internes suivent le régime de TVA qui aurait été applicable s'ils avaient été rendus à une tierce personne. Ainsi, lorsque tous les services internes auraient ouvert droit à déduction de la TVA, la succursale ne sera pas redevable de la taxe sur les salaires[810]. Généralement, on distingue deux situations : soit la succursale en France rend des services à des tiers, soit elle ne rend des services qu'à son seul siège. Lorsque la succursale rend des services à des tiers, son assujettissement à la taxe sur les salaires n'est déterminé qu'aux vu de l'activité vers ces tiers, sans tenir compte de la nature et de l'importance des services rendus au siège, ni même de l'activité de ce dernier à l'étranger[811]. L'arrêt de la CAA de Versailles du 5 fév. 2009 cité ci-dessus tranche un litige relatif au second cas : une société établie au Royaume-Uni, totalement assujettie à la TVA dans son pays, disposait en France d'une succursale dont l'unique objet était de lui rendre des services. Aucun tiers n'était en effet facturé par la succursale. L'administration fiscale a considéré que la succursale devait être assujettie à la taxe sur les salaires, quand bien même le siège étranger était totalement soumis à la TVA dans son pays. Cette analyse n'a pas été suivie par la CAA de Versailles qui lui a préféré une analyse globalisante,

[808] Un arrêt de Cour administrative d'appel de Paris l'a d'ailleurs confirmé « *le bureau d'une banque marocaine à Paris ne pouvait être assujetti à la taxe sur les salaires dans la mesure où il employait trois salariés recrutés au Maroc dont le salaire était viré en France depuis ce pays* ». CAA Paris, 19 juin 1990, cité par B. GOUTHIÈRE, *Les impôts dans les affaires internationales*, op. cit. n°758.

[809] CAA Versailles, 5 fév.2009, n°06VE00036, Sté Hynix Semi Conductor UK Ltd. Concl. F. Beaufays, *Dr. fisc.,* 11 juin 2009, n°24, comm.36 ; *RJF* juill. 2009, n°635.

[810] Rescrit 10 juin 2008, n°2008-13 FP, disponible sur le site www.impots.gouv.fr; V. aussi *JCP E*, 2008, n°25, act. 321.

[811] CAA Paris, 2e ch. , 20 fév.2008, n°06PA00343, Banco de la Nacion Argentina : *RJF* 2008, n°958 ; *BDCF* 2008, n°106 concl. J. Evgenas. – Instr. 10 mars 1995 ; BOI 5 L-4-95, §10, nota, *Dr. fisc.* 1995, n°15, instr.11366.

et qui a été salué par la doctrine[812]. L'établissement étranger et le siège étranger constituent un assujetti unique ; par conséquent, la succursale de la société britannique était déchargée de toute imposition.

276. La taxe d'apprentissage. Le Conseil d'Etat a jugé que la taxe d'apprentissage ainsi que la participation des employeurs au développement de la formation professionnelle continue et à l'effort de construction dues par tout employeur établi en France à raison des rémunérations qu'il verse à son personnel salarié travaillant en France, est applicable également aux salaires versés par une succursale française à des personnes détachées en France par le siège étranger[813]. Le Conseil d'Etat a aussi précisé que les rémunérations versées par une succursale française à des personnes détachées en France par le siège étranger doivent être inclues dans l'assiette de la taxe professionnelle.

B. La Taxe sur la valeur ajoutée[814]

277. Des opérations au sein d'une même personne juridique. Une entreprise étrangère établie en France doit acquitter la TVA[815]. Dans les rapports entre le siège et sa succursale, le fisc a toujours essayé d'assujettir cette dernière à la TVA sur les sommes qu'elle perçoit en rémunération des prestations effectuées.

Cette imposition a été refusée par le Conseil d'Etat[816] et la Cour de justice[817]. D'après ces instances, « *Les services rendus par un établissement français à son*

[812] M. CORABEUF et W. STEMMER, « Taxe sur les salaires et succursales françaises de sociétés étrangères », *Dr fisc*. 2009, n°24, comm.366.
[813] CE 15 juillet 2004 n°249798, 249800, 249801, 250078, 9e et 10e s-s min. c/ Sté Alitalia *RJF* 11/04 n°1089 à 1092 et n°1104 ; B. GOUTHIÈRE, op. cit. n°1315; B. CASTAGNÈDE, op. cit. n° 426 et 552.
[814] La taxe sur la valeur ajoutée est un impôt très important, elle s'inscrit dans le contexte général de l'imposition de la dépense, qui, avec le patrimoine et le revenu, constitue l'une des matières imposables privilégiées par la fiscalité. Imaginée dès les années 1920 aux Etats-Unis et en Allemagne, la TVA n'a été vraiment appliquée qu'à partir de 1954 en France, v. notamment, J. -J. PHILIPE, « Cinquante ans de TVA : de sa préhistoire à son actualité », *Dr. fisc.* 2005, n° 7, p. 382 ; J. MAÏA, « Débat sur les frontières de l' « activité économique » imposable à la TVA », *RJF* 2002, n° 2, p. 102 ; v. aussi P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, 2009, n° 831.
[815] V. notamment B. GOUTHIÈRE op. cit. n° 1300 ; Groupe Revue Fiduciaire, *TVA dans les opérations internationales*, 4e éd. 2007, n° 2031.
[816] CE 9 janv. 1981, n°10145, Sté Timex Corporation, *Dr fisc.* 1982, n°23, comm.1237 ; *RJF* 1981, n°201.V. dans le même sens CE, 9e et 10e sous-section, 29 juin 2001, n°176105, SA Banque Sudaméris, *Juris-Data* n°2001-062425 ; *Dr. fisc* 2001, n°46, comm.1056 ; *RJF* 2001n°1217 ; *Bull. Joly* 2001, n°11, p.1101 ; v. aussi, C.E 29 oct.2001, n°218314, Sté Banco do Brasil *Juris-Data* n°2001-080028, *Dr. fisc*.2002, n°5, comm.75 ; *RJF* 2002, n°25.

siège, par hypothèse situé dans un autre Etat, sont placés hors du champ d'application de la TVA dès lors qu'il ne s'agit que d'opérations réalisées au sein d'une même personne juridique ». « *Aucun texte ne soumet à la TVA les prestations de services que se rendent entre elles les entités dépourvues de personnalité morale exploitées directement par la même société* »[818]. Ainsi par exemple, « *les intérêts qu'acquittent les succursales d'une banque dépourvue de la personnalité morale en rémunération des prêts que leur accorde le siège ne constituent pas des sommes versées par un tiers en rémunération d'un service. Le fait générateur faisant défaut, les intérêts facturés par le siège n'ont pas le caractère de recettes entrant dans le champ d'application de la TVA* »[819]. La Cour administrative d'appel de Versailles s'est alignée sur la position du Conseil d'Etat et de La Cour de justice[820]. Toutefois la Cour de Versailles a précisé les conditions pour que la qualité d'assujetti à la TVA puisse s'attacher à la société étrangère dans son ensemble, et non pas seulement à la situation de la succursale au regard de la TVA française. Il faut d'abord selon la Cour que la totalité des recettes de la succursale française provienne des services rendus au siège. Autrement dit la succursale doit se borner à rendre des services « rémunérés » à son siège, à l'exclusion des tiers. Ensuite que la succursale n'assume pas le risque lié à son activité économique. La CJCE avait déjà décidé que la succursale ne peut être considérée comme autonome et, par suite, être regardée comme un assujetti à la TVA dans ses relations avec le siège, si elle ne supporte pas le risque économique

découlant de son activité[821]. Cette décision de la CJCE a été critiquée par B. GOUTHIÈRE. Pour qui, « *la succursale italienne de FCE Bank était autonome. L'absence de risque économique résultait de ce que la succursale n'était pas distincte de son siège au regard des risques de crédit et de ce que la succursale*

[817] La célèbre affaire « Tolsma », CJCE 3 mars 1994, aff. C-16/93, *L.P.A,* aout 1994, n°98, p.15, note L. CARTOU ; *LPA* oct. 1994, n°119, p.4, note M. Cozian ; *Dr. fisc.* mars 1995, n°11, p.533. CJCE dans l'arrêt Satam CJCE, plén., 22 juin 1993, aff. C-333/91, Sofitam SA (anciennement Satam SA) : Dr. fisc 1993, n°44, comm 2116, concl. W. Van Gerven, chron. Ph. Derouin et É. Ginter, p.1747 ; *RJF* 1993, n°986. V. aussi J.-P. CAPPELARE, « succursales extraterritoriales : Assujettissement à la TVA », *Rev. Banque*, déc.2009, n°719, p.87.
[818] CE 9 janv. 1981, op. cit.
[819] CE 29 juin 2001 op. cit.
[820] CAA Versailles, 5 fév.2009 précité ; v. aussi F. DAL VECCHIO, « Chronique de fiscalité des entreprises, *Lexbase hebdo* – Edition fiscale 25 oct.2007, n°278.
[821] CJCE 23 mars 2006, aff. 210/04, FCE Bank Plc., *RJF* 6/06, n° 806; *Dr. fisc.*2006, comm.,748.

n'était pas dotée d'un « capital », ce qui est curieux s'agissant de la succursale d'une banque »[822]. Le 14 février 2007 l'administration a indiqué dans une lettre[823] que la succursale française d'un siège établi hors de France n'est pas tenue de constituer deux secteurs distincts d'activité. Elle a ajouté que la succursale est fondée dans les conditions de droit commun (article 271 du CGI) à opérer sur sa déclaration de chiffre d'affaires la déduction de la totalité de la taxe se rapportant aux dépenses nécessaires à son activité économique, c'est-à-dire celles qui sont engagées pour les besoins de services rendus tant à des tiers qu'au siège. Les succursales françaises qui rendent à la fois des services à leur siège étranger et des services à des tiers peuvent donc imputer la totalité de leur taxe d'amont (y compris celles grevant les prestations rendues au siège) sur leur déclaration de la TVA ou en demander le remboursement dans les conditions de droit commun sans avoir besoin désormais ni de constituer deux secteurs distincts[824] ni de respecter les conditions prévues par la doctrine administrative. Une récupération partielle de la TVA peut aussi être envisageable. Un certain nombre de pays européens[825]

donnent au siège la possibilité de récupérer au moins une partie de la TVA. Quand le siège supporte lui-même tout ou partie des coûts, ces pays considèrent qu'ils sont à relier directement aux opérations réalisées par la succursale avec les tiers.

[822] B. GOUTHIÈRE, *Les impôts dans les affaires internationales*, op. cit. n°1300
[823] *Bull. fisc.,* avr. 2007, n° 391.
[824] Une instruction du 4 août 1983 (reprise dans la documentation administrative à jour du 2 nov. 1996) imposait aux succursales étrangères de constituer deux secteurs distincts : l'un concernant les « opérations imposables » (réalisées au profit de tiers), l'autre les opérations internes (réalisés au profit du siège), pour pouvoir bénéficier de la procédure de remboursement de la taxe applicable aux assujettis étrangers. Cette réserve est aujourd'hui abandonnée, v. notamment, Mémento Francis Lefebvre, *Groupes de sociétés*, 2011, n°13406.
[825] Royaume-Uni, Irlande, Espagne, Belgique, Autriche. Les méthodes de calcul pour déterminer la part récupérable de la TVA acquittée par le siège sur les coûts qui ont grevé le prix des opérations réalisées par les succursales étrangères divergent d'un pays à l'autre. En Irlande et en Grande-Bretagne, cette possibilité n'est offerte au siège qu'en tant que les succursales sont établies hors de l'Union européenne. On calcule un prorata, spécifique à chaque succursale, qui est le rapport des recettes dérivées des opérations de la succursale à destination de tiers établis hors de l'Union européenne sur l'ensemble des recettes de la succursale. La Belgique et l'Espagne permettent au siège d'inclure directement à son prorata général les opérations réalisées par ses succursales étrangères dont il a directement supporté le coût. En Autriche, dans une instruction ancienne, les autorités fiscales permettaient au siège d'intégrer à son prorata général de TVA les termes du prorata de ses succursales étrangères, à condition que leur activité soit en lien étroit avec celle du siège et que ce dernier supporte au moins une partie des coûts y afférent. L'instruction qui l'a remplacée est toutefois muette sur la question, v. P. TOURNÈS, « L'incidence de la TVA sur le choix entre filiale ou succursale bancaire à l'étranger », *Bull. fisc* 5/95, p. 299. V. aussi C. ACARD, Chronique fiscale, *Bque et droit,* 2001, n°80, p.54.

Tout se passe comme si le siège avait en partie réalisé lui-même l'opération, la succursale devenant transparente au regard de la TVA.

278. Conclusion du chapitre. Une séparation fiscale. Les succursales sont imposables aujourd'hui sur les bénéfices qui leurs sont attribués. Il est cependant regrettable que les Etats procèdent de manière différente dans cette imposition. Certaines opérations sont imposables dans certains Etats mais ne le sont pas dans d'autres. Une telle situation peut engendrer des difficultés aux sociétés pour leurs implantations à l'étranger. En l'absence de coopération entre les Etats, l'ONU et l'OCDE ont effectué des efforts pour limiter les situations de fraude qui peuvent résulter de l'absence de coopération. Ils ont eu recours à la théorie de la fiction bilancielle des établissements stables. Les Etats n'ont pas accueilli avec faveur les initiatives de l'OCDE. Cette organisation doit, pour convaincre, introduire les concepts de fiction bilancielle et de quasi-personnalité sans brusquer dans leurs habitudes les agents économiques privés et les Etats. L'attribution de bénéfices à la succursale reste la solution la plus adéquate et la plus proche à la réalité économique. Aujourd'hui les succursales procèdent à certaines opérations comme si elles étaient des sociétés à part entière. Elles ont des relations commerciales avec la maison mère. Les Etats doivent être conscients de cette réalité. Le monde des affaires évolue et les règles doivent s'adapter. La structure sociétaire du futur comprendra une personne morale unique et autant de quasi-personnes fiscales que d'implantations à l'étranger. Nous souhaitons que la fiscalité internationale des succursales plus cohérente et plus claire dans le futur. Les Etats doivent interpréter de la même manière les conventions modèles de l'ONU et de l'OCDE. C'est le meilleur moyen pour lutter contre le *tax shopping* ou au moins le limiter. L'ambivalence des succursales entre la personnalité fiscale et l'absence de personnalité juridique a pour conséquence aussi une discrimination à leurs égards.

CHAPITRE 2

La discrimination des succursales : conséquence de l'absence de personnalité morale

279. Le caractère ambivalent vis-à vis de la maison mère. Les succursales étrangères souffrent du fait que les Etats ne leur reconnaissent pas toujours la personnalité fiscale, notamment pour les opérations internes à la société entre elles et le siège[826]. Les succursales, ou plus généralement les établissements, se trouvent discriminées du fait d'un caractère ambivalent : tantôt on leur accorde la personnalité fiscale pour la détermination des bénéfices réalisés dans leurs relations avec le siège, tantôt on la leur retire pour les opérations internes entre elles et le siège. De plus, n'ayant pas de personnalité juridique, les succursales ne sont pas considérées comme résidentes dans l'État du lieu leur situation[827]. Le fait que les succursales ne soient pas considérées comme résidentes va avoir des conséquences sur l'application des conventions fiscales. Les succursales ne pourront bénéficier de ces conventions notamment dans les relations triangulaires (succursale située dans un Etat, recevant des revenus d'un autre Etat, alors que le siège de l'entreprise est situé dans un Etat tiers) [828]. À la différence de la filiale, la succursale ne peut pas demander à bénéficier, dans ce dernier Etat, de la convention fiscale conclue avec le pays dans lequel elle est implantée.

280. Une discrimination en fonction de l'origine de la succursale. La fiscalité est toujours un domaine de prédilection pour débusquer les discriminations en raison de la nationalité ou de la localisation du siège social. Au sein de l'Union européenne, la Cour de justice a eu l'occasion de juger que les Etats membres ne pouvaient pas toujours traiter les succursales des sociétés de

[826] V. notamment, *J. -Cl. Europe*, Fasc. 710, Droit d'établissement et libre prestation des services, spéc. n° 54.
[827] V. notamment D. BERLIN, « Jurisprudence fiscale européenne, Janv. 2007 – Déc. 2007 », *RTD eur.*2008, p. 125.
[828] Mémento Francis Lefebvre, Groupes de sociétés, op. cit. n° 12101.

manière plus défavorable que les filiales, même si la Cour admettait le principe d'un traitement fiscal différent pour les filiales et pour les succursales Les discriminations identifiées par la Cour de justice résultent plus de ce que le critère de résidence est appliqué de façon différente par les législations fiscales des États membres en ce qui concerne la base de l'imposition qui vise aussi les succursales dans l'État de sociétés établies dans d'autres États membres et les déductions ou autres avantages fiscaux qui, en revanche, sont parfois refusés à ces succursales de sociétés non résidentes[829]. Les discriminations dont font l'objet les succursales varient désormais selon que ces succursales dépendent d'une maison mère ayant la nationalité d'un pays tiers (Section 1) ou d'une maison mère européenne. Au sein de l'Union européenne des efforts remarquables ont été produit par la Cour de justice, relayée en France par le Conseil d'Etat, en vue de lutter contre ces discriminations au nom du principe de liberté d'établissement (Section 2).

[829] J. -G. HUGLO, *J.-Cl. International*, Fasc. 164-40, Reconnaissance, établissement et liberté de prestation de service des sociétés, spéc. n° 38.

SECTION 1 :
LA NATURE DES DISCRIMINATIONS TOUCHANT LES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

281. Une discrimination liée au statut juridique. Par principe, les succursales sont des établissements stables soumis à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun. Toutefois, elles continuent d'être victimes de certaines discriminations liées à leur statut juridique qui fait d'elles de simples parties de la personnalité morale. Une succursale ne peut déduire des bénéfices imposables les dépenses et intérêts versés par elle à sa maison mère (§1). De même, en cas de difficultés, les pertes subies par la succursale à l'étranger ne sont pas déductibles. Les aides susceptibles d'être accordées par la maison mère pour faire face à cette situation ne le sont pas non plus (§2).

§ 1 - LA DÉDUCTIBILITÉ DES DÉPENSES ET DES INTÉRÊTS

282. Une déductibilité selon l'origine et la destination des fonds. Les versements effectués sous la dénomination d'intérêts ou de redevances par la succursale en France d'une société étrangère en rémunération des sommes que cette société a prélevées sur ses fonds propres et met, sous quelque forme que ce soit, à la disposition de sa succursale ne peuvent être admis en déduction des bénéfices imposables en France. Les bénéfices réalisés par la succursale et laissés à sa disposition sont regardés comme des fonds propres de la société étrangère. Par conséquent, les dépenses faites par le siège en France aux succursales étrangères ne peuvent être admises en déduction du résultat imposable français (A). De même les sommes empruntées par le siège aux succursales ne peuvent donner lieu à des intérêts déductibles du résultat imposable français. Des exceptions sont prévues au profit de succursales bancaires (B).

A. Les dépenses faites par le siège au profit de sa succursale

283. Les dépenses admises en déduction. Les conventions modèles OCDE et ONU reposent sur le même principe : « *pour déterminer les bénéfices d'un établissement stable, sont admises en déduction les dépenses exposées aux fins poursuivies par cet établissement stable, y compris les dépenses de direction et les frais généraux d'administration ainsi exposés, soit dans l'Etat où est situé cet établissement stable, soit ailleurs* ». Ne sont admises, dans les charges d'une succursale en France, que les dépenses qui sont engagées dans le seul intérêt de cet établissement. De même, les dépenses exposées en France par une entreprise dans l'intérêt de succursales étrangères ne sont pas déductibles des bénéfices imposables en France. Par exemple, les frais de comptabilité engagés en France par le siège d'une société en raison de l'existence de succursales autonomes à l'étranger ne sont pas déductibles en France ; ils doivent être déduits dans l'Etat de situation de l'établissement, conformément à la loi de cet Etat et, le cas échéant, des conventions fiscales. En revanche, il avait été admis, dans un arrêt du Conseil d'Etat que, lorsqu'une entreprise prend une décision générale de gestion comme celle de fermer une succursale à l'étranger et d'en licencier le personnel, les indemnités de licenciement ultérieurement versées sont déductibles en France[830]. Elles sont, en effet, postérieures à la fermeture de la succursale, décidées par le siège et elles se rattachent à la marche générale de l'entreprise. Les dépenses faites avant la fermeture ne sont pas déductibles. Cette décision fut critiquée car non conforme au principe de territorialité[831].

B. Les intérêts versés par la succursale à sa maison mère ou par la maison mère à sa succursale

284. Non déductibilité. Alors qu'une filiale aurait été fondée à déduire des intérêts à raison des sommes mises à sa disposition par la société mère sous forme de prêts, la succursale se voit interdire une telle déduction, ce qui conduit à une imposition moins favorable. Pourtant, la succursale peut exercer la même activité qu'une filiale. Or, elle est considérée comme partie intégrante de l'entreprise. Dans les rapports entre le siège et sa succursale aucune déduction

[830] C.E 6 juillet 1957, n°40035, RO p.391.
[831] B. GOUTHIÈRE, *Les impôts dans les affaires internationales*, op. cit. n° 610.

d'intérêts n'est possible[832]. Le siège et son établissement ne constituent pas deux personnes distinctes. Ceci a pour conséquence que les paiements faits par une succursale à sa maison-mère, au titre d'intérêts ou de redevances, ne doivent pas être admis en déduction. De même qu'aucun prêt ni de concession de licence ne doit être admis entre le siège et sa succursale[833]. Si la société mère française met à la disposition de sa succursale étrangère des fonds pour renforcer par exemple temporairement son fonds de roulement, l'intérêt en découlant ne pourra pas être pris en compte, du point de vue fiscal, par la succursale en raison de ce qu'une telle opération n'est théoriquement pas possible au sein d'une même entreprise. Les actes entre la succursale et la mère ne sont pas répréhensibles pour autant, mais ne peuvent donner lieu à des déductibilités. C'est ce qui ressort de la très célèbre réponse Mesmin de 1981[834] qui énonce que : « *les intérêts versés par une succursale située en France en contrepartie d'avances financières effectuées par sa société mère étrangère ne sont pas déductibles lorsque la mère a prélevé les avances sur ses fonds propres* »[835].

285. Exceptions. Les intérêts et les dettes que le siège central a contractés auprès des tiers pour subvenir au financement de la succursale[836] peuvent être déduits du bénéfice de cette dernière. L'article 212, II, 2e du CGI ne s'applique que lorsque le siège, qui n'est pas un établissement de crédit, emprunte auprès d'une banque ou une partie non liée[837] et prête à sa succursale pour des raisons autres qu'un transfert par exemple de bénéfices de la succursale vers le siège, et qui se révèlent sans fondement économique lié à l'activité locale de la succursale. C'est ainsi que la jurisprudence Sté McDonald's system France[838] a admis la déduction par un établissement stable d'intérêts versés à la maison mère en France sur des sommes qu'il lui avait prêtées, dans la mesure où, d'une part,

[832] Les administrations fiscales appellent cela une sous-capitalisation des succursales : l'endettement de la succursale se révèle anormalement élevé et injustifié. En matière bancaire, à défaut de disposer, à leur bilan, du montant des fonds propres imposé par la réglementation bancaire locale, les succursales de banques étrangères réputées sous-capitalisées, risquent d'être considérées comme ayant emprunté les sommes qui auraient dû être mises à leur disposition gratuitement à leur siège.
[833] B. CASTAGNÈDE, op. cit. n° 472.
[834] Rép. Mesmin, 19 janvier 1981, J*OAN* 1981, p.245, n°31725.
[835] J. TUROT, « La vraie nature de la garantie contre les changements de doctrine », *RJF* 1992.
[836] D'après B. GOUTIÈRE « il ne s'agit même pas d'intérêts mais de quasi-intérêts », *les impôts dans les affaires internationales*, op. cit. n° 610.
[837] Lorsqu'il s'agit d'une partie liée (mère, sœur, filiale) l'article 212 est inapplicable.
[838] TA Versailles 2 juillet 2004, n°00-4261, 7e ch..

ces sommes correspondaient exactement aux sommes empruntées auprès d'une banque, le même jour par le siège, et que, d'autre part, le paiement de ces intérêts avait un lien raisonnable avec les bénéfices réalisés en France. Dans ce cas, la maison mère est alors tenue de prouver la relation existant entre les fonds empruntés et les besoins de sa succursale.

286. L'autonomie des succursales de banques. Le droit fiscal considère les succursales de banques comme des tiers par rapport à la maison mère. Les avances consenties par la maison mère à la succursale sont considérées comme des créances. La jurisprudence confirme aussi la spécificité des banques en cette matière. Dans ses conclusions sous l'arrêt Télécoise, M.-H. MITJAVILLE affirme : « *la doctrine administrative admet que les avances accordées par une banque à une succursale étrangère doivent être regardées comme des opérations commerciales productrices d'intérêts déduites des résultats de la succursale et intégrées à ceux du siège, et que cela conduit bien à regarder les avances du siège comme des créances* »[839].

287. Aux Etats-Unis. La même solution fut adoptée par les juridictions américaines alors que les juges américains se sont fondés sur un autre argument. Ils ont considéré incompatible l'article 7 de la Convention modèle OCDE[840], qui traite une succursale comme une entité indépendante, et l'administration fiscale qui refuse la déductibilité des intérêts versés par la maison mère à sa succursale. Les juges américains ont condamné, par deux arrêts, la non-déductibilité des intérêts des sommes versées aux succursales bancaires. Dans un premier arrêt[841], la société Nat-West de droit anglais exerçait des activités bancaires et financières aux Etats-Unis par l'intermédiaire de six succursales. Ces succursales avaient emprunté des fonds auprès du siège de la banque, localisé au Royaume-Uni, et avaient, par la suite, reprêté ces fonds à d'autres succursales de Nat-West ainsi qu'à leurs propres clients. Les succursales avaient enregistré des produits d'intérêts et frais d'intérêts sur toutes les opérations intra-société comme si chaque succursale était une entité distincte qui déclarait les déductions d'intérêts

[839] Conclusions sous l'arrêt Sté Télécoise, B.D.C.F. 2003, n°91.
[840] C. ACARD, Chronique fiscale, Banque et droit, mars-avr.2004, n°94, p.75.
[841] National Westminster Bank PLC v. United States, 44 Fed. Cl. 120 (1999) (« NatWest I »).

correspondants pour les besoins de son imposition aux Etats-Unis. La *US Court of Federal Claims* s'est prononcée en faveur des succursales ; elle a jugé que l'article 1882-5 du règlement du Trésor américain (qui conduit à ignorer les relations financières intra-banque pour la détermination de résultat fiscal des succursales américaines) était incompatible avec l'article 7 de la convention fiscale entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni. L'arrêt *National Westminster Bank* a décidé que la méthode de détermination des intérêts déductibles des succursales américaines, prévue par le règlement du Trésor américain, faisait abstraction de la charge d'intérêts effective des succursales telles qu'enregistrée dans les comptes de celles-ci et fixait le montant de la déduction en allouant à la succursale une fraction de la charge d'intérêts globale de la banque étrangère. Selon la Cour, il convenait, aux fins de déterminer les bénéfices imposables respectifs des succursales, de considérer celles-ci comme des entités indépendantes traitant avec d'autres unités de NatWest. L'arrêt de 1999 n'est pas allé jusqu'au bout de sa logique puisqu'il n'avait pas déterminé comment il convenait de calculer cette déduction des frais. Saisi par le contribuable d'une requête partielle en référé, c'est le second arrêt[842] du 14 novembre2003 qui est venu préciser, de manière non équivoque, les contours de la notion d'entreprise distincte indiquant que les résultats imposables d'une succursale, implantée sur le territoire américain, d'une banque étrangère, doivent être déterminés sur la base de la comptabilité propre de cette succursale.

[842] National Westminster Bank PLC v. United States, 2003 U.S. Claims LEXIS 332 (2003) (« NatWest II »).

§ 2 - LA DÉDUCTIBILITÉ DES PERTES SUBIES PAR LES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES ET DES AIDES ACCORDÉES PAR LEURS MAISONS MÈRES

288. Une territorialité. Les succursales implantées à l'étranger peuvent être déficitaires pour des raisons économiques liées aux pays où elles sont implantées. Elles peuvent l'être aussi suite à une mauvaise gestion de la part du gérant. L'absence de personnalité juridique des succursales empêche de déduire du résultat global de la société les pertes subies par elles à l'étranger (A). Les aides accordées par la maison mère pour améliorer la situation de ses succursale ne sont pas déductibles non plus, sauf dans certains cas, en raison toujours de l'absence de personnalité juridique. Une société ne peut, selon le fisc, accorder des aides à elle-même puisqu'elle constitue avec ses succursales une et même personne (B).

A. Les pertes subies par les succursales étrangères

289. L'impossibilité de déduire des pertes subies par les succursales. Les pertes d'exploitation et pertes sur les éléments d'actifs ou en capital subies par une succursale étrangère peuvent-elles être déduites du résultat français de la maison mère ? Le Conseil d'Etat a, par deux arrêts, répondu par la négative. Dans le premier arrêt[843], le Conseil d'Etat a décidé qu'une société française ne peut déduire de ses résultats comptables les pertes subies par ses succursales établies en Algérie et en Guinée. D'après lui, « *lorsqu'une société dont le siège est en France exerce hors de France une activité industrielle ou commerciale distincte, elle ne peut pas tenir compte pour la détermination du bénéfice imposable en France des variations de l'actif net imputable à des événements ou opérations qui se rattachent à l'activité exercée hors de France. Qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les différentes causes des variables de l'actif net selon que celles-ci sont imputables notamment aux résultats de l'exploitation proprement dite, aux amortissements pratiqués ou aux plus ou moins values constatées* ». Dans le

[843] CE 25 octobre 1972, req. n° 81999 et 82309 Recueil Lebon p. 676 ; *Dr. fisc.* 1973, n°22, Com. 843, concl. Mehl.

second arrêt[844], le fisc invoquant le principe de territorialité, entendait refuser la déduction en France d'une créance sur un établissement étranger devenu irrécouvrable par suite de la fermeture de ce dernier. Le contribuable, quant à lui, souhaitait que l'établissement étranger soit assimilé à un simple client insolvable. Le Conseil d'Etat a finalement rendu sa décision en faveur de l'administration fiscale. « *Lorsqu'une société ayant son siège en France expédie des marchandises à un établissement situé en Allemagne à un prix semblable à celui qu'elle aurait pratiqué dans une vente à une entreprise autonome, la livraison de ces marchandises est assimilable à une fourniture de la société qui doit être prise en compte en vue de déterminer son bénéfice imposable en France à l'IS, qu'en revanche il n'y a pas lieu de tenir compte pour déterminer ce bénéfice d'événements se rattachant à l'activité de l'établissement exploitée en France, qu'en particulier lorsque le compte de cet établissement dans les écritures de la société présente un compte débiteur qu'il apparaît définitivement impossible d'apurer soit par virement de fonds, soit par retour des marchandises impayées, cette circonstance ne peut trouver normalement son origine que dans les déficits d'exploitation de l'établissement situé hors de France ; qu'elle doit rester sans influence sur les bénéfices de la société imposables en France* ».

290. L'imputabilité des pertes aux succursales. Pour qu'une perte soit déductible du résultat imposable de la maison mère, il ne faut pas qu'elle soit imputable à la succursale. Dans un arrêt de la Cour de cassation, le Commissaire du gouvernement avait procédé à la recherche de l'imputabilité des pertes[845]. Des marchandises avaient été livrées par le siège français à un établissement allemand. Elles avaient disparu dans des conditions mal élucidées et la créance du siège sur la succursale avait été jugée irrécouvrable. La société avait considéré comme inopérantes les conditions dans lesquelles les marchandises avaient disparu, comme s'il se fût agi de la défaillance d'un client ordinaire. Or la question de l'imputabilité a précisément amené M. le Commissaire du Gouvernement MANDELKERN à rechercher ces conditions. Il disait : « *Reste à savoir quelles conséquences fiscales il convient de tirer de la disparition de la marchandise. Le*

[844] CE 14 juin 1974, req. n°80624, *Rec. Lebon,* p.338.
[845] C. cass. Ass. Plénière, 14 juin 1974, req. n° 80.624, cité par A. DE WAAL, « Le régime fiscal des aides consenties par une société française à sa filiale et succursale étrangère », *RDAI*, 1997, n° 4, p. 524.

principe de territorialité nous fournit ici la clé : si la perte est imputable à l'activité de l'entreprise française, elle influe sur les résultats de celle-ci, si par exemple elle survient au cours du transport, même une fois la frontière passée, on peut admettre que cet événement se rapportant aux opérations réalisées par une entreprise installée en France, affecte son bénéfice imposable. En revanche, une fois prise en charge par l'établissement sis à l'étranger, la marchandise devient un élément de l'activité de celui-ci. Si elle devient invendable, la succursale peut toujours la renvoyer au siège. Si elle la laisse disparaître, on est en présence d'une perte subie à l'étranger et, par là même, non déductible des résultats [français] ».

291. Une persistance du Conseil d'Etat. Dans ses arrêts ultérieurs, le Conseil d'Etat refusait toujours de raisonner, en ce qui concerne les succursales, en termes de « *créance fiscale* ». Ce refus a été critiqué par M. le Commissaire du Gouvernement BISSARA. Selon lui « *dès lors que l'article 209-I limite le champ d'application territorial de l'impôt sur les sociétés aux seuls bénéfices réalisés dans des entreprises exploitées en France, l'unité économique redevable de l'impôt en France se trouve dissociée, par le bilan fiscal qu'elle doit établir, des unités économiques exonérées situées à l'étranger. La société requérante en déduit que les avances qu'elle a consenties à sa succursale sont de même nature que celles qu'elle aurait consenties à des tiers dans le cadre d'une gestion commerciale normale. La perte résultant pour elle de ce que la succursale située à l'étranger ne peut rembourser sa dette serait analogue à la perte de toute autre créance sur un tiers, et, par suite, déductible de son résultat imposable. Cette analyse ne paraît pas incorrecte, mais vous l'avez condamnée une fois de plus par une décision Plénière du 9 janvier 1981* »[846]. Le même principe a été rappelé ultérieurement dans un arrêt émanant toujours du Conseil d'Etat[847]. En l'espèce, la société française, qui avait pour objet la fabrication de treuils et d'appareils de levage utilisés dans l'industrie minière, avait mis des fonds à la disposition de sa succursale allemande qui avait été créée en vue de permettre à la société française de développer ses ventes en Allemagne. Le Conseil d'Etat a considéré

[846] CE. 14 novembre 1984, req. 40.386, *Dr. fisc..,* 27 fév.1985.
[847] CE 2 mars 1988, req. 49.054.

implicitement que la société française était en droit de déduire de son résultat français les provisions qu'elle avait constatées à raison des sommes mises à la disposition de sa succursale allemande, dès lors que la société française « *a eu pour objectif le développement de ses propres activités en France* » Dans les conclusions, M. le Commissaire du Gouvernement CHAHID-NOURAÏ proposait de « *considérer que si et dans la mesure où la créance a été consentie pour faciliter la commercialisation en Allemagne de produits français par une succursale allemande, la perte de la créance correspondante peut être regardée comme déductible dans son principe si la pérennité des débouchés français se trouve en cause* ».

292. Une exception. La loi de finances pour 2009[848] a créé au profit des PME un régime analogue au bénéfice mondial consolidé (article 22[849]). Après l'article 209 B du Code général des impôts, il est inséré un article 209 C ainsi rédigé : « *Les petites ou moyennes entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun qui disposent de succursales ou qui détiennent directement et de manière continue au moins 95% du capital de filiales, établies et soumises à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés dans un Etat de l'Union européenne ou dans un Etat ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en matière d'échange de renseignements et de lutte contre l'évasion fiscale, peuvent déduire de leur résultat imposable de l'exercice des déficits de ces succursales et filiales subis au cours du même exercice dans l'État où elles sont imposées* ». L'article 22 de la loi de finances pour 2009, introduit par un amendement de l'Assemblée nationale, a donc créé un nouveau régime de consolidation des résultats des succursales étrangères pour les PME[850].

[848] Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, et rectificatif publié au JO du 31 décembre 2008.
[849] Supprimé par le Sénat en première lecture, cet article a finalement été réintroduit par la commission mixte paritaire.
[850] Création au profit des PME d'un régime analogue au bénéfice mondial consolidé, Lexbase, n°N2184BIQ.

B. Les aides consenties par les sociétés françaises à leurs succursales étrangères

Une société mère étrangère peut être amenée à aider financièrement sa succursale déficitaire comme elle le ferait pour sa filiale. L'absence de personnalité juridique de la succursale empêche cependant toute aide entre la mère et sa succursale car il s'agit de la même personne juridique[851]. Il a fallu attendre l'année 2003 pour admettre la déduction par la maison mère des aides accordées aux succursales dans le seul cas d'existence de relations commerciales favorisant le maintien des activités en France (1). L'actualité juridique de l'année 2008 a révélé un cas qui n'avait pas été envisagé jusqu'à présent : l'aide accordée aux succursales d'une filiale (2).

1. Les aides accordées directement aux succursales

293. Une différence de traitement entre filiales et succursales. Parler d'aides entre maison mère et succursales paraît délicat sur le plan juridique. L'unicité de la personnalité morale institue une solidarité entre le siège français et sa succursale étrangère : « *Le siège n'a pas le choix, comme une société mère, entre aider ou ne pas aider une succursale : il est automatiquement engagé par les pertes que celle-ci génère [...]. Si les résultats de la succursale sont négatifs, il ne peut pas combler le solde* »[852]. Sur le plan fiscal, le siège et sa succursale étrangère font néanmoins l'objet d'une imposition séparée justifiée par la territorialité contenue dans l'article 209, I du Code général des impôts. Ce dernier prévoit que « *les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés (...) en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France* ». L'application de la territorialité requiert une répartition des résultats dégagés par la personne morale entre le siège et la succursale étrangère. L'octroi d'une aide par un siège social français à une succursale étrangère consiste donc purement et simplement à transférer en France, dans le résultat fiscal du siège, une charge normalement déductible du résultat de la

[851] B. CASTAGNÈDE, op. cit. n° 365. Mémento pratique Francis Lefebvre, *Groupe de sociétés*, 2011, n° 11639.
[852] Conclusions du Commissaire du Gouvernement Jean-François Verny sous Req. 10. 145 du 9 janvier 1981.

succursale, à l'étranger. De prime abord, il s'agit donc d'une atteinte directe aux principes posés par l'article 209, I du CGI.

294. L'affaire Société Télécoise[853]. Le Commissaire du gouvernement a essayé dans l'affaire Société Télécoise de démontrer la discrimination liée à l'impossibilité de déduire certaines charges afférentes aux relations entre l'établissement stable et le siège. Une société française qui avait constitué une succursale en Libye pour l'exécution d'un marché de travaux publics avait mis, à cet effet, des sommes à la disposition de sa succursale. Celle-ci ayant rencontré des difficultés telles que son activité a dû être arrêtée, le siège avait constitué une provision pour créances douteuses, afin de tenir compte du risque de ne pouvoir recouvrer ses avances. Après avoir posé un principe général selon lequel « *les règles relatives à la prise en compte, pour l'imposition d'une société dont le siège est en France, des aides qu'elle apporterait à une filiale dont le siège est à l'étranger ne sont pas (...) applicables aux aides qu'une telle société apporte à une succursale* »[854], les juges ont cependant estimé que si la succursale entretenait avec le siège « *des relations commerciales favorisant le maintien ou le développement des activités en France de la société* », celle-ci pouvait déduire de ses résultats imposables « *les pertes, subies ou régulièrement provisionnées, résultant des aides apportées à la succursale dans le cadre de ces relations* ». Les juges semblent avoir été influencé par les conclusions du Commissaire du Gouvernement MITJAVILLE qui soulignait l'illogisme d'une solution qui consisterait à d'abord affirmer la personnalité fiscale d'une succursale étrangère, au nom de la territorialité de l'impôt, pour ensuite l'ignorer en interdisant de la regarder comme un tiers par rapport au siège et en refuser toute notion d'abandon de créance. Le Conseil d'Etat semble donc admettre la déduction des pertes dans le cas d'une succursale mais à deux conditions : d'abord, que la perte soit en rapport avec les relations commerciales entre le siège et la succursale ; ensuite, que l'objectif soit le développement et le maintien d'une activité exercée en France par le siège.

[853] CE 16 mai 2003, section n°222956, Société Télécoise, *RJF* 7/03 n°823, Chronique Laurent Olléon, et conclusions Marie-Hélène MITJAVILLE au *BDCF* 7/03 n°91.
[854] Solution préconisée aussi par une réponse ministérielle Barbier, *JO AN* 23 septembre 1996, p.5054 et BF 11/96 n°1158.

2. Les aides accordées aux succursales d'une filiale

295. L'affaire Guerlain[855]**.** Malgré la reconnaissance du principe de la déductibilité de l'aide accordée par un siège à sa succursale étrangère dans le cadre de l'arrêt Société Télécoise, un cas particulier n'avait pas encore été abordé : celui de l'aide apportée aux succursales d'une filiale. C'est à l'occasion d'un arrêt très important (affaire Guerlain) que la question des aides accordées aux succursales d'une filiale de la maison mère a été posée. C'est à l'occasion de l'affaire Guerlain que la jurisprudence s'est prononcée sur la solution fiscale à adopter. Pour assurer son développement en Asie, la société Guerlain avait créé une filiale implantée à Hongkong, la société Guerlain Asia Pacific Limited, détenue à 99,99 %. Cette filiale disposait elle-même de succursales dans deux pays différents : l'Australie et Singapour[856]. Ces succursales étaient chargées d'assurer la distribution exclusive des produits Guerlain fabriqués en France par la société mère. Ces succursales se sont rapidement développées, leur chiffre d'affaires était en augmentation, mais elles accumulaient des pertes. La société mère a alors décidé de leur venir en aide. En 1990, elle a octroyé un abandon de créance de 5 millions de francs à la succursale d'Australie, puis en 1991 un abandon de créance de 7,8 millions de francs à la succursale de Singapour. L'administration fiscale a considéré qu'il y avait là un transfert de bénéfices à l'étranger au sens de l'article 57 du CGI[857] et elle a réintégré ces sommes dans les bénéfices de la SA Guerlain. Le tribunal administratif de Paris a accordé à la SA Guerlain la décharge des impositions supplémentaires, mais celles-ci ont été rétablies sur l'appel du ministre par la Cour d'appel de Paris. La société Guerlain a essayé de justifier sa position par le fait de permettre à la filiale de Hongkong de

[855] CE 11 avr.2008, n° 281033, SA GUERLAIN, J*urisData* n°2008-081311, Droit fiscal, 1er mai 2008, n°18, comm.302, note M. TALY ; M.-H. PINARD-FABRO, « Aides intragroupe à l'étranger : dernières avancées de la jurisprudence », *Bull. fiscal Francis Lefebvre*, janv.2009, n°1, p.5 ; F. PERROTIN, « Prix de transfert : revue d'actualité », *L.P.A* 26 mai 2008, n°105, p.3 ; J. BURGUBURU, « Transfert de bénéfices et expansion à l'étranger : une jurisprudence au parfum », *RJF* 2008, p.667.

[856] Les deux succursales sont aujourd'hui des filiales directes de la Société Guerlain, v. M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Précis de la fiscalité des entreprises*, 2009/2010, Litec, 33e éd., p.306.

[857] Dans sa gestion fiscale, un groupe cherche à gonfler les bénéfices d'un établissement situé dans un État peu imposé en diminuant corrélativement ceux qui seront dégagés en France. Il peut jouer pour cela sur les prix de transfert à l'occasion des échanges des biens et des services. Parmi ces techniques il y a l'abandon de créances injustifiées. C'est pour lutter contre de telles délocalisations des bénéfices que l'article 57 du CGI facilite la répression des transferts indirects des bénéfices.

conserver des fonds propres pour implanter de nouveaux comptoirs en Chine et à Taïwan pour le développement des produits Guerlain. Néanmoins, la Cour a jugé que les abandons de créances constituaient un transfert de bénéfices dès lors que les résultats consolidés de la filiale de Hongkong étaient demeurés bénéficiaires malgré les difficultés financières des deux succursales et lui avaient permis de verser à la société mère des dividendes significatifs.

296. La personnalité juridique au détriment de la personnalité fiscale. La déductibilité de l'aide aurait pu être obtenue dans l'hypothèse où il s'agissait de succursales directes. La seule condition est qu'il y ait des relations commerciales entre le siège et sa succursale et favorisant le maintien ou le développement des activités du siège. En jugeant dans l'affaire Guerlain que « *les abandons de créances consenties aux succursales de Singapour et d'Australie, dépourvues de personnalité juridique, l'ont été nécessairement à la filiale Guerlain Pacific Asia Ltd à laquelle lesdites succursales appartiennent* », le Conseil d'Etat indique clairement ne pas souhaiter aller au-delà des limites qu'il s'était fixé dans la voie ouverte par l'arrêt Société Télécoise de 2003[858]. C'est bien la filiale qui est le débiteur juridique de la créance. D'après le commissaire du gouvernement C. VÉROT, « *l'affaire se présente de manière beaucoup plus simple que celle de l'arrêt Société Télécoise puisqu'il ne s'agit pas d'un abandon à soit même, mais d'un abandon consenti à une filiale* ». Elle précise ainsi que « *sur le plan économique et sur le plan comptable, les succursales forment avec la filiale une société unique dont les résultats sont consolidés et qu'ainsi, les deux abandons de créance consentis directement par la SA Guerlain aux succursales constituent en fait des aides accordées à la filiale qui détient des succursales* ». Ce raisonnement fait prévaloir la réalité juridique de l'unicité de la personne morale par rapport à la règle fiscale selon laquelle la filiale et ses deux succursales, établies dans des juridictions fiscales différentes, sont des sujets d'imposition distincts. Le fait de prendre en considération la filiale plutôt que la succursale pour apprécier l'existence d'un besoin en financement n'est pas neutre. Pour mettre en œuvre la règle posée par l'arrêt Guerlain, les juges devront certes s'attacher à vérifier en priorité l'existence d'un besoin de financement au niveau

[858] J. BURGUBURU, « Transfert de bénéfices et expansion à l'étranger : une jurisprudence au parfum », *RJF* 2008, p.669.

de la filiale, prise dans sa globalité. Ce critère étant déterminant, l'absence de besoin de financement au niveau de la filiale suffit à rendre une aide anormale, quand bien même la succursale destinataire de l'aide rencontre, au titre de son activité prise isolément, des difficultés financières. Telle est la solution adoptée dans l'arrêt.

297. Une aide suspecte. La déductibilité par la société mère des aides litigieuses n'est pas subordonnée à l'existence de difficultés financières chez la filiale mais plutôt à un besoin de financement de cette dernière au regard de l'intérêt commercial de la mère qu'elle doit servir. Or, la circonstance que la filiale ait versé des dividendes significatifs à sa société mère venait contredire toute la démonstration précédente puisqu'elle indique que la filiale était sans doute en bonne santé financière pour soutenir les marchés existants et en développer de nouveaux. Une aide peut seulement être considérée comme normale si elle répond à l'intérêt propre de l'entreprise qui la consent, mais également si elle répond à un besoin chez l'entreprise qui en bénéficie. La société mère n'a pas réussi à démontrer en quoi il était nécessaire que ce soit l'entité française du groupe qui aide l'entité implantée à Hongkong plutôt que de faire aider les établissements d'Australie et de Singapour par la filiale de Hongkong. N'était-il pas plus logique, se demandent certains auteurs[859], que ces établissements soient secourus par leur mère plutôt que par leur grand-mère. Mais même dans l'hypothèse où les besoins de financement de la filiale seraient démontrés, une approche cohérente de la normalité de l'aide devrait conduire les juges à prendre également en compte l'existence d'un besoin de financement au niveau de la succursale concernée par l'aide, afin de vérifier que le besoin global de financement de la filiale provient au moins en partie de l'activité de cette succursale. D'après M.-H PINARD-FABRO, « *les entreprises amenées à consentir une aide à la succursale d'une filiale étrangère devront être en mesure de démontrer l'existence d'un double besoin de financement, à la fois au niveau de la filiale et au niveau de la succursale*»[860].

[859] F. PERROTIN « Prix de transfert : revue d'actualité », *L.P.A* 26 mai 2008, n°105, p.3.
[860] V. « Aides intragroupe à l'étranger : dernières avancées de la jurisprudence », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, Janv. 2009, n°1, p.5.

298. Une solution au transfert de bénéfice au profit des succursales. La société mère Guerlain visait peut être un transfert indirect de bénéfices[861]. L'administration française ne cesse de lutter contre cette pratique[862]. La seule obligation légale de documentation résultait de l'article L.13 B du Livre des procédures fiscales (LPF). Ce texte est rarement utilisé car le vérificateur doit démontrer auparavant une présomption de transfert de bénéfice. La production d'une documentation se fait sur la base du « volontariat »[863]. D'après cette loi, la documentation devrait être préalable au contrôle fiscal. C'est un développement assez logique car il s'inscrit dans le droit fil des recommandations du Code de bonne conduite publié par la Commission européenne sur la question. Le texte prévoit que les sociétés ayant un chiffre d'affaires supérieur à cinquante millions d'euros seraient seules concernées par l'obligation de documentation. Les pénalités encourues seraient assez lourdes : 50000 euros par exercice en cas d'absence de documentation, voire 5% des profits considérés comme indûment transférés. D'après V. RENOUX, « *tout l'enjeu de ce texte réside dans le contenu de la documentation. Trop détaillé et approfondi, il contraindra la société à figer artificiellement sa politique de prix de transfert sans pouvoir s'adapter ultérieurement à la réalité du marché et de la vie économique et se révélera pénalisant. Seul point positif il permettra aux sociétés de réfléchir à leur stratégie de prix de transferts sans y être contraintes par un contrôle. Malgré nos mises en garde, nos clients tardent à constituer au préalable une documentation. Ce texte ne peut que les y inciter et leur permettre de se prémunir contre des redressements éventuels* »[864].

[861] Incontestablement, les conditions d'application de l'art.57 du CGI se trouvaient réunies : lien de dépendance entre les succursales étrangères et la société française, avantages financiers accordés à ces succursales. Il y aurait une présomption de transfert indirect de bénéfices qu'il revenait à la Société Guerlain de combattre.

[862] P.-Y. BOURTOURAULT et M. BÉNART, Relations intragroupe, prix de transfert et acte anormal de gestion. Vers une convergence des règles de preuve applicables aux opérations nationales et internationales ?, *Dr. fisc*.2008 n°50, p. 576.

[863] V. RENOUX, cité par Dr fiscal, prix de transfert : revue d'actualité, *L.P.A*, 26 mai 2008 n°105, p.5.

[864] Op. cit.

SECTION 2 :
LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES DANS L'ESPACE EUROPÉEN

299. La défense des libertés communautaires. Les Etats membres de l'Union européenne doivent exercer leur compétence dans le respect du droit communautaire et s'abstenir de toute discrimination fondée sur la nationalité. L'approche préconisée, pour définir la non-discrimination selon le droit communautaire[865] et selon l'OCDE[866], repose sur le principe de traitement national. La règle reste que si la Cour de justice reconnaît aux Etats la liberté quant au choix de taxer ou non un revenu ou un capital ainsi que de déterminer le taux et l'assiette d'une imposition, ils ne peuvent dans l'exercice de cette souveraineté, et sous réserve de justifications, créer des discriminations ou des entraves dans l'exercice des libertés de circulation garanties par le traité. De manière plus précise, la Cour de justice a considéré que dans la très grande majorité des cas qui lui étaient soumis, les résidents et les non-résidents étaient

[865] L'article 12 du Traité CE pose un principe fondamental de non-discrimination en fonction de la nationalité. Il constitue aujourd'hui l'unique fondement du principe de non-discrimination, depuis que la reconnaissance d'une clause de la nation la plus favorisée a été rejetée en droit communautaire. Sur ce rejet, V. CJCE, gde ch., 5 juill. 2005, aff. C-376/03, Rec. CJCE, 2005, I, p. 5821 ; JO n°C-271, 29 oct. 2005, p. 4 ; *Dr. fisc.* 2005, n° 30-35, p. 1301 ; *RJF* 10/2005, n°1143 ; LPA 2005, n°208, p. 14 (extraits), note Th. GEORGOPOULOS. Cette affaire est plus souvent dénommée l'« *affaire D*. ». Sur le concept de « non-discrimination en raison de la nationalité » v. F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, P.U.F, 2004, n°41 et s.

[866] L'article 24 du modèle de Convention OCDE contient une clause dite de « non-discrimination ». La dernière mise à jour du Modèle de Convention fiscale, adoptée par le Conseil de l'OCDE le 17 juillet 2008, ne fait pas de doute quant à l'absence d'une lecture de la clause de la nation la plus favorisée dans les termes de l'article 24. En effet, un nouveau commentaire de l'article est ainsi rédigé : « De plus, les dispositions de l'article ne peuvent être interprétées comme assurant le traitement dit de la « nation la plus favorisée ». Si un État a conclu une convention bilatérale ou multilatérale qui accorde des avantages fiscaux aux nationaux ou aux résidents de l'autre État ou des autres États signataires de cette convention, les nationaux ou résidents d'un État tiers qui n'est pas signataire de cette convention ne peuvent réclamer ces avantages en vertu d'une disposition sur la non-discrimination incluse dans une convention fiscale conclue entre cet État tiers et le premier État. Les conventions fiscales étant basées sur le principe de réciprocité, un avantage fiscal accordé par un État contractant, en vertu d'une convention bilatérale ou multilatérale, à un national ou résident d'un autre État qui est partie à cette convention en raison d'une relation économique spéciale entre ces États ne peut être réclamé par un national ou un résident d'un État tiers en vertu d'une disposition sur la non-discrimination incluse dans une convention fiscale conclue entre le premier État et cet État tiers ». OCDE, Centre de politique et d'administration fiscale, « Mise à jour 2008 du modèle de convention fiscale », 18 juillet 2008, p. 57.

dans des situations comparables, qu'ils ne pouvaient dès lors être traités différemment et que toute restriction à des opérations transnationales, qui n'existaient pas à l'égard de situations purement nationales, était contraire au Traité[867]. Appliqué aux succursales, ce principe a donné lieu à une jurisprudence abondante de la Cour de justice, gardienne du respect du droit communautaire.

§1 - LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION DES SUCCURSALES EN RAISON DE LA NATIONALITÉ ÉTRANGÈRE OU LA RÉSIDENCE À L'ÉTRANGER DE LA MAISON MÈRE

300. L'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence. Depuis l'arrêt *Schumacker*[868]*,* la Cour de justice considère que « *si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, il n'en reste pas moins que ces derniers doivent l'exercer dans le respect du droit communautaire* ». Le recours à cette formulation est presque systématique depuis cette décision fondatrice[869]. Tout dispositif discriminatoire qui vise à perturber la construction de l'Europe fiscale doit, depuis cette date, être écarté. Les Etats membres sont néanmoins tenus de veiller à ce que leur système fiscal ne porte pas atteinte aux grandes libertés prévues par le traité. Les règles du traité en matière d'égalité de traitement conduisent à exclure non seulement les discriminations ostensibles, directement fondées sur la nationalité, mais également toute formes indirectes de discriminations fondées sur la résidence[870]. La Cour de justice a décidé depuis l'arrêt *Sotgiu*[871] que « *les règles d'égalité de traitement prohibent non seulement les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent au même résultat* ».C'est pourquoi,

[867] W. MELCHIOR, Souveraineté fiscale des Etats membres et la Cour de justice : nouvelles tendances ou confirmation ? *RJF* 2008, Doct., p.90. v. aussi A. MAITROT DE LA MOTTE, Souveraineté fiscale et construction communautaire, L.G.D.J.2005.

[868] CJCE 14 fév.1995, Aff. C-279/93, Finanzamt Köln-Altstadt Shumacker*, Rec.,* p. I-225, point 21 ; *Dr. fisc*.1995, n°20, comm.1089 obs. A. DE WAAL, *RJF*, 1995, n°425, concl. Ph. LÉGER

[869] CJCE 11 août 1995, Wielockx, C-80/94, point 16, *Rec.,* p. I-2493 ; CJCE 27 juin 1996, Asscher, C-107/94, point 36, *Rec*., p. I-3089 ; CJCE 15 mai 1997 Futura Participations SA et Singer, C-250/95 point 19, Rec., p. I-2471 ; CJCE 13 avril 2000 C. Baars C-251/98 point 32, Rec., p. I-2787 ; CJCE 12 décembre 2002, Lankhort-Hohorst, C-324/00, point 26, *Rec.,* p. I-11779 ; CJCE 7 septembre 2004, Manninen, C-319/02, point 19, *Rec.,* p. I-7477.

[870] D. BERLIN, « Différence de traitement fiscal opéré par un Etat membre entre résidents et non-résidents », *Bull. Joly Sociétés* 1999, p.784.

[871] CJCE 12 fév.1974, Aff. 152/73, *Sotgiu/Deutsche Bundespost,* Rec., p.153.

conformément aux conclusions de son avocat général M. Léger[872], la Cour a jugé dans l'affaire *Schumacker* que le critère de la résidence pouvait, en vue d'apprécier des discriminations, remplacer celui de la nationalité. La différence de traitement dont font l'objet les succursales considérées comme non résidentes ainsi que la restriction apportée à la liberté de choix de la forme de l'établissement secondaire doivent s'analyser comme étant une seule et même violation des articles 54 et 65 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

301. Discriminations volontaires et non volontaires. La première catégorie de discriminations volontaires est constituée des avantages fiscaux accordés par les États membres dans un but interventionniste. Ces avantages sont souvent réservés à leurs nationaux et à leurs résidents[873]. C'est une pratique discriminatoire car les États membres ne sont pas libres, lorsqu'ils exercent leur souveraineté fiscale, d'instaurer des régimes fiscaux qui ne sont favorables qu'à leurs ressortissants. Ce faisant, ils portent en effet atteinte au principe communautaire de non-discrimination qui prohibe de tels régimes. La seconde catégorie de discriminations volontaires est constituée des règles applicables aux non-nationaux et aux non-résidents : c'est le cas des succursales de sociétés étrangères situées dans un pays pratiquant la discrimination[874]. La Cour de justice a eu l'occasion de juger que les Etats membres ne pouvaient pas toujours traiter les succursales ayant la nationalité de leurs maisons mères de manière plus défavorable que les filiales, même si la Cour de justice admettait que les États membres puissent appliquer un traitement fiscal différent dès lors que les catégories de contribuables ne se trouvent pas dans une situation comparable.

[872] Conclusions présentées le 22 nov. 1994, v. *Rec.* p.225

[873] V. sur ce point D. BERLIN, « Différence de traitement fiscal opéré par un État membre entre résidents et non résidents », *Bull. Joly Sociétés*, juillet 1999, pp.784-793 ; P. DIBOUT, « Fiscalité et construction européenne : un paysage contrasté », *RDAE* 1995, n°2, pp.5-19 ; « La fiscalité à l'épreuve de la circulation des capitaux », *Dr. fisc.,* 2000, n°42, pp.1365-1372 ; Ph. HINNEKENS, « Impact of non-discrimination principle under EC Treaty on Belgian income tax law », *EC Tax Review*, 1996, n°2, pp.56-62.

[874] En Belgique les succursales sont soumises à l'impôt sur les non résidents applicable à tous les établissements stables de sociétés étrangères. Les sociétés nationales sont quant à elles soumises à l'impôt sur les sociétés. En septembre 1993, deux mois après l'arrêt Commerzbank, la Commission européenne a adressé à la Belgique un avis motivé l'invitant à aligner le taux de l'impôt sur les non résidents sur celui de l'impôt sur les sociétés lorsque la société étrangère a son siège dans un Etat membre de la Communauté européenne. Le ministre des finances belge s'est incliné à cette condition au vote de la loi du 30 janv. 1996 Les articles 4 et 11 de cette loi prévoient que le taux de l'IS s'applique en matière d'impôt des non résidents sans distinguer selon que l'Etat du siège central est ou non membre de la Communauté européenne ou de l'AELE.

302. Justifications possibles des discriminations. Une discrimination peut-elle avoir une cause justificative ? À discrimination directe aucune justification[875]. À discrimination indirecte, justification possible pour des motifs tenant à la cohérence des systèmes fiscaux[876] ou pour des raisons impérieuses d'intérêt général. C'est ainsi que la Cour de justice a estimé compatible la législation fiscale luxembourgeoise subordonnant le report des pertes antérieures, en ce qui concerne la succursale d'une société établie dans un autre Etat membre, à la condition que ces pertes soient en relation économique avec les revenus réalisés par la succursale au Luxembourg car une telle condition reste conforme au principe de territorialité de l'impôt[877]. Il faut noter que les justifications fiscales invoquées par les Etats membres afin de restreindre les libertés européennes sont de plus en plus admises ces dernières années[878]. La Cour de justice sera-t-elle plus compréhensive à l'égard des justifications invoquées par les Etats ?, la position de la Cour de justice était claire Les Etats membres doivent garder leur souveraineté sur la fiscalité tout en respectant les libertés européennes. Or, désormais, les Etats semblent recouvrer une marge de manœuvre qu'ils craignaient avoir définitivement perdue et qu'ils peuvent désormais utiliser pour détourner une application trop rigide des règles communautaires. Certaines de ces justifications sont toujours interdites ; c'est le cas de la compensation entre un traitement fiscal défavorable et l'existence d'autres avantages fiscaux. C'est le cas aussi de la poursuite d'un objectif économique comme la promotion d'un secteur ou le défaut d'harmonisation communautaire. D'autres justifications ressurgissent en revanche et qui ont été admises par la Cour de justice. C'est le cas des justifications visant à assurer l'efficacité des contrôles fiscaux : un Etat membre est autorisé à appliquer des mesures qui permettent la vérification de façon claire et précise du montant tant des revenus imposables de cet Etat que des pertes susceptibles d'y être reportées[879]. C'est le cas, en deuxième lieu, de la nécessité de lutter contre

[875] CJCE, 16 juill. 1998, Aff. C-264/96, *Imperial Chemical Industrie plc / Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes*), *Rec.* p. I-4695.
[876] Aff. Schumacker préc.
[877] CJCE 15 mai 1997, aff. C-250/95, Futura Participations, *Rec.*1997, I, p.2471 ; J.-G. HUGLO, « Droit d'établissement et libre prestation de services », *RTD eur.*1997, p.453 ; *RJF* 1997, n°757.
[878] B. DELAUNAY, « L'évolution de la jurisprudence relative aux justifications des restrictions fiscales aux libertés communautaires », *Dr. fisc*., 12 mars 2009, n°12, p.248.
[879] CJCE 15 mai 1997, précité, point 31 à 35

l'évasion fiscale[880]. Ces deux justifications ont été admises récemment dans un arrêt Elisa[881] pour justifier une mesure discriminatoire instaurée par les pouvoirs publics français vis-à-vis des non-résidents C'est le cas enfin de la nécessité d'assurer la cohérence du système fiscal national[882].

§ 2 - LA CONDAMNATION DES PRATIQUES FISCALES DISCRIMINATOIRES DE LA FRANCE VIS-À-VIS DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

303. L'application aux succursales étrangères de la retenue à la source. En France, l'application de l'article 119 bis-1 du Code général des impôts a pour résultat qu'« en cas de distribution de dividendes encaissés par des succursales[883], il y a application d'une retenue à la source de 25% en cas de distribution à des personnes ayant leur domicile ou siège hors de France ». L'administration fiscale estimait que cette retenue devait s'appliquer aux produits perçus par la succursale en France d'une société étrangère, sous réserve des conventions fiscales. Le Conseil d'Etat a infirmé cette décision par un arrêt du 19 décembre 1975[884] au motif que l'établissement de la société étrangère était assimilable à un siège en France au sens de l'article 119 bis-2, dès lors qu'il était assujetti à l'impôt sur les sociétés ; les produits des actions et parts sociales des sociétés françaises perçus par des succursales sis en France de sociétés étrangères ne se trouvent plus, depuis lors, amputés par la retenue à la source de 25 %, sous réserve de l'accomplissement de certaines formalités : établissement d'une attestation par la succursale bénéficiaire des produits, visée par le service fiscal[885]. La succursale est cependant redevable de la retenue à la source, sous réserve des conventions sur la redistribution des dividendes perçus conformément à l'article 115 du CGI. La circonstance que les bénéfices réalisés par la personne morale étrangère l'ont été par l'intermédiaire d'une succursale ne fait pas obstacle à

[880] CJCE 16 juill. 1998, aff. C-264/96 Imperial Chemical Industrie plc. (ICI) c/ Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes) *Rec.* 1998, I, p. 4695, *Dr fisc.,* 1998, n°48.
[881] CJCE 11 août 2007, l'année fiscale 2008, *Dr fisc*. 2008, n° hors série, étude 5.
[882] CJCE 4e ch. 23 oct.2008, *Dr. fisc.*2008,n°50, comm.616.
[883] Inclus dans les résultats imposables en application de la théorie de la fiction bilancielle
[884] n° 84774, 86528 et 91895, *Dr. fisc.,* 1976, n°27, comm. 925, concl. Fabre.
[885] Commentaire administratif, BODGI, 4-J-7-76.

l'application de l'article 115[886]. D'après le commissaire du gouvernement G. BACHELIER : « *l'article 115 du Code général des impôts institue non pas une imposition sur les bénéfices mais une imposition sur les distributions* »[887]. Si donc l'impôt sur les sociétés frappe les bénéfices, la retenue à la source frappe la distribution qui fait naître des revenus de capitaux mobiliers. Pour les succursales de sociétés ayant leur siège dans l'Union européenne, la retenue à la source a été supprimée par la loi n°97-1239 du 29 décembre 1997[888]. Le régime applicable aux implantations de succursales et de filiales de sociétés communautaires a été uniformisé[889]. L'exonération est cependant subordonnée à deux conditions : d'abord la société étrangère doit avoir son siège de direction effective dans un Etat membre de l'Union européenne, ensuite elle doit être passible de l'impôt sur les sociétés ou tout impôt comparable sur les revenus des personnes morales dans l'Etat membre où elle a son siège de direction effective, sans possibilité d'option et sans en être exonérée.

304. L'application aux succursales étrangères du régime mère-filiales. En France, des difficultés ont surgis à propos de l'application aux succursales de sociétés étrangères, du régime des sociétés « mère-filiales » visé aux articles 145, 146 et 216 du CGI, à raison des dividendes encaissés par elles et provenant de filiales, françaises ou étrangères, de la société dont elles dépendent. L'administration fiscale a longtemps refusé le bénéfice des régimes concernés en se fondant sur le défaut de dissociation juridique entre les succursales et leurs maisons mères étrangères. Par un arrêt du 18 novembre 1985[890], le Conseil d'Etat a jugé que la clause relative à la nationalité française de la société mère prévue par l'article145 du CGI ne pouvait s'appliquer à la succursale française d'une société italienne, compte tenu des dispositions de la convention franco-italienne en

[886] CE 31 janv. 2001, n°199543 ; *RJF* 2001, n° 489, concl. Bachelier ; *BDCF* 4/01, n°54 ; *L.P.A* 2001, n°206, p.13, note Boutemy.
[887] Conclusions sous CE 31 janv. 2001, *S.A Bank Kasa Opieki (B.P.K.O),* req. n°199-543
[888] Dt. Fiscal 1998, n°1-2, comm. n°2, Instr. 10 juin 1998 ; BOI.4.J-1-98, 18 juin 1998 ; *Dr. fisc*. 1998, n°27, Instr.12021
[889] L'art. 115, dans sa rédaction antérieure à cette loi, établissait une discrimination entre les sociétés établies dans un Etat membre de la Communauté et les sociétés ayant leur siège en France, dès lors qu'il incitait les sociétés d'un Etat membre qui auraient voulu s'établir en France à y créer des filiales plutôt que des succursales afin d'échapper à la retenue à la source.
[890] CE 18 nov. 1985, n° 50643, *Dr. fisc*. 1986, n°9, comm. 347, concl. Fouquet.

vigueur à l'époque des faits litigieux et qui comportait une clause de non discrimination applicable aux établissements stables.

305. Le bénéfice par les succursales de l'avoir fiscal. Les dispositions de l'article 158 du CGI, conduisant à refuser aux succursales et agences en France de sociétés d'assurance ayant leur siège dans un autre État membre le bénéfice de l'avoir fiscal au titre de dividendes de sociétés françaises perçus par ces succursales et agences, ont été ainsi regardées comme une discrimination constitutive d'une restriction à leur liberté d'établissement (art. 49 du TFCU)[891]. La Cour de justice a condamné la France pour avoir refusé d'accorder le bénéfice de l'avoir fiscal[892] aux succursales de sociétés d'assurance étrangères établies en France, et de l'avoir accordé, en revanche, aux filiales de sociétés étrangères. L'article 158 al.2 ter du CGI[893] disposait que le bénéfice de l'avoir fiscal est réservé aux personnes qui ont leur domicile réel ou leur siège social en France. Les dispositions fiscales françaises ne font, en ce qui concerne la détermination de la base imposable en vue de l'établissement de l'impôt sur les sociétés, aucune différence entre les sociétés ayant leur siège social en France et les succursales situées en France de sociétés ayant leur siège à l'étranger. Comme nous l'avons expliqué plus haut, la quasi-personnalité fiscale de la succursale oblige de l'imposer sur ses bénéfices. La liberté d'établissement reconnaît aux ressortissants d'un autre Etat membre le droit d'exercer leur activité dans l'Etat membre concerné par l'intermédiaire d'une succursale ou agence. Admettre que l'État membre d'établissement puisse librement appliquer un traitement différent en

[891] CJCE 28 janv. 1986, aff. 278/83, comm. CE c/ France, *Rec*.1986, p. 273 ; O. LO, Le marché unique et les sociétés, *DPCI*, 1989, p. 256.

[892] L'avoir fiscal désigne l'imputation à laquelle ouvrent droit les dividendes d'actions ou des parts sociales distribuées par des sociétés françaises. Les dividendes distribués ouvrent droit à une ristourne au profit des associés résidents d'une partie de l'IS, égale à la moitié des sommes effectivement versées par la société. Cet avoir fiscal est en réalité une créance que le contribuable détient sur le trésor, puisqu'il viendra en déduction de son impôt sur le revenu qui sera calculé en appliquant le taux correspondant à la tranche dans laquelle s'inscrit la somme du dividende et de l'avoir fiscal. Dans le cas où l'impôt dû est inférieur au montant de l'avoir fiscal, le fisc sera tenu de rembourser la différence. C'est ainsi que l'égalité de traitement est devenue le corollaire des libertés fondamentales. Sur ce point, v. R. LYAL, *Non discrimination and direct tax in Community law* : EC Tax Review, Vol.12, Issue 2, 2003, p.68 ; L. HINNEKENS, *The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member States direct taxation : EC tax review*, vol.11, Issue 3, 2002, p.112. Plus récemment: J.-L. PIERRE, « Question de la conformité du droit communautaire des dispositifs du précompte et de l'avoir fiscal », *Dr. Sociétés*, oct. 2009, n°10, comm.194.

[893] Cette disposition a été supprimée par la loi de finances pour 2001, v. l'art. 2 bis de la loi de finances initiale pour 2001.

raison du seul fait que le siège d'une société est situé dans un autre État membre viderait cette disposition de son contenu. Dés lors que la réglementation litigieuse met sur le même plan, aux fins de l'imposition de leurs bénéfices, les sociétés ayant leur siège social en France et les succursales et agences situées en France de sociétés ayant leur siège à l'étranger, elle ne peut pas, sans créer une discrimination, les traiter différemment, dans le cadre de cette même imposition, en ce qui concerne l'octroi d'un avantage y relatif, tel que l'avoir fiscal[894]. En traitant de manière identique les deux formes d'établissement aux fins de l'imposition des bénéfices réalisés par eux, le législateur français a, en effet, admis qu'il n'existe entre les deux, au regard des modalités et des conditions de cette imposition, aucune différence de situation objective pouvant justifier une différence de traitement. La Commission européenne a essayé de généraliser sa décision à tous les domaines[895]. Elle a décidé que si elle a limité son recours au secteur des assurances en raison du fait que les plaintes lui avaient été adressées seulement dans ce secteur, il appartiendrait néanmoins à tout État membre et notamment à la France, de tirer d'un arrêt de la Cour toutes les conséquences qui s'imposent, y compris dans d'autres domaines. Dans l'arrêt Commission c. France, la Cour de justice a du combiner l'article 12 avec une liberté de circulation pour arriver à ce résultat. Conjugué avec une liberté de circulation, le principe de non discrimination obère substantiellement la souveraineté fiscale des États membres, puisque ceux-ci ne peuvent plus réserver de traitement fiscal spécifique aux non-nationaux[896]. Seule cette combinaison des deux principes a permis à la Cour de justice de soumettre la fiscalité directe des États membres à

[894] La CJCE a décidé dans un arrêt du 7 septembre 2004 que le régime finlandais de l'avoir fiscal, qui était assez proche du régime français, enfreignait l'article 56 du traité CE en ce que sa portée concernait, pour les actionnaires résidents de Finlande, les distributions provenant des seules sociétés établies dans cet État. Arrêt Petri Manninen, *Dr. Sociétés* 2004, comm. 223, note J.-L. Pierre ; *RJF* 2004, n° 1211 ; *BDCF* 2004, n° 141, concl. J. Kokott ; J.-M. PIOL, « Avoir fiscal et libre circulation des capitaux : *Lexbase* n° N 3048ABI ; Th. GEORGOPOULOS, Le rôle créatif du juge communautaire en matière de fiscalité directe », *RTD eur.* 2005, p. 61 ; J.-L. PIERRE, « Question de la conformité au droit communautaire des dispositifs du précompte et de l'avoir fiscal », *Dr. Sociétés* 2009, n° 10, comm. 194.

[895] Afin de mettre sa législation en conformité du droit communautaire la France a procédé à une modification de sa législation : elle a accordé le bénéfice de l'avoir fiscal aux succursales de sociétés ayant leur siège dans un autre Etat membre et qui reçoivent des dividendes des sociétés françaises. Instr.31 juillet 1986 : BODGI 4 J-1-86 ; *Dr fisc*. 1986, n°32-38, Instr. 8835 ; *Doc. Adm*. 4-J-1313, n°8, 1er nov. 1995.

[896] V. A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire*, L.G.D.J, 2005, p.151.

son contrôle. Cette conjugaison fait apparaître clairement le caractère complémentaire des deux principes.

306. La synthèse de l'administration fiscale française. Après les décisions fondées sur le principe de non discrimination, l'administration fiscale était obligée de fournir une nouvelle définition du régime fiscal des dividendes perçus par les succursales, en France, de sociétés étrangères[897]. Dans le cas d'une société qui a son siège dans un pays situé hors UE et avec lequel la France n'est pas liée par une clause de non discrimination relative aux établissements stables, la doctrine administrative antérieure demeurait applicable : les dividendes encaissés ne pouvaient être exonérés sur la base du régime des sociétés mères filiales, et n'étaient pas assortis de l'avoir fiscal. Dans le cas d'une société ayant son siège dans un Etat membre de l'Union européenne, ou dans un Etat avec lequel la France était liée par une clause de non discrimination relative aux établissements stables, ou dans un territoire d'outre-mer ou une collectivité d'outre-mer à statut particulier, le régime applicable aux dividendes encaissés par l'établissement tenait compte de la jurisprudence ci-dessus.

§ 3 - LA CONDAMNATION PAR LA COUR DE JUSTICE DES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES DES AUTRES PAYS EUROPÉENS VIS-À-VIS DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

307. Mobilité des sociétés. La Cour de justice a toujours défendu les grandes libertés communautaires. Parmi ces libertés, la liberté d'établissement occupe une place importante. D'après la CJCE, constitue une entrave à la liberté d'établissement le fait d'appliquer une fiscalité moins avantageuse aux succursales. La fiscalité des différents pays membres est assez diversifiée. La Cour de justice a voulu y mettre un terme en condamnant les mesures nationales qui peuvent entraver l'implantation sous forme de succursales. C'était un moyen pour elle de pousser à une harmonisation fiscale qui est encore loin d'être réalisée.

[897] Instruction du 31 juillet 1986, BODGI 4-J-1-86.

A. Les pratiques discriminatoires condamnables

308. La Grèce. Comme la France, la Grèce a été condamnée par la CJ car son système d'imposition était qualifié de discriminatoire. Selon un arrêt Royal Bank of Scotland[898], la succursale grecque de la Royal Bank of Scotland avait été imposée sur les bénéfices au taux de 40%. Cependant, elle avait assorti sa déclaration d'impôts d'une « réserve » au titre de laquelle elle revendiquait l'application du taux plus favorable de 35% applicable aux banques grecques. L'administration fiscale rejeta les prétentions de la banque britannique et cette dernière porta ce refus devant les tribunaux (en l'espèce le *Trimeles Diokitiko Protodikeio Peiraios*) qui saisirent la Cour de la question préjudicielle suivante : « *la disposition (...) de l'article 109, §1 sous a) du Code des impôts sur le revenu (...) qui, en appliquant un taux d'imposition de 40%, aux revenus imposables des sociétés étrangères, les soumet à une imposition distincte, plus lourde par rapport à celle qui frappe les sociétés grecques, auxquelles s'applique un taux d'imposition de 35%, peut-elle être admise et est-elle licite en droit communautaire, et en particulier cette disposition est-elle conforme aux art.7 et 52 du traité ?* ». En d'autres termes, l'Etat hellénique peut-il faire supporter aux sociétés étrangères un tel traitement fiscal différent ? La Cour de justice décide que la législation grecque instituant des taux d'imposition différents pour l'impôt sur les bénéfices des sociétés selon que la société est établie en Grèce ou qu'i s'agit de la succursale d'une société établie dans un autre État membre est incompatible avec l'article 43 du traité CE dès lors qu'il n'existe aucune différence de situation objective de nature à fonder une différence de traitement entre ces deux catégories de contribuables et qu'à l'égard de la détermination de la base imposable , la législation grecque n'établit pas de distinction.

309. L'Allemagne. Une illustration peut être donnée par l'affaire Compagnie de Saint Gobain[899] : Saint Gobain ZN est la succursale allemande de la compagnie de Saint Gobain SA, société de droit français dont le siège et la

[898] CJCE, 29 avr. 1999, Royal Bank of Scotland PLC, C-311/97 : *Rec*. CJCE, p. I-2651, concl. S. Alber ; Dr. fisc. 1999, n°24, p.827 ; *Dr. fisc.* 2000, n°11, chron. P. Dibout, p.474 et s. Bull. Joly 1999, n°7, § 176, note D. Berlin ; *RJF* 7/99, n°948. J. –G. HUGLO, *J.-Cl. International*, Fasc. 164-40, Reconnaissance, établissement et libre prestation de services des sociétés, spéc. n° 39.

[899] CJCE 21 septembre 1999, aff. C- 307/97, Rec. CJCE, p. I-6161, concl. J. MISCHO ; *Dr. fisc.* 2000, chron. P. DIBOUT, p.474 et s. ; *Bull. Joly* 2000, n°3, § 56, note D. BERLIN ; *RJF* 12/99, n°1629.

direction commerciale sont situés en France. À ce titre, Saint Gobain ZN qui est immatriculée au registre de commerce en Allemagne est considérée en droit fiscal allemand comme un établissement stable de Saint Gobain SA. Le *Finanzamt* a refusé d'accorder à Saint Gobain SA le bénéfice de certains avantages fiscaux relatifs à l'imposition des dividendes provenant de participations à des sociétés de capitaux étrangers, avantages réservés aux sociétés soumises en Allemagne à une obligation fiscale illimitée[900]. Saint Gobain ZN conteste devant la juridiction de renvoi le refus de Finanzamt de lui accorder le bénéfice de trois avantages fiscaux relatifs aux dividendes. Le *Finanzgericht Köln* a constaté que, en 1988, il était conforme au droit allemand en vigueur de refuser ces privilèges à un établissement allemand d'une société de capitaux étrangère. Il a toutefois considéré que, au regard notamment de l'arrêt du 28 janvier 1986 Commission c. France, un tel refus pourrait constituer une discrimination contraire à l'article 52 (devenu l'article 43) du traité CE. Le *Finanzgericht Köln* a décidé de surseoir à statuer et de poser à la CJCE quelques questions préjudicielles sur la compatibilité du refus d'accorder des avantages fiscaux avec les dispositions des articles 52 et 58 (ex art. 43 et 48).Selon la Cour de justice, le refus d'accorder des avantages fiscaux en cause aux établissements stables situés en Allemagne de sociétés non résidentes rend moins attrayant pour ces dernières la détention de participations d'affiliation au travers de succursales allemandes et limite, du coup, la liberté de choisir la forme juridique appropriée pour l'exercice d'activités dans un autre Etat membre[901].

Dans une autre affaire CLT-UFA[902], la CJCE a décidé que la différence de traitement entre succursales et filiales n'est pas objectivement justifiée. La société

[900] Les sociétés soumises à une obligation fiscale illimitée en Allemagne sont en vertu du droit allemand les sociétés considérées comme « fiscalement résidentes » en Allemagne (soit, celles qui ont leur siège social ou leur direction commerciale en Allemagne)

[901] Suite à cette affaire le gouvernement de Luxembourg a procédé à une réforme de sa législation : avant 2001 le bénéfice de certaines faveurs fiscales telles l'intégration fiscale prévue par l'article 164 bis de la loi sur l'impôt sur le revenu LIR ou l'exonération des plus-values réalisées lors de la cession de participations, était réservé aux seuls contribuables résidents. Depuis la réforme fiscale issue de la loi du 21 décembre 2001(Mémorial A, n°157, 27 décembre 2001, p.3311), les dispositions matérielles applicables aux succursales de contribuables non résidents et concernant la détermination de la base imposable, la déductibilité des dépenses d'exploitation et l'exonération de certains revenus sont identiques à celles prévues pour les contribuables résidents. V. E. FORT et Th. LESAGE, « le régime d'imposition directe des succursales d'établissements de crédit », *in Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Larcier, 2004, p.1942.

[902] CJCE 23 février 2006, aff. C- 253 /03, CLT-UFA, *RJF* 2006, n°644.

CLT-UFA, établie au Luxembourg, conteste le taux de l'IS appliqué aux bénéfices réalisés par sa succursale en Allemagne fixé à 42%. En revanche, un taux de 33,5 ou 30% est appliqué aux filiales des sociétés établies dans un autre Etat membre si elles reversent l'intégralité de leurs bénéfices à la société mère. Le gouvernement allemand a essayé de donner une justification. La différence de traitement se justifie par le fait que les bénéfices d'une filiale quittent le patrimoine de la filiale, tandis que les bénéfices transférés par une succursale à sa maison mère continuent à faire partie du patrimoine interne de la société mère. Cette distinction a été refusée par la CJ pour qui la seule différence réside dans le fait que la distribution des bénéfices d'une filiale à sa société mère présuppose l'existence d'une décision formelle à cet égard, tandis que les bénéfices d'une succursale d'une société font partie du patrimoine de cette société, même en l'absence d'une décision formelle. Cette différence ne justifie pas l'application d'un taux d'imposition différent. Le taux d'imposition réduit applicable aux bénéfices d'une filiale allemande d'une société luxembourgeoise n'est pas compensé par une imposition plus élevée de ces bénéfices au niveau de la société mère luxembourgeoise car, tant les bénéfices qu'une société luxembourgeoise perçoit d'une succursale allemande que ceux qu'elle perçoit d'une filiale allemande sont exonérés de l'impôt luxembourgeois sur les sociétés. La réglementation nationale, en ce qui concerne le mode de détermination de la base imposable, ne fait pas de distinction entre les sociétés ayant leur siège dans un Etat membre selon qu'elles exercent leurs activités par l'intermédiaire d'une succursale ou d'une filiale et qui soit de nature à fonder une différence de traitement entre les deux. La Cour en conclut que « *la réglementation prévoyant un taux d'imposition d'une succursale d'une société ayant son siège dans un autre Etat membre supérieur au taux d'imposition sur les bénéfices d'une filiale d'une société, lorsque cette filiale effectue un versement intégral de ses bénéfices à sa société mère, est incompatible avec l'article 52 CE (devenu l'article 43 CE)* ». La Cour avait déjà décidé que « *le refus d'appliquer un taux d'imposition réduit aux succursales rend moins attrayant, pour les sociétés ayant leur siège dans d'autres Etats membres, l'exercice de la liberté d'établissement par l'intermédiaire d'une succursale* » et « *limite la liberté de choisir la forme juridique appropriée pour l'exercice d'activités dans un autre*

Etat membre »[903]. La CJ est favorable à un rapprochement entre le régime des filiales et celui des succursales[904] car il conforte la liberté de l'opérateur de choisir la forme juridique de son établissement secondaire conformément à l'art. 43 CE. Lorsqu'un Etat crée une différence de traitement entre une filiale et une succursale, il lui appartient de prouver qu'elles ne sont pas dans des situations comparables pour échapper à la qualification d'entrave à la liberté d'établissement. Il faut relever cependant que la CJ a admis que des mesures nationales puissent justifier une entrave à la liberté d'établissement. Dans un arrêt plus récent[905], à propos d'un litige opposant le fisc allemand à la société KR Wannsee au sujet du traitement fiscal en Allemagne de pertes subies par un établissement stable lui appartenant et situé en Autriche, elle a considéré que la liberté d'établissement ne s'oppose pas à un régime fiscal national qui, après avoir admis la prise en compte des pertes subies par un établissement stable sis dans un Etat autre que celui dans lequel est établie la société dont cet établissement dépend, aux fins du calcul de l'impôt sur le revenu de cette société, prévoit une réintégration fiscale des dites pertes au moment où ledit établissement stable dégage des bénéfices, lorsque l'État où est situé ce même établissement stable n'accorde aucun droit au report des pertes subies par un établissement stable appartenant à une société établie dans un autre Etat et lorsque, en vertu d'une convention visant à prévenir la double imposition conclue entre les deux États concernés, les revenus d'une telle entité sont exonérés d'imposition dans l'État où la société dont cette dernière dépend a son siège.

310. Le Royaume-Uni. Dans un arrêt du 13 juillet 1993[906], le Commerzbank réclamait le remboursement des sommes payées à titre de prêts consentis par l'intermédiaire de la succursale établie au Royaume-Uni. L'administration fiscale anglaise refusa au motif qu'un tel avantage était réservé aux sociétés résidentes du Royaume-Uni. Sur un recours préjudiciel, la CJ a

[903] CJCE, 28 janvier 1986, aff. 270/83, Commission c/France : *Rec.* 1986, p.273, concl. G.-F. MANCINI ; *RJF* 11/86, n°1020.
[904] Ce problème s'est posé à l'occasion de l'affaire Marks & Spencer 13 décembre 2005, aff. C-446/03, v. J. CAVALINNI « Les libertés de circulation : marchandises, capitaux, prestation de services et établissement, Juillet 2005 à juin 2006, *RMCUE*, oct.-nov. 2006, n°502, p.613.
[905] CJCE 23 oct. 2008, aff. C-157/07, Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH, *Dictionnaire permanent de droit européen des affaires*, 6 nov. 2008, p.3957.
[906] CJCE 13 juillet 1993, Commerzbank, C-330/91, *Rec*., p. I-4017, concl. M. Darmon ; *Dr. fisc.* 1994, n°12, comm. 572, note E. Kornprobst *; RJF* 10/93, n°1402.

décidé que le critère de résidence fiscale sur le territoire national pour octroyer une éventuelle majoration de remboursement des impôts inclus risque de jouer plus particulièrement au détriment des sociétés ayant leur siège dans d'autres Etats membres. Une telle disposition nationale comporte une inégalité de traitement. En effet, lorsqu'une société non résidente est privée du droit à la majoration du remboursement d'impôt à laquelle ont toujours droit les sociétés résidentes, elle est désavantagée par rapport à ces dernières. La circonstance que l'exemption d'impôt qui a donné lieu au remboursement a été réservée aux sociétés non résidentes ne saurait justifier une règle d'exclusion qui a un caractère général. Cette règle est donc discriminatoire. Dans un arrêt du 14 décembre 2000[907] (affaire AMID), la Cour de justice énonçait que l'article 43 s'oppose à une réglementation d'un Etat membre en vertu de laquelle une société de droit national, ayant son siège dans cet Etat membre, ne peut déduire du bénéfice imposable d'une année au titre de l'IS, une perte subie l'année précédente, qu'à la condition que cette perte n'ait pas pu être imputée sur le bénéfice réalisé au cours de la même année antérieure, par un de ses établissements stables situés dans un autre Etat membre, dans la mesure où une perte ainsi imputée ne peut être déduite du revenu imposable dans aucun des Etats membres concernés, alors qu'elle serait déductible si les établissements de ladite société étaient situés exclusivement dans l'Etat membre où elle a son siège. Le Royaume Uni a essayé de justifier sa position par la lutte contre l'évasion fiscale. Cependant, la CJCE a déjà jugé que ce risque n'était pas de nature à justifier systématiquement une restriction à la liberté d'établissement, comme le montre l'arrêt *Hughes de Lasteyrie du Saillant*[908]. De même, l'existence de risque de perte de recettes fiscales ne peut être évoquée, car il est de jurisprudence constante que ce risque n'est de nature à justifier une restriction à la liberté d'établissement[909].

311. Le Luxembourg. Dans un arrêt du 15 mai 1997, la société Futura Participations, dont le siège est à Paris, a réclamé à l'administration des contributions luxembourgeoise l'imputation de certaines pertes sur le revenu de

[907] Algemene Maatschappijvoor Investering en Dienstverling NV, aff. C-141/99, *Europe*, 2001, n°2, p.20, note L. Idot.
[908] CJCE 11 mars 2004 Hughes de Lasteyrie du Saillant c/ ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, aff. C- 9/02.
[909] CJCE 16 juillet 1998, ICI, aff. C- 264/ 96 pt 28.

l'année de sa succursale Singer. L'administration fiscale refuse au motif que l'article 157 §2 de la loi luxembourgeoise, autorisant une telle imputation, n'est applicable qu'à la condition que les pertes soient en relation économique avec l'activité au Luxembourg et que la comptabilité soit tenue à l'intérieur du pays. La société Futura Participation et Singer ont formé un recours auprès des juridictions nationales luxembourgeoises faisant valoir que la disposition en question faisait obstacle à la liberté d'établissement garantie par l'article 52 du traité. Sur recours préjudiciel, la CJ considère que la première condition de l'article 157 §2 de la loi luxembourgeoise exigeant que les pertes soient rattachées aux revenus provenant d'une activité luxembourgeoise n'est pas discriminatoire et reste conforme au principe fiscal de territorialité. En revanche, la CJ considère que la seconde condition sur la tenue d'une comptabilité distincte peut constituer une restriction au sens de l'art. 52 du traité. Il n'en irait autrement que si cette mesure poursuivait un objectif légitime compatible avec le traité et se justifiant par des raisons impérieuses d'intérêt général. Le gouvernement luxembourgeois a essayé de justifier la règle de l'article 157 §2 par la nécessité de s'assurer que les pertes, dont le report a été demandé, résultent réellement des activités luxembourgeoises du contribuable. Cela a été refusé par la Cour de justice qui avait pourtant déjà admis que l'efficacité des contrôles fiscaux puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité[910]. Mais, comme l'explique la Cour dans l'arrêt Futura participation, les exigences de la seconde condition luxembourgeoise vont au-delà de ce qui est nécessaire à la vérification du montant des pertes. En droit luxembourgeois, les contribuables non résidents ne sont pas, en règle générale, obligés de tenir une comptabilité régulière relative à leurs activités au Luxembourg. Ce n'est que lorsqu'un contribuable non résident demande le report de pertes qu'il a subies au cours d'un exercice antérieur qu'il est obligé de démontrer que, pendant cette période, il a tenu au Luxembourg une comptabilité régulière relative à ses activités dans cet État. Les sociétés dont le siège se trouve dans un autre Etat membre et qui établissent des succursales se trouvent dans une situation discriminatoire par rapport aux sociétés étrangères qui

[910] Arrêt 20 fév. 1979 dit « Cassis de Dijon », *Rewe-Zentral*, 120/78, *Rec*. 978 p.649.

établissent une filiale au Luxembourg, puis qui implantent ensuite des succursales à l'intérieur du pays à partir de cette filiale.

Pour résumer, le report des pertes ne peut être subordonné à la tenue d'une comptabilité distincte. Toutefois, l'Etat membre concerné peut exiger que le contribuable non résident démontre, de façon claire et précise, que le montant des pertes qu'il prétend avoir subies correspond, selon les règles nationales relatives au calcul des revenus et des pertes qui étaient applicables pendant l'exercice concerné, au montant des pertes véritablement subies dans cet Etat[911].

B. L'appel à une harmonisation fiscale

312. La construction de l'Europe fiscale. L'harmonisation fiscale en matière d'impôt direct est embryonnaire[912]. Au regard du caractère régalien du pouvoir fiscal, la construction de « l'Europe fiscale » est un sujet extrêmement sensible. Elle peut contrarier la souveraineté des États membres dès lors que « *l'impôt est non seulement la marque fondamentale de la souveraineté, mais aussi l'instrument privilégié de la souveraineté* »[913]. La plupart des économistes s'accordent pour affirmer que le rapprochement des fiscalités est une nécessité dans le cadre de zones de libre-échange ou au sein des marchés communs[914]. Pourquoi ? D'abord, la diversité des systèmes fiscaux des États membres peut porter atteinte au bon fonctionnement du Marché Commun, en faussant les

[911] Pour la succursale d'une société d'un pays tiers, une affaire concernant la tenue de comptabilité séparée pour la détermination du résultat fiscal de la succursale s'est produite en France. La Cour administrative d'appel de Paris a décidé que « *la succursale française d'une société américaine est dépourvue de personnalité morale et n'est donc pas soumises aux obligations comptables de l'art.8 du Code de commerce. Elle est tenue, en revanche, en application des articles 53 A et 54 du CGI, de souscrire une déclaration annuelle de ses résultats et de présenter une comptabilité de nature à justifier les recettes et les dépenses de chaque exercice. Cette obligation n'est pas satisfaite par la société américaine dès lors que celle-ci établit le résultat imposable de sa succursale en France selon une méthode forfaitaire, et ne présente aucun des documents visées à l'art. 54 du CGI à l'occasion de la vérification de comptabilité dudit établissement* ». V. CAA Paris 12 déc. 2007, n°05-3744, Sté SRI International, concl. J. Evgénas, *RJF*, 5/08, n°541.

[912] La fiscalité directe relève de la compétence des Etats membres et, en l'absence et, en l'absence de mesures d'unification et d'harmonisation communautaires, lesdits Etats demeurent compétents pour déterminer les critères d'imposition des revenus des personnes physiques et des sociétés. A ce jour, seules deux directives ont été adoptées : l'une concerne les fusions, l'autre le régime « mère-fille » visant à éviter les doubles impositions économiques et juridiques. V. L. BERNARDEAU. et F. SCHMIED, Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (Janvier / Juin 2009), *Dr. fisc*., juillet 2009, n°30, act. 428.

[913] V. J. BUISSON, « Impôts et souveraineté *», Archives de philosophie du droit*, 2002, n°46, p.25.

[914] A. BALASSA, *The Theory of Economic Integration*, London : Allen & Urwin, 1961, pp.231-251 (Chapitre intitulé « *Fiscal Problems in a Union* »).

conditions d'une concurrence pure et parfaite entre les entreprises. En effet, si le montant des charges fiscales varie selon les Etats membres, les opérateurs économiques se trouvent dans des conditions de concurrence très différentes, les producteurs les moins taxés étant plus compétitifs que ceux qui exercent leur activité dans des États membres où la fiscalité est moins favorable. Ensuite, l'absence de règles communautaires peut conduire à des discriminations et au protectionnisme fiscal qui sont, par essence, contraires au Marché commun. Soucieux de protéger leurs ressortissants, les États membres peuvent être tentés de rendre les entreprises domestiques plus compétitives que les entreprises originaires d'un autre État membre, et ce aussi bien sur le marché national que sur les marchés étrangers. Pour ce faire, il suffit aux États de taxer plus lourdement les personnes originaires des autres États membres que les nationaux.

313. Vers une harmonisation. Dès 1963, dans l'arrêt *Van Gend en Loos*[915], la CJCE a en effet affirmé que « *la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains* », avant d'ajouter l'année suivante, lors de l'affaire Costa contre ENEL[916], que l'appartenance à ce « nouvel ordre juridique » avait pour conséquence que « le transfert opéré par les États de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité entraîne une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté ». La Commission européenne a retenu dans une communication au Conseil et au Parlement européen, l'idée qu'il faut « prendre en compte les inconvénients économiques et sociaux résultant de l'absence de coordination fiscale dans l'Union »[917]. En matière de TVA, l'harmonisation n'a pas atteint le degré du taux unique pour tous les pays membres car aucun Etat ne veut s'affranchir de la

[915] CJCE 5 fév. 1963, Aff. 26/62, N. V. Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos / Administration fiscale néerlandaise, Rec., p.3 ; V. *Grands arrêts de la CJCE* 6e éd., t.1, n°1, et n°29, p.130.
[916] CJCE 15 juill. 1964, aff. 6164, *Rec*.1141.
[917] Communication de la Commission au conseil et au Parlement européen du 25 nov.1998.

dimension budgétaire de la TVA. Des efforts ont été accomplis dernièrement[918] mais qui restent insuffisants pour la communautarisation complète de la TVA.

314. Conclusion du Chapitre : une harmonisation. Le statut des succursales entre dépendance juridique et autonomie fiscale les soumet à une discrimination qui tend à s'atténuer au niveau européen. La liberté d'établissement, qui est un droit reconnu à tout ressortissant européen, personne physique ou morale, interdit de traiter moins favorablement une succursale par rapport aux sociétés locales. Le système fiscal des différents pays membres est assez diversifié. La fiscalité reste encore un domaine où les Etats espèrent garder une souveraineté. La recherche d'un cadre juridique susceptible d'intégrer tout à la fois la dimension européenne et le principe de souveraineté des Etats membres dans le domaine fiscal est probablement l'un des défis les plus délicats auxquels est et continuera d'être confrontée l'Union européenne. L'harmonisation est toujours difficilement acceptée par les Etats membres. Ces derniers en redoutent les conséquences. Nous restons cependant optimistes. En attendant la réalisation de cet objectif ambitieux d'harmonisation, la situation fiscale des succursales dépendra encore de l'atteinte ou non à la liberté d'établissement. La Cour de justice n'hésite pas à condamner un Etat qui discrimine une succursale en accordant des avantages aux seules sociétés locales. N'est-ce pas une façon pour la Cour de justice d'inciter ces Etats à harmoniser leur fiscalité ? Une situation comparable a été constatée au lendemain de l'arrêt Centros par lequel la Cour de justice a condamné toute restriction à la liberté d'établissement. Une grande partie de la doctrine a interprété cet arrêt comme une provocation de la part de la Cour de justice afin d'inciter les Etats membres à harmoniser leur droit des sociétés. La Cour de justice récidive mais cette fois ci dans le domaine fiscal. La jurisprudence de la Cour de justice a donc encore de beaux jours devant elle, en l'absence de toute harmonisation fiscale. Nous souhaitons que toute discrimination vis-à vis des succursales cesse. Si la Cour de justice a condamné certains pays, d'autres

[918] La refonte des règles contenues dans la sixième directive de 1977 par la directive n°2006/112 du 28 novembre 2006, applicable à compter du 1er nov.2007. Ce texte intègre les modifications qui avaient été apportées à la sixième directive, et notamment la directive du 16 décembre 1991fixant le régime applicable aux opérations intracommunautaires. Le Conseil européen a adopté le 12 fév.2008 un « paquet fiscal » relatif au remboursement de la TVA aux assujettis d'un autre État et à la coopération entre Etats membres *JOUE* 20 fév.2008. Ces dispositions sont applicables depuis le 1er janv.2010. V. *Fiscalité européenne : actualités et points sensibles*, Bruylant, 2009.

peuvent encore avoir des législations fiscales qui distinguent entre sociétés locales ou succursales étrangères. Une société doit pouvoir implanter des succursales dans tout pays membre sans crainte d'être discriminée et sans être obligée d'opter pour la forme sociétaire. Pour résumer, une société européenne doit se sentir partout chez elle. Les mêmes règles doivent lui être applicables aussi bien juridiquement que fiscalement. C'est le seul moyen qui permettra de limiter le *law shopping* et le *tax shopping* au sein de l'Union européenne et d'éliminer les situations de double imposition ou de non-imposition.

315. Conclusion de la deuxième partie : l'absence de personnalité juridique. La succursale ne dispose pas de personnalité juridique. Elle ne peut se prétendre titulaire d'un quelconque patrimoine. Ce dernier reste la propriété de la personne morale qui est à la maison mère. Toutes les obligations contractées par la succursale engagent directement la maison mère. Sur le plan international et européen, la succursale étrangère acquiert encore plus d'autonomie. Est-ce une raison pour lui accorder l'indépendance juridique ? La succursale est dépendante du principe d'unité de patrimoine. Malgré son indépendance comptable et fiscale, elle reste juridiquement une ramification de la société, un simple centre destiné à rapprocher la société d'une clientèle éparpillée dans différents pays. Le sort des succursales peut changer seulement dans le cas où le législateur adoptera le principe de patrimoine d'affectation. Ce n'est pas encore le cas. Le droit français est encore attaché à l'unité du patrimoine. L'utilité de la séparation de patrimoine apparaît quand la succursale est située à l'étranger. Souvent, la maison mère se trouve pénalisée par les difficultés connues par sa succursale. Cependant, les mauvais résultats de la succursale ne reflètent pas la mauvaise santé de la maison mère. Et la réciproque peut être vraie aussi. Ceci dit, nous sommes opposés à cette séparation de patrimoine entre la société et sa succursale. Les créanciers se sentiront moins protégés. Certes dans certains secteurs comme la banque l'autonomie dont disposent les succursales s'accommode mal avec le principe d'unité de patrimoine. Ce n'est nullement une raison pour donner la personnalité juridique aux succursales. En revanche, nous sommes favorables à une application différente du principe de l'unité de la personne et du patrimoine. Un recours

contre la maison mère ne peut être envisageable qu'en cas, et en cas seulement, où la succursale se trouve dans l'incapacité d'honorer les engagements souscrits par elle. Les obligations contractuelles ou extracontractuelles nées au lieu de situation de la succursale seront soumises, selon les cas, ou bien à la loi choisie par les parties ou bien à défaut de choix à la loi de situation de la succursale si elle est d'application territoriale ou de police. La liberté de choix doit être d'un grand secours pour les parties qui désirent, sauf cas de fraude, échapper à la loi de situation de la succursale. L'adoption des règlements Rome I et Rome II a permis d'élargir la portée de la volonté contractuelle. Nous restons attentifs aux interprétations que donnera la Cour de justice à des expressions comme « *dans le cadre de l'exploitation d'une succursale* » qui a été empruntée au règlement Bruxelles I.

316. La quasi-personnalité fiscale. La fiscalité internationale des succursales reste assez ambiguë. Si les succursales n'ont pas de personnalité juridique, elles disposent, en revanche d'une personnalité fiscale. Le fisc refuse d'accorder certains avantages aux succursales en raison de l'absence de personnalité juridique mais n'hésite pas à les imposer en raison de leur personnalité fiscale. Les travaux de l'OCDE et de l'ONU, dotant la succursale d'une quasi-personne morale, doivent être encouragés. La plupart des pays doivent s'en inspirer. L'article 7 de la convention modèle OCDE sur l'imposition des établissements stables doit aussi recevoir la même interprétation dans tous les pays membres. L'article 5 de la convention modèle ONU doit recevoir la même interprétation. La grande variété d'interprétations entre les pays membres de l'OCDE et les pays membres de l'ONU diminuera ainsi et les succursales seront imposables de la même manière partout où elles seront installées. Le bilan de la succursale, comparée à une entreprise distincte, sera appréhendé facilement par le fisc. Ceci permettra d'éliminer les tentatives de fraude et d'évasion fiscales. Nous souhaitons aussi que les avancées réalisées dans l'espace européen, principalement par la Cour de justice, pour éliminer les discriminations dont peuvent faire l'objet des succursales, soient étendues aux pays tiers. Le marché européen doit s'ouvrir à ces sociétés. La fiscalité constitue désormais un facteur majeur qui ne doit pas être négligé par les Etats. La coopération entre ces derniers doit être renforcée et les conventions internationales doivent être les plus

complètes possibles. Le concept d'établissement stable auquel nous nous référons pour analyser la fiscalité des succursales doit recevoir la même interprétation dans tous les pays.

TROISIÈME PARTIE

LA DISPARITION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES

317. Entre territorialité et extraterritorialité. Les succursales de sociétés étrangères peuvent disparaître soit après l'ouverture d'une procédure collective dans le pays de situation de la maison mère, soit après une mesure de nationalisation qui peut viser la maison mère à l'étranger. Tout dépendra de l'effet donné à ces deux mesures. La nationalisation ou l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société doit-elle rester territoriale, c'est-à-dire se limiter au territoire sur lequel elle a eu lieu, ou bien étendre ses effets à l'étranger et englober les succursales situées sur un autre territoire ? Si la société a été dissoute après une mesure de nationalisation ou l'ouverture d'une procédure collective, ses succursales à l'étranger sont-elles condamnées aussi à disparaitre? L'accessoire doit-il disparaitre automatiquement avec le principal ? Et si le pays nationalisant est le pays de situation de la succursale, ou si la procédure a été ouverte au pays de la succursale, la nationalisation et la procédure collective auront-elles les mêmes effets que celles qui ont eu lieu au pays du siège ? La nationalisation, en raison de la souveraineté étatique, et la faillite, en raison de son caractère procédural et de mesure d'exécution, ne devraient être que des mesures territoriales avec comme conséquence une division du patrimoine. Or, le principe d'unité de la personne et du patrimoine va à l'encontre de toute division territoriale. Le droit français réunit dans le patrimoine les biens et les obligations d'une personne, les premiers répondent des secondes. « *La dispersion des biens (succursales d'une société) entre plusieurs pays constitue, cependant, un obstacle à l'application du principe de solidarité entre l'actif et le passif. Ceci se manifeste principalement à l'occasion d'une faillite ou d'une nationalisation* »[919]. Comment

[919] B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit. n° 789.

pourrait-on alors concilier souveraineté territoriale et unité du patrimoine ? Le problème des faillites réside dans le conflit entre les différentes juridictions. La solution ne peut être trouvée que dans la coordination des procédures. Les organes de la procédure ouverte au pays du siège de la maison mère doivent coopérer avec les organes de la procédure ouverte au lieu de situation de la succursale (TITRE I). En ce qui concerne les nationalisations, une distinction est à faire selon que la mesure a eu lieu dans le pays de la maison mère ou dans le pays de situation de la succursale. Si la nationalisation a eu lieu dans le pays du siège, tout dépendra de la reconnaissance ou non de celle-ci par le pays étranger. Si elles sont reconnues, la nationalisation et la dissolution de la société à l'étranger entraîneront la disparition automatique des succursales. Si, en revanche, la nationalisation n'est pas reconnue, il faudra déterminer le sort de ces succursales. Ces dernières peuvent, d'après une jurisprudence et une doctrine anciennes, survivre même après la disparition de la maison mère (TITRE II).

TITRE 1

LA DISPARITION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES APRÈS LA MISE EN FAILLITE DE LA MAISON MÈRE

318. Unité et divisibilité. La faillite d'une société ouverte au lieu de situation de son siège, entrainant sa dissolution et sa disparition, peut être ou bien unique et par conséquent étendre ses effets aux succursales situées à l'étranger, ou bien parallèle à d'autres procédures ouvertes au lieu de situation de chaque succursale. Les défenseurs de la première conception[920], s'appuient sur l'idée que le patrimoine est unique. L'ouverture d'une procédure seule et unique permet de respecter l'égalité entre créanciers. En revanche, pour les défenseurs de la seconde conception[921], il paraît injuste que les créanciers locaux d'une succursale prospère se voient appliquer la discipline commandée par une loi étrangère d'une procédure collective ouverte à l'étranger du fait d'une autre succursale ou d'une maison mère défaillante. C'est tout le débat qui a animé la doctrine depuis fort longtemps sur l'unité et l'universalité de la faillite internationale ou la pluralité et la territorialité de celle-ci. Le problème de l'unité ou de la pluralité de la faillite peut être formulé ainsi : doit-il y avoir une seule faillite pour les succursales d'une même société ou bien chacune des succursales, situées à l'étranger, doit être déclarée en faillite ? Le problème voisin de l'universalité ou de la territorialité de la faillite peut, quant à lui, être formulé ainsi : la faillite déclarée par le tribunal

[920] K.-H. NADELBAUM, « Droit international privé de la faillite », *JDI.* 1940-45, p. 73 ; M. TROCHU, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Thèse, Rennes, 1967, p. 257.

[921] P. PIC, « De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales en droit international privé », *JDI* 1892, p. 592 ; E. THALLER, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, n° 227, p. 353 ; J. GODON, *La notion juridique de succursale*, Thèse, Paris, 1944, p. 210. V. plus récemment J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international,* Dalloz, 2007, n° 187, p.120 ; J.-L. VALLENS, « Les limites à l'universalité de la faillite », *D*. 2008, p. 1660.

dans le ressort duquel se trouve le siège social ou par le tribunal dans le ressort duquel se trouve une succursale doit-elle embrasser toutes les autres succursales ? Ses effets se limitent-ils aux biens, dettes et créances qui relèvent des succursales chefs de compétence pour l'ouverture d'une faillite? Décider de l'unité ou de la pluralité des faillites n'est pas chose facile ; « *la faillite d'une société n'est pas neutre, elle se situe à la croisée de plusieurs intérêts, à la fois sociaux et économiques, dont l'interaction est souvent conflictuelle, rarement harmonieuse. Il ne s'agit pas simplement d'une règle ayant pour but de sanctionner le débiteur fautif ou d'apurer une dette. La faillite va au-delà de ces considérations, elle vise à sauvegarder des emplois, à maintenir une activité économique en sauvegardant une entreprise mais également en préservant ses créanciers* »[922]. Les solutions données aux faillites touchant les sociétés à succursales ne sont pas identiques selon que les sociétés sont européennes ou d'un pays tiers. La faillite de ces dernières est toujours régie par le droit commun de chaque pays, ce qui risque de créer des conflits entre les différentes juridictions à l'occasion de l'ouverture de plusieurs faillites à l'encontre d'une même société (Chapitre I). Les sociétés européennes, quant à elles, font l'objet d'une réglementation spéciale. Seule une procédure principale est ouverte dans le pays du siège de la société. Le tribunal du pays où est située une succursale ne peut ouvrir qu'une procédure secondaire. Un système de coordination est prévu entre les différents syndics afin d'éviter tout conflit engendré par la multiplication de procédures (Chapitre II).

[922] M. BOUREGHDA, « Faillite internationale et conflits de juridictions », *in Les faillites internationales*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 11.

CHAPITRE 1 :

LES SUCCURSALES FACE À LA FAILLITE INTERNATIONALE DE LA MAISON MÈRE

319. Confrontation. Le traitement de la faillite des sociétés étrangères à succursales se heurte à un dilemme difficile à résoudre : l'unité du patrimoine commande de faire abstraction des frontières et d'étendre la faillite à l'ensemble des succursales de la société alors que cette extension est difficile, dans la pratique, en raison même de l'existence de souverainetés différentes s'exerçant sur chaque territoire où se situent ces succursales de la société en difficulté. Les difficultés naissent à l'occasion de l'ouverture de procédures à la fois dans le pays du siège et dans le pays où sont situées les succursales. Chaque pays essaie de donner un effet universel à sa procédure au nom de l'unité du patrimoine. Le résultat est un conflit entre les différentes juridictions et une insatisfaction des créanciers locaux qui doivent subir la concurrence de créanciers étrangers (Section 1). Des solutions ont été proposées afin de limiter l'ampleur de ces difficultés. Elles sont fondées essentiellement sur la coopération. Cette dernière peut avoir lieu ou bien entre les juges ou bien entre les autres organes de la procédure (Section 2).

SECTION 1 :
LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'OUVERTURE DE PROCÉDURES PARALLÈLES

320. Gestion globale de patrimoine. En droit commun, la simple présence d'une succursale permet d'ouvrir une procédure contre la société dont le siège est à l'étranger, même si une juridiction étrangère a déjà prononcé la faillite de ladite société dans ce pays[923]. C'est la conséquence de l'appréhension d'un patrimoine international par différentes juridictions. Selon certains, confronté à un patrimoine international (qui peut être par exemple une société avec des succursales implantées dans différents pays), le juge ne se demande pas si le centre de gravité du patrimoine ou de l'institution se situe dans son ressort, « *il recherche seulement un point de rattachement significatif qui le pousserait à s'attribuer compétence* »[924]. Lorsqu'il s'agit d'une faillite en rapport avec l'exploitation d'une succursale, le juge s'attribue dans la quasi-totalité des cas compétence. A partir du moment où aucune procédure d'*exequatur* du jugement étranger de faillite du siège de la société n'a été demandée, le juge du lieu de situation de la succursale peut ouvrir une procédure localement. L'ouverture d'une telle procédure suppose cependant des conditions en rapport avec la succursale elle-même. Une fois ouverte, la procédure locale devait avoir des effets principalement territoriaux. Or, la jurisprudence a décidé le contraire : elle a donné un effet extraterritorial à une procédure ouverte au lieu de situation d'une succursale. Une telle extraterritorialité peut avoir des conséquences fâcheuses. Le juge du siège n'acceptera jamais de donner effet sur son territoire à une faillite ouverte à l'étranger au lieu de situation d'une simple succursale (§1). Une fois les procédures parallèles ouvertes, tous les créanciers sont admis à produire leurs créances sans distinction entre eux. C'est une conséquence de l'unité du

[923] G. DURANTON, *Rép. Sociétés, Dalloz*, v° Entreprises en difficultés-Redressement judiciaire, Droit international privé-, spéc. n° 20 et s.; Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et P. SOTOMAYOR, *J.-Cl. International,* Fasc. 570-40, Conflit de lois en droit des sociétés, spéc. n° 247.
[924] M. RAIMON, *Le principe d'unité du patrimoine en droit international privé,* L.G.D.J 2002, n° 240, p. 118

patrimoine qui ne manquera pas de soulever des difficultés en droit international privé (§2).

§1 - L'OUVERTURE DE PROCÉDURES PARALLÈLES DANS LE PAYS DU SIÈGE ET DANS CELUI DE LA SUCCURSALE

321. Un conflit. L'ouverture de procédures parallèles résulte du fait qu'un patrimoine unique se trouve réparti sur différents territoires. Une société à succursales en est un exemple. L'ouverture d'une procédure de faillite au pays du siège est souvent ignorée par le juge du lieu de situation de la succursale. Ce dernier a toujours la possibilité d'ouvrir une procédure locale si un certain nombre de conditions sont réunies (A). Une fois ouvertes, la procédure locale, comme la procédure étrangère, peuvent produire des effets extraterritoriaux, d'où les conflits entres juridictions (B).

A. Les conditions d'ouverture d'une procédure parallèle

322. Une supervision. L'ouverture d'une procédure au lieu de situation de la succursale suppose l'absence de toute mesure d'*exequatur* du jugement étranger de faillite décidé dans le pays du siège[925]. L'*exequatur* permet au juge d'être informé que le siège est mis en faillite et aussi de contrôler le bien fondé de la décision étrangère. Une fois qu'il a vérifié l'absence d'exequatur, le juge vérifie la présence d'une succursale c'est-à-dire un centre principal des intérêts de la société.

1. L'absence d'exequatur

323. Un contrôle a priori. Le chef de compétence fondé sur l'existence en France d'une succursale révèle la volonté de l'ordre juridictionnel français d'appréhender l'activité locale du débiteur failli et à travers elle, la ramification

[925] J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2007, n° 190, p. 121 ; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t. 2, P.U.F 2010, n° 1088, p. 483. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2e éd. 2008, n° 485, p. 470. J. -L. VALLENS, « La faillite internationale en dehors du droit communautaire : Rapport français », *in Faillite internationale et conflits de juridictions, Regards croisés transatlantiques,* Bruylant, 2007, p. 138 ; L. D'AVOUT, *Sur les solutions des conflits de lois en droit des biens*, Economica, 2006, n° 187, p. 263

française de son patrimoine[926]. A partir du moment où le jugement étranger n'a pas encore reçu *l'exequatur*, il est toujours possible d'ouvrir une procédure au lieu de situation de la succursale. « *C'est la conséquence du fait que l'ordre juridique compétent sur le fondement personnel (lieu du siège) est susceptible d'être contraint, par les exigences de pouvoir, à tempérer son intervention par la constatation d'approches économiques qu'il n'est pas en son pouvoir de modifier* »[927]. La Cour de cassation a affirmé expressément la possibilité d'ouverture d'une procédure locale en cas d'absence d'*exequatur.* Ainsi on pouvait lire dans l'un de ses arrêts : « *En l'absence de toute disposition communautaire spéciale, applicable en matière de procédure collective*, *l'arrêt a retenu à juste titre que l'ouverture antérieure en RFA d'une procédure de concours n'ayant pas donné lieu à exequatur n'était pas de nature à faire obstacle à l'ouverture de la procédure critiquée*»[928]. L'*exequatur* constitue le vecteur de l'application en France du droit étranger de faillite[929]. Il permet l'extension de la vocation de la décision présentée, c'est-à-dire en matière de patrimoine, « *la réalisation de la vocation universelle de la compétence de l'ordre juridique du domicile* »[930]. Il y a eu en France sur ce point une continuité dans les solutions données par le Cour de cassation[931]. La même solution a été retenue en droit belge[932] et en droit anglais[933]. Cependant, l'exigence d'*exequatur* a été critiquée comme étant en contradiction avec l'unicité du patrimoine. Elle hypertrophie la notion de force exécutoire aux dépens de la notion d'efficacité substantielle qui est ou devrait être immédiate en matière patrimoniale[934]. Il ne

[926] M. RAIMON, *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé*, L.G.D.J 2002, n° 323.
[927] E. FRANKENSTEIN, « Une doctrine moderne du droit international privé », *R.C.D.I.P* 1932, p. 64-65.
[928] Cass. com.19 janvier 1988, *Bull. civ*. IV, n°47 ; *D*.1988. 565, note J.-P. Rémery, *R.C.D.I.P* 1990. 527 ; *Bull. Joly* 1988. 216. V. aussi Com. 11 avril 1995, BCCI Overseas, *Bull. civ*. 1995, IV, n° 126 ; *D* 1995, p. 640 ; Cass. civ. 14 mai 1996, *RCDIP* 1996, p. 475, concl. Rémery ; Cass. civ. 24 mars 1998, *JCP G*. 1998, II, 10155 ; *RTD com*. 1998, p. 831.
[929] H. SYNVET*, Rép. International, Dalloz,* V° Faillite, n° 8 et n° 95.
[930] M. RAIMON, *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé*, L.G.D.J 2002, n° 473, p. 234.
[931] Cass. civ. 15 mai 1963, *Patino*, *RCDIP* 1964, p. 532, note P. Lagarde ; *JDI 1*963, p. 1016, note Ph. Malaurie, *JCP* 1963, II, 13366, note Motulsky, *GADIP,* n° 38 ; J.-C. DUBARRY et É. LOQUIN, « Lumières sur le droit français de la faillite internationale », *RTD com*. 1998, p. 833
[932] M. DELIERNEUX, « Les succursales face à la faillite », *in Les succursales bancaires*, Bruylant, 1996, p. 220.
[933] Ph. HAMEAU et M. RAIMON, « Les faillites internationales : Approche européenne », *RDAI* 2003, n° 6, p. 652.
[934] D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 927. V. aussi G. HOLLEAUX, « Remarques sur l'évolution de la

faut pas oublier, cependant, qu'une parcelle de souveraineté étrangère s'attache aux décisions revêtues de la force exécutoire. Les décisions étrangères ne peuvent produire *de plano* d'effet coercitif, et leur exécution nécessite l'intervention et le contrôle du juge requis[935]. Le juge vérifie que le jugement étranger émane d'une juridiction avant de lui donner effet direct et automatique.

324. L'information des tiers. L'exigence d'*exequatur* se justifie aussi par l'absence de publicité en France du jugement étranger qui peut être regardée comme une atteinte à l'égalité de traitement des créanciers[936]. C'est ainsi que l'absence de publicité a été retenue comme cause de refus d'efficacité du jugement étranger de faillite à l'égard des tiers[937]. L'information des tiers est importante en matière de faillite[938]. Les créanciers *sis* à l'étranger (au pays de situation de la succursale par exemple) ont moins de chances de connaître l'existence de la procédure collective. Quant aux créanciers les mieux informés, ils risquent d'exercer des poursuites individuelles avant que les effets de la procédure étrangère ne soient reconnus dans l'État requis[939]. Ces créanciers, disposant de moyens très importants, se livreront à un véritable *forum shopping* en fonction de la localisation des actifs les plus « rentables » ou des procédures les plus favorables[940]. M. RAHUSEN a résumé cette situation il y a déjà très longtemps. D'après lui : « *le jugement prononçant la faillite n'est pas exécutoire dans un autre pays. Et quelle est la conséquence ? Que des créanciers sans foi ni honneur saisissent dans le dernier pays à leur profit les biens de la faillite qui se trouvent dans ce pays. Et le syndic ou curateur n'y peut rien. L'existence de cet état de chose a été qualifiée de véritable scandale. C'est un vol plus au moins*

jurisprudence en matière de reconnaissance des décisions étrangères d'état et de capacité », *TCFDIP* 1948-1952, p. 188 et s. ; A. HUET, *J.-Cl. Internat.* Fasc. 584-31, Effets en France des jugements étrangers subordonnées à leur régularité internationale. Efficacité substantielle et autorité de chose jugée, n° 43 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Rép. International Dalloz,* V° Jugements étrangers, n° 208 et s.

[935] Ce n'est pas une coïncidence si l'*exequatur* a pu être pratiquement supprimée dans le cadre communautaire, là où précisément chaque État membre a accepté de renoncer à une part de souveraineté, v. P. COURBE, « L'effet international de la faillite : la solution de la Cour de cassation », *in L'effet international de la faillite : une réalité* ? Dalloz, 2004, p. 23.

[936] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 2, 7e éd., Domat, 1983, n° 666-1.

[937] Civ. 1ère 25 fév. 1997, *Sté de droit italien FB et autre c/ Sté Finatis D.*1997, IR, 90.

[938] La jurisprudence a obligé très tôt à publier le jugement d'*exequatur* dans les mêmes conditions que les jugements internes de faillites, Req. 28 oct. 1887, *DP* 1888, I, p. 110.

[939] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, préc. n° 791.

[940]Par exemple le sort avantageux accordé aux créanciers nantis de *floating charges* anglaises, v. M. DELIERNEUX, préc. p. 224.

légalement organisé »[941]. L'exigence de l'*exequatur* est de nature à faire naître, entre l'ouverture de la procédure étrangère et son octroi, une période propice à la fraude, puisqu'en attendant de l'obtenir, le débiteur n'est pas encore dessaisi[942]. Etant considérée *in bonis* en France par exemple (au lieu de situation de la succursale) la société étrangère risque de détourner les biens et droits situé dans ce pays au détriment des créanciers étrangers[943]. L'*exequatur* destinée à protéger les créanciers peut avoir l'effet inverse, s'il n'est pas accompagné d'un contrôle de la part des juges et s'il n'a pas un effet rétroactif pour sanctionner un comportement frauduleux survenu entre le rendement de la décision à l'étranger et la demande d'*exequatur* en France. L'exigence d'exequatur n'est cependant pas la seule source de conflits entre différentes juridictions. Elle ne participe qu'en partie à ces difficultés.

325. La loi du pays de la succursale : *lex concursus*. C'est surtout la possibilité reconnue aux juridictions françaises d'ouvrir une procédure locale au lieu de situation de la succursale qui constitue une atteinte plus grave à l'internationalité de la faillite que celle d'exiger l'*exequatur*. « *Cette possibilité est inconciliable avec la reconnaissance de plein droit des jugements étrangers constitutifs* »[944]. L'ouverture de deux procédures destinées à coexister parallèlement empêchera tout développement extraterritorial de la faillite. Aucune des deux procédures en cause et des solutions par lesquelles elles s'achèveront ne pourra comprendre l'ensemble des actifs. Tandis que, « *dans le cas d'exigence de l'exequatur, l'espoir demeure que l'État n'ayant pas encore ouvert la faillite accepte de reconnaître celle ouverte en France* »[945]. La multitude de chefs de compétence pour ouvrir une faillite à l'encontre de la société aura pour conséquence une sorte de concurrence regrettable entre les systèmes juridiques nationaux, chacun prétendant ouvrir sa propre procédure collective en ignorant ce

[941] Actes de la quatrième conférence de La Haye, 1904, p. 55, cité par M. TROCHU, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Sirey, 1967, p. 3.
[942] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op ; cit. n° 1090 et 1096, p. 484 et 486.
[943] G. GRASMANN, « Effets nationaux d'une procédure d'exécution collective étrangère », *RCDIP* 1990, p. 421. Spéc. p. 448.
[944] H. SYNVET, *Rép. International Dalloz*, V° Faillite, n° 74.
[945] J.-P. RÉMERY, « L'effet à l'étranger des solutions des procédures collectives », *in* L'effet international de la Faillite : une réalité ?, préc. p. 112.

qui se passe dans les autres pays[946]. C'est ce que nous appelons les « *faillites concurrentes* »[947]. L'appellation est issue du fait que la procédure ouverte au lieu de situation de la succursale est une procédure concurrente de celle qui est déjà ouverte à l'étranger au lieu de situation de la maison mère. Les deux procédures visent aussi bien la maison mère que la succursale. En ouvrant une procédure dans le pays de situation de la succursale, c'est la maison mère qui est visée. La succursale n'est qu'un chef de compétence permettant l'ouverture d'une procédure sans que cette dernière la vise spécifiquement. La conséquence est qu'une société qui dispose d'une succursale à l'étranger sera mise en faillite à la fois par le tribunal du lieu de son siège social, mais aussi par celui où est située sa succursale. D'où un enchevêtrement des procédures qui pourrait conduire à des difficultés de répartition des compétences entre organes ainsi qu'à un risque de condamnation des deux entités à payer chacune dans son Etat une même créance.

326. Un dialogue de sourds. Quel sera le sort des deux procédures parallèles ? Une coopération est-elle envisageable entre les organes des deux juridictions ou est-ce plutôt la rivalité, l'opposition, voire l'agressivité comme l'ont soutenu quelques auteurs[948], qui sera la conséquence de l'ouverture de plusieurs procédures ? Les procédures concurrentes ne sont jamais appréciables. « *Elles sont susceptible de générer des conflits de décisions, de compromettre l'efficacité d'un éventuel redressement de l'entreprise et de favoriser les comportements frauduleux des créanciers qui pouvaient être tentés de tirer parti de la multiplicité des procédures pour obtenir des paiements dans les différents Etats concernés, malgré le principe largement consacré de l'égalité des créanciers* »[949]. Le droit commun français des faillites reste encore aujourd'hui territorialiste. Même lorsque la jurisprudence a essayé d'adopter le système

[946] A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2009, n°170, p.98.
[947] D'autres parlent de « *pluralité de faillites* » ou « *faillites parallèles* », C. GAVALDA, « Etat actuel du droit international de la faillite », *TCFDIP* 1962-1964, Dalloz, 1965, p. 213, spéc. pp. 228 et s. et pp. 246 et s ; N. PIMBLIS, *La faillite dans les relations internationales d'ordre privé*, thèse Paris XI, 1992, p. 674 ; H. MUIR-WATT, « La réalisation de l'actif en cas de procédures parallèles de faillite : les pouvoirs du syndic étranger de la procédure principale à l'épreuve du droit français des effets des jugements », *DPCI* 1994, p. 541 ; G. KHAIRALLAH, « Les faillites concurrentes », *TCFDIP* 1994-1995, Pédone, 1996, p. 157.
[948] G. KHAIRALLAH, op. cit., p. 157.
[949] F. MÉLIN, *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité,* Bruylant, 2008, p. 2.

universaliste[950], elle ne l'a fait que sous réserve d'acceptation par l'ordre juridique étranger. Ce dernier peut seul décider d'accueillir ou de rejeter le jugement français de faillite. Si le juge décide de donner effet au jugement étranger, le problème des faillites concurrentes sera résolu. Mais généralement le juge préfère statuer lui-même sur l'affaire, même s'il n'a été saisi que parce que l'affaire est en rapport avec l'exploitation d'une succursale. c'est la conséquence de l'approche économique[951]. Cette approche, qui repose sur des justifications que M. RAIMON qualifie d' « *égoïstes* »[952], suppose une appréhension matérielle du patrimoine. Un Etat considère que malgré l'unité souhaitable de compétence, il doit intervenir sur la seule partie du patrimoine qui est soumise à son emprise. Il considère également que nul autre que lui ne pourra assurer la défense des intérêts qui justifient son implication. Souvent, cet Etat ne dira pas que son intervention est nécessaire[953]. Un juge privilégie généralement les intérêts qui sont mis en cause sur le territoire où il doit statuer. S'il s'agit d'une succursale, il se souciera d'abord des créanciers et des salariés qui ont été en relation avec ladite succursale. Tel est le comportement des juridictions françaises face aux décisions étrangères portant sur des parties du patrimoine situées en France. La situation n'est pas très différente dans les pays étrangers.

327. Droit comparé. En droit allemand, la jurisprudence a consacré le principe de l'universalité limitée (*eingeschränkte Universalität*) de la procédure collective. La décision étrangère d'ouverture d'une procédure collective est reconnue en Allemagne à deux conditions : le tribunal qui a ouvert la procédure doit être compétent selon les critères de compétence allemands et il ne doit pas y avoir d'atteinte à l'ordre public[954]. Le 1er janvier 1999, date d'entrée en vigueur du

[950] Civ. 1ère 19 novembre 2002, préc.
[951] Contrairement à l'approche personnaliste qui donne compétence plutôt au tribunal du pays du siège.
[952] M. RAIMON, op. cit., n° 390, p. 193.
[953] P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, n° 248, p. 187. D'après l'auteur : « *l'exclusivisme doit être admis lorsqu'il y a non seulement compétence de l'organe français, mais obligation d'intervention dans l'intérêt public. En dehors de cette hypothèse, il faut rechercher, critère par critère, l'intention de l'auteur des règles de compétence internationale directe* ».
[954] Ch. SESEKE, « L'effet international de la faillite en Allemagne », *in L'effet international de la faillite : une réalité* ? *Dalloz*, 2004, p. 69.

nouveau code de l'insolvabilité allemand[955], l'approche unitaire de la faillite fut définitivement adoptée. Depuis cette date, l'efficacité de la procédure étrangère est reconnue immédiatement en Allemagne, tout en réservant la possibilité d'ouvrir des procédures locales. Le droit allemand prévoit que « *la reconnaissance d'une procédure étrangère n'exclut pas l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité particulière qui ne concerne que les seuls biens du débiteur situés sur le territoire national* »[956]. C'est une différence par rapport au droit français. Cependant, même si la reconnaissance des jugements étrangers est immédiate en droit allemand, elle ne porte pas tous les effets d'une reconnaissance au sens français du terme. Ainsi la reconnaissance d'une faillite étrangère en Allemagne n'interdit pas nécessairement l'ouverture d'une faillite en Allemagne. Au Luxembourg, les juridictions ont affirmé le principe d'universalité, tout en reconnaissant compétence aux organes de la procédure mis en place à l'étranger pour la liquidation des succursales[957]. Aux Etats-Unis, l'approche territorialiste fut appliquée jusqu'à l'année 1978[958]. A partir de cette date, le Congrès a adopté, dans le cadre d'une réforme, des dispositions favorables à l'effet universel des faillites étrangères. Le tribunal fédéral ou étatique à qui il est demandé de donner effet aux Etats-Unis à une décision étrangère doit se demander si le tribunal étranger était compétent (*jurisdiction*), si des procédures équitables ont été appliquées (*fair procedures*), si elle n'est pas contraire à l'ordre public américain (*public policy*) et enfin, si elle ne porte pas atteinte au respect des droits procéduraux et de l'équité. De même, les juges américaines acceptent facilement de donner un effet universel aux procédures étrangères sur la base de la courtoisie (*comity*)[959]. En contrepartie, ils désirent que les juridictions étrangères procèdent

[955] J.-L. VALLENS, « L'universalité de la faillite : le droit allemand de l'insolvabilité reconnaît les procédures de redressement judiciaire », *L.P.A*, 17 mars 1999, n° 54, p. 6. Des amendements ont été apportés au code allemand d'insolvabilité le 20 mars 2003.

[956] EGInsO (Code d'insolvabilité allemand) § 102, al 3. M. IHLE, « Les procédures collectives en République fédérale d'Allemagne », *RDAI* 1989, III, p. 267 ; R. FRANK, « Les effets internationaux de la faillite en droit allemand », *RDAI* 1989, III, p.291. Sur l'ensemble v. Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R. SOTOMAYOR, *J.-Cl. International*, Fasc. 570-40, Conflit de lois en droit des société, n° 256 et s. V. plus récemment E. DELZANT, « Le droit international allemand de l'insolvabilité », *in Les faillites internationales*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 129.

[957] A. PICARD, « La faillite de la BCCI », *Banque et droit, Hors série,* avr. 1996, p. 9.

[958] Date d'adoption par le Congrès du nouveau Code de la faillite. V. spécialement la Section 304 ch. 3 du titre XI du code des E.U (*U.S Code*).

[959] C. B. DUBERSTEIN, « *American bankruptcy procedures* », *RDAI* 1989, III, p. 237; M.-T. LEBOW et R.T. TAIT, «*International effects of bankruptcy in american law* », *RDAI* 1989, III, p. 257.

de même en accordant un effet universel aux procédures américaines[960]. Contrairement aux juges d'autres pays, le juge américain dispose d'une grande liberté pour décider de coopérer ou pas. Le 20 avril 2005, le Président américain a promulgué la loi dite « *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* » qui contient un chapitre « *Chapter* 15 » du *US Bankruptcy Code* remplaçant l'ancienne Section 304 du *Bankruptcy Code*[961]. « *Depuis l'adoption de cette loi, qui s'inspire des travaux de la Commission des Nations Unies pour le Droit de Commerce International, l'accent est mis sur la coopération entre organes des différentes procédures* »[962].

Après avoir passé en revue quelques législations étrangères, nous remarquons la grande différence qui les caractérise. Le juge d'un pays peut donner effet facilement à la décision étrangère de faillite ouverte dans le pays du siège d'une société. Le juge d'un autre pays peut quand à lui, et pour la même affaire exiger un *exequatur*. Cette situation ne peut aboutir qu'à des conflits et ne peut pas servir les créanciers.

2. La succursale, centre principal des intérêts de la société

328. La succursale : chef de compétence. Les tribunaux français se sont toujours déclarés compétents pour ouvrir une procédure de faillite à l'encontre d'une société dont le siège est à l'étranger et une succursale en France[963]. La Cour d'appel de Paris a décidé depuis déjà très longtemps que la procédure de faillite peut être ouverte en France « *peu importe que l'étranger ait son établissement principal dans son pays et n'ait en France qu'une succursale* »[964]. Pour être retenue en tant que chef de compétence en matière de

[960] Le juge américain admet facilement sa compétence en matière de faillite. Il est simplement exigé l'existence d'un centre d'affaires aux Etats-Unis et non l'existence de centre principal des affaires du débiteur, V. P.-H. CONAC, « Le juge américain et la faillite internationale », *in L'effet international de la faillite : une réalité* ? Dalloz, 2004, p. 75.

[961] G. AFFAKI, *Faillite internationale et conflit de juridictions, Regards croisés transatlantiques*, Bruylant, 2007, n° 4, p. 3.

[962] Ch. -J. MESNOOH et D.-W. WILTENBURG, « La signification pour les procédures de faillite internationale du Chapitre 15 du *BANKRUPTCY CODE* des États-Unis », *in Les faillites internationales*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 65.

[963] J. BEGUIN et autres, *Droit du commerce international*, op. cit., n° 2287 ; J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, préc. n° 190, p. 121 ; J.-M. JACQUET Ph. DELEBEQUE et S. CORNELOUP, préc. n° 853, p. 607. O. CACHARD, *Droit du commerce international*, L.G.D.J 2008, n° 822, p. 398 ;

[964] C.A paris, mars 1878, *S* 1879, 2, 16, 1, note Dubois. V. également Req. 1er août 1906, *D*. 1906, p.400. *DP* 97. 1. 400 ; *S.* 1906. 1. 436 ; *RDIP* 1908. 246 ; Paris 14 avril 1934, R.C.D.I.P 1935. 164 ; *JDI* 1935. 894.

faillite, il suffit que la succursale ait existé au cours des opérations commerciales qui ont entrainé la faillite. Il n'est pas obligatoire d'exiger qu'elle existe encore à l'époque où la juridiction française est amenée à se prononcer[965]. « *Il arrive que la société étrangère qui fait des mauvaises affaires dans un Etat soit tentée de cesser brutalement toute activité pour échapper aux poursuites. Or, cette situation ne doit pas porter préjudice aux créanciers locaux* »[966]. La société doit être déclarée en état de cessation des paiements. Il est de jurisprudence constante que la succursale d'une société étrangère qui connaît un état de cessation des paiements vis-à-vis de créanciers français s'expose à une procédure collective en France[967]. C'est la cessation de paiement de toute la société qui justifie l'ouverture et la saisine en France du tribunal. L'appréciation globale de l'état de cessation de paiement s'avère difficile, à notre avis, en raison de l'éloignement géographique, d'où l'intérêt d'une étroite collaboration entre les différentes juridictions.

329. La proximité. La compétence des juridictions françaises est retenue, par extension à l'ordre international, de la règle de compétence territoriale interne[968]. Autrement dit, pour l'attribution de compétence au tribunal du pays du lieu de situation de la succursale, le juge français appliquera les règles de compétence internes. Ces règles ont été adoptées par la loi française et insérées parmi les dispositions du Code de commerce. L'article 1er al. 1 du décret du 28 décembre 2005 (devenu l'article L. 600-1du code de commerce)[969] dispose que «*le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues par le livre IV de la partie législative du présent code est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège. A défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France* ». Cet article a remplacé l'article 1 du décret du 25 décembre 1985 qui était rédigé de la façon suivante : « *le tribunal*

[965] M. FOCHIER, *DP* 1897, I, p. 525.
[966] A. MARTIN-SERF, J. -Cl. Sociétés, Fasc. 41-30, Redressement et liquidation judiciaire des entreprises- Conditions de forme. Compétence, n° 73 ; Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R. SOTOMAYOR, *J.-Cl. International*, Fasc. 570-40, Conflit de lois en droit des sociétés, spéc. n° 267.
[967] Cass. com. 19 mars 1979, *Rev. Sociétés* 1979, p. 567, note Y. Guyon.
[968] Cass. Civ. 19 oct. 1960, Pelassa, *D.* 1960, p. 37; Cass. Civ. 30 oct. 1962, Scheffel, *D.* 1963, p. 109.
[969] Depuis le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du code de commerce.

territorialement compétent pour connaître du régime général de redressement judiciaire ou de la procédure simplifiée applicable à certaines entreprises est celui dans le ressort duquel le débiteur a le siège de son entreprise ou, à défaut de siège en territoire français, son principal établissement ». Appliqué au niveau international, cet article donne compétence au tribunal du lieu où la société a son principal établissement même si ce dernier est situé à l'étranger.

330. Succursale et principal établissement. Le terme principal établissement a fait l'objet d'un débat qui a abouti à une division au sein de la doctrine à la suite d'un arrêt assez important : l'affaire BCCI[970]. Cette affaire qualifiée de « *laboratoire pour le doit international de la faillite* »[971], « *d'énorme partie judiciaire mondiale* »[972], ou encore du « *plus grand scandale bancaire de l'histoire financière* » [973] est celle d'une banque mondiale : la *Bank of credit and commerce international* (BCCI) qui a été mise en faillite dans les années 1990. La Banque, dont le siège était aux îles Cayman, était présente dans 70 pays, comptait 120000 déposants rien qu'en Angleterre où elle disposait du plus grand nombre de succursales. Les faits ont alimenté l'activité judiciaire dans nombre de pays et notamment en France. Une procédure de redressement judiciaire fut prononcée à l'encontre de la BCCI en sa succursale de Paris. Simultanément, d'autres procédures furent engagées contre les autres succursales situées à l'étranger. Selon le Tribunal de commerce de Paris : « *Le principal établissement d'une banque internationale qui exploite des agences de banque à Paris, Marseille et Cannes étant situé à Paris, il s'ensuit que le Tribunal de Paris est normalement compétent pour connaître d'une procédure collective ouverte à l'encontre de cette banque, en sa succursale de Paris* »[974]. Cette compétence était-elle justifiée ? Tout dépendait de la qualification donnée à la succursale de Paris.

331. Une grande autonomie Certes la succursale ne peut prétendre à une quelconque personnalité juridique, c'est ce qui distingue d'ailleurs les

[970] Com. 11 avr. 1995, BCCI Overseas, *Bull. civ.* 1995, IV, n° 126 ; *D* 1995, p. 640 ; *R.C.D.I.P* 1995, p. 640 note Vasseur ; *JCP* 1995, I, 3871, obs. P. Pétel ; *Bull. Joly Stés* juillet 1995, p. 696, § 242.
[971] Ch. LÉGUEVAQUES, *Droit des défaillances bancaires*, Economica, 2002, n° 1112, p.585.
[972] M. VASSEUR, note sous C.A Paris 8 juill. 1992, *D.* 1992, Jsp., p. 476.
[973] A. PICARD, péc. p. 5.
[974] Tb com. Paris 23 juillet 1991, *D.* 1992, 18ème cahier, Jsp, p.232

succursales des filiales, mais cela n'empêche pas de prendre en considération la grande autonomie qui caractérise les succursales étrangères. Elles ont toujours fait l'objet d'une réglementation spécifique. En matière de faillite, elles ne peuvent avoir le même sort que les autres succursales. L'autonomie des succursales, a depuis longtemps été appréhendée par la jurisprudence en matière de faillite internationale. Tout d'abord, la jurisprudence décide que le responsable de la succursale en France d'une société étrangère a qualité pour effectuer la déclaration de cessation des paiements de la société au greffe du Tribunal de commerce[975]. Ensuite, la jurisprudence requiert que la société étrangère reçoive les actes de procédure la concernant au lieu de sa succursale française[976]. La succursale doit centraliser le principal des intérêts de sa maison mère.

332. Succursale et centre principal des intérêts. Le décret n° 94-910 du 21 octobre 1994 qui n'était pas encore applicable dans l'affaire de la BCCI, a modifié la rédaction de l'article 1er du décret du 27 décembre 1985 en substituant « *le centre principal de ses intérêts* » en France au « *principal établissement* ». La notion de « *centre principal des intérêts* » est une notion plus large que celle de « *principal établissement* »[977]. Le centre principal des intérêts a été interprété non comme l'établissement principal du débiteur mais comme le principal des établissements secondaires du débiteur[978]. Si la société dont le siège est à l'étranger exploite plusieurs succursales en France, le centre principal de ses intérêts en France se trouvera là où se trouve la succursale la plus importante[979]. Selon la formule utilisée par M. J.-P RÉMERY, le centre dont il est question correspond « *au minimum à un établissement, à une implantation matérielle concrétisée par l'exploitation d'une unité économique stable* »[980]. La compétence des tribunaux français suppose « *que l'entreprise étrangère ait une présence commerciale réelle sur le marché national, de sorte que sa défaillance met ainsi*

[975] Cass. com. 19 janv. 1988, préc.
[976] C.A Paris, 13 mars 1976, *G.P.* 1976, 2, S. p. 309.
[977] N. PIMBLIS, *La faillite dans les relations internationales d'ordre privé*, thèse, Paris XI, 1992, note 6, p. 93 et s ; A. MARTIN-SERF*, J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 41-30, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. - Conditions de forme. Compétence, n° 67 et s.
[978] J. BEGUIN et autres, op. cit. n° 2287, p. 794.
[979] G. KHAIRALLAH, « La compétence internationale du juge de l'insolvabilité », in *L'effet international de la faillite : une réalité* ? *Dalloz*, 2004, p. 56.
[980] J.-P. RÉMERY, « La compétence juridictionnelle pour ouvrir une faillite internationale : l'exemple du droit français », *DPCI,* 1994, p. 553, spéc. p. 575-576.

en jeu les intérêts du commerce local »[981]. La nouvelle formulation légale semble donc moins s'attacher à la forme juridique de la présence du débiteur sur le territoire national qu'à l'effectivité et à l'importance économique de celle-ci. Elle paraît mieux répondre aux attentes de la jurisprudence française pour retenir sa compétence internationale[982]. La position de la Cour de Cassation n'a pas toujours été cohérente. Dans l'une de ses décisions, on pouvait lire « *Dés lors qu'il est établi que ne se trouve situé en France qu'une succursale (établissement sans personnalité morale) et qu'il n'y a pas confusion entre les patrimoines des deux sociétés, les tribunaux français sont incompétents pour ouvrir une procédure collective à l'égard de la société ou de sa succursale qui ne peut faire l'objet d'une seule procédure collective* »[983]. La position de la Haute juridiction déroge au droit commun de la faillite internationale qui fonde la compétence des juridictions françaises sur l'implantation en France d'un établissement secondaire. Elle s'est fondée sur l'article 8-1 du traité franco-belge qui donnait compétence au seul siège de la société[984]. Cet arrêt, qui reste exceptionnel, car fondé sur un traité qui n'est plus en vigueur, est surtout incompréhensible. Nous le mentionnons car il rejoint les arrêts qui visent à donner une quasi-indépendance à la succursale. La Cour de cassation a défendu, la plupart du temps, l'unité de la personne et du patrimoine dans les rapports entre la succursale et la maison mère. Or, en exigeant dans cet arrêt la preuve d'une confusion de patrimoines, elle admet l'idée d'une séparation des patrimoines et fait de la succursale une entité autonome, une presque personne morale.

Une fois la procédure ouverte dans le pays de situation de la succursale, en parallèle avec une autre ouverte dans le pays de situation de la maison mère des difficultés naissent en raison des effets extraterritoriaux que chaque juge veut donner à sa procédure.

---

[981] H. MUIR WATT « La réalisation de l'actif en cas de procédure parallèles de faillite : Les pouvoirs du syndic étranger de la procédure principale à l'épreuve du droit français des effets des jugements » *DPCI* 1994, p. 541, spéc. p. 542, note 3.

[982] Le critère d'établissement, défini comme le lieu où une activité du débiteur est exercée révèle la présence commerciale réelle de celui-ci et permet de justifier la saisine des juridictions françaises et l'ouverture d'une procédure de redressement judicaire locale à l'encontre de la succursale d'une entreprise étrangère, v. J.-L. VALLENS, note sous C.A Paris, 8 juillet 1992, *R.J.C.* 1993, p.15.

[983] Cass. Com. 16 mars 1999, *Bull. Joly Sociétés*, Juin 1999, p. 637, note M. Menjucq.

[984] Le règlement du 29 mai 2000 s'est substitué à toutes les conventions et traités bilatéraux entre Etats membres (et notamment le traité franco belge en question). Il est possible désormais d'ouvrir une procédure secondaire au lieu de situation de la succursale avec une coopération entre les syndics des deux procédures principale et secondaire.

B. L'effet territorial ou extraterritorial d'une procédure parallèle

333. Une conception universaliste de la faillite. Une procédure ouverte à l'encontre de la maison mère au lieu de situation de sa succursale aura-t-elle un effet universel ou territorial ? Si la procédure ouverte au lieu du siège de la société a des chances raisonnables de se voir accorder un effet universel, il n'en va pas de même des procédures ouvertes sur la base d'un rattachement plus ténu (une succursale, par exemple). Ces procédures sont condamnées à ne produire qu'un effet territorial[985]. La procédure ouverte au lieu du siège a tendance à être universaliste[986] en raison de la coïncidence de la *lex concursus* et la *lex societatis*[987]. Il y a une coïncidence de toutes les lois relatives au débiteur et cette coïncidence permet de doter le jugement de faillite d'universalité. La procédure ouverte au lieu de situation de la succursale ne peut, quant à elle, être que territoriale[988] car elle est soumise à la seule *lex concursus*.

334. Une territorialité justifiée. Comme elle ne présente qu'un rattachement faible par rapport à celui de l'Etat où est situé le siège, la procédure ouverte au pays de situation de la succursale ne peut avoir qu'un effet territorial. La territorialité présuppose que la décision reste enfermée dans les frontières de l'ordre juridique qui l'a rendu, sans pouvoir prétendre s'exporter à l'étranger[989]. Comme l'explique B. ANCEL, « *Par hypothèse la faillite ouverte en France à l'encontre d'une entité locale et élargie, sur le fondement de l'art. L. 621-2 alinéa 2 du Code de commerce, à une entité étrangère, aura des effets strictement territoriaux puisque, par hypothèse, elle ne pourra compter sur un exequatur dans le pays étranger du siège, lequel protègera la compétence de ses juges et de sa loi contre l'empiètement que réaliserait l'accueil du jugement d'ouverture français* »[990]. L'ouverture d'une faillite sur le fondement de chefs de compétence

[985] J. BEGUIN et autres, *Droit du commerce international*, Litec, 2007, n° 2282, spéc. n° 2286 et s ; O. CACHARD*, Droit du commerce international*, L.G.D.J 2008, n° 821, p.398.
[986] Sous réserve d'être acceptée par l'autorité étrangère.
[987] Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R. SOTOMAYOR, *J.-Cl. International*, préc. n° 248.
[988] J.-L. VALLENS, « La faillite internationale entre universalité et territorialité : les enjeux », *in* L'effet international de la faillite : une réalité ? *Dalloz*, 2004, p. 6.
[989] Paris, 19 mars 1965, *Banque Ottomane*, *RCDIP* 1967, p. 85 et s. note P. Lagarde, *JDI* 1966, p. 132 et s. note B. Goldman.
[990] B. ANCEL, « Le droit français et les situations d'insolvabilité internationale : la réponse du droit international privé », *Gaz. Pal.* 1999, p. 1394.

parfois très minces comme la présence d'une succursale répond à la volonté de maîtrise par un ordre juridique sur une économie locale. « *L'approche économique traduit la prise en considération prioritaire des éléments matériels composant le patrimoine. L'accent est mis non plus sur la personnalité qui est son élément fédérateur, mais sur sa consistance* »[991]. L'ordre juridique qui utilise l'approche économique privilégie les composantes du patrimoine plutôt que la personne de son titulaire. C'est principalement l'actif local et bien que de manière moins prégnante, le passif local, qui intéressent le système juridique qui se veut compétent. « *C'est donc l'activité juridique de la personne en tant qu'ensemble d'actes et de faits juridiques, générateurs de droits et d'obligations, qui permet de rattacher un patrimoine à un ordre juridique en dehors du critère du domicile* »[992]. Une administration efficace exige une certaine proximité afin de pouvoir appréhender l'actif et le passif de la manière la plus proche de la réalité. L'accent est mis sur l'appréhension matérielle des biens, une volonté de maitrise de l'économie locale. Le juge sera plus attentif à la localisation géographique de ces éléments du patrimoine. Ce serait nier l'évidence que de croire que le problème se pose de façon identique dans l'ordre juridique où se trouve le siège social (approche personnelle) et dans celui où se trouve une simple succursale (approche économique). Lorsque le tribunal n'est pas saisi sur le fondement de la présence du siège de la société dans son ressort, il ne met pas en œuvre une approche personnelle, axée sur une vision d'ensemble et structurée autour de la personne du débiteur : ce qui l'intéresse, c'est l'appréhension de l'activité locale. L'approche économique mise en œuvre par le juge qui a décidé l'ouverture d'une procédure au lieu de situation de la succursale suppose de ne donner à cette procédure qu'un effet local. La Cour de cassation a pourtant décidé le contraire dans l'arrêt *Khalifa Airways*[993]. Cet arrêt a consacré l'universalité de la faillite peu importe le chef de compétence. Il s'est fondé principalement sur l'idée qu'une succursale n'a pas de personnalité juridique et que la procédure vise la société mère elle-même[994]. L'arrêt a été vivement critiqué car il favorise les faillites concurrentes, un phénomène qui devait normalement disparaître en raison des très

[991] M. RAIMON, op. cit. L.G.D.J 2002, n° 327, p. 162.
[992] *Ibid.* p. 327.
[993] Cass. com. 21 mars 2006, *D.* 2006, p. 1466.
[994] F. MÉLIN, op. cit. n° 44, p. 62.

grandes difficultés qu'il engendre dans la répartition du patrimoine entre les créanciers.

335. Une universalité malgré un rattachement ténu. La Cour de cassation a consacré pour la première fois l'universalité de la faillite malgré un rattachement très faible à l'occasion de l'affaire *Khalifa Airways*. La compagnie aérienne avait son siège en Algérie et disposait de plusieurs établissements en France. Le principal de ces établissements était installé à Puteaux et immatriculé au Registre de commerce et des sociétés de Nanterre. Le 10 juillet 2003, le Tribunal de commerce de Nanterre prononce la liquidation judiciaire de la Compagnie aérienne *Khalifa Airways*. Dix mois plus tard, le 14 mai 2004, le Tribunal algérien de Cheraga place la Compagnie en liquidation judiciaire en application du droit algérien. Le liquidateur algérien reproche aux juridictions françaises de ne pas tenir compte de l'exception d'incompétence au profit du tribunal algérien. La Cour de cassation rejette le pourvoi et conforte, à la fois, la compétence des juridictions françaises et la portée universelle de la faillite ouverte en France. Le premier volet de cette affirmation n'est que la confirmation d'une jurisprudence constante qui a toujours retenu la compétence des juges français quand la société dispose d'une succursale en France[995]. Les liens économiques entre la Compagnie aérienne algérienne et la France sont indiscutables. En revanche, c'est le second volet, par lequel la Cour de cassation affirme qu'une procédure ouverte au lieu de situation d'une succursale peut avoir un effet universel, qui fait l'originalité de l'arrêt. C'était la première fois où la jurisprudence donne un effet universel à une procédure avec un rattachement aussi ténu. D'après M. MENJUCQ, « *la décision conduit à une généralisation du principe de l'universalité de la faillite pour toute procédure collective ouverte en France quel que soit le critère retenu pour rendre le juge français compétent* »[996]. D'autres auteurs ont même dénoncé un impérialisme du droit français, tant au regard de la souveraineté de l'Etat algérien que des droits fondamentaux[997]. Quand le siège est situé sur le territoire national, il est normal que la faillite

[995] La jurisprudence BCCI précit. supra, n° 332.
[996] V. « Droit français des faillites internationales : De Daisytec à Emtec », *in Les faillites internationales*, éd. Société de législation comparée, p. 124.
[997] L.-C. HENRY, « La corrélation entre la compétence juridictionnelle et l'universalité de la faillite », *D.*2006, p. 1467.

prononcée en France ait des prétentions universelles. En général, c'est là que se concentrent la plupart des intérêts économiques et le chef de compétence des tribunaux français apparaît suffisamment fort pour pouvoir raisonnablement escompter la coopération des ordres juridiques étrangers, au moins lorsque ces derniers n'ont pas déjà ouvert une procédure[998]. Lorsqu'en revanche, la compétence des juridictions françaises est fondée sur un autre critère que la localisation du siège du débiteur, elle apparaît plus faible et il existe de fortes raisons de penser que la portée revendiquée par la faillite devrait être limitée[999]. Une hiérarchie doit être respectée entre les procédures. Le juge qui a été saisi car l'affaire est en rapport avec l'exploitation de la succursale située dans sa juridiction ne peut se considérer avoir les mêmes attributions et compétences que le juge du siège.

336. Une faillite à dimension locale. L'intervention d'un tribunal autre que celui du domicile ne devrait en aucun cas pouvoir prétendre à l'extraterritorialité. De par sa nature, une telle intervention doit rester enfermée dans ses propres frontières. Les procédures, par essence locales, ne doivent pas s'exporter à l'étranger et s'appliquer aux éléments du patrimoine situés dans un autre ordre juridique[1000]. La reconnaissance à l'étranger d'une faillite locale méconnaît sa propre nature en lui faisant porter des effets à l'étranger alors qu'elle n'a qu'une dimension locale[1001]. Plus encore, même si une telle faillite avait l'ambition de porter des effets à l'étranger, il conviendrait de le lui dénier, car une telle reconnaissance conduirait à dépasser la portée intrinsèque de la compétence des autorités de la succursale, face à celles du domicile et des éventuels autres succursales. La compétence qui serait revendiquée dépasserait alors la mesure dans laquelle le litige se rattache d'une manière caractérisée au juge étranger[1002]. Le juge qui a prononcé la faillite au lieu de situation de la succursale doit rester

[998] S. BOLLÉE, note sous Cass. com. 21 mars 2006, *Rev. Sociétés*, 2006, n°3, p. 659.
[999] J.-P. REMERY, *La faillite internationale*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996, p.45 ; O. CACHARD, *Droit du commerce international*, L.G.D.J. 2008, n° 821.
[1000] G. GRASMANN, « Effets nationaux d'une procédure d'exécution collective étrangère (redressement ou liquidation judiciaires, faillite, Concordat) », *RCDIP* 1990, p. 420 et s., spéc. p. 432, n° 10.
[1001] LE Comte DE VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse du droit international privé*, 1897, éd. Cujas, 1972, n° 44, p. 271.
[1002] Cass. civ. 6 fév. 1985, *Simitch*, *RCDIP* 1985, p. 369; *JDI* 1985, p. 460 et s. note J. MASSIP ; *GADIP* n° 70, p. 638 et s.

prudent en limitant les effets de sa procédure. C'est en se comportant ainsi qu'il peut exiger des juges étrangers d'adopter le même comportement envers ses propres décisions.

337. Procédures parallèles et conflit d'intérêts. Dans l'arrêt *Khalifa Airways*, la procédure française avait peu de chances, voire aucune, de produire effets en Algérie car elle dépendait de la coopération hypothétique des autorités algériennes. La procédure reste fragilisée par le fait qu'elle soit ouverte en raison d'un chef de compétence élargi fondé sur l'existence d'une succursale. La procédure algérienne avait aussi peu de chance de produire effet en France car la liquidation judiciaire, prononcée par les juges français, empêche tout *exequatur* de la décision algérienne. La liquidation française aura développé des effets en France, la liquidation algérienne, à défaut d'*exequatur*, n'ayant d'effet qu'en Algérie. De fait, l'arrêt conduit, bel et bien, à une pluralité de procédures ouvertes à l'encontre d'un même débiteur[1003]. C'est la conséquence du système mixte adopté par le droit commun français. L'ouverture d'une procédure en France empêche la reconnaissance d'une faillite préalable à l'étranger. Or, en l'absence d'une telle ouverture, l'*exequatur* de la décision étrangère permet de lui conférer un effet extraterritorial en France[1004]. Mieux aurait sans doute valu reconnaître que les effets patrimoniaux de la procédure demeuraient limités au territoire français[1005]. La procédure ouverte au lieu de situation de la succursale n'aura qu'une portée locale dont les effets seraient limités au territoire où est implantée cette succursale. Cette limitation territoriale ne s'applique pas aux créanciers car aucune distinction n'est faite entre ces derniers selon qu'ils ont contracté avec la succursale ou avec la maison mère.

[1003] G. KHAIRALLAH, « Les faillites concurrentes », préc. p. 158-159.
[1004] B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, n° 793.
[1005] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.* n°1113.

§ 2 - LE SORT DES CRÉANCES APRÈS L'OUVERTURE DE PROCÉDURES PARALLÈLES

338. Égalité et priorité. La succursale est un élément du patrimoine de la société sur lequel les créanciers ont un droit de gage général. Les créanciers qui ont contracté avec la succursale ne sauraient prétendre à un droit de préférence sur les biens qui y sont affectés. Pourtant certains auteurs sont favorables à une limitation des créances en rapport avec l'exploitation de la succursale au pays de situation de celle-ci. D'après M. RAIMON, « *lorsque le tribunal n'est pas saisi sur le fondement de la présence du siège de la société dans son ressort, il ne met pas en œuvre une approche personnelle, axée sur une vision d'ensemble et structurée autour de la personne du débiteur : ce qui l'intéresse, c'est l'appréhension de l'activité locale. Les créances qui ne s'y rattachent pas devraient être considérées comme excédant sa compétence, limitée à l'activité locale* »[1006]. Le droit positif et la jurisprudence n'ont pourtant pas admis une telle limitation. Ils partent du principe que les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers. Tous les créanciers (étrangers ou locaux, en rapport d'affaires avec la maison mère ou la succursale) sans exception doivent produire leurs créances à la fois dans la procédure ouverte au pays du siège et dans celle ouverte au pays de la succursale. C'est le principe de l'égalité des créanciers qui est l'un des principes fondamentaux du droit de la faillite (A). Les créances salariales ne sont pas concernées par cette réglementation. Un privilège est accordé aux salariés leurs permettant d'être payés en priorité. Une controverse a porté, cependant, sur le fait de savoir quel sera l'organisme payeur : celui du lieu d'ouverture de la procédure (solution compliquée quand les salariés exercent leurs activités dans une succursale alors que la procédure est ouverte au pays du siège) ? Ou bien celui du lieu d'exercice de l'activité (solution favorable aux salariés) ? (B).

[1006] M. RAIMON, art. préc., qui renvoie à la définition donnée à la succursale par l'arrêt *Somafer* du 22 nov. 1978 *Rec*. p. 2189.

A. Le sort des créances commerciales

339. Égalité ou concurrence ? Les principaux intéressés en cas d'ouverture d'une procédure à l'encontre d'une société sont les créanciers. Les inquiétudes de ces derniers se multiplient dans le cas où plusieurs procédures sont ouvertes. Doivent-ils produire leurs créances dans l'une seulement des procédures ou au contraire produire dans l'ensemble des procédures ? Le droit positif et la jurisprudence ont opté pour la seconde solution par application du principe d'égalité entre créanciers (1). Cependant, malgré la défense du principe d'égalité entre créanciers, la jurisprudence a décidé qu'en cas de compensation, une séparation doit être faite entre les créances de la maison mère et celles de la succursale. Pour elle, l'autonomie qui caractérise les succursales bancaires ne permet pas de compensation à défaut de lien de connexité entre les créances de ces succursales et celles de la maison mère (2).

1. Le patrimoine du débiteur gage commun de ses créanciers

340. Division de la doctrine. Le principe d'égalité des créanciers est situé au cœur des lois de la faillite. LYON-CAEN et RENAULT considèrent que « *le but de ces lois n'est pas de régler la condition des biens du failli, de fixer les droits qui peuvent les régler et leurs modes de transmission : elles se proposent de protéger les intérêts des créanciers, de maintenir l'égalité entre eux* »[1007]. Si, pour certains, le principe d'égalité des créanciers est un principe caractéristique, universellement admis dans le cadre des procédures collectives[1008], pour d'autres, l'égalité fait partie de ces chimères que fait miroiter le droit des procédures collectives pour cacher son âpreté[1009]. Il y a un glissement sérieux « vers l'inégalité des créanciers »[1010]. L'égalité est-elle, cependant, assurée en cas d'ouverture de procédures concurrentes ? Les créanciers en rapport d'activité avec la succursale étrangère seront-ils traités de la même manière que ceux dont la

[1007] V. *Précis de droit commercial*, t. II, par A. Cotillon, 1884-1885, n°3140.
[1008] P. LECANNU, « Effet international de la faillite et principe d'égalité entre créanciers », *in* L'effet international de la faillite : une réalité ? *Dalloz*, 2004, p. 95.
[1009] M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre créanciers », *in Mélanges en l'honneur des professeurs A. BRETON et F. DERRIDA*, *Dalloz*, 1991, p. 31 ; Ch. LÉGUEVAQUES, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », *Gaz. Pal.* 27 janv. 2001, p. 18.
[1010] R. NEMEDEU, « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle », *RTD com*. 2008, p. 264.

créance est originaire d'activités avec la maison mère ? La doctrine est divisée sur ce point. Certains se sont alignés sur la position de la Cour de cassation. D'après eux, tous les créanciers, sans distinction selon l'origine de leur créance, peuvent produire dans les deux procédures. C'est la conséquence de la règle selon laquelle le patrimoine du débiteur est le gage commun de tous les créanciers (articles 2092 et 2093 du Code civil)[1011]. Pour d'autres, en revanche, seules les créances qui sont en rapport avec l'exploitation de la succursale peuvent être admis dans la procédure ouverte au lieu de situation de celle-ci.

a) Une admission globale au passif de la société

341. Égalité sauvegardée. La Cour de cassation a maintenu, depuis longtemps, sa position selon laquelle : « *Tous les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers sans distinction de nationalité et sans condition de réciprocité* »[1012]. Il a paru difficile à la jurisprudence, une fois appliqués les critères de compétence internationale posés par le droit français, d'exclure les créanciers n'ayant pas traité avec la succursale française car ce n'est pas elle qui, juridiquement, est mise en faillite, mais la société entière. L'actif situé en France ne peut, d'après la Cour de cassation, être réservé à une catégorie de créanciers. Dans l'affaire BCCI, la Cour de cassation a décidé expressément que « *tous les créanciers, eussent-ils ou non traité avec les établissements de la BCCI Overseas situés en France et à Monaco, pouvaient être admis à la faillite ouverte en France* »[1013], et sans qu'il ait à tenir compte de la loi applicable à leur créance[1014]. Cette possibilité devrait être de nature à sauvegarder l'égalité des créanciers. Cependant, cette égalité ne peut être efficace que si les juges tiennent compte de ce qui a été payé aux créanciers à l'étranger. Encore faut-il que ces juges

[1011] Devenus les articles 2284 et 2285 du Code civil. Pour plus de détails sur ce point v. D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, L.G.D.J 1999, Bibl. dr. privé, t. 320 ; P. MAZIÈRE, *Le principe d'égalité en droit privé*, thèse Paris II, 1997.

[1012] Cass. civ.11 mars 1913, Nebel, *DP*, 1914.1.185, note P. Pic ; *JDI*, 1913, p. 910, note J. Perroud ; *R.C.D.I.P*, 1913, p. 453 ; Cass. com. 19 janv. 1988, *Bull. civ*. IV, n°47 ; Et plus récemment Cass. civ. 1ere 10 juillet 2001, *Gaz .Pal.*, 2002, doc. p. 1167, note M.-N. Jobard-Bachellier ; P. LE CANNU, « Effet international de la faillite et égalité des créanciers », *in* L'effet international de la faillite : une réalité ?, *Dalloz,* 2004, p.95.

[1013] Cass. com. 14 mai 1996, *BCCI Overseas*, *RCDIP* 1996, p. 475; *D.* 1996, jsp. p. 586, note M. Vasseur.

[1014] P. COURBE, préc. p. 21.

disposent d'informations sur les distributions opérées à l'étranger[1015]. La doctrine a proposé comme solution soit l'imputation des sommes payées dans la faillite étrangère sur le montant de la déclaration faite en France ou du dividende à recevoir dans la procédure française[1016], soit le rapport à la faillite française du dividende perçu à l'étranger[1017]. Un tel rapport permet-il vraiment d'assurer l'égalité convoitée entre créanciers ?

342. Unité et égalité. La théorie du rapport permet de respecter deux principes : celui de l'unité du patrimoine qui permet à tous les créanciers de produire leurs créances dans la faillite française et celui de l'égalité des créanciers puisque ceux d'entre eux qui ont bénéficié d'un dividende à l'étranger doivent le rapporter à la faillite française. Le rétablissement de l'égalité entre créanciers par la théorie du rapport demeure cependant délicat. D'abord, un créancier étranger de mauvaise foi peut être tenté de dissimuler la perception de dividendes dans la faillite étrangère, compte tenu de la mauvaise volonté mise par les autorités de cet État pour communiquer aux organes des faillites étrangères les renseignements nécessaires. Ensuite, le rapport se heurte à une difficulté de preuve. La jurisprudence a décidé qu' « *il revient au syndic de prouver qu'un créancier a reçu des paiements sur l'actif réalisé hors de France, à défaut de quoi ce créancier devrait être admis au passif en France pour le montant intégral de sa production, sans déduction* »[1018]. Cet arrêt montre l'intérêt d'une coopération entre syndics en cas d'ouverture de deux procédures dans deux pays différents (pays du siège et pays de la succursale). Il n'est guère admissible que le créancier perçoive plus, si c'est possible compte tenu de l'actif global réparti entre divers pays, que le montant total de sa créance[1019]. Or une théorie de rapport sans coopération ne peut aboutir à un tel résultat.

[1015] F. MÉLIN, op. cit. n° 83, p. 99.
[1016] C'est le cas en droit suisse. Article 172, point 3 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987.
[1017] H. SYNVET, *Rép. International, Dalloz*, V° Faillite, n° 81.
[1018] Req. 30 juin 1887, J*ourn. des faillites* 1887, p. 346.
[1019] P. LE CANNU, « Effet international de la faillite et principe d'égalité entre créanciers » *in L'effet international de la faillite : une réalité* ?, préc. p. 119.

343. Des discriminations. D'autres difficultés pratiques peuvent brouiller l'égalité entre créanciers. C'est le cas des pratiques judiciaires à caractère nationaliste dans les pays émergents[1020]. Ceci favorise les créanciers locaux au détriment des autres. La situation est encore plus grave lorsque c'est la loi locale elle-même qui établit une discrimination entre les créances nationales et les créances étrangères. C'est le cas lorsque la priorité est donnée aux créanciers d'un établissement local ou d'une succursale d'une société mise en faillite à l'étranger. Ce sont surtout les Etats d'Amérique latine qui se distinguent dans ce domaine[1021]. Prenons l'exemple de deux procédures l'une ouverte en Argentine, pays du siège de la société, et une autre en France, pays de la succursale. Dans ce cas, les créanciers argentins, qui ont produit en priorité dans une faillite prononcée en Argentine dont le droit écarte les créances étrangères, pourront venir déclarer ensuite leur créance en France où ils se trouveront en concours avec les créanciers non argentins qui ont été écartés de la faillite étrangère. Ceci constitue une atteinte manifeste au principe d'égalité entre créanciers. La Cour d'appel de Paris a tenu compte de cette réalité dans un arrêt ancien à propos de la faillite de la Banque française pour le Brésil[1022]. Cette Banque, qui avait son siège en France et des succursales au Brésil, a été déclarée en faillite dans les deux pays. Une société brésilienne avait produit à la faillite au Brésil et a voulu également produire à la faillite française. Or, comme le dit l'arrêt, « *conformément aux dispositions très favorables aux nationaux de la loi brésilienne, la créance (de la société brésilienne) a primé toutes celles des autres créanciers de nationalité non brésilienne produites à la faillite au Brésil* ». Il se trouve aussi que les productions au Brésil auxquelles avaient procédé des créanciers de la faillite française ont été écartées. La Cour d'appel de Paris a estimé qu'il convenait « *de faire état* » des dispositions de la loi brésilienne et que chaque créancier soit « *admis valablement pour le montant intégral de sa créance aux deux faillites* ». Les créanciers doivent être traités sur un pied d'égalité quelle que soit leur nationalité. Si l'Etat français admet que les créanciers brésiliens puissent produire dans les deux procédures, le

[1020] J.-C. COVIAUX, *J.-Cl. Commercial*, Fasc. 3130, Redressement et liquidation judiciaires – Procédures collectives en droit international. – Les règles de droit commun,. n° 88.
[1021] K. H. NADELMANN, « De la discrimination dans les lois sur la faillite contre les créances dites étrangères », *RTD com.* 1973, p. 747. V. aussi F. FLETCHER, *Cross-Border Insolvency general report,* XIIIe Congrès de l'Académie de droit comparé de Montréal, 1990, p. 15.
[1022] C.A. Paris, 11 mai 1927, *JDI*, 1928, 654.

Brésil doit adopter le même comportement. Toute faveur accordée aux nationaux d'un pays peut être considérée comme une discrimination vis-à-vis des non nationaux. Les Etats doivent être plus coopératifs. Une admission globale des créanciers au passif d'une personne suppose une telle coopération. S'étant rendu compte de la réticence des juridictions à une telle coopération, la doctrine a soutenu une limitation d'admission au passif selon que la créance est rattachée à la maison mère ou à l'exploitation de la succursale.

b) Une admission limitée au passif de la société

344. À procédure locale, créanciers locaux. Certains auteurs soutiennent que seuls les créanciers locaux qui ont contracté avec la succursale en France devraient être admis au passif de la procédure locale[1023]. Par créanciers locaux, il faut entendre non pas les créanciers de nationalité française, ce qui serait discriminatoire, mais ceux, de toute nationalité, dont la créance se rattache à la succursale située en France. L'admission de tous les créanciers tendrait à respecter l'unité du patrimoine, mais celle-ci a été brisée au stade de la détermination de la compétence internationale directe des tribunaux français. « *Seul le morcellement du patrimoine permettrait, en effet, de justifier que la faillite a pu être ouverte ailleurs qu'au siège de l'entreprise du débiteur et il n'y aura aucune raison, une fois la faillite ouverte sur la base de la présence en France d'un simple établissement, d'admettre à y participer tous les créanciers* »[1024]. L'ouverture d'une faillite en France, lieu de situation de la succursale, au motif que les impératifs locaux la justifient ou qu'un « créancier local » la réclame, c'est déjà faire passer au second plan les intérêts des autres créanciers. Tout se passe comme si, dès le départ, et afin de parvenir à l'ouverture d'une faillite locale, plus protectrice d'une catégorie de créanciers, il y avait un morcellement du patrimoine. Une fois cette volonté exprimée et imposée, il est peut être tard de songer à nouveau à l'unité du patrimoine et à l'égalité des créanciers.

[1023]G. KHAIRALLAH « Le principe de l'universalité de la faillite : son affirmation par la Cour de cassation et sa portée », *D*. 2003, n° 12 p. 180 ; B. ANCEL, « Le droit français et les situations d'insolvabilité internationale – les réponses de droit international privé », *Gaz. Pal.* 22-23 sep. 1999, n° 7, p. 46 ; H. SYNVET, préc. n° 17 et 22 ; J.-P. RÉMERY, *La faillite internationale*, P.U.F, 1996, p. 45.
[1024] G. KHAIRALLAH, « Les faillites concurrentes », préc. p. 163

345. Une différenciation légitime entre créanciers. L'admission des créanciers « étrangers » par l'origine de leurs créances conduirait, en réalité, à sacrifier les créanciers locaux. Les créanciers « locaux » par l'origine de leurs créances auront des difficultés s'ils se voient contraints de produire leurs créances selon le droit, la procédure et les modalités qui par définition leur sont étrangers[1025]. Ils doivent à chaque fois respecter des procédures, des langues et des délais différents. La multiplicité des règles et des procédures sont de nature à les décourager, de manière telle que seuls les créanciers les plus diligents ou les mieux informés, voire les plus puissants, auront effectivement la possibilité de faire valoir leurs droits dans le cadre des différentes faillites[1026]. De même, les créanciers locaux avaient une attente légitime de protection locale qu'ils ont cru obtenir en traitant avec l'établissement en cause. Les créanciers de la faillite étrangère qui entendent produire des créances d'un montant considérable risquent d'anéantir tout espoir pour les créanciers locaux de recueillir leurs créances. A cause de tous ces éléments, certains auteurs belges ont même plaidé pour l'instauration en faveur des créanciers locaux de véritables patrimoines d'affectation[1027]. La distinction des créanciers entre locaux et étrangers n'est pas chose facile, mais lorsqu'il s'agit d'une succursale (surtout bancaire qui fonctionne à l'image d'une banque), nous pouvons considérer que les créanciers locaux sont tous ceux qui ont directement traité avec la succursale française. Ces créanciers ont traité avec le débiteur sur la foi du système français. S'ils sont à l'origine de l'ouverture même de la faillite française, c'est qu'ils se considèrent comme créanciers locaux[1028].

Malgré cette argumentation, la jurisprudence a donc, bel et bien, privilégié le principe d'égalité des créanciers, corollaire de celui d'unité du patrimoine et, ce, contrairement à tous ceux qui ont défendu l'autonomie des succursales. La jurisprudence n'a, cependant, pas toujours été uniforme dans ses décisions. Dans le cas où il fallait compenser la créance née de l'exploitation de la succursale avec

[1025] L. GANSHOF, « Le droit de la faillite dans les Etats de la CEE », *CDIC,* Bruxelles, 1969, p. 185.
[1026] M. DELERIEUX, préc. p. 223.
[1027] A. ZENNER et T. AFSCHRIFT, « La répartition des actifs d'une société belge faillie possédant des entreprises distinctes en Belgique et à l'étranger », *JCB*, 1981, I, n° 24.
[1028] J. LEMONTEY, « Actualités du droit international de la faillite », *TCFDIP* 1986-1988 p. 101.

celle née des rapports avec la maison mère, elle a fait application du caractère autonome des succursales.

2. La compensation

346. La compensation conventionnelle. L'ouverture d'une faillite au lieu de situation d'une succursale pose le problème de la détermination du cadre de la compensation conventionnelle. La compensation suppose une réciprocité entre les créances. La succursale ayant joué un rôle dans l'exécution de l'obligation, en cas d'ouverture d'une procédure collective la réciprocité des créances doit-elle s'apprécier au regard de la personnalité morale des titulaires de créances ou peut-elle se cantonner aux créances et dettes nées de l'activité des succursales ? Le débiteur étranger d'une succursale peut-il compenser cette dette avec une créance contre la société elle-même ? Normalement, la personnalité morale et l'unité du patrimoine conduiraient à admettre cette compensation sans distinguer entre la société et ses succursales. Telle n'était pourtant pas la position arrêtée par la Cour d'appel de Paris qui a donné à l'autonomie de la succursale une portée considérable. Elle a érigé l'autonomie de la succursale bancaire au rang de personnalité juridique[1029]. L'affaire date du 15 juin 1994[1030]. La succursale parisienne de la BCCI avait accordé un prêt à la Banque de Chine. De son côté, la Banque de Chine se trouvait être créancière de plusieurs succursales de la BCCI dans différents pays du monde. La banque de Chine n'ayant pas remboursé son prêt à l'échéance convenue, le liquidateur français de la BCCI avait assigné cette dernière en paiement. En première instance, le tribunal de commerce de Paris s'est déclaré compétent et a condamné la Banque de Chine à payer sa dette. La Banque de Chine, insatisfaite, avait formé un appel de la décision du tribunal de commerce. L'établissement financier chinois, sans contester sa dette, refuse le remboursement arguant d'une créance sur le groupe BCCI qui l'autorise à pratiquer une compensation entre sa dette sur la succursale française et sa créance sur le groupe BCCI. D'après lui, cette compensation devait être valable car la succursale parisienne ne constitue pas un organe autonome. Elle ne constitue

[1029] Ch. LÉGUEVAQUES, *Droit des défaillances bancaires*, Economica, 2002, n°1115, p.586.
[1030] C.A. Paris, 15 juin 1994, *Banque de Chine c/ BCCI Paris*, succursale à Paris de *Bank of Credit and Commerce International Overseas Ltd*, *J.D.I*, 4, 1994, p. 1011.

qu'un agent d'exécution d'opérations internationales[1031]. La question qui se posait aux juges d'appel était de savoir si le débiteur étranger d'une succursale pouvait compenser sa dette avec une créance contre la société elle-même ?

347. Autonomie. Après avoir relevé l'autonomie dont jouissent les succursales d'établissement de crédit au regard du droit bancaire, la Cour d'appel de Paris a décidé que la succursale française de la BCCI était tellement autonome qu'on pouvait lui accorder une quasi-personnalité. Par conséquent, la Cour considère que la condition de réciprocité n'était pas remplie et que la Banque de Chine ne peut prétendre à une quelconque compensation tant qu'elle ne justifie pas qu'elle était créancière de la succursale de la BCCI à Paris. Ceci revient à considérer que la condition de réciprocité ne serait pas remplie si elle avait été créancière d'autres succursales de la même société[1032]. Le vrai débat n'a donc pas porté sur l'admission même de la compensation mais sur l'existence ou non d'un lien de connexité entre les créances réciproques à compenser. Les juges ont admis l'existence de différentes créances malgré la présence d'une seule personne. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris a tenu compte dans l'appréciation de cette connexité de la spécificité des succursales bancaires. La prestation caractéristique a été effectuée, non par la maison mère, mais par la succursale[1033]. L'arrêt s'est situé dans une perspective territorialiste étroite en donnant plein effet à l'autonomie des succursales[1034]. C'est un arrêt qui va, quand même, à l'encontre de la position de la Cour de cassation qui a toujours privilégié l'unité de la personne et du patrimoine[1035] pour refuser toute autonomie dont peuvent se prévaloir les succursales même dans le secteur bancaire. A l'occasion de certaines opérations comme la compensation la jurisprudence a pu distinguer les succursales bancaires des autres succursales. Ceci a permis et permettra dans l'avenir de limiter les difficultés car les créances nées de l'activité des succursales seront séparées de celles nées de l'activité de la maison mère.

[1031] A. PICARD, préc. p. 22.
[1032] A. PICARD, préc. p. 23.
[1033] J. STOUFFLET, E. BOURETZ et H. SMITH, *J. -Cl. International*, op. cit. n° 93.
[1034] A. JACQUEMONT, note sous C.A Paris 15 juin 1994 préc. p. 1025
[1035] Sur le principe d'unité du patrimoine en matière de procédures collectives v. Cass. com. 19 fév. 2002, *Droit et patrimoine*, mai 2002, p. 85, obs. D. Houtcieff, *D.* 2002. 2523, note A. Perdriou et F. Derrida ; De manière générale v. B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Thèse, Paris II, 1998.

En dehors de ce cas bien précis, qui concernent principalement les créances commerciales, l'ouverture d'une ou de plusieurs procédures peuvent avoir des conséquences sur d'autres créances dont les détenteurs sont considérés comme parties faibles.

B. Le sort des créances salariales

348. Parties faibles. L'ouverture d'une procédure collective contre une société est une source de difficultés pour ses salariés car leur emploi et leur rémunération sont menacés. Des difficultés qui s'avèrent plus grandes à cause de la dimension transnationale que peut avoir la procédure collective. Elle résulte de l'éclatement de ses pôles géographiques d'activité (succursales situées dans un pays étranger) et fait peser des incertitudes sur la protection des salariés[1036]. Ces derniers ne sont pas des créanciers ordinaires. Le droit interne français leur accorde un traitement de faveur en garantissant le paiement des salaires en cas d'ouverture d'une procédure collective (article L. 3253-2 et L. 3253-4 du Code de travail)[1037]. Ce n'est pas le cas dans tous les pays[1038]. Les salariés ne devraient, pourtant pas, être privés de ce traitement favorable en raison du caractère international de la procédure. Ils figurent pourtant parmi les victimes oubliées. « *À la hâte, certains salariés se sauvent au bon moment avec une prémonition du futur naufrage, en demandant leur solde* »[1039]. D'autres, exerçant une activité recherchée sur le marché, font l'objet de débauchage par les concurrents[1040].

[1036] Q. URBAN, « La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière », *JCP G*. 22 mars 2006, n° 12, p. 545. V ; aussi T. TREVES, « Les effets de la faillite sur les contrats de travail », *in Les problèmes internationaux de la faillite et le Marché commun*, Actes du colloque international sur l'avant-projet de convention C.E.E en matière de faillite, concordats et procédures analogues, Cedam, 1971, p. 164.

[1037] J. PELISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 25e éd., Dalloz, 2010, n° 825, p. 911.

[1038] Il arrive que les salariés soient considérés comme des créanciers ordinaires. V. M. H. MONSÉRIÉ-BON, *J.-Cl. International*, Fasc. 569-05, Procédure collective -Loi applicable - Règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, spéc. n° 30. Dans certains pays africains, même si un privilège est accordé aux salariés aucun régime n'est organisé pour leur permettre d'en profiter. Il s'agit d'un privilège textuel car le recouvrement sur le terrain s'avère très difficile, surtout en cas de liquidation de la société. V. S. NANDJIP MONEYANG, « Réflexion sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA », *R.P.C* juill.-août 2010, p. 24, spéc. p. 34.

[1039] D. LAMÈTHE, « Quelques pieds de pilote….ou propos d'un juriste d'entreprise sur la faillite ou l'insolvabilité internationale », in *Les faillites internationales*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 152.

[1040] J.-P. MATTOUT, « La défaillance d'une banque : Aspects internationaux », *RJC* 1996, p. 119.

Chaque Etat fait en sorte que l'impact de l'ouverture d'une procédure sur les contrats de travail conclus avec des salariés travaillant sur son sol (dans une succursale d'une société étrangère par exemple) soit le moins dramatique possible. Après l'ouverture d'une procédure collective, les travailleurs se préoccupent d'abord de leurs salaires. L'employeur est en difficulté et la faillite concernent deux pays différents (lieu d'ouverture de la procédure et lieu de situation de la succursale). Y aura-t-il un organisme qui se substituera à l'employeur pour payer les salaires ? De quel organisme s'agit-il ? Celui du pays d'ouverture de la procédure ou celui de l'exécution du travail ? En France, la jurisprudence a opté au début pour la première solution avant de changer rapidement sa position en raison des critiques qui lui ont été adressées.

349. Lieu d'ouverture de la procédure : une solution inadaptée. En France, et en dehors du cadre communautaire, la solution n'est que jurisprudentielle. Dans un arrêt du 2 octobre 2001[1041], la chambre sociale a indiqué que les institutions de garantie compétentes (AGS en France)[1042] sont celles de l'Etat d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Celles du lieu d'exécution du travail ne sont compétentes qu'à défaut de protection des droits des salariés par la loi de l'Etat d'ouverture. La solution ne correspond pas à l'esprit du droit du travail français selon lequel le salarié travaillant en France devrait bénéficier de règles françaises dès lors qu'elles sont plus protectrices que les règles étrangères et pas seulement lorsque les règles étrangères ne prévoient aucune protection. Dès lors, reconnaître, comme le soutiennent les commentateurs

[1041] Cass. soc. 2 oct. 2001, *JurisData* n° 2001-011143, *Bull. civ.* 2001, V, n° 294 ; *JCP G*. 2001, IV, 2843; *JCP E*. 2001, p. 1751; *RJS* 12/01 n° 1451; *Dr. soc*. 2002, p. 118.

[1042] Acronyme simplifié de « Association nationale pour la gestion du régime d'assurance des créances des salaires », c'est une association de droit privé dont les ressources proviennent des cotisations versées par les employeurs assujettis et des sommes récupérées dans les procédures. L'organisme prend en charge le paiement des salaires. Il est alors subrogé dans les droits des salariés. La France s'est dotée de ce système d'indemnisation depuis la loi du 27 décembre 1973. Il fonctionne selon le principe de solidarité professionnelle. Ses principales ressources sont les cotisations versées par les employeurs assujettis et les remboursements reçus à partir des avances consentis dans les dossiers. L'AGS met à la disposition des mandataires de justice désignés dans chaque procédure de redressement ou de liquidation judiciaire les fonds nécessaires au règlement des créances salariales. En contrepartie l'AGS se trouve subrogé dans les droits des salariés et devient créancière de la procédure. Le problème est que les règles françaises relatives au super privilège ou au privilège des salariés n'ont pas nécessairement leur équivalent dans les droits étrangers. La possibilité pour l'AGS d'obtenir remboursement risque d'être théorique. V.B. SOINNE, « L'AGS est-elle en faillite ? », *RPC*. 2003, p. 291.

de cet arrêt, une portée universelle à la loi du lieu d'exercice habituel du travail serait fortement souhaitable. Elle permettrait d'unifier et de simplifier les règles applicables à l'ensemble des salariés travaillant en France, quel que soit le lieu d'ouverture de la procédure collective de leur employeur. De ce fait elle éviterait qu'il existe entre les salariés travaillant sur le territoire français des inégalités de traitement. D'après M. LYON-CAEN « *à une époque où les échanges de biens et des services se multiplient - dans le contexte de la mondialisation dont on parle tant – nous devons faire en sorte que le socle des droits et garanties des salariés employés en France soit assuré à chacun* »[1043]. L'organisme payeur des salariés doit donc être non celui du lieu d'ouverture de la procédure mais du lieu d'exercice de l'activité.

350. Lieu d'exercice du travail : une solution adaptée mais sous conditions. Tenant compte des différentes critiques de la doctrine[1044], la Cour de cassation a revu sa position et a décidé que les salariés, qui exerçaient leur activité dans un établissement situé sur le territoire français, devaient bénéficier de la garantie de l'AGS alors même qu'ils étaient au service d'une société italienne mise en faillite en Italie[1045]. Le 3 juin 2003, la Cour de cassation, et après avoir censuré la Cour d'Appel de Dijon, a décidé expressément que « *c'est le lieu d'exécution du travail et lui seul qui détermine la compétence de l'organisme de garantie des salaires* »[1046]. Cette solution a été réaffirmée, dans les mêmes termes, par deux autres arrêts[1047]. Le critère du lieu d'exécution de travail a le mérite d'être aisément identifiable par le juge et, dans la plupart des cas, aisément repérable par le salarié. Dès la naissance des relations de travail, il permet à celui-ci l'accès à la connaissance de ses droits dans les meilleures conditions et lui assure de cette manière une sécurité des relations juridiques nées du contrat plus effective. Si la décision d'ouverture d'une procédure collective n'émane pas d'un

[1043] « Faillite ouverte à l'étranger, Un salarié travaillant en France peut il obtenir la garantie de l'AGS ? » *RJS* 2003, p. 660.
[1044] M.-A. MOREAU, note sous Cass. soc. 2 oct. 2001, *Dr. soc.* 2002, p. 118.
[1045] Cass. soc. 2 juill. 2002, *JurisData* n° 2002-015110 ; *Bull. civ* 2002, V, n°228 ; *JCP G*. 2003, II, 10026, note M. Menjucq ; *RJS* 2002, n° 1128.
[1046] Soc. 3 juin 2003, *JurisData* n° 2003-019278 ; *JCP E.* 2004, 155 ; *Bull. civ.* 2003, V, n° 184 ; *RJS* sept. 2003, n° 1020.
[1047] Cass. soc. 8 fév. 2005, *RPC* 2005, p. 147, obs. F. Taquet. ; Cass. soc. 26 avr. 2006, *R.J.S*, juill. 2006, n° 843. VIRGOS SORIANO

pays de l'Union européenne il faut qu'elle soit revêtue de l'*exequatur*. Un salarié travaillant en France pourra s'adresser à l'AGS française dès lors que la décision d'ouverture étrangère a fait l'objet d'un *exequatur*. La condition de l'*exequatur* se justifie car les jugements d'ouverture rendus dans un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne ne peuvent produire d'effet en France qu'après avoir obtenu l'autorité de la chose jugée. Un jugement étranger ne peut obliger l'AGS à garantir les créances salariales sans contrôle préalable de la part du juge français. De même, aucun acte d'exécution matérielle sur les biens et de coercition sur les personnes n'est possible en l'absence d'*exequatur*. Un salarié qui a exercé son travail au sein d'une succursale exploitée en France semble bien en droit de revendiquer la garantie de l'AGS. « *Parce qu'il y a eu exequatur, sa situation n'est plus véritablement transfrontalière, elle est devenue « franco-française ». Dans ces conditions l'AGS peut bien être une personne à laquelle l'état judiciairement prononcé d'insolvabilité est opposable* »[1048]. La garantie des salaires en France est aujourd'hui possible pour tous ceux qui travaillent dans des succursales appartenant à des sociétés étrangères, à condition que le jugement de faillite ait reçu *exequatur* et que l'exercice de l'activité se fasse bien sur le territoire français[1049]. Après avoir soulevé les différentes difficultés auxquelles peuvent donner lieu l'ouverture de procédures parallèles à la fois au pays du siège et dans celui de la succursale, il est temps de présenter les solutions adéquates.

[1048] Y. CHAGNY, « L'AGS doit-elle sa garantie en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur constatée judiciairement à l'étranger ? » *Droit soc*. 2003, n° 9/10, p. 843.
[1049] F. MÉLIN, op. cit. n° 67, p. 85.

SECTION 2 :
LES SOLUTIONS AUX DIFFICULTÉS ENGENDRÉES PAR L'OUVERTURE DE PROCÉDURES PARALLÈLES

351. La coopération : une solution aux conflits. Les Etats doivent être conscients des écueils provoqués par l'ouverture de procédures multiples et du fait que la faillite universelle ne peut être qu'une utopie. L'extraterritorialité d'une procédure de mise en faillite ouverte au lieu de situation d'une succursale éprouvera les plus grandes peines à être acceptée. Le soutien des ordres juridiques risque de faire défaut. Certains Etats peuvent accepter de donner effet, sur leur territoire, à cette faillite[1050], mais cela ne sera vraisemblablement jamais le cas de l'Etat du siège du débiteur qui a de fortes raisons de traiter lui-même la situation d'insolvabilité, eu égard aux intérêts économiques qu'elle engage. Les solutions ne pourront être trouvées à notre sens que dans un système de coopération. Certaines solutions ont été présentées mais elles restent radicales et auront du mal à être acceptées par les différents Etats. Elles ne réalisent pas ce balancement entre l'intensité des rattachements du débiteur à un ordre juridique et la portée internationale revendiquée par la faillite[1051]. Elles ne favorisent que l'une des deux variables en ne donnant compétence par exemple aux juridictions françaises que lorsque le siège est en France ou en considérant que les faillites françaises sont toujours extraterritoriales. Ces méthodes relèveront de la théorie en raison de la très grande difficulté de leur mise en œuvre. Les solutions qui préconisent la coopération ont plus d'intérêt à notre sens (§1). La coopération peut se faire soit entre les juges, soit entres les différents organes des procédures (§2).

[1050] La France a reconnu, à plusieurs occasions, les faillites étrangères ouvertes sur la base de critères faibles, v. Cass. 1ère civ. 18 janv. 2000, *RCDIP*. 2000, p.442, note D. Bureau, *JDI.* 2001, p.539, note S. Poillot-Peruzzetto.
[1051] S. BOLLÉE, art. préc. p. 661.

§ 1 - LA COOPÉRATION ENTRE LES JUGES

352. Coopérer pour mieux statuer. Le règlement des conflits de juridictions est le principal instrument de l'harmonie internationale[1052]. Un traitement satisfaisant du patrimoine, c'est-à-dire respectueux de son unité, repose essentiellement sur l'articulation des compétences judiciaires, et plus largement, des compétences des diverses autorités qui peuvent être amenées à se prononcer à l'égard d'un patrimoine international. Celles-ci se présentent en amont du conflit de lois et en déterminent dans une large mesure le règlement. L'application d'une loi commune par plusieurs tribunaux distincts n'est pas une garantie absolue d'harmonie, car ceux-ci peuvent développer leur propre interprétation des dispositions pourtant *a priori* identiques[1053]. La première étape de coordination des systèmes est primordiale, en ce qu'elle permet de couper court à tout morcellement en regroupant dès l'origine les points de vue autour d'une seule autorité[1054]. La coopération entre les différentes juridictions peut prendre différentes formes. Certaines d'entre elles ont vite montré leurs limites. C'est le cas de la méthode consistant pour le juge de surseoir à statuer en attendant l'issue de la procédure étrangère (A) ou de statuer en tenant compte de ce qu'aurait décidé le juge étranger (B).

A. L'autolimitation générale de l'ordre juridique compétent à titre subsidiaire

353. Une solution difficile d'application. Appliqué à une faillite ouverte à la fois au pays du siège situé à l'étranger, et une autre au pays de situation de la succursale (la France par exemple), le procédé d'autolimitation générale à l'ordre juridique compétent, suppose que le juge français, au lieu de consacrer une scission territoriale du patrimoine international du débiteur accepte de surseoir à statuer dans l'attente de l'issue de la faillite ouverte au siège social.

[1052] Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, n° 144, p. 149 ; H. BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence législative et de la compétence judiciaire », *RCDIP* 1963, p. 869 ; *D.* HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970, n° 386, p. 360-361.

[1053] P. LAGARDE, « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? », *R.C.D.I.P* 1964, p. 235 et s.

[1054] J. -A. PASTOR RIDRUEJO, « La faillite en droit international privé », *RCADI* 1971, t. 133, p. 181, n° 75.

Il peut aussi se dessaisir au profit de la reconnaissance intégrale de la procédure étrangère même ouverte ultérieurement car la compétence revendiquée par l'ordre juridique étranger pour le règlement d'ensemble de la faillite apparaît préférable. Cette approche est assurément séduisante mais sa mise en œuvre serait d'une complexité excessive dans les cas de figure, statistiquement les plus fréquents, où les biens du débiteur (qui peuvent être des succursales) sont éparpillés dans plusieurs pays. Le juge français devrait rechercher le point de vue de chacun des ordres juridiques de situation avant de pouvoir élaborer un règlement « sur mesure »[1055]. Malgré la pertinence de ce mécanisme, il reste à notre avis difficile à mettre en œuvre. Le juge saisi d'une affaire qui a des conséquences locales, acceptera rarement de se dessaisir au profit d'un autre juge. Il acceptera, rarement aussi, de surseoir à statuer en attendant que la juridiction étrangère se prononce. La rapidité dans le rendement d'un jugement, est parfois inéluctable en raison des conséquences d'une faillite, surtout sur les parties réputées faibles comme les salariés. Ce sont ces raisons qui ont poussé à envisager d'autres solutions.

B. La coordination concrète par référence au point de vue étranger pertinent

354. Une prise en compte sans dessaisissement. Cette méthode, qui présente une certaine parenté avec la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent[1056], consiste à ce que le juge de la succursale prenne en compte ce qu'aurait décidé le juge étranger du pays du siège de la société ou que ce dernier prenne en compte ce qu'aurait décidé le juge étranger de la succursale. Cette prise en considération des règles de compétence judiciaire contenues dans le droit international privé étranger ne heurte pas le caractère unilatéral de cette catégorie de règles. En effet, lorsque le tribunal du domicile s'interroge sur la compétence d'une autre juridiction, il n'entend pas lui dénier ou lui donner compétence, mais simplement se faire une opinion sur la position que pourrait adopter cette juridiction quant à sa compétence. Il regarde, éventuellement prévoit, mais en aucun cas ne détermine ce que fera la juridiction étrangère, qui reste libre de ses

[1055] S. BOLLÉE, note sous Cass. com. 21 mars 2006, *Rev. sociétés*, 2006, p. 662.
[1056] P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI.* 1986, t. 197, p. 229.

actes[1057]. Une telle méthode paraît plus convaincante que sa précédente ; elle présente toutefois quelques faiblesses.

355. Une solution à risques. L'intérêt de la méthode consiste dans la coordination des procédures par référence au point de vue adverse. Elle évitera l'alternative classique du tout ou rien : soit l'unité/ universalité de la procédure de faillite, sans possibilité réelle de limitation de ses effets internationaux ; soit au contraire la pluralité/ territorialité où il paraît difficile de justifier la modulation des effets d'une procédure en considération des effets parallèlement revendiqués par une autre[1058]. Dans le cas d'ouverture de plusieurs procédures à la fois au lieu de situation de la maison mère et au lieu de situation des succursales, la méthode de coordination concrète par référence au point de vue étranger pertinent permettra d'éviter que la concurrence des procédures étatiques ne devienne ignorance mutuelle, affrontement[1059] ou contournement systématique de l'une par l'autre. Tel est le cas de l'entrechoc des deux procédures à vocation universelle dans l'affaire *Khalifa Airways*[1060]. « *Ce genre de conflit peut tourner à un dialogue de sourds* »[1061], à moins que l'un des deux Etats ne désarme. Une attitude qui peut être attendue de la part de l'Etat qui présente les attaches les plus faibles avec la situation litigieuse (l'Etat du lieu de situation de la succursale, plutôt que l'Etat étranger du siège social). La mise en application de la méthode de coordination consiste à ce que la procédure locale secondaire soit unilatéralement subordonnée à la procédure étrangère tenue pour principale. Le juge de la faillite secondaire doit accepter de panacher les règles applicables à sa procédure, pour laisser la coordination se faire selon les vues, reconnues prépondérantes, du droit étranger de la faillite principale. Ce principe de solution, clair et simple, « *aurait surtout l'insigne mérite de limiter dans toute la mesure du possible les hypothèses de conflit entre les différents ordres juridiques et, partant, l'anarchie normative* »[1062] engendrée par les prétentions concurrentes et

[1057] M. RAIMON, préc. n° 491, p. 244.
[1058] L. D'AVOUT, note sous C.A Versailles, 20 mars 2008, *RCI.P* 2008, p. 657.
[1059] Une procédure admet par exemple tous les créanciers tandis que l'autre, préfèrerait ne payer que les seuls créanciers locaux.
[1060] Préc. infra note 82.
[1061] L. D'AVOUT, op. cit. p. 659.
[1062] L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006, n° 1.

contradictoires des systèmes de droit international privé étatiques, au détriment de l'harmonie et de la sécurité juridique[1063]. La pertinence de la méthode relève du fait que le juge n'est plus dessaisi de l'affaire au profit d'un autre. C'est à lui de statuer mais en tenant compte de ce qu'aurait décidé le juge étranger. Mais là aussi des difficultés risquent de limiter l'intérêt de cette méthode. Un juge n'a pas souvent accès aux législations étrangères. Une telle recherche peut s'avérer longue ce qui peut avoir des conséquences fâcheuses sur le déroulement de la procédure et le paiement des créanciers. Une coopération se révèle, alors, nécessaire mais entre les autres organes de la procédure.

§ 2 - LA COOPÉRATION ENTRE LES AUTRES ORGANES DES PROCÉDURES

356. Une solution limitée. La coopération entre les juges eux-mêmes a montré des limites. Pourtant, c'est la coopération entre juges qui constitue la solution radicale aux procédures concurrentes à condition d'être bien menée. Face à cette lacune, les rédacteurs des différents instruments internationaux et une partie de la doctrine ont développé un autre type de coopération entre les autres organes des procédures. Un premier exemple de cette coopération est apparu à l'occasion de la faillite de l'une des plus grandes banques mondiales implantées dans différents pays par voie de succursales : la BCCI. Après la mise en faillite de cette banque, les liquidateurs des différents pays ont conclu un accord afin de répartir le patrimoine de la banque entre les différents créanciers. Cet accord ou « *pooling agreement* » a joué un grand rôle dans la gestion du passif. Toutefois, son application a présenté certaines limites car sa réussite dépendait surtout du caractère liquidatif des procédures. Un autre système plus complet de coopération entre les organes de la procédure est contenu dans la loi type CNUDCI. Une loi qui, jusqu'à nos jours, n'a pas été transcrite par tous les pays, notamment la France.

[1063] S. BOLLÉE, note préc. p. 662.

A. Le « *pooling agreement* » : une réponse pragmatique à une situation complexe

357. Une gestion globale du passif. Cette solution a été décidée pour faire face à l'ampleur de la faillite de la BCCI[1064]. Cette faillite avait des conséquences sur plusieurs pays notamment l'Angleterre, le Luxembourg et la France. Les différentes juridictions n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur la manière de traiter le passif de la BCCI. Les juridictions luxembourgeoises avaient pris position en faveur d'un règlement universel de la faillite alors que les juridictions anglaises imposaient l'application d'un règlement territorial. Au nom de l'égalité des créanciers, il a été conclu entre les syndics des différents pays concernés un « *pooling agreement* », une sorte d'organisation contractuelle de liquidation universelle, c'est-à-dire un accord pour coordonner les opérations de liquidation en vue de la mise en commun et de l'administration commune de tous les avoirs réalisés et à réaliser par les différentes entités[1065]. L'accord prévoyait aussi que les faillites secondaires des succursales soient subordonnées aux faillites principales ouvertes au Luxembourg et aux îles Caïmans. Les actifs devaient être regroupés au sein de deux entités principales pour éviter la déperdition liée au cloisonnement des actifs. Les déclarations, vérifications et admissions des créances existant vis-à-vis des différentes succursales s'opèrent selon la procédure du pays sur le territoire duquel a été ouverte la faillite de l'entité principale dont dépend la succursale. Enfin, pour essayer de préserver les droits des différents créanciers, des accords ont été passés entre les différents curateurs en ce qui concerne les créances privilégiées en vertu des législations particulières des pays des différentes succursales : ces créanciers privilégiés sont prioritaires, seul le solde éventuel du produit des biens concernés qui subsiste après leur complet désintéressement est transféré au pool[1066] . L'accord entre les différents liquidateurs a apporté une solution aux grandes difficultés issues de la gestion du passif de la banque et ses succursales, mais il a vite montré quelques faiblesses.

[1064] V. infra n° 332.
[1065] Ch. LÉGUEVAQUES, op. cit. p. 587.
[1066] M. DELIERNEUX, préc. p. 242.

358. Des limites. Certes, « *le pooling agreement* » a permis de coordonner les différentes procédures, mais il présentait quelques limites. D'abord, la réalisation d'une liquidation mondialisée d'une banque internationale implantée dans soixante treize pays s'est vite révélée irréaliste. Les sommes prélevées par les liquidateurs, afin d'assurer leur rémunération pour effectuer une liquidation au niveau mondial, risquaient d'absorber une bonne partie de la valeur des actifs liquidés. La Cour d'appel de Luxembourg ne manque pas de relever que « *pour le motif que BCCI SA et BCCI Overseas ont des succursales dans le monde entier et que les liquidateurs locaux refusent de participer au pooling, il se peut que les actifs réalisés localement assurent aux créanciers un meilleur traitement que celui des créanciers des principales liquidation*s »[1067]. La seconde limite que présentait le « *pooling agreement »* est qu'il ne s'agissait que de procédures de liquidation. Il est plus facile de coordonner des procédures de liquidation qui consistent à réaliser au mieux les actifs. L'accord aurait été plus difficile à réaliser s'il s'agissait de redressement. Les procédures de redressement intègrent des facteurs locaux très forts et pouvant engendrer des conflits d'intérêts entre les différents Etats. Que doit-on redresser ? Les succursales ou la maison mère ? Quels emplois faut-il sauver ? Ceux de la maison mère ou ceux des succursales ? La réponse à ces questions est très délicate. Chaque juge se préoccupe d'abord des conséquences de la procédure sur le territoire où se trouve sa juridiction. Si le *pooling* présentait des intérêts en cas de liquidation, il est loin de satisfaire les exigences du redressement. La coopération entre les organes de la procédure ne doit pas se limiter à un accord pour la répartition du passif. Elle doit être plus complète en prenant en compte d'autres facteurs comme les rangs des créanciers, les modalités de coopération et les rôles et devoirs de chaque liquidateur. Ces facteurs ont été pris en compte par des membres de la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International lors de l'élaboration d'une une loi type.

[1067] C.A Luxembourg 27 oct. 1993, *D.* 1995, S. p. 386 note M. Vasseur.

B. La loi modèle CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

359. Une coopération souple mais plus complète. La loi type CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[1068], complétée par un guide législatif[1069], contient un système de coopération très poussé entre les organes des deux procédures de faillite ouvertes dans deux pays différents. Elle suggère même qu'une coopération s'organise entre les tribunaux des différents Etats en vue de permettre une communication d'informations[1070]. Elle prévoit que l'administrateur désigné dans la procédure d'insolvabilité ouverte au pays du siège de la maison mère doit disposer de pouvoirs spécifiquement énumérés pour agir de manière implicite, au nom des créanciers dont il représente les intérêts. Il peut ainsi demander l'ouverture d'une procédure locale « *si les conditions d'ouverture d'une procédure sont par ailleurs réunies* »[1071]. La loi modèle pose en principe l'égalité des créanciers qui résident à l'étranger et ceux domiciliés dans l'Etat d'ouverture[1072]. Cette affirmation du principe d'égalité respecte néanmoins les priorités établies par les lois de chaque État. La loi modèle préconise de reconnaître aux créanciers étrangers un rang au moins égal à celui des créanciers chirographaires ou des créanciers détenant des créances locales de même catégorie. La loi modèle recommande aux États l'obligation d'informer tous les

[1068] Texte qui peut être consulté sur le site www.Uncitral.org . Il s'agit d'un instrument non contraignant. Ce que les anglo-américains appellent « *soft law* » « droit souple », par opposition aux instruments contraignants que sont les traités, les règlements et les directives. UNICITRAL, *Legislative Guide on Insolency law,* New York, 2005 ; C. ESPLUGUES, « The UNICITRAL model law of 1997on cross border insolvency : an approach », *Diritto del commercio internazionale* 1998, 657; I. F. FLETCHER, *Insolvency in private international law, National and International Approaches*, Oxford University Press, 2e éd.2005, p. 44; J.-L. VALLENS, « La faillite internationale : vers une loi-modèle ? », *L.P.A*. 14 juin 1996, p.21 ;« La loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale », *D*. 1998, chron. p.157 ; J.-E. FLETCHER, *Insolvency and private international law*, Clarendon Press Oxford, 1999. J.-L. VALLENS et R. SORIEUL, « Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives ?» *D*. 2007, p. 1225.

[1069] Le guide a pour objet de proposer un modèle de loi relative aux procédures collectives aux Etats qui souhaitent réformer leur législation en ce domaine et fait des recommandations quant à la détermination de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité, v. J.-L. VALLENS, « Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? », *D.* 2004, p. 2420 ; Du même auteur, « Towards an Ideal System, the UNCITRAL Legal Guide on Insolvency Law », in H. PETER, N. JEANDIN et J. KILBORN (ss. La dir.), *The challenges of insolvency law reform in the 21st century*, Schulthess, 2006, p. 489.

[1070] Art. 25 à 27. V. J.-L VALLENS art. préc. p. 41 ;

[1071] Article 11 de la loi modèle.

[1072] Articles 13 et 22 de la loi modèle.

créanciers connus dès l'ouverture d'une procédure collective[1073]. Le contenu de la notification est détaillé : les créanciers domiciliés à l'étranger doivent être informés des détails de déclaration de leur créance, de l'organe destinataire de cette déclaration, de la nécessité éventuelle de déclarer les sûretés. La loi modèle établit une présomption d'insolvabilité dans le cas où un administrateur judiciaire étranger demande l'ouverture d'une procédure locale dans l'État où le débiteur détient une succursale par exemple (sous réserve des autres conditions prévues par la loi locale)[1074]. L'effectivité de la procédure d'insolvabilité étrangère suivie de l'ouverture d'une procédure locale serait ainsi facilitée. La reconnaissance de la procédure ouverte au lieu de situation de la succursale (procédure dite non principale) n'autorise que des mesures facultatives soumises à l'appréciation du juge local[1075]. La loi modèle établit des règles de coopération souples. Elle préconise une coopération et une communication directes entre les administrateurs judiciaires[1076]. A cet égard, la CNUDCI utilise un terme apprécié des juristes anglo-américains, en précisant que la coopération doit avoir lieu « *dans toute la mesure du possible* »[1077]. La loi modèle a donc prévu un système plus complet de coopération dans le cas où une procédure est ouverte à la fois au pays de situation du siège et au pays de situation de la succursale. Son application au niveau mondial reste encore limitée en raison de la réticence de certains Etats de la transposer en droit national.

[1073] Article 14 de la loi modèle.
[1074] Article 31 de la loi modèle
[1075] Parmi ces mesures : mesures d'enquête, transfert de la gestion des biens et le cas échéant leur réalisation, Article 21 de la loi modèle.
[1076] Article 26
[1077] J.-L. VALLENS, préc. p. 60.

360. Un droit comparé diversifié. Jusqu'à présent, seul un nombre limité de pays ont effectivement adapté leur législation en matière de faillite par l'incorporation plus ou moins fidèle des principes dégagés dans la loi type. Il s'agit de l'Afrique de Sud[1078], du Japon[1079], du Mexique[1080], du Monténégro[1081], de la Pologne[1082], des îles vierges britanniques[1083], des Etats-Unis[1084]. Dans ce dernier pays, depuis la transcription de la loi type, il existe deux types de procédures reconnues par les juges américains : une procédure étrangère principale « *Foreign Main Proceeding* » lorsque la procédure en cours se trouve dans le pays où le débiteur a son centre des intérêts principaux « *Center of main interests* », et une procédure étrangère non principale « *Foreign Non-Main Proceeding* » lorsque la procédure en cours se trouve dans un pays où le débiteur a un établissement. Ce dernier est défini comme « *any place of opérations where the debtor carries out a non-transitory economic activity* »[1085], ce qui correspond à une succursale. Le Royaume-Uni a adopté une législation qui permet l'application de la loi type par voie réglementaire[1086]. D'autres États ont entamé un processus législatif visant à intégrer dans leur droit les principes de la loi type ou ont recommandé l'adoption d'une telle législation. Il s'agit de l'Allemagne, de l'Argentine, de l'Australie, du Canada, de la Corée, de l'Équateur, de l'Italie, de la Nouvelle-Zélande et du Pakistan[1087]. En France, la loi type CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, n'a pas encore été adoptée. Pourtant, elle peut être la solution aujourd'hui pour les faillites concurrentes ouvertes simultanément dans

[1078] *L'Asian Development Bank* du FMI, de la Banque mondiale et de *l'American Law Institute*. V. B. Wessels, The European Union Insolvency Regulation. An Overview with Trans-atlantic Elaborations: http://www.iiglobal.org, p. 21.
[1079] Loi n° 2000-129 relative à la reconnaissance et à l'assistance des procédures d'insolvabilité étrangère.
[1080] Ley de Concursos Mercantiles : DOF 12 mai 2000, également disponible sur le site internet : http://www.mexicolegal.com.mx.
[1081] Loi sur l'insolvabilité des organisations commerciales, fév. 2002.
[1082] Loi du 28 fév. 2003 sur l'insolvabilité et la restructuration.
[1083] *Insolvency Act 2003*. Bien que la loi soit entrée en vigueur en août 2004, les dispositions relatives à l'insolvabilité internationale ne sortent pas encore entièrement leurs effets.
[1084] Les Etats-Unis ont ajouté un chapitre 15 au Titre 11 du *US Bankruptcy Co*de à cet effet. V. *Abuse prevention and Consumer protection Act of 2005,* 20 avr. 2005, S 256, disponible sur le site internet: www.Govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=s109-256.
[1085] « Tout centre d'opérations où le débiteur exerce une activité économique non transitoire », V. Ch.-J. MESNOOH et D.-W. WILTENBURG, préc. p. 67 et 68.
[1086] *Insolvency Act 2000, 30 nov. 2000,* disponible sur le site *Her Majesty's Stationery Office : http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000.htm.*
[1087] V. de manière générale http://www.uncitral.org/English/status/index.htm.

un pays tiers[1088]. Ses dispositions sont compatibles dans une large mesure avec le droit français de l'insolvabilité comme avec le droit international privé élaboré par la jurisprudence française[1089]. Elle répondra au besoin en France d'une disposition légale applicable à la reconnaissance et à l'exécution des décisions rendues dans des procédures étrangères ouvertes dans des pays extérieurs à l'Union européenne. Sa transcription en droit français constituerait un signal positif pour les investisseurs étrangers et mettrait fin au paradoxe d'un droit international privé jurisprudentiel au pays du Code civil[1090]. Nous attendons la réaction du législateur français dans le domaine.

361. Conclusion du Chapitre. **Coopération**. L'ouverture de procédures parallèles à la fois par le juge du pays de situation du siège d'une société et le juge du lieu de situation des succursales de cette même société peut être à l'origine d'un conflit en l'état actuel de la réglementation. En dehors de l'espace communautaire, les faillites sont régies par le droit commun de chaque pays. En France, l'absence d'*exequatur* permet l'ouverture d'une procédure parallèle. C'est la première condition pour l'ouverture d'une procédure secondaire. Cette ouverture aura pour conséquence un enchevêtrement entre procédures car chacune réclame une application extraterritoriale. De même, il y a un risque de condamnation des deux entités à payer chacune dans son Etat une même créance. La seconde condition pour l'ouverture d'une procédure au lieu de situation d'une succursale est d'être en présence du centre principal des intérêts de la société. La jurisprudence a décidé qu'une succursale bancaire peut en constituer un en raison de la grande autonomie qui la caractérise. Une autonomie qui a été sacrifiée au nom de l'égalité des créanciers, mais qui réapparaît pour refuser la compensation entre créances en rapport avec l'exploitation de la succursale et créances nées de l'activité de la maison mère. La position de la jurisprudence n'est donc pas uniforme. Tout dépendra de l'affaire traitée, ce qui porte préjudice à la prévisibilité juridique.

[1088] Au sein de l'Union européenne, la solution est donnée par le règlement sur l'insolvabilité.
[1089] J.-L. VALLENS et R. SORIEUL, « Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives ? », *D.* 2007, chron. p. 1225.
[1090] J.-L VALLENS, « La loi modèle de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale », in *Les faillites internationales*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 62

Une fois ouvertes, les procédures doivent respecter une modulation de leurs effets en fonction de l'approche mise en œuvre pour l'ouverture de chaque procédure. L'ouverture d'une procédure au pays de situation de la succursale, sur le fondement d'une approche économique, privilégiant les composantes du patrimoine, ne peut être que territoriale. En revanche, l'ouverture d'une procédure au pays du siège, sur le fondement d'une approche personnelle, peut avoir un effet universel. Ces modulations ne sont pas toujours respectées. La jurisprudence française a donné un effet extraterritorial à une procédure ouverte au lieu de situation d'une succursale. Cette décision n'a pas respecté la territorialité qui doit caractériser les procédures ouvertes sur le fondement d'un rattachement faible. Un tel comportement favorisera les faillites concurrentes et les conflits entre juridictions.

Le comportement des juges doit changer face à une faillite qui présente des éléments d'extranéité. Le juge ne peut plus appliquer à son profit le principe de l'universalité et l'unité de la faillite et le refuser dès qu'il s'agit d'un jugement étranger. La solution est d'accepter une certaine universalité tempérée : un juge français doit accueillir le jugement étranger de faillite de la société au lieu de son siège alors même qu'une faillite locale a été ouverte en France au lieu de situation de la succursale. Il doit admettre que ce jugement étranger est « privilégié » car il est fondé sur un rattachement plus fort qui est le siège. La réussite d'une telle solution dépend de la mise en place d'une collaboration entre les organes français de procédure et leurs homologues étrangers. La transcription de la loi type CNUDCI en droit français peut être le début d'une solution. Cette loi prévoit un système de coopération entre les organes des procédures qui reste assez proche de celui du règlement européen sur l'insolvabilité.

Ce dernier, malgré les quelques lacunes qu'il contient, a connu et connait un certain succès en raison des réponses qu'il a apportées aux faillites concurrentes au sein de l'Union européenne.

CHAPITRE 2

LES SUCCURSALES FACE À L'INSOLVABILITÉ EUROPÉENNE DE LA MAISON MÈRE

362. Un début difficile et une réussite. Au sein de l'Union européenne, les autorités ont essayé de tirer les leçons des difficultés engendrées par l'ouverture de procédures concurrentes à l'encontre d'une société à succursales. L'affaire BCCI et ses répercussions mondiales ont incité les autorités communautaires à adopter des solutions sur le plan européen. Au sein de l'Europe, où doit régner une « *confiance mutuelle* » entre les juridictions des différents Etats membres, la solution aux faillites ne devait pas être la même que vis-à-vis des pays tiers : une procédure ouverte dans l'un des pays membres devait normalement être reconnue dans les autres Etats, notamment là où sont situées des succursales. Or, l'adoption d'une telle solution n'a abouti qu'après de longs efforts. La tâche n'a pas été facile pour les autorités communautaires. Pendant près de quarante ans, les Etats et les institutions ont travaillé obstinément à combler le vide laissé par la convention de Bruxelles de 1968[1091]. Un projet de convention datant de 1982[1092], considéré comme très ambitieux, car il prévoyait une universalité de la faillite, a très vite été abandonné en raison de la disparité des législations nationales[1093]. Les Etats craignaient que le sort des entités

[1091] M.-L. COQUELET, « L'effet international de la faillite : la solution du règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité », in *L'effet international de la faillite : une réalité* ? *Dalloz*, 2004, p. 30. Pour plus de détails v. D. BUREAU, « La fin d'un îlot de résistance. Le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », *RCDIP* 2002, p. 613.

[1092] Sur le projet v. V.-L. DANIÈLE, Cah. dr. eur. 1987, p.512 ; J. LEMONTEY, Rapport introductif au projet de la Convention CEE, *Bull. CE suppl*. n°2, 1989. Sur

[1093] L. DANIELE, « Les problèmes internationaux de la faillite : heur et malheur du projet de convention communautaire », *Cah. dr. européen*, 1987, p. 513 ; R. GRASSO, « Osservazioni di diritto comparato e riflessioni sul progetto di convenzione C.E.E in materia fallimentare », *Il diritto fallimentare*, 199, p. 757. PONCEBLANC, « L'harmonisation des procédures collectives en

implantées sur le sol national, fussent-elles des succursales soit confié à des tribunaux et à des organes d'autres Etats appliquant leur propre droit. Un nationalisme qui n'a fait que s'exacerber quand, avec la crise économique, les procédures collectives sont devenues dans certains pays de la Communauté un des outils de lutte pour la survie des entreprises et la sauvegarde des emplois[1094]. A la lumière des difficultés apparues et en s'inspirant des principes de la convention du Conseil de l'Europe signée à Istanbul le 5 juin 1995[1095], qui n'est jamais entrée en vigueur, les Etats membres ont parvenu finalement à signer une convention le 23 novembre 1995[1096]. Les dispositions de cette convention ont été reprises dans le règlement n° 1346/2000 sur l'insolvabilité communautaire[1097]. Ce règlement a participé au phénomène d' « européanisation » croissante du droit international privé[1098]. Son objectif n'était pas d'uniformiser les règles du fond du droit des procédures collectives des différents Etats de l'Union européenne mais d'unifier les principes de droit international privé applicables aux faillites internationales[1099]. Pourtant, seule une harmonisation des droits des procédures collectives des différents Etats de l'Union aurait pu permettre d'envisager un instrument vraiment simplifié. L'exemple de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) est à cet égard topique. L'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 avril 1998 ne compte que dix articles spécifiquement consacrés aux procédures collectives internationales[1100], et ce, car en présence d'une unification du droit matériel des procédures collectives, il a été inutile de prévoir des règles

Europe : Espérances utopiques », *Gaz. Pal.* 1990, 2, 588 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 2006, 5e éd., n° 1326 et s.

[1094] J. BÉGUIN, « Un îlot de résistance à l'internationalisation : le droit international des procédures collectives », in *Mélanges Loussouarn*, *L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1994, p.32.

[1095] V. le texte de la Convention, http://conventions.coe.Int ; *RCDIP* 1993, I, 3685, M. RAMACKERS ; L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *J.-Cl. Europe*, Fasc. 871.

[1096] Convention tuée dans l'œuf en raison du refus de ratification du Royaume-Uni.

[1097] Cons. UE règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOCE* n° L. 160, 30 juin 2000, modifié par le règlement CE n° 603/2005 du Conseil, du 12 avril 2005, JO L. 100 p. 1. V. aussi la Circulaire n° CIV 19/06 du 15 décembre 2006 relative au Règlement, *JCP E*. 2007, n° 16, p. 1498.

[1098] J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 4e éd. 2001, p. 76, cité par P. LAGARDE, *in RCDIP* 2001, p. 591.

[1099] F. MÉLIN, op. cit. n° 6, p. 8.

[1100] V. G.C. GIORGINI, *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des « nouveaux instruments » de règlement de la faillite internationale*, Dalloz, 2006 ; F. MÉLIN, « L'OHADA et le droit de la faillite internationale », *D*. 2005, p. 1568.

de conflit de lois[1101]. Il reste qu'une telle harmonisation n'est pas à l'ordre du jour dans l'Union européenne[1102], les Etats ne souhaitant pas perdre la maîtrise d'un domaine essentiel à la stabilité économique et sociale.

Depuis l'entrée en vigueur du règlement communautaire sur l'insolvabilité, les sociétés à succursales appartenant à l'Union européenne peuvent faire l'objet à la fois d'une procédure principale ouverte au lieu du siège social de la société et une procédure secondaire ouverte au lieu de situation des succursales. Le règlement ne vise pas à mettre en place une procédure d'insolvabilité uniforme mais à assurer que les procédures d'insolvabilité transfrontières fonctionnent efficacement et effectivement[1103]. Les auteurs du règlement ont parfaitement compris que l'efficacité de la faillite ne passe pas par une proclamation théorique et abstraite « *d'universalité* », mais est mieux atteinte en se ménageant le concours d'autorités locales qui appliquent leur propre droit[1104]. Le règlement sur l'insolvabilité ne s'applique qu'aux sociétés commerciales ordinaires (Section 1). Il a exclut de son champ d'application les établissements de crédit et les sociétés d'assurance et leurs succursales. Ces dernières font l'objet d'une réglementation spéciale contenue dans deux directives (Section 2).

[1101] V. J.-R. GOMEZ, *OHADA*, *Entreprises en difficulté*, Bajag-Meri, 2003 ; F. M. SAWADOGO, OHADA, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, 2002 ; P. TIGER, « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA », *in* L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, *L.P.A* 13 oct. 2004, n° spéc. p. 35 ; B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2004, p. 159.

[1102] F. MÉLIN, op. cit. n° 11, p. 14.

[1103] D. FASQUELLE, note sous CJCE, 2 mai 2006, *Eurofood IFSC* Ltd*., Bull. Joly Stés*, 2006, n°7, p. 907.

[1104] D. CARREAU, P. LAGARDE et H. SYNVET, *Rép. Droit international*, *Cahiers de l'actualité* 2003, p. 12.

SECTION 1 :
LES SUCCURSALES DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES FACE À L'INSOLVABILITÉ EUROPÉENNE

363. Un chef de compétence élargi. La présence de succursales dans un pays autre que celui de la maison mère permet d'ouvrir une procédure secondaire. C'est une procédure qui succède à celle ouverte au pays de situation de la maison mère, dite procédure principale. L'ouverture d'une procédure secondaire suppose la réunion d'un certain nombre de conditions parmi lesquelles la présence d'une succursale qui correspond à la définition donnée par le règlement sur l'insolvabilité et une maison mère qui a un lien étroit avec la Communauté européenne. L'objectif d'une procédure secondaire est de protéger les intérêts des créanciers locaux, y compris de l'administration fiscale et des organismes sociaux[1105]. En l'absence d'une telle procédure, ces créanciers seraient soumis à la procédure principale ouverte dans l'Union européenne au lieu où est localisé le centre des intérêts principaux du débiteur. Leurs intérêts pourraient de ce fait être mal préservés. La procédure secondaire ouverte au lieu de situation d'une succursale n'est pas une procédure concurrente à la procédure principale, elle lui est subordonnée. Elle ne peut être qu'une procédure territoriale et liquidative. Ces caractères sont liés au fait que la succursale est un chef de compétence secondaire (§1). Une égalité est assurée entre les créanciers qui étaient en rapport d'activité avec les succursales. Ils peuvent produire leurs créances à la fois dans la procédure principale et dans la procédure secondaire. Un privilège est accordé, en revanche, aux salariés des succursales réputés parties faibles. Ils doivent être payés en priorité par l'organisme du lieu d'exercice des activités salariales (§2).

[1105] F. MÉLIN, op. cit. n° 150, p. 180.

§ 1 - L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE SECONDAIRE AU PAYS DE SITUATION DE LA SUCCURSALE

364. Limitation géographique. La procédure ouverte au lieu de situation du siège de la société est qualifiée de principale. Toute autre procédure ouverte à l'encontre de la dite société, fondée sur un chef de compétence élargi sera qualifiée de secondaire. Si ce chef de compétence est une succursale, un certain nombre de conditions doivent être réunies pour pouvoir ouvrir une procédure secondaire. Ces conditions concernent aussi bien le siège que la succursale (A). Une fois ces conditions réunies, une procédure secondaire peut être ouverte. C'est une procédure subordonnée à la procédure principale, d'où sa limitation géographique. Cette limitation territoriale[1106] ainsi que le caractère liquidatif de la procédure secondaire n'empêche pas une coopération entre les syndics chargés de répartir l'actif entre les créanciers (B).

A. Les conditions d'ouverture d'une procédure secondaire

365. Avant l'ouverture d'une procédure principale. Si aucune procédure principale n'a encore été ouverte dans le pays de situation du centre principal des intérêts de la société, la procédure ouverte dans le pays de situation de la succursale sera dite territoriale (article 3 § 4 du Règlement). Selon le Rapport *Virgos-Schmit*[1107], « *l'approche tient compte de l'insolvabilité d'un établissement et de l'intérêt des créanciers à une approche territoriale ou de l'intérêt général à une procédure territoriale d'assainissement à l'encontre d'un établissement qui a un impact social et économique dans cet Etat, et accorde moins de considération au principe d'universalité de la procédure d'insolvabilité* ». La procédure territoriale ne peut être ouverte que dans deux cas : si aucune procédure d'insolvabilité ne peut être ouverte dans l'Etat où est localisé le centre des intérêts principaux du débiteur en raison des conditions établies par la loi de cet Etat membre ou si la procédure territoriale est demandée par un créancier dont le domicile, la résidence habituelle ou le siège se trouve dans l'Etat

[1106] F. MÉLIN, *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, Bruylant, 2008, n° 9, p. 12.
[1107] Rapport sur la convention relative aux procédures d'insolvabilité, Document du Conseil 6500/96, n° 84.

membre sur le territoire duquel est situé l'établissement, ou dont la créance a l'origine dans l'exploitation de cet établissement. Il revient à la jurisprudence de déterminer avec précision quand une créance trouve son origine dans l'exploitation d'un établissement. Quelques exemples ont été donnés par le Rapport *Virgos-Schmit*[1108]. C'est le cas du salarié d'une succursale ou d'un partenaire économique ayant conclu un contrat via la succursale. Un Tribunal luxembourgeois a fait application de cette disposition dans un jugement du 2 juillet 2004[1109] qui portait sur l'insolvabilité d'une société dont le siège statutaire est en Grande-Bretagne (siège dont il n'est pas établi qu'il ait été fictif) et une succursale au Grand-duché de Luxembourg. Des requérants assignent la société en justice, au lieu de situation de sa succursale, pour faire valoir leurs créances salariales. Le tribunal luxembourgeois leur donne raison en se fondant sur l'article 3 § 4 du règlement sur l'insolvabilité. Les juges luxembourgeois retiennent leur compétence après avoir constaté que l'assigné n'a fait l'objet d'aucune déclaration en faillite en Grande Bretagne, que conformément aux renseignements fournis par le Registre de commerce de Luxembourg, la succursale luxembourgeoise de l'assigné se trouve toujours inscrite, et surtout, que les demandeurs en faillite font état de créances salariales trouvant leur origine dans l'exploitation de l'établissement de l'assigné au Grand-duché de Luxembourg.

366. Après l'ouverture d'une procédure principale. Toute procédure ouverte après la procédure principale est une procédure secondaire. L'article 3 § 2 du règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité prévoit que « *lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un Etat membre, les juridictions d'un autre Etat 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 Etat membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire* ». L'art. 2 h du règlement définit cet établissement comme « *tout lieu où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens* ». Cette définition marque la nécessité de

[1108] Ibid. n° 85.
[1109] Jugement n° 657/04 cité par Y. HAMILIUS préc. , p. 15.

caractériser une réelle structure opérationnelle économiquement pour ouvrir une procédure secondaire[1110]. J.-L. VALLENS remarque que « *par établissement, il faut entendre établissement secondaire bien que ce qualificatif ne soit pas mentionné : le terme d'établissement ne peut désigner qu'un centre d'opérations secondaires par rapport aux opérations de l'entreprise principale, ce qui correspond pour une société commerciale, à la succursale simple universalité de fait sans personnalité autonome ni nationalité distincte* »[1111]. Le Rapport *Virgos-Schmit*[1112] précise que « *l'article 3 §2 a été l'une des dispositions les plus discutées au cours des négociations (…) l'intention des rédacteurs du projet a été de faire de la notion d'établissement une notion autonome. Défendue par un Etat, la possibilité d'adopter le même concept d'établissement que la Cour de justice a donné dans son interprétation de l'article 5-5 dans l'arrêt Somafer n'a pas été retenue. La majorité des Etats a préféré mettre au point un concept autonome* ». La succursale doit, pour être un chef de compétence permettant l'ouverture d'une procédure secondaire, assurer une activité économique permanente, avec des hommes qui la font vivre, des immeubles qui l'abritent et des relations qui se nouent avec et autour d'elle[1113].

367. Le lieu d'opérations, **activité non transitoire et moyens humains**. Selon le rapport *Virgos-Schmit*[1114], « *le lieu d'opérations signifie un lieu à partir duquel des activités économiques sont exercées sur le marché (c'est-à-dire orientées vers l'extérieur), qu'il s'agisse d'activités commerciales, industrielles ou professionnelles* ». Le lieu d'exercice des activités doit exister au jour de l'ouverture de la procédure secondaire[1115]. Il faut ensuite que le lieu d'opérations soit utilisé de façon non transitoire. « *Un lieu d'opérations*

[1110] M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *J.-Cl. Europe*, Fasc. 865, Procédures collectives – Compétence et effets des jugements - Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, spéc. n° 44.
[1111] J.-L. VALLENS, « Le droit européen de la faillite : la Convention relative aux procédures d'insolvabilité », *Actualité législative* 1995, 21e cahier, p. 229, n° 39.
[1112] Rapport sur la Convention relative aux procédures d'insolvabilité, Document du Conseil 6500/96.
[1113] M. DUSSEAUX, « La faillite des succursales, Compétence internationale des tribunaux belges et français. Projets européens, in *Mélanges Jean PARDON*, Bruylant, Bruxelles, 1996, A.E.D.B.F, p. 299
[1114] Op. cit. n° 71.
[1115] G.-C. GIORGINI, *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des « nouveaux instruments » de règlement de la faillite internationale,* Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006, n°285.

simplement occasionnel ne peut être qualifié d'établissement. Une certaine stabilité est nécessaire. La formule négative (non transitoire) prétend éviter des exigences d'une durée minimum. Le facteur déterminant est de savoir comment l'activité se manifeste vers l'extérieur et non les intentions du débiteur »[1116]. Enfin, l'exigence de moyens humains « *démontre le besoin d'un minimum d'organisation* »[1117]. Il n'est pas nécessaire, selon certains, que les personnes qui composent les moyens humains soient sous la responsabilité juridique du débiteur[1118]. Pour d'autres en revanche c'est une obligation, sans laquelle, il ne peut y avoir d'établissement[1119]. L'ouverture d'une procédure secondaire au lieu de situation d'une succursale ne peut aboutir qu'à la condition que le centre des intérêts principaux soit, lui aussi, situé dans l'Union[1120]. C'est ainsi que l'ouverture d'une procédure secondaire en Belgique ou en France, lieu de situation d'une succursale, à l'encontre d'une société dont le siège est aux Etats Unis ne peut se fonder sur le règlement n° 1346/2000. Les principes posés par les articles 2 h et 3 ne permettent pas de déterminer le tribunal spécialement compétent pour ouvrir une procédure en présence d'un établissement. Le Règlement se borne à envisager la compétence internationale des juridictions en ce domaine. Il faut, après s'être référé aux principes posés par le texte communautaire, se tourner vers la procédure civile de l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'établissement.

[1116] Le rapport *Virgos-Schmit,* op. cit. n° 71.
[1117] Ibidem.
[1118] M. VIRGOS SORIANO et F.J. GARCIMARTIN ALFÉREZ, *Comentario al reglamento europeo de Insolvencia,* Civitas, 2003, n° 300 ; VIRGOS SORIANO et F.J. GARCIMARTIN ALFÉREZ, *The European Insolvency Regulation*, *Law and Practice,* Kluwer, 2006, pp. 285-286 ; F. MÉLIN, op. cit. n° 144, p. 175.
[1119] G. C. GIORGINI, op. cit. n° 286.
[1120] Règl. n° 1346/2000, 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, Préamb., considérant n° 14.

368. Succursale et siège social fictif. Le siège retenu par le règlement est le siège statutaire, à condition qu'il ne soit pas fictif. Une société ne peut situer fictivement le siège dans un Etat et diriger toute son activité à partir du lieu de situation de sa succursale. Ainsi, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, dans une affaire[1121], considéré que le siège statutaire d'une société française à Thionville était fictif, et que l'activité réelle se trouve être située au Grand Duché de Luxembourg, lieu de situation de la succursale de la société française. Pour retenir sa compétence, sur la base de l'article 3 §1 du règlement sur l'insolvabilité, le tribunal d'arrondissement luxembourgeois s'est fondé, d'abord, sur le courrier recommandé envoyé à Thionville qui a été retourné avec la mention « n'habite pas à l'adresse indiquée », d'autre part sur le fait que les salariés occupés par la société sont tous affiliés auprès du centre commun de la sécurité sociale luxembourgeoise. C'est un jugement très important car il montre que le montage juridique consistant à créer une société « boîte aux lettres » dans un pays pour mener l'activité depuis le lieu de situation de la succursale peut être déjoué par les juridictions.

B. Les caractéristiques d'une procédure secondaire

369. Une hiérarchie. Une fois ouverte, une procédure secondaire présente quelques caractéristiques qui font d'elle une procédure au service de la procédure principale. La procédure secondaire n'est pas une procédure concurrente de la procédure ouverte au pays du siège. Elle est ouverte dans le but de mieux gérer le patrimoine dispersé sur plusieurs territoires. Elle se caractérise par sa subordination à la procédure principale, par son caractère liquidatif, par sa territorialité et surtout par le fait qu'elle peut parfois assurer une protection aux créanciers faibles comme les salariés. Les caractéristiques de la procédure secondaire ouverte au lieu de situation de la succursale ne portent pas seulement sur les étapes de la procédure. Les rôles respectifs des différents syndics présentent aussi quelques particularités. Ils reflètent la place accordée à la procédure secondaire par rapport à la procédure principale. Le syndic de la

[1121] Jugement du 3 décembre 2004 (n° 1295/04), cité par Y. HAMILIUS, « La coordination des droits nationaux par le droit communautaire : Le point de vue du praticien : l'application par le Luxembourg du règlement du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », Actes du colloque Le traitement des difficultés des entreprises dans le marché unique européen, *L.P.A* 19 oct. 2006, n° 209, p. 15.

procédure principale dispose, certes de plus de pouvoirs par rapport à son homologue de la procédure secondaire, mais le premier ne peut nullement se passer du second, l'un complète l'autre.

1. Les caractéristiques propres à la procédure secondaire

370. La procédure secondaire : une procédure subordonnée à la procédure principale. La combinaison réalisée par le règlement entre l'universalité et la pluralité des procédures est la conséquence de l'existence de pratiques nationales très diversifiées en matière de faillite. L'accord des Etats n'a pu être obtenu qu'à la condition que le règlement reflète un compromis entre les diverses conceptions et l'abandon du principe de l'unité de la faillite, estimé trop ambitieux et inaccessible. La création de procédures secondaires constitue un compromis entre le principe de d'universalité de la faillite et le principe de territorialité. Il s'agit d'éviter des conflits entre syndics et débiteurs non dessaisis, dans un Etat autre que celui d'ouverture de la procédure principale[1122]. Rompant le lien traditionnel entre universalité et unité ou, pour reprendre les termes de J.-P. RÉMERY, « *le couple inséparable unité-universalité par quoi l'on définissait traditionnellement, mais peut être artificiellement, l'une des deux théories de faillite en présence* »[1123], le règlement admet une pluralité hiérarchisée des procédures. Il subordonne les procédures secondaires ouvertes dans les Etats où le débiteur exploite une simple succursale aux objectifs et aux intérêts de la procédure principale[1124]. Le règlement s'est inspiré du modèle des procédures auxiliaires prévues par le code américain de la banqueroute (« *Ancillary proceeding USC Title VIII* »)[1125]. Les procédures secondaires ouvertes au lieu de situation des succursales, dites aussi auxiliaires, ancillaires ou satellites[1126]. Une faillite secondaire se caractérise par un lien juridique avec la faillite principale.

[1122] P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2008, n° 92.50, p. 99.
[1123] J.-P. RÉMERY, « La faillite comme instrument de construction européenne : acquis et perspectives », in *Faillite et concordat judiciaire : un instrument aux contours incertains et aux interférences multiples*, Centre J. Renaud, UCL, vol. 9, Bruylant-Academia, 2002, p. 32.
[1124] Ceci explique que, selon l'art.27 du Règlement, l'ouverture de cette procédure secondaire ne peut être subordonnée à la vérification de l'insolvabilité du débiteur : celle-ci doit être tenue pour établie par le jugement de faillite principale étranger, qui a autorité de plein droit en France. v. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Monchrestien, 9e éd., 2007, n° 666-2, p. 498.
[1125] J.-L. VALLENS, « L'harmonisation : voie et degré de convergence entre les droits nationaux, européens et internationaux. L'européanisation et l'internationalisation du droit de l'insolvabilité », Actes de colloque Le traitement des difficultés des entreprises dans le marché unique européen, *L.P.A* 19 oct. 2006 n° 209, p. 33.
[1126] G. KHAIRALLAH, préc. p. 159.

C'est ce lien que les auteurs du règlement et avant lui de la Convention européenne ont voulu mettre en évidence, en choisissant le terme secondaire de préférence à celui de « satellite » ou « parallèle »[1127].

371. La procédure secondaire : une limite à la procédure principale. La procédure secondaire se présente comme une sphère de compétence territoriale sur laquelle l'emprise des règles et des organes de la procédure principale se fait moins prégnante, sous réserve de la nécessaire coordination entre procédures[1128]. L'ouverture d'une procédure secondaire au lieu de situation de la succursale est susceptible de restreindre la portée universelle de la procédure principale d'insolvabilité. Par conséquent, en l'absence d'ouverture de procédure secondaire, les juridictions du pays du lieu de situation de la succursale ne peuvent connaître d'aucune action individuelle contre le siège dès lors que la procédure principale a pour effet la suspension des poursuites et des voies d'exécution dans tous les autres Etats membres où la société a des succursales. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la CJUE[1129].

MG PROBUD est une société polonaise qui exerçait dans le secteur du bâtiment, elle a développé son activité en Allemagne, où elle disposait d'une succursale. Le 9 juin 2005, une juridiction polonaise a ouvert une procédure principale à l'encontre de la société. Deux jours plus tard, un tribunal allemand a ordonné la saisie-arrêt des avoirs en banque de MG PROBUD ainsi que la saisie conservatoire de diverses créances détenus sur des cocontractants allemands. Les mesures d'exécution diligentées outre-Rhin faisaient suite à la procédure engagée par les autorités douanières à l'encontre du directeur de la succursale allemande de MG PROBUD qui était soupçonné d'avoir enfreint la législation sur le

[1127] M. DUSSEAUX, préc., p. 291.
[1128] V. le douzième considérant du règlement n° 1346/2000. Sur ce point v. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, préc., n° 553 et s.
[1129] CJUE 21 janv. 2010, n° 444/07, *Bull. Joly Stés*, 2010, n° 5, p. 493, note F. Jault-Seseke ; Th. MASTRULLO, « Procédures d'insolvabilité transfrontalières : universalité de la procédure principale et confiance mutuelle », *RPC* 2010, étude n° 16 ; *Procédures* 2010, n°3, comm. 72 note C. Nourissat ; *Europe* 2010, n° 3, comm. 127, obs. L. Idot ; « Chronique de droit du commerce international » *JCP E*. 2010, n° 39, p. 1833, obs. M. Menjucq ; « Chronique de droit du commerce international », *D.* 2010, p. 2323, obs. L. d'Avout ; « Chronique de droit international privé », *D.* 2010, p. 1585, obs. F. Jault-Sesek ; *Lamy Droit de l'exécution forcée*, Actualité, Fév. 2010, 1, n° 44.

détachement des travailleurs[1130]. La juridiction polonaise a posé la question préjudicielle suivante à la CJUE : « *Après l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité dans un État membre, les autorités compétentes d'un autre État membre sont-elles autorisées, conformément à leur législation, d'une part, à ordonner la saisie de biens du débiteur déclaré insolvable situés sur le territoire de ce dernier État membre, et, d'autre part, à refuser de reconnaître et, le cas échéant, d'exécuter les décisions relatives au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans le premier État membre* ? »[1131]. La CJUE a répondu par la négative. La Cour de justice a vérifié d'abord que le siège (centre des intérêts principaux) est bien situé en Pologne et que l'ouverture d'une procédure principale selon l'article 3 § 1 du règlement sur l'insolvabilité était bien fondée. Selon elle, le simple exercice de travaux en Allemagne par la voie d'une succursale n'est pas de nature à renverser la présomption de l'art. 3 §1, sauf à démontrer que ladite succursale regroupe toutes les activités de la société. Elle a rappelé le mécanisme du règlement n° 1346/2000 qui a pour objectif de dépasser le cloisonnement des ordres juridiques des États membres. Le règlement prévoit que la procédure ouverte dans un État membre est universelle[1132]. Cette universalité est permise par le caractère automatique de la reconnaissance de la décision d'ouverture qui repose sur le principe de la confiance mutuelle[1133]. L'universalité interdit d'exercer toute mesure individuelle dans un autre Etat membre[1134]. L'administration fiscale allemande qui était à l'origine de l'action devant les juridictions allemandes aurait pu, dès lors que le débiteur possédait une succursale en Allemagne, solliciter l'ouverture d'une procédure secondaire au lieu de tenter de faire saisir les biens. L'ouverture d'une procédure secondaire, en dehors du fait qu'elle limite l'extension de la procédure principale, permet

[1130] Les autorités allemandes avaient été alertées par le non-paiement de la rémunération et des cotisations sociales de plusieurs ouvriers polonais. V. Th. MASTRULLO, étude préc. p. 39.
[1131] Considérant n° 21
[1132] L'article 17 § 1du Règlement dispose « *la décision d'ouverture d'une procédure visée à l'article 3 § 1, produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre Etat membre les effets que lui attribue la loi de l'Etat d'ouverture, sauf disposition contraire (…) règlement et aussi longtemps qu'aucune procédure visée à l'article 3 § 2 n'est ouverte dans cet autre Etat* »
[1133] F. JAULT-SESEKE, note préc. p. 497 ; Th. MASTRULLO, étude préc. p. 41
[1134] L'article 20 § 1 du Règlement dispose que « *le créancier qui, après l'ouverture d'une procédure visée à l'article 3 § 1, obtient par tout moyen, notamment par des voies d'exécution, satisfaction totale ou partielle en ce qui concerne sa créance sur les biens du débiteur qui se trouvent sur le territoire d'un autre Etat membre, doit restituer ce qu'il a obtenu au syndic* ». Cet article vise à assurer un traitement égalitaire des créanciers en décourageant certains d'entre eux de tenter d'obtenir satisfaction dans un autre Etat membre que celui où la procédure principale a été ouverte. V. F. MÉLIN, op. cit. n° 266, p. 328.

d'assurer la protection des créanciers locaux[1135] en les faisant bénéficier d'éventuels privilèges qui ne seraient pas nécessairement prévus par la loi de la procédure principale. Cet arrêt a fait ressortir une des limites du droit européen de l'insolvabilité. Ce dernier n'a pas fait l'objet d'une harmonisation complète et les législations de certains États membres peuvent ne pas retenir systématiquement le principe d'arrêt des poursuites. Le juge devra rechercher le contenu de la *lex concursus* pour déterminer si elle faisait obstacle à l'examen des demandes dont il était saisi.

372. La procédure secondaire : une solution protectrice. L'ouverture d'une procédure secondaire est parfois inéluctable. Elle peut être une solution pour préserver les droits des cocontractants protégés[1136]. L'article 29 du règlement sur l'insolvabilité offre la possibilité non seulement au syndic de la procédure principale mais aussi à toute autre personne, de « *demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire* ». Le salarié en France peut saisir un juge commercial français pour qu'il ordonne l'ouverture d'une procédure collective de droit français[1137]. Dans une affaire *Sendo*[1138], le syndic de la procédure principale avait fait application de cette possibilité. Une procédure principale a été ouverte au Royaume-Uni lieu du centre des intérêts principaux de la société. Or, cette société disposait d'un établissement secondaire en France, où plusieurs salariés exerçaient leur activité. En droit anglais, les salariés d'une entreprise en faillite sont licenciés par le syndic sans autorisation préalable du juge et sans qu'il soit nécessaire de suivre de procédure particulière ou d'invoquer des motifs spécifiques. Les créances salariales ne bénéficient d'un privilège qu'à hauteur d'une certaine somme. Cependant, l'article 10 du règlement sur l'insolvabilité prévoit, que les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de travail et sur le rapport de travail sont exclusivement régis par la loi de l'État membre applicable au contrat de travail. Pour faire coïncider l'application de l'article 10 du règlement avec la *lex fori concursus universalis*, le syndic de la procédure

[1135] Considérant n° 19 du Règlement communautaire sur l'insolvabilité.
[1136] En France, si une procédure secondaire est ouverte, le salarié pourra voir sa créance reconnue et admise devant le juge commercial français par application des règles de droit français. Il bénéficiera ainsi des règles de classement des articles L. 622-17 et L. 625-7 du Code de commerce.
[1137] Q. UURBAN, op. cit. p. 547.
[1138] M. SENECHAL et R. DAMMANN, « La procédure secondaire du règlement CE n° 1346/2000 : mode d'emploi », *RLDA*, oct. 2006, n° 17, p. 81.

principale a été contraint de solliciter, en France, l'ouverture d'une procédure secondaire. C'était le seul moyen pour préserver les droits des salariés français.

L'ouverture d'une procédure secondaire n'est cependant pas toujours dans l'intérêt des salariés. La procédure secondaire est une procédure territoriale, donc, ses effets sont limités aux actifs du débiteur se trouvant sur le territoire du pays où elle a été ouverte. En plus, une procédure secondaire ne peut être qu'une procédure de liquidation. V. ALLEGAERT s'interroge « *sur le bénéfice tangible du salarié d'être associé à la procédure et d'être soumis au droit du pays d'ouverture de la procédure secondaire si cela se traduit par la disparition de son contrat de travail* ? »[1139]. Si l'ouverture d'une procédure secondaire semblerait la seule solution permettant de prendre en considération les exigences juridiques propres aux droits des salariés et de satisfaire à la protection des créanciers locaux, les contraintes propres à cette procédure secondaire, notamment sa nature liquidative, risquent de compromettre la survie de la société et les projets des salariés pour sauver cette société et par conséquent leur emplois. Selon Q. URBAN, « *en France la protection la protection offerte par le droit des procédures collectives aux salariés compense cet inconvénient. L'article L. 622-10 du Code de commerce associe les représentants des salariés à la liquidation sous la forme d'une consultation. Le Comité d'entreprise ou d'établissement sera en particulier consulté lorsque la liquidation affectera les emplois. Les salariés français bénéficieront par ailleurs de tous les privilèges offerts aux créances salariales* »[1140].

373. La procédure secondaire : une procédure territoriale. Contrairement à la procédure principale, les effets de la procédure secondaire sont limités aux actifs du débiteur se trouvant sur le territoire où a été ouverte cette procédure[1141]. D'après P.-M. LECORRE, « *il s'agit d'une sorte de patrimoine d'affectation, du moins lorsque la procédure secondaire intéresse un établissement au sens du droit communautaire n'ayant pas la personnalité*

[1139] « Les droits des salariés et le droit européen des procédures d'insolvabilité », *JCP S.* 9 mai 2007, n° 19, p. 9.
[1140] Op. cit p. 547.
[1141] F. MÉLIN, op. cit. n° 148, p. 178.

morale. On peut parler de patrimoine territorial d'affectation »[1142]. Cette séparation dans le patrimoine de la société est fondée sur l'article 27 du règlement selon lequel les effets de la procédure secondaire sont limités aux biens du débiteur situés sur le territoire de l'Etat membre dans lequel elle a été ouverte. Les autres actifs du débiteur restent dans le périmètre de la procédure principale[1143]. Les créanciers ont généralement une vision territoriale du gage que le débiteur leur affecte. Si un créancier accepte de faire crédit, c'est en général et dans la pratique parce que, localement, c'est-à-dire sur le territoire de son pays, il a estimé que les garanties qui lui étaient offertes étaient suffisantes. Souvent, il n'a pas une idée précise de l'étendue du gage commun à l'étranger et des conditions dans lesquelles il pourrait solliciter son exécution forcée. C'est une proportionnalité dans la répartition géographique des actifs. Une proportionnalité qui est liée au caractère éminemment territorial de l'exécution forcée[1144]. Le caractère territorial correspond donc bien à une procédure ouverte en raison de la présence d'une simple succursale.

374. La procédure secondaire : une procédure liquidative. Contrairement à la procédure principale, la procédure secondaire est en principe une procédure de liquidation[1145]. Certes l'article 34 § 1 du règlement envisage l'adoption d'un plan de redressement pour clore la procédure secondaire mais cette possibilité suppose que la loi applicable à la procédure principale le permette[1146]. *« Il est à craindre, dans ce cas que les créanciers de la procédure principale voient leurs intérêts atteints par l'élaboration d'un plan de redressement ou d'un concordat. Ces mesures peuvent conduire à accorder des*

[1142] Art. préc. p. 99. V. aussi pour le même point de vue R. DAMMANN et M. SÉNÉCHAL, « La procédure secondaire du règlement CE n° 1346/2000 : mode d'emploi », *RLDA*. 2006, n° 9, p. 82 ; Y. CHAPUT, « Vers un droit de la faillite européenne ? » *in Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Journées d'études 25 et 26 avr. 2002, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 578.

[1143] R. DAMMANN et G. PODEUR, « La coordination des procédures d'insolvabilité « principale(s) » et « secondaire (s) », au sens du règlement européen n° 1346/2000», in *Les faillites internationales*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 48.

[1144] M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec, 2002, n° 278, p. 286.

[1145] L. IDOT, « Un nouveau droit communautaire des procédures collectives : le règlement CE n° 1346/2000 » *JCP E* com. 1648, n° 10 ; M. N. LEGRAND, « La défaillance de l'entreprise : le règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », *Rev. Sociétés* 2001, p. 295.

[1146] M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *J.-Cl. Europe*, Fasc. 865, Procédures collectives, - Compétence et effets des jugements – Règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, spéc. n° 47.

délais de paiement ou des remises de dettes peu conformes à leurs attentes immédiates »[1147]. Le caractère liquidatif de la procédure secondaire reste, malgré cela, le principe. L'article 2 du règlement définit la procédure de liquidation comme une procédure d'insolvabilité au sens du point a) qui entraîne la liquidation des biens du débiteur y compris lorsque cette procédure est clôturée par un concordat ou une autre mesure mettant fin à l'insolvabilité. La procédure secondaire est une procédure liquidative car il est difficilement imaginable qu'une procédure de redressement soit ouverte dans le pays du centre des intérêts principaux et aune autre au lieu où le débiteur possède des succursales. L'unité de la procédure est donc souhaitable pour redresser l'entreprise, tandis que la pluralité des procédures locales n'est pas gênante dès lors qu'il s'agit de liquider l'entreprise, ce qui est le résultat exclusif des procédures secondaires[1148]. Selon J.-L. VALLENS (qui était l'un des négociateurs de la Convention européenne qui s'est transformée par la suite en règlement sur l'insolvabilité) ,« *il s'agissait de limiter la possibilité d'ouvrir des procédures secondaires pour favoriser sinon l'unité de la faillite, du moins la prééminence de la procédure principale ; il s'agissait ensuite de favoriser les chances d'un redressement ouvert au centre des intérêts principaux du débiteur : la liquidation des actifs situés à l'étranger peut en effet souvent faciliter ce redressement ; il s'agissait enfin d'éviter l'incohérence qui aurait résulté de la coexistence entre une procédure principale liquidative (débiteur dessaisi, biens réalisés, sanctions éventuelles, etc.) et une procédure secondaire de redressement* »[1149].Malgré les avantages que pouvait procurer le caractère liquidatif des procédures secondaires et territoriales, il a vite montré quelques limites.

375. Succursale en bonne santé. L'objectif du caractère liquidatif des procédures secondaires et territoriales était, à la base, de faciliter le redressement éventuel de l'entreprise dans l'Etat de son siège, au besoin en liquidant les actifs secondaires, y compris ses établissements. La règle est qu'« *il faut couper les*

[1147] F. MÉLIN, op. cit. n° 318, p. 390.
[1148] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Le sort des garanties », in *L'effet international de la faillite : une réalité* ?, préc. p. 145.
[1149] J.-L. VALLENS préc. p. 225, n° 50.

branches pour sauver le tronc »[1150]. L'ouverture d'une procédure malgré la bonne santé de la succursale n'est pas difficile car l'insolvabilité ne doit être démontrée que dans le cadre de la procédure principale[1151]. À l'expérience, la possibilité d'ouvrir une procédure secondaire sur le seul fondement des difficultés de la maison mère est apparue contestable, d'abord lorsque l'entreprise en difficulté poursuivait une activité profitable dans une succursale étrangère[1152], ensuite lorsqu'il s'est avéré qu'une telle option contrariait l'élaboration d'un plan de redressement global. Il est possible que certaines succursales d'une société fonctionnent mal et ne payent pas leurs dettes, alors qu'au contraire, d'autres succursales situées dans d'autres pays ont une situation florissante. Dans ces conditions il est logique de mettre en faillite la succursale qui fonctionne mal, mais il n'est pas logique pour autant d'étendre la faillite à toute la société[1153]. La liquidation a, pour ces raisons, dissuadé des créanciers de demander l'ouverture de procédures territoriales[1154]. Il arrive que le maintien de la succursale aide à mieux valoriser la société dans son ensemble et de favoriser l'élaboration d'un plan de cession globale[1155]. C'est la raison pour laquelle quelques décisions anglaises ont fait en sorte que les créanciers locaux renoncent à demander l'ouverture d'une procédure secondaire en autorisant le syndic anglais à régler ces créanciers dans les mêmes conditions que celles qui auraient dû être respectées selon la loi locale si une procédure secondaire avait été ouverte[1156]. Une solution à ces problèmes peut être trouvée dans le choix laissé aux syndics entre une liquidation ou un redressement localement élaboré au lieu de situation de la succursale. Le choix

[1150] Y. CHAPUT, « Le droit européen de l'insolvabilité : de prometteuses lacunes », *RLDA* juillet 2002, supplément, p. 29 spéc. p. 30.
[1151] Circulaire n° CIV 19/06 du 15 déc. 2006, *JCP E*. 2007, 1498, spéc. n° 4.1.2.
[1152] Ph. HAMEAU et M. RAIMON, « Les faillites internationales : Approche européenne », *RDAI* 2003, n° 6, p. 661.
[1153] Cette conception avancée par Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R. SOTOMAYOR, *J.-Cl. International*, Fasc. 570-40, Conflit de lois en droit des sociétés, spéc. n° 254 peut être acceptée économiquement mais non juridiquement à cause du principe d'unité du patrimoine.
[1154] J. -L. VALLENS, « Réviser le règlement communautaire CE 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité », *RPC* mai 2010, n° 3, p. 29. V. aussi G. BRÉMONT, « Règlement européen sur l'insolvabilité : l'inscription à l'annexe B (procédures secondaires) du redressement judiciaire permettrait de lutter contre le Forum Shopping », *L.P.A* 2005, 13 déc. 2005, p. 3.
[1155] F. MÉLIN, op. cit. n° 154, p. 185.
[1156] Décisions rendues par la *English High Court* dans les affaires *Rover* (*Re MG Rover Espania* SA [2005] BPIR 1162) et *Collins & Aikman* le 9 juin 2006. Sur la première de ces décisions v. G. MOSS, « Case Study on secondary bankruptcies », communication au Colloque organisé à Trèves par l'Académie de droit européen (ERA) du 18 au 20 sep. 2006 sur le Droit européen de la faillite. Sur la seconde décision v. G. MOSS et T. SMITH, COLLINS & AIKMAN, *International Case law* Alert, n° 12 du 31 oct. 2006.

d'un redressement d'une succursale doit être subordonné à sa coordination avec la procédure éventuelle ouverte à l'étranger au centre des intérêts principaux de l'entreprise. Si cela s'avère difficile, les syndics n'auront d'autres choix que de liquider les succursales.

376. Un risque de *law shopping*. À partir du moment où la procédure secondaire est liquidative, les sociétés auront tendance à localiser les activités les moins performantes dans les pays où il y aura une liquidation. Tentés par la limitation du coût des procédures d'insolvabilité, les représentants de ces sociétés auront intérêt à implanter leurs succursales et provoquer l'ouverture de procédures secondaires dans les pays les plus avantageux[1157]. Ces sociétés organiseront leur faillite conformément au règlement, c'est-à-dire qu'elles adapteront les procédures au règlement[1158]. Puisque la procédure secondaire ouverte au lieu de situation de la succursale ne peut être qu'une procédure liquidative, elle ne sera ouverte qu'au pays qui permettra de profiter du moindre coût, tels que des licenciements des salariés avec des indemnités insignifiantes[1159] ou une prise en charge totale par l'AGS par exemple. Un contrôle des conditions d'ouverture d'une procédure secondaire sera la bienvenue. La liquidation doit être justifiée et surtout un moyen de redresser la société et de payer les créanciers. Elle ne peut en aucun cas être un moyen pour les dirigeants d'organiser leur insolvabilité.

[1157] M. RAIMON affirme que « *le règlement communautaire sur l'insolvabilité a été présenté comme le mécanisme de forum shopping le plus dynamique à travers le monde (Global Turnaround Juillet 2003)* », v. « Centre des intérêts principaux et coordination des procédures dans la jurisprudence européenne sur le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité », *JDI* 2005, p. 739.

[1158] F. MÉLIN, *Le Règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, Bruylant, 2008, n° 154, p. 185.

[1159] D. FASQUELLE, « Les faillites de groupes de sociétés dans l'Union européenne : la difficile conciliation entre approches juridiques et économiques », *Bull. Joly Stés,* Fév. 2006, n°2, p.151. V. aussi V. ALLEGAERT, op. cit. p. 13.

2. Les caractéristiques propres au rôle des syndics et aux modalités de coopération

377. Une coopération entre syndics, non entre juges. Le règlement a organisé un devoir d'information et de coopération entre les syndics[1160]. Le syndic de la procédure principale et celui de la procédure secondaire sont tenus de coopérer pendant le déroulement de chaque procédure et de communiquer les informations utiles[1161]. Ceci protège l'unité du patrimoine : le syndic de la procédure principale peut alors connaître et évaluer l'actif réalisable de la procédure secondaire[1162]. La coopération entre syndics et la coordination des procédures présente peu d'intérêt lorsque les différentes procédures sont des procédures de liquidation. En revanche, une coordination ne peut présenter que des avantages lorsque la procédure principale est une procédure de redressement alors que la procédure secondaire est une procédure de liquidation. La coordination est alors le meilleur moyen d'éviter que la liquidation organisée dans la procédure secondaire ne vienne compromettre le redressement tenté dans la procédure principale (par exemple, en conduisant à la cession d'un élément d'actif nécessaire à la restructuration de l'entreprise)[1163]. Cependant, le règlement a prévu un système de coopération entre syndic et non entre les juridictions, ce qui est regrettable[1164]. Il aurait été utile de prévoir la possibilité d'une coopération directe entre les juridictions elles-mêmes[1165]. La coopération entre juridictions a été

[1160] En France le syndic peut être ou bien le représentant des créanciers, le mandataire liquidateur, l'administrateur judiciaire ou encore le commissaire à l'exécution du plan.sur les modalités de la coopération v. M. MENJUCQ, « Ouverture, reconnaissance et coordination des procédures d'insolvabilité dans le règlement 1346/2000 » in Les entreprises en difficulté dans l'Union européenne, *L.P.A*, 20 nov. 2001, n° spécial, spéc. p. 30 ; M. MENJUCQ, « Intervention du syndic : nouveaux pouvoirs et nouvelles responsabilités », *RLDA*, juill. 2002, supplément, p. 13.

[1161] Article 31 §2 du Règlement. Le Rapport Virgos-Schmit,(préc. n° 232) précise à ce sujet que « les syndics sont tenus de se concerter en vue du déroulement des procédures et de leur coordination, ainsi que de faciliter leurs travaux respectifs »

[1162] M.-E. MATHIEU-BOUYSSOU, « Aperçu des règles de droit judiciaire privé relatives aux procédures d'insolvabilité européennes après le règlement communautaire n° 1346/2000 », *D*. 2002, n° 28, p. 2250.

[1163] F. MÉLIN, op. cit. n° 313, p. 386.

[1164] B. WESSELS, *Current topics of international insolvency law*, Kluwer, 2004, p. 142-143 ; F. DIALTI, « *Cooperazione tra curatori e corti in diritto internazionale fallimentare: un'analisi comparata* », *Il diritto faillimentare e delle società commerciali 2005*, p. 1010, spéc. p. 1014 et s., cités par F. MÉLIN, « Le droit communautaire des procédures d'insolvabilité : une relative réussite », in *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire* ?, P.U.F, 2007, p. 151.

[1165] F. DIALTI, op. cit. pp. 1014 et s. ; B. WESSELS, op. cit. pp. 142-143 ; B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Kluwer, 2006, n° 10854 et 10855.

promue, d'abord par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International par le biais de sa loi type sur l'insolvabilité internationale[1166], ensuite par l'*American Law Institute* et l'*International Insolvency Institute* qui ont établi des directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers[1167]. Ces directives suggèrent qu'un tribunal puisse recevoir des communications d'un tribunal étranger et qu'il devrait répondre directement, et, ce, dans le but de coordonner et d'harmoniser les procédures dont il est saisi avec celles dont une autre juridiction est saisie. Cette solution aurait été préférable à celle adoptée par le règlement[1168]. Certains droits étrangers ont consacré cette approche[1169]. Fallait-il s'inspirer d'eux ? Certes, la coopération directe entre juges aurait été préférable[1170] mais le règlement, et pour ne pas trop bouleverser la souveraineté des Etats exprimée par leurs juridictions, a choisi un autre type de coopération, qui n'est pas négligeable non plus, car des organes comme les syndics jouent un rôle très important dans la coordination des procédures principale et secondaire.

378. La prépondérance du syndic de la procédure principale. Le syndic de la procédure ouverte au lieu de situation de la maison mère a le droit de demander à l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel se

[1166] Articles 25 à 27 de la Loi type. V. F. MÉLIN, op. cit. n° 306, p. 376.
[1167] Directives traduites en plusieurs langues et consultés sur le site suivant : www. Iiiglobal.org/ international/ guidelines. html
[1168] F. MÉLIN, art. préc. p. 152.
[1169] L'article 416 de la loi polonaise du 28 fév. 2003 relative à l'insolvabilité et à l'assainissement prévoit, hors de champ d'application du Règlement, que « dans le cadre de coopération avec le tribunal et l'administrateur étrangers, le tribunal et le juge commissaire peuvent mener des actions destinées à assurer la conduite efficace de la procédure d'insolvabilité, et plus particulièrement à transmettre et à recevoir des informations : 1) concernant les actifs du débiteur et leur situation, ainsi que l'information relative aux procédures judiciaires et administratives concernant le débiteur ; 2) concernant la façon de conserver et liquider les actifs du débiteur ; 3) concernant le paiement des créanciers ». La traduction de la loi polonaise du 28 fév. 2003 peut être consultée sur le site www.juriscope.org rubrique Documents et études. La loi espagnole prévoit aussi des dispositions (art. 227) relatives à la coopération entre juridictions d'Etats différents, pour les procédures ne relevant pas du Règlement : A. L. CALVO CARAVACA et J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho concursal internacional*, Colex, 2004, spéc. p. 263. Pour le droit américain, v. J. LAWRENCE WESTBROOK, « The duty to seek cooperation in multinational insolvency cases », in H. PETER, N. JEANDIN et J. KILBORN (ss. la dir.), *The challenges of insolvency law reform in the 21st century,* Schulthess, 2006, p. 361. P.-H. CONAC, op. cit. p. 73, spec. n° 28.
[1170] Ce type de coopération aurait permis de mieux valoriser les actifs de l'entreprise en difficulté et d'élaborer dans les meilleures conditions un plan de réorganisation de l'entreprise. V. sur ce point : J. CARRIAT, « La coordination des droits nationaux par le droit communautaire, Bilan de l'application du Règlement communautaire du 29 mai 2000, in Le traitement des difficultés des entreprises dans le marché unique européen, *L.P.A* 19 oct. 2006, n° spécial, spéc. p. 10.

trouve une succursale du débiteur, l'ouverture d'une procédure secondaire sans avoir à démontrer l'insolvabilité du débiteur[1171]. L'intérêt d'une telle demande réside dans le fait que le patrimoine du débiteur ne peut pas toujours être commodément administré dans sa totalité. De même, pour appréhender dans la procédure les droits des créanciers bénéficiant des articles 5 et 7 du règlement[1172], une telle demande peut être la solution. Lesdits créanciers sont privés de l'exercice de leurs droits par l'ouverture d'une procédure secondaire. La procédure secondaire neutralise l'effet des articles 5 et 7 si le bien objet de la sûreté se trouve dans l'Etat où se situe une succursale par exemple. C'est un moyen pour déjouer la localisation volontaire par certaines sociétés de biens dans un pays donné afin de les exclure du champ d'application de la règle de la suspension des poursuites de la procédure principale. Le syndic de la procédure principale a aussi le droit de demander la suspension temporaire des opérations de liquidation de la procédure secondaire[1173]. Lorsque, par exception, la procédure secondaire est ouverte antérieurement à la procédure principale[1174], le syndic de cette dernière peut soit demander la conversion de la procédure secondaire en procédure liquidative si cette conversion est utile aux créanciers de la procédure principale[1175], soit proposer dans la procédure secondaire un plan de redressement ou un concordat lorsque la loi applicable à cette procédure secondaire permet de terminer une telle procédure de cette manière[1176].

379. La coordination par des obligations réciproques d'information et de coopération. L'ouverture d'une procédure secondaire au lieu de situation d'une succursale présente l'avantage de simplifier le déroulement de la procédure. Il sera bien difficile pour le syndic nommé dans la procédure principale de gérer l'ensemble des entités économiques et de pouvoir appréhender la réalité économique globale. Le déroulement harmonieux de deux ou plusieurs procédures relatives à l'insolvabilité d'une même personne implique nécessairement une

[1171] F. MÉLIN, op. cit. n° 311, p. 382.
[1172] L'art. 5 du règlement prévoit que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers. L'art. 7 préserve les droits du vendeur fondés sur une réserve de propriété en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre l'acheteur.
[1173] Article 33 du règlement CE n° 1346/2000.
[1174] Article 3 § 4 du règlement CE n° 1346/2000.
[1175] Article 37 du règlement CE n° 1346/2000.
[1176] Article 34 § 1 al. 1 du règlement CE n° 11346/2000.

coordination des actions des différents syndics appelés à intervenir[1177]. C'est pourquoi le règlement prévoit que les syndics ont un devoir d'information et de coopération réciproque. L'obligation d'information réciproque incombe expressément au syndic de la procédure principale et au syndic de chaque procédure secondaire[1178]. Ils ont l'obligation de se communiquer sans délai toute information utile à l'une ou l'autre procédure, « *notamment l'état de la production et la vérification des créances et les mesures visant à mettre fin à la procédure* ». Cependant, l'article 31 prévoit que cette obligation est limitée par les règles nationales relatives à la communication de renseignements (le secret professionnel par exemple). Enfin il est rappelé que le syndic qui ne respecterait pas les dispositions de coopération et d'information verra sa responsabilité engagée sur le fondement de la loi applicable à la procédure dont il est le syndic[1179].

380. Limitation des pouvoirs du syndic de la procédure principale. Le premier cas de limitation des pouvoirs du syndic de la procédure principale résulte de l'ouverture d'une procédure secondaire qui rend incompétent le syndic dans l'État en cause pour gérer les biens du débiteur. L'ouverture d'une procédure secondaire met fin au monopole du syndic de la procédure principale pour traiter la totalité des actifs du débiteur. En effet, l'ouverture d'une procédure secondaire conduit à la nomination d'un autre syndic qui exerce les pouvoirs que lui attribue la loi de l'État d'ouverture de la procédure secondaire sur le seul territoire de l'État. Chacune des procédures principale et secondaire est régie par sa propre loi, celle de l'État où elle est ouverte[1180], et a son propre syndic. Dans cette perspective territorialiste, seul le syndic nommé dans la procédure secondaire est habilité à gérer ou à réaliser les biens du débiteur qui sont localisés sur le territoire de l'État où est ouverte cette procédure. Ainsi, le syndic de la procédure principale perd ses pouvoirs sur les biens du débiteur intégrés dans la procédure secondaire bien qu'il conserve, dans le but de réaliser la coordination des procédures parallèles, certains moyens d'action sur la procédure secondaire.

[1177] M. MENJUCQ, « Intervention du syndic : nouveaux pouvoirs et nouvelles responsabilités », *RLDA*, juillet 2002, supplément, p. 13.
[1178] Article 31 § 1 du règlement CE n° 1346/2000.
[1179] G. MOSS, I. F. FLETCHER et S. ISAACS, "*The EC Regulation on Insolvency Proceedings, A Commentary and Annotated Guide*", Oxford University Press, 2002, n° 8.234. V. aussi F. MÉLIN, *La faillite internationale*, L.G.D.J 2004, n° 145, p. 193.
[1180] Article 28 du règlement CE n° 1346/2000.

381. Protocole de coopération. Le règlement sur l'insolvabilité communautaire n'a pas arrêté les modalités pratiques de la nécessaire coordination entre procédures principale et secondaire. Il était nécessaire d'élaborer des protocoles ayant pour objet de préciser la mise en œuvre de certains aspects de la procédure[1181]. Encore fallait-il que ces protocoles ne soient pas contraires aux dispositions du Règlement et du droit de l'Etat ou des Etats où ils ont vocation à s'appliquer[1182]. En France, la jurisprudence a fait application d'un protocole homologué par une ordonnance du juge commissaire du Tribunal de commerce de Nanterre dans l'affaire *SENDO* le 29 juin 2006 entre un syndic français et un syndic anglais[1183]. Le protocole comble la lacune laissée par le règlement sur l'insolvabilité communautaire. Ce dernier s'est contenté de poser les principes généraux du fonctionnement[1184]. L'accord fixe les modalités pratiques de traitement des invitations à déclarer adressées aux créanciers, ainsi que celles de traitement et de vérification des créances déclarées. Il s'agit en particulier de « neutraliser » les déclarations de créances effectuées au passif de plusieurs procédures, et d'éviter qu'un créancier bénéficie, par erreur, d'un double paiement[1185]. Le protocole traite aussi des modalités de traitement des éléments d'actifs de la société. Il a été jugé souhaitable que le syndic de la procédure secondaire s'adresse uniquement aux créanciers connus de l'établissement secondaire (une succursale, en ce qui nous concerne) y compris à ceux résidant éventuellement à l'étranger, et dont la liste lui a été fournie par le responsable de l'établissement. Le protocole a le mérite de fixer le périmètre précis à la notion de « créanciers locaux » qui n'est pas définie par le règlement. Afin de protéger les droits de ces créanciers locaux, le syndic de la procédure secondaire notifie tous le passif déclaré entre ses mains et la liste de tous les créanciers (avec leur adresse, le montant admis et la nature de la créance déclarée)[1186]. Il envoie un

[1181] Sur ces protocoles v. A. ESPINIELLA MENENDEZ, *Procedimientos de insolvencia* y *grupos multinationales de sociedades*, Civitas, 2006, pp. 289 et s. Cité par F. MÉLIN, op. cit. n° 306, p. 377.
[1182] M. VIRGOS SORIANO et F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Comentario al reglamento europeo de insolvencia*, Civitas, 2003, n° 441 ; Mêmes auteurs, *The European Insolvency Regulation : Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004, n° 441.
[1183] Tb. Com. Nanterre, 29 juin 2006, D. 2006, p. 2237, obs. A. Leinhard.
[1184] R. DAMMANN et M. SÉNÉCHAL, préc. p. 82.
[1185] R. DAMMANN et G. PODEUR, préc. p. 52.
[1186] C'est un moyen pour identifier les créanciers qui ont reçu un avis de la part des deux syndics, v. R. DAMMANN et M. SÉNÉCHAL, préc. p. 85.

avertissement au syndic de la procédure principale pour que ce dernier puisse mettre en œuvre la déclaration globale de créance telle que prévue par l'article 40 du règlement. La vérification des créances s'opère de façon indépendante, conformément à la réglementation applicable à chacune des deux procédures d'insolvabilité. Compte tenu de la dimension européenne des procédures, il est important que chaque syndic vérifie, pour chacune des créances admises, si celle-ci ne fait pas l'objet d'une double déclaration. Le protocole *SENDO* a organisé la cession d'actifs. Le Tribunal de commerce de Nanterre demeure souverainement compétent pour décider du sort des actifs inclus dans l'assiette de la procédure secondaire. Pour le cas où le syndic de la procédure principale transmettrait au syndic de la procédure secondaire une proposition de cession globale incluant les actifs entrant dans le périmètre de la procédure secondaire, ce dernier la transmettra, assortie de son avis, à la juridiction française compétente pour autoriser ou ordonner la cession de ces actifs. Enfin, pour préserver un traitement égal par catégorie de créanciers, le protocole *SENDO* a prévu que le projet de répartition sur le fondement duquel chaque syndic compte procéder au versement des dividendes est communiqué à ses homologues des autres procédures qui feront connaître leur avis dans un délai de quinze jours à compter de la réception dudit projet. Sans réponse de leur part dans ce délai, le projet sera réputé avoir reçu agrément. Le syndic qui procédera à la répartition imputera les éventuels paiements portés à sa connaissance par ses homologues étrangers.

382. Une lacune. Le Règlement sur l'insolvabilité contient des règles de coopération soit entre une procédure principale et une procédure secondaire soit entre plusieurs procédures secondaires. Il ne traite pas les autres éventualités. Si plusieurs procédures ont été ouvertes à l'encontre d'une société débitrice qui a des succursales dans d'autres pays membres, mais seulement sur le fondement de l'article 3 § 4 sans qu'une procédure principale n'ait par ailleurs été ouverte, peut-on appliquer, à ce cas les règles de coordination prévues normalement pour des procédures non égales hiérarchiquement ? Le Rapport Virgos-Schmit est à ce sujet d'un grand secours car il précise que « *l'application par analogie des règles (...)*

qui traitent de la coordination entre elles des procédures secondaires d'insolvabilité (...) devrait alors être permise »[1187].

Le règlement sur l'insolvabilité et les protocoles avaient pour objectif de limiter les conflits entre juridictions à la suite d'ouverture de plusieurs procédures à la fois à l'encontre d'une même personne. Cet objectif ne suffisait pas car il fallait aussi assurer une certaine égalité entre les créanciers en combattant les situations de fraude et éviter que le paiement soit le prix de la course.

§2 - LE SORT DES CRÉANCES APRÈS L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE SECONDAIRE

L'ouverture d'une procédure secondaire aura des répercussions sur les créances qui sont nées dans le cadre de l'activité des succursales. Si le règlement a permis aux créanciers la production à la fois à la procédure principale et la procédure secondaire, il a limité cette possibilité aux créanciers qui ont un rattachement avec la Communauté européenne (A). Le sort des créanciers non européens dépendra du juge saisi. Les créances salariales, seront quant à elles, payées par l'organisme du pays où les salariés exercent leurs activités. Une protection décidée par la jurisprudence succédant à une réglementation européenne lacunaire (B).

A. Le sort des créances commerciales

383. Égalité des créanciers dans la production des créances. Sont seuls admis dans la procédure secondaire les créanciers dont le domicile, la résidence ou le siège est situé dans un Etat membre[1188]. Quant aux autres créanciers, leur sort est laissé au droit interne du juge européen saisi[1189]. Cela ne veut pas dire que les créanciers non communautaires ne pourront produire ni dans la procédure principale ni dans la procédure secondaire mais seulement que la production ne sera possible que lorsque le droit commun de l'Etat membre concerné l'admet[1190]. Tous les créanciers peuvent produire leurs créances à la fois

[1187] Rapport préc. n° 39.
[1188] Article 39 du règlement.
[1189] L'article 4 § 2 *g*) et *h*) du règlement
[1190] D. BUREAU ; « La fin d'un îlot de résistance. Le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », *RCDIP* 2002, p. 675.

dans la procédure principale et dans la procédure secondaire. Cette possibilité ne manquera pas de soulever quelques difficultés : les rangs de paiement retenus dans un Etat membre ne correspondent pas nécessairement aux rangs retenus dans les autres Etats membres. En France, par exemple, et pour reprendre les termes de P. LE CANNU, « *il existe davantage de causes de priorité que de fromages, et elles conservent tout ou partie de leur efficacité en cas de procédure collective* » [1191]. Même dans le cas où les créanciers des différentes procédures ont le même rang, il y a le risque d'en payer quelques uns doublement. Un créancier peut réclamer sa créance à la fois à la procédure principale et à la procédure secondaire. C'est la raison pour laquelle l'article 20 § 2 du règlement prévoit *« qu'afin d'assurer un traitement égal des créanciers, le créancier qui a obtenu, dans une procédure d'insolvabilité, un dividende sur sa créance, ne participe aux répartitions ouvertes dans une autre procédure, que lorsque les créanciers de même rang ou de même catégorie ont obtenu, dans cette procédure, un dividende équivalent* »[1192]. Il s'agit d'éviter qu'un créancier puisse bénéficier d'une situation plus favorable que les autres créanciers. De même, l'article vise l'hypothèse où la procédure secondaire permet de dégager un surplus d'actif : « *si la liquidation des actifs de la procédure secondaire permet de payer toutes les créances admises dans cette procédure, le syndic désigné dans cette procédure transfère sans délai le surplus d'actif au syndic de la procédure principale ».* Cette disposition présente beaucoup d'intérêt dans le cas où le débiteur est *in bonis* sur le territoire de l'Etat où la procédure secondaire est ouverte et qu'un surplus d'actif apparaît une fois les créanciers locaux payés. Ce surplus doit être transféré sans délai au syndic de la procédure principale et il reviendra à la loi applicable à cette dernière de fixer son affectation[1193].

L'égalité entre créanciers a occupé une place importante dans le règlement sur l'insolvabilité. Cette égalité ne concernait pas les créances salariales qui ont fait l'objet d'une réglementation particulière complétée par la jurisprudence.

[1191] Art. préc. p. 100.
[1192] Mécanisme désigné par l'expression anglaise de « *hotchpot rule ».* V. F. MÉLIN, op. cit. n° 324, p. 394
[1193] J.-L. VALLENS, « Le droit européen de la faillite : la Convention relative aux procédures d'insolvabilité », *Actualité législative Dalloz*, 1995, n os 122 et s. p. 217.

B. **Le sort des créances salariales**

384. Un début lacunaire. En cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un employeur installé dans plusieurs Etats membres, où il dispose de succursales, se pose la question de la détermination de l'institution de garantie compétente pour assurer le versement des salaires. Sera-t-elle celle du pays de situation du siège ou celle du pays de situation de la succursale ? Dans le cadre européen, le sort des créances salariales a d'abord donné lieu à une directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980[1194]. Une difficulté d'interprétation de cette directive est toutefois apparue. Le texte européen n'envisageait pas expressément le cas de l'employeur qui a des activités internationales. La situation mettant en cause plusieurs pays était absente dans la directive[1195]. La protection des salariés d'une succursale d'une société déclarée insolvable dans un autre Etat membre ne recevait jusqu'alors aucune réponse.

385. Une intervention jurisprudentielle. Comme dans d'autres occasions, la jurisprudence devait combler la lacune laissée par la directive du 20 octobre 1980. Ce fut le cas avec un arrêt de la CJCE : l'arrêt *Everson*[1196]. Une société de siège irlandais avait été mise en liquidation en Irlande. La décision a été reconnue en Angleterre où était située une succursale employant de nombreux salariés. La question était de savoir qui de l'organisme irlandais de garantie ou de l'organisme anglais devait garantir les créances salariales impayées, l'institution anglaise refusant cette prise en charge. La CJCE, constatant que la succursale était immatriculée sur les registres anglais et que l'employeur y était donc établi au sens de l'article 52 (article 43 du traité sur l'U.E) du traité sur la Communauté européenne, en conclut que « *lorsque les travailleurs victimes de l'insolvabilité de leur employeur exercent leur activité salariée pour le compte de la succursale*

[1194] JOCE n° L. 283, 28 oct. 1980, p. 23. V. R. BLANPAIN et J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail communautaire*, L.G.D.J, 2e éd. 1995, n° 444 et s ; P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J 2008, n° 501 et s ; B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, Litec, 2010, p. 248, n° 569 et s., M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, préc. n° 563 et s. B. TEYSSIÉ, *J.-Cl. International*, Fasc. 164-225, n° 75 et s. A. JACQUEMONT, *J.-Cl. Travail,* Fasc. 26-30, Salaire et accessoires. – privilèges et garanties de paiement. spéc. n° 50.

[1195] Y. CHAGNY, préc. p. 837 ; F. MÉLIN, op. cit. n° 233, p. 280.

[1196] C.J.C.E 16 décembre 1999, Aff. C-198/98, *Rec. CJCE*, p. 8903, *D.* 2001, p. 293. *Droit et patrimoine*, 2000, n°81, p.121.obs. N. Fontaine et Ch. Fontaine ; *JCP E.* 2000, p. 160 ; *Cah. dr. aff.*2000, p. 25.

d'une société constituée selon le droit d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège et y est mise en liquidation, l'institution compétente, au regard de l'article 3 de la directive du 20 octobre 1980, pour le paiement des créances de ces travailleurs est celle de l'Etat sur le territoire duquel ils exerçaient leur activité salariée ». C'est un critère additionnel qui est dégagé par la CJCE pour permettre au salarié de porter sa réclamation dans « *un environnement social et linguistique* » qui lui demeure familier et ne l'éloigne pas de son milieu socioprofessionnel[1197]. Le critère additionnel dégagé par la CJCE est aujourd'hui contenu dans l'article 9 de directive 2008/94/CE du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur[1198]. Cet article dispose que « *lorsqu'une entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux États membres se trouve en état d'insolvabilité au sens de l'article 2, §1, l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs salariés est celle de l'État sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail* ». Une telle solution est d'autant plus opportune qu'elle répartit la charge de la garantie des créances salariales impayées entre les organismes des États qui ont profité de l'activité de l'entreprise devenue insolvable, comme celle du lieu d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ce qui constituerait souvent un fardeau auquel celle-ci pourrait difficilement faire face[1199]. Dès lors, les salariés qui exercent habituellement leur travail dans une succursale située dans un Etat membre relèveront pour les salaires impayés de l'institution de cet Etat membre[1200]. Peu important le lieu, dans l'un quelconque des Etats membres, de l'ouverture de la procédure collective de l'employeur et de la localisation de l'entreprise et de ses établissements, peu important également la loi applicable au contrat de travail lui-même, ce qui compte c'est le lieu où le salarié exécute sa tâche. L'adoption du critère jurisprudentiel additionnel du lieu d'exécution par la directive de 2008 est justifiée par la nécessité « *d'assurer la sécurité juridique des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité des entreprises*

[1197] Point 22, arrêt du 16 décembre 1999 n° 198/98 *Everson et Barrass c/ Bell Lines Ltd*, Rec. p. 8903, *RJS* 4/2000 n° 471, *D.* 2000 IR p. 25 et ch. p. 293.
[1198] Directive qui a codifié la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980. *JOUE* 2008, n° L283, p. 36. V. J.-Ph. LHERNOULD, *Rev. dr. trav.*, 2009, p. 163.
[1199] Th. MASTRULLO, note sous Cass. soc., 7 juill. 2009, *RPC,* nov. – déc. 2009, p. 29.
[1200] Cass. Soc., 16 janv. 2008, *JurisData* n° 2008-042465.

exerçant leurs activités dans plusieurs États membres. »[1201]. Le critère du lieu habituel du travail doit être adopté par tous les pays membres en raison des avantages qu'il peut présenter.

386. Un critère intéressant mais incomplet. L'adoption par tous les pays membres du critère du lieu d'exercice du travail permettra de simplifier les règles applicables à l'ensemble des salariés travaillant sur un même territoire. De ce fait, il n'existera plus d'inégalités de traitement entre les salariés travaillant sur le territoire français. Par exemple, il serait paradoxal qu'un étranger, même ressortissant d'un État extracommunautaire, puisse bénéficier dans des délais rapides, des garanties que lui offre l'AGS[1202], si son employeur a le siège ou l'une de ses succursales située en France, où il travaille, alors qu'un Français serait victime d'une discrimination à rebours, alors qu'il travaille en France, mais que son employeur a déposé son bilan dans un lointain pays, hors de l'Union européenne[1203]. Reste cependant un problème lié aux différents degrés de protection assurés par les différents pays membres. Même si une protection est uniformément accordée aux salariés qui bénéficieront dans l'ensemble des États membres d'une assurance pour le paiement de leurs créances salariales, cette couverture ne sera pas identique puisque les créances entrant dans la garantie sont définies par la loi de l'État membre. Il en est de même des plafonds de couverture pour la fixation desquels la directive de 2008 a reconnu une liberté encadrée aux institutions assurant cette mission dans les Etats membres. De ce point de vue la situation des salariés exerçant de façon habituelle leur activité dans une succursale sur le territoire français sera particulièrement favorable, l'AGS ayant un domaine d'intervention large et le plafond le plus élevé d'Europe[1204]. Pour pouvoir assurer une protection semblable à tous les salariés des pays membres, ces derniers doivent uniformiser les critères définissant les créances ainsi que les plafonds d'indemnisation.

[1201] Y. CHAGNY, art. préc. p.840.
[1202] V. Th. MÉTÉYÉ, « La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'AGS », *L.P.A* 2006, n° 209, p. 27.
[1203] P. LYON-CAEN, « Faillite ouverte à l'étranger : un salarié travaillant en France peut-il obtenir la garantie de l'AGS ? » *RJS* 2003, p. 659.
[1204] M.-H. MONSÈRIÉ-BON, Jcl. International, Fasc. 569-05, Procédure collective – Loi applicable- Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, n° 37.

387. Achèvement et perfectionnement. La faillite d'une société commerciale européenne à succursales soulève certaines difficultés juridiques de nos jours. Certes, le mécanisme d'ouverture d'une procédure principale et d'une autre secondaire apporté par le règlement est une solution. Cependant, il y a des multiples points à revoir ou à compléter pour assurer une réussite à ce mécanisme. Ainsi l'insolvabilité de l'employeur au lieu de situation de la maison mère peut être un facteur d'insécurité pour les salariés travaillant au sein d'une succursale à l'étranger. « *L'effort d'harmonisation des effets des faillites transfrontalières dans l'espace européen ne suffit pas à lui seul à pallier la faiblesse des protections juridiques nationales dont peuvent bénéficier les salariés et les distorsions produites par l'existence des frontières entre pays membres. Il reste à définir de solides standards juridiques européens qui s'imposeront à tous les législateurs nationaux, de telle sorte que les salariés n'aient plus à souffrir des inégalités de développement des droits nationaux en matière de protection des droits des salariés dans les procédures collectives* »[1205]

L'ouverture d'une procédure unique qui vise la société mère et ses succursales reste la solution idéale, mais au jour d'aujourd'hui les Etats ne sont pas prêts à renoncer totalement à la gestion du patrimoine situé sur leur territoire. Il est cependant très recommandé d'améliorer le règlement sur l'insolvabilité et de combler les lacunes qu'il contient. Les sociétés commerciales à succursales se développent en Europe et ont besoin d'un cadre juridique fiable sur lequel elles peuvent compter.

En ce qui concerne les établissements de crédit et sociétés d'assurance à succursales, l'harmonisation de leurs conditions d'accès a accéléré la réglementation de leur faillite. Une seule procédure est désormais ouverte contre un établissement de crédit, et elle s'étend à l'ensemble des succursales.

[1205] Q. URBAN, op. cit. p. 550.

SECTION 2 :
LES SUCCURSALES D'ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET DE SOCIÉTÉS D'ASSURANCE FACE À L'INSOLVABILITÉ EUROPÉENNE

388. Vers un marché bancaire et d'assurance européens. Les établissements de crédit et les sociétés d'assurance européennes qui disposent de succursales dans d'autres Etats membres sont exclues du champ d'application du règlement communautaire sur l'insolvabilité[1206]. L'insolvabilité des établissements de crédit et des sociétés d'assurance est régie par deux directives qui visent les mesures d'assainissement et de liquidation. Qualifiées de socle de droit communautaire[1207], ces directives ont constitué une étape importante dans la construction de l'Europe financière. Elles ont réussi là où le règlement sur l'insolvabilité a échoué, c'est-à-dire dans l'ouverture d'une procédure unique, gage d'une meilleure protection, pour tous les créanciers et les investisseurs des différents pays membres. L'exclusion des établissements de crédit et des sociétés d'assurance du règlement sur l'insolvabilité se justifie par la nécessité de tenir compte de l'existence d'un passeport européen en matière bancaire[1208] et d'une licence unique dans le secteur des assurances[1209] (§1). Pour compléter la construction de l'Europe bancaire et d'assurance et procurer une protection égale à tous les créanciers une procédure unique devait être ouverte au lieu de situation du siège. Elle s'étend à l'ensemble des succursales situées dans les autres pays membres (§2).

[1206] L'article 1 §2 précise que le règlement « *ne s'applique pas aux procédures d'insolvabilité qui concernent les entreprises d'assurance et les établissements de crédit, les entreprises d'investissement qui fournissent des services impliquant la détention de fonds ou de valeurs mobilières* »

[1207] M. MENJUCQ, « L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières », *RPC* 2009, n° 3, étude 12, p. 19.

[1208] D. ROBINE, *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, L.G.D.J, coll. « Bibil. droit privé », tome 400, 2003, n° 44 et s.

[1209] L'art. 9 *in fine* du règlement sur l'insolvabilité justifie ainsi l'exclusion des entreprises financières de son champ d'application.

§ 1 - LES JUSTIFICATIONS DE L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE UNIQUE

389. Une continuité. L'ouverture d'une procédure unique pour les établissements de crédit et les sociétés d'assurance ainsi que leurs succursales se justifient essentiellement par la vague d'harmonisation qu'ont connue les secteurs bancaire et d'assurance pendant plusieurs années. Certaines conséquences pratiques sont issues du système d'ouverture de la procédure unique. Elles reflètent la particularité des établissements bancaires et des sociétés d'assurance à succursales au sein de l'Union européenne. La faillite de ces établissements et de ces sociétés ne connaît pas le même sort que les sociétés commerciales à succursales. Les établissements de crédit et les sociétés d'assurance disposent d'un passeport européen et d'une licence unique qui leur permet d'implanter des succursales dans tous les autres pays de l'Union (A). Le contrôle de ces succursales étant confié au pays d'origine, il était normal que ce dernier puisse aussi décider de leur sort en cas de difficultés (B).

A. Le passeport européen et la licence unique

390. Harmoniser le début comme la fin de l'activité. Après l'adoption de la deuxième directive bancaire[1210] qui a mis en place un passeport européen, il devenait peu concevable de permettre d'ouvrir des procédures secondaires dans les Etats où se trouvaient des succursales. L'ensemble de la législation communautaire, dans le secteur financier, tendait à considérer tout établissement agréé dans un Etat membre comme formant une entité unique avec ses succursales, quel que soit leur lieu d'implantation dans l'ensemble du territoire de l'Espace économique européen[1211]. L'ouverture d'une seule procédure s'inscrivait dans un cadre plus global visant à soustraire, autant que possible, le secteur financier aux régimes de droit commun des procédures collectives d'origine nationale ou communautaire[1212]. Ainsi émerge un véritable droit spécial des

[1210] V. nos développements supra., n° 95.
[1211] J.-L. VALLENS, *Rép. Communautaire Dalloz,* V° Faillite, n° 18 et 19 ; A. RAYNOUARD*, Rép. Communautaire Dalloz*, V° Banque, n° 112.
[1212] A. PRÜM, « Avancées du droit communautaire dans les procédures collectives du secteur financier », *RDBF* 2002, n° 5, p. 244.

procédures collectives venant déroger au droit commun de cette discipline[1213]. Comme l'accès aux activités bancaires et d'assurance, les défaillances des établissements de crédit et des sociétés d'assurance à succursales sont régies par des directives. La directive sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit et de leurs succursales[1214] a marqué une grande avancée dans la construction du marché bancaire unique européen. D'après B. SOUSI-ROUBI, « *l'observateur ne peut rester insensible à la ténacité et au pragmatisme de ceux, qui, peu à peu, ont su construire ce puzzle. Car, il aura fallu plus de dix ans pour préparer cette directive* »[1215]. La directive sur l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance[1216] a aussi marqué un grand pas en avant dans la réalisation de l'Europe de l'assurance. Elle devait renforcer la confiance des assurés face aux crises que peuvent traverser quelques assureurs au sein de l'Union européenne. « *Elle avait pour objectif de mieux gérer les défaillances d'entreprises d'assurance qui est de nature à entrainer des risques systémiques dans la mesure où les entreprises d'assurance agissent fréquemment comme*

[1213] De nombreux pays ont, dans leur droit interne, un droit particulier des procédures collectives applicables aux banques et aux institutions financières qu'il soit de type administratif, comme en Italie, ou étroitement surveillé par l'organisme qui garantit les dépôts, comme aux États-Unis, v. J. STRUB, « Le marché unique des procédures d'insolvabilité » *RMCUE* 1995, n° 385, p. 127.

[1214] La directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit *JOCE* L. 125, 5, v. J.-P. DEGUÉE, « La directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit : enfin un droit international privé uniforme des procédures d'insolvabilité en matière bancaire », in L*es sûretés bancaires et financières*, Cahiers AEDBF / EVDBF *Belgium* n° 15 *Bruxelles, Bruylant*, 2004, p. 198, n° 16. La directive a été transposée en droit français par l'ordonnance du 21 oct. 2004 *JO* 22 oct. 2004 – sur la question, F. MÉLIN, « L'ordonnance du 21 octobre 2004 portant transposition de la directive assainissement et liquidation des établissements de crédit », *JCP E* 2004, Act. p. 1849 ; F. LABASQUE, « Assainissement et liquidation des établissements de crédit communautaires : transposition de la directive du 4 avril 2001 » *LXB n° N3366AB* ;. M. J. PENAS MOYANO, « Regimen concursal especial aplicable a las entidades de credito, empresas de servicios de inversion y entidades aseguradoras », *Il diritto fallimentare delle società commerciali*, 2004, p. 8800. La directive 2001/24/CE a été refondue par la directive du 25 mars 2009, v. Th. BONNEAU, « Mesures communautaires d'assainissement et de liquidation », *RPC* 2010, n° 3, comm. 139.

[1215] B. SOUSI-ROUBI, préc. p. 127.

[1216] La directive 2001/17/CE du parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance *JOCE* L. 110, 20 avr. 2001. V. G. MOSS, I. FLETCHER, S, ISAACS, et alii, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings*, *A Commentary and Annottated Guide,* Oxford, 2002, pp. 140 et s.

La directive a été transposée en droit français par l'ordonnance du 7 juin 2004, *JO* 10 juin 2004, p. 10233 – Sur la question, F. MÉLIN, « L'ordonnance du 7 juin 2004 portant transposition de la directive du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance », *JCP E* 2004, Act. 165, p. 1265 ; G. MOSS et T. SMITH, « Commentary on Directive 2001/17/CE on the Reorganisation and Winding-up of Insurance Undertakings », *in* G. MOSS et B. WESSELS, *EU banking and insurance insolvency*, Oxford University Press, 2006.

contreparties d'établissements de crédit »[1217]. Les directives sur la liquidation et l'assainissement des établissements de crédit et sociétés d'assurance devaient compléter l'harmonisation déjà commencée pour pouvoir construire un marché financier unique et fort. La reconnaissance mutuelle qui caractérise l'octroi des agréments pour accéder aux activités de banque et d'assurance devait être transposée aussi aux mesures d'assainissement et de liquidation[1218]. Le règlement sur l'insolvabilité n'était pas adéquat aux faillites des établissements de crédit et des sociétés d'assurance. Les directives ont donc essayé de combler cette lacune en étendant leur application à des champs non couverts par le règlement.

391. Une application plus large. Contrairement au règlement, les directives ne visent pas seulement les procédures d'insolvabilité mais aussi, les procédures d'assainissement et toutes procédures de liquidation même non fondées sur l'insolvabilité. Les mesures d'assainissement sont définies comme « *toutes mesures comportant l'intervention d'organes administratifs ou d'autorités judiciaires qui sont destinées à préserver ou rétablir la situation financière d'une entreprise (d'assurance ou de crédit) et qui affectent les droits préexistants des parties autres que l'entreprise (d'assurance ou de crédit)* »[1219]. Contrairement aussi au règlement, les directives n° 2001/17 sur les entreprises d'assurance et n° 2001/24 sur les établissements de crédit demeurent applicables à l'ensemble des succursales des entreprises d'assurance ou de crédit ayant leur siège dans un pays tiers, à condition que les succursales soient établies dans au moins deux États membres[1220]. L'application des directives à ces établissements connaît toutefois une limite. L'article 30-2 de la directive « entreprise d'assurance » et le considérant 22 de la directive « établissement de crédit » indiquent que chaque succursale d'une entreprise ayant son siège social hors de la Communauté « bénéficie d'un traitement individuel ». Les établissements sont considérés comme n'ayant pas de liens entre eux pour leur appliquer les

[1217] J. DOW, « What Is Systemic Risk ? Moral Hazard, Initial Shocks, and Propagation », *Monetary and Economic Studies,* dec. 2000, pp. 1-23; D. RULE, « Risk transfer between banks, insurance companies and capital markets: an overview », *Financial Stability Review,* Bank of England, Dec. 2001, p. 137. J. -P. DEGUÉE, « Aspects juridiques de la liquidation des entreprises d'assurance », *EUREDIA*, 2003, n° 4, p. 619.
[1218] F. MÉLIN, op. cit. n° 95, p. 116.
[1219] Art. 2 c) directives 2001/17 et 2001/24. Art L. 613-31-2, I du Code monétaire et financier.
[1220] Art. 1 et 2 des deux directives ; Art. L. 613-31-1 du Code monétaire et financier. V. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, op. cit., n° 198.

dispositions de la directive[1221]. Les autorités administratives ou judiciaires de l'Etat membre d'accueil de la succursale d'un établissement de crédit ayant son siège statutaire en dehors de la communauté sont tenues d'informer les autorités compétentes des autres États membres d'accueil de leur décision d'ouvrir une procédure de liquidation, y compris les effets concrets que pourrait avoir cette procédure et de l'éventuel retrait d'agrément[1222]. Les directives exigent des rattachements forts avec l'Union européenne.

B. Le contrôle par le pays d'origine

392. Une économie de temps et de moyens. La consécration de l'unité et l'universalité de la faillite pour les établissements de crédit et les sociétés d'assurance ainsi que leurs succursales n'est que la conséquence de la profonde harmonisation communautaire des conditions d'accès au marché bancaire et d'assurance fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle de l'agrément ou de la licence délivrés par les Etats membres pour accéder à ces activités. C'est l'application, *mutatis mutandis*, du *home country control*[1223]. Il fallait prendre en considération à la fois le rôle prépondérant de l'autorité ayant agréé le débiteur et l'existence d'une unité économique entre l'établissement de crédit ou l'entreprise d'assurance et ses succursales. Seules les autorités de l'Etat membre d'origine ayant accordé l'agrément unique ,ouvrant l'accès à l'espace communautaire et exerçant les contrôles prudentiels , sont capables d'envisager des mesures d'assainissement ou de liquidation de telles entreprises[1224]. En cas de défaillance d'un établissement de crédit ou une société d'assurance, la possibilité de retrait de l'agrément ou de la licence et celle d'une mise en liquidation doit nécessairement s'apprécier dans un cadre global. « *Une dispersion des pouvoirs entre autorités de pays membres aurait risqué de ruiner tous les efforts des autorités administratives ou judiciaires du pays d'origine pour prévenir ou résoudre dans les meilleures*

[1221] D. ROBINE, « L'effet international de la faillite : la solution des directives relatives à l'insolvabilité des établissements de crédit et des entreprises d'assurance », *in* L'effet international de la faillite : une réalité ? *Dalloz*, 2004, p. 40.
[1222] Art. 19 de la directive 2001/24 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit.
[1223] B. SOUSI-ROUBI, « La défaillance d'un établissement de crédit et le droit européen », *R.J.C* 1996, p. 130.
[1224] F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE, Le droit européen de la faillite, *D.* 2004, p. 1010 ; V. aussi Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 8e éd. 2008, n° 271-1.

conditions les situations d'insolvabilité »[1225]. Et dans l'hypothèse où il faut intervenir rapidement, la dispersion géographique des pouvoirs entre l'autorité apte à retirer l'agrément et l'autorité compétente pour prendre la décision de mise en liquidation (la juridiction du lieu de situation d'une succursale) ne peut être que source de lenteur et d'inefficacité[1226]. La compétence de l'Etat d'origine se justifie car sans une telle solution, les procédures d'insolvabilité adoptées au sein d'Etats d'accueil risqueraient d'anéantir toute politique de contrôle et de redressement menée par l'Etat d'origine[1227]. Des conflits sont susceptibles de survenir[1228] au détriment de l'efficacité des mesures préventives. Si, en revanche, les mesures et procédures relèvent d'un même droit, les rapports peuvent être réglés de manière à éviter les conflits potentiels[1229]. Ce sont ces raisons qui ont incité à envisager une procédure unique qui sera ouverte au lieu de situation du siège de la société et qui produira des effets partout où la société dispose de succursales.

393. Publicité et information. Lorsque la mesure d'assainissement est susceptible d'affecter le droit de tiers dans un Etat membre d'accueil (pays de situation de la succursale) et qu'il existe dans l'Etat d'origine une possibilité de recours contre la décision prononçant la mesure d'assainissement, l'autorité administrative ou judiciaire doit publier un extrait[1230]de sa décision au J.O.C.E (J.O.U.E aujourd'hui) et dans deux journaux à diffusion national de chaque Etat membre d'accueil en vue de permettre l'exercice des droits de recours en temps utile. Il en est de même quand il s'agit d'une procédure de liquidation[1231]. La directive impose également une obligation d'informer rapidement et individuellement les créanciers connus « situés » dans les Etats membres d'accueil[1232]. Pour les succursales d'établissement de crédit de pays tiers, la directive 2001/24/CE, dans son article 8, oblige les autorités administratives ou

[1225] J.-P. DEGUÉE « Le particularisme des procédures collectives dans le domaine des établissements de crédit » *in* Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples, *Académia-Bruylant* 2002 pp. 115, spéc. n° 19.
[1226] M. DELIERNEUX, préc. p. 223.
[1227] J.-P. DEGUÉE, « Aspects juridiques de la liquidation des entreprises d'assurance », *EUREDIA*, 2003, n° 3, p. 620.
[1228] Th. BONNEAU, « Le droit des faillites bancaires et financières : état des lieux », *RDBF* 1997, n° 11, p. 2.
[1229] E. HUPKES, « *The legal aspects of bank insolvency* », *Kluwer Law International*, The Hague, 2000, p. 168.
[1230] L'art. 6 § 2 de la directive détermine le contenu minimal de l'extrait.
[1231] Art. 13 de la directive.
[1232] Art. 14 de la directive.

judiciaires de l'Etat membre d'accueil d'une succursale d'un établissement de crédit ayant son siège statutaire hors de la Communauté « *d'informer sans délai par tous les moyens les autorités compétentes des autres Etats membres d'accueil où l'établissement a créé des succursales de leur décision d'adopter toute mesure d'assainissement, y compris les effets concrets que pourrait avoir cette mesure, si possible avant son adoption sinon, immédiatement après* ». La transmission est effectuée par les autorités compétentes de l'Etat membre d'accueil dont les autorités administratives ou judiciaires décident l'application de la mesure. Contrairement à la réglementation qui a harmonisé les conditions d'accès aux activités bancaires et d'assurance, celle sur l'assainissement et la liquidation n'a pas été aussi complète. Le législateur européen a délaissé un secteur qui n'est pourtant pas de moindre importance.

394. Les succursales d'entreprises d'investissement. Les entreprises d'investissement ont toujours fait l'objet d'une règlementation particulière qui est justifiée, en raison des risques que ces sociétés font naître pour l'organisation commune du marché unique[1233]. Cependant, les mesures de leur liquidation et leur assainissement n'ont pas fait l'objet, comme c'est le cas pour les établissements de crédit et des sociétés d'assurance, de directives particulières. Pourtant, les entreprises d'investissement, comme les établissements de crédit et les sociétés d'assurance sont exclues du champ d'application du règlement sur l'insolvabilité. La conséquence est qu'une entreprise d'investissement qui connaît des difficultés financières et qui échappe au droit de la faillite communautaire va tomber dans une espèce de « *no man's land »* juridique[1234]. Une mosaïque de droits nationaux aura vocation à s'appliquer. Prenons l'exemple d'une société française, agréée en qualité d'entreprise d'investissement, dispose d'une succursale au Luxembourg. Elle nantit des titres en sa possession, inscrits en compte auprès de sa succursale. Le nantissement est régi par le droit luxembourgeois. Dans cet exemple pratique, le droit luxembourgeois en matière de nantissement de titres conduit à l'application de la directive *collateral*[1235], telle que transposée en droit

[1233] P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2008, p. 90.
[1234] R. DAMMANN et F. LACROIX, « Les lacunes du droit de la faillite internationale », *RDBF*. 2009, n° 5, p. 69.
[1235] Dir. 2002/47/CE, 6 juin 2002 : JOCE n° L. 168, 27 juin 2002, p. 43, transposée aux articles L. 431-7 et s. (maintenant L. 211-36 et s.) du Code monétaire et financier.

luxembourgeois. En vertu de cette directive, le créancier va pouvoir réaliser le nantissement indépendamment de l'ouverture de toute procédure d'insolvabilité, et la loi luxembourgeoise ajoute même « nationale ou étrangère ». Cependant, il y a aussi application des règles de droit international privé français. En l'absence de règles communautaire applicables, c'est le droit commun français de la faillite internationale qui s'applique. Plus précisément, le principe d'universalité adoptée par la jurisprudence depuis l'affaire BCCI. Ce principe n'admet pas d'exceptions comme en droit communautaire[1236]. La conséquence est que l'application du droit français conduira à la suspension des mesures d'exécution (art. L. 622-21 du Code de commerce). Le droit international privé français interdit donc au créancier de réaliser son gage en droit luxembourgeois, ce qui aboutit à un conflit de normes. Deux solutions se présentent pour combler la lacune laissée par le droit communautaire de l'insolvabilité. La première consiste à étendre aux entreprises d'investissement le droit commun de l'insolvabilité. Ces entreprises seront considérées comme des entreprises « normales »[1237]. Nous sommes opposés à une telle solution qui ne tient pas compte de la spécificité des entreprises d'investissement qui ont fait l'objet jusqu'à présent d'une réglementation particulière. Les opérations financières ,qui sont de plus en plus complexes, ne peuvent être qualifiées de normales. La seconde solution consiste à étendre aux entreprises d'investissement les dispositions de la directive sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit. Cette solution nous parait loin de remplir le vide laissé par règlement sur l'insolvabilité. La troisième solution consiste à ce que les activités financières fassent l'objet d'une directive particulière car ces activités se distinguent des opérations bancaires. Nus optons pour cette dernière solution qui nous paraît la meilleure. .

[1236] Art. 5 du règlement sur l'insolvabilité, art. 21 de la directive « établissement de crédit » et art. 20 de la directive « entreprise d'assurance » qui excluent des mesures d'assainissement et de liquidation les droits réels des créanciers et des tiers qui se trouvent sur le territoire d'un autre État membre.

[1237] Ch. LÉGUEVAQUES, préc. p. 2 ; D. ROBINE, « L'effet international de la faillite : la solution des directives relatives à l'insolvabilité des établissements de crédit et des entreprises d'assurance », in *L'effet international de la faillite : une réalité* ? *Dalloz*, 2004, p. 39.

§2 - LES CONSÉQUENCES PRATIQUES D'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE UNIQUE

395. Des objectifs ambitieux. L'ouverture d'une procédure unique à l'encontre d'un établissement de crédit ou d'une société d'assurance ainsi qu'à leurs succursales constituait une révolution dans le domaine des faillites. Le rêve d'une procédure unique et universelle, tant souhaité par les auteurs, a été enfin réalisé par les directives sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit et des sociétés d'assurance. L'objectif était de centraliser la gestion de la faillite d'un établissement de crédit ou d'une société d'assurance dans le pays d'origine et d'éviter toute perturbation qui a pour origine une mesure étrangère (A). Le second objectif était d'assurer une égalité entre tous les créanciers. Ceux qui ont contracté avec les succursales doivent être traités sur le même pied d'égalité que les créanciers qui étaient en rapport d'activité avec la maison mère. Cet objectif n'a pas été tout à fait atteint en raison des quelques lacunes que contiennent les directives (B).

A. Une procédure unique, gage d'une efficacité

396. Une grande réalisation non achevée. Les deux directives sur l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance et des établissements de crédit prévoient que la procédure collective ouverte dans l'Etat du siège produit tous ses effets à l'égard de toutes les succursales situées dans les autres Etats membres[1238]. C'est une reconnaissance de plein droit et immédiate en ce qu'elle ne requiert aucune décision des juridictions des Etats d'accueil, ni aucune formalité. Les deux directives consacrent effectivement le principe d'une procédure de liquidation unique[1239] et non principale comme c'est le cas dans le règlement. Ceci constitue une avancée fondamentale. Les Etats membres sont désormais assurés que leur politique de prévention et de redressement des établissements de crédit et des sociétés d'assurance ne sera plus perturbée par la

[1238] J.-L. VALLENS, préc. p. 34 ; du même auteur, *Lamy droit commercial* 2010, Entreprises en difficulté, n° 4792.

[1239] Unicité critiquée par M. WIMMER, dans son intervention consacrée à l'étude des deux directives au colloque sur Le droit européen de la faillite, organisé par l'Académie de droit européen à Trèves le 26 et 27 janvier 2004. L'auteur estime que le refus de procédures secondaires risque de nuire aux intérêts des créanciers étrangers privilégiés.

survenance d'une mesure étrangère[1240]. Seront évités ainsi les conflits de compétence dus à la divergence des mesures de restructuration d'un Etat à l'autre[1241]. Seules sont habilitées à ouvrir une telle procédure, y compris à l'encontre des succursales établies dans d'autres États membres, les autorités administratives ou judiciaires de l'Etat membre d'origine qui est celui dans lequel l'entreprise d'assurance ou de crédit a obtenu l'agrément nécessaire à l'exercice de son activité[1242]. L'ouverture d'une procédure par les seules autorités du pays d'origine n'a cependant pas rallié toute la doctrine. Certains l'ont critiqué comme étant source de difficultés.

397. Des avis hostiles. Une partie de la doctrine n'était pas favorable à la distinction opérée par les directives entre succursales de sociétés commerciales et les succursales d'établissements de crédit et de société d'assurance. D'après Th. BONNEAU, « *les dérogations apportées au droit commun des procédures collectives pour les entreprises bancaires et financières, laisse à penser que les solutions admises par ce droit commun ne sont peut-être pas aussi pertinentes qu'il y paraît* » [1243]. D'après K.-J. WIMMER, ministre fédéral allemand de la justice, l'unicité de la procédure a essuyé un refus de la part du gouvernement allemand lors de l'adoption des directives en raison de son atteinte aux droits des créanciers[1244]. D'autres auteurs ont mis plutôt l'accent sur la multiplicité des textes qui peut avoir des conséquences fâcheuses. Ainsi selon J.-P RÉMERY, « *la multiplication des textes sur un sujet qui reste fondamentalement le même nuit à*

[1240] J.-P. DEGUÉE, « La directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit : une solution aux défaillances bancaires internationales ? », *EUREDIA*, 2001-2002, n° 2, p. 272.
[1241] A. F. ZATTARA-GROS, *Bull. Joly Communautaire*, v° Banque, n° 112.
[1242] Th. BONNEAU, *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. 190, Redressement et liquidation judiciaires – Établissements de crédit et entreprises d'investissement, n° 51 et J.-*Cl. Procédures collectives*, Fasc. 3220, n° 47.
[1243] Th. BONNEAU, « Assainissement et liquidation des établissements de crédit et des entreprises d'assurance : À propos des directives 2001/17 CE du 19 mars 2001 et 2001/24 CE du 4 avril 2001, des relations du droit commun et du droit spécial », *RPC* 2001, n° 3, p. 129.
[1244] K.-J. WIMMER, ministre fédéral allemand de la justice, « une vue d'ensemble des directives 2001/17 CE et 2001/24 CE concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance et des établissements de crédit », intervention dans un colloque intitulé « Le droit européen de la faillite », organisé à Trèves le 26 et 27 janvier 2004, cité par F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE préc. p. 1009.

la « lisibilité » de la législation communautaire[1245]*, surtout lorsque ces textes procèdent de conceptions apparemment différentes - stricte unité de la faillite pour les services financiers, acceptation d'une certaine pluralité en droit commun - et qu'ils se distinguent encore par leur forme – directives à transposer pour les services financiers, règlement pour les autres entreprises* »[1246]. Malgré la pertinence de ces arguments, les directives adoptant le système de la procédure unique ont été appréciées par une grande partie des théoriciens et des praticiens. Le règlement ne constitue qu'un début pour les sociétés commerciales à succursales. Nous restons optimistes. Un jour, les Etats se rendront compte de l'importance d'unifier les procédures. En effet, l'ouverture d'une procédure unique reste la seule solution radicale aux faillites concurrentes. Cependant, si les directives ont constitué un grand succès, la manière dont elles ont été transposées en droit français a été décevante.

398. La transposition des directives en droit français. Les ordonnances de transposition en droit français des directives « entreprise d'assurance »[1247] et « établissement de crédit »[1248] n'ont pas repris clairement le principe d'ouverture d'une procédure unique. Les textes issus des ordonnances[1249] prévoient uniquement la reconnaissance en France des procédures ouvertes par les autorités compétentes à l'étranger et, à l'inverse, la reconnaissance à l'étranger des procédures ouvertes en France. Il n'y a aucune mention de la compétence unique des autorités de l'Etat d'origine. La seule référence aux « autorités compétentes » ne peut suffire pour retenir une telle exclusivité. Par conséquent, les textes issus de l'ordonnance de transposition sont susceptibles d'être interprétés comme permettant l'ouverture d'une procédure au sens large, dans

[1245] Tantôt Règlement, tantôt directives nécessitant transposition dans les systèmes juridiques nationaux. Or, qui dit transposition, dit nécessairement disparités et incohérences dans les modalités de réception et d'interprétation, v. R. DAMMANN et F. LACROIX, « Les lacunes du droit de la faillite internationale », *RDBF* 2009, n° 5, p. 70.

[1246] Tantôt Règlement, tantôt directives nécessitant transposition dans les systèmes juridiques nationaux. Or, qui dit transposition, dit nécessairement disparités et incohérences dans les modalités de réception et d'interprétation, v. R. DAMMANN et F. LACROIX, « Les lacunes du droit de la faillite internationale », *RDBF* 2009, n° 5, p. 70. V. J.-P. RÉMERY. préc. p. 42.

[1247] L'ordonnance n° 2004-505 du 7 juin 2004 préc. Articles 326-20 et s. du Code des assurances.

[1248] L'ordonnance n° 2004-1127 du 21 octobre 2004 préc. Articles L. 613-31-1 à L. 613-31-10 du Code monétaire et financier.

[1249] Art. L. 613-31-3 du Code monétaire et financier, art. L.326-20 du Code des assurances, L. 212-27 du Code de la mutualité et L. 931-18-1 du Code de la sécurité sociale.

différents Etats membres.. La reconnaissance d'une procédure ouverte à l'étranger n'implique pas nécessairement l'interdiction pour les autorités de l'Etat d'accueil d'ouvrir une autre procédure. D'après D. ROBINE, « *l'ordonnance de transposition « entreprise d'assurance » doit être interprétée au regard des dispositions de la directive. Seules les autorités de l'Etat d'origine peuvent adopter des mesures d'assainissement ou ouvrir une procédure de liquidation. On ne peut que regretter l'imprécision de l'ordonnance de transposition* »[1250]. L'auteur fait la même critique à propos de l'ordonnance de transposition de la directive « établissement de crédit »[1251]. Hormis ces critiques que le législateur français doit prendre en considération pour éviter tout conflit, le mécanisme de la procédure unique suppose de confier la gestion du patrimoine dispersé dans plusieurs pays membres aux seuls organes qui ont été désignés dans le pays d'origine. Ces organes auront des pouvoirs en dehors de l'Etat d'ouverture de la procédure.

399. Pouvoirs extraterritoriaux des organes du pays d'origine. Si une procédure de liquidation a été ouverte dans l'Etat membre du siège de l'établissement de crédit ou d'une société d'assurance, les administrateurs et les liquidateurs[1252] seront habilités à exercer sur le territoire de tous les États membres où il y a des succursales, les pouvoirs qu'ils sont habilités à exercer sur le territoire de l'État membre d'origine[1253]. Ils ne seront pas obligés de satisfaire à une procédure de contrôle de la régularité de la décision. Ce sont les administrateurs ou liquidateurs de la procédure ouverte au pays du siège qui désigneront les personnes qui les assisteront. Cette disposition est différente de celle prévue par le règlement sur l'insolvabilité qui a instauré une hiérarchie entre le syndic de la procédure principale et celui de la procédure secondaire. Dans le cadre des directives, il ne s'agit plus de hiérarchie mais de véritable subordination, les seconds ne sont que des auxiliaires du premier qui les choisit sans avoir à en

[1250] D. ROBINE, « Transposition de la directive assainissement et liquidation des entreprises d'assurance » *D.* 2004, p. 2019.
[1251] D. ROBINE, « Transposition de le directive assainissement et liquidation des établissements de crédit » *D.* 2004, p. 3203.
[1252] Le liquidateur est défini par la directive comme la personne ou l'organe nommé par les autorités administratives ou judiciaires dont la fonction est de gérer des procédures de liquidation (art. 2, 8e tiret).
[1253] Ch. LÉGUEVAQUES, « Les apports des nouvelles règles spécifiques sur la faillite des établissements de crédit », *L.P.A* déc. 2003, n°248, p. 21.

référer aux autorités de l'État membre d'accueil[1254]. Les directives sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit et des sociétés d'assurance avaient pour objectif d'unifier les efforts dans une seule procédure afin d'assurer une efficacité dans la gestion de l'actif et du passif répartis sur différents pays. La confiance accordée au pays d'origine pour autoriser l'accès à l'activité d'assurance ou de banque doit l'être aussi pour gérer les situations d'insolvabilité dues à certaines difficultés.

Cependant, l'unification des procédures ne devait pas se faire au détriment des créanciers. La procédure secondaire prévue par le règlement pour protéger les créanciers locaux est absente dans les directives. Cela ne doit porter atteinte à l'égalité des créanciers.

B. La protection de l'égalité entre les créanciers

400. Traitement égalitaire. Les deux directives disposent que « *tous les créanciers bénéficient du même traitement et du même rang que les créances de nature équivalente susceptibles d'être produites par les créanciers situés dans l'Etat d'origine* »[1255]. L'expression « *de nature équivalente* » signifie qu'il faut prendre en considération non seulement la catégorie de la créance mais aussi le titulaire de celle-ci. Cette prise en considération aboutit à un résultat satisfaisant. Si la créance est par exemple fiscale, à défaut de correspondance avec la catégorie d'impôt dans le pays d'accueil, c'est l'autorité fiscale qui sera prise en compte afin d'assimiler la créance à une autre équivalente dans l'Etat membre d'origine. Ainsi en cas de liquidation d'un établissement de crédit ou d'une société d'assurance, relevant du droit d'un Etat où le fisc bénéficie d'un privilège et qui a des succursales dans les Etats où le fisc n'a aucun privilège légal[1256], les créances fiscales nées dans ces Etats se verront accorder un privilège au même titre que les créances fiscales de l'Etat d'origine. Les créanciers privilégiés des Etats d'accueil des succursales seront traités comme les créanciers privilégiés de l'Etat où la procédure a été ouverte.

[1254] Ibidem p. 22.
[1255] Art. 16 § 2 des deux directives
[1256] L'Allemagne, le Danemark, la Finlande, l'Autriche, v. J.-P. DEGUÉE, préc. p. 277.

401. Le rang spécial des créanciers d'assurance. La directive 2001/17/CE prévoit en son article 10 que les créanciers d'assurance peuvent être protégés de deux manières : soit leurs créances se voient accorder, sur les actifs représentatifs des provisions techniques de l'assureur, un privilège absolu par rapport à toute autre créance. Soit leurs créances bénéficient sur l'ensemble des actifs de l'assureur (représentatifs ou non des provisions techniques) d'un rang spécial qui n'est primé que par les créances de salaires, de sécurité sociale, d'impôt et les droits réels[1257]. Face à ces deux options, que le parlement européen juge équivalentes et cumulables[1258], la France a choisi d'octroyer aux assurés, non pas un privilège absolu sur les actifs représentant les provisions techniques, mais un privilège relatif sur l'ensemble des actifs de l'assureur (actifs réglementés et actifs libres)[1259]. Le législateur français a ajouté aussi à la protection des preneurs et bénéficiaires d'assurance, l'intervention d'un fonds de garantie[1260]. La directive, en revanche, n'a pas imposé l'intervention d'un tel fonds[1261]. Ici un grand risque existe car le fonds de garantie n'est pas prévu par tous les Etats. Dans l'hypothèse d'insolvabilité d'une entreprise européenne ayant couvert en France des risques soumis à une obligation d'assurance, sans qu'un fonds de garantie n'existe dans l'Etat du siège pour pallier sa défaillance, les assurés ne bénéficieraient semble t-il d'aucune protection. Celle qu'organise l'article L. 421-9 du Code des assurances est limitée à la défaillance des sociétés d'assurance agréées en France et soumises au contrôle de l'Etat, ce qui ne couvre pas les sociétés européennes d'assurance opérant en liberté d'établissement (par voie de succursale par exemple)[1262]. Il serait temps de mettre en place sur le plan européen un fonds de garantie des assurances destiné à octroyer une protection harmonisée consistant dans une intervention conséquente en cas de défaillance d'une entreprise d'assurance[1263]. La Commission européenne a établi un groupe de

[1257] Une telle disposition n'a pas été reprise par l'ordonnance qui a transposé la directive, ce qui est regrettable, v. D. ROBINE, préc. p. 2019.
[1258] Cons. 13 et 15, art. 10 de la directive 2001/17/CE.
[1259] P.-G. MARLY, « La défaillance des entreprises d'assurance sure la vie », préc. p. 17.
[1260] J.-P. DEGUÉE, préc. p. 630.
[1261] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 12e éd., 2005, n° 115.
[1262] Ibid. n° 115.
[1263] Certes, par rapport au secteur bancaire, cela s'avère complexe en raison de la grande diversité des risques couverts sous les différentes branches d'assurance et donc de la manière d'appréhender ces divergences sous l'angle de la mise en place d'un régime de garantie obligatoire harmonisé. V. J.-P. DEGUÉE, op. cit. p. 6640.

travail pour examiner la problématique des fonds de garantie prévus pour les assurés en cas de liquidation d'une entreprise d'assurance. Lors de la dernière réunion du groupe de travail fin 2005, une majorité d'Etats membres s'est prononcé en faveur d'une certaine coordination communautaire en la matière mais sans atteindre un consensus sur la portée et le contenu d'une telle harmonisation[1264]. La Commission européenne a lancé un livre blanc[1265] qui propose d'introduire une directive pour assurer que les fonds de garantie des assurances existent dans tous les Etats membres et respectent un cadre minimal de principe de base.

402. Un risque d'inégalité. L'article 20 de la directive « entreprise d'assurance » et l'article 21 de la directive « établissement de crédit », comme d'ailleurs l'art. 5 du règlement sur l'insolvabilité, prévoient que l'ouverture de la procédure n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur les biens appartenant au débiteur et qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre Etat membre[1266]. La portée de cette règle est relativisée dans le cadre du règlement dans le cas où le bien est situé dans l'Etat où il y a une succursale. L'ouverture d'une procédure secondaire ou territoriale aura pour effet de soumettre le bien indirectement à l'effet international de la faillite par l'intermédiaire de cette procédure subordonnée. Ce ne sera pas le cas lorsque la procédure frappe un établissement de crédit ou une société d'assurance puisque le principe est celui de l'unicité de la procédure. À défaut de procédure ouverte au lieu de situation de la succursale, telle que prévue par l'article 3 § 2 du règlement, les biens situés dans un Etat ne pourraient être appréhendés par aucune procédure collective[1267]. Les créanciers munis de sûretés seront *de facto* exemptés de la procédure collective, par l'effet d'une discrimination positive, d'une rupture d'égalité contraire à l'esprit de la matière[1268]. Un débiteur pourrait donc utiliser

[1264] Communiqué de presse du 12 juill. 2010, consultable sur le site internet : http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/guarantee_fr.htm.
[1265] Une consultation à laquelle il fallait contribuer jusqu'à la date limite qui était fixée au 30 novembre 2010.
[1266] P. MINOR, « Droit bancaire, frontières et droit des procédures collectives », *RDBF* 2010, n° 1, p. 119.
[1267] V. M. MENJUCQ, « Les groupes de sociétés », in *L'effet international de la faillite* : *une réalité* ? *Dalloz*, 2004, p. 172.
[1268] D. BUREAU, « La fin d'un îlot de résistance : Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », *RCDIP* 2002, p. 656 et s. V. aussi A. F. ZATTARRA-GROS, préc. n° 113.

cette disposition afin de soustraire une partie de son patrimoine à ses créanciers[1269]. M.-N. JOBARD-BACHELLIER a prévenu contre ce risque en affirmant que « *Dans l'état actuel de la diversité des droits, une application combinée de lois de la faillite peut ainsi s'expliquer. Elle ne justifie pas suffisamment la mise hors concours de certaines garanties au bénéfice de certains créanciers. Si l'internationalité de la faillite peut se satisfaire de l'application de plusieurs lois de la faillite, dès lors que l'application de celles-ci se trouve coordonnée, elle ne devrait, en aucun cas, permettre l'instauration de situations discriminatoires favorables ou défavorables à des créanciers cependant munis de garanties identiques ou comparables, hormis le jeu toujours possible mais nécessairement exceptionnel de l'ordre public* » [1270]. Les créanciers menus de suretés réelles risquent donc d'être favorisés injustement. Le règlement présente dans ce cas bien précis un avantage par rapport aux directives. Un avantage qui reste limité car l'ouverture d'une procédure locale, au lieu de situation des biens réels, suppose la présence d'une succursale, ou du moins un établissement, ce qui n'est pas toujours le cas. La solution serait d'envisager d'étendre la procédure du pays d'origine même aux biens réels situés sur un autre territoire. Cela suppose une étroite collaboration de la part du pays de situation de ces biens. Il s'agit d'une solution difficile à réaliser car les Etats revendiquent souvent une mainmise sur les immeubles situés sur leur territoire. Mais si la contrepartie de la renonciation à une telle souveraineté est de combattre la fraude, les Etats ne seraient-ils pas plus coopératifs ? Nous le souhaitons en tout cas car l'objectif de tous les Etats est la satisfaction de l'intérêt général en assurant une égalité entre les créanciers.

403. Conclusion du Chapitre. **Des lacunes à combler**. L'insolvabilité des sociétés à succursales au sein de l'Union européenne ne reçoit pas le même traitement que celle des sociétés à succursales des pays tiers. La faillite des grandes banques internationales et les difficultés juridiques auxquelles elles ont donné lieu ont incité les pays membres de l'Union européenne à envisager des solutions au sein de l'Europe. Ce fut le cas avec l'adoption du règlement sur

[1269] R. DAMMANN, « Droit européen des faillites : Incertitudes et opportunités pour les banques », *Rev. Banque*, n° 669, 2005, p. 56.
[1270] M. -N. JOBARD-BACHELLIER, art. préc. p. 148.

l'insolvabilité qui, pour la première fois, prévoit qu'une *procédure secondaire* peut être ouverte au lieu de situation de la succursale. C'est une procédure subordonnée à la procédure principale ouverte au pays du siège. L'objectif des rédacteurs du règlement était de limiter la concurrence et le conflit entre les procédures ouvertes dans les différents pays. Ils ne sont pas allés jusqu'à adopter une procédure unique ouverte au pays du siège qui risquait de mettre en échec le règlement. Ils ont alors envisagé une coordination entre une procédure principale, ouverte au pays du siège, et une autre secondaire, ouverte au pays de la succursale. Cette coordination a vite montré quelques limites qui sont dues au manque d'harmonisation entre les pays membres sur un certain nombre de points. Comment laisser la possibilité pour les créanciers de produire leur créance dans toutes les procédures, alors que les rangs de paiement changent d'un pays membre à un autre ? Pourquoi imposer le caractère liquidatif à la procédure secondaire et condamner, par conséquent, une succursale en bonne santé à disparaître ? Ne risque t-il pas d'y avoir un détournement de cette règle et une incitation à la fraude ? Les sociétés essaieront de localiser les succursales les moins rentables là où l'issue sera une liquidation. En revanche, pour les succursales qui poursuivent une activité profitable, il risque d'y avoir une difficulté d'un autre genre. Un affrontement peut avoir lieu entre le syndic de la procédure principale qui souhaite un redressement global et, donc, une liquidation de ces succursales, et le débiteur qui souhaite, lui, le maintien et la sauvegarde de ces succursales. Enfin, quel sera le sort d'une procédure secondaire si la décision d'ouverture de la procédure principale a été annulée, infirmée ou rétractée après qu'un recours a été formé contre elle ?[1271] La procédure de liquidation doit-elle continuer dans l'autre pays comme si rien ne s'était passé ou bien doit-elle être considérée comme annulée aussi ? Le Règlement est muet sur cette question. La meilleure solution serait de convertir la procédure secondaire en procédure territoriale. Mais, en l'absence de disposition claire, le risque est toujours présent qu'un Etat adopte une autre solution. Il est temps d'affronter ces difficultés juridiques afin d'apporter des

[1271] Sur la question v. F. DE SANTIS, « *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno : dialoghi tra i formanti* » *in Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, Giuffrè, 2004, t. 2, p. 1095, spéc. n° 9 et 11 et *il diritto fallimentare e delle società commerciali,* 2004, p. 91, spéc. n° 9 et 11 ; C. PUNZI, « *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione europea* », in *Le espropriazioni individuali e concorsuali, Incertezze e prospettive*, Giuffrè, 2005, p. 3, spéc. pp. 26-27. Cités par F. MÉLIN, op. cit. n° 156, p. 187.

solutions. Envisager une procédure unique relève pour le moment de l'utopie ; les Etats membres ne sont pas encore prêts à adopter une telle solution. Pourtant, dans les secteurs de la banque et de l'assurance, c'est la solution apportée aux faillites communautaires dès aujourd'hui. C'était la conséquence de l'harmonisation des conditions d'accès à ces secteurs d'activité. Malheureusement le degré d'harmonisation des mesures sur l'assainissement et la liquidation n'est pas celui atteint par l'harmonisation des conditions d'accès. Le législateur européen n'a pas prévu de directive pour les entreprises d'investissement et leurs succursales. La faillite de ce type d'entreprise est aujourd'hui régi par le droit commun, ce qui risque de créer certaines difficultés, quand on sait la particularité des services d'investissement et leur extrême complexité.

TITRE 2

LA DISPARITION DES SUCCURSALES APRÈS UNE MESURE DE NATIONALISATION

404. Une problématique toujours d'actualité. La nationalisation peut toucher aussi bien une maison mère qu'une simple succursale. C'est un acte par lequel s'opère le transfert à l'État de biens ou de droits privés aux fins d'exploitation ou de contrôle[1272]. Une nationalisation suscite plus de procès de droit international privé dans les pays étrangers que dans celui où elle a été décidée car l'Etat effectuant la nationalisation n'aura pas la possibilité d'y imposer son autorité. « *Des nationalisations bolcheviques des années vingt aux nationalisations françaises des années quatre-vingt, le phénomène a connu une véritable « explosion » avant de céder la place aux privatisations. La notion de nationalisation est loin d'être homogène : aux nationalisations d'inspiration révolutionnaire ou réformiste, visant avant tout les biens des nationaux, se sont ajoutées depuis les années cinquante les nationalisations liées à la fin de la période coloniale qui frappent principalement les biens étrangers* »[1273]. Si après les années 70, la plupart des Etats en développement ont intégré la nécessité de « séduire » et rassurer les investisseurs étrangers, l'actualité rappelle que les nationalisations ne sont pas pour autant des pratiques d'un autre âge[1274]. Ces dernières années ont été marquées par le retour des nationalisations, à la suite de la crise mondiale[1275]. Cependant, les nationalisations qui ont eu lieu ces dernières années restent particulières : les Etats ont motivé ces décisions par la nécessité du moment et non par une quelconque idéologie. Le souhait des Etats était de

[1272] F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Economica, 1975, p.2.
[1273] B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de droit international privé*, Dalloz, 5e éd., 2006, n°13, p.110.
[1274] J.-M. LONCLE et D. PHILIBERT-POLLEZ, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », *RDAI,* 2009, n°3, p. 267.
[1275] S. MANCIAUX, « Le retour des nationalisations ? », *RDBF* 2009, n° 3, p. 43.

rétrocéder dès que possible les entreprises concernées au secteur privé[1276]. Les nationalisations portent généralement sur les biens situés sur le territoire de l'Etat nationalisant. Mais l'unité qui caractérise le patrimoine peut avoir pour conséquence que la nationalisation vise aussi les succursales situées sur le territoire d'autres pays. Ceci est-il possible ? La nationalisation, acte de souveraineté dans l'Etat de la maison mère, peut-elle étendre ses effets aux succursales à l'étranger? Si nous nous fondons sur le principe d'unité du patrimoine, la réponse ne peut être que positive. Or, quelques arrêts et une partie de la doctrine ont soutenu le contraire en se fondant principalement sur des arguments publicistes. Ces arguments font abstraction de la coopération qui doit régner entre les Etats. Cette coopération fait qu'une nationalisation doit être reconnue par le pays abritant une partie du patrimoine nationalisé (Chapitre 1). Par ailleurs, la nationalisation ne vise pas seulement une maison mère ; elle peut aussi être décidée dans un pays où existe une simple succursale. Dans ce cas la mesure de nationalisation ne peut être que territoriale. Reste à régler le sort des créances issues des activités des succursales et qui seront réclamées par leurs détenteurs à la maison mère située à l'étranger (Chapitre 2).

[1276] S. MANCIAUX, « Analyse de la crise économique actuelle au regard du droit des investissements internationaux », *RDBF*. sep. 2009, n°5, p. 13.

CHAPITRE I

LA NATIONALISATION DE LA MAISON MÈRE ÉTRANGÈRE

405. L'accessoire suit le principal. La nationalisation d'une société peut-elle étendre ses effets à l'étranger et englober les succursales situées sur un autre territoire? Et si la société a été dissoute, les succursales à l'étranger sont-elles condamnées aussi à disparaître ? L'accessoire ne doit-il pas disparaitre avec le principal ? La nationalisation frappant une société peut modifier son statut de différentes manières. Sans que cela soit prévu dans l'acte de nationalisation, les tribunaux français et étrangers ont considéré que le transfert à l'Etat du patrimoine d'une personne morale peut enlever à celle-ci sa raison d'être et entraîner sa dissolution[1277]. En effet, la société primitive se trouve dissoute, sa personnalité morale est éteinte et une nouvelle personne morale lui est substituée qui est, soit l'Etat lui-même, soit la société qui en est l'émanation. En second lieu, l'acte de nationalisation peut comporter lui-même la dissolution des personnes morales et par conséquent leur liquidation. Une telle mesure entraîne normalement la liquidation de leurs succursales aussi. En revanche, l'efficacité d'une telle décision est subordonnée au bon vouloir de l'Etat concerné[1278]. Si les juridictions d'un Etat décident que la nationalisation est licite[1279], qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public local[1280], celle-ci peut étendre ses effets à l'étranger

[1277] Cass. civ. 29 juill. 1929, D.H. 1929, p. 437 ; Cass. req. 4 juill. 1933, *R.C.D.I.P* 1933 p. 632, *J.D.I* 1934, p. 652 ; À l'étranger : Tb. Fédéral suisse, 20 mars 1963, *Juristen Zeitung* 1963, p. 561, note Wengler ; Cour Suprême d'Allemagne, 11 juill. 1934, Jur. Wochenschuft 1934, p. 845.

[1278] P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, L.G.D.J. 8e éd. 2009, p.1225.

[1279] Certes, le plus souvent, un tribunal étranger n'aura pas suffisamment d'éléments de fait pour répondre à la question de savoir si telle entreprise est ou n'est pas nationalisée, v. R. SARRAUTE et P. TAGER, « Hier et aujourd'hui : les effets en France des nationalisations étrangères », *JDI.* 1952, p.532.

[1280] Les juridictions refusent tout effet sur le territoire français aux nationalisations décidées à l'étranger si elles n'ont pas été accompagnées, tantôt, du versement d'une indemnité « juste et

(extraterritorialité de la nationalisation)[1281]. Les succursales situées dans un autre pays doivent alors disparaître car la nationalisation et la dissolution de la maison mère ont été reconnues (Section1). En revanche, si la nationalisation n'est pas reconnue, la partie du patrimoine que sont les succursales à l'étranger se trouve sans maître[1282]. Est-il concevable que ces succursales survivent sans propriétaire? Est-il possible qu'elles puissent exister même après la disparition de leur mère ? La jurisprudence et une partie de la doctrine ont répondu par l'affirmative. Elles ont soutenu que les succursales peuvent survivre en tant que sociétés de fait mais uniquement pour la période nécessaire à leur liquidation. Cette solution reste débattue (Section 2).

préalable » : formule courante entre les deux guerres et reprise, par exemple, par Cass. Civ. 19 mars 1979, tantôt de la fixation préalable d'une indemnité équitable (formule usuelle depuis la Seconde Guerre mondiale et reprise, (par exemple, dans une série d'arrêts de la Cour de cassation du 23 avril 1969, concernant les nationalisations algériennes, *R.C.D.I.P* 1969, p. 730). V. pour l'ensemble de ces questions, P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8e éd. 2009, p. 1225. Aux Etats-Unis le cas s'est présenté lors de la nationalisation de la succursale à Cuba de la *First National City Bank* située à New York. V. G. SPERDUTI, « Des actions judiciaires intentées dans un Etat du chef de nationalisations et d'expropriations opérées dans un autre Etat », *in* Mélanges offerts à Ch. ROUSSEAU, éd. Pédone, 1974, p. 252.

[1281] L'extraterritorialité doit être entendue comme « l'efficacité reconnue à la décision quant aux biens situés hors du territoire de l'Etat qui a procédé à la nationalisation », F. -A.MANN, « *The doctrine of juridiction in international law* », *RCADI* 1964, V 105, p. 1 et s.

[1282] W. LEWALD, « *Das internationale Enteignungsrecht im Licht neuen Schrifttumc 21 Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Rabele Z)* 1956 s. 119-144, cité par I. SEIDL-HOHEMVELDEM, « Confiscation et expropriation en droit international », *JDI* 1956, p. 380.

SECTION 1 :

LA DISPARITION DES SUCCURSALES APRÈS RECONNAISSANCE DE LA NATIONALISATION ET LA DISSOLUTION DE LA MAISON MÈRE

406. Disparition du principal et de l'accessoire. La personnalité morale en tant qu'être unique ne peut être ni répartie ni divisée. C'est l'idée de patrimoine global selon laquelle l'entreprise forme un tout, et ses dépendances à l'étranger comme les succursales ne sont que ses accessoires. Les succursales n'ont pas de personnalité juridique, elles sont une partie intégrante du grand ensemble que constitue la société mère. La disparition de cette dernière doit entraîner normalement la disparition aussi des succursales. La nationalisation qui frappe une personne morale entraînant sa dissolution, frappe également toutes ses dépendances, peu importe leur localisation (souveraineté personnelle). Or, il ne faut pas oublier que la nationalisation est aussi un acte de puissance publique. Elle est régie par le principe de territorialité qui veut qu'une nationalisation étrangère est par elle-même sans effet hors du territoire de l'Etat nationalisant (souveraineté territoriale)[1283]. Un tel principe trouve sa source dans deux arguments : d'abord, la souveraineté étatique, qui fait que chaque Etat est souverain sur son propre territoire ; ensuite, la *lex rei sitae* ou la loi de situation des biens qui fait de la loi de l'Etat nationalisant la loi applicable à tous les biens situés sur le territoire. Malgré la pertinence de ces deux arguments, ils furent critiqués par la doctrine (§1). Cette doctrine a essayé d'influencer la jurisprudence attachée au principe de territorialité des nationalisations afin qu'elle change de position. Ce fut le cas avec succès, car les dernières décisions attribuent un effet extraterritorial aux mesures de nationalisation, à condition d'être reconnues (§2).

[1283] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 6e éd., 1976, II, n° 522, 546 et 552 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 8e éd. 2004, n° 420, p. 562. ; M.-L NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé,* op. cit. , n°41, p. 18.

§1 - LA TERRITORIALITÉ DE LA NATIONALISATION DE LA MAISON MÈRE

D'après une partie de la doctrine, la nationalisation ne peut être que territoriale. Les partisans de la territorialité se sont fondés sur deux arguments : l'un, publiciste, qui fait de la nationalisation un acte de puissance publique ne pouvant s'exercer que sur le territoire de l'Etat qui l'a décidé (A) et un autre, privatiste, selon lequel la nationalisation relève du régime des biens[1284]. La loi de l'Etat nationalisant s'applique en tant que *lex rei sitae* aux biens situés sur son territoire (B).

A. La souveraineté étatique

407. Nationalisation et puissance publique. La souveraineté étatique empêche qu'un Etat, qui nationalise une société puisse nationaliser aussi les succursales de cette dernière situées sur un territoire étranger. Le droit français considère qu'une nationalisation a un effet strictement territorial[1285]. Il n'est guère concevable qu'un Etat exerce ses pouvoirs de coercition sur le territoire étranger. Chaque Etat est souverain sur son propre territoire[1286]. Il ne peut être obligé de collaborer aux décisions prises par un de ses pairs[1287]. La territorialité de la nationalisation a été consacrée formellement par la jurisprudence française : « *une mesure de nationalisation ne peut avoir d'effet que sur le territoire de l'Etat qui la prend* »[1288]. La même conception a été soutenue par la jurisprudence allemande : « *le principe de l'unité d'un patrimoine des entreprises parfois invoqué à l'appui de l'effet extraterritorial des nationalisations ne saurait résister sur le plan*

[1284] L. D'AVOUT*, Rép. International Dalloz*, V° Biens, spéc. n° 88 ; V. aussi V. BONNET, *J.-Cl. International*, Fasc. 550, Biens, n° 108 et 109.
[1285] B. AUDIT, et L D'AVOUT, Droit international privé, préc. n° 796.
[1286] J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 8e éd. Montchrestien, 2008, p. 236 ; P. M. DUPUY, *Droit international public*, 9e éd. Dalloz, 2008, n° 67 et s ; P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 8e éd., L.G.D.J 2009, n° 269 et s.
[1287] C'est que l'Etat de situation refusera en effet régulièrement de collaborer, notamment par la voie judiciaire, à l'exécution de la décision administrative de son homologue étranger qui émettrait directement ou par tiers interposé, des prétentions relativement aux biens situés chez lui. Ce refus de collaboration politique trouve parallèlement un double habillage juridique, un argument publiciste et son doublon privatiste : la souveraineté étatique et la *lex rei sitae*. V. L. D'AVOUT, *Sur les solutions de conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006, p.124.
[1288] Cass. civ., 20 févr. 1979, Sté méditerranéenne de combustible c/ Sonatrach : *RCDIP* 1979, p. 803, note H. Batiffol ; *JCP G*. 1979, II, 19147, concl. GULPHE ; *GAJFDIP*, n°58.

international à la nécessaire territorialité des actes de nationalisation »[1289]. Partant du principe de l'unité du patrimoine des entreprises, la juridiction allemande aboutit à la nécessaire scission des biens des personnes morales par le jeu des actes de souveraineté étatique. D'après elle, les effets des actes étatiques de contrainte sont limités au territoire de l'Etat qui les a pris.

408. Un argument principalement publiciste. La nationalisation est une matière qui intéresse d'abord le droit international public. En nationalisant, l'Etat exerce une prérogative qui lui est propre et cet exercice bénéficie d'une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas. En règle générale, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. Cette conception publiciste, faisant de la nationalisation un acte de puissance publique[1290], a été critiquée. La méthode ne reconnaît compétence qu'à l'Etat de la situation des biens. Elle ne considère ceux-ci qu'isolément (*ut singuli*) et non en tant qu'élément du patrimoine de la personne nationalisée[1291]. Ceci reflète l'autre caractère de la souveraineté. Cette dernière n'a pas que la dimension territoriale, elle a aussi une dimension personnelle puisqu'elle permet à un Etat de nationaliser les personnes morales qui sont sous son allégeance[1292]. La nationalisation de la personne morale doit intégrer aussi les succursales qui sont une partie d'elle.

409. Un argument faible. La territorialité de la nationalisation fondée sur la souveraineté étatique n'est pas convaincante car une distinction doit être faite entre la prise de décision effectivement liée à la souveraineté de l'Etat et le traitement international de son contenu juridique. « *La particularité de la mesure de nationalisation reflétant l'imperium de l'Etat est interne à la décision et ne saurait décider de l'extension de la mesure de nationalisation. Vue de l'extérieur, il ne s'agit néanmoins que d'une décision produite dans un ordre juridique*

[1289] Cour Suprême de la République Fédérale d'Allemagne, 30 janv. 1956, *WM* 1956, p. 360, Doc. 13.
[1290] Qualification admise par la jurisprudence, Cass. civ. 14 fév. 1978, Crédit populaire d'Algérie c/ SAPVIN, *RCDIP* 1980, 707, note P. Mayer ; Cass. civ. 20 oct. 1987, Sté internationale de plantations d'Hévéas, *RCDIP* 1988, p. 727, note P. Mayer.
[1291] B. AUDIT, op. cit. n° 796.
[1292] P. LAGARDE, note sous Cass. civ. 1 juill. 1981, *RCDIP*. 1982, p. 337.

étranger et qu'il faut décider si elle doit recevoir application dans un autre ordre juridique »[1293]. Les motifs de la nationalisation ou la façon dont elle a été prise sont indifférents, ou plus exactement, ils sont sans influence sur la technique d'appréciation de l'efficacité extraterritoriale de la mesure. Que la décision soit prise par une juridiction ou par une autorité non-juridictionnelle, que ce soit l'Etat directement qui agisse sur le patrimoine et non un tribunal dans une affaire purement privée, n'a pas d'incidence sur le problème qui doit être résolu selon la même méthode. Ce sont les juges qui apprécient la licéité d'une nationalisation décidée par un État étranger. Ainsi les juridictions françaises ont considéré que les textes étrangers décidant des nationalisations sont applicables en France dans la mesure où ils ne sont pas inconciliables avec l'ordre public français[1294]. La même solution a été adoptée par la Cour suprême des Etats-Unis[1295].

B. La loi du *situs*

410. La succursale : un bien soumis à la *lex rei sitae*. La nationalisation relève du régime juridique des biens, elle appartient au statut réel et est ainsi soumise au principe privatiste de territorialité exclusive du droit des biens[1296]. La succursale est considérée comme un bien et par conséquent est soumise à la loi du pays de sa situation. Pour déterminer l'effet de la nationalisation, il faudrait préalablement localiser les biens sur le territoire d'un Etat donné. Seuls ceux physiquement situés sur le territoire de l'Etat qui a nationalisé sont susceptible d'être affectés. La conséquence immédiate de la *lex rei sitae* est qu'une nationalisation ne saurait entraîner aucun effet extraterritorial car la propriété *sise* en dehors de l'Etat nationalisant reste soumise à loi de situation du bien. Si les succursales, situées à l'étranger, d'une société française,

[1293] V. notamment M. RAIMON, préc. n° 438, p. 216. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 2010, n° 673.
[1294] C.A Amiens, 25 mai 1970, *Compagnie française de crédit et de banque c. consorts Atard*, J.D.I 1971, p. 86.
[1295] V. *Banco National de Cuba c/Sabbatino*, 376, U.S. 398. Suite à cette décision le Congrès des États-Unis a voté un amendement au *Foreign Assistance Act* prévoyant que, sauf demande du président tenant à des raisons de politique étrangère, les tribunaux américains ne pourront refuser d'apprécier la validité de nationalisations étrangères par rapport au droit international, v. aussi les arrêts rendus dans l'affaire *Banco National* de Cuba c. *First National City Bank* 1971 et 1972, et l'arrêt Alfred Dunhill of London c. Rep. de Cuba et a., 1976, ILM 1976, p. 735. P. DAILLIER, M. FORTEAN et A. PELLET, *Droit international public*, préc. p. 1225.
[1296] L. D'AVOUT, *Rép. International Dalloz*, V° Biens, spéc. n° 88 ; V. aussi V. BONNET, *J.-Cl. International,* Fasc. 550, Biens, n° 108 et 109.

font partie, au regard de la loi française, partie du patrimoine de la société, la soumission de la nationalisation à la *lex rei sitae* conduit à les soustraire à l'emprise de la loi française, donc de l'Etat français. « *Cela demeure vrai alors même que la loi française serait la lex societatis et aurait en tant que telle vocation à régir le statut juridique de la société. La loi française de la nationalisation est applicable, non à titre de lex societatis, mais à titre de lex rei sitae, portée qui est par définition territoriale* »[1297]. Les arguments en faveur d'une territorialité de la nationalisation paraissent excessifs. Ils nient l'existence même d'une nationalisation survenue à l'étranger et considèrent qu'elle n'a pas pu entrainer la dissolution d'une société lorsque l'Etat nationalisant est l'Etat du siège.

§2 - LA RECONNAISSANCE DE LA NATIONALISATION DE LA MAISON MÈRE

411. Un patrimoine sans maître. Qu'il soit justifié par des considérations de droit international privé ou de droit international public, le système jurisprudentiel français entraine des conséquences regrettables quand il est applicable aux nationalisations. Il méconnaît l'essence même de la mesure de nationalisation qui est de viser l'unité économique constituée par l'entreprise[1298]. Parce que l'entreprise constitue une entité, la souveraineté personnelle de l'Etat sur le propriétaire s'étend à la totalité de ses biens. Certains éléments de celle-ci vont se trouver transférés à l'Etat, d'autres non. « *La souveraineté qui s'exerce sur le principal s'étend à l'accessoire* »[1299]. La scission entre biens à l'égard desquels la nationalisation est efficace et biens à l'égard desquels elle est inefficace entraîne des difficultés très grandes lorsque, comme c'est toujours le cas, la personne morale qui a fait l'objet de nationalisation disparaît par ordre de l'Etat qui a nationalisé[1300]. Quel sera le sort des biens situés en territoire étranger ? Si ces biens sont des succursales, quel sera leur sort une fois la mère nationalisée et dissoute ? La limitation de la nationalisation au territoire de l'Etat qui l'a prise

[1297] Y. LOUSSOUARN, R. DRAGO et P. DELVOLVÉ, Consultation, *in* L. FAVOREU, *Nationalisation et constitution*, Economica & P.U.A.M, Paris, 1982, p. 169.
[1298] P. MAYER, note *RCDIP* 1996, p.687.
[1299] B. AUDIT, op. cit. n° 796 ; V. BONNET op. cit. n° 108.
[1300] P. MAYER et V. HEUZÉ, n° 672, p. 512.

peut aboutir à des résultats fâcheux. Des parties du patrimoine, situés à l'étranger se trouveront sans propriétaire et cela donnera lieu à des difficultés juridiques. Ce sont ces arguments qui ont motivé l'abandon de la théorie de la territorialité au profit d'une extraterritorialité[1301]. La nationalisation de la maison mère doit normalement englober les succursales situées à l'étranger. Il faut cependant que l'Etat du lieu de situation de la succursale reconnaisse la mesure de nationalisation (A). Une fois reconnue la décision qui a fait disparaitre la maison mère, les succursales doivent disparaître aussi (B)

A. la reconnaissance de la dissolution de la maison mère après sa nationalisation

412. La nationalisation : une décision à reconnaître. C'est un principe fondamental de la coopération entre Etats et un précepte incontournable du droit international privé, que d'admettre qu'une norme puisse, sous certaines conditions, revêtir une dimension extraterritoriale[1302]. Même les nationalisations, auxquelles on prétend souvent refuser tout effet extraterritorial, sont concernées par cette considération. « *Comme toute norme juridique, elles sont constituées d'un élément impératif, mais aussi d'un élément rationnel, qu'il convient de distinguer et de traiter à leur juste valeur* »[1303]. Pour justifier que la nationalisation ne pouvait avoir d'effet extraterritorial, la doctrine comme la jurisprudence ont longtemps raisonné en termes de conflit de lois[1304]. Comme il a été vu, ils ont fait application ou bien de la loi du for nationalisant ou bien de la loi du lieu de situation des biens. Pratiquement, cela revenait à dire que la nationalisation ne pouvait avoir d'effet qu'à l'égard des biens localisés sur le territoire de l'Etat nationalisant, car c'est dans cette hypothèse que l'opération

[1301] V. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973, p. 212.
[1302] Ainsi, les nationalisations françaises de l'après-guerre ses sont étendues à des éléments de patrimoine situés à l'étranger et qu'elles n'y ont pas rencontré d'objection. V. B. AUDIT, préc. n° 796, p. 659.
[1303] F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Economica, 1975, n° 111, p. 263 ; A. K. BOYE, *L'acte de nationalisation*, 1979, p. 167.
[1304] M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DDE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., n° 41, p. 18 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, op. cit., n° 419, p. 562.

pouvait être conforme à la loi applicable[1305]. La nationalisation entreprise dans un pays A n'est reconnue dans un pays B que si la règle de rattachement de cet Etat B désigne la loi de l'Etat A. Cette règle empêche toute nationalisation à effet extraterritorial, notamment d'entreprise ayant des actifs situées à l'étranger, ou des créances sur débiteurs établis à l'étranger[1306].

413. Eviction de la méthode de conflit de lois. En effet, il n'y a pas de conflit de lois[1307]. Les mesures de nationalisation sont des manifestations immédiates et exacerbées de la souveraineté des Etats qui excluent tout conflit de lois[1308]. La loi applicable à la nationalisation n'existe pas. Quant à la loi de situation d'un bien, son rôle se limite à préciser les effets d'une mesure, elle n'a pas vocation à régir la validité et la portée[1309]. L'action étatique dans le domaine économique obéit, en effet, à des impératifs propres qui ne sont pas ceux qui gouvernent l'application des lois de droit privé[1310], Par conséquent en cas de nationalisation, il ne s'agit pas de savoir entre deux lois éventuellement applicables laquelle il convient de choisir ; une seule loi est évidemment applicable, celle de l'Etat nationalisant[1311]. Le raisonnement, donc, en termes de conflit de lois relève d'une mauvaise méthode comme l'explique P. MAYER : « *les nationalisations sont non pas des règles de droit mais des décisions, au même titre que les jugements. Il convient donc de raisonner en termes de conflit d'autorités. La question correctement formulée n'est donc pas : quelle est la loi applicable à la nationalisation ?, mais la nationalisation est elle efficace en France ? Il ne s'agit pas de choisir entre deux lois éventuellement applicables, mais entre deux attitudes possibles à l'égard d'un seul acte émanant de l'Etat nationalisant* »[1312]. L'acte de nationalisation revêtait un caractère catégorique et

[1305] D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, P.U.F 2007, n° 240.
[1306] L. D'AVOUT, préc. n° 404.
[1307] Même si la jurisprudence a souvent raisonné en termes de conflit de lois : application de la loi réelle, v. Cass. civ. 14 mars 1939, Postasas Ibéricas, S 1939, I, 182 ; Application de la loi de source, v. Cass. civ. 1er juill. 1982, Soc. Total Afrique, *RCDIP* 1982, 336, note Lagarde, *JDI* 1982, 148, note P. BOUREL.
[1308] M. RAIMON, préc. p. 169.
[1309] Ibidem p. 204.
[1310] B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GAJFDIP*, préc. n° 58, p. 541.
[1311] P. BOUREL, note préc. n° 109, p. 159.
[1312] P. MAYER, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, Thèse, 1973, n° 155 et s. et 257 et s. Cette conception n'a pas convaincu tous les auteurs. Selon L. D'AVOUT, « *La théorie de P. MAYER restreint artificiellement la notion de conflit de lois et bride les solutions possibles de ce conflit* », thèse, préc. n° 406 et s.

individuel et devait par conséquent échapper au conflit de lois pour voir son efficacité mesurée selon les paramètres plus libéraux de la méthode de reconnaissance[1313]. Il s'agit donc seulement de déterminer l'attitude de la France à l'égard de cette mesure. Attitude de refus ou d'acceptation[1314]. Lorsqu'elle se veut de portée extraterritoriale, la nationalisation se traduit par l'irruption d'un Etat étranger dans la vie économique de l'Etat du for. La question pour celui-ci est de savoir si cette immixtion est tolérable ou non. C'est ce qu'a décidé le Conseil constitutionnel à propos des mesures de nationalisations prises par le gouvernement français en 1982 : « *les limites éventuellement rencontrées hors du territoire national en ce qui concerne les effets de ces nationalisations constituerait un fait qui ne saurait restreindre en quoi que ce soit l'exercice de la compétence dévolue au législateur par l'art. 34 de la constitution* »[1315]. L'évocation de « *limites éventuellement rencontrées* » laisse entendre la possibilité d'un effet extraterritorial, sans quoi, le terme limites n'aurait pas été utilisé[1316]. L'efficacité de la mesure de nationalisation d'une entreprise à l'étranger et ses effets sur le patrimoine local doit être appréciée selon la seule méthode de reconnaissance[1317]. L'état de droit institué par l'Etat nationalisant est nécessairement ressenti à l'étranger et cet état, cette modification du statut juridique de la société, ou du titulaire des droits appartenant à la société, devra être admis ou repoussé à l'étranger[1318]. Donner aux nationalisations un effet strictement territorial signifierait un refus de coexister avec les Etats étrangers prenant des mesures d'utilité publique. « *Le problème de la reconnaissance de mesures de nationalisation est un problème de droit international privé et la non reconnaissance d'une de ces mesures étrangères se concrétise en une violation*

[1313] D. BUREAU et H. MUIR WATT, préc., n° 240.
[1314] V. BONNET, *J.-Cl. International*, Fasc. 550, Biens, spéc. n° 110.
[1315] D. LINOTTE, « La nationalisation de 1982 », *Rev. dr. pub*. 1982, p. 435 ; P. JUILLARD, « Chronique de droit international économique », *AFDI* 1982, p. 767 ; G. BURDEAU, «La contribution des nationalisations françaises de 1982 au droit international des nationalisations », *RGDIP* 1985, n°1, p.5.
[1316] J. -M. JACQUETT, « la norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *JDI* 1985, p. 373.
[1317] D.BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t.1, *op. cit,* n° 240
[1318] J.-M. JACQUET, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *JDI* 1985, p. 363.

d'un droit subjectif de l'Etat du for »[1319]. Des effets doivent, donc, être donnés à l'étranger à la nationalisation à partir du moment où aucune règle de droit substantielle de droit international n'a été violé par l'Etat nationalisant[1320]. Quand la décision de nationaliser la maison mère est reconnue efficace, la succursale située à l'étranger doit normalement disparaitre.

B. la disparition des succursales après celle de leur maison mère

414. La nationalisation vise un patrimoine, une personne. En ce qui concerne les nationalisations il faut dépasser le réflexe territorial et distinguer selon l'approche adoptée[1321]. Si l'ordre juridique concerné est celui du siège de la société nationalisée, il est normal que la mesure puisse viser le patrimoine dans toute son universalité, celle-ci étant le corollaire naturel de l'unité afférente à l'approche personnelle[1322]. La finalité des nationalisations commanderait que l'Etat puisse s'approprier les biens et les entreprises qui rentrent dans « sa sphère économique », laquelle ne se confond pas avec son territoire[1323]. La nationalisation concerne logiquement tous les actifs et passifs de l'unité économique[1324] indépendamment de leur situation[1325]. M. RAIMON analyse la situation en se référant à la notion de domicile. D'après lui « *fonder la territorialité des nationalisations sur la limitation des pouvoirs de l'Etat, c'est négliger l'intensité de l'élément rationnel contenu dans la décision émanant de l'Etat de domicile. La mise en œuvre technique de l'imperium n'implique pas l'abandon sur le fond de l'élément rationnel en vertu duquel le domicile infiltre toutes les ramifications du patrimoine international. Le droit de souveraineté qui*

[1319] G. SPERDUTI, « Des actions judiciaires intentées dans un Etat du chef de nationalisations et expropriations opérées dans un autre Etat », *in* mélanges offerts à Ch. ROUSSEAU, éd. Pédone, 1974, 261.
[1320] Ibidem p. 367
[1321] V. A. S. EL-KOCHERI, « Les nationalisations dans les pays du Tiers monde devant le juge occidental », *R.C.D.I.P* 1967, p. 263 et s.
[1322] P. JUILLARD, Rép. Dalloz international, V° Nationalisations, n° 23 et s.
[1323] P. MAYER, « Le rôle du droit public étranger en droit international privé français », *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé*, mars 1986, 1991, p. 63 et s. n° 18.
[1324] A. S. EL-KOCHERI, précit. p. 263. L'auteur fait la distinction entre confiscation et nationalisation, « *la première désigne le transfert de propriété portant sur des objets et droits isolés, la seconde en revanche désigne le transfert qui porte sur l'entreprise elle-même considérée comme une entité et aboutissant à une dévolution à titre universel* ».
[1325] P. MAYER, note sous Cass. com. 14 nov. 1995, *RCDIP* 1996, p. 687 : *« La compétence de l'Etat qui nationalise une société doit s'apprécier globalement. Si l'action de l'Etat apparaît légitime, en raison de la localisation de l'entreprise exploitée par la société, il n'y a pas de raison pour que certains éléments soient jugés devoir échapper à son emprise.* »

fonde l'attribution des successions vacantes à l'Etat n'interdit pas que l'Etat du domicile appréhende les biens situés à l'étranger, si l'Etat de situation ne s'y oppose pas. Il n'y a aucune raison pour qu'il en aille différemment en matière de nationalisation »[1326].

415. La mort des succursales après leur mère. La disparition de la personne juridique d'une société doit normalement entrainer celle de ses succursales. Ces dernières, dépourvues de personnalité, ne peuvent exister en dehors de l'existence de leur maison mère. C'est ainsi que certains auteurs, tout en reconnaissant l'importance du problème, considèrent que « *l'existence des sociétés à l'étranger après leur dissolution suite à une nationalisation par un Etat ne peut trouver aucune base juridique solide. Ils concluent alors à la liquidation rapide de toutes les sociétés* »[1327]. Comment admettre, s'interrogent ces auteurs, que des sociétés, n'ayant plus d'existence légale dans leur pays d'origine, puissent continuer à exister à l'étranger ? Comment accorder à ces sociétés une personnalité qui ne peut trouver de fondement ni dans la législation qui, en les nationalisant, la leur a déniée, ni dans la loi qui ne peut admettre leur survie? Dans l'une de ses notes, à l'époque des nationalisations qui ont suivi la prise du pouvoir par le régime soviétique, NIBOYET s'exprimait ainsi : « *Que les sociétés aient cessé d'exister dans l'Etat où ils ont été nationalisées et dissoutes, cela n'est pas douteux, c'est un fait qui s'impose*. *Dés lors comment les sociétés en question existeraient-elles encore légalement en dehors de cet Etat(…) ? Il ne suffit pas que les sociétés étrangères soient reconnues en France*. *Ce n'est qu'une condition à envisager*. *Encore faut-il qu'elles soient valables en elles-mêmes, et ceci n'est plus une question de jouissance de droits, mais touche au respect des droits acquis. Une société russe doit être une société constituée en Russie et existante valablement d'après les lois de ce pays*. *S'il en est autrement comment s'en prévaloir ailleurs ? C'est contradictoire*. *D'une part, il y avait un droit acquis par la loi russe, mais d'autre part cette même loi l'a éteint* »[1328]. SAVATIER avait adopté le même raisonnement : «*les sociétés nationalisées sont privées de l'appui*

[1326] *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé*, préc., n°440.
[1327] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, préc. n° 201 ; Y. LOUSSOUARN, *J.-Cl. International*, Fasc. 564-20, Les sociétés étrangères en France – Reconnaissance et jouissance des droits, n° 67.
[1328] J.-P. NIBOYET, *RDI* 1929, p. 115 ; Sirey 1928, 2, 161.

de leur loi nationale qui les a abolies. Or, l'existence d'une personne morale étrangère en France nécessite une base dans les lois du pays d'origine. Si cette base vient faire défaut, la personnalité juridique doit disparaître. C'est pourquoi les sociétés russes n'existent qu'en tant que masses de biens appartenant aux actionnaires et qu'il faut de toute urgence liquider au mieux de tous les intérêts en présence. »[1329]. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE résumait ainsi la situation : « *Les succursales sont des rameaux poussés sur un tronc. Le tronc étant mort, les rameaux le sont aussi* »[1330]. La majorité des auteurs ont considéré qu'une fois la personne éteinte au pays d'origine nationalisant, elle ne peut continuer d'exister dans un autre pays même en présence de succursales. Il y a cependant une période entre la dissolution de la maison mère à l'étranger et la liquidation des succursales. Une période qui peut des fois être longue. Sous quel statut les succursales peuvent elles survivre pendant cette période ? Et si la décision de nationalisation et de dissolution de la maison mère n'ont pas été reconnues, quel sera le sort des succursales ? Doivent-elles continuer leurs activités ? Ou se transformer en sociétés ayant une personnalité juridique ? La jurisprudence et une partie de la doctrine ont proposé que les succursales survivent en tant que sociétés de fait en attendant leur liquidation.

[1329] Comité de droit international privé, 1934, p.134.
[1330] V. notamment *TCDIP* 1934, cité, p. 157, cité par A. S. EL KOSHERI, « Les nationalisations dans les pays du tiers monde devant le juge occidental », *RCDIP* 1967, p. 266.

Section 2 :
LA SURVIE DES SUCCURSALES EN CAS DE NON-RECONNAISSANCE DE LA NATIONALISATION ET LA DISSOLUTION DE LA MAISON MÈRE

416. Un dilemme. Si les Etats étrangers admettent les décisions de nationalisation, et la dissolution de la maison mère aucune difficulté juridique ne se subsisterait. Les succursales suivront, dans ce cas, le même sort que la maison mère. Les difficultés apparaissent en cas de non reconnaissance des mesures de nationalisation. Si la nationalisation et la dissolution de la maison mère n'ont pas été reconnues par les Etats du lieu de situation des succursales quel sera le sort de ces dernières ? Il appartient à chaque Etat rejetant le principe de l'extraterritorialité des effets des mesures de nationalisation, de décider par application de ses propres normes juridiques, du sort à réserver aux biens se trouvant dans sa sphère territoriale. La jurisprudence française a opté pour une survie des succursales à l'occasion d'une affaire célèbre qui a fait couler beaucoup d'encre : l'« affaire des banques russes » (§1). Les juges français, comme ceux d'autres pays, ont décidé que ces succursales peuvent continuer de vivre sans la maison mère en tant que sociétés de fait (§2).

§ 1 - L'AFFAIRE DES BANQUES RUSSES

417. Une survie. A la suite de la révolution de 1917, le gouvernement soviétique a pris une série de décrets nationalisant les différentes entreprises et ordonnant le transfert de leurs biens à l'Etat[1331]. Certaines de ces sociétés russes, des banques notamment, avaient des implantations dans d'autres pays - notamment la France - sous forme de succursales. Les banques, qui étaient au nombre de six, ont transporté au lieu de situation des succursales le centre de

[1331] Déc. 1er déc. 1917, nationalisant les banques et transférant leur actif et leur passif à la banque d'Etat ; 15 juin 1918 nationalisant les sociétés ; 1er déc. 1918, nationalisant les compagnies d'assurance ; 20 février 1920, transférant à l'Etat les biens de toutes les entreprises privées possédant plus de dix ouvriers. V. Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU et R, SOTOMAYOR, *J.-Cl. International,* Conflit de lois en droit des sociétés, Fasc. 570-40, spéc. n° 288.

leurs opérations. Des administrateurs s'y sont établis, des réunions régulières du Conseil d'administration (*Pravlenié*), aussi bien que du Conseil de surveillance (*Soviet*), s'y sont tenues, le Conseil d'administration traitant au nom de la Banque et dirigeant les affaires de toutes les succursales à l'étranger. Comme ces dernières ne sont que des ramifications ou des parties de la société mère, leur sort a été remis en cause une fois la personne morale disparue[1332]. Certes les événements en Russie ont profondément affecté ces établissements secondaires, en leur enlevant la principale source de leur activité (le siège en Russie) mais les succursales jouissaient d'une certaine autonomie, avaient su se former une clientèle propre et avaient pu réunir quelques actifs pendant les années d'activité normale. Cette clientèle ne les a pas complètement abandonnées après la révolution russe. La disparition des banques en Russie fut compensée par l'arrivée de nouveaux clients russes qui avaient abandonné leur patrie pour venir s'installer à l'étranger. Cependant, rien dans la législation soviétique ne s'opposait à ce que les décrets soviétiques soient appliqués à l'étranger. Au contraire, les décrets dans le domaine des banques prévoyaient que tous les avoirs des banques privées russes devaient passer à l'Etat soviétique. Pourtant, la dissolution n'empêchait pas, en fait, les succursales de continuer à fonctionner à l'étranger et les ayants droits leur avaient donné une organisation nouvelle. Les succursales étaient considérées comme « *un rameau détaché du siège social érigées en être juridique indépendant qui continue à fonctionner grâce à une transposition des structures locales anciennes* »[1333]. Finalement, la vie des succursales n'a pas été interrompue par les événements qui se sont déroulés en Russie. Certes, ces événements ont profondément affecté leurs opérations mais les succursales ont continué à survivre après la mort de leur maison mère. Elles ont pris le statut de sociétés de fait.

[1332] NIBOYET a même appelé ces sociétés des « réfugiées ».
[1333] Y. LOUSSOUARN, R. DRAGO et P. DELVOLVE, op. cit.p. 176.

§2 - LE STATUT DES SUCCURSALES SURVIVANTES APRÈS LA DISPARITION DE LA MAISON MÈRE

418. Autonomie. La disparition des sociétés entraîne celle de leurs succursales. Une telle solution qui paraît évidente en droit interne ne l'est pas en droit international privé. Les succursales, loin de leurs mères, évoluent dans un contexte différent juridiquement et économiquement. L'éloignement géographique leur donne plus d'autonome. Ainsi, à l'occasion des nationalisations des banques russes, où la maison mère se trouvait en Russie et les succursales dispersées dans différents pays, une nouvelle conception a été adoptée par la jurisprudence et qui n'a jamais été admise jusque là. Les succursales peuvent survivre malgré la disparition de la mère. Elles peuvent être considérée comme des sociétés de fait (A). Les gérants et administrateurs peuvent être maintenus dans leurs fonctions et les créanciers peuvent réclamer leurs créances aux succursales (B).

A. Les succursales étrangères : des sociétés de fait

419. Une doctrine favorable à la survie. Si les succursales survivent à la disparition de leur maison mère, sous quel statut continueront leur existence juridique ? Par une construction juridique audacieuse, la doctrine et la jurisprudence ont fait application d'une notion qu'elles avaient réservées jusque là au cas de nullité des sociétés. La société continuait à vivre, après sa dissolution, au lieu de situation de sa succursale comme société de fait[1334]. L'avocat général SEVESTRE s'exprimait ainsi à l'époque de la nationalisation des banques russes : « *La jurisprudence française antérieure à la reconnaissance des Soviets facilitait par tous les moyens la reconstitution et la continuation des anciennes sociétés russes qui exploitaient des succursales* » [1335]. L'existence d'une société de fait est reconnue quand une société est annulée en raison de son irrégularité, sauf si la société est illicite ou atteinte par un vice grave[1336]. A plus forte raison doit-il en

[1334] F. MÜNCH, « Les effets d'une nationalisation à l'étranger », *RCADI* 1959, III, V 98, p. 477.
[1335] Paris 3e ch. 13 juin 1928, *JDI* 1929, 199.
[1336] Ph. MERLE, *Sociétés commerciales,* Dalloz, 2010, n° 67, p. 99. V. aussi pour plus de détails H. TEMPLE, *Les sociétés de fait*, thèse, Sirey, Coll. Bibl. dr. privé, 1975, t. 141 ; A. BOUGNOUX, *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 30-10, Dissolution des sociétés, spéc. n° 126 et s.

être ainsi quand, la société était parfaitement régulière et l'est restée, mais que les circonstances extérieures l'ont mise dans l'impossibilité de fonctionner[1337]. NIBOYET, après avoir soutenu la reconnaissance de la disparition de la maison mère à l'étranger, ajoute « *En ce qui concerne les sociétés ayant conservé leur succursale en France, on peut les assimiler à des sociétés nulles… Elles sont des sociétés de fait….Pour les besoins de leur liquidation elles existent encore (...) Mais il ne devait s'agir là normalement que de la période nécessairement limitée de leur liquidation* ». LEREBOURS-PIGEONNIÈRE a pris la même position en faisant une comparaison biologique des succursales avec les arbres : « *Les succursales étant des rameaux poussés sur un tronc, le tronc ayant été coupé à l'étranger par suite des décrets de nationalisation, il restait ces rameaux qui, par une opération que connaissent bien les viticulteurs, ont pu vivre d'une vie propre et fonctionner en tant que succursale ou agence de fait* »[1338]. D'après HÉMART, « *Inexistantes en Russie, puisque leur mise en liquidation a été complétée par leur expropriation, ces sociétés ont pu continuer d'exister en pays étranger. Elles valent pour ce qu'elles se sont révélées, ce sont des sociétés de fait continuant des sociétés régulières. On doit leur reconnaître la capacité active et passive d'ester en justice. Elles pourront vivre jusqu'au jour où un associé en provoquera la dissolution ou en fera prononcer la nullité* »[1339]. BOUDOIN était aussi favorable au fait que la notion de société de fait est la seule qui soit applicable aux succursales. En pareilles circonstances, il considère qu' « *il s'agit de succursales des anciennes sociétés. Leur activité est soumise aux anciens statuts de la société qui étaient et qui sont restés à la base des succursales. Elles sont gérées par des personnes chargées de la gestion et de l'administration pour le compte de la société* ». Cette opinion a été rejoint par celle du substitut PARIGOT qui s'est exprimé ainsi : «*On peut concevoir jusqu'à un certain point qu'une succursale puisse continuer son existence, de fait tout au moins, en dehors de la société elle-même. En droit, si la société n'existe plus, les succursales ne devraient plus exister non plus. Mais, enfin, il n'en est pas moins vrai qu'en fait une succursale constitue un organisme spécial qui a son siège, qui a son fonds de roulement, qui*

[1337] Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière des sociétés*, Thèse, Rennes, 1947, p. 147.
[1338] Op. cit. p. 157.
[1339] HÉMART, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et de sociétés de fait*, 2e éd. 1926, p.451, note 3.

a sa comptabilité, qui opère dans une région spéciale, qui a une direction, et, par conséquent, dont l'existence peut encore être admise »[1340].

Une autre conception, fondée sur d'autres arguments et qui sera adoptée par la suite par la jurisprudence, a été développée par TAGER et PICARD. D'après ces auteurs, « *Lorsqu'en dehors de la Russie, nous nous trouvons en présence d'une succursale qui fonctionne réellement dans une mesure relativement importante, pour considérer que la société continue son activité avec ses propres biens, le tribunal doit conclure à la continuation de l'existence de la société non parce qu'il s'agit d'une nouvelle société, mais parce que sa dissolution n'a pas été suivie par la disparition de son patrimoine* » [1341].

La doctrine a été donc favorable à une continuation d'existence des succursales après la disparition de la maison mère. Ceci reflète l'autonomie qui caractérise les succursales principalement bancaires. Contrairement aux simples bureaux, les succursales ont pu développer leur propre clientèle. La disparition de la maison mère ne les affecte que juridiquement. Économiquement, les succursales peuvent continuer à survivre. Tel était l'avis de la doctrine. Qu'en était-il de la jurisprudence ?

420. Une jurisprudence hostile à la survie Au début, les tribunaux civils et de commerce ont refusé au début de reconnaitre toute existence, même par voie de succursales, à l'étranger des sociétés ayant disparu en Russie. Ainsi, on pouvait lire dans certaines décisions « *Les succursales à Paris des sociétés russes, dont le siège social est en Russie, n'ayant pas de vie propre, dépendant d'un siège social désormais inexistant, dont la direction ne répond plus aux exigences d'une loi elle-même abolie, n'ont, en dehors des statuts, qu'une existence incertaine et précaire*»[1342]. «*Lorsqu'une société russe a cessé de fonctionner en Russie, que certains de ses administrateurs réfugiés à Paris y ont constitué un conseil d'administration, cette succursale, s'il n'est justifié que le transfert a été opéré régulièrement, n'est pas devenue le siège de l'administration de cette société et n'a pas fait acquérir à celle-ci un domicile légal en*

[1340] Conclusions dans Tb civ. Seine 9 mai 1925.
[1341] Voir *JDI* 1927, p. 349 1928,p. 689 1929,p. 131.
[1342] Tb civ Seine, 23 décembre 1924, *JDI (Clunet)* 1925, p. 419

France »[1343]. Ces arrêts ont refusé de reconnaître une existence aux succursales en l'absence de la maison mère. La jurisprudence a par la suite assoupli sa position.

421. Une jurisprudence favorable à la survie. Une autre décision, influencée sans doute par la doctrine, qui était favorable à une survie des succursales, avait au contraire jugé qu' «*en vertu du décret du gouvernement des Soviets, les compagnies d'assurance n'avaient plus d'existence légale en Russie, que d'autre part, une société, qui est inexistante dans son pays d'origine, ne peut continuer d'exister en pays étranger en l'absence de toute succursale ou de reconstitution dans ce pays*»[1344]. Avec cet arrêt, la jurisprudence commençait d'admettre, même si c'était de manière relative, la survie des succursales après la disparition de leur maison mère. Des années après, les tribunaux ont admis de manière expresse la survie des sociétés au lieu de situation de leurs succursales. Les juges ont décidé que lorsqu'une société qui a disparu en Russie avait en France des succursales qui avaient continué leurs opérations, ces sociétés pouvaient survivre à leur propre disparition sous forme de sociétés de fait[1345]. La suppression de la personnalité morale de la société russe entraîne nécessairement la dissolution des succursales, mais elle a également pour effet de rompre le lien unissant les succursales à la société, ainsi que les succursales entre elles. Le lien entre les succursales et la société mère se trouve non seulement relâché comme lorsqu'intervient une frontière mais totalement rompu. Dorénavant, les succursales sont susceptibles, d'une vie propre dans la mesure que leur reconnaît la loi du pays où elles fonctionnent[1346]. A raison de l'affirmation de ce principe d'indépendance, on assiste à une transformation profonde de la condition des succursales des sociétés russes. « *Ce ne sont plus désormais des succursales mais des sociétés indépendantes dont la personnalité morale doit être appréciée en fonction de la loi locale* »[1347]. La succursale se dépouille ici totalement de sa nature de simple objet de droit, elle devient elle-même sujet de droit et siège d'une société nouvelle. C'est ce qu'a décidé le Tribunal de commerce de la Seine : « *La*

[1343] Tb civ Seine, 15 mai 1925, *Gaz.Pal.*, déc. 1925.
[1344] Tb civ Seine, 9 mai 1925, *JDI (Clunet)* 1925, p.126.
[1345] Bordeaux, 2 janv. 1928, et Paris 13 juin 1928,concl. Av. gén. Sevestre, *JDI* 1929, 199, *R.C.D.I.P* 1929, 97.
[1346] J. GODON, *La notion juridique de succursale*, Thèse, 1944, p. 226 et s.
[1347] Y. LOUSSOUARN, préc. p. 147.

nationalisation des banques russes a eu pour effet de rompre tout lien et toute solidarité avec les agences des dites banques établies en France »[1348]. Le Tribunal civil de la Seine a même permis à la succursale d'ester en justice. Selon les juges, « l*a succursale d'une banque russe existant depuis plusieurs années en France doit, depuis les événements révolutionnaires russes, être considérée comme ayant en France une existence propre et y jouissant d'une représentation effective lui permettant d'ester en justice* »[1349]. Par ces décisions, la jurisprudence, a essayé par ces arrêts de montrer l'autonomie qui caractérise les succursales. Lorsque la maison mère disparaît, les succursales acquièrent plus d'indépendance. Leurs représentants doivent gérer seuls les affaires en rapport avec l'exploitation des succursales sans aucune référence à une maison mère qui, par principe, a disparue.

422. Application de la théorie de société de fait. La jurisprudence française n'était pas très claire dans l'application de la théorie de société de fait aux succursales. Etait-ce la succursale elle-même qui devenait une personne juridique indépendante, reprenant seulement à sa charge les créances et les dettes relatives à sa propre activité et qui se trouvaient, par la disparition de la société mère sans support juridique ? Ou n'était-ce pas plutôt par le truchement de la succursale la société russe toute entière qui revivrait en France ? Les décisions ne le précisent pas toujours. Soit se prononcent pour la première hypothèse, soit pour la seconde. Certaines décisions ont permis à la succursale « *de vivre après la mort de la mère comme s'ils continuaient à faire vivre isolément les cellules d'un cadavre* »[1350]. D'autres décisions sont allées plus loin : la succursale change de nature. Elle prend la place de la société dont elle n'était jusqu'ici qu'un élément, elle retient en elle toute la vie qui s'échappait par ailleurs[1351]. L'application de la théorie de société de fait dans le temps n'était pas très claire non plus. Certains décisions n'ont assigné aucun terme à la survie des succursales en tant que sociétés de fait[1352]. D'autres se sont montré plus réservés[1353]., la succursale ne

[1348] Tb com. Seine 20 août 1924, Mkéidzé c/ Banque Russo Asiatique, *JDI (Clunet)* 1925, p. 385.
[1349] Tb. Civ. Seine, 28 février 1927, *JDI (Clunet)* 1928, p. 686.
[1350] SAVATIER, « Le sort des biens des anciennes sociétés russes en France », *R.C. s* 1935, p. 668.
[1351] Tb. civ. Seine 23 mars 1925*, RCDIP* 1927, p. 352, note P. Tager.
[1352] Tb.civ. Seine 29 juin 1932, *JDI* 1934, p. 663 ; Civ. Paris 13 juin 1928, S, 1928, 2, 161.
[1353] Tb. com. Seine 9 mai 1925, *JDI* 1927 p. 126

pouvant survivre en tant que société de fait que provisoirement. L'existence en tant que société de fait ne doit l'être que pour les besoins de la liquidation. Une fois liquidée, la société doit disparaître définitivement avec ses succursales. C'est ce qui ressort de l'article 1844-8 du Code civil selon lequel « *la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci* »[1354].

L'application de la théorie de société de fait était une solution pour les tribunaux afin d'assurer au mieux la continuité des activités en France. Cette application n'était pas satisfaisante car elle laissait certaines questions sans réponse. Elle a constitué néanmoins une issue des difficultés juridiques qui résultaient de la non reconnaissance de la nationalisation d'une société survenue à l'étranger et qui dispose de succursales en France. Qu'en est-il des réactions des pays étrangers face à la nationalisation des sociétés russes ?

423. La jurisprudence étrangère. A l'étranger, et principalement en Angleterre, les juges ont adopté une solution assez proche de celle de société de fait préconisée en France. Les juges anglais ont d'abord admis que les sociétés dissoutes peuvent continuer de vivre dans le pays où elles disposent de succursales. Ainsi, l'existence d'une succursale londonienne, préalablement enregistrée, permettait le recouvrement de titres déposés en garantie, ou l'action de saisie-arrêt des créanciers anglais contre les débiteurs anglais de la société[1355]. Dans l'une de ses solutions, le Lord Finlay a affirmé : «*Nous avons affaire à une succursale de la banque établie et faisant des opérations dans ce pays. Même s'il avait été prouvé que la banque russe ait cessé d'exister, il ne faudrait pas considérer ce fait comme décisif. La succursale de Londres existe depuis longtemps, elle a fait des opérations en Angleterre, il y a de nombreux actionnaires anglais, des engagements vis-à-vis des sujets anglais sont nés* » « …l*a succursale de la banque russe peut se concevoir comme une association ou partnership de personnes physiques qui ne prend pas fin avec la mort de la*

[1354] A. BOULLOUX, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Rev. des sociétés*, 1994, p. 393 ; E. BORONALD-LESOIN, « La survie de la personne morale dissoute », *RTD.com*. 2003, p. 1.

[1355] *Court of Appeal*, 12 juin 1923, et House of Lords, 24 juillet 1924 (Russian Commercial Bank v/ Comptoir d'escompte de Mulhouse, *JDI (Clunet),* 1924, p. 226 et 1081 ; *Court of Appeal* 30 juillet 1925, (*Sedgwiek Collins v/ Rossia Insurance Company*), *JDI (Clunet)* 1926, p. 489, note J. Schefel.

personne morale étrangère, mais continue pour la liquidation de ses affaires »[1356]. Dans une décision postérieure, Lord Justice Wright décide que « *La reconnaissance du gouvernement des Soviets par le gouvernement anglais ne change rien. Les titres et l'argent n'ont jamais été sous la juridiction du gouvernement des Soviets et ils restent la propriété de la société… » « ….Ces conclusions semblent impliquer que la société a une sorte de double existence ; en Russie elle n'est qu'une personne morale dénuée de toutes fonctions, privée de tous ses biens, une simple ombre tandis qu'ici elle possède des actifs, des directeurs des membres et elle est capable de faire des actes juridiques…*»[1357]. Cette conclusion se rapproche beaucoup de la théorie des sociétés de fait appliquée par la jurisprudence française. La seule différence est que les tribunaux français ont tendance à voir dans les succursales des sociétés russes des sociétés de fait continuant les sociétés régulières russes. La jurisprudence anglaise, quant à elle, voit dans ces succursales la société russe elle-même.

La jurisprudence allemande a aussi admis la survie des succursales. Elle a généralisé cette conception en estimant que les sociétés dissoutes par mesure de nationalisation continuent à exister dans chaque pays où il se trouve une partie de leur patrimoine. La scission de la personne morale a suscité des polémiques au sein de la doctrine allemande[1358] mais elle a été justifiée par le fait que les mesures de nationalisation n'atteignent pas le patrimoine situé dans les autres pays, et par l'idée que pour sauvegarder ce patrimoine il est indispensable de maintenir la personnalité juridique de la société à laquelle il appartient[1359]. La jurisprudence belge a aussi tiré des conséquences de la disparition de la société dans son pays d'origine[1360]. Contrairement à la jurisprudence française, la jurisprudence belge a refusé au liquidateur de la succursale parisienne de la Banque russo-asiatique,

[1356] V. A. SOLLOGOUB, *La nationalisation des banques en Russie et ses effets à l'étranger*, Thèse, Paris, 1938, p.203.
[1357] J.H.C MORRIS préc. p. 203.
[1358] *Seidl-Hohenveldern*, l. c. *Jahrbuch für Internationales Recht* 1956, *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Berates* 1958 p. 66 et 122 ; G. BEITZKE, *Probleme der enteignungsrechtlichen Spaltgesellsellschaft, dans Festschrift für Hermann Janssen*, 1958 ; W. LEWALD, *Neue Juristische Wochenschrift 1958, p. 281, Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Berater*s 1958, p. 86 et 148. Cité par F. MÜNCH, *Les effets d'une nationalisation à l'étranger*, préc. p. 476.
[1359] BGH 29. 1. 1959, *Jur. Rundschau* 1959 p. 220, cité par F. MÜNCH, préc. p. 476.
[1360] R. ABRAHAMS, *Les sociétés en droit international privé : recherche du principe d'extraterritorialité*, Paris, Liège, 1957, p. 125 et s.

érigée en société de fait, la possibilité de pratiquer une saisie-arrêt en Belgique[1361]. Les juges belges ont considéré que si la maison mère est morte la succursale n'a plus d'existence. En Suisse, les juges ont décidé que « *l'inscription d'une succursale de la Banque internationale de commerce de Pétrograd au Registre du commerce de Genève n'avait pu lui conférer la personnalité morale. Si la banque avait cessé d'exister en Russie, la succursale qui ne fait qu'un juridiquement et économiquement avec l'établissement principal, ne pouvait lui survivre* »[1362]. En Suède, la Cour suprême, tout en reconnaissant la disparition en Russie de la Banque russe pour le Commerce et l'industrie, a admis la succursale de Paris à faire valoir sa créance contre une banque suédoise, la *Göteborgs Bank* [1363]. Ce panorama montre que nul pays n'est allé aussi loin que la France et l'Angleterre quant au rôle joué par les statuts des sociétés dissoutes. « *Les succursales ont eu une importance qui les a conduit à se muer en sociétés menant désormais une existence distincte de celle de la maison mère* »[1364]. Si en France, les succursales pouvaient avoir le statut de sociétés de fait et parfois une activité plus durable comme celle d'une pure société de fait, ce statut était ignoré dans les autres pays. C'est la raison pour laquelle, en admettant la survie des succursales, les juges étrangers se sont fondés sur d'autres arguments.

424. Une solution mais provisoire. La théorie française de société de fait, comme les théories adoptées par les juridictions étrangères qui lui étaient proches, étaient des palliatifs appropriés pour atténuer les conséquences juridiques néfastes qui découlent nécessairement de la perte de la personnalité juridique des sociétés étrangères nationalisées. C'est la considération de la sauvegarde des intérêts des créanciers sociaux qui a déterminé les tribunaux français à invoquer la théorie de sociétés de fait. La vie des sociétés de fait est une vie précaire et

[1361] Bruxelles, 11 juillet 1936, Benoît c/ National City Bank *Annual Digest*,1935-37, p. 207. V. aussi Cass. Belge, 2 juin 1960, Société anonyme Agebel et Société tchécoslovaque Entreprise Nationale Koh. J. Noor c/ S.A.R.L française Koh. J. Noor, *RIDC*, 1962, 1, p. 31, note J-J. Abrahams, *Rev. crit. Jsp. belge*, 1962, p. 446 et s. note P. Gothot.
[1362] T.F. (2e sect.), 10 déc. 1924 (Hausner c/Banque Internationale de Commerce de Pétrograd), A.T.F., 1924, 2, p. 507, *RC*. 1925, p. 118, note R. Secrétan. V. dans le même sens T.F 4 juin 1926, *JDI (Clunet),* 1928, p. 219.
[1363] Cour Royale de Stockholm, 18 mars 1930, *RCDIP* 1930, p. 695, note Trachtenberg et Cour Suprême, Suède, 26 juin 1931, *Annual Digest*, 1931-1932, p. 142.
[1364] F. BOULANGER, op. cit. n° 72, p. 178.

incertaine. Cette solution n'était que provisoire : elle a permis aux Etats de reconnaitre à la société nationalisée qui a une succursale, qui a une existence suffisamment autonome, la capacité juridique de faire des actes dans l'intérêt de sa liquidation qui pourra être faite par les anciens administrateurs. Il est préférable d'envisager la liquidation des sociétés de fait en leur permettant de se reconstituer régulièrement dans les conditions et les formes de la loi française. Il serait fait apport de l'actif de l'ancienne société à la société nouvelle et les garanties seraient prises en faveur des anciens actionnaires. Pendant la période qui sépare la mesure d'appropriation et l'entrée en possession des biens, le juge peut prendre des mesures conservatoires propres à assurer la gestion et l'administration des biens. Les succursales pouvaient donc continuer leurs activités en tant que sociétés de fait. Mais, sous quel statut les administrateurs des succursales peuvent-ils garder leurs fonctions ?

B. Le sort des administrateurs et des créanciers sociaux

425. Un mandat expiré. Quel est l'avenir des administrateurs ou gérants de succursales en fonction après la disparition de la société mère ? Leurs contrat prend il fin automatiquement ? Leur mandat est il rompu ? A l'époque des nationalisations russes, les administrateurs de succursales des sociétés nationalisées avaient vu disparaître tout actif de la société dont la gestion leur avait été confiée. Seules quelques succursales et quelques biens ont échappé à la confiscation. Trouvant leurs succursales en activité, ces administrateurs ont essayé de continuer les affaires sociales espérant qu'entre temps les événements permettraient de reprendre les opérations normales en Russie. Mais la situation s'est prolongée. Le délai de mandat des administrateurs venait à expiration et il leur était impossible de le faire renouveler. Il était impossible aussi d'abandonner l'administration des succursales car, dans cette activité et dans le développement des affaires à l'étranger, subsistait la seule chance de sauver une partie de la personne morale. De même, si la société doit survivre à l'étranger, il faut bien qu'elle puisse être représentée par quelqu'un en justice, elle ne peut l'être que par ses anciens administrateurs[1365]. La présence des administrateurs, même entachée

[1365] P. TAGER, note sous Cour de Bordeaux, 2 janv. 1928, *J.D.I* 1929, p. 124 ; Tb. com. Seine 12 avr. 1926 et 30 juin 1926, *JDI* 1927, p. 350.

d'une illégalité car les contrats étaient expirés, était nécessaire. Elle permettait de mener à bien les activités de la succursale surtout après la disparition de la maison mère.

426. Le maintien dans l'activité. Au début la jurisprudence a été hostile à la prolongation des pouvoirs des anciens directeurs. D'après elle, « *on ne saurait dire que les pouvoirs des anciens directeurs en exercice, lors de la révolution russe, soient restés en vigueur au point de vue russe, puisque c'est la loi russe elle-même qui a mis fin à ces pouvoirs. Qu'il ne plus donc être question de la représentation légale de la Banque de Sibérie en France par la seule application des statuts* »[1366]. Par la suite, la jurisprudence a reconnu les pouvoirs des administrateurs mais en tant que défendeurs. Elle a décidé que, tant que le mandat n'a pas été révoqué (gérant mandataire), ou le gérant licencié (gérant salarié) il appartient aux pouvoirs judiciaires de se prononcer sur les dits contrats[1367]. Tant que les tribunaux n'ont pas prononcé la déchéance des pouvoirs des administrateurs, ces derniers ont le droit et le devoir de pourvoir aux affaires sociales dans l'intérêt de la conservation de l'actif des sociétés.

427. Les créanciers sociaux. Les créanciers qui étaient en relation avec les succursales même après la nationalisation de la maison mère pouvaient invoquer la théorie du mandat apparent. Ils n'avaient aucun moyen de vérifier les pouvoirs des administrateurs ; ils avaient devant eux des organismes toujours en fonction, ayant à leur tête des personnes dirigeant à titre d'administrateurs des affaires sociales. Mais quels créanciers fallait-il admettre dans la liquidation ? Fallait-il admettre tous les créanciers ou seulement quelques uns d'entre eux ? La solution devait dépendre du point de savoir si on s'arrêtait à la personnalité de la succursale ou si l'on considérait que celle-ci revivait la société toute entière. La jurisprudence française s'est fondée sur le principe d'unité du patrimoine, qui donne un gage commun aux créanciers sur tous les biens du débiteur, pour admettre la production à la liquidation même pour ceux qui n'avaient pas

[1366] Cour de Bordeaux, 2 janvier 1928, *JDI (Clunet),* 1928, p.117.
[1367] P. TAGER, note sous C.A Paris 7 janv. 1928, *JDI* 1928, p. 690.

seulement contracté à travers la succursale française[1368]. Tous les créanciers doivent pouvoir réclamer leurs créances, d'abord à l'Etat qui a nationalisé car ce dernier devait prévoir une indemnisation[1369], ensuite, à la succursale si l'actif en sa possession permet de payer tous les créanciers. L'Etat russe a indemnisé un certain nombre de créanciers. Par suite d'un accord du 27 mai 1997, le gouvernement russe s'est engagé à payer une certaine somme à cet effet. L'article 73 de la loi russe du 2 juillet 1998 décide en conséquence que les opérations de recensement des titulaires de créances mentionnées à l'accord précité se dérouleront selon des modalités fixées par décret[1370]. C'est une grande avancée, après tant d'années écoulées après les premières nationalisations. Les succursales à l'étranger ne pouvaient à l'époque satisfaire toutes les demandes de restitution de dépôts. Elles devaient faire face à un grand nombre de créanciers qui ont fui le régime soviétiques en espérant être indemnisés sur une partie du patrimoine détenu par les succursales. Ces dernières représentaient à leurs yeux la société nationalisée et par conséquent demeurent tenus de payer son passif.

428. Conclusion du Chapitre : une survie. La nationalisation des maisons mères étrangères qui ont des succursales à l'étranger a divisé la doctrine. Si, pour certains, la nationalisation en tant qu'acte de puissance publique ou relevant de la loi du pays de situation des biens ne peut franchir les frontières pour aller s'appliquer sur des succursales situées un autre territoire, pour d'autres, la nationalisation est une décision. Tout dépendra de l'accueil qui lui est fait par l'autre Etat. Si le pays où sont situées les succursales reconnaît la nationalisation et la dissolution de la maison mère, les succursales disparaissent par liquidation. Elles peuvent survivre provisoirement pour les besoins de cette liquidation. Si, en revanche, la nationalisation n'a pas été reconnue, le sort des succursales restera

[1368] Tb. arbitral mixte franco allemand, 30 juill. 1923, *Rec. des tribunaux arbitraux mixtes*, 1923, p. 800 ; Com. Seine, 21 janv. 1935, *JDI* 1935, p. 134. V. aussi Cass. civ. 2 mars 1955, *RCDIP* 1955, p. 496, note Loussouarn.

[1369] Dans le cas contraire, l'Etat nationalisant est susceptible d'engager sa responsabilité internationale, non pas dans le cadre d'un contentieux de l'annulation dont le principe est et demeure étranger à l'esprit du droit international, mais dans le cadre d'un contentieux de la réparation. V. P. JUILLARD, *Rép. International*, V° Nationalisation, n° 20 et s. V. aussi pour les modalités de calcul qui s'avèrent difficiles, B. STERN, *Rép. International Dalloz*, V° Responsabilité internationale, n° 190.

[1370] G. RIPERT, R. ROBLOT, Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op. cit. p.741.

vague. Les succursales sont nécessairement rattachées à une maison mère. Cette dernière n'existe plus, les succursales orphelines, ne devraient pouvoir continuer leurs activités à l'étranger comme si rien ne s'était passé au pays de situation de la mère. Pourtant, l'affaire des banques russes nous a montré que les succursales peuvent survivre. Cette survie, qui prend la forme de société de fait, doit rester, à notre avis, limitée dans le temps. Si les succursales peuvent continuer leurs activités sous forme de sociétés de fait et si leurs gérants gardent leur fonctions, cette situation ne peut durer longtemps. Les sociétés de fait, comme l'affirme M. COZIAN, sont des « *sociétés dégénérées qu'il faut liquider* »[1371]. Les succursales peuvent alors continuer leurs activités mais pour une durée limitée, elles ont la possibilité de se constituer en sociétés et d'acquérir la personne juridique. En ce qui concerne les créanciers, aucune distinction ne doit être faite entre ceux ayant contracté avec la succursale et ceux ayant contracté avec la mère. C'est la conséquence logique du principe selon lequel le patrimoine est le gage commun de tous les créanciers. Ceci suppose que les créanciers réclament leur dus d'abord à l'Etat qui a nationalisé la maison mère ou à la société nationale qui lui a succédé avant de se retourner contre la succursale si l'actif en possession de celle-ci est important.

[1371] M. COZIAN, F. DEBOISSY et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 23e éd. 2010, n° 1256, p. 645.

CHAPITRE 2 :

LA NATIONALISATION DE LA SUCCURSALE ÉTRANGÈRE

429. La nationalisation d'une entité autonome. Le cas étudié ici est à l'inverse de ce que nous avons précédemment examiné. Ici la société mère est supposée être restée à l'abri des emprises de l'État nationalisant et la nationalisation frappe la succursale étrangère. C'est la conséquence de l'effet positif de la nationalisation qui signifie que l'État a le pouvoir de nationaliser tous les biens se trouvant sur son territoire, même ceux appartenant aux ressortissants d'un autre État[1372]. Nombre de textes de droit international[1373] de même qu'une jurisprudence arbitrale[1374] confirment aujourd'hui l'existence du droit que possède tout Etat à prendre des mesures de nationalisation qui frapperaient les biens des ressortissants d'autres Etats. Les biens nationalisés peuvent être des succursales. La nationalisation d'une succursale ne peut être que territoriale. Elle est fondée sur une approche économique, contraire à l'approche personnelle (nationalisation de la maison mère) qui, elle, peut revendiquer une certaine extraterritorialité. L'application de ces règles est aisée lorsque l'on se trouve en présence d'éléments du patrimoine qui présentent le caractère de biens corporels. Il suffit de savoir où est situé le bien, à l'époque de la nationalisation, pour déterminer s'il peut ou non être compris dans cette dernière. La situation est en revanche plus compliquée lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des éléments incorporels[1375]. Le problème s'est

[1372] O. BEAUD, « Nationalisation et souveraineté, la nationalisation comme acte de puissance publique », *L.P.A*, 1995, n° 141, p.15. V. aussi J.-M. JACQUET, *J.-Cl. International*, Fasc. 565-60, Contrat d'Etat, n° 123 et s.

[1373] Une très grande divergence existe entre les diverses résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, bien que les sources de leur inspiration soient divergentes. V. not. Résolution 1803 [XVII], 14 déc. 1962, Résolution 3171 [XXVIII], 17 déc. 1973, Résolution 3281 [XXIX], 12 déc. 1974. P. JUILLARD, préc. n° 20.

[1374] Sentence Texaco-Calasiatic c/ Libye: *AFDI* 1977, p. 452; *JDI* 1977, p. 366.

[1375] V. BONNET, J.-Cl. International, Fasc. 550, Biens, spéc. n° 109 ; V. aussi Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, op. cit. n° 423 et s. p. 581 ; L. D'AVOUT*, Rép. International, Dalloz*, V° Biens, spéc. n° 88.

posé avec acuité pour les créances nées à l'occasion de l'activité des succursales. Un Etat qui nationalise une succursale doit-il intégrer aussi les créances et dettes issues de l'activité de celle-ci? Si, pour certains, la réponse ne peut être que négative, pour d'autres, la succursale est une universalité autonome dont les créances et dettes peuvent être séparées de celles de la maison mère et, par conséquent, doivent être transmis à l'Etat nationalisant (Section1). La controverse sur la localisation des créances a eu lieu surtout à l'occasion des recours des créanciers et des déposants contre la maison mère après nationalisation des succursales. La jurisprudence n'a pas toujours été i claire. Dans certaines de ses décisions, elle a permis aux créanciers et déposants de réclamer leurs dus à la maison mère. Dans d'autres décisions, elle a fait application de la loi de l'Etat nationalisant pour refuser toute demande de restitution de dépôts au siège (Section 2).

SECTION 1 :
LA LOCALISATION DES CRÉANCES LIÉES À L'EXPLOITATION D'UNE SUCCURSALE

430. Une entité autonome. Des créances peuvent naître des activités des succursales étrangères. La nationalisation de ces succursales soulève la difficulté de savoir si les créances, et même les dettes en rapport avec l'exploitation de ces succursales sont nationalisées aussi. Pour résoudre une telle difficulté, certains auteurs ont essayé de localiser les créances. Plusieurs méthodes de localisation ont été utilisées mais une seule paraît convaincante : c'est la méthode de P. MAYER. Cet auteur s'est attaché plus à l'objet même de la nationalisation plutôt qu'à l'endroit où celle-ci a eu lieu (§1). Cette analyse a eu pour résultat qu'une succursale, en tant qu'universalité, peut être nationalisée dans son ensemble, avec un actif et un passif qui lui sont attachés (§2).

§1 - LES MÉTHODES DE LOCALISATION DES CRÉANCES EN RAPPORT AVEC L'EXPLOITATION D'UNE SUCCURSALE NATIONALISÉE

431. Querelle doctrinale. Les créances font partie des biens incorporels. Leur nationalisation suppose une localisation pour s'assurer de leur régime juridique[1376]. La question de la localisation des créances fait toujours débat au sein de la doctrine. Si en droit français et allemand internes la créance est localisée au lieu du domicile du débiteur, une grande partie de la doctrine rattache la créance à sa source c'est-à-dire, soit à la loi de l'acte (loi d'autonomie), quand il s'agit d'obligation contractuelle, soit au fait générateur (*lex loci delicti*) quand l'obligation est délictuelle[1377]. Appliquée aux nationalisations cette localisation est non satisfaisante. D'après P. LAGARDE, « *il paraît peu convaincant de traiter les créances au coup par coup en faisant dépendre leur sort de la loi applicable à*

[1376] L. D'AVOUT, préc. n° 84.
[1377] B.AUDIT, préc. n°781.

leur source (le plus souvent un contrat). Un contrat peut être soumis en vertu de la volonté des parties à une loi étrangère. Est-il vraiment possible de soutenir qu'un Etat ne peut s'approprier une créance lorsque le débiteur est domicilié ou possède des biens sur son territoire sous prétexte que le contrat d'où cette créance est issue serait soumis en vertu de la volonté des parties à une loi étrangère ? Et à l'inverse est-il opportun d'inclure systématiquement dans la nationalisation une créance soumise en vertu de la volonté des parties à la loi de l'Etat nationalisant alors que le débiteur est établi et ne possède des biens qu'à l'étranger ? » [1378] Face à ces contradictions, BATIFFOL a proposé l'application d'une réglementation impérative. D'après lui, « *les rattachements impératifs n'absorbent pas en général la loi d'autonomie* »[1379]. La formule de l'auteur marque une hiérarchie : il y a d'abord la loi impérative, il y a subsidiairement la loi d'autonomie. L'intrusion de la loi impérative n'a rien d'exceptionnel et il est bien admis que les dispositions contraignantes de la loi locale puissent, en interférant avec la loi d'autonomie, bouleverser de manière nécessaire, l'économie du contrat. « *C'est ce qui se produit lorsque le législateur local prend des mesures impératives relatives à la monnaie de paiement. Pourquoi il en serait pas de même en matière de nationalisation ?* »[1380] Ces réserves appellent de leurs vœux une localisation de la créance en fonction du lieu où celle-ci peut être appréhendée. L'important étant moins de déterminer la loi qui régit le bien que de savoir où celui-ci peut être appréhendé[1381]. En matière de créance, on s'attacherait non à la loi qui la régit mais au domicile du débiteur ainsi qu'aux différents pays où celui-ci a des biens saisissables (lieu de situation des succursales par exemple)[1382]. Y. LOUSSOUARN a défendu, quant à lui, une localisation dans l'Etat de la nationalisation. Pour arriver à un tel résultat, il a suivi le raisonnement suivant : « *Il existe un écart entre « la localisation » et « la situation » d'un droit. Seul le régime juridique d'un droit dépend de sa localisation, donc de la loi qui lui est applicable, loi par rapport à laquelle il a été constitué. Dans l'hypothèse des nationalisations ce n'est plus le régime juridique du droit en tant que tel qui*

[1378] Note sous Cass. civ. 1er juill. 1981, *RCDIP* 1982, p. 344.
[1379] Cité par E. SCHAEFFER, note sous Cass. civ. 23 avr. 1969, *RCDIP* 1969, p. 730.
[1380] H. BATIFFOL, préc. n° 613, p. 671. Et Les conflits de lois en matière de contrats, 1938, n° 558.
[1381] P. LAGARDE, préc. p. 345.
[1382] B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GADIP*, préc. n° 58 p. 543.

est en cause, mais bien sa « situation » puisqu'il s'agit de savoir si un acte de puissance publique peut s'appliquer à lui. Le sort des créances et des dettes apparaît comme un effet de la nationalisation. Il est indissociable d'elle. Il relève non de la loi de l'obligation mais de la loi de la nationalisation »[1383]. La localisation des créances selon les sources de leur régime ou en les rattachant à la loi de l'Etat nationalisant n'aboutissent pas à des résultats satisfaisants, nous lui préférons une autre méthode de localisation qui, appliquée aux succursales nationalisées, apporte des solutions plus logiques. Cette méthode, c'est la méthode proposée par P. MAYER.

432. Une autre localisation : la méthode Pierre MAYER. Tenir compte, au moment de la nationalisation, du lieu de situation effective des biens (corporels ou incorporels), peut conduire à des résultats n peu satisfaisants. En ce qui concerne les dettes de la société, l'Etat ne pourrait pas prendre en charge celles en rapport avec l'exploitation de sa succursale « *lorsque la fraction de ce passif est née de contrats devant s'exécuter à l'étranger ou expressément soumis à un droit étranger* »[1384]. C'est le principal reproche fait à l'application de la loi du pays de la nationalisation en tant que loi de situation des biens. Pour déterminer le champ d'efficacité de la nationalisation, il est vain de s'attacher aux caractéristiques des divers éléments de l'entreprise alors que ce ne sont pas eux qui sont visés mais la société elle-même. La méthode qui fait des nationalisations non des lois mais des décisions (méthode dite P. MAYER) a modifié la manière de localisation des biens. Par application de cette méthode « *la localisation d'un bien en cause n'a pas pour objectif de lui appliquer la loi du lieu où il est situé, mais de reconnaître ou non l'efficacité en France de la mesure de nationalisation* »[1385]. Cette méthode a même influencé une décision de la Cour de cassation[1386]. P. MAYER distingue la sphère économique d'un pays de sa sphère

[1383] Y. LOUSSOUARN, « Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes » *JCP* 1968, I, p. 2140.
[1384] Cass. civ. 23 avr. 1969, *RCDIP* 1969, p. 717; *JDI* 1969, p. 912, note Chardenon ; *JCP* 1969, II, 15897, concl. Av. gén. Blondeau ; Paris, 25 juin 1958, *JDI* 1959, p. 1098.
[1385] V. BONNET, *J.-Cl. International*, Fasc. 550, Biens, spéc. n° 110.
[1386] La Cour de cassation ne se réfère pas à la loi qui régit la nationalisation pour apprécier sa conformité à l'ordre public français. Elle prend cette nationalisation comme une « décision étrangère » et vérifie si elle peut la déclarer efficace en France, Cass. civ. 1er juill. 1981, Sté Total Afrique, *RCDIP* 1982, p. 336 ; *JDI* 1982, p. 148.

territoriale. D'après l'auteur, « *la nationalisation doit être fondée sur le premier. Si la sphère économique d'un pays est la somme des activités qui s'y déploient, il faut en conclure que chaque Etat peut nationaliser les seules entreprises dont l'activité s'exerce sur son territoire. Or, tel n'est pas l'objectif d'un Etat nationalisant* »[1387]. Quand il nationalise une société qui a des activités internationales, gérées par des succursales à l'étranger, l'Etat souhaite acquérir la maison mère mais aussi ses succursales qui sont une partie d'elle. Les activités à l'étranger participent aussi pour une grande partie aux bénéfices de la société. L'Etat nationalisant entend bien se les approprier[1388]. Quand la nationalisation porte sur la seule succursale, le souhait de l'Etat nationalisant est de s'approprier aussi les créances et les dettes contractées dans le cadre de l'exploitation de celle-ci, chose qui ne doit pas être compliquée en raison de l'autonomie comptable de la succursale. Cette autonomie comptable n'a pas toujours eu les faveurs de la jurisprudence. Cette dernière lui préféré l'unité du patrimoine qui refuse toute idée de créance rattachée à la succursale et qui puisse être transmise à l'Etat nationalisant.

§2 - LA NATIONALISATION DES CRÉANCES LIÉES À L'EXPLOITATION D'UNE SUCCURSALE

433. L'unité de la personne et du patrimoine. L'unité du patrimoine commanderait de ne pas faire une séparation entre les créances. Seule la maison mère sera considérée comme créancière. La nature des succursales dépourvues de personnalité juridique ne permet pas de leur rattacher une créance ou une dette. Les opérations effectuées par les succursales, qui disposent d'une comptabilité distincte, avec leurs maisons mères ne relèvent que de la gestion interne. En l'état actuel du droit français, l'existence d'une personne morale est le support indispensable à l'existence d'un patrimoine. Il est donc inconcevable qu'une succursale dépourvue de personnalité juridique puisse être créancière en tant que telle. Attribuer une créance à une succursale équivaut à consacrer la validité du patrimoine d'affectation, ce qui peut être considéré comme une atteinte au

[1387] P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préc. n° 277, p. 207.
[1388] P. MAYER et V. HEUZÉ, op. cit. n° 674, p. 504.

principe d'unité du patrimoine[1389]. En 1979 la Cour de cassation a ainsi sanctionné un arrêt d'appel qui a admis que l'Etat algérien puisse nationaliser la créance d'une succursale sur sa maison mère. D'après la Cour « *la nationalisation dont la S.M.C. a été l'objet, n'a pas affecté un établissement indépendant puisque la succursale d'Alger n'avait pas une personnalité juridique propre* »[1390]. Le raisonnement suivi par la Cour de cassation était le suivant : pour savoir si une créance est nationalisée, il faut déterminer si la prétendue créance existe. Il faut consulter la loi selon laquelle elle est censée exister. Les juges de cassation ont constaté que la société était régie par la loi française. D'après cette loi, la succursale n'a pas de personnalité juridique. Il s'ensuit qu'il n'existait pas de liens obligatoires entre la maison mère et sa succursale. Cet arrêt peut se comprendre car il traite des rapports de la succursale avec la maison mère. Le principe d'unité de la personne et du patrimoine empêche que la succursale puisse être créancière ou débitrice de sa maison mère ou l'inverse.

434. Rapports avec les tiers. La solution aurait-elle était la même si la créance qui a été contractée dans le cadre de l'exploitation de la succursale l'a été pour un tiers ? En d'autres termes, la Cour de cassation aurait-elle rattaché la créance ou la dette à la succursale ? Nous ne le pensons pas. Les créances nées sur des tiers dans le cadre de l'exploitation de la succursale peuvent être rattachées à cette dernière et transférer à l'Etat. Les dettes de la société, vis-à-vis des tiers (le passif), nées à l'occasion de l'exploitation de la succursale à l'étranger, doivent être rattachées à cette dernière et prises en charge par l'Etat nationalisant. Les créances ne doivent pas être transférés seules à l'Etat nationalisant, les dettes doivent l'être aussi. Ceci permettra surtout à l'Etat qui a nationalisé de prendre en charge le passif en rapport avec l'exploitation de la succursale. Si le passif est effectivement transmis à l'Etat nationalisant, l'obligation de la succursale étant éteinte, le siège social n'aura pas à y répondre[1391]. La jurisprudence est restée pourtant fidèle au principe d'unité du patrimoine même quand il est appliqué à des situations internationales compliquées comme les nationalisations. La Cour d'appel de Paris a décidé que « *la nationalisation entraîne transfert intégral du*

[1389] Théorie d'AUBRY et RAU. V. nos développements supra n° 132 et s.
[1390] Cass. civ. 20 fév. 1979, JCP 1979, II, 19147 ; *RCDIP* 1979, p. 803, note H. BATIFFOL, *Rev. Sociétés* 1979, p. 857.
[1391] M.-H. BESSIS, « Risque politique et succursales bancaires », préc. p. 48.

passif comme de l'actif à l'Etat nationalisant (…) *Pour qu'il en soit ainsi, il faut que le bien nationalisé soit constitué en unité patrimoniale indivisible de caractère universel, telle une société ayant son exploitation pour objet* »[1392]. Il n'y aura donc transfert du passif, par l'effet des nationalisations, que lorsque ces dernières portent sur des patrimoines entiers, c'est-à-dire pour la Cour, sur des sociétés. Ce cantonnement aux personnes morales seules, n'est toutefois pas satisfaisant.

435. Une solution inadaptée. La nationalisation fondée sur le principe d'unité de patrimoine peut être dangereuse car n'interdit pas à un Etat de nationaliser les biens corporels de la succursale (qui peuvent être des sommes importantes d'argent en cas de succursale bancaire) mais elle peut libérer du passif qui restera à la charge de la maison mère. Certains auteurs qui, en partant de l'idée qu'une nationalisation forme un tout, ont admis que « *lorsqu'il s'agit d'une succursale locale d'une société, dont le siège est à l'étranger, l'Etat nationalisant entend s'approprier non seulement l'actif corporel local, mais aussi les créances et d'ailleurs les dettes liées à l'exploitation de la succursale* »[1393]. Si l'Etat paye les dettes, il entend certainement que tous les comptes créditeurs lui appartiennent[1394]. De plus, le fait de séparer les deux serait injuste. Il serait arbitraire qu'un Etat puisse profiter du solde sans prendre en compte les dettes. Enfin, en pratique, les succursales disposent en général d'une comptabilité propre qui permet de dissocier l'actif et le passif qu'elles ont générés par rapport aux autres éléments patrimoniaux de la société[1395]. Il devait donc être possible de former une universalité, au moins de fait, avec cet actif et ce passif avec un actif et un passif. Seule cette universalité aboutira à fonder une nationalisation juste, où l'Etat profitera de l'actif mais paiera aussi le passif associés à la succursale.

Reste un autre problème juridique à résoudre. Les créances en rapport avec l'exploitation de la succursale peuvent faire l'objet d'une réclamation à la fois par

[1392] Paris 1ère ch. 31 mai 1966, arrêt inédit cité par P. CHARDENON, « Dettes des rapatriés et nationalisations algériennes », *JDI* 1967, p. 314.
[1393] F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, 1975, n° 73 et s. ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, n° 674.
[1394] H. BATIFFOL, préc., p.190.
[1395] Une indemnité doit être versée à la société propriétaire des succursales nationalisées, v. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préc. n° 278.

la maison mère située à l'étranger et l'Etat nationalisant qui désire se les approprier.

436. Rapport succursale et maison mère. Une société mère peut-elle recouvrer les créances nées des activités de sa succursale après que cette dernière a été nationalisée ? La fortune d'une société comprend des créances à l'étranger au lieu de situation de ses succursales. « *En cas de nationalisation de ces dernières, les débiteurs étrangers peuvent se voir exposés à des demandes de paiement provenant aussi bien de la société en question que d'un organe de l'Etat, qui a ordonné la nationalisation* »[1396].

Une distinction est à faire selon que la créance est soumise à la loi du pays du lieu de situation de la succursale ou à la loi d'un pays tiers[1397]. Dans la première hypothèse, la maison mère ne peut recouvrer la créance parce que la loi locale (celle du pays nationalisant) la lui refuse. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a refusé à une banque étrangère qui affirme venir aux droits d'une succursale expropriée toute prétention sur l'actif de la banque française et admet cette dernière à tirer des chèques sur le compte créditeur à elle ouvert dans une banque tierce[1398]. En revanche, si la créance est soumise à une loi d'un pays tiers (exemple : la succursale au Caire d'une société française a été nationalisée, et elle a un compte créditeur dans une banque à Casablanca), la question se pose de savoir si la maison mère française peut-elle demander au banquier de Casablanca de la régler alors qu'en même temps, le même banquier est saisi par l'Etat qui a nationalisé succursale. La réponse dépend de la loi à laquelle est soumis le contrat en vertu duquel la créance est née. « *S'il s'agit de la loi du pays où la nationalisation a été décidée, le juge du pays tiers est fondé à opposer à la société française que la loi gouvernant le contrat a transféré la qualité de créancier à l'organe nouveau. Si, en revanche, la créance est soumise à une loi autre que la loi du pays nationalisant, le juge du pays tiers est obligé de condamner le*

[1396] S. PETRÉN, « La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu », *RCADI* 1963 II Vol. 109, p. 497.
[1397] H. BATIFFOL, « Problèmes actuels des nationalisations en droit international privé », *TCFDI* .P 1962-1964, p. 191.
[1398] C.A Paris, 23 nov. 1961, *D.* 1962, S. 22.

banquier local de se libérer entre les mains de la maison mère puisque la loi applicable au contrat lui a maintenu ses droits »[1399].

La nationalisation des succursales ne pose pas seulement le problème juridique de la localisation des créances nées de leur exploitation : les créanciers qui étaient en rapport d'affaires avec ces succursales essayeront de récupérer leurs créances auprès de la maison mère. Un tel recours est-il possible ?

[1399] H. BATIFFOL, préc. p. 192.

SECTION 2 :
LE RECOURS DES CRÉANCIERS CONTRE LA MAISON MÈRE APRÈS LA NATIONALISATION DE LA SUCCURSALE

437. Une jurisprudence non constante. Quel est le sort des créanciers impayés, qui étaient en rapport d'activité avec une succursale après la nationalisation de celle? Peuvent-ils se saisir de l'actif de la société mère et entrer par là en concours avec les créanciers de cette société ? Par application du principe du patrimoine unique, gage commun de tous les créanciers, le recours est possible contre la maison mère en cas de nationalisation de la succursale. Ceci paraît évident car l'obligation a lié non pas la succursale mais la maison mère. Toutefois, la jurisprudence française n'a toujours été uniforme sur la question. Certaines de ses décisions ont fait application de la loi du pays nationalisant (qui est la loi du lieu de situation de la succursale), comme loi où l'obligation doit être exécutée ou comme loi de police étrangère, pour refuser le recours des créanciers contre la maison mère (§1). D'autres décisions, en revanche, ont fait application du principe de l'unité du patrimoine pour admettre ce recours (§2).

§1 - L'APPLICATION DE LA LOI DU PAYS DE LA NATIONALISATION

438. Loi de police étrangère et lieu de d'exécution de l'obligation. Pour refuser aux demandeurs la restitution de leurs dépôts réclamés au siège d'une banque, la jurisprudence a appliqué la loi du pays de la nationalisation de la succursale en tant que loi de police étrangère[1400]. Selon le tribunal de commerce de Nice, « *la restitution de titres déposés à Tunis entre les mains de la succursale d'une banque française ne peut être demandé au siège de la banque à Paris alors que la succursale a été transférée à une banque de droit tunisien, que la restitution est subordonnée à des conditions fixées par la législation des changes tunisienne compétente en l'espèce et que les titres sont matériellement détenus en France sous dossier tunisien* »[1401]. L'application de la loi de l'Etat de la nationalisation a été défavorable aux déposants. Il aurait été plus judicieux d'abord de vérifier si le pays nationalisant avait indemnisé la société. Dans le cas contraire, c'est à l'Etat de prendre en charge le paiement des dépôts effectués auprès de la succursale nationalisée.

439. En Allemagne. La même solution fut adoptée par les tribunaux allemands. A la suite des mesures prises dans l'Allemagne hitlérienne à l'encontre des biens israélites, de nombreuses succursales allemandes de sociétés d'assurance suisses ont dû verser à l'Etat allemand la valeur des polices souscrites par les assurés juifs. En vain, ceux-ci ou leurs héritiers tentèrent de faire valoir leur créance en capital contre la société-mère après la Seconde Guerre mondiale. Aussi bien les tribunaux allemands que suisses firent observer que, « *par suite du contrôle administratif instauré sur le portefeuille des succursales des compagnies, la créance était réputée localisée au lieu de situation de la succursale, et les créanciers irrecevables à les produire à l'encontre de la société mère* »[1402]. La solution a été généralisée par la doctrine allemande. La créance née d'un contrat

[1400]TGI Seine, 13 avr. 1967, Intrabank, *RCDIP* 1969, p. 68 et Chron. de M. GAVALDA p. 1 ; TGI Paris, 8 mars et 12 mars 1985, *D*. 1985, IR, p. 346, *Rev. Banque* 1985, p. 409.
[1401] Tb. Com. Nice, 18 janv. 1984, Nasswel c/ Crédit lyonnais, v. J. STOUFFLET, Banque et opérations de banque, n° 52 ; v. dans le même sens, CA Paris, ch. 15 sect. B. 1er avr. 2005, Société International Commercial Bank of China, Juris-Data 2005-273660.
[1402] H. FICKER, *Grundfragen des deutschen interlokalen Rechts*, Berlin Tübingen, 1952, p.109.

d'assurance peut toujours être expropriée au siège d'un établissement secondaire habilité par lui-même à conclure des contrats.

§2 - L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'UNITÉ DE LA PERSONNE ET DU PATRIMOINE

440. Transfert des dettes. Pour permettre aux créanciers d'exercer un recours contre la maison mère après la nationalisation de la succursale, la jurisprudence s'est fondée dans certains de ses arrêts sur la notion de patrimoine qui réunit l'ensemble des biens et des obligations d'une personne. L'importance donnée par la Cour de cassation au principe de l'unité du patrimoine apparaît nettement dans ses décisions[1403]. La Cour part du principe qu'un créancier ne doit pas perdre son droit du seul fait de la confiscation de la succursale par un Etat. La succursale n'est qu'une partie du patrimoine global de la société et les créanciers ont un droit de gage général sur celui-ci. Même les mesures de nationalisation qui ont respecté le principe d'indemnisation de la maison mère ne doivent faire échec à ce principe. Quand il s'agit d'une succursale bancaire, seul le principe d'unité du patrimoine garantit aux déposants de récupérer leur argent auprès de la maison mère après la disparition de la succursale. Les droits des déposants ne doivent pas être sacrifiés en raison d'une mesure de nationalisation décidée unilatéralement par l'Etat où se trouve la succursale (lieu du dépôt initial). Les succursales bancaires et d'assurance disposent d'une grande autonomie, mais qui reste insuffisante, du point de vue de la jurisprudence, pour leur accorder une personnalité limitant les recours à elles seules sans viser la maison mère à l'étranger.

[1403] Obs. sous Cass. civ. 23 avr. 1969, *JCP*, G. II, 15897.

441. Dans le secteur bancaire. Aux Etats-Unis, les tribunaux américains ont été favorables à une action contre la maison mère épargnée par la nationalisation. Un arrêt ancien de la Cour Suprême de New York[1404] a fait droit à la demande de remboursement formée par un Russe exilé en Amérique contre une banque new-yorkaise. Le Russe avait versé des dollars à la banque pour obtenir en contrepartie l'ouverture d'un compte en roubles à la succursale de la banque américaine à Petrograd. La *National City Bank*, pour se soustraire à sa dette, invoqua sans succès la fermeture et la nationalisation de sa succursale russe. Il n'était pas question, dit l'arrêt, de « *reporter sur la tête des clients les pertes essuyées par suite de placements malencontreux* ». Les décisions qui ont été rendu par la suite par les tribunaux américains à l'occasion des nationalisations des banques au Vietnam ont retenu la même solution[1405]. En France, d'anciennes décisions ont donné une suite favorable aux réclamations formées par des personnes ayant contracté avec les succursales expropriées de sociétés françaises et qui tendaient à obtenir, en France, de ces dernières, l'exécution des obligations souscrites par des agents des succursales. Les juges ont ainsi permis à un directeur d'une succursale nationalisée de réclamer, au lieu du siège à Paris, le versement de sa pension de retraite. Ils ont même obligé la société de s'acquitter en francs au lieu et place de roubles dévalués[1406]. Il a été décidé aussi que la règle de l'unité du patrimoine s'oppose au « cantonnement » du droit de poursuites des créanciers sur les biens de la succursale, nonobstant l'obligation pour celle-ci de maintenir en Russie une proportion de capitaux correspondant au chiffre de ces opérations[1407]. À l'occasion des nationalisations algériennes, et pour donner une suite favorable aux créanciers, la Cour de cassation a décidé que *« les débiteurs victimes de dépossessions, ne peuvent être libérés de leurs obligations envers leurs créanciers par application d'une loi étrangère contraire à l'ordre public et que le principe*

[1404] Court New York Division of Appeal, mars 1924 – Supreme Court of Appeal, 25 nov. 1924, Annual Digest (2), p. 44, *JDI* 1925, p.443; V. aussi les arrêts *Vishipico Line v. Chase Manhattan Bank* et *Trinh v. Citibank* cités par J. STOUFFLET et G. AFFAKI, « La limitation de la responsabilité du siège pour les engagements de sa succursale », préc., notes de bas de page n° 27 et 28.

[1405] V. nos développements supra n° 245.

[1406] Cour Paris, 28 nov. 1927, Van der Haegen v / Société des Cigares français, *D.H.* 1928. 2. 54 (4e espèce).

[1407] Tb. Seine 11 déc. 1924, Guenod c/ l'Urbaine *JDI* 1972, p. 1066 ; Tb. Com. Seine 25 mai 1925, Crédit national d'Anvers c/ Crédit lyonnais *RCDIP* 1926, p. 30 ; Cour de Paris 18 fév. 1927, Crédit lyonnais c/ Crédit national industriel *D.H* 1927, p. 260.

de l'unité de patrimoine ne peut être écarté (…) Il résultait de la compétence de la loi française et notamment du principe général de l'unité du patrimoine qui s'applique aux personnes morales, que la partie débitrice en vertu de ce contrat, ainsi que sa caution, restent tenues de sa dette envers le créancier, nonobstant la mainmise de l'Etat algérien sur l'entreprise que le débiteur exploitait en Algérie »[1408]. Il résulte expressément de l'arrêt que la survenance d'une nationalisation ne bouleverse pas le rapport entre le créancier et le débiteur qui restent soumis au principe d'unité du patrimoine. Au nom de ce principe, le créancier peut se retourner contre la maison mère pour lui réclamer ses créances issues des obligations qu'il a contractées via la succursale.

442. Dans le secteur des assurances. L'autonomie qui caractérise les succursales d'assurance n'a pas empêché, non plus, les juges d'appliquer le principe de l'unité du patrimoine aux affaires qui portaient sur les nationalisations des succursales. À l'époque des nationalisations égyptiennes, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir fait droit à la demande d'un Français qui avait souscrit au Caire une police d'assurance-vie auprès de la succursale de la Compagnie de l'Union et réclamait le versement du capital à la maison de Paris. D'après la Cour, « *l'assuré avait contracté non pas avec une filiale possédant une personnalité morale distincte de la société française, mais avec les agents de la succursale cairote d'une société française, qui est responsable sur l'ensemble de son patrimoine des obligations consenties en son nom* » [1409]. Les mesures de cession forcée opérés sur les biens de la succursale sont inopposables au client, lit-on dans l'arrêt, et les obligations souscrites au niveau de la succursale expropriée ne sont pas passés, avec l'actif de la succursale confisquée, à l'organisme bancaire égyptien. Cette explication qui refuse de voir, dans l'activité de la succursale, le support d'un patrimoine d'affectation et qui écarte toute idée de cession de dettes, imposée au cocontractant de la succursale, en liaison avec la cession forcée d'actif, se rattache, bel et bien à l'idée d'unité de patrimoine.

[1408] Cass. Civ. 23 avr. 1969, préc. 1er, 2ème et 3ème espèces.
[1409] Cass. 23 oct. 1963, *JCP* 1963, 13434, note Level. Commentaire approbatif H. BATIFFOL, Cours C. H. E.I., 1963, p.193.

443. Autonomie des succursales bancaires et d'assurance. Les décisions jurisprudentielles fondées sur l'unité du patrimoine sont-elles compatibles avec la grande autonomie qui caractérise les succursales bancaires et d'assurance ? Les succursales bancaires, même si elles représentent autant d'avatars d'une personne morale unique, évoluent dans un environnement juridique particulier quand elles sont établies à l'étranger. L'éloignement géographique et la réglementation locale qui leur sont imposées font d'elles des entités presque indépendantes. L'autonomie d'exploitation qui caractérise les succursales est très poussée dans le domaine bancaire et d'assurance. La nationalisation aura-t-elle alors pour conséquence de couper les liens avec la maison mère ? La réponse ne peut être que négative pour la simple raison qu'une succursale n'a d'existence qu'en présence d'une maison mère, du moins juridiquement. De même, l'autonomie des succursales signifie seulement que le recours contre la banque mère ne peut être envisagé qu'après avoir épuisé tous les recours possibles contre la succursale. Certes, ces recours s'avèrent difficiles, voire impossibles, quand c'est l'Etat, personne de droit public, qui s'est appropriée la succursale. Il est dans ce cas fort souhaitable de conclure des traités en matière de nationalisation entre Etats. Les risques de nationalisations et surtout les modalités d'indemnisation doivent être envisagées dans tous les traités bilatéraux et multilatéraux signés. Les sociétés doivent aussi se prémunir contre le risque de nationalisations de leurs succursales à l'étranger, et des recours auxquels peuvent donner lieu après, par la souscription des assurances. Une telle garantie s'est révélée nécessaire depuis que la Cour de cassation a décidé que « *les mesures de dépossession, non plus que l'impossibilité d'exercer un recours tant contre l'Etat français que contre l'Etat algérien, ne sauraient davantage constituer un événement de force majeure libérant le débiteur de ses obligations au sens de l'article 1148 du Code civil, puisque, s'agissant d'une obligation de somme d'argent, l'impossibilité d'exécuter n'était ni absolue ni définitive* »[1410]. D'après les juges, les mesures de nationalisation ne peuvent constituer des cas de force majeure pouvant libérer les banques mères qui restent tenues au remboursement des dépôts. Pour que les nationalisations exonèrent la responsabilité du siège social, il faudra qu'elles ne soient pas jugées contraires à

[1410] Cass. civ. 23 avr. 1969, préc. 2ème espèce.

l'ordre public international par le juge français, et surtout que le passif ait été transféré avec l'actif à l'Etat qui a décidé la nationalisation.

444. Conclusion du Chapitre. **Autonomie**. Un Etat peut nationaliser une succursale d'une société étrangère implantée sur son territoire. Le droit de s'approprier les biens corporels de la succursale ne fait plus aucun doute. Celui, en revanche, de s'approprier des biens incorporels a donné lieu à une controverse. Les créances n'ayant pas d'existence corporelle, certains auteurs ont essayé de les localiser fictivement. Une telle localisation ne peut aboutir qu'à des résultats insatisfaisants. La succursale doit être considérée dans sa globalité c'est-à-dire une universalité avec un actif et un passif. Peu importe la localisation de tel ou tel élément, toutes les créances et toutes les dettes en rapport avec l'exploitation de la succursale doivent être transférées à l'Etat nationalisant. Nous avons montré que dans le cas contraire, l'Etat s'approprierait les comptes d'argent détenus par une succursale bancaire mais ne prendrait pas en charge le passif. La maison mère se trouverait alors lésée. Elle perdrait non seulement une partie de son patrimoine mais elle devrait rembourser les créanciers qui auraient contracté via sa succursale. Le recours des créanciers et des déposants contre la maison mère a été admis par la jurisprudence dans de nombreuses décisions au nom du principe d'unité du patrimoine. La maison a vocation à être indemnisée par l'Etat nationalisant.

Les sociétés doivent être conscientes du risque politique que constituent les nationalisations de leurs succursales. Elles doivent se prémunir contre ce risque en souscrivant des assurances. Certaines clauses (comme la clause de stabilisation par exemple) peuvent aussi être insérées dans des contrats conclus avec l'Etat pour se prémunir contre le risque des nationalisations. Cependant, ces clauses se sont révélées inefficaces face à la souveraineté étatique[1411]. Les sociétés doivent être vigilantes face à cela. Elles ne doivent pas attendre que leurs succursales soient nationalisées pour réagir. Quant aux déposants et les créanciers, ils ne doivent en aucun cas être lésés. Le recours contre la maison mère doit leur être garanti. C'est l'application du principe de l'unité de la personne et du patrimoine

[1411] J.-M. LONCLE et D. PHILIBERT-POLLEZ, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », *RDAI* 2009, n° 3, p. 290.

qui fait qu'un recours contre la succursale resté infructueux doit pouvoir être dirigé contre la maison mère à l'étranger.

445. Conclusion de la troisième partie. **Coopération**. La faillite et la nationalisation peuvent viser des sociétés dont le patrimoine est réparti sur plusieurs territoires. C'est toute la difficulté du patrimoine qui, dépassant le cadre interne, se trouve confronté à une pluralité d'ordres juridiques. L'éparpillement des succursales sur le territoire de plusieurs Etats soulève des difficultés auxquelles le principe de l'unité du patrimoine n'était pas destiné à être confronté. La faillite internationale souffre encore d'un enfermement dans un îlot de résistance à l'internationalisation. Le règlement sur l'insolvabilité communautaire a justement marqué la fin de cet îlot de résistance à l'échelle de l'Europe puisqu'il a ouvert la voie à la coopération et la coordination entre les différentes juridictions saisies. Désormais, la coordination des procédures et la coopération entre les différents organes saisis doit être l'objectif de tous les Etats, et non seulement de ceux appartenant à l'Union européenne. Un juge qui veut que sa décision ait des effets à l'étranger doit procéder de la même manière face à une décision étrangère en lui donnant effet sur son territoire. Le règlement communautaire sur l'insolvabilité n'est qu'une étape au sein de l'Union européenne qui aspire à unifier les procédures d'insolvabilité comme dans le domaine bancaire et d'assurance. En l'état actuel de la législation (non harmonisée), cela paraît difficile les Etats sont trop attachés à leurs souverainetés. Mais le règlement sur l'insolvabilité constitue déjà une grande avancée en matière de faillite. Il serait à présent souhaitable de l'étendre aux pays tiers à l'Union européenne. Cette extension du règlement permettra de faciliter la gestion des faillites transfrontières, le renforcement de la stabilité du système financier international et la simplification de la vie des praticiens en diminuant les disparités entre les règles applicables aux faillites communautaires et faillites non communautaires. Telle seront les solutions, à notre sens, aux conflits entre juridictions ayant prononcé la faillite d'une société à la fois dans le pays du siège et dans le pays de la succursale.

La disparition d'une succursale à la suite d'une mesure de nationalisation soulève, quant à elle, d'autres problèmes juridiques : un affrontement peut avoir

lieu entre la loi du pays du siège et celle du pays de la succursale. Quand la nationalisation intervient et qu'elle vise la maison mère, le pays nationalisant souhaite généralement étendre cette mesure aux succursales à l'étranger. La difficulté naît du fait que les Etats sur le territoire desquels sont situées les succursales n'apprécieront pas l'intervention étrangère. Certaines décisions de la jurisprudence et une partie de la doctrine ont alors proposé un effet strictement territorial des nationalisations. Ces dernières étant traitées comme soulevant un conflit de lois, elles ne peuvent s'appliquer, d'après eux, qu'aux biens situés sur le territoire où est intervenue la nationalisation. Ce raisonnement en termes de conflit de lois n'aboutit pas à des résultats satisfaisants. Nous lui avons préféré celui faisant des nationalisations des décisions susceptibles de reconnaissance. Ainsi, la nationalisation qui vise une unité, un patrimoine, sera reconnue au pays de situation de la succursale si elle n'a pas été contraire à l'ordre public. Si la société a été dissoute, la succursale doit disparaître aussi ; une succursale est nécessairement rattachée à une maison mère. Si, en revanche, la décision de nationalisation n'a pas été reconnue (car contraire à l'ordre public faute d'indemnisation, par exemple), la succursale peut survivre mais pour une durée limitée qui est nécessaire à sa liquidation. La succursale doit, par la suite, se transformer en personne morale. Ceci ne doit pas être difficile dans un secteur comme la banque ou l'assurance où les succursales disposent déjà d'une dotation en capital et d'une clientèle spécifique. En revanche, quand la nationalisation intervient au pays de la succursale, elle doit rester territoriale. Cette territorialité est la conséquence du fait que la succursale n'est qu'un chef de compétence secondaire. La principale difficulté juridique, dans ce cas, concerne le sort des créanciers et la possibilité de recours contre la maison mère. La jurisprudence n'a pas été uniforme sur cette question. Certains arrêts ont débouté les créanciers, d'autres leur ont donné satisfaction. Les créanciers ne doivent pas perdre leurs droits après une mesure de nationalisation de la succursale. Idéalement, l'Etat qui a nationalisé une succursale devrait prendre en charge l'ensemble des dettes en rapport avec l'exploitation de ladite succursale. Si l'Etat profite de l'actif, il doit payer aussi le passif. Si le passif n'a pas été pris en charge par l'Etat, les créanciers et déposants doivent réclamer leur dû à la maison mère. Cette dernière est dans l'obligation d'exécuter l'obligation.. Les maisons mères doivent, pour

éviter cela, se protéger contre les nationalisations là où sont implantées leurs succursales. Elles doivent se renseigner sur les probabilités qu'un tel risque survienne et si des traités ont été conclus en la matière. Elles doivent souscrire des assurances au cas où la nationalisation aurait eu lieu au pays de la succursale et qu'elles se trouveraient, par conséquent, non seulement dépossédées de leurs succursales mais aussi face à des créanciers qui leur réclameraient les dépôts.

La disparition des succursales après une faillite ou une nationalisation a soulevé et continuera de soulever des difficultés juridiques au plan international et européen. Les législateurs des différents pays doivent envisager sérieusement des réformes de leurs droits des faillites en intégrant des procédés de coopération. Ils doivent aussi signer des accords sous forme de traités pour atténuer les conséquences désastreuses des nationalisations sur les sociétés à succursales et sur les tiers qui étaient en relation d'affaire avec ces succursales des sociétés.

CONCLUSION GÉNÉRALE

446. L'affrontement : approche économique et approche personnelle. Démontrer que les succursales de sociétés situées à l'étranger présentent une autonomie particulière était l'objectif de notre étude. Contrairement à leurs consœurs qui sont situées dans le même pays que la maison mère, les succursales situées à l'étranger se créent, fonctionnent et disparaissent dans un autre environnement juridique. Les liens forts qui unissent la maison mère et ses succursales internes sont distendus. Toutefois, l'autonomie n'est pas totale. L'hypothèse d'application des règles issues de l'environnement juridique de la maison mère est toujours présente. En raison de leur caractère ambivalent, entre dépendance et autonomie, et de leur situation dans un territoire autre que celui de la maison mère, les succursales étrangères subissent la cohabitation entre extraterritorialité (celle des règles de leur pays d'origine) et territorialité (celle des règles de leur pays d'accueil). D'un côté, le pays où est située la succursale impose ses lois, de l'autre, le pays où est située la maison mère donne un effet extraterritorial à ses règles. Pour le premier pays (celui de la succursale), la volonté de garder une mainmise sur les activités exercées sur son territoire impose cette territorialité. Pour le second pays (celui de la maison mère), le principe d'unité de la personne et du patrimoine entre la maison mère et ses succursales exige cette extraterritorialité.

Le droit français et la jurisprudence sont très attachés au principe de l'unité de la personne et du patrimoine, malgré les multiples entorses qu'il subit ces dernières années. S'agissant des succursales étrangères, leur éloignement géographique n'est nullement pris en considération. Les succursales restent attachées à leur maison mère même si elles sont situées à l'étranger. Pourtant, des règles sont applicables territorialement à ces succursales. Ainsi le caractère étranger des succursales explique le durcissement des conditions d'immatriculation dans le pays d'accueil. Dans l'Union européenne, par exemple, les sociétés qui viennent d'un pays tiers doivent remplir des conditions spécifiques pour créer des succursales dans un Etat membre. Elles doivent être capables d'assurer aux personnes en relation d'affaires avec ces succursales la protection nécessaire. Dans les domaines réglementés comme ceux de la banque

et de l'assurance, des agréments et licences sont nécessaires pour que les dirigeants puissent accéder à ces activités exercer et exercer au sein d'une succursale. Le contrôle et la supervision se font aussi territorialement. Il faut signaler cependant que « *le contrôle prudentiel a eu pour conséquence l'internationalisation des banques qui trouvent toujours ailleurs des Etats où la réglementation est moindre* »[1412]. La territorialité n'est donc pas la solution idéale en raison de la fragmentation qu'elle implique et des arbitrages qu'elle permet. Elle reflète l'approche économique qui privilégie l'implantation matérielle et l'activité commerciale : à partir du moment où la succursale exerce une activité sur un territoire étranger, l'application des lois de ce pays peut s'imposer pour le meilleur d'abord car cela permet de contrôler les activités de la succursale, mais aussi pour le pire car les dirigeants seront toujours tentés d'aller s'implanter dans des Etats plus accueillants car offrant une réglementation plus favorable.

L'approche personnelle, quant à elle, privilégie la personne. Seule compte la personne juridique, c'est-à-dire la société dans son ensemble. Les lois du siège doivent s'appliquer à toutes les ramifications, peu importe où elles se trouvent. La loi de la maison mère peut avoir un effet extraterritorial. Par exemple, elle peut s'appliquer en tant que loi de police étrangère. Des mesures d'exécution peuvent aussi se voir conférer une efficacité extraterritoriale. C'est le cas des saisies de sommes d'argent déposées dans des comptes tenus par des succursales à l'étranger. L'extraterritorialité de la saisie effectuée auprès du siège est fondée principalement sur l'absence de personnalité juridique des succursales. Enfin, en cas de difficultés de la société à succursales et l'ouverture de procédures à la fois dans le pays du siège et dans celui de la succursale, l'affrontement entre approche territoriale et approche extraterritoriale ressurgit. Chaque juge souhaite imposer sa procédure à l'autre car chacun d'eux se préoccupe d'abord des créanciers et des salariés locaux. Chaque juge prétend étendre sa procédure afin de désintéresser ces créanciers. Cette situation de conflit entre juridictions est bien connue en cas d'ouverture de procédures parallèles. Les difficultés soulevées par les activités des succursales étrangères ne sont que la conséquence de l'affrontement de l'extraterritorialité et de la territorialité. Faut-il, pour autant, choisir l'une contre

[1412] H. ASCENSIO, « Les activités internationales des banques : liberté ou contrôle ? », *JDI*, 2, 1993, p. 262

l'autre? La réponse est négative car la solution ne peut être trouvée que dans la coopération dont le législateur européen est l'instigateur.

447. La solution européenne : une harmonisation à achever. Au sein de l'Union européenne, les Etats membres ont tiré les leçons des difficultés qui sont la conséquence du manque d'harmonisation. Dans le secteur bancaire et dans celui de l'assurance, l'harmonisation a été extrêmement poussée et la reconnaissance ou la confiance mutuelle entre les pays membres a fait que les lois du pays d'origine (pays du siège, de la maison mère) peuvent « s'exporter » vers les autres pays où sont situées les succursales. Ainsi, les conditions d'immatriculation des succursales ont été harmonisées entre les pays membres et, dès lors, la demande d'un agrément ou d'une licence ne sont plus nécessaires pour implanter des succursales dans d'autres Etats membres. Le contrôle des succursales est assuré principalement par l'Etat membre d'origine. En cas d'insolvabilité d'un établissement de crédit ou d'une société d'assurance à succursales, une seule procédure d'insolvabilité est ouverte au pays du siège. Cette procédure aura des effets dans tous les Etats où sont situées des succursales.

Cependant, l'extraterritorialité de la loi du pays d'origine n'est pas totale. Le pays d'accueil (pays de la succursale) surveille aussi les activités exercées sur son territoire[1413]. Dans le secteur bancaire, les succursales demeurent soumises aux règles de liquidité, de politique monétaire et d'intérêt général du pays d'accueil. Cela révèle le fait que, malgré la confiance qui règne entre les pays membres, la souveraineté étatique n'est pas totalement éradiquée. Mais à ce stade déjà, nous pouvons dire que les Etats membres ont réalisé une grande avancée dans la construction d'un marché financier unique. Toutefois, les quelques lacunes que comportent encore certains instruments européens peuvent affaiblir le succès réalisé par l'Europe financière[1414]. C'est le cas par exemple de l'absence de règles sur l'insolvabilité des entreprises d'investissement à succursales. C'est le cas aussi du caractère liquidatif d'une procédure secondaire ouverte au lieu de situation d'une succursale. L'absence de contrôle peut être source de *law shopping*. Le législateur européen doit prendre conscience de l'existence de ces lacunes et

[1413] L. ROEGES, « L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la deuxième directive bancaire », *RDBB,* 1994, n° 43, p. 113.
[1414] M. VASSEUR, « Des aspects juridiques de l'Europe financière et, plus particulièrement, bancaire », *RDAI* 1991, n°2, p. 171

réagir pour les combler. Seule cette réaction assurera le succès de l'harmonisation européenne pour qu'elle serve de modèle hors de l'Union.

A l'échelle internationale, les succursales étrangères sont toujours confrontées aux conflits en raison de l'absence de coopération.

448. La solution internationale : une coopération à initier. Si des efforts considérables ont été effectués au sein de l'Europe financière pour les succursales de sociétés européennes, la situation est encore peu claire pour les succursales de sociétés de pays tiers. Ces succursales sont encore soumises à l'influence de deux, voire plusieurs lois différentes. À notre avis, seule la coopération entre Etats permettra de faire cesser les difficultés juridiques auxquelles donnent lieu le déploiement d'activités par voie de succursale. Les activités s'internationalisent, les succursales se développent et les opérations effectuées par elles, principalement dans le domaine financier, sont de plus en plus complexes. Les Etats ne peuvent plus ignorer la dimension internationale de ces activités. Les lois modèles de l'ONU et les conventions modèles de l'OCDE devraient guider les Etats sur ces points. Ce n'est pas parce que les instruments internationaux ne sont pas contraignants qu'il faut les ignorer. Nous avons montré l'intérêt pour la France de transposer la loi modèle de l'ONU sur l'insolvabilité pour limiter l'affrontement entre les juridictions après l'ouverture de procédures parallèles.

Les activités internationales des succursales illustrent les conflits et les fraudes qui peuvent avoir lieu du fait de la pluralité et de la diversité des ordres juridiques, y compris sur le plan du droit international privé. Si l'uniformisation de ce droit est pour le moment une utopie, il faut néanmoins limiter les situations de conflit. Cette limitation ne peut se réaliser que si les Etats représentés par leurs juridictions sont attentifs à ce qui se produit en dehors de leurs frontières. Si chaque Etat se renferme sur lui-même, la mobilité des sociétés qui est un facteur de croissance, ne pourra pas se développer, encore moins par voie de succursales. De même, si les Etats s'ignorent les uns les autres, ce sera la porte ouverte aux abus et aux fraudes. L'implantation des succursales qui est un moyen pour une société d'étendre ses activités sur d'autres territoires deviendra plutôt un moyen

de fraude par excellence, un moyen parmi d'autres de pratiquer non seulement le *forum shopping* mais aussi le *law shopping* et le *tax shopping*.

BIBLIOGRAPHIE

I.- OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

- OUVRAGES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ème éd., Dalloz, Paris, 2006.

AUDIT (B.), **D'AVOUT (L.),** *Droit international privé*, 6e éd., Economica, Paris, 2010.

BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t.1, *partie générale*, 2e éd.,
PUF, 2010.
. Droit international privé, t 2, partie spéciale, 2e éd., PUF, 2010.

BATIFFOL (H.), *Droit international privé*, L.G.D.J., 1949.

BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), Traité de droit international privé, t.1, 8e éd. 1993, L.G.D.J., Paris.

CACHARD (O.), *Droit international privé*, éd. Pradigme 2011.

CLAVEL (S.), *Droit international privé*, 2e éd., Dalloz, 2010.

GUTMANN (D.), *Droit international privé*, 6e éd., Cours Dalloz, Coll. Droit privé, Paris, 2009.

LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, 9e éd., Précis Dalloz, 2007.

MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, 10e éd., Précis Domat, Montchrestien, Paris, 2010.

MEYZEAUD-GARAUD (M.), *Droit international privé*, 2e éd., Bréal, 2008.

NIBOYET (M-L.) et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, L.G.D.J. 2e éd., 2009.

- OUVRAGES DE DROIT COMMERCIAL ET DE DROIT DES SOCIÉTÉS

BEGUIN (J.), MENJUCQ (M.) et autres, *Droit du commerce international*, Litec, Paris, 2005.

CACHARD (O.), *Droit du commerce international*, L.G.D.J., Paris, 2008.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 23e éd., Litec, Paris,2010.

GAVALDA (C.), PARLEANI (G.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6e éd., Litec, Paris, 2010.

GOLDMAN (B.), LYON CAEN (A.), VOGEL (L.), *Droit commercial européen*, 5e éd., Dalloz, Paris, 1994.

GOURION (P.), PEYRARD (G.), SOUBEYRAND (N.), *Droit du commerce international*, 4e éd., L.G.D.J., Paris, 2008.

GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t.1, Droit commercial général et sociétés, 12e éd., Economica, 2003.

HAMEL (J.), LAGARDE (G.), JAUFFRET (A.), *Traité de droit commercial*, t. 2, Dalloz, 1966.
JACQUET (J.M.), DELEBECQUE (Ph.) et CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international,* 2e éd. 2010.
LEFEBVRE (F.) et autres, *Mémento pratique : Sociétés commerciales*, 2011.
MALHERBE (J.), DE CORDT (Y.), LAMBRECHT (Ph.), MALHERBE (Ph.), *Droit des sociétés*, *droit communautaire, droit belge*, 3e éd., Bruylant, 2009
MENJUCQ (M.), *Droit international et européen des sociétés*, 2e éd., Montchrestien, Paris, 2008.
NOURISSAT (C.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, Dalloz, 2010.
MESTRE (J.) et autres, *Droit commercial : droit interne et aspects de droit international*, 28e éd., L.G.D.J, 2009.
MOUSSERON (J-M.), RAYNARD (J.), FABRE (R.), PIERRE (J-L), *Droit du commerce international*, 3e éd., Litec, 2003.
RACINE (J-B.) et SIIRAINIEN (F.), *Droit du commerce international*, Dalloz,2007.
RIPERT (G.), ROBLOT (R.), DELEBECQUE (P.), GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, t.2, vol.2, *Les sociétés commerciales*, 18e éd., L.G.D.J, 2004.
RIPERT (G.), ROBLOT (R.), SERLOOTEN (P.), *Traité de droit commercial*, t.3, *Droit fiscal des affaires*, 5e éd., L.G.D.J, 1997.
VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, 7e éd., L.G.D.J., Paris, 2010.

- OUVRAGES DE DROIT BANCAIRE
BONNEAU (Th.), Droit bancaire, Monchrestien, 2009.
D. DECOCQ, Y. GÉRARD, J. MOREL-MAROGE, *Droit bancaire*, Revue Banque, 2011.
GAVALDA (C.), STOUFFLET (J.), *Droit bancaire*, 8e éd., Litec, Paris, 2010.
MATTOUT (J-P.), *Droit bancaire international*, 4e éd., Revue Banque, 2009.
NEAU-LEDUC (Ph.), *Droit bancaire*, Dalloz, 2010.
PARTSCH (P. –E.), *Droit bancaire et financier européen*, 2009.
SOUSI-ROUBI (B.), *Droit bancaire européen*, Dalloz, Paris, 1995.
VASSEUR (M.), Droit et économie bancaires, 1, les opérations de banque, 2, Les cours de droit, 1987-1989.

- OUVRAGES DE DROIT FISCAL
AUDIT(E.), *Les impôts en Europe*, 18e éd., Dalloz, 2010.
CASTAGNÈDE (B.), *Précis de fiscalité internationale*, 3e éd., PUF, 2010.
COMMUNIER (J-M.), *Droit fiscal communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2001.
COZIAN (M.), *Précis de fiscalité des entreprises*, 34e éd., Litec, 2010.
DEROUIN (P.), MARTIN (P.), *Droit communautaire et fiscalité*, 2e éd., Litec, Paris, 2008.
DUCCINI (R.), *Stratégie fiscale des contrats internationaux,* Litec, 2006.
GOUTHIÈRE (B.), *Les impôts dans les affaires internationales*, 8e éd., Francis Lefebvre, 2010.
TIRART (J-M), *La fiscalité des sociétés dans l'Union Européenne*, 7e éd., Groupe Revue Fiduciaire, 2006.

- AUTRES OUVRAGES
AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zachariae, 4e éd., t.1, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal, Billard et Cie, Paris, 1869.
BOULOIS (J.) et CHEVALLIER (R-M.), *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, Dalloz, 1999.
COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaires de droit civil français*, 4e éd., Dalloz, 1923.
CABRILLAC (R.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Litec, 2008.
CORNU (G.),
- *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., P.U.F, 2007.
- *Droit civil*, *Introduction*, *Les personnes*, *Les biens*, 13e éd., Montchrestien, 2007.
FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, 5e éd., Litec, 2008
GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et éxécution des jugements en Europe*, 4e éd., L.G.D.J, 2010.
GLASSON (E.), TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire*, de compétence et de procédure civile, t.1 et 2 3e éd., Sirey, Paris, 1926.
GUINCHARD (S.) et MONTAGNIER (G.), *Locutions latines juridiques,* Dalloz, 2007.
LAINGUI (A.), *Adages et maximes de droit*, Litec, 2005.
MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, 2e éd., Sirey, Paris, 1949.
MOURRE (A.), *Droit judiciaire privé européen des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 2007.
MELIN (F.), *La faillite internationale*, L.G.D.J, 2004.
RENAUT (M-H), *Histoire du droit des affaires*, Ellipses, 2006.
ROLAND (H), et BOYER (L),
- Adages du droit français, 4e éd,, Litec, Paris, 1999,
- Locutions latines du droit français, 4e éd., Litec, Paris, 1998.
SOLUS (H.), PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, t.2, La compétence, Sirey, Paris, 1973.
SZRAMKIEWICZ (R.), *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1990.

- OUVRAGES DE DROIT COMPARÉ
BLACHE (D.), *Le droit bancaire des Etats-Unis*, Revue Banque, 2006.
FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997.
FAGES (B.), MENJUCQ (M.), *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et*
français des sociétés, Paris, Dalloz, 2010.
FROMONT (M.), *Droit allemand des affaires*, Montchrestien, 2001.
MORETEAU (O.), *Droit anglais des affaires*, Paris, Dalloz, 2000.
L'HEUREUX (N.), FORTIN (E.), LACOURSIERE (M.), *Droit bancaire canadien*,
Yvon Blais, 2004.
LEFEBVRE (F.),
- *Allemagne*, Memento, Gesellschaftrsrecht (droit des sociétés allemand), Francis Lefebvre, 8e éd., 2007 ; Steuerrecht (droit fiscal allemand), Francis Lefebvre, 2007.
- *Belgique*, Juridique - Fiscal - Social - Comptable, 7e éd., Francis Lefebvre, 2010.

- *Espagne*, Memento, Sociedades Mercantiles (Les sociétés en Espagne), Francis Lefebvre, 6e éd., 2008; Fiscal (La fiscalité espagnole), Francis Lefebvre, 2008.
. *États-Unis*, Juridique - Fiscal - Social - Comptable, 7e éd., Francis Lefebvre, 2001.
.- *Italie*, Memento, Società Commerciali, (les sociétés commerciales en Italie), Francis Lefebvre 2007 ; Fiscale (La fiscalité italienne), Francis Lefebvre 2007.
- *Luxembourg*, Juridique - Fiscal - Social - comptable, 7e éd., Francis Lefebvre, 2009.
- *Maroc*, *Juridique - Fiscal*, 2e éd., Francis Lefebvre, 2002.
- *Royaume-Uni*, *Juridique - Fiscal - Social - Comptable*, 4e éd., Francis Lefebvre, 2008.
.- *Suisse, Juridique - Fiscal - Social - Comptable*, 6e éd., Francis Lefebvre, 2007.

II.- OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

AFFAKI (G.) et autres, *Faillite internationale et conflit de juridictions, Regards croisés transatlantiques*, Bruylant, 2007.
AHOUANDOGBO-TALON (G.), L'affacturage international, Thèse, Clermont 1,
2008.
ANCEL (M-É.), *La prestation caractéristique du contrat*, Thèse, Economica – Collection recherches juridiques, Paris, 2002.
AUDIT (B.), *La fraude en droit international privé*, Thèse, 1974.
AUSCHER (R.), *La législation fiscale applicable aux grands magasins et maisons*
aux succursales multiples, Thèse, Paris, 1923.
BARUCHEL (N.), *La personnalité morale en droit privé*, L.G.D.J., 2004.
BÉGUIN (J.), DEHAUSSY (J.), JACQUET (J-M), MONÉGER (F.), *Un siècle d'étude*
du droit international, Choix d'articles parus au Clunet (1874 – 2000), Litec, 2006.
BLONDEL (M.), *Les succursales à l'étranger des établissements de crédit français*,
Thèse, Orléans, 1908.
BONOMO (S.), *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des états*, Thèse, Aix-Marseille III, 2009.
BOUCARD (F.), *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2002.
BOUALAM (F.), *L'investissement direct à l'étranger : le cas de l'Algérie*, Thèse, Montpellier 1, 2010.
BOUREGHDA (M.), *Les faillites internationales*, Société de législation comparée,
2008.
BOY (L.), RACINE (J-B.), SIIRAINEN (F.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Bruxelles, 2008.
BROALLIER (P.), *Les succursales des établissements industriels et commerciaux*, Thèse, Lyon, 1926.

BUTTY (P.), *Les règles juridiques relatives à l'implantation des filiales et des succursales de sociétés anonymes suisses dans les pays du marché commun*, Thèse, Lausanne, 1983.
CHARIER (P.), *Les sociétés à succursales multiples devant les lois commerciales et fiscales*, Thèse, Toulouse, 1938.
COUDERT (P.), *Le champ d'application territoriale des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement*, Thèse, Clermont 1, 2004.
CURTIL (E.), *Des maisons françaises d'alimentation à succursales multiples*, Thèse, Dijon, 1933.
DALMASSO (T.), *La délégation de pouvoirs*, Paris, Joly, 2000.
DE WOLF (M.), *Souveraineté fiscale et principe de non discrimination*, Bruylant, Bruxelles, 2005.
DIEBOLD (F.), *Les succursales suisses d'entreprises étrangères*, Thèse, Lausanne, 1958.
DOLZER (R.) et SCHREUER (Ch.), *Principles of International Investment* ***Law*****,** Oxford University Press, 2008.
FAILLETTAZ (J.), *Les succursales et les filiales en Suisse*, Thèse, Berne, 1931.
EJAN (M.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008.
GODON (J.), *La notion juridique de succursale*, Thèse, Paris, 1944.
GEGOUT (M.), *Filiales et groupements de sociétés*, Thèse, Paris, 1926.
GIORGINI (G.), *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale*, Paris, Dalloz, 2006.
HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J, 2003.
JACQUES MEGAN (M.), *Le régime des investissements privés étrangers dans l'espace OHADA*, Thèse, Lyon 3, 2009**.**
JACQUET (P.), *La succursale et le gérant des maisons d'alimentation*, Thèse, Lyon, 1934.
LECORRE (P-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2008.
LEGUEVAQUES (C.), *Droit des défaillances bancaires*, Economica, 2002.
LOUSSOUARN (Y.), *Les conflits de lois en matière de sociétés*, Thèse, Rennes, 1947.
MARCELIN (Ch.), *Filiale ou succursale*, Thèse, Paris IX, 1981.
MAROIS (B.), *L'internationalisation des banques*, Economica, 1979.
MASTRULLO (T.), *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Thèse, Paris1, 2007.
MELIN (F.), *Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, L.G.D.J 2008.
MICHOUD (L.), *La théorie de la personnalité morale*, t1, L.G.D.J, 1924.
MOHAMED (K.), *La lettre de garantie à première demande en droit international privé*, Thèse, Paris1, 2004.
MORANCAIS–DEMEESTER (M.-L.), *Les droits professionnels des étrangers non salariés en France*, thèse, Paris II, 1984.
MOREL-MAROGER (J.), *Les opérations de banque en droit international privé*, Thèse, Paris 1, 2003.
MORIDE (P.), *Les maisons à succursales multiples en France***,** *et à l'étranger* Thèse, Paris, 1913.

ORFILAT (G.), *La succursale en droit français*, Thèse, Poitiers, 1967.
RAIMON (M.),
- *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé*, L.G.D.J., 2002.
- Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité L.G.D.J 2007.
REMY (B.), *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008.
RUFFINI (P.-B.), *Les banques multinationales : de la multinationalisation des banques au système transnational*, P.U.F 1983.
STEELS (J.), *La banque à succursales dans le système bancaire des Etats-Unis*, Thèse, Université de Gand, 1926.
TEL (P.), *Le régime fiscal des filiales et succursales de sociétés étrangères, droit belge et perspectives communautaires européennes,* Bruylant, Bruxelles, 1973.
TESSIER (A.), *Le secret professionnel du banquier*, t.1 et t.2, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.
TROCHU (M.), *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Sirey, Paris, 1967.
VIANGALLI (F.), *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

III.- RECUEILS DE COURS

BADIALI (G.), « *Le droit international privé des communautés européennes »*, *RCADI*., 1985, II, Vol.191, p.11 à 181.
DE MAGALHAES (B.), « *La doctrine du domicile en droit international privé »*, *RCADI*., 1928, III, Vol.23, p.1 à 137.
FREYMOND (P.), « Questions de droit bancaire international », *RCADI*, 1970, III, vol. 131, p. 1 à 73.
LOUSSOUARN (Y.), « La condition des personnes morales en droit international privé », RCADI, 1959, I, vol. 96, p. 447 à 550.
PELICHET (M.), « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois, RCADI », 1987, I, vol. 201, p.11 à 210.

- REPERTOIRES, RECUEILS, DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES :

ANCEL (M-É.),
- Le contrat international, Lamy droit du contrat, étude n°167.
-J.-Cl. Banque – Crédit - Bourse, Fasc.1010, Opérations de banque intra-communautaires aspect statutaire.
ALEXANDRE (D.), HUET (A.),
- *Rép. International Dalloz*, v° « Règlement Bruxelles I ».
- *Rép. Communautaire Dalloz*, v° « Compétence, Reconnaissance et exécution (Matières civile et commerciale) ».
ASSIMACOPOULOU (E.), *Dict. Joly Communautaire, v° Fiscalité des sociétés.*
AUDIT (B.), *J.-Cl. International*, Fasc. 535, Fraude à la loi.
AUDIT (M.), *J.-Cl. International,* Fasc. 572-50, Droit des investissements. – Présentation et sources.
BAHANS (J.-M.), *J - Cl. Sociétés*, fasc. 27-50, Publicité des sociétés.
BEDER (P.), *Rép. Sociétés, Dalloz*, v° Registre de commerce et des sociétés.
BERAUDO (J-P.),

- *J.-Cl. International*, Fasc. 631-10, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement (CE) du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, - Généralités et champ d'application.
- *J.-Cl. International*, Fasc. 631-30, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement (CE) du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire -compétence, compétences exclusives, compétence en raison de la matière.
- *J.-Cl. International*, Fasc. 631-40, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Convention de Lugano du 16 septembre 1988. Règlement n° 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000. – Compétence. – Règles ordinaires de compétence.
- *J.-Cl. International*, Fasc. 631-42, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement (CE) du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Règles ordinaires de compétence. Matière autres que les obligations contractuelles.
BERR (C.), *J.-Cl. Civil Annexes*, Fasc. 150, Assurances terrestres - Droit européen des assurances – Cadres généraux.
BONNEAU (T.), *Dict. Joly Communautaire*, v° Banque.
. *J. -Cl. Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. 190, Redressement et liquidation judiciaire, Etablissement de crédit et entreprise d'investissement.
BORDAS (F.), *J.-Cl Banque-Crédit-Bourse, Fasc. 141, Devoirs professionnels des établissements de crédit – Secret bancaire.*
CABRILLAC (M.) et LEBEL (C.), *J. -Cl. Sociétés*, Fasc. 28-40, Succursales.
CARREAU (D.)
- *J.-Cl. Europe*, Fasc.1020, Banques – introduction – Portée « Ratione personae » du droit bancaire communautaire – Accès à l'activité bancaire.
- *J.-Cl. Europe*, Fasc.1021, Banques – Harmonisation des conditions d'exercice de l'activité bancaire – Mise en œuvre des libertés bancaires communautaires.
- *J.-Cl. Europe*, Fasc.1022, Banques – Contrôle prudentiel.
- *J.-Cl. Europe*, Fasc.1023, Banques – Secteur bancaire et droit de la concurrence – Relation avec la clientèle – Marché unique bancaire, perspectives.
- *J.-Cl. Europe*, Fasc. 1030, Bourses et valeurs mobilières – Réalisation d'un marché unique financier.
CESARO (J-F.), *J.-Cl. Contrats - Distribution*, Fasc. 3560, Gérants mandataires de succursales.
CHALARON (Y.), *Rép. Travail Dalloz* v° « Gérants de succursales ».
CONTE (Ph.), *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, Fasc. 75, Sociétés. –Infractions relatives à la législation des sociétés. Règles relatives à la publicité obligatoire destinée aux tiers
COVIAUX (J-C.), *J.-Cl. International*, Fasc. 569-10, Redressement et liquidation judiciaires.
CREN-DENIS (C.), *Dict. Joly Communautaire*, v° Liberté d'établissement et liberté de prestation des services.
DEEN (G.), *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. O-1, Constitution des groupes de sociétés.
DEEN (G.), VAN DERELST (A.), *J. -Cl. Sociétés*, Fasc. C-55, Droit général des sociétés – procédure de constitution des sociétés – immatriculation au Registre du commerce et des sociétés.

DELIGNIÈRES (B.), *J.-Cl. International*, Fasc. 305-10 à 305-75, Impôt sur les sociétés.
DEVAREILLES-SOMMIERES (P.),
- *Rép. International, Dalloz*, v° « Jugement étranger (Matières civile et commerciale) ».
- *Rép. International, Dalloz*, v° « Fraude à la loi ».
DURANTON (G.), *Rép. Sociétés, Dalloz*, v° Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Droit international privé).
FASQUELLE (D.), Dict. Joly Communautaire, v° Services d'investissement.
FOSSIER (T.), *J.-Cl. Banque -Crédit - Bourse*, Fasc. 260, Saisie des comptes bancaires.
FOUCAULT (J-P.), *J..-Cl. International,* Fasc. 353-C, Définition de l'établissement stable.
GAVALDA (C.), *Rép. International Dalloz*, v° Etablissement de crédit et banque.
GERMAIN (M.), *Rép. Sociétés, Dalloz*, v° « Groupes de sociétés ».
GIBRILA (D.), *J. -Cl. Civil*, Fasc. 20, Société. – Dispositions générales. – Immatriculation de la société.
GLOTIN (M-C.), *J. -Cl. Sociétés*, Fasc. C-4, Droit des sociétés - choix de la forme sociétaire, Société européenne.
GOTHOT (P.), LAGARDE (P.), *Rép. International, Dalloz*, v° « Conflits de lois : principes généraux ».
GRANIER (T.), *Rép. Sociétés, Dalloz*, v° Compétence et arbitrage.
GUIMEZANES (N.), *J.-Cl. Civil,* Fasc. 18, Conditions des étrangers en France.
GUYON (Y.), *Rép. Sociétés, Dalloz*, v° « Droit communautaire ».
HEURTEL (E.), PHILIPPE (T.), *J. -Cl. Sociétés*, Fasc. C-58, Création de succursales par une société française ou par une société étrangère.
HEUZÉ (V.), *Dict. Joly Communautaire*, v° Jugement en matière civile et commerciale (Compétence, reconnaissance et exécution).
HUET (A.) *J. -Cl. International*, Fasc. 581-20, 581-21, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux.
HUGLO (J-G.), *J. -Cl. International*, Fasc.164-40, Reconnaissance, établissement et libre prestation des services des sociétés.
IMBERT (L.), *J. -Cl. Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. 1000, Relations financières avec l'étranger.
. *J. -Cl. Sociétés*, Fasc. C-45, Droit général des sociétés - Contrôle des investissements directs.
JACQUET (J-M.), *Rép. International Dalloz*, v° Contrats.
LASSERE CAPDEVILLE (J.), *J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse*, Fasc. 70, La commission bancaire et la supervision des établissements de crédit, des groupes et des conglomérats financiers, - Statut et missions.
LEGROS (J-P.), *J. -Cl. Sociétés*, Fasc. 29-20, Compétence territoriale – Règles légales de compétence territoriale.
LOUSSOUARN (Y.), TROCHU (M.), SOTOMAYOR (R.),
- *J.-Cl. Internationa*l, Fasc. 570-40, Conflits de lois en matière de sociétés.
- *J.-Cl. Internationa*l, Fasc. 570-50, Conflits de juridictions en matière de sociétés.
LUBY (M.), *Dict. Joly Communautaire*, v° Sociétés (Harmonisation des droits nationaux).
MAYER (P.), *Rép. International Dalloz*, v° Lois de police.

MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), *J.-Cl. Europe*, Fasc. 865, Procédures collectives – Règlement (C.E.) n° 1346/2000 du conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.
MENJUCQ (M.), *Dict. Joly Communautaire*, v° Faillite**.**
NICOLAS (V.), *Rép. Sociétés Dalloz*, V° Société et mutuelle d'assurance.
NIBOYET (M-L.), *J.-Cl. Civil*, 2ème App. Art. 1134 et 1135, Fasc. 10, Contrats internationaux, détermination du droit applicable. (II.4.5.1.).
- *J.-Cl. Civil*, 2ème App. Art. 1134 et 1135, Fasc. 20, Contrats internationaux, détermination du droit applicable. (II.4.5.2.).
- *J.-Cl. Civil*, 2ème App. Art. 1134 et 1135, Fasc. 30, Contrats internationaux, détermination du droit applicable. (II.4.5.3.).
- *J.-Cl. Civil*, 2ème App. Art. 1134 et 1135, Fasc. 40, Contrats internationaux, détermination du droit applicable. (II.4.5.4.).
POOL (W.), *Rép. Communautaire Dalloz*, v°Assurance.
RAYNOUARD (A.), *Rép. Communautaire Dalloz*, v° Banque.
SERLOOTEN (P.), *Rép. Sociétés Dalloz*, v° Impôt sur les sociétés.
SCHOLER (P.), *Joly Sociétés,* Traité, v° Publicité (Formalités de).
SIMON (D.), ***Rép. Communautaire Dalloz*****, v° Directive.**
STOUFFLET (J.), *J.-Cl. Banque - Crédit –Bourse*, Fasc.610, Garantie indépendante -garantie bancaire internationale.
STOUFFLET (J.), BOURETZ (E.), SMITH (H.), *J. -Cl. Banque - Crédit - Bourse*, Fasc.120, Banque et opérations de banque en droit international.
SYNVET (H.), *Rép. International Dalloz*, v° Faillite.
- *Rép. International Dalloz*, v° Société.
- *Rép. International Dalloz*, Cahiers de l'actualité, Bilan et perspectives, 3ème chapitre droit du commerce international, Janvier 2006.
QUENAUDON (R.), *J. -Cl. Internationa*l, Fasc. 565-A 10, Les intermédiaires de commerce dans les relations internationales.
VALLANSAN (J.), *J. –Cl. Commercial*, Fasc.110 Registre de commerce et des sociétés.
VALLENS (J. -L.) , *Rép. Communautaire Dalloz*, v° Faillite.
VICHATZKI (S.), *J. Cl. Europe*, Fasc. 830, Droit des sociétés - Protection des tiers (première et onzième directives).
VARII AUCTORES, *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, v° Adoption de la directive sur les services : une étape unique dans le développement du marché intérieur.
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, v° Assurance.
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, v° Banque.
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, v° Convention de Rome.
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, v° Droit d'établissement et libre prestation de services.
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, v° Fiscalité communautaire directe.
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, v° Investissements dans la communauté européenne.
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, v° Sociétés.
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, v° Succursales.

IV- ARTICLES, RAPPORTS, COLLECTIFS

AFFAKI (G.), « Des aspects bancaires dans le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties », in *Un droit moderne pour le commerce mondial*, Congrès célébrant la quarantième session annuelle de la CNUDCI, Vienne 9-12 juillet 2007.

AMPHOUX (M.-H.), « Grandes lignes de la réforme de la réglementation des investissements étrangers en France », *RDAI,* n° 3, 1996, p. 397.

ANCEL (M-É.),

- « Le règlement Rome I, nouvelle pièce du système communautaire de droit international privé », *RLD.civ* Octobre 2008, n°53.

- « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I », *RCIDP* 2008, p.561.

- « Le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles est enfin adopté », *CCE* juill. 2008, alerte 83.

- « Chronique de droit international privé patrimonial, Septembre 2005-juillet 2006 : le calme avant la tempête », *Dr. & patr*., n°154, décembre 2006, p.74.

- « Fourniture des services bancaires et financiers dans l'union européenne », *RLDA* 2002, p.51.

ANCEL (M-É.), KIENINGER (E-M.), C. SIGMAN (H.), « La proposition de règlement Rome I et les effets sur les tiers de la cession de créance », *Bque & dr*., 2006, n°107, 2006, p.39.

AUCLAIR (N.), « Note sur la directive 2009/138 du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et la réassurance et leur exercice Solvabilité II », *RCDIP* 2010, n°3, p. 606.

BACCI (B.), « Stratégie d'implantation géographique des entreprises », *LPA*, 15 mai 2002, n°97, p.17.

BAHANS (J.-M.), « Conditions et effets de l'immatriculation en France des sociétés étrangères », *Bull. Joly Stés*, 2002, n° 3, p. 406.

BALLARINO (T.), « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la cour de justice des communautés européennes », *RCDIP* 2003, n°3, p.373.

BALLARINO (T.), et ROMANO (G. -P.), « Le principe de proximité chez Paul LAGARDE », in *Le droit international privé : esprit et méthode*, mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE, Dalloz, 2005, p. 37.

BARANGER (G.), « Les succursales en France des sociétés étrangères », *Bull. Joly, Sociétés*, 1992, p. 732.

BAUERREIS (J.), « Transfert international de siège au regard du droit communautaire », in *le droit des sociétés en France et en Allemagne face à l'évolution du droit communautaire,* Actes du colloque, Université Robert Schuman, *LPA*, 17 août 2006, n°164, p.3.

BENARD (Y.), « Dissuasion à l'anglaise : la double clef de la fraude à la loi », *RJF*, décembre 2006, p. 1083.

BENNETT (M.), « La mise à jour 2010 du modèle de Convention fiscale de l'OCDE », *Dr. fisc.* 2010, n° 39, p. 500.

BENHAMID (W.), HORCHANI (F.) et CABROL (E.), Droit et pratique des investissements internationaux, chronique de la période du 1er septembre 2007 au 31 janvier 2008, *RDAI*, 2008, n°3, p.404.

BERNUT-POUILLET (A.), « Succursales françaises : réflexions sur les responsabilités respectives du gérant et de la maison mère », *LPA*, 28 juillet 2000, n° 150, p.4.
BEYRET (C.) et MOUSSERON (P.), « Choix de structure des entreprises de distribution », *JCP E*. 2000, n° 5, p. 2.
BLAISE (J-B.), « Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la communauté européenne », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX*^{ème} *siècle*, mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Litec, Paris, 2000, p. 584.
BERTRANDON (J.), « La succursale internationale : statut fiscal », *RDPCI*., 1985, p.385.
BERGÉ (J-S.), Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen, in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, *mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p 113.
BESSIS (M.-H.), « Risque politique et succursales bancaires », in Mélanges A.E.D.B.F 2008, p. 45.
BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), « Etablissement d'une succursale dans un pays différent de celui du principal établissement », *RLDA*., 1er septembre 1999, n°19, p.20.
BOISSEAU CHARTRIN (O.), « Quel avenir pour les succursales des sociétés étrangères dans l'OHADA ? », *RDAI*, 2000, n°3, p.358.
BONNEAU (Th.),
- « Compte. Saisie attribution. Effets à l'étranger. Fonds localisés dans une succursale située à l'étranger, in chronique de droit bancaire », *Bque & dr*., 2008, p.19.
- « Assainissement et liquidation des établissements de crédit et des entreprises d'assurance (A propos des directives 2001/ 17 CE du 19 mars 2001 et 2001/24 CE du 4 avril 2001) : Des relations du droit commun et du droit spécial », *RPC.,* juillet 2001, n°3, p.129.
BORDENAVE (A.), la garantie des dépôts en France et dans l'Union européenne : retour sur un mécanisme mal connu », *Lexbase Hebdo - Edition privée générale anciennement Lexbase Hebdo* - Edition Affaires, avr. 2008, p. 301.
BOUCARD (F.), « L'obligation de renseignement du tiers saisi : les limites apportées par la cour de cassation », *RDBF*, mai 2007, n°3, dossier 14.
BOUREGHDA (M.), « Règlement européen : il existe un risque de délocalisations des faillites », *Rev. Banque*, mai 2005, n° 669, p.58.
BOUTEMY (B.), MEIER (E.), « Sociétés étrangères contrôlées et liberté d'établissement », *LPA*, 6 novembre 2006, n°221, p.4.
BOUVERESSE (A.), « Inscription de succursale au Registre de commerce », *Europe*, août 2006, n° 8, comm. 244.
BRIÈRE (C.), « Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », *JDI*, 2008, n°1, p. 31.
BRUYNEEL (A.), DUQUESNE DE LA VINELLE (B.), « Une nouvelle loi en Belgique », *Banque* 1993, n°540, p.52.
BRUZIN (A.), « De l'idée d'autonomie dans la conception juridique de la succursale », *JCP. G*. 1946, p.37.
BUREAU (D.), « Feu la loi du 30 mai 1957 », *RCDIP* 2008, p.161.

BURGUBURU (J.), « Transfert de bénéfices et expansion à l'étranger : une jurisprudence au parfum », *RJF*, Juillet 2008, n°7, p.667.
CABRILLAC (M.), « Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé », in *Dix ans de conférences d'agrégation*, études de droit commercial offertes à J Hamel, Dalloz, 1961, p. 119.
CARREAU (D.) et HURSTEL (D.), « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *D.* 1996, p.239.
CAVALLINI (J.),
- « Les libertés de circulation : marchandises, capitaux, prestation de services et établissement, (Juillet 2005 à Juin 2006) », *RMCUE*., 2006, n° 502, p. 613.
- « Les libertés de circulation : Marchandises, capitaux, prestation de services et établissement (Juillet 2006 à Juin 2007) », *RMCUE*, 2007, n° 511, p. 532.
CHAGNY (Y.), « L'AGS doit-elle sa garantie en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur constatée judiciairement à l'étranger ? » *Droit soc*. 2003, n° 9/10, p. 837.
CHAPUT (Y.), « Vers un droit de la faillite européenne », in *Faillite et concordat judiciaire* : *un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Journées d'études, avril 2002, Bruylant, Bruxelles, 2002, p.571.
CLAROTI (P.), « Un pas décisif vers le marché commun des banques, *RMC*., 1989, n° 330, p.453.
CONAC (P.-H.), « Le juge américain et la faillite internationale », in *L'effet international de la faillite : une réalité ?,* Actes du colloque du 11 mai 2004, Faculté de droit de Rouen, Paris, Dalloz, 2004. p.73.
COQUELET (M-L.), « L'effet international de la faillite : La solution du règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité », in *L'effet international de la faillite : une réalité ?,* Actes du colloque du11 mai 2004, Faculté de droit de Rouen, Paris, Dalloz, 2004. p.29.
CORBION (L.) et POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Les modifications apportées par la proposition de règlement Rome I », *RLDA*, 2006, n° 4, p.71.
CORNELOUP (S.), « Transformation de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Le futur règlement communautaire « Rome I » », *JCP G.* n°20, 14 mai 2008, act. 320.
CORNUT (É), « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *JDI* 2007, p. 27.
COURBE (P.), « L'effet international de la faillite : La solution de la cour de cassation », in *l'effet international de la faillite : une réalité ?,* Actes du colloque du 11mai 2004, faculté de droit de Rouen, Paris, Dalloz, 2004. p.15.
COZIAN (M.), « Les fusions transfrontières : mythe ou réalité ? », *LPA*, déc. 2000, n° 255, p. 3
CUNIBERTI (G.),« L'extraterritorialité de la saisie attribution, l'affaire BNP-Paribas Monaco », *RLDA*, 2008, n° 28, p. 29.
DAMMANN (R.), « Droit européen des faillites, Incertitudes et opportunités pour les banques », *Rev. Banque*, mai 2005, n° 669, p.53.
DAMMANN (R.) et LACROIX (F.), « Les lacunes du droit de la faillite internationale, *RDBF* 2010, n° 5, dossier 25.
DAMMANN (R.) et SÉNÉCHAL (M.), « La procédure secondaire du Règlement (CE) n° 1346/2000 : mode d'emploi », *RLDA*, 2006, n°9, p.81.
D'AVOUT (L.), BOLLÉE (S.), « Chronique de droit du commerce international, août 2007- août 2008 », *D.*2008, p.2560.

DE BARROS (G.), « Le nouvel article 209-B entre lutte contre l'évasion fiscale et liberté d'établissement », *Lettre juridique Lexbase*, 19 janvier 2005, n°151, p.18.
DEGUEE (J-P.), « Le particularisme des procédures collectives dans le domaine des établissements de crédit », in *faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Journées d'études, avril 2002, Bruylant, Bruxelles, 2002, p.115.
DEMEYERE (L.) « Commercial litigating in the European Union: A changing landscape », *RDAI*, 2008, n°4, p.481.
DESCHANEL (J-P.), FERNANDEZ-BOLLO (E.), « L'adaptation du droit bancaire français au marché unique européen », *D.*1993, 18e cahier, Ch, p.125.
DERRUPPÉ (J.), « Organisation générale du commerce », *RTD com.* 1992, p. 581.
DEUMIER (P.), « Proposition de règlement du parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *RDC*, 2006, p. 507.
DE VAUPLANE (H.), « Le droit bancaire et la mondialisation des marchés financiers », *RJC,* 2001, p. 187.
DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), « La communautarisation du droit international privé des contrats : Remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 781.
DE NERVO (O.), « Le point sur les investissements directs effectués en France par les sociétés de la Communauté », *JCP. E.,* 1987, I, n° 16814.
DE VRIES (G.), « Investissements étrangers en France : le nouveau régime issu du décret du 30 décembre 2005 », *JCP E.,* n°22, p. 1849.
DE WAAL (A.),
- « De l'inégalité de traitement entre succursales et filiales », *RDAI*., 1997, n°5, p.631.
- « Le régime fiscal des aides consenties par une société française à sa filiale ou succursale »,
RDAI., 1997, n°4, p. 52.
- « Transformation par une société mère française de sa succursale étrangère en filiale ou de
sa filiale en succursale », *RDAI*., 1995, n° 8, p.1016.
- « Filialisation d'une succursale française par une société européenne, la loi de finances pour 2000 légalise une doctrine administrative contestable », *JCP E.,* 23 mars 2000, n°12, p.502.
DIBOUT (P.),« Liberté d'établissement, conventions fiscales et entreprises multinationales », *Dr. fisc*. 2000, p. 474.
DIEU (F.), « Les aides aux succursales d'une filiale étrangère : une possibilité limitée », *Lexbase Hebdo*, jeudi 26 juin 2008, n°310.
DOUVIER (P-J.), « Résidence de l'entreprise : l'établissement stable et la résidence des sociétés dans l'Union européenne », *LPA*, 15 mai 2002, n°97, p.30.
DOM (J-P.),
- « Société à l'étranger et succursale chez soi : Le law shopping communautaire », *Bull*., *Joly, Sociétés*, 1999, n° 6, p.705.
- « Faillite intracommunautaire : Pouvoirs respectifs du liquidateur de la société mère suédoise et du liquidateur de la succursale française », *RPC*., 2006, n°1, p.20.

DUBERTRET (M.), « Succursales bancaires et droit pénal international », in *Mélanges A.E.D.B.F* 2008, p. 168.
DUCOULOUX-FAVARD (C.), « Fraude et droit d'établissement dans l'Union européenne », *LPA*., 11 novembre 1999, n° 226, p.5.
DUINTJER TEBBENS (H.), « Les règles de conflit contenues dans les instruments de droit dérivé », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 101.
DUSSEAUX (M.),« Assainissement et liquidation des établissements de crédit et de leurs succursales dans la communauté », *BSDIE*, Juillet 1996, p.10.
. « La faillite des succursales », in *Mélange Jean Pardon, A.E.D.B.F*., Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 273.
EBKE (W.F.), « The European conflict of corporate laws revolution: Überseering, Inspire art and beyond », *EBLR* 2005, p.9.
EVGÉNAS (J.), « A quelle obligations comptables la succursale française d'une société de droit américain est elle soumise ? », *BDCF*, mai 2008, n°5, p.6.
. « Les intérêts de prêts accordés à son siège étranger par une succursale bancaire française doivent-ils figurer au dénominateur du rapport d'assujettissement à la taxe sur les salaires ? », *BDCF*, août-septembre 2008, n° 106.
FALLON (M.), « Le principe de proximité dans le droit de l'union européenne », in mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE, Dalloz, 2005. p 241.
. « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 31
FASQUELLE (D.), « Les faillites de groupes de sociétés dans l'Union européenne : la difficile conciliation entre approches économiques et juridiques », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°2, p.151.
FAY (S.), « Banques étrangères en France, une présence active et renouvelée », *Option finance*, 18 octobre 1996, n° 278, p.126.
FROMMEL (S-N.), « Filiales et succursales en droit comparé », *Rev. sociétés*, 1975, doctrine, p.1.
FERRIER (N.), « A propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail, une pierre dans un « jardin à la française » », *D.* 2008, n°29, p.2011.
FORIERS (P.-A.) et HIRSCH (S.), « Les succursales bancaires en Belgique, le cadre légal et réglementaire », in *Les succursales bancaires*, Actes de la journée d'études du 9 mai 1995, A.E.D.B.F., Bruylant, 1996, p. 14
GABRIEL (J.), « Succursales de sociétés étrangères en Belgique », *RDAI*, 1986, n° 8, p.799.
GARABIOL-FURET (M-D.), « Plaidoyer pour le principe du pays d'origine », *RMCUE*, 2006, n°495, p.82.
GARCIMARTIN ALFÉREZ (F.J.), « The Rome I Regulation : Much ado about nothing ? » The *European Legal Forum*, 2-2008, pp. I-61-79.
GAUDEMET-TALLON (H.), « Le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Journal de droit européen*, 2010, n° 172, p. 237.
GAUDU (F), « Entreprise et établissement », in Mélanges M. JEANTIN, Dalloz, 1999, p. 47.
GAVALDA (C.), « Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire », *RDPCI*.1985, p.425.

. « Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire Intrabank », *RCDIP*., 1969, p.1.
GHUELDRE (R.) et VANNESSON (F.), « La directive 2009/138 du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et la réassurance et leur exercice Solvabilité II», *RGDA* 2010, n° 3, p. 611.
GINTER (E.), « Statut fiscal d'un établissement stable de société étrangère », *Bull., Joly, Sociétés*, 2002, n° 12, p.1285.
GEORGOPOULOS (Th.), « Le rôle créatif du juge communautaire en matière de fiscalité directe : De l'affaire sur l'avoir fiscal français à celle sur l'avoir fiscal finlandais », *RTDE*., 2005, p. 61.
GRUNDMANN (S.), « International Market Conflict of Laws from traditional conflict of laws to an integrated two level order », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, pp. 5.
GRUSON (M.), FEURING (F.), "The New Banking Law of the European Economic Community*" the International Lawyer*, 1991, 1.
GUILLEMAIN (C.) et LABAUDE (H.), « La libération des investissements directs étrangers en France », *L.P.A*, 1996, n° 45, p. 12
GUILLOT (J-L.) et BÉRARD (P.), Saisie- arrêt sur les comptes d'une succursale étrangère, *Rev. Banque*, 2008, n°702, p. 74.
GUITAR (H.), « L'introduction en France des sociétés étrangères », *Rev. Banque*, 1961, p.363.
HAMEAU (Ph.) et RAIMON (M.), « Les faillites internationales », *RDAI* 2003, n° 6, p. 645.
HAMEL (J.), « La personnalité morale et ses limites », *D.* 1949, ch., p.31.
HAMILIUS (Y.), « La coordination des droits nationaux par le droit communautaire. Le point de vue du praticien, l'application par le Luxembourg du règlement du conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité ». Actes du colloque, *Le traitement des difficultés des entreprises dans le marché unique européen, LPA*, 19 octobre 2006, n° 209, p.15.
HEUZÉ (V.), « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti droit européen », in mélanges en l'honneur de P. LAGARDE, Dalloz, 2005, p. 393 et « L'honneur des professeurs de droit, explication d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'Etat de droit », *JCP G.,* 2007, n°10, p. 116.
HIRT (H. C.), « Freedom of Establishment, International Company Law and the comparison of European law systems after the ECJ's decision in Inspire Art », *EBLR* 2004, p.1189.
HÖK (G-S.), « Saisie de compte et de créance transfrontalière. Plaidoyer pour le rattachement au pouvoir de disposition du débiteur ». *RCDIP.* 2006, p.300.
HORCHANI (F.), « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *JDI,* 2004, 2, p.386.
IDOT (L.), « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire », in mélanges en l'honneur de P. LAGARDE, Dalloz, 2005, p.431.
JACQUET (J.), « Rapport introductif », Actes du colloque, L'internationalité : bilan et perspectives, 26 octobre 2002, Université de Toulouse I, *RLDA.* 2002, Supplément, p.5.
JACOMET (T.), « Les succursales d'assurance », *RDPCI*., 1985, p.441.
JAULT SESEK (F.) « L'effet international de la faillite : Le sort des salariés », in *L'effet international de la faillite : une réalité* ?, Actes du colloque du 11 mai 2004, Faculté de droit de Rouen, Paris, Dalloz, 2004, p. 151.

JEANIN (B.) et STEMMER (W.), « Taxe sur les salaires et succursales de sociétés étrangères : la France améliore sa compétitivité fiscale », *dr. fisc.,* juin 2008, n°25, p.3.

JOBART BACHELLIER (M-N.), « L'effet international de la faillite : Le sort des garanties », in *L'effet international de la faillite : une réalité* ?, Actes du colloque du 11 mai 2004, faculté de droit de Rouen, Paris, Dalloz, 2004. p.127.

. « La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel », in *le droit international privé : esprit et méthodes*, mélanges en l'honneur de
P. LAGARDE, Dalloz, 2005, p. 475 et s.

JUILLARD (P.), « La succursale et le droit français des relations financières avec l'étranger », *RDPCI*., 1985, p.401.

JULIEN (F.), « Financement, garanties et frontières », *RDBF*. Janv.-Fév. 2010, p.99.

KADNER GRAZIANO (T.), « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle (Règlement Rom II) », *RCDIP*, 2008, p.445.

KAIRALLAH (G.), « Les faillites concurrentes », *TCFDIP*., 1993-1995, p. 157.

. « La compétence internationale du juge de l'insolvabilité », Actes du colloque *L'effet international de la faillite : une réalité* ?, 11 mai 2004, faculté de droit de Rouen, Paris, Dalloz, 2004, p.55.

KEGEL (G.), « Les opérations de banque en droit international privé allemand », Rapport aux journées d'étude de droit bancaire, *Annales de la faculté de droit de Clermont Ferrand*, 1965, p.176.

KEPPENNE (J.-P.) et VAN RAEPENBUSCH (S.), « Les principaux développements de la jurisprudence de la cour de justice et du tribunal de première instance », *Cah. dr. eur.* 2004, p. 437, spéc. p. 482.

KNÖFEL (S.), « EC legislation on conflict of laws: interactions and incompatibilities between conflicts rules », International and comparative law quarterly, avril 1998, vol.47, p.439.

LACOUE-LABARTHE (D.), « Une rénovation attendue du contrôle prudentiel », *Rev. Banque*, n°710, février 2009, p.36.

LAGARDE (P.),

- « Remarques sur la proposition de règlement de la commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ROME I) », *RCDIP*., 2006, p. 330.

- « La formation progressive du droit international privé communautaire », Répertoire du Notariat Defrénois, 15 avril 2005, n° hors série, art. 10007.

- « Introduction à l'étude de la convention de ROME I et de la proposition de règlement ROME II », Répertoire du Notariat Defrénois, 15 avril 2005, n° hors série, art. 10010.

- « Vers une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon, 2003, p.571.

- « L'internationalité du point de vue de l'ordre international », in *L'internationalité : bilan et perspectives*, actes du colloque du 26 octobre 2002, Université de Toulouse I, *RLDA* 2002, n°46 supplément, p.17.

- « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP*., 1991, p. 287.

LAHLOU (Y.) et MATOUSEKOVA (M.), « Chronique de droit international privé appliquée aux affaires », *RDAI*, 2008, n°5, p.677.

LA PERGOLA (A.), « Etablissement d'une succursale », *RJDA*., Juillet 1999, p.603.
LECOURT (B.), « Synthèse des réponses à la consultation sur la simplification de l'environnement des sociétés en matière juridique, comptable et de contrôle des comptes. », *Rev. sociétés* 2008, p.205.
LE NABASQUE (H.), « Droit commercial et groupements particuliers », *Dr. sociétés* 1992, comm. 184.
LE CANNU (P.), « Effet international de la faillite et principe d'égalité entre créanciers », in *L'effet international de la faillite : une réalité* ?, Actes du colloque du 11 mai 2004, faculté de droit de Rouen, Paris, Dalloz, 2004. p.95.
LECERF (M.) et BOISSEAU CHATRAIN (O.), « Quel avenir pour les succursales des sociétés étrangères dans l'OHADA ? », *Revue de droit des pays d'Afrique (PENANT),* n°837, Septembre-décembre 2001, p.337.
LEFRANC (D.), « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », *RCDIP*., 2005, p. 413.
LÉGUEVAQUES (Ch.), « Les apports des nouvelles règles spécifiques sur les faillites des établissements de crédit », *LPA*., décembre 2003, n°248, p.16.
LESCOT (P.), Des succursales des sociétés », *Rec. jur. sociétés* 1924, p. 207.
LÉVY-LANG (A.), « La mondialisation des activités bancaires, la banque française dans le monde », AFB, *Réflexions*, 1995, p. 41.
LOUSSOUARN (Y.),
- « Problèmes juridiques posés par la croissance des entreprises multinationales », in *la croissance de la grande firme multinationale*, colloques internationaux du centre national de la recherche scientifique n°549, 28-30 septembre 1972, Paris, 1973.
- « Le droit d'établissement des sociétés », *RTDE*., 1990, p. 229.
- « La succursale, technique juridique du commerce international », *RDPCI*., 1985, p.359.
MAGNIER (V.), « Les droits des sociétés dans l'union européenne, entre concurrence et équivalence », in *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire* ?, P.U.F, 2007, p.67.
MALHERBE (J.), « Emergence d'un droit fiscal européen de l'entreprise », in *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire* ?, P.U.F, 2007, p.95.
MANDELBAUM (J.-F.), « Faites des succursales pas des filiales », *Gaz. Pal.* Juill. 2006, n° 189, p. 14.
MARIATTE (F.), « Compatibilité de réglementations relatives à l'impôt sur les sociétés », *Europe*, 2006, n° 4, p. 114.
MARQUETTE (V.), BARBÉ (C.), « Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires. Articulation des dispositions du règlement (C.E) n° 1346/2000 et du droit commun des Etats membres », *JDI*, avril-mai 2006, p.511.
MAROIS (B.), « Les relations maison mère - implantations étrangères dans les groupes bancaires », *Banque*, 1986, I, p.442.
MATHIEU BOUYSSOU (M-É.), « Aperçu des règles de droit judiciaire privé relatives aux procédures d'insolvabilité européennes après le règlement communautaire n° 1346/2000 », *D.* 2002, n°28, p.2245.
MATOUSEKOVA (M.), « Les réponses du droit international privé à la faillite des groupes internationaux de sociétés : analyse comparative des jurisprudences française et anglaise », *RDAI*, n°2, 2008, p. 141.

MAUBLANC (J-P.), « Fiscalité des sociétés, Extension du droit communautaire au droit conventionnel et aux situations internes », *RMCUE*, 2000, n° 436, p. 173.
MELCHIOR (W.), « Souveraineté fiscale des Etats membres et cour de justice : nouvelles tendances ou confirmation », *RJF*, 2008, n°2, p.90.
MÉLIN (F.),
- « L'ordonnance du 7 juin 2004 portant transposition de la directive du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance », *JCP. E*., 5 août 2004, aperçu rapide n° 165, p.1265.
- « Le droit communautaire des procédures d'insolvabilité : Une relative réussite », in l'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?, P.U.F., 2007.
MENJUCQ (M.),
- « L'Europe et le droit de l'entreprise », *JCP G*., 21 mars 2007, I, 130.
. « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », in *Aspects actuels du droit des affaires*, mélanges en l'honneur d'Yves Guyon, Dalloz, 2003.
- « Le droit communautaire d'établissement et le droit international des sociétés. Après l'arrêt inspire Art », Revue de droit des affaires de l'université Panthéon Assas, 2004, n° 2,
p.121.
MÉTÉYÉ (Th.), « L'harmonisation : Voie et degré de convergence entre les droits nationaux européens et internationaux. La réglementation européenne sur l'insolvabilité et l'A.G.S »., in *Le traitement des difficultés des entreprises dans le marché unique européen*, Actes du colloque du 10 novembre 2005, Bruxelles, *L.P.A*, 19 octobre 2006, n° 209, pp.27.
MINOR (P.), « Droit bancaire, frontières et droit des procédures collectives », *RDBF*. 2010, n° 1.
MITJAVILLE (M.H.), « Les relations entre la société ayant son siège en France et ses succursales à l'étranger à l'épreuve de la territorialité de l'impôt », *BDCF*, 1er juillet 2003, pp.26.
MOULY (Ch.), « Rapport de clôture », *Les succursales bancaires*, Actes de la journée d'études du 9 mai 1995, A.E.D.B.F, Bruylant, 1996.
MOURE (A.), LAHLOU (Y.),
- « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires », *RDAI*., 2003, n°6, p.731.
- « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires », *RDAI*., 2003, n°8, p.919.
- « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires », *RDAI*., 2005, n° 2, p.222.
- « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires », *RDAI*., 2006, n° 2, p.241.
- « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires », *RDAI*, 2006, n° 4, p.547.
MUIR WATT (H.),
- « Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé, Le droit international privé : esprit et méthodes », in mélanges en l'honneur de P. LAGARDE, Dalloz, 2005, pp. 615.
- « L'expérience américaine », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, pp. 145.

NANDJIP MONEYANG (S.), « Réflexion sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA », *R.P.C* juill.-août 2010, p. 24.
NEAU-LEDUC (Ph.), « Secret bancaire et frontières », *RDBF*. 2010, n° 1, p. 59.
NESTLER-TRICOCHE (G.), « Les magasins à succursales multiples et l'organisation du commerce de détail aux Etats unis », Revue d'économie *politique*, 1921, p. 568
NOUEL (C.), REEB (S.), « Déductibilité des avances consenties à une succursale », *Bull., Joly*, *Sociétés*, 2003, n°10, 1037.
NOURISSAT (C.),
- « Le droit commun du marché », in *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire* ?, P.U.F, 2007.
- « Droit civil de l'Union européenne, Juin 2006 - novembre 2007 », *D.* 2008, panorama, p.
40.
- « Le règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit Rome I est désormais applicable », *J.C.P E.* 2010, n° 39, p. 12.
PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p.445.
PANZANI (L.), « La coordination des droits nationaux par le droit communautaire. Le point de vue du magistrat, la jurisprudence des tribunaux italiens », in *Le traitement des difficultés des entreprises dans le marché unique européen*, Actes du colloque du 10 novembre 2005, Bruxelles, *L.P.A*, 19 octobre 2006, n° 209, pp.11.
PARDON (J.),
- « Liberté d'établissement et liberté de prestation de service dans le domaine bancaire », *RDBB*., Novembre - Décembre 1991, p.219.
- « les quiproquos des reconnaissances mutuelles », *RDBB.,* Novembre - Décembre 1991, p.237.
PATAUT (E.),
- « De Bruxelles à La Haye, Droit international privé et droit international privé conventionnel », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE, Dalloz, 2005, pp. 661.
- « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *D.* 2004 n° 7, Jsp, p. 494.
- « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 117.
PEIRETTI (C.), « Succursale suisse de sociétés étrangères, Chronique de jurisprudence suisse », *JDI*, 2005, p.1232.
PEZARD (A.), « L'adaptation de la réglementation bancaire française à l'ouverture du marché européen », *RDBB* 1992, n°32, p.153.
PEYTEL (G.) et HEYMANN (A.), « Les établissements à succursales multiples », *Gaz. Pal.* 1949, II, Doct. p. 30.
PHILIP (P.), VANHOVE (L.), « Le droit fiscal face aux libertés fondamentales du traité de l'U.E. », *L.P.A.,* 9 janvier 2004, n°7, p.4.
PIERRE (J.-L.), « L'imposition des entreprises françaises dans une économie mondialisée », *Dr. sociétés* 2010, n° 10, repère 9.
POILLOT-PERUZZETTO (S.), « L'internationalité du point de vue de l'ordre communautaire », in *L'internationalité ; bilan et perspectives*, actes du colloque

du 26 octobre 2002, Université de Toulouse I, *RLDA*, 2002, n°46 supplément, p. 31.
PRIETO (C.), « Liberté d'établissement et de prestation de services », *RTDE*., 2004, ch., p. 533.
PUIS (F.), « Actualité du droit allemand de sociétés. Les formalités allemandes relatives aux succursales des sociétés étrangères », *Le lien*, magazine économique France-Allemagne, décembre 1993 – janvier 1994, n°20, p.16 - 17.
QUEGUINER (J-S.), « Le principe du pays d'origine appliqué à la matière contractuelle : Phénix du droit international privé communautaire », *RLDA*., n° 13, Février 2007, p.105.
RAIMON (M.), « Centre des intérêts principaux et coordination des procédures dans la jurisprudence européenne sur le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité », *JDI*., 2005, p. 739.
RAMIN COOPER (M.) et HARRIS (A.), « Review and critique of the american interstate and branch banking regulatory framework, Journal of International Banking Law and Regulation » 2005, p. 654.
REMERY (J-P.),
- « La faillite comme instrument de construction européenne : acquis et perspectives », in *faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Journées d'études, avril 2002, Bruylant, Bruxelles, 2002, p.27.
- « Le droit de la faillite en Europe, les procédures secondaires », *RPC*., mars 2003, p.60.
- « L'effet à l'étranger des solutions des procédures collectives », in *L'effet international de la faillite : une réalité* ?, Actes du colloque du 11 mai 2004, Faculté de droit de Rouen, Paris,
Dalloz 2004. p. 109.
RICHARD (Ph.), « Quand l'entreprise invoque l'autonomie de sa succursale », *RCC*., 1994, n°80, pp.71.
RIGAUX (F.), « La notion de succursale d'une société étrangère en droit belge », in Liber Amicorum Baron Frédéricq, Faculteit der rechtsgeleerdheid te Gent, 1965, T II, pp. 815 et S.
RIVEL (G.), Le principe de reconnaissance mutuelle dans le marché unique du XXIème siècle, *RMCUE*, Septembre 2007, n° 511, pp. 518.
ROBERT-MARTIN (D.) et SYNVET (H.), « Chronique de droit bancaire, Octobre 2005 à décembre 2006 », *D.*2007, p.753.
ROBINE (D.),
- « L'effet international de la faillite : La solution des directives relatives à l'insolvabilité des établissements de crédit et des entreprises d'assurance », in *l'effet international de la faillite : une réalité* ?, Actes du colloque du 11 mai 2004, Faculté de droit de Rouen, Paris, Dalloz, 2004. pp.37.
- « Transposition de la directive « assainissement et liquidation des entreprises d'assurance », ordonnance du 7 juin 2004 », *D* 2004, n°28, p.2018.
RODRIGUEZ (V-K), « L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés », *Bull. Joly sociétés* 2004, pp. 330.
ROEGES (L.), « L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la deuxième directive bancaire », *RDBB.,* 1994, pp.17.
ROUSSEL GALL (Ph.), « De quelques pistes d'interprétation du règlement (CE) n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : la circulaire du 15 décembre 2006 », *RCDIP*, 2008, n°1, pp. 133.

SAGAUT (J-F.), Regards notarial sur la loi applicable à la vente immobilière : à propos de la proposition de règlement communautaire « Rome I », *Dr. et patrimoine*, juin 2007, n°160, pp.58.

SAINTOURENS (B.) ,

- « Le statut juridique de l'étranger exerçant une activité commerciale, industrielle ou artisanale : la suppression de la carte d'identité spéciale », *RTD.com*., 2004, p.694.

- « Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie », *Rev. Sociétés* 2008, n°3, p.477.

SALAMA HAUSMAN (C.), « Note d'humeur : halte à l'immigration clandestine des dirigeants étrangers », *La Revue*, publication du cabinet d'avocats Hammonts Hausman, 16 octobre 2007.

SAUTER (E.), Rôle des réseaux étrangers des grandes banques françaises. *Banque*, 1989, I, p.59.

SAUVÉ (J-M.), MARTIN (Ph.), DIBOUT (P.) et autres, L'abus de droit en matière fiscale, *Dr. fisc*, 2007, n°47, p.6.

SCHILLER (S.), « L'entreprise : un nouveau sujet de droit », in *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire* ?, P.U.F, 2007, p.19.

SEKFALI (Z.), « Etats-Unis et Union européenne : Une analyse comparative de la consolidation du marché des services financiers », *Rev. Banque*, , Juillet-août 2006, n° 682, p. 54.

SESEK (Ch.), « L'effet international de la faillite en Allemagne », in *L'effet international de la faillite : une réalité* ?, Actes du colloque du 11 mai 2004, Faculté de droit de Rouen, Paris, Dalloz, 2004. p.61.

SOUHAIR (A.), « Les formes juridiques d'implantation et les soutiens à l'investissement », *Gaz. Pal.* 2000, n° 81, p. 16.

STRANART (A-M.), « Introduction », *Les succursales bancaires*, Actes de la journée d'études du 9 mai 1995, A.E.D.B.F, Bruylant, 1996.

STOUFFLET (J.), « Les conflits de lois en matière d'opérations de banque », Rapport aux journées d'étude de droit bancaire, *Annales de la faculté de droit de Clermont Ferrand*, 1965, pp. 206-216, (VIII.6.3.).

. « Succursales et filiales de sociétés étrangères », in Festchrift für Hermann JARRHEIß, zum

80. Geburtstag, 19 August 1974, Herausgeben vom Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zü Koln, Carl Heymanns Verlag KG - Köln –

Berlin - Bonn - Münichen, 1974, pp. 297 à 312.

STOUFFLET (J.) et AFFAKI (G.),

- « Compte. Saisie-attribution. Effets à l'étranger. Fonds localisés dans une succursale située à l'étranger, Cass. civ. 14 février 2008 », *Banque et droit* 2008, n°119, p.19.

- « La limitation de la responsabilité du siège pour les engagements de sa succursale (ring-fencing) », *Banque et droit* 2003, p.67.

SYNVE T (H.), La directive : « services d'investissements » : première lecture, *Bull. Joly Bourse*, 1993, n°5, p.545.

TALY (M.), « Abandon de créances au profit de succursales appartenant à une filiale bénéficiaire : transfert indirect de bénéfices », *Dr. fisc*, mai 2008, n°18, p.28.

THIEFFRY (P.), L'internationalisation des contrats conclus par la succursale française d'une
société étrangère, *RDPCI* 1985, p.371.
TOURNAUX (S.), « Conditions du plan de sauvegarde de l'emploi : le calcul de l'effectif dans
une entreprise transnationale », *Lexbase Hebdo, édition sociale*, 2008, n°322.
URBAN (Q.), « Les rapports de travail internationaux saisis par le droit européen », *Rev.
droit du travail* 2008, p. 682.
VALLENS (J.-L.),
- « Réviser le règlement communautaire CE 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité », *RPC* mai 2010, n° 3
- « Le droit de la faillite en Europe : les procédures secondaires », *RPC* mars 2003, n° 1, p.
60.
WHATELET (M.), « Refus d'harmonisation fiscale et condamnations de la cour de justice :
Cohabitation diabolique », *RJF,* juillet 2005, p.469.
WATTEL (P.), « The EC court's attemps to reconcile the Treaty freedoms with international
tax law », *Common Market Law Review*, April 1996, n°2, p.223.
WILDERSPIN (M.), « Les perspectives d'une revision de la convention de Rome sur la loi
applicable aux obligations contractuelles », in *Les conflits de lois et le système juridique
communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p.173.
WILLIAMS, « The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations »,
International and comparative law quaterly, 1986, p.1.
ZAPF (H.), DUPASQUIER (J.), « L'arrêt Marks and Spencer : Une victoire à la PYRRHUS ? »,
LPA 19 avril 2006, n°78, p.5.

V.- NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS :

ANCEL (M-É), note sous Cass. com. 25 janv. 2000, *RCDIP.*, 2000, p. 462.
AUDIT (B.), note sous C.J.C.E, 22 nov. 1978, *.D.*1979, *IR*. pp. 458.
note sous CA. Paris, 5 juillet 1995, *D.* 1996. somm. p. 167.
note sous CA. Paris, 5 juin 1991, *D.* 1992, somm, p. 166.
AVENA-ROBARDET (V.), note sous arrêt Cass. civ, 14 fév. 2008, *D.* 2008, n°11, p. 686.
BAHANS (J.-M.), note sous CA Paris, 30 novembre 2001, *Bull Joly* 2002, p.406
BERLIN (D.), note sous C.J.C.E, 29 avril 1999, *Bull. Joly sociétés*, 1999, n°7, pp.784.
note sous C.J.C.E. 21 septembre 1999, *Bull. Joly sociétés*, 2000, n°3, p.276.
BOLLÉ (S.), note sous Cass. com. 21 mars 2006, *Rev. sociétés*, 2006, p. 653.
BISCHOFF (J-M.), note sous C.J.C.E 9 décembre 1987, *JDI* 1988, p. 544.
. note sous C.J.C.E 6 octobre 1976, Aff. 14/76, *JDI* 1977, p. 719.

note sous C.J.C.E 18 mars 1981, *JDI* 1982, p. 479.
BUREAU (D.), note sous Cass. com 21 mars 2006, *Bull. Joly sociétés*, 2006, n°7, p.930.
CABRILLAC (M.), TEYSSIE (B.), note sous Cass. com 12 janvier 1988, *RTD com*., 1988, p. 474.
CESARO (J-F.), note sous Cass. soc. 3 novembre 2005, *JCP. S*, décembre 2005, n°1399, p. 26.
COURET (A.), note sous Cass. Com. 21 mars 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1995, n°6, p. 509.
. note sous C.J.C.E 6 avril 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1995, n°6, p. 513.
COURTIER (J.-L), note sous Cass. civ. 3e, 13 octobre 1999, *L.P.A*, 19 avril 2000, n°78, p.11.
CUNIBERTI (G.), note sous Cass. Civ. 30 janvier 2002, *JCP E*, 2003, p. 663.
DAIGRE (J-J.), note sous CA Paris 16 fév. 1994 *Bull. Joly Sociétés*, mai 1994, p. 503.
DAMMANN (R.) et ROBINET (M.), note sous C.J.C.E 16 oct. 2008, Bull. Joly Sociétés 2009, n° 2, p. 163.
DELVILLE (J-P.), note sous Cass. com. 2 juillet 2002, *Bull. Joly bourse*, 2002, n°6, p. 557.
DOM (J-P.), note sous C.J.C.E., 9 mars 1999, *Bull. Joly Sociétés*, 1999, p. 705.
note sous C.J.C.E 30 septembre 2003, *Rev. Sociétés*, 2004, n°1, p.135.
note sous CA Paris, 9 sept. 2005, *RPC.,* 2006, n°1, pp.20.
DROZ (G.), note sous C.J.C.E 6 avril 1995, *RCDIP* 1995, p.770.
FASQUELLE (D.), note sous C.J.C.E 2 mai 2006, *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°7, pp. 907.
. note sous Cass. Com. 27 juin 2006, *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°12, p.1379.
FRANCQ (S.), note sous C.J.C.E 12 septembre 2006, *JDI.* 2007, p.653.
GAUDEMET-TALLON (H.), note sous CA Versailles, *RCDIP* 1992, p. 333.
. note sous Cass. soc. 20 octobre 1983, *RCDIP* 1985, p. 100.
GOTHOT (P.) et HOLLEAUX (D.), note sous C.J.C.E 6 octobre 1976, *RCDIP* 1977, p.751.
HENRY (L.-C.), note sous Cass. com. 21 mars 2006, *D*. 2006, p. 1466.
HUET (A.), note sous CA Versailles, 26 septembre 1991, *JDI* 1993, p.149.
. note sous C.J.C.E 22 novembre 1978, *JDI* 1979, p. 672.
. note sous CA. Paris 3 février 1988, *JDI* 1989, p. 95.
IDOT (L.), note sous C.J.C.E 6 avril 1995, *Europe*1995, n°240.
JAZOTTE (G.), note sous C.J.C.E 21 septembre 1999, *RTD com.,* 2000, p. 489.
LE CANNU (P.) et MENJUCQ (M.), note sous C.A Versailles, 27 février 1997, *Bull. Joly Sociétés*, 1997, p.543.
LEGROS (J-P.), note sous Cass. com 21 mars 2006, *JCP.E*, 2006, n°27, p.1227.
LUBY (M.), note sous C.J.C.E, 30 septembre 2003, *JCP G*., 2004, II, 10002.
MAGNIER (V.), note sous C.J.C.E, 30 septembre 2003, *JCP E.,* 2004, n°251.
MÉLIN (F.), note sous Cass. soc. 3 juin 2003, JCP E. 2004, n° 5, p. 180.
note sous Cass. com. 21 mars 2006, Gaz. Pal. juill. 2006, n° 199, p. 12.
MEIER (E.), TORLET (R.), note sous arrêt CE 11 avril 2008, *Bull. Joly Sociétés* 2008, n°8, p. 716.
MENJUCQ (M.), note sous C.J.C.E 9 mars 1999, *D*.1999, p. 550.
note sous C.J.C.E 5 novembre 2002, *JCP.E*, 2003, n° 448, p. 520.
note sous Cass. civ. 19 novembre 2002, *JCP E*, 2002, n°42, pp. 1675.

MOREAU-BOURLES (M-A), note sous arrêt Cass. Sle. 3 mars 1988, *JDI*, 1989, p.78.
NEAU-LEDUC (C.), note sous Cass. soc. 3 novembre 2005, *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 363.
PARLEANI (G.), note sous C.J.C.E. 9 mars 1999, *Rev. sociétés*, 1999, p.386.
PATAUT (E.), note sous C.J.C.E, 30 septembre 2003, *D*. 2004, p. 491
PETEL (Ph.), note sous Cass. Com. 16 mars 1999, *Bull. Joly Sociétés,* Juin 1999, p. 638.
PERROT (R.), note sous Cass. civ. 24 janvier 2008, *Procédures*, n°5, mai 2008, pp. 16-17.
REMERY (J-P.),
note sous Cass. com. 19 janv. 1988, *D.* 1988, 41ème cah. p. 565.
note sous T com. Paris, 23 juillet 1991, *D.* 1992, Jurisprudence, p.232.
RIVES-LANGE (J-L.), note sous TGI. Paris, 8 mars 1985, *Rev. Banque* 1985, pp.409.
. note sous TGI. Paris, 12 mars 1985, *Rev. Banque* 1985, pp.521.
ROUSSEL GALLE (Ph.), note sous Cass. civ, 19 novembre 2002, *JDI*., 2003, p.132.
SIALELLI (J.-B.), T. corr. Seine, 7 nov. 1961 *JDI,* 1962. 998.
SIMON-DEPITRE (M.), T. corr. Seine, 7 nov. 1961, *RC* 62.287.
SOUSI ROUBI (B.), note sous CA Paris 14 juin 2000, *D.* 2000, p. 614.
STURLESE (B.), note sous Cass. Com. 26 octobre 1993, *JDI*, 1994, p. 426.
VALENTIN (C.), CHARRIER-BLESTEL (D.), note sous C.J.C.E. 12 septembre 2006, *Bull. Joly Sociétés* 2006, n°12, p.1399.
VALLENS (J-L.), note sous CA. Paris 8 juillet 1992, *RJC*. 1993, p.6.
VASSEUR (M.), note sous CA Paris 8 juillet 1992, *D.*1992, p. 476.
note sous Cass. com., 14 mai 1996, *D.*1996, p. 586.
note sous CA Paris 29 mars 1994, *D.* 1995, S., p. 385.
note sous CA Paris, 15 juin 1994, *D.* 1995, somm. p. 391.
note sous Cass. com. 11 avril 1995, *D*., 1995, p. 640.
note sous T. com. de Paris 10 mai 1995, *D.*1995, S., p. 389.
VIDAL (D.), note sous Cass. com. 25 janvier 2000, *Dr. sociétés,* 2000, p.22.

VI - TABLES DES DÉCISIONS CITÉES :

Cass. Req. 18 nov. 1890, *Rev. Sociétés* 1891, p. 144
CA Orléans, 2 fév. 1889, *Rev. Sociétés* 1889 p. 199
CA Caen, 26 mars 1927, *Gaz. Pal.* 1927, 2, p. 4
Cass. civ. 5 avr. 1949, *Bull. civ.* 1949, II, n° 168, p. 394
Cass. civ. 20 oct. 1965, *D.* 1966, p.193.
Cass. com. 6 nov. 1951, *D.* 1952, p. 58
Cass. Crim. 2 juillet 1958, *D.*1959, S, p.31
Crim. 4 juill. 1956, *D.* 56.720 ; 2 juill. 1958, *Gaz. Pal*. 58.2.217
C.J.C.E 6 octobre 1976, *Rec*. p.1497.
C.J.C.E 22 novembre 1978, *Rec*. p.2183.
Cass. civ 20 février 1979, *JCP.G* 1979, II, n°19147.
C.J.C.E 18 mars 1981, *Rec*. pp.819.
C.J.C.E 9 décembre 1987, Aff. 218/86, SAR Schotte GmbH c/ Parfums Rothschild SARL, *Rec.* p. 4905.

C.J.C.E 6 avril 1995, *RJDA*.1995, n° 1061 et 1062.

Cass. com. 3 mai 1995, *RJS*, 1995, n°1077, p.691.
C.J.C.E 15 mai 1997, *Rec*., I, pp.2471 ; *RJF*. 1997, n° 757.
C.J.C.E. 29 avril 1999, *Rec.* p.2651.
C.J.C.E 21 septembre 1999, *Rec.* p. 6161.
Cass. com. 25 janvier 2000, *RJDA*., mars 2000, n° 367, pp. 298.
CE, Sect., 16 mai 2003, *JCP E*, 2003, n° 1293, p. 1443.
CJCE 30 sep. 2003, *Rec.*2003, I, 10155.
Cass. com. 26 mai 2004, 2004, n°1285.
Cour suprême de justice de la Nation ,9 novembre 2004, *JDI*, 2008, n°1, p.205.
Cass. soc. 8 février 2005 *RJS.* 2005, n°4, pp.317.
C.J.C.E 23 février 2006, C-253/03, Europe, n°4, 1 avril 2006, p. 114.
C.J.C.E 23 mars 2006, *RJF*, 2006, n°806.
Cass. 2e Civ. 6 avril 2006, *Gaz. .Pal*., Janvier 2007, p. 16.
C.J.C.E 01 juin 2006, *Rec*. p I – 4929.
C.J.C.E. 14 décembre 2006, *Bull. Joly Sociétés*, 2007, p.724.
Cass. com 13 février 2007,. *RJDA*, 2007, n°729.
CAA Lyon, , *Dr. fisc*. 2007, comm. 732.
Cass. 2e civ 14 février 2008, Gaz. .Pal. 28 septembre 2008, p.22.
C.J.U.E 21 janv. 2010, *Bull. Joly Sociétés*, 2010, n° 5, p. 493 ; *R.P.C* 2010, étude n° 16, *Europe* 2010, n° 3, comm. 127.

VI.-PROJETS, RAPPORTS, RECOMMANDATIONS, CONVENTIONS, REGLEMENTS ET DIRECTIVES

- Rapport Guioliano-Lagarde concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (JOCE, n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 0001-0050).
- Rapport sur l'investissement dans le monde 2010, http://www.unctad.org.
- Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.
- Projet de rapport sur la proposition de règlement du parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ROME I), 22 août 2006 (COM (2005) 0650 - C6 – 0441/ 2005/0261 (COD).
- Règlement n° 593/2008 du parlement européen eu conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ROME I), J.O.U.E L.177/6 du 4 juillet 2008.
- Règlement CE n°44/2001 du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L. 12, 16 janvier 2001, Rect. J. O. L. 307, 24 novembre 2001.
- Règlement CE n°864/2007 du parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), J.O L 199, 31 juillet 2007.
- Règlement CE n° 1346/2000 du conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, J.O L.160, 30 juin 2000.
- Directive n° 2001/17/ CE du parlement européen du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance, J.O L. 110, 20 avril 2001.

- Directive n° 2001/24/CE du parlement européen du 4 avril 2001, concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, J.O L. 125, 5 mai 2001.
- Directive n° 2004/39/CE du parlement européen et du conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du conseil et la directive 2000/12/CE du parlement européen et abrogeant la directive 93/22/CEE du conseil, JO, L.145, 30 avril 2004.

INDEX

Les nombres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Administration centrale, 64, 89, 93, 99, 170, 196.

AGS, 350, 351, 376, 386.

Agrément, 21, 58 et s., 191 et s. 211 et s., 254.

Aides, 281, 288, 292 et s.

Assurance, 1, 7, 19, 21, 59 et s. 72 et s., 88 et s., 102, 105, 109 et s.,122, 124, 125, 128, 139, 150, 159, 167, 168, 172 et s., 186 et s., 203, 206, 211, 219, 229, 255, 305, 362, 386 et s., 421, 430 et s.

Autonomie, 9, 10, 14, 17 et s. 28, 60, 62, 63, 69, 71, 78, 82, 125, 126, 130, 139, 142, 144, 145, 154, 159 et s. 167 et s., 172, 208, 213, 217, 223, 250, 252, 254, 260, 262, 263, 273 et s., 286, 316 et s. 331, 339, 345 et s. 361, 417 et s., 431 et s., 440, 442 et s., 446.

Autorité
- De la chose jugée, 350.
- Des marchés financiers, 79, 119, 189.

B

Bénéfices
- Imposition des (-), 305.
- Mondial, 292.

C

Commerçant étranger, 6, 44, 45.

Centre
- d'opérations, 18, 30, 138, 142, 151, 275, 367.
- des intérêts principaux, 360, 363, 366 et s., 372 et s.

Changes
- Réglementation des (-), 243.

Comité
- des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, 64, 72, 75, 78, 119, 189.
- d'entreprise, 222, 373.

Compensation, 110, 149, 302, 339, 346, 347,361.

Compétence
- juridictionnelle, 126, 149, 157, 163.
- législative, 163, 254.

Confiance mutuelle, 25, 87, 124, 254, 371, 447.

Conflit
- De juridictions, 163.
- De lois, 163, 225, 353, 363, 412, 413, 445.

Confusion de patrimoine, 332.

Contrat
- De travail, 218 et s. 372, 385.

Contrôle
- Autorité de (-), 120, 187, 189, 194, 198.

Convention
- Bruxelles (reconnaissance des sociétés), 141, 149, 362.
- Bruxelles (insolvabilité), 362.
- Genève CMR, 146.
- Istanbul attributive, 05/06/1990, 362.
- La Haye (vente d'objets mobiliers corporels), 165.
- Rome, 159, 162, 163, 208
- Vienne, 165.

Créances
- Cession, 170, 253.

Créanciers
- Egalité, 338, 340 et s., 357, 359, 362, 390.

Crédit documentaire, 169.

D

Directive
- Publicité, Onzième directive du 21 déc. 1989, 35.
- Première directive bancaire du 17 déc. 1977, 94.
- Deuxième directive bancaire du 15 déc. 1989, 95.
- de consolidation du 14 juin 2006, 95.
- relative aux aspects juridiques des services de la société de l'information, 101.
- sur le commerce électronique, 101.
- sur les services d'investissement (DSI), 109.
- MIF ou MIFID, 110.
- sur l'assurance non vie du 18 juin 1992, 115.
- sur l'assurance vie du 10 nov. 1992, 115.
- sur la réassurance du 16 nov. 2005, 116.
- sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, 390, 394.
- sur l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance, 390 et s.
- sur la protection des travailleurs salariés, 385.

Dirigeants, v. Gérants

Discrimination, 21, 23, 105, 107, 111, 126, 202, 219, 255, 271, 278 et s., 294, 299 et s., 313, 315, 316, 343, 386, 402.

Dissolution
- de société, 149, 317, 318, 406, 410, 411, 415 et s., 428.

E

Etablissement
- de crédit, 7, 59, 62 et s. 73 et s. 81, 84, 88, 89, 90, 94, 102, 104, 118 et s. , 122 et s., 174, 181, 193, 196, 197, 201, 285, 347, 387, 391 et s., 447.
- Liberté d' (-), 36 et s., 41, 93 et s. 111, 116, 122, 124, 219, 255, 280, 305, 307, 310, 311, 312, 315, 401.
- secondaire, 9, 10, 11, 17, 27, 28, 33, 39, 91, 127, 140, 142, 148, 154, 162, 202, 300, 310, 332, 366, 372, 381, 439.
- stable, 257, 260 et s. 272, 273, 283, 285, 294, 310, 316.

Etat
- d'accueil, 108, 118, 122, 211, 219, 261.
- d'origine, 97, 118, 122.

Etrangers
- Investissements, 23, 56.

Evasion fiscale, 182, 199, 292, 302, 311, 316.

Exequatur, 141, 321 et s. 328, 334, 337, 350, 361.

Extraterritorialité
- De la saisie, 231, 446.
- des lois, 20, 216, 254, 447.
- Saisie-attribution, 230, 236.

F

Faillite internationale, 318, 319, 332, 394, 445.

Fictivité
- du siège social, 365, 368.

Fiction
- Bilancielle, 272, 278.

Fraude, 47, 182, 198, 278, 315, 316, 324, 384, 402, 403, 448.

G

Garantie
- Indépendantes, 171.
- De solvabilité, 91.

Gares principales, 17, 128, 150, 151, 154, 155, 157, 232.

Gérants, 125, 140, 207, 217, 223, 226, 418, 425, 428.

H

Harmonisation
- des conditions d'accès au secteur bancaire, 21, 86, 92 et s.
- des conditions d'accès au secteur des assurances, 86, 113 et s.
- Du secteur de la banque et de l'assurance, 206.
- fiscale, 255, 307, 312 et s.

Home Country Control, 190, 192.

I

Immatriculation, v. Etablissement secondaire.

Insolvabilité, 327, 350, 365, 366, 371, 372, 382, 382, 383, 385, 392.

Intérêts
- Déductibilité, 284.

L

Law shopping, 89, 316, 376, 447, 448.

Lex Rei Sitae, 406, 410.

Liquidation
- des entreprises d'assurance, 390 et s.
- des entreprises de crédit, 390, et s.

Loi-type de la CNUDCI, 356, 359 et s.

M

Mandat, v. Gérant

Mobilité des sociétés, 24, 33, 41, 307, 449.

Monopole, 108, 380.

N

Nationalisation, 21, 317, 404 et s.

O

Organisations
- Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires africain, (OHADA), 6, 124, 362.
- Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), 46, 50, 103, 107, 173, 198, 262, 266, 267, 268, 272, 273, 278, 283, 287, 299, 316, 448.
- Organisation des Nations unies (ONU), 267, 278, 283, 316, 448.

P

Pays d'origine, 95, 196, 392, 415, 421.

Personnalité morale, 63, 133, 269, 277, 333, 373, 421 et s. 442.

Prestation caractéristique, 159, 162, 170, 201.

Procédure (s)
- d'insolvabilité, 327, 365, 366, 371, 383.
- principale, 371,374, 383.
- secondaire, 372, 373, 374, 383, 403.

Procédure d'insolvabilité
- secondaire, 362 et s.
- principale, 362 et s.
- territoriale, 365, 372.

Q

Qualification, 143, 163.

R

Raisons impérieuses d'intérêt général, 402, 447.

Ratio, 69.

Reconnaissance
- des jugements étrangers, 327.
- mutuelle, 87, 88, 95.
- des sociétés étrangères, 22.

Redressement judiciaire, 329.

Registre du commerce et des sociétés, 11, 23, 26, 27, 33.

Règlement
- de Bruxelles I**,** 128, 129, 146, 147, 149, 150, 155, 157, 162, 163, 315.
- sur l'insolvabilité, 362, 363, 365, 368, 371, 372, 374, 381, 382, 383, 387, 388, 390, 394, 399, 402, 403, 445.

Règles et usages uniformes (RUU), 169, 171

Résidence
- Fiscale, 310.
- Habituelle, 158, 160 et s., 165 et s. 170, 208, 365.
- Retenue à la source, 304.

Retrait,
- d'agrément, 76.

S

Saisie, 371.

Salarié (s), 220, 349, 372, 385, 387.

Sécurité sociale, 219.

Sociétés de fait, 419.

Société étrangère
- immatriculation, 26, 37.

Souveraineté, 411, 414.

T

Territorialité
- des lois, 172, 206, 220.
- de l'impôt, 291 et s.

U

Universalité, 134, 335, 362, 365, 366.

V

Vente
- Contrat, 165.
- Internationale de marchandises, 165.

Virement, 289.

TABLE DES MATIÈRES

Les nombres renvoient aux numéros de pages

PRINCIPLALES ABRÉVIATIONS 2

SOMMAIRE 4

INTRODUCTION GÉNÉRALE 7

PREMIÈRE PARTIE :
LA CRÉATION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES 28

TITRE 1. LES CONDITIONS GÉNÉRALES D'ACCÈS AU MARCHÉ FRANÇAIS PAR VOIE DE SUCCURSALE 30

CHAPITRE 1. L'IMMATRICULATION DES SUCCURSALES: UN MOYEN DE DÉCLARER LA MAISON MÈRE ÉTRANGÈRE 31

SECTION 1. L'IMMATRICULATION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES DE PAYS TIERS 32

§1- L'obligation d'immatriculation des succursales étrangères de pays tiers au registre du commerce et des sociétés français 32

§2- L'obligation d'immatriculation des succursales étrangères de pays tiers dans les autres législations européennes 36

§ 3- Le défaut d'immatriculation des succursales étrangères 38

SECTION 2 : L'HARMONISATION DES CONDITIONS D'IMMATRICULATION DES SUCCURSALES DES SOCIÉTÉS EUROPÉENNES 40

§1- L'adoption de la onzième directive sur la publicité des succursales 41

§2- Le régime juridique de la onzième directive sur la publicité des succursales 42

§3- L'assouplissement des conditions de publicité de la onzième directive sur la publicité des succursales 47

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DES SOCIÉTÉS FRANCAISES CONTRE LA CONCURRENCE ÉTRANGÈRE 49

SECTION 1 : LES CONDITIONS D'EXERCICE DES DIRIGEANTS DES SUCCURSALES DE SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES 50

§1- Un début hostile aux dirigeants étrangers 50

§2- Un air de libéralisation 52

SECTION 2 : LA RÉGLEMENTATION DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS PAR VOIE DE SUCCURSALES 55

§1- La création d'une succursale en tant qu'investissement international 55
A. La notion d'investissement international 56
B. L'évolution de la réglementation sur les investissements internationaux 57
C. La protection des activités dites sensibles 60

§2- La création d'une succursale en tant qu'investissement direct étranger 61

TITRE 2 : LES CONDITIONS SPÉCIFIQUES D'ACCÈS À CERTAINES ACTIVITÉS: L'AGRÉMENT DES SUCCURSALES 64

CHAPITRE 1 : L'AGRÉMENT ADMINISTRATIF DES SUCCURSALES DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET DE SOCIÉTÉS D'ASSURANCE DE PAYS TIERS 67

SECTION 1 : LES CONDITIONS D'AGRÉMENT 71

§1- Les conditions liées à l'organisation et à la gestion 72

§2- Les conditions de solvabilité 73

§3- Les conditions d'honorabilité et d'exprerience des gérants 75

SECTION 2 : LA PROCÉDURE DE DÉLIVRANCE ET LA PORTÉE DE L'AGRÉMENT 77

§1- La procédure de délivrance de l'agrément 77

A. Les autorités habilitées à recevoir les dossiers de demande d'agrément 78
B. La demande de l'agrément initial 79
1- L'octroi de l'agrément 79
2- Le refus de l'agrément 81

§2- La portée de l'agrément et son champ d'application 82

CHAPITRE 2 : L'AGRÉMENT UNIQUE BÉNÉFICIANT AUX SUCCURSALES EUROPÉENNES DU SECTEUR FINANCIER 85

SECTION 1 : LE MÉCANISME DE L'AGRÉMENT UNIQUE 87

§1- Le processus d'adoption de l'agrément unique 87

§2- La reconnaissance mutuelle de l'agrément 89

§3- Le rattachement sincère à l'Union européenne 92

SECTION 2 : LE RÖLE DE L'AGRÉMENT UNIQUE DANS LA CONSTRUCTION EUROPÉENNE 93

§1- Le rôle de l'agrément unique dans l'élaboration d'un marché bancaire européen 94

A. La construction d'un marché bancaire européen 94
1- Les étapes de la construction 95
2- Le système bancaire américain : approche comparative 99
3- La notion de succursale d'un établissement de crédit et d'une entreprise d'investissement 101
B. Agrément unique et pays membres de l'Union européenne 103
C. Agrément unique et pays membres d'autres organisations 104

§2- Le rôle de l'agrément unique dans la construction d'un marché européen des services d'investissement 108

§3- Le rôle de l'agrément unique dans la construction d'un marché européen des assurances 110
A. L'agrément européen des sociétés européennes d'assurance 111
1- L'assurance-vie et l'assurance non-vie 111
2- La réassurance 114
B. La notion de succursale de société européenne d'assurance 115

SECTION 3 : LA PROCÉDURE D'AGRÉMENT UNIQUE 117

§1- L'examen du visa de sortie de la société par le pays d'origine 118

§2- L'examen du visa d'entrée de la société par le pays d'accueil 120

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 124

DEUXIÈME PARTIE
LE FONCTIONNEMENT DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES 126

TITRE 1 : LE RÉGIME JURIDIQUE DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES 128

CHAPITRE 1 : LES SUCCURSALES, CHEF DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE DANS LES LITIGES LES METTANT EN CAUSE VIS-À-VIS DES TIERS 130

SECTION 1 : LES SUCCURSALES, SOURCES D'ATTRIBUTION DE COMPÉTENCE 132

§1- La dépendance des succursales de leur maison mère 134
A. En droit commun 134
B. En droit de l'Union européenne 137

§2- L'autonomie des succursales par rapport à leur maison mère 139
A. En droit commun 139
B. En droit de l'Union européenne 141

SECTION 2 : LE LIEN ENTRE LE LITIGE ET L'EXPLOITATION DES SUCCURSALES 146

§1- Les litiges portant sur le fonctionnement interne des succursales 148
§2- Les litiges portant sur l'activité extérieure des succursales 152

CHAPITRE 2 : LES SUCCURSALES, CRITÈRE D'APPLICATION DU DROIT SUBSTANTIEL AUX RAPPORTS AVEC LES TIERS 161

SECTION 1 : LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS CONTRACTÉES VIA LES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES 163

§1- Les succursales : facteur d'extranéité et élément localisateur d'une obligation 164

§2- Les obligations contractuelles conclues dans le cadre de l'exploitation d'une succursale 169
A- La loi applicable aux contrats commerciaux conclus dans le cadre de l'exploitation d'une succursale 170
B- La loi applicable aux contrats de financement conclus dans le cadre de l'exploitation d'une succursale 174

SECTION 2 : LES LOIS TERRITORIALES ET DE POLICE APPLICABLES AUX ACTIVITÉS DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES 179

§1- Le contrôle prudentiel et la supervision des activités de banque, d'assurance et des prestataires de services d'investissement des succursales étrangères 182
A. La supervision internationale des succursales de banque et de sociétés d'assurance de pays tiers 183
1- La supervision des succursales des banques de pays tiers..... 184
a) Un contexte internationl risqué 184
b) Un contôlenational strictement territorial avec certaines dérogations 186
c) Le passage au contrôle international multilatéral..... 190
2- La supervision des succursales des sociétés d'assurance de pays tiers..... 192
a) Un contrôle efficace mais présentant des faiblesses 192
b) Un nouveau paysage réglementaire des assurances en préparation..... 194
B. La supervision européenne des succursales de banques de sociétés d'assurance et de PSI..... 197
1- La supervision des succursales d'établissements de crédit, de monnaie électronique, d'établissements de paiement et de sociétés d'assurance..... 198
a) La répartition de compétences entre pays d'origine et pays d'accueil..... 198
b) La coopération et les échanges d'informations entre autorités de contrôle..... 203
2- La supervision des succursales de prestataires de service d'investissement..... 205
a) L'application des règles..... 207
b) La supervision des activités 212

§2- Les règles protectrices des parties faibles dans les rapports des succursales avec les tiers 215
A. Les règles protectrices des consommateurs dans leurs rapports avec les succursales étrangères 216
1- La réglementation de la consommation, du crédit et de l'épargne applicables aux succursales étrangères 217
2- La réglementation pénale applicable aux crimes et délits commis dans le cadre de l'exploitation des succursales étrangères 224

B. Les règles protectrices des salariés travaillant au sein de succursales étrangères 227
1- Les règles protectrices des salariés dans leurs relations individuelles de travail..... 228
a) Lors de l'exécution du contrat de travail 228
b) Lors de la rupture du contrat de travail..... 230

2- Les règles protectrices des salariés dans leurs relations collectives de travail 232

3- Les règles particulières aux gérants de succursales 234
a) Le gérant mandataire d'une succursale étrangère 236
b) Le gérant salarié d'une succursale étrangère 237
§3- La saisie-attribution des fonds détenus par des succursales bancaires étrangères 240
A. Le droit positif : De l'obligation universelle à l'extraterritorialité 240de la saisie-attribution 241
1- Absence de personnalité juridique des succursales étrangères et saisie-attribution 242
2- Des difficultés pratiques de l'extraterritorialité de la saisie-attribution 247
B. Position critique : Justifications de la territorialité de la saisie-attribution 252
1- L'importance juridique du lieu de dépôt 252
2- La localisation des comptes bancaires 259
3- Le droit québecois, source d'inspiration 262

TITRE 2 : LE RÉGIME FISCAL DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES 266

CHAPITRE 1 : L'IMPOSITION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES 268

SECTION 1 : LA PERSONNALITÉ FISCALE DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES 269

§1- L'exploitation par une société étrangère d'une activité en France sous forme de succursale 270

§2- L'exercice d'une activité par une société étrangère sous forme d'établissement stable 272

SECTION 2 : L'ASSUJETISSEMENT DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES 278

§1- La taxation des opérations effectuées par les succursales étrangères 278

§2- Les taxes auxquelles sont assujetties les succursales étrangères 281
A. La taxe sur les salaires et l'apprentissage 281
B. La taxe sur la valeur ajoutée 283

CHAPITRE 2 : LA DISCRIMINATION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES 287

SECTION 1 : LA NATURE DES DISCRIMINATIONS TOUCHANT LES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES 289

§1- La déductibilité des dépenses et des intérêts 289
A. Les dépenses faites par le siège au profit de sa succursale 290
B. Les intérêts versés par la succursale à sa maison mère ou par la maison mère à sa succursale 290

§2- La déductibilité des pertes subies par les succursales étrangères et les aides accordées par leurs maisons mères 294
A. Les pertes subies par les succursales étrangères 294
B. Les aides consenties par les sociétés françaises à leurs succursales étrangères 298
1- Les aides accordées directement aux succursales 298
2- Les aides accordées aux succursales d'une filiale 300

SECTION 2 : LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES DANS L'ESPACE EUROPÉEN 304

§1- Le principe de non-discrimination des succursales étrangères dans l'espace européen 305

§2- La condamnation par la Cour de justice des pratiques fiscales discriminatoires de la France vis-à-vis des succursales étrangères 308

§3- La condamnation par la Cour de justice des pratiques fiscales discriminatoires des autres pays européens vis-à-vis des succursales étrangères 312

A. Les pratiques discriminatoires condamnables 313
B. L'appel à une harmonisation fiscale 319

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 321

TROISIÈME PARTIE
LA DISPARITION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES 325

TITRE 1 : LA DISPARITION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES APRÈS LA MISE EN FAILLITE DE LA MAISON MÈRE 327

CHAPITRE 1 : LES SUCCURSALES FACE À LA FAILLITE INTERNATIONALE DE LA MAISON MÈRE 329

SECTION 1 : LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'OUVERTURE DE PROCÉDURES PARALLÈLES 330

§1- L'ouverture d'une procédure parallèle au lieu de situation de la succursale étrangère 331
A. Les conditions d'ouverture d'une procédure parallèle 331
1- L'absence d'exequatur 331
2- La succursale : centre principal des intérêts de la société 338
B. L'effet territorial ou extraterritorial d'une procédure parallèle 343
§2- Le sort des créances après l'ouverture de procédures parallèles 348
A. Le sort des créances commerciales 349
1- Le patrimoine du débiteur gage commun de tous ses créanciers 349
a) Une admission globale au passif de la société 350
b) Une admission limitée au passif de la société 353
2- La compensation 355
B. Le sort des créances salariales 357

SECTION 2 : LES SOLUTIONS AUX DIFICULTÉS ENGENDRÉES PAR L'OUVERTURE DE PROCÉDURES PARALLÈLES 361

§1- La coopération entre les juges 362
A. L'autolimitation générale de l'ordre juridique compétent à titre subsidiaire 362
B. La coordination concréte par référenceau point de vue étranger 363

§2- La coopération entre les autres organes de la procédure 365
A. Le « pooling agreement » : une réponse pragmatique à une situation complexe 366
B. La loi modèle CNUDCI sur l'insolvabilité internationale 368

CHAPITRE 2 : LES SUCCURSALES FACE À L'INSOLVABILITÉ EUROPÉENNE DE LA MAISON MÈRE 373

SECTION 1 : LES SUCCURSALES DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES FACE À L'INSOLVABILITÉ EUROPÉENNE 376

§1- L'ouverture d'une procédure secondaire dans le pays de situation de la succursale 377
A. Les conditions d'ouverture d'une procédure secondaire 377
B. Les caractéristiques d'une procédure secondaire 381
1- Les caractéristiques propores à la procédure secondaire 382
2- Les caractéristiques propres aux rôles des syndics et aux modalités de coopération 392

§2- Le sort des créances après l'ouverture d'une procédure secondaire 397
A. Le sort des créances commerciales 397
B. Le sort des créances salariales 399

SECTION 2 : LES SUCCURSALES D'ETABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET DES SOCIÉTÉS D'ASSURANCE FACE À L'INSOLVABILITÉ EUROPÉENNE 403

§1- Les justifications de l'ouverture d'une procédure unique 404
A. Le passeport européen et la licence unique 404
B. Le contrôle par le pays d'origine 407

§2- Les conséquences pratiques de l'ouverture d'une procédure unique 411
A. Une procédure unique, gage d'efficacité 411
B. La protection de l'égalité entre créanciers 415

TITRE 2 : LA DISPARITION DES SUCCURSALES ÉTRANGÈRES APRÈS UNE MESURE DE NATIONALISATION 421

CHAPITRE 1 : LA NATIONALISATION DE LA MAISON MÈRE ÉTRANGÈRE 423

SECTION 1 : LA DISPARITION DES SUCCURSALES APRÈS LA RECONNAISSANCE DE LA NATIONALISATION ET DE LA DISSOLUTION DE LA MAISON MÈRE 425

§1- La territorialité de la nationalisation de la maison mère 426
A. La souveraineté étatique 426
B. La loi du *situs* 428

§2- La reconnaissance de la nationalisation de la maison mère 429
A. La reconnaissance de la dissolution de la maison mère après sa nationalisation 430
B. La disparition des succursales après celle de leur maison mère 433

SECTION 2 : LA SURVIE DES SUCCURSALES EN CAS DE NON RECONNAISSANCE DE LA NATIONALISATION ET DE LA DISSOLUTION DE LA MAISON MÈRE 436
§1- L'affaire des banques russes 436
§2- Le statut des succursales survivantes 438
A. Les succursales étrangères, des sociétés de fait 438
B. Le sort des administrateurs et des créanciers sociaux 446

CHAPITRE 2 : LA NATIONALISATION DE LA SUCCURSALE ÉTRANGÈRE 450

SECTION 1 : LA LOCALISATION DES CRÉANCES LIÉES À L'EXPLOITATION D'UNE SUCCURSALE NATIONALISÉE 452

§1- Les méthodes de localisation des créances en rapport avec l'exploitation d'une succursale nationalisée 452

§2- La nationalisation des créances liées à l'exploitation de la succursale 455

SECTION 2 : LE RECOURS DES CRÉANCIERS CONTRE LA MAISON MÈRE APRÈS LA NATIONALISATION DE LA SUCCURSALE 460

§1- L'application de la loi du pays de la nationalisation 461

§2- L'application du principe de l'unité de la personne et du patrimoine 462

CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE 467

CONCLUSION GÉNÉRALE 470

BIBLIOGRAPHIE 475

INDEX 501

TABLE DES MATIÈRES 509

Titre : Les succursales en droit international et européen

Auteur : Kamal LAGTATI
Université d'Auvergne, Faculté de Droit
École Doctorale des Sciences Économiques, Juridiques et de Gestion (E.D. 245)

Directeur de recherche : Mademoiselle le professeur M.-E. ANCEL

Date de soutenance : le 25 mars 2011

Résumé :

Les succursales implantées dans un pays étranger sont plus autonomes que leurs consœurs situées dans le même pays que la maison mère. Elles évoluent dans un environnement juridique différent et par conséquent les liens avec la maison mère sont distendus. Le tribunal de l'Etat d'accueil de la succursale est compétent et les lois de ce pays sont applicables. Toutefois, les lois du pays d'accueil ne sont pas les seules à être applicables. L'absence de personnalité juridique des succursales aura pour conséquence la sollicitation des lois de la maison mère. La cohabitation entre territorialité et extraterritorialité des lois peut donner lieu soit à des conflits soit à des situations de fraude. En l'absence de coopération entre Etats, les succursales qui sont des formes de rayonnement extérieur de la société deviennent des instruments pour pratiquer non seulement *le forum shopping* mais aussi le *law shopping* et le *tax shopping*.

The branches implanted in foreign countries are more autonomous than branches situated in some country as the parent Company. They evolve in a different legal environment and consequently the links with the parent Company are distended. The Court of the State of reception of the branch is competent and laws of this Country are applicable. But the laws of the host country are not the only ones to be applicable. The cohabitation between territoriality and extraterritoriality of the laws can give rise either to conflicts or the situations of fraud. In the absence of cooperation between States the branches witch are forms of brilliance exterior of the Company are transformed into instruments to have a practice not only forum shopping but also law shopping and tax shopping.

Mots-clés :

1- Agrément
2- Extraterritorialité
3- Fiscalité
4- harmonisation
5- Insolvabilité
6- Nationalisation
7- Succursale
8- territorialité

Membres du jury :

Mlle Marie-Élodie ANCEL, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne
M. Pierre BERLIOZ, Professeur à l'Université de Reims Champagne Ardenne.
M. Nicolas MATHEY, Professeur à l'Université Paris Descartes
M. Jean STOUFFLET, Professeur émérite de l'Université d'Auvergne