

L'AFFAIRE *BROCHIER* ET L'ORDRE PUBLIC DANS LES FAILLITES INTERNATIONALES

Max Mailliet Avocat LL.M. (LSE)

Le Règlement (CE) 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité est un outil fabuleux, malgré le fait qu'il ne soit «que» le produit d'une absence de volonté politique d'harmoniser les législations des Etats membres de l'Union Européenne.

Le Règlement permet ainsi de confronter des décisions rendues par des juridictions d'Etats membres différents ayant des systèmes juridiques parfois radicalement différent des nôtres.

Avant d'entrer dans le vif du commentaire d'une décision fort intéressante rendue en 2006 en Allemagne et qui touche à la question centrale du Règlement, celle de la compétence internationale, un bref rappel des principes de fonctionnement du Règlement s'impose:

I. Les principes de fonctionnement du Règlement:

A. Compétence internationale et reconnaissance des décisions

La pierre angulaire du Règlement est, ce n'est guère une surprise, la confiance mutuelle devant exister entre Etats membres et notamment entre leurs juridictions, qui se traduit, au niveau juridique, par le concept de reconnaissance des procédures d'insolvabilité ouvertes dans un Etat membre par les juridictions d'un autre Etat membre.

Une telle reconnaissance, faute d'unification législative, ne pouvait plus reposer que sur la mise en place d'un jeu de règles uniformes pour déterminer la compétence internationale des juridictions des différents Etats membres.⁴

¹ Ci-après le «Règlement»

² En effet, le règlement ne concerne que des questions de droit international privé: il détermine des règles de compétence et de loi applicable, ainsi qu'un mécanisme de circulation des jugements entre Etats membres.

³ Cf. Article 16 du Règlement, qui pose les règles relatives à la reconnaissance des procédures d'insolvabilité

⁴ raison pour laquelle cette matière est régie par un Règlement et non par une Directive: voir le Considérant 9 du Règlement, selon lequel, la nécessité de recourir à un Règlement repose sur la recherche d'une amélioration et d'une accélération des procédures collectives transfrontalières.

Le principe est posé par l'article 3 du Règlement, qui accorde la compétence pour l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité, aux juridictions de l'Etat Membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur. Et le règlement de prévoir une présomption pour les sociétés et personnes morales, selon laquelle ce centre des intérêts principaux est présumé se situer au lieu de leur siège statutaire.

Cette présomption est toutefois susceptible de souffrir de la preuve contraire c'est-à-dire que la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une société débitrice peut être ouverte dans l'Etat membre où la société à son centre de ses intérêts principaux (et qui est différent de l'Etat membre où elle a son siège social).

La doctrine française c'est éprise de cette notion et retient comme critère pour la détermination du centre des intérêts principaux, un double critère objectif et subjectif.⁵

Le critère objectif tient au centre de direction effectif de la société, il s'agit là de la notion de *Head Office Functions*.⁶ Le critère subjectif tient à ce que les tiers soient en mesure de vérifier l'existence et la localisation du centre des intérêts principaux.

Ces deux critères forment combinent les différentes techniques de détermination du siège reconnues dans les divers Etats membres, et qui sont celle du siège réel (qui a droit de cité dans les pays dits de civil law, c'est-à-dire d'inspiration romano-napoléonienne) et celle de l'incorporation (appliquée dans les pays de common law).

La conséquence logique d'une méthode uniforme pour déterminer l'Etat compétent pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est la règle de la re-

⁵ Cf. J-L Vallens, *Une procédure collective ouverte à l'étranger contre une société française peut être reconnue sauf méconnaissance de l'ordre public*, D. 2006 p.2258, note sous l'arrêt *Daisytek*, Cass. fr. com., 27 juin 2006, D. 2006, p. 2257

⁶ Notion qui a, notamment, été retenue notamment dans l'affaire *Collins & Aikman*, par décision de la High Court anglaise du 9 juin 2006 ([2006] EWHC 1343 (Ch))

connaissance automatique par les juridictions des autres Etats membres des décisions d'ouverture de procédures d'insolvabilité.⁷

Cette règle est cependant tempérée par la traditionnelle exception de l'ordre public,⁸ qui a été toutefois fortement limitée: selon cette exception la reconnaissance ou l'exécution d'une procédure d'insolvabilité étrangère peut être refusée par un Etat membre si elle produit des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution.

B. Les premières applications jurisprudentielles

1. Dans Eurofood⁹, la CJCE pose les règles:

Dans cette fameuse affaire, s'inscrivant dans le cadre de l'insolvabilité du groupe italien Parmalat, la CJCE pose plusieurs règles intéressant l'exception de l'ordre public:

La CJCE interprète le Règlement en ce sens qu'une procédure d'insolvabilité principale ouverte dans un Etat Membre doit être reconnue dans les autres Etats Membres, sans que ceux-ci puissent contrôler la compétence du juge de l'Etat d'ouverture.

En même temps, la CJCE a précisé l'exception de l'ordre public: ainsi, la reconnaissance peut être refusée si la décision d'ouverture a été prise en violation manifeste du droit fondamental à être entendu dont dispose une personne concernée par une telle procédure.

2. L'affaire Daisytek et le refus du contrôle de la compétence du juge étranger

Dans l'affaire *Daisytek*,¹⁰ la Cour de cassation française a décidé que le juge de l'Etat membre où la décision doit être reconnue n'a pas à contrôler les motifs du juge étranger par lesquels ce dernier a retenu sa compétence internationale. Seule une violation manifeste de l'ordre public français autoriserait le juge français à refuser de reconnaître la décision étrangère. Selon la Cour de Cassation, cette violation manifeste doit consister dans le fait que la décision étrangère heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat où la reconnaissance ou l'exécution est recherchée.

Et la Cour de Cassation a retenu que l'absence d'audition des représentants du personnel (préalable nécessaire à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité française) ne constituait pas une violation manifeste du droit à être entendu dont dispose une personne concernée par cette procédure, et la haute juridiction a rejeté l'exception d'ordre public soulevée.

⁷ Article 16 du Règlement

⁸ Prévue par l'article 26 du Règlement

⁹ CJCE, gr. ch., 2 mai 2006, aff. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, JCP G 2006, II, 10089

¹⁰ Cass. Com. 27 juin 2006, D. 2006, *Jurisprudence*, p. 2257, n. J.-L. Vallens

Il peut en être déduit que la violation manifeste de l'ordre public doit être suffisamment caractérisée, au nom du principe de la reconnaissance automatique des décisions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Dans l'affaire *Daisytek*, la violation ne fut pas suffisamment caractérisée, dans l'affaire *Brochier*, elle l'était.

II. *Brochier*,¹¹ compétence concurrente de l'Allemagne et de l'Angleterre?

A. Les faits

La société Hans Brochier Ltd était active sur le marché des prestations de service en matière de construction.

Il s'agissait à l'origine d'une société de droit allemand, dont les dirigeants avaient, fin 2005, décidé de changer de nationalité en transférant le siège social de la société vers l'Angleterre. D'aucuns ont pu y voir un acte délibéré exercé en vue de profiter du régime anglais des procédures d'insolvabilité, et notamment des procédures de restructuration y prévues, sachant que le système anglais est nettement plus flexible que le régime allemand.

Ainsi, au moment de son insolvabilité, la société Hans Brochier Ltd était immatriculée au Companies Register de Cardiff, en Angleterre, tout en n'ayant aucun bureau ou établissement dans ce pays. Son siège social anglais était ainsi établi à l'adresse de son conseiller juridique.

Par contre, la même société occupait environ 700 employés travaillant à son siège opérationnel situé en Allemagne, à Nuremberg et dans d'autres établissements, tous situés en Allemagne. La plus grande partie de l'activité de la société débitrice était exercée à partir de son siège opérationnel de Nuremberg. Vis-à-vis de ses créanciers, la société donnait l'apparence d'être domiciliée à Nuremberg et la plupart des créanciers étaient allemands, la plus grande partie des transactions conclues s'étant suivant le droit allemand.

Malgré tous ces indices pointant vers l'Allemagne, la société étant insolvable, ses dirigeants se sont rendus devant les juridictions anglaises et ont demandé la nomination d'un Administrator, en proposant des candidats ayant déjà des liens avec la société.¹² La High Court of Justice de Londres a nommé deux *Administrators*, en se basant sur la présomption de l'article 3 du Règlement, sans néanmoins vérifier sa compétence et, notamment, sans vérifier si ladite présomption n'était pas combattue.

¹¹ *Amtsgericht Nürnberg* 15 août 2006, n°8004 IN 1326-1331/06 et *Amtsgericht Nürnberg* 1^{er} octobre 2006, n°8034 IN 1326-1326/06, publiés sur www.eir-database.com

¹² La nomination d'un Administrator est à considérer comme l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visée par le Règlement et rend donc ce dernier applicable

Le même jour, en Allemagne, et sur demande de plusieurs employés de la société travaillant au siège opérationnel de Nuremberg, une *vorläufige Verwaltung* avait été ouverte par le *Amtsgericht* de Nuremberg, qui ignorait tout de l'existence de la procédure anglaise.

Le résultat était que deux procédures d'insolvabilité concurrentes avaient été ouvertes à l'encontre du même débiteur le même jour.

B. Le dénouement

Sur demande du *vorläufiger Insolvenzverwalter*, le tribunal de Nuremberg a ensuite rendu un jugement en date du 15 août 2006, aux termes duquel il a refusé la reconnaissance du jugement d'ouverture anglais au motif qu'il y aurait eu violation de l'ordre public allemand:

«L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale en Angleterre sur le patrimoine d'une société anglaise qui est exclusivement active en Allemagne est contraire à l'ordre public procédural et n'est donc pas à reconnaître:

- si le tribunal anglais n'a pas vérifié de manière autonome sa compétence internationale, mais à décidé l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur base d'affirmations non substantiées fournies par le requérant à la procédure;
- si la décision repose sur des données fournies par le requérant qui sont contraires à la réalité;
- si la décision n'est pas fondée,
- si le *Insolvenzverwalter* n'est pas indépendant parce qu'il a été nommé sur requête du gérant du débiteur et est conseillé depuis longtemps par les conseillers juridiques du débiteur»¹³

Cette décision a ouvert la voie à une procédure d'insolvabilité en Allemagne, ce qui fut fait par décision du *Amtsgericht* de Nuremberg en date du 1^{er} octobre 2006, après vérification de sa compétence internationale par ce tribunal:

La présomption légale prévue par l'article 3 du Règlement selon laquelle en cas de procédure d'insolvabilité internationale le centre des intérêts principaux se trouve au siège statutaire du débiteur, est combat-

13 „Die Eröffnung eines englischen Hauptinsolvenzverfahrens über das Vermögen einer nahezu ausschließlich in Deutschland operativ tätigen Limited verstößt gegen den verfahrensrechtlichen ordre public und ist daher nicht anzuerkennen,

- wenn das Gericht seine Zuständigkeit nicht eigenständig geprüft, sondern allein aufgrund unsubstanziierter Behauptungen des Antragstellers die Insolvenzeröffnung beschlossen hat,

- wenn die Entscheidung auf tatsächlichen Angaben des Antragstellers beruht,

- wenn die Entscheidung nicht begründet ist,

wenn der Insolvenzverwalter nicht unabhängig ist, weil er auf Antrag des Geschäftsführers der Insolvenzschuldnerin bestellt worden ist und von den langjährigen Rechtsberatern der Insolvenzschuldnerin beraten wird.“

*tue si toutes les décisions relatives à l'entreprise sont prises à partir d'un établissement situé dans un autre Etat Membre de l'Union Européenne et si les activités (operatives Geschäft) sont menées à partir de celui-ci.*¹⁴

Par une décision ultérieure, la High Court anglaise a décidé que la nomination de l'*Administrator* était à considérer comme nulle et non avenue et la procédure d'insolvabilité a donc pu être entamée normalement en Allemagne.

C. Brochier et Eurofood

L'affaire *Brochier* constitue une application de la motivation de la motivation adoptée par la CJCE dans *Eurofood*:

En effet, dans *Eurofood*, la CJCE a précisé que le Règlement est bâti sur le principe de la confiance mutuelle,¹⁵ mais que la contrepartie de cette confiance mutuelle est que le la *juridiction d'un Etat membre saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité vérifie sa compétence [...], c'est-à-dire si le centre des intérêts principaux du débiteur se situe dans cet Etat membre*. La CJCE souligne qu'un tel examen doit se dérouler dans le respect des garanties procédurales essentielles que requiert le déroulement d'un procès équitable.¹⁶

Toujours selon la CJCE, ceci a pour conséquence que cette décision d'ouverture doit être automatiquement reconnue dans les autres Etats membres, sans possibilité pour les juridictions de ces derniers de contrôler la compétence des juridictions de l'Etat d'ouverture de la procédure.¹⁷ Et la Cour de préciser que la contestation de cette compétence ne peut être effectuée que par l'utilisation des voies de recours nationales qui sont à disposition dans l'Etat d'ouverture de la procédure.¹⁸

Il semblerait donc, a priori, que le *Amtsgericht* de Nuremberg ne pouvait pas refuser la reconnaissance de la décision anglaise:

Or, tel n'est pas le cas, car les conditions de départ dans ces deux affaires sont différentes: en effet, dans *Brochier*, le juge anglais avait ouvert la procédure sans vérifier s'il était compétent et, notamment, sans vérifier si la présomption prévue par l'article 3 du Règlement n'était pas battue en brèche. La sanction de cette absence de vérification s'est traduite par un refus de la reconnaissance de la décision d'ouverture

14 „Die gesetzliche Vermutung des Art.3 EuInsVO, dass sich bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen am Ort des satzungsmäßigen Sitzes des Schuldners befindet, ist widerlegt, wenn sämtliche unternehmerischen Entscheidungen von einer Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat getroffen werden und von dort aus auch das operative Geschäft geführt wird.“

15 n°s 40 s. de la motivation de l'arrêt

16 n° 41 de la motivation

17 n° 42 de la motivation

18 n° 43 de la motivation

de la procédure d'insolvabilité anglaise par les juridictions allemandes.

D. Brochier et Daisytek

Brochier prend le contrepied de *Daisytek*: la deuxième a refusé de contrôler la compétence, la première le fait. Ici, la différence réside encore une fois dans le fait que dans *Daisytek*, le juge anglais avait bien vérifié si le centre des intérêts principaux était situé en Angleterre, tandis que dans *Brochier*, cette vérification de la compétence n'a pas été effectuée.

III. Conclusion

Dans l'affaire *Brochier*, le *forum shopping* auquel le Règlement s'était promis de faire échec a pu être endigué dans la présente espèce: la société faillie avait voulu s'aménager un forum en Angleterre, mais les juges allemands, y ont fait échec.

De plus, une application scrupuleuse du Règlement, voudrait que les tribunaux vérifient les affirmations des dirigeants de la société relatives au centre des intérêts principaux de celle-ci ou de son (ses) établissement(s). En conséquence, la compétence internationale ne suit plus nécessairement le siège social de manière automatique, mais se rattache au centre des intérêts principaux réel.

Aparté: La jurisprudence luxembourgeoise et le Règlement:

La jurisprudence luxembourgeoise semble se proposer de procéder à la vérification que le juge anglais avait omis de faire dans l'affaire *Brochier*, une décision du tribunal d'arrondissement de Luxembourg récemment publiée le démontre:¹⁹

Il s'agissait en l'occurrence d'une société ayant eu son siège social à Luxembourg, mais qui avait un principal établissement en France, qui était renseigné sur un extrait du registre de commerce et des sociétés délivré par le greffe du tribunal d'instance de Metz.

Le tribunal avait encore constaté que le siège social au Grand-duché de Luxembourg était établi auprès d'une fiduciaire sur base d'un contrat de domiciliation, que les salariés étaient occupés en France et que le stock de matériel médical appartenant à la société se trouvait en France.

En appliquant l'article 3 du Règlement, le tribunal a constaté que, malgré la présomption de compétence des juridictions du lieu du siège social, force était de constater que le centre des intérêts de la société se situait, non pas au lieu du siège statutaire au Grand-Duché de Luxembourg, mais en France. Le tribunal en a conclu à son incompétence pour connaître de l'aveu de la faillite et a donc refusé d'ouvrir la procédure de

faillite, faisant ainsi une application correcte du système prévu par le Règlement.

Un deuxième jugement intéressant mérite aussi d'être rapporté:²⁰

Dans cette deuxième espèce, une procédure d'insolvabilité secondaire a été ouverte avant même l'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale. Ceci peut paraître étonnant à première vue ; néanmoins le tribunal a fait une application judicieuse des textes:

Il s'agissait, en l'occurrence, d'une société immatriculée en Angleterre, ayant une succursale au Luxembourg, où une série de salariés étaient employés.

Le tribunal a retenu que, s'agissant d'une société ayant son siège statutaire en Angleterre, et dont il n'est pas établi que le siège statutaire soit fictif, les tribunaux compétents pour la déclarer en état de faillite sont les tribunaux anglais.

Cependant, aucune procédure d'insolvabilité n'avait encore été ouverte à l'encontre de cette société en Angleterre, de sorte qu'a priori, la demande de mise en faillite aurait dû être rejetée.

Pour sortir de l'impasse, le tribunal s'est basé sur une disposition moins connue du Règlement,²¹ selon laquelle il est possible d'ouvrir une procédure secondaire d'insolvabilité avant l'ouverture d'une procédure principale et qui se limitera aux biens situés sur le territoire de cet Etat membre, si plusieurs conditions sont remplies:

- Le débiteur doit avoir un établissement sur le territoire de cet Etat membre (en l'occurrence, la société disposait d'une succursale au Luxembourg).
- L'ouverture de la procédure d'insolvabilité doit être demandée par un créancier dont le domicile, la résidence habituelle ou le siège se trouvent dans cet Etat membre d'ouverture de la procédure secondaire où est situé l'établissement, ou si la créance a son origine dans l'exploitation de cet établissement.

En l'espèce, ces conditions étaient réunies et la procédure secondaire a été ouverte à l'encontre de la succursale, avec application des règles de la faillite.

En conclusion, dans cette espèce, la juridiction luxembourgeoise a appliqué de manière judicieuse le Règlement, en évitant d'attirer à elle une faillite. Elle prend dès lors le contrepied des tribunaux anglais qui font preuve d'une nette tendance (parfois qualifiée d'agressive) à attirer vers eux l'ensemble de la procédure d'insolvabilité, et ce notamment au niveau des groupes de sociétés.

¹⁹ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 2ème chambre, 7 avril 2006, Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg, Bulletin d'Information sur la Jurisprudence n°5/2006, p. 130

²⁰ Tribunal d'arrondissement, 2 juillet 2004, n° 88225 du rôle, BIJ 3/2005, p. 45

²¹ En l'occurrence, les articles 3 (2) et (4)b