

L'affaire Daisytek : l'épilogue

Application par la Cour de cassation du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité

REINHARD DAMMANN
Avocat au Barreau de Paris
White & Case



GILLES PODEUR
Avocat au Barreau de Paris
White & Case



Dans un arrêt du 27 juin 2006, la Cour de cassation fait application du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité. La Haute juridiction se conforme scrupuleusement à la récente jurisprudence Eurofood de la CJCE. Elle confirme notamment qu'en application du principe de confiance mutuelle, la juridiction qui, la première, ouvre une procédure principale d'insolvabilité, ne peut voir sa compétence remise en question par les juridictions des autres États membres.

Tout a commencé le 16 mai 2003, lorsqu'en application du règlement CE n°1346/2000 (le "règlement")¹, la High Court de Leeds a ouvert une procédure d'insolvabilité de droit anglais (*Administration*) à l'encontre de la SAS ISA Daisytek, filiale française du groupe Daisytek. La décision fit sensation.

Si, en effet, l'article 3 (1) du règlement indique que les juridictions de l'État membre sur lequel un débiteur a le centre de ses intérêts principaux sont seules compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale à l'égard de celui-ci, il précise également que le centre des intérêts principaux des personnes morales est présumé être leur siège statutaire. Or, selon la majorité de la doctrine française de l'époque, cette présomption ne pouvait être écartée qu'en cas de fictivité du siège, c'est-à-dire dans des circonstances exceptionnelles.

Prenant le contre-pied de cette interprétation, le tribunal de Leeds a accordé une valeur bien moindre à cette présomption. Faisant application de la théorie des *head-quarter functions*, il a considéré que le centre des intérêts principaux de chacune des entités du groupe était en réalité situé à Bradford, au siège de la maison mère. En conséquence, le juge anglais a regroupé l'ensemble des procédures d'insolvabilité des sociétés du groupe Daisytek, ce

qui permettait en outre d'optimiser le paiement des créanciers. Cette application pragmatique du règlement aux groupes de sociétés a marqué la fin d'un îlot de résistance² à l'internationalisation des procédures d'insolvabilité.

En France, la décision anglaise a immédiatement été perçue comme un détournement des règles de compétence (*forum shopping*)³. On a alors parlé d'"expansionnisme judiciaire"⁴. Dans ces conditions, pouvait-on invoquer la contrariété à l'ordre public pour éviter de reconnaître le jugement de Leeds ? Le juge saisi en second lieu ne devait-il pas contrôler l'application du règlement par le juge étranger ?

C'est dans ce contexte que, dix jours plus tard, le tribunal de commerce de Pontoise a refusé de reconnaître la décision anglaise et a ouvert une procédure de redressement judiciaire concurrente. Les administrateurs de la procédure d'*Administration* ont alors formé une tierce opposition à l'encontre de ce jugement d'ouverture, mais se sont vus, dans un premier temps, déboutés par le tribunal de commerce de Pontoise. En appel, cependant, la cour d'appel de Versailles a retenu que l'ouverture de la procédure d'*Administration* faisait obstacle à l'ouverture, en France, d'une procédure principale d'insolvabilité concurrente⁵.

1. JOCE n° L. 160, 30 juin 2000, p. 1 ; D 2000, Lég. p. 374, modifié par le règlement (CE) n° 603/2005 du 12 avril 2005, JOCE L 100/1, 20 avr. 2005, p. 1 et le règlement (CE) n° 694/2006 du 27 avril 2006, JOCE L 121/1, 6 mai 2006, p. 1.

2. L'expression est de D. Bureau, Rev. Crit. DIP 2002 p. 526.

3. Sur cette problématique, voir : R. Dammann, "Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématiques de conflits de juridictions et de forum shopping", D. 2005, chron. p. 1780 ; F. Jault-Seseke et

D. Robine, "Le droit européen de la faillite", D. 2004, chron. p. 1009, spéc. p. 1013.

4. L'expression a été utilisée par le ministère public dans l'affaire Rover, cité par R. Dammann, D. 2005 J. p. 381.

5. V. CA Versailles, 4 sept. 2003, D. 2003, J. p. 2352, note J.-L. Valens, RJDA 1/04 chron. P. 3, note Mélin, Rev. crit. DIP 2003 p. 667 note G. Khairallah, JCP E, 1747 note Likillimba, JDI 2004 p. 142 note Jacquemont ; Rev. Sociétés 2003 p. 891 note Rémy.

L'affaire Daisytek n'est pas restée un cas isolé. Dans leur grande majorité, les juridictions européennes se sont jugées compétentes pour ouvrir des procédures d'insolvabilité à l'égard de l'ensemble des sociétés d'un même groupe, alors même que certaines d'entre elles avaient leur siège statutaire dans d'autres États membres⁶. Les juridictions françaises sont néanmoins longtemps restées à l'écart de ce mouvement. Le mérite d'avoir appliqué les premiers cette jurisprudence revient au tribunal de commerce de Nanterre, dans l'affaire EMTEC⁷, suivi par le tribunal de commerce de Paris dans l'emblématique dossier Eurotunnel⁸.

Dès lors, il était important de savoir si la CJCE allait suivre la même voie que les juridictions nationales. Son arrêt *Eurofood*, en date du 2 mai 2006⁹, revêt à cet égard une importance considérable, tout en laissant la porte ouverte à des discussions doctrinales sur la notion de centre des intérêts principaux¹⁰. L'arrêt *Daisytek* constitue la première application, en France, de cette jurisprudence. Rendu par la Cour de cassation le 27 juin 2006¹¹, il consacre dans l'ordre juridique national le principe de confiance mutuelle (I) et celui de l'interprétation restrictive de l'exception d'ordre public (II), deux règles fondamentales du règlement.

I. Le principe de confiance mutuelle

A. L'impossibilité d'exercer un contrôle sur l'application du règlement par le juge saisi en premier lieu

Dans son premier moyen, le pourvoi faisait grief à l'arrêt de la cour d'appel de Versailles de ne pas avoir contrôlé les motifs sur lesquels le tribunal de Leeds s'était fondé pour justifier sa compétence¹². Le pourvoi invoquait un argument de texte, en soutenant que l'article 16 du règlement conditionnerait la reconnaissance de plein droit du jugement d'ouverture au fait que la juridiction soit "*compétente en vertu de l'article 3*". Le juge saisi en second lieu aurait donc la faculté d'ouvrir une procédure

principale concurrente s'il estimait que le juge saisi en premier lieu n'était pas compétent.

Ce moyen faisait écho à la position exprimée, notamment, par Michel Menjuq, pour qui une décision étrangère ouvrant une procédure d'insolvabilité principale devrait faire l'objet d'un contrôle si le juge étranger a écarté la présomption bénéficiant au siège statutaire¹³. Dans le prolongement de ce premier moyen, le pourvoi faisait également grief à la cour d'appel de ne pas avoir constaté la fictivité du siège social, car il s'agirait du seul cas de figure dans lequel un juge pourrait écarter la présomption énoncée par l'article 3 (1) du règlement.

La Cour de cassation répond à cette argumentation en incorporant dans son arrêt, sous forme d'un chapeau intérieur, l'interprétation de l'article 16 (1) donnée par la CJCE dans son arrêt *Eurofood* : "*la procédure d'insolvabilité principale ouverte par une juridiction d'un État membre doit être reconnue par les juridictions des autres États membres, sans que celles-ci puissent contrôler la compétence de la juridiction de l'État d'ouverture*"¹⁴. Sans surprise, le pourvoi est donc rejeté, dans la mesure où la cour d'appel "*n'avait pas à contrôler les motifs ayant permis à la juridiction de Leeds de renverser la présomption visée à l'article 3 du règlement*".

B. La ratio de la décision

Dans le cadre d'une procédure d'*exequatur* de droit commun, il est admis, depuis l'arrêt *Munzer*¹⁵, que le juge requis ne peut procéder à une révision au fond de la décision étrangère¹⁶, c'est-à-dire qu'il ne saurait réexaminer la totalité de l'affaire afin de déterminer si le juge étranger a correctement apprécié les faits et appliqué la règle de droit¹⁷. Le juge français doit donc accorder une certaine confiance à son homologue étranger. Cette confiance trouve toutefois ses limites dans les contrôles que le juge français doit opérer sur la décision qui lui est soumise, et qui ont également été définis par l'arrêt *Munzer* : ainsi, notamment, la compétence du juge étranger doit être vérifiée.

Dans le cadre communautaire, le principe de confiance mutuelle va bien au-delà. Il s'agit d'un élément essentiel de la construction européenne, que l'on retrouve dans un grand nombre de textes ou de jurisprudences. Aussi est-il expressément mentionné dans le considérant

6. V. J.-L. Vallens, note sous arrêt *Daisytek* à paraître chez Dalloz.

7. TC Nanterre 15 fév. 2006, D. 2006 A.J. p. 651 obs. A. Lienhard ; D. 2006, p. 793 note J.-L. Vallens ; Bull. Joly Sociétés 2006 p. 575 § 122 note F. Jault-Seseke et D. Robine ; Rev. proc. coll. 2006 p. 241 note M. Menjuq ; EWIR Art. 3 EuInsVO 4/06 p. 2007, note D. Penzlin. Le TGI de Lure, ch. com, 29 mars 2006, D. 2006 A.J. p. 1044 obs. A. Lienhard, a appliqué un raisonnement similaire pour ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'égard d'une société polonaise. La procédure EMTEC a été clôturée avec succès par la cession simultanée des actifs de l'ensemble du groupe à un repreneur, v. R. Dammann, Revue Banque, juin 2006.

8. V. pour un premier commentaire des 17 jugements rendus le 2 août 2006, D. 2006 note R. Dammann et G. ; Podeur (à paraître).

9. Aff. C-341/04, D. 2006 A.J. p. 1286 obs. Lienhard ; D. 2006 J. p. 1752 note R. Dammann ; JCP E 2006, 10089 note M. Menjuq ; Bull. Joly 2006 § 184 p. 923 note D. Fasquelle ; Rémy, Rev. sociétés 2006 p. 360 et s., J.-L. Vallens, JCP E 2006 n° 2071 ; Y. Chaput, Rev. Lamy dr. aff. juin 2006 p. 29.

10. Pour une conception restrictive v. par ex. M. Menjuq et D. Fasquelle, *op. cit.*, (supra note 9). Pour une interprétation plus extensive,

R. Dammann, *op. cit.*, (supra note 9) et les jugements précités du TC Paris du 2 août 2006 (supra note 8).

11. D. 2006, A.J. p. 1816 A. Lienhard ; Gaz. Pal. 14 juil. 2006, p. 7 note de F. Mélin.

12. Selon le pourvoi, la cour d'appel aurait dû contrôler si les éléments de fait pris en compte par la High Court de Leeds pouvaient effectivement justifier le renversement de la présomption simple selon laquelle, aux termes du règlement, le centre des intérêts principaux d'un débiteur est situé à son siège statutaire, et, en l'espèce, la seule constatation de ce que des actes significatifs de gestion d'ISA Daisytek étaient effectués au siège de sa société mère – soit au Royaume-Uni – n'était pas suffisante pour renverser la présomption.

13. V. M. Menjuq, JCP G 2005, II, 10116.

14. Point n°2 du dispositif.

15. Cass. 1^{er} civ. 7 jan. 1964, Rev. Crit. DIP 1964 p. 344, note H. Batiffol, JCP G 1964, II, 13590 note B. Ancel.

16. V. récemment Cass. 1^{er} civ. 31 jan. 2006, JCP G II 10114 note R. Dammann et M. Ollivry.

17. J. Béguin, L. Menjuq, Droit du commerce international : Lexis-Nexis Litec, 2005, n° 2093.

n° 22 du règlement : “La reconnaissance des décisions rendues par les juridictions des États membres devrait reposer sur le principe de la confiance mutuelle [...]”, lequel en tire la conséquence que “la décision de la juridiction qui ouvre la première la procédure devrait être reconnue dans tous les autres États membre, sans que ceux-ci aient la faculté de soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle”. Dès lors, aucun exequatur n’est nécessaire – règle expressément posée par l’article 16 du règlement –, et les juridictions des États membres se voient refuser la possibilité de contrôler la compétence des juridictions des autres États membres pour ouvrir une procédure d’insolvabilité principale.

Cette solution découle également de l’architecture du règlement, qui est fondée sur le principe de l’unicité de la procédure principale. La cohabitation entre deux procédures principales n’est pas concevable, puisqu’en aucun cas une procédure principale “dissidente”, ouverte en violation du principe de l’article 16 du règlement, ne pourrait être reconnue à l’étranger¹⁸. Elle dégènerait donc, *de facto*, en procédure territoriale.

La libre circulation des décisions en matière de faillite en Europe répond enfin à un impératif économique. Les décisions doivent être prises aussi rapidement que possible si l’on veut préserver les chances d’un redressement du débiteur. Dès lors, on ne saurait se “payer le luxe” de favoriser un contentieux portant sur des problèmes de compétence. La reconnaissance de plein droit, sans autre formalité, des décisions ouvrant une procédure d’insolvabilité, permet d’éviter un tel écueil.

C. Les conséquences pratiques

Les conséquences pratiques de l’impossibilité d’un contrôle des jugements étrangers sont importantes. À cet égard, la Cour de cassation reprend le considérant n° 43 de l’arrêt *Eurofood* : les seuls recours envisageables à l’encontre d’une décision d’ouverture d’une procédure principale sont ceux offerts par le droit de l’État membre dans lequel la procédure principale contestée a été ouverte. En pratique, la nécessité de connaître parfaitement la loi locale, et de disposer de ressources financières importantes, pourrait avoir un effet dissuasif sur la plupart des créanciers étrangers. Qui plus est, les délais de recours sont généralement très brefs en la matière¹⁹. Ainsi, en droit français, une tierce opposition ne peut être formée à l’encontre du jugement d’ouverture d’une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire que dans les dix jours de la publication de celui-ci au BODACC – et non pas d’une éventuelle publication de la décision dans les autres États membres. Ni le règlement ni le droit français ne prévoient d’ailleurs un délai de distance en faveur des créanciers résidant dans un autre État membre.

En second lieu, l’ouverture d’une procédure principale dans un État membre empêche l’ouverture d’une procédure principale concurrente. C’est le principe de priorité, inséparable du principe de confiance mutuelle, et qui a aujourd’hui été entériné par la Cour de cassation. Cette règle accorde un avantage considérable à la partie qui, la première, saisit un tribunal d’une demande d’ouverture d’une procédure principale : en effet, si celle-ci obtient satisfaction, les tiers verront bloquée toute tentative de leur part d’ouvrir une procédure principale dans un autre État membre. Cette solution pourrait favoriser, dans une certaine mesure, des pratiques de *forum shopping*. Le débiteur peut en effet être soumis à la tentation de prendre de court ses créanciers en obtenant au plus vite l’ouverture d’une procédure principale par la juridiction qui lui conviendra le mieux. Dans ces conditions, et afin que l’application du principe de confiance mutuelle ne soulève pas de polémiques, il sera de la responsabilité des juridictions saisies de telles demandes d’avoir un regard critique et objectif sur l’argumentation du débiteur tendant à leur démontrer que le centre de ses intérêts principaux est situé dans leur ressort. Cela dit, le risque de *forum shopping* doit être relativisé. Si, par exemple, le débiteur a obtenu l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité principale dans un État membre où il ne possède aucun actif (procédure extraterritoriale, selon l’expression de Michel Menjucq²⁰), les créanciers mécontents auront néanmoins la faculté de solliciter l’ouverture de procédures secondaires dans tout État membre sur le territoire duquel la société aurait un établissement, ce qui peut considérablement limiter les effets de la procédure principale.

Il convient également de garder à l’esprit les règles de protection édictées par le règlement en faveur des créanciers titulaires de droits réels portant sur les biens qui se trouvent, au moment de l’ouverture de la procédure, sur le territoire d’un autre État membre²¹.

En définitive, cette jurisprudence a le mérite de clarifier le débat et d’inviter chacun à adopter une attitude pragmatique, pour répondre, au cas par cas, à une question simple : étant acquis qu’une procédure principale a été ouverte dans un État membre (et sous réserve d’un éventuel recours contre la décision d’ouverture dans cet État), est-il souhaitable d’ouvrir des procédures secondaires dans d’autres États membres ? L’ouverture de procédures secondaires dans tel ou tel État pourrait en effet permettre à certains créanciers, en fonction de la localisation des actifs affectés en garantie de leurs créances, de bénéficier d’un rang plus favorable que celui qui leur est réservé par le droit régissant la procédure principale. D’un autre côté, cette multiplication des procédures pourrait générer des frais supplémentaires, au détriment de la collectivité des créanciers, et, surtout, compromettre l’élaboration d’une solution globale permettant au syndic de la procédure principale de céder un ensemble cohérent d’actifs à l’échelle européenne. Aussi est-il sou-

18. V. pour un exemple pratique note R. Dammann, D. 2006 Jur. p. 379.

19. En plus de l’information individuelle des créanciers connus, prévue par l’article 40 du règlement, il apparaît donc souhaitable que le syndic de la procédure principale fasse publier dans les plus brefs délais la décision d’ouverture, comme les articles 21 et 22 du règl. l’y autorisent, v. note R. Dammann sous CJCE 2 mai 2006, préc., D. 2006, Jur. p. 1758.

20. JCP 2005, II, 10116.

21. V. les art. 5 et seq. du règl. Sur cette problématique v. étude de R. Dammann, “Le droit européen des faillites : source d’incertitudes et d’opportunités pour les banques”, Banque & Droit, mai-juin 2005, p. 36 et s. ; R. Dammann, “Mobilité des sociétés et localisation des actifs”, JCP E 2006, Dossier, La mobilité internationale des sociétés, p. 41 et s.

haitable que des négociations s'engagent entre le syndicat de la procédure principale et les créanciers tentés de demander l'ouverture de procédures secondaires, afin de parvenir à un accord préservant au mieux les intérêts de chacun. À titre d'exemple, on ne peut que saluer le pragmatisme du tribunal de commerce de Nanterre et des administrateurs anglais nommés dans le cadre de la procédure d'Administration ouverte à l'égard de la filiale française du groupe Rover, qui, pour éviter l'ouverture d'une procédure secondaire en France, ont non seulement conclu des accords avec les principaux partenaires commerciaux de la société (ses concessionnaires), mais également accordé à l'AGS et aux salariés français le même traitement que celui qui leur aurait été réservé dans le cadre d'une liquidation judiciaire française. Dans ces conditions, la cour d'appel de Versailles a d'ailleurs jugé qu'il n'était "pas démontré que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire [à l'encontre de Rover France SAS] présenterait en l'espèce des avantages, notamment en améliorant la protection des intérêts locaux ou la réalisation des actifs"²². Les juridictions européennes et françaises ayant conféré sa pleine efficacité au principe de confiance mutuelle, il reste à préciser comment celui-ci se concilie avec le principe plus fondamental encore qu'est le respect de l'ordre public.

II. L'interprétation restrictive de l'exception d'ordre public

A. L'ordre public procédural et les droits des salariés

Le principe de reconnaissance immédiate et automatique, dans l'ensemble de l'Union européenne, de toute décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité rendue par une juridiction d'un État membre²³, connaît une seule exception, prévue par l'article 26 du règlement : il s'agit de l'hypothèse dans laquelle la reconnaissance ou l'exécution de cette décision produirait des effets manifestement contraires à l'ordre public de l'État membre concerné, et en particulier, précise le règlement, à ses principes fondamentaux ou aux droits et libertés individuelles garantis par sa constitution.

En l'occurrence, le pourvoi soutenait que l'absence d'audition des salariés d'ISA Daisytek par la High Court de Leeds constituait une violation de l'ordre public français, justifiant qu'il soit fait application de l'article 26 du règlement. L'argument reprenait ainsi la thèse développée dans une réponse ministérielle du 3 août 2004, qui concluait que "retenir systématiquement que le centre principal des intérêts d'une société filiale serait le lieu où est établie sa société mère serait un détournement du texte communautaire, de nature à porter atteinte à l'ordre

public, notamment en ce que les représentants du personnel de la personne morale concernée ne seraient pas entendus préalablement à l'ouverture de la procédure"²⁴.

La Cour de cassation n'a cependant pas retenu ce grief. Sur ce point encore, elle s'est expressément référée à l'arrêt *Eurofood*, dans lequel la CJCE a précisé que, pour que puisse être invoqué l'article 26 du règlement, "l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique"²⁵, avant d'indiquer qu'"un État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité [...] lorsque 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".

Il est vrai qu'en droit français, l'article L. 621-1 du Code de commerce et l'article 51 du décret du 28 décembre 2005 prévoient, préalablement à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, l'audition du représentant du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Le non-respect de cette exigence légale peut entraîner la nullité du jugement d'ouverture²⁶. La cour d'appel de Versailles avait néanmoins déjà écarté cet argument, en retenant notamment que l'administrateur judiciaire nommé en France n'avait pas qualité pour invoquer une telle irrégularité de forme, car celle-ci ne lui causait aucun grief. Le raisonnement paraissait conforme à la jurisprudence²⁷.

La Cour de cassation retient quant à elle, pour rejeter le pourvoi, que "l'absence d'audition des représentants du personnel préalablement à la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne constitu[e] pas une violation manifeste du droit à être entendu dont dispose une personne concernée par cette procédure". Ce faisant, la haute juridiction reprend mot pour mot les termes de l'arrêt *Eurofood*. On peut néanmoins s'interroger sur la signification exacte de cette formulation en l'espèce. Faudrait-il comprendre que, par principe, les représentants des salariés ne sont pas directement "concernés" par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard de leur employeur ? Ou bien que s'ils sont certes "concernés", leur absence d'audition ne caractérise pas pour autant, à elle seule, une violation de leur droit fondamental à être entendus, dans la mesure où le droit national pourrait leur laisser d'autres occasions de faire valoir leur point de vue a posteriori, en leur ouvrant une voie de recours à l'encontre du jugement d'ouverture²⁸ ? Quoi qu'il en soit, on retiendra que cet arrêt reconnaît un "droit à la différence" de nos voisins européens, en affirmant qu'une divergence de nos législations sur ce point n'est pas de nature à faire obstacle au principe de reconnaissance automatique des procédures d'insolvabilité ouvertes dans les autres États membres.

Il semble donc possible de conclure que l'article

22. CA Versailles, 15 déc. 2005, D. 2006, Jur. P. 379, note R. Dammann. Voir également la décision de première instance : T. Com. Nanterre, 19 mai 2005, JCPE 2005, n°1412, note Fasquelle ; D. 2005, Jur. p. 1787, note Dammann.

23. Ou de toute décision prise dans le cadre d'une telle procédure.

24. Rép. Min. n°40288, JOANQ 3 août 2004.

25. Pt. 63 et 64 de l'arrêt *Eurofood*.

26. CA Paris, 2^e chambre, section C, 2 juillet 2003, RG n°2002/12072, cité par P.M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, éd. 2006/2007, n°233.21.

27. Com. 24 octobre 1995, n°93-11.322.

28. A cet égard, on relèvera que la CJCE a admis, dans l'arrêt *Eurofood*, que "les modalités concrètes du droit à être entendu peuvent varier en fonction de l'urgence qu'il peut y avoir à statuer".

L. 621-1 du Code de commerce ne fait pas partie des droits fondamentaux devant être protégés en tout état de cause.

Cette décision attire l'attention sur la spécificité de la situation des salariés et de leurs représentants dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. Dans la mesure où celle-ci peut aboutir, dans certains cas, au licenciement de tout ou partie d'entre eux, doivent-ils se voir reconnaître le statut de parties à la procédure, avec l'ensemble des garanties procédurales qui s'y attachent ? Les systèmes juridiques occidentaux apportent des réponses variées à cette interrogation. Le droit français est au demeurant lui-même ambigu sur le sujet : l'audition des représentants des salariés est certes prévue par le Code de commerce, mais ces derniers n'ont pas, en vertu de l'article L. 661-1 du même Code, la faculté de faire appel du jugement d'ouverture, cette voie de recours étant réservée au débiteur, au ministère public et, le cas échéant, au créancier poursuivant... qui apparaissent donc comme les seules véritables "parties" à l'instance.

En pratique, il apparaît en tout état de cause souhaitable, lorsqu'est ouverte une procédure principale englobant des salariés localisés dans plusieurs États membres, d'associer ceux-ci à la procédure et de leur expliquer son déroulement. À supposer, d'ailleurs, que ces derniers aient le sentiment que leurs intérêts ne sont pas suffisamment préservés dans le cadre de la procédure principale, ils pourront, en qualité de créanciers (et à condition que leurs droits locaux leur ouvrent cette possibilité), solliciter l'ouverture de procédures secondaires. À titre d'exemple, on peut relever que, dans le cadre de l'affaire EMTEC, qui a vu le tribunal de commerce de Nanterre ouvrir des procédures principales à l'égard de sociétés ayant leur siège social dans divers pays européens²⁹, les représentants des salariés de ces filiales ont été entendus par le tribunal. Pleinement informés du caractère protecteur du droit français à leur égard, ils n'ont ensuite pas sollicité l'ouverture de procédures secondaires.

Au-delà de la situation procédurale des salariés, cette jurisprudence conduit à s'interroger sur les cas dans lesquels, en pratique, l'exception d'ordre public pourra être amenée à jouer.

B. Le caractère atténué de l'ordre public international

Dans le cadre d'une procédure d'exequatur de droit commun, la doctrine effectue une distinction entre l'ordre public au fond, qui voit ses effets atténués dans l'ordre juridique international, et l'ordre public procédural, dont le respect – apprécié *in concreto* – s'impose pleinement³⁰. De la même manière, il nous semble que les

possibilités de faire application de l'article 26 du règlement en se prévalant d'une règle de droit substantielle sont particulièrement restreintes.

La circulaire du 17 mars 2003³¹ indique notamment qu'il serait possible de refuser de reconnaître une décision d'ouverture d'une procédure principale rendue dans un autre État membre si une procédure principale a préalablement été ouverte en France à l'égard du même débiteur. Si cette solution doit être approuvée, elle ne résulte cependant pas d'une application de l'exception d'ordre public. Elle découle en réalité de l'architecture du règlement, et tout particulièrement de la règle de priorité de l'article 16, telle qu'interprétée par la CJCE.

On peut également se demander si les juridictions françaises seraient fondées à faire application de l'article 26 du règlement à l'encontre d'une décision d'ouverture d'une procédure principale émanant d'un autre État membre, au motif que la société concernée serait française et ne serait pas en état de cessation des paiements³². À n'en pas douter, une réponse négative s'impose. D'une part, l'effet utile d'un règlement s'oppose à une telle interprétation, qui étendrait de manière démesurée le champ de l'exception d'ordre public³³. D'autre part, y compris en droit français, des procédures d'insolvabilité peuvent désormais être ouvertes en l'absence d'un état de cessation des paiements³⁴. Cela est d'ailleurs également le cas dans d'autres pays européens, tels que l'Allemagne, l'Espagne et la Belgique.

De même, une juridiction française ne saurait refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre en retenant que le justiciable concerné ne relèverait pas du champ d'application des procédures visées au livre VI du Code de commerce³⁵. Cette règle est expressément consacrée à l'article 16 (1) du règlement. Le juge français serait ainsi tenu de reconnaître, par exemple, une décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité concernant une personne morale de droit public étranger, détentrice de biens situés en France³⁶.

Dernier exemple, celui des nullités dites "de la période suspecte". On sait qu'en droit français, celle-ci ne peut remonter à plus de dix-huit mois avant le jugement d'ouverture (étant précisé que la nullité des actes de disposition à titre gratuit peut être recherchée lorsque ceux-ci ont été effectués dans les six mois qui ont précédé la date de cessation des paiements). Or, dans un arrêt en date du 5 février 2002, la Cour de cassation a accepté l'exequatur d'un jugement espagnol annulant un acte accompli au cours de la période suspecte de droit espagnol, alors que cet acte remontait à vingt-trois mois avant le jugement d'ouverture³⁷. Cette solution nous semble pouvoir être généralisée, et cela même si l'acte incriminé est intervenu bien plus de dix-huit mois avant le jugement d'ouverture³⁸. Les intérêts du créancier concerné paraissent

29. T. Com. Nanterre, 15 février 2006 : D. 2006, Jur. p. 793, note J.-L. Vallens.

30. V. J.-Cl International V° Ordre public, Fasc. 534-5 (M.-N. Jobard-Bachelier) n° 47. Depuis un arrêt du 3 dec. 1996, le contrôle de l'ordre public procédural intègre les "exigences tenant aux caractères du procès équitable à tout jugement quelle qu'en soit la provenance", H. Muir-Watt, note ss. Cass. 1^{re} civ. 3 dec. 1996, Rev. Crit. DIP, 1997 p. 329.

31. JO 2003 p. 12939 Art. 5.2.

32. En ce sens F. Mélin, *La faillite internationale*, LGDJ, 2004, n° 91.

33. D'autant que l'article 4.2 du règlement prévoit expressément que la loi de l'État d'ouverture détermine les conditions d'ouverture de la procédure.

34. Cf. art. L. 620-1 du Code de commerce, sur la procédure de sauvegarde.

35. J.-Cl. Com. *op. cit.*, n° 61.

36. Sur ce point, voir J.-L. Vallens, *op. cit.*, n° 20.

37. Cass. com. 5 février 2002, D 2002 AJ 957 obs. A. Lienhard ; JCP E 2003, 955 note M. Raimon.

38. Plus nuancé, J.-L. Vallens, *op. cit.*, n° 20, qui pense que le délai de quatre ans en droit allemand pour la révocation d'un acte à titre gratuit pourrait être trop long. Il convient de noter que dans certains cas, ce délai peut même atteindre dix ans (InsO§133).

sent en tout état de cause suffisamment protégés par l'article 13 du règlement, qui prévoit en la matière un moyen de défense tiré de la *lex contractus*. D'ailleurs, y compris en France, l'article L. 650-1 du Code de commerce ne prévoit-il pas l'annulation de garanties obtenues par un créancier – si celles-ci ont été obtenues dans des conditions fautives précisées par le texte – sans aucune limite temporelle au jeu de cette nullité³⁹ ?

Ainsi s'achèvent les six premiers mois de l'année 2006, particulièrement riches en décisions permettant d'éclairer les zones d'ombre du règlement. Décision après décision, le droit prétorien des procédures d'insolvabilité transnationales se construit.

39. Etant précisé que le délai de prescription d'une telle action en nullité nous paraît devoir être de dix ans : V. R. Dammann, "La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises, Banque & Droit, sept-oct. 2005, p. 16 et s., spéc. p. 21

Les deux principes de confiance mutuelle et d'interprétation restrictive de l'exception d'ordre public, dégagés par l'arrêt *Eurofood* et sur lesquels la Cour de cassation a pris soin de bâtir la présente décision, constituent deux piliers importants de cet édifice. On doit à présent suivre l'évolution de la jurisprudence pour cerner davantage encore les deux notions clés que sont celles de "centre des intérêts principaux du débiteur" et d'"établissement". Un consensus en la matière permettrait de renforcer la confiance mutuelle entre les juridictions européennes. ■