

# Chronique de *Droit Bancaire Internationale*



**GEORGES AFFAKI**  
Maître de conférences associé  
à l'Université Panthéon-Assas  
(Paris II)  
**BNP Paribas**



**JEAN STOFFLET**  
Agrégé des Facultés de droit  
Professeur émérite

## Jurisprudence

### Faillite internationale – Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité – Centre des intérêts principaux – Reconnaissance de la procédure d'insolvabilité – Contrôle de la compétence de la juridiction ouvrant la procédure – Ordre public.

– Cour de justice des communautés européennes (Grande chambre), 2 mai 2006, *Enrico Bondi c/ Bank of America N.A. et al.*, (Eurofood IFCS Ltd.), Affaire C-341/04.

– Cour de cassation, Chambre commerciale, 27 juin 2006, *co-administrateurs de ISA Daisytek S.A.S. nommés par la Cour de justice de Leeds c/ l'administrateur au redressement judiciaire de ISA Daisytek S.A.S. nommé par le tribunal de commerce de Pontoise*, n° 923 FS-PBRI.

• Lorsqu'un débiteur est une filiale dont le siège statutaire et celui de sa société mère sont situés dans deux États membres différents, la présomption énoncée à l'article 3(1) du règlement CE n° 1346/2000, selon laquelle le centre des intérêts principaux de cette filiale est situé dans l'État membre où se trouve son siège statutaire, ne peut être réfutée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter. Le fait que les choix économiques de la filiale soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas à écarter la présomption prévue par ledit règlement (premier arrêt).

• 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 (premier arrêt). Si une partie intéressée, considérant que le centre des intérêts principaux se situe dans un État membre autre que celui dans lequel a été ouverte la procédure d'insolvabilité principale, entend contester la compétence assumée par la juridiction qui a ouvert cette procédure, il lui appartient d'utiliser, devant les juridictions de l'État membre où la procédure a été ouverte, les recours prévus par le droit national de cet État membre à l'encontre de la décision d'ouverture (premier et deuxième arrêt).

• Constitue une décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité au sens de l'article 16(1) du règlement la décision rendue par une juridiction d'un État membre entraînant le dessaisissement du débiteur et portant nomination d'un syndic (premier arrêt).

• Un État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre lorsque la décision d'ouverture a été prise en violation manifeste du droit fondamental à être entendue dont dispose une personne concernée par une telle procédure (premier arrêt). Le défaut d'audition des représentants du personnel préalablement à la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne constitue pas une telle violation (deuxième arrêt).

1. **Introduction.** C'est un grand pas vers l'avant que franchit le droit européen de la faillite internationale grâce à ces deux arrêts très attendus. Scellant, au terme d'une longue procédure mouvementée, le sort de la filiale irlandaise du groupe italien Parmalat en déconfiture, l'arrêt de la CJCE donne sa pleine dimension à la présomption du siège statutaire dans la détermination du centre des intérêts principaux énoncée à l'article 3 du

règlement 1346/2000. Plus important encore, il lève tout doute sur l'impératif de reconnaissance obligatoire dont bénéficie la décision d'ouverture par une juridiction d'un État membre de la procédure d'insolvabilité principale, sans que les juridictions d'autres États membres puissent contrôler la compétence assumée par la juridiction de l'État d'ouverture<sup>1</sup>.

Pris au bond par la Chambre commerciale, les attendus de l'arrêt de la CJCE mettent fin, à leur tour, au sort de la faillite Daisytek.

La faillite internationale a pris un rôle de première importance dans la stratégie de l'entreprise à vocation internationale. Transcendant l'approche traditionnelle de gestion de crise, la faillite internationale est aujourd'hui à la clef de toute décision de localisation des actifs de l'entreprise<sup>2</sup>. Les deux arrêts ci-après commentés en témoignent.

**2. Les faits.** La société Eurofood IFSC Ltd. ("Eurofood") a été immatriculée en Irlande en 1997 en tant que "company limited by shares"<sup>3</sup>, ayant son siège statutaire domicilié dans un centre de services financiers à Dublin. C'est une filiale à 100 % de Parmalat SpA, société de droit italien qui disposait d'une centaine de filiales dans plus de 30 pays. Son objet principal était d'offrir des facilités de financement aux sociétés du groupe Parmalat.

Le 24 décembre 2003, Parmalat SpA a été admise à la procédure d'administration extraordinaire en Italie<sup>4</sup> et M. Bondi a été désigné en qualité d'administrateur extraordinaire.

Le 27 janvier 2004, Bank of America NA, créancier d'Eurofood à hauteur de 3,5 millions de dollars US, a demandé à la High Court irlandaise l'ouverture d'une procédure de liquidation (*compulsory winding up by the Court*) à l'encontre d'Eurofood, considérée comme étant insolvable avec un endettement de plus de 122 millions de dollars US. La High Court fit droit à la demande le même jour et nomma un syndic provisoire (*provisional liquidator*), en lui conférant tous pouvoirs de gestion et de disposition sur l'ensemble des actifs de la société.

Parallèlement, en tant que société du groupe Parmalat, Eurofood a été admise le 9 février 2004 sur décision du ministère compétent à la procédure d'administration extraordinaire de Parmalat en Italie.

1. Voir déjà les commentaires de J.-L. Vallens, "Le règlement européen sur les procédures d'insolvabilité à l'épreuve des groupes de sociétés : l'arbitrage de la CJCE", JCP-E 2006, 2071 ; M. Menjucq, JCP G 2006, II, 10089 ; R. Dammann, "L'application du règlement CE n° 1346/2000 après les arrêts Staubitz-Schreiber et Eurofood de la CJCE", D 2006, p. 1752.

2. R. Dammann, "Mobilité des sociétés et localisation des actifs", JCP Cah. Dr. Entr., mars-avril 2006, p. 41 ; M. Menjucq, "La mobilité des entreprises", Rev. Soc., 2001, p. 201 ; "Faillite internationale et conflit de juridictions", colloque de l'Institut de droit des affaires internationales de la Chambre de commerce internationale du 12 juin 2006 à Paris, actes à paraître.

3. L'équivalent d'une société en commandite par actions.

4. *Amministrazione straordinaria*, procédure d'insolvabilité en droit italien promulguée le 23 décembre 2003 par le décret-loi n° 347 qui la prévoit pour les entreprises comptant plus de 1 000 salariés, dont les dettes sont supérieures à 1 milliard d'euros. En vérité, cette législation a

**3. Le conflit de juridictions cristallisé.** Le 10 février 2004, a été déposée devant le Tribunale civile e penale di Parma (compétent en raison de la situation du siège social de Parmalat), une demande tendant à faire constater l'insolvabilité de sa filiale Eurofood. Le but était de centraliser autant que possible devant le même tribunal l'ensemble des procédures d'insolvabilité des entités du groupe. L'audience a été fixée au 17 février 2004.

Le syndic provisoire irlandais d'Eurofood en a été informé le 13 février 2004, mais pas les autres créanciers d'Eurofood, dont les porteurs de bons obligataires émis en 1998 par la société. On a aussi reproché à la procédure italienne de ne pas avoir permis au syndic provisoire irlandais de recevoir une copie des documents déposés auprès du tribunal de Parme tendant à faire constater l'insolvabilité d'Eurofood malgré ses demandes répétées.

Considérant que le centre des intérêts principaux d'Eurofood se trouve en Italie, le tribunal de Parme a constaté le 20 février 2004 l'état d'insolvabilité de la société et a retenu sa compétence pour gérer l'ensemble de ses actifs où qu'ils soient. M. Bondi, administrateur extraordinaire de la procédure ouverte à l'encontre de Parmalat, a aussi été nommé administrateur de la procédure principale désormais ouverte à l'encontre d'Eurofood.

**4.** Or, par jugement du 23 mars 2004, la High Court de Dublin a fixé la date de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'Eurofood au jour de la demande qui lui a été présentée à cet effet par la Bank of America NA, soit le 27 janvier 2004<sup>5</sup>. Jugeant que le centre des intérêts principaux d'Eurofood au sens de l'article 3(1) du règlement se trouvait en Irlande, la High Court a décidé que la procédure qu'elle a ouverte était la procédure principale, non celle ouverte ultérieurement en Italie. Elle a également considéré que les conditions du déroulement de la procédure devant le tribunal italien, et notamment l'absence de notification des créanciers d'Eurofood et la non-transmission des pièces au syndic provisoire irlandais, étaient de nature à justifier, en application de l'article 26 du règlement (ordre public), le refus des juridictions irlandaises de reconnaître la décision d'ouverture de procédure italienne.

À la lumière de ces constatations, et au vu de l'état d'insolvabilité d'Eurofood, la High Court a ordonné la

été promulguée expressément pour faire face à la faillite du groupe Parmalat. L'administration extraordinaire figure à l'annexe A du règlement 1346/2000.

5. Ceci est conforme à l'article 220 du Companies Act, qui dispose :

"1) Si, avant la présentation d'une demande visant à obtenir la liquidation d'une société par le tribunal, la société a adopté une résolution aux fins de liquidation volontaire, la liquidation de la société est réputée avoir débuté à la date d'adoption de la résolution et, à moins que le tribunal ne juge opportun, sur preuve de la fraude ou de l'erreur, de procéder autrement, toutes les procédures menées dans le cadre de la liquidation volontaire sont réputées avoir été valablement menées.

2) En toute autre hypothèse, la liquidation d'une société par le tribunal est réputée débiter à la date de présentation de la demande de liquidation". [traduction en français donnée dans la version française des conclusions de l'avocat général F.-G. Jacobs, présentées le 27 septembre 2005, § 22].

liquidation de cette société et nommé le syndic provisoire en qualité de liquidateur.

5. M. Bondi ayant interjeté appel du jugement de la High Court, la Supreme Court d'Irlande a estimé nécessaire, avant de se prononcer sur le litige dont elle est saisie, de surseoir à statuer et de poser à la CJCE, au titre des articles 68 CE et 234 CE, les cinq questions préjudicielles suivantes :

#### Les cinq questions préjudicielles

- 1) Lorsqu'une juridiction compétente est saisie d'une demande de liquidation d'une entreprise et que, en attendant de prendre une décision à cet effet, elle rend une ordonnance portant nomination d'un syndic à titre provisoire doté de tous pouvoirs de gestion et de disposition des actifs de l'entreprise, avec pour effet de priver les administrateurs de l'entreprise du pouvoir d'agir, cette ordonnance, combinée avec la présentation de la demande de liquidation, constitue-t-elle une décision ouvrant une procédure d'insolvabilité aux fins de l'article 16 du règlement, interprété à la lumière de ses articles 1 et 2 du règlement ?
- 2) Si la réponse à la première question est négative, est-ce que la présentation d'une demande tendant à faire prononcer la liquidation d'une entreprise par une juridiction compétente en Irlande constituerait une ouverture de procédure d'insolvabilité aux fins du règlement 1346/2000, en vertu du droit irlandais [article 220 (2) du Companies Act] qui considère que la liquidation de l'entreprise débute à la date de présentation de la demande ?
- 3) Les articles 3 et 16 du règlement 1346/2000 ont-ils pour effet de rendre compétente une juridiction d'un État membre pour ouvrir la procédure d'insolvabilité principale alors même qu'il s'agit d'un État autre que celui dans lequel est situé le siège statutaire de l'entreprise, et autre que celui où celle-ci gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par les tiers, mais où la procédure d'insolvabilité est pourtant ouverte en premier lieu ?
- 4) Lorsque:
  - a) les sièges statutaires respectifs d'une société mère et de sa filiale sont situés dans deux États membres différents,
  - b) la filiale gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par les tiers et dans le respect total et permanent de sa propre identité sociale dans l'État membre où est situé son siège statutaire, et
  - c) en raison de sa participation et de son pouvoir de nommer les administrateurs, la société mère est en mesure de contrôler et contrôle effectivement la politique de la filiale,les facteurs déterminants pour la localisation du

“centre des intérêts principaux” sont-ils ceux mentionnés au point (b) ou, au contraire, ceux mentionnés au point (c) ?

- 5) Un État membre est-il tenu, en vertu de l'article 17 du règlement, de reconnaître la décision d'une juridiction d'un autre État membre, censée ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard d'une entreprise, lorsque la juridiction du premier État membre considère que la décision en cause est manifestement contraire à l'ordre public car ayant été rendue au mépris du droit à un procès équitable ?

**L'arrêt de la CJCE.** La Cour a opportunément choisi de répondre aux questions préjudicielles qui lui étaient posées dans un ordre différent, mais plus propice à faire ressortir la logique de son raisonnement. Nous suivons dans les paragraphes suivants l'ordre choisi par la Cour.

#### Sur la quatrième question – le centre des intérêts principaux

6. Par sa quatrième question préjudicielle, la juridiction nationale formulant le renvoi invite la CJCE à se prononcer sur le facteur déterminant pour l'identification du centre des intérêts principaux d'une filiale lorsqu'elle a son siège statutaire dans un État membre différent de celui dans lequel se trouve le siège statutaire de sa société mère. Faut-il privilégier le fait que la filiale gère habituellement ses intérêts, de manière vérifiable par les tiers et dans le respect de son identité propre en tant que société, dans l'État membre où se trouve son siège statutaire ou, à l'inverse, doit-on plutôt prendre en considération le fait que la société mère est en mesure, en raison de sa participation dans le capital et de son pouvoir de nommer les dirigeants de la filiale, de contrôler la politique de la filiale ?

À la clé, figure la base même du système de détermination de la compétence des juridictions des États membres mis en place par le règlement 1346/2000.

7. Une explication du choix de ces termes dans la question préjudicielle s'impose. L'article 3 du règlement en constitue un élément fondateur :

#### “Article 3 - Compétence internationale

1. Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire.
2. Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire.
3. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte en application du paragraphe 1, toute procédure

d'insolvabilité ouverte ultérieurement en application du paragraphe 2 est une procédure secondaire. Cette procédure doit être une procédure de liquidation.  
[...]"

8. Le règlement prévoit donc deux types de procédures d'insolvabilité :

– celle de l'article 3(1), ouverte par la juridiction compétente de l'État membre sur le territoire duquel est situé "le centre des intérêts principaux" du débiteur, qualifiée de "procédure principale". Cette procédure produit des effets universels, en ce qu'elle s'applique aux biens du débiteur situés dans tous les États membres dans lesquels le règlement est applicable,

– et celle de l'article 3(2), qui pourrait être ouverte ultérieurement par la juridiction compétente de l'État membre où le débiteur possède un "établissement". Cette procédure, qualifiée de "procédure secondaire", produit des effets qui sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur le territoire de ce dernier État.

Les deux juridictions nationales soutenant chacune avoir ouvert une procédure principale à l'encontre d'Eurofood, il s'agit de déterminer ce que le règlement entend par le concept de "centre des intérêts principaux du débiteur" qui conditionne au titre de l'article 3(1) du règlement l'ouverture de la procédure principale. La procédure secondaire, quant à elle, n'a fait l'objet d'aucune mention.

9. La notion de "centre des intérêts principaux" est propre au règlement 1346/2000. Sa portée est éclairée par le 13<sup>e</sup> considérant du règlement, qui indique que "[l]e centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers". Surtout, elle revêt une signification autonome et doit donc être interprétée de manière uniforme et indépendante par les législations nationales.

10. Prenant ces éléments en considération, la Cour conclut que le centre des intérêts principaux doit être identifié en fonction de critères à la fois "objectifs et vérifiables par les tiers". Ces deux facteurs, indique la Cour, sont nécessaires afin de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité concernant la détermination de la juridiction compétente pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale<sup>6</sup>. Ceci est d'ailleurs d'autant plus important que cette détermination entraîne, *ipso jure*, celle de la loi applicable<sup>7</sup>.

Et la Cour de décider que, pour la détermination du centre des intérêts principaux, la présomption prévue à l'article 3(1) du règlement au bénéfice du siège statutaire de la société débitrice ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de

celle que la localisation de ce siège est censée refléter. Tel pourrait être notamment le cas, indique la Cour, d'une société "boîte aux lettres"<sup>8</sup> qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social. En revanche, lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège statutaire, le simple fait que ses choix économiques puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas à écarter la présomption prévue par le règlement<sup>9</sup>.

#### Sur la troisième question – le contrôle de la compétence

11. Cette question consiste à savoir si les articles 3(1) et 16(1) du règlement permettent de considérer comme compétente, pour ouvrir la procédure d'insolvabilité principale, une juridiction d'un État membre dans lequel ladite procédure a été ouverte en premier lieu, lorsque cet État n'est ni celui dans lequel est situé le siège statutaire de l'entreprise ni celui où l'entreprise gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par les tiers.

12. En réalité, derrière cette question se profile celle – bien plus controversée – du degré de contrôle de la compétence juridictionnelle que peut exercer la juridiction d'un État membre lorsqu'il lui est demandé de reconnaître la décision de la juridiction d'un autre État membre ayant identifié le centre des intérêts principaux du débiteur sur son territoire aux fins d'ouvrir une procédure d'insolvabilité principale.

Après la détermination de la condition de compétence des juridictions des États membres dans la question examinée ci-dessus, la Cour est donc invitée à se prononcer sur le système de reconnaissance mis en place par le règlement.

13. L'article 16(1) du règlement, on le sait, énonce la règle fondamentale de reconnaissance obligatoire qui prévoit que la procédure d'insolvabilité ouverte dans un État membre est reconnue dans tous les États membres dès lors qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture. Cette reconnaissance repose sur le principe de la confiance mutuelle ainsi que le rappelle le 22<sup>e</sup> considérant du règlement :

"(22) Le présent règlement devrait prévoir la reconnaissance immédiate des décisions relatives à l'ouverture, au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité qui relève de son champ d'application, ainsi que des décisions qui ont un lien direct avec cette procédure d'insolvabilité. La reconnaissance automatique devrait entraîner dès lors l'extension à tous les autres États membres des effets attribués à cette procédure par la loi de l'État d'ouverture de la procédure. La reconnaissance des décisions rendues par les juridictions des États

6. Arrêt CJCE, § 33.

7. Article 4, paragraphe 1, du règlement 1346/2000.

8. Traduction de l'anglais "letterbox", terme couramment utilisé pour désigner une société dont la personne juridique distincte de celle de sa maison mère n'est pas accompagnée d'une autonomie fonctionnelle ou d'une identité propre.

9. Arrêt CJCE, § 36. Dans sa réponse à cette quatrième question préjudicielle, la Cour suit les conclusions de l'avocat général et les avis des créanciers d'Eurofood, des gouvernements allemand, autrichien, finlandais, français, hongrois, irlandais et tchèque ainsi que celui de la Commission européenne. Elle rejette l'avis de l'administrateur italien d'Eurofood et celui du gouvernement italien.

membres devrait reposer sur le principe de la confiance mutuelle. À cet égard, les motifs de non-reconnaissance devraient être réduits au minimum nécessaire. Il convient également de régler conformément à ce principe tout conflit qui existe lorsque les juridictions de deux États membres se considèrent comme compétentes pour ouvrir une procédure principale. La décision de la juridiction qui ouvre la première la procédure devrait être reconnue dans tous les autres États membres, sans que ceux-ci aient la faculté de soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle.”

14. C’est cette confiance, rappelle la Cour, qui a amené les États membres à renoncer à leurs règles internes de reconnaissance et d’exequatur au profit d’un mécanisme simplifié de reconnaissance et d’exécution des décisions rendues dans le cadre de procédures d’insolvabilité<sup>10</sup>.

15. D’où l’importance que la juridiction d’un État membre saisie d’une demande d’ouverture d’une procédure d’insolvabilité principale vérifie sa propre compétence au regard de l’article 3(1) du règlement, c’est-à-dire examine si le centre des intérêts principaux du débiteur se situe dans son territoire national. En contrepartie, juge la Cour, le principe de confiance mutuelle exige que les juridictions des autres États membres reconnaissent la décision ouvrant une procédure d’insolvabilité principale, sans pouvoir contrôler l’appréciation portée par la première juridiction sur sa compétence.

Et la Cour de rappeler le corollaire indispensable de l’attendu précédent :

“Si une partie intéressée, considérant que le centre des intérêts principaux du débiteur se situe dans un État membre autre que celui dans lequel a été ouverte la procédure d’insolvabilité principale, entend contester la compétence assumée par la juridiction qui a ouvert cette procédure, il lui appartient d’utiliser, devant les juridictions de l’État membre où celle-ci a été ouverte, les recours prévus par le droit national de cet État membre à l’encontre de la décision d’ouverture.”<sup>11</sup>

Reste alors à définir ce qu’est “la décision d’ouverture”. C’est l’objet de la première question préjudicielle.

#### Sur la première et la deuxième question – la décision ouvrant la procédure

16. Par sa première et sa deuxième question, la juridic-

10. Voir par analogie, à propos de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale ; CJCE, 9 décembre 2003, Gasser, C-116/02, Rec. p. I-14693, § 72, et 27 avril 2004, Turner, C-159/02, Rec. p. I-3565, § 24.

11. Arrêt CJCE, § 43.

12. Chaque État membre a indiqué à l’annexe A du règlement la liste des procédures d’insolvabilité dans son droit national qui répondent à ces critères. La liste des syndicats figure à l’annexe C du règlement.

13. Règlement, 2<sup>e</sup> considérant.

14. Idem, 3<sup>e</sup> considérant.

15. Conclusions de l’avocat général, § 53. Les conclusions de l’avocat général se réfèrent aussi au rapport Virgós-Schmit qui indique : “Toutes les procédures énumérées à l’annexe A ont deux conséquences ultimes : le dessaisissement total ou partiel du débiteur ainsi que la désignation d’un

tion nationale formulant le renvoi interroge la Cour sur les facteurs constituant une “décision ouvrant une procédure d’insolvabilité” au sens de l’article 16(1) du règlement.

17. Pour comprendre le raisonnement sous-tendant la réponse apportée par la Cour, il faut commencer par relire l’article 1(1) du règlement qui détermine son champ d’application.

#### “Article premier - Champ d’application

1. Le présent règlement s’applique aux procédures collectives fondées sur l’insolvabilité du débiteur, qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d’un syndic.”

Comme son texte l’indique, cette disposition exige la réunion de quatre facteurs :

- il doit s’agir d’une procédure collective,
- fondée sur l’insolvabilité du débiteur,
- qui entraîne un dessaisissement au moins partiel de ce dernier, et
- provoque la désignation d’un syndic<sup>12</sup>.

18. Il faut ensuite se rappeler que le règlement 1346/2000 ne vise pas à mettre en place une procédure d’insolvabilité matériellement uniforme dans l’Union européenne ; il se contente à faire en sorte que “les procédures d’insolvabilité transfrontalières fonctionnent efficacement et effectivement”<sup>13</sup>. Pour cela, il fixe des règles ayant pour objectif “la coordination des mesures à prendre concernant le patrimoine d’un débiteur insolvable”<sup>14</sup>.

19. En l’absence d’une harmonisation matérielle, l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité obéit à des conditions qui varient considérablement d’un État membre à l’autre. Or, ainsi que le rappellent l’avis déposé aux débats par le gouvernement tchèque et celui de la Commission européenne, il est important que le principe de reconnaissance prévu à l’article 16(1) du règlement puisse s’appliquer “le plus tôt possible au cours de la procédure d’insolvabilité”<sup>15</sup>. Il s’agit en effet de limiter la possibilité pour les juridictions nationales, saisies concomitamment de demandes fondées sur l’insolvabilité d’un même débiteur, de pouvoir revendiquer une compétence concurrente pendant une période prolongée. Une telle hypothèse risquerait de perturber le

syndic. Toutefois, des distorsions surviendraient si la convention ne devait s’appliquer qu’à partir du moment où ces conséquences se produisent. Les premières étapes des procédures d’insolvabilité pourraient être exclues du système de coopération internationale prévu par la convention. Ces conséquences sont nécessaires pour que ces procédures apparaissent dans les listes figurant à l’annexe A [du règlement]. Toutefois, une fois la procédure inscrite, il suffit d’ouvrir une procédure afin que la convention s’applique dès le début” (§ 50). Le rapport Virgós-Schmit qui a été à l’origine de nombreux considérants du règlement n’a jamais été publié au Journal officiel des Communautés européennes bien qu’il existe sous forme de document du Conseil de l’Union européenne du 8 juillet 1996 - 6500/1/96. Il jouira néanmoins d’une grande autorité auprès des juridictions des États membres (note 5, citant M. Balz, “The European Union Convention on insolvency proceedings”, American Bankruptcy Law Journal, 1996, p. 485, note 51).

fondement même du règlement, à savoir qu'une seule procédure principale à caractère universel puisse être ouverte.

C'est donc au regard de cet objectif visant à assurer l'efficacité du système instauré par le règlement que la Cour choisit d'interpréter la notion de "décision ouvrant une procédure d'insolvabilité".

20. Suivant les conclusions de l'avocat général<sup>16</sup>, la Cour décide que doit être considérée comme une «décision ouvrant une procédure d'insolvabilité» au sens du règlement non seulement une décision formellement qualifiée de décision d'ouverture par la réglementation de l'État membre dont relève la juridiction qui l'a rendue, mais encore la décision rendue à la suite d'une demande, fondée sur l'insolvabilité du débiteur, tendant à l'ouverture de toute procédure visée à l'annexe A du règlement, lorsque cette décision entraîne le dessaisissement du débiteur et porte nomination d'un syndic visé à l'annexe C du règlement. Un tel dessaisissement, indique la Cour, implique que le débiteur perde les pouvoirs de gestion qu'il détient sur son patrimoine. Dans ce cas, les quatre éléments constitutifs de la définition d'une procédure d'insolvabilité donnés à l'article 1(1) du règlement sont réunis.

La date du dépôt de la demande de liquidation devant la High Court irlandaise et la décision de celle-ci de nommer un syndic provisoire dessaisissant le débiteur du pouvoir de gestion et de disposition de ses biens est donc reconnue comme répondant aux critères de la "décision ouvrant une procédure d'insolvabilité" au titre de l'article 16(1) du règlement.

#### Sur la cinquième question – l'ordre public

21. Ayant décidé au terme de sa réponse à la première question préjudicielle que la procédure italienne a été ouverte après la procédure irlandaise, la Cour aurait pu considérer la question de la reconnaissance en Irlande de la procédure italienne désormais sans objet. Elle choisit néanmoins d'y répondre, apportant ainsi un éclairage important à la question épineuse de l'exception de l'ordre public dans le règlement :

##### "Article 26 - Ordre public

Tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait 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."

22. De manière très intéressante, la Cour choisit d'interpréter l'exception de l'ordre public contenue à l'article 26 du règlement à la lumière de sa propre juris-

prudence, développée sous la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. En particulier, la Cour rappelle l'arrêt *Krombach* cité par l'administrateur extraordinaire italien, dans lequel elle avait jugé que le recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 27(1) de la convention de Bruxelles, ne doit jouer que dans des cas exceptionnels en ce qu'il constitue un obstacle à la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux de celle-ci, à savoir faciliter la libre circulation des jugements<sup>17</sup>. Et de juger qu'un recours à la clause de l'ordre public n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. 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<sup>18</sup>.

La Cour décide alors de transposer cette jurisprudence aux fins de l'interprétation de l'article 26 du règlement.

23. Elle rappelle d'abord le principe général de droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable.

S'agissant plus précisément du droit à obtenir communication des pièces de procédure et, plus généralement, du droit à être entendu auxquels fait référence la cinquième question posée par la juridiction nationale formulant le renvoi, la Cour rappelle la possibilité pour un État membre de refuser, au titre de l'article 26 du règlement, de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre 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.

24. Mais évitant le piège de l'appréciation des faits qui l'aurait sans doute amené à excéder sa mission interprétative, la Cour s'en tient à cet énoncé et laisse le soin à la juridiction nationale formulant le renvoi d'établir, en l'espèce, si une telle violation a eu lieu lors du déroulement de la procédure devant le tribunal italien. Elle adressa néanmoins un *post-scriptum* à la juridiction nationale qui reprendra le dossier pour lui rappeler qu'elle ne saurait se limiter à transposer sa propre conception de l'oralité des débats et du caractère fondamental que celle-ci revêt dans son ordre juridique, mais doit apprécier, au vu de l'ensemble des circonstances, si le syndic provisoire irlandais a bénéficié ou non d'une possibilité suffisante d'être entendu.

#### 25. L'arrêt *Daisytek* de la chambre commerciale

Moins de deux mois après l'arrêt de la CJCE, la Chambre commerciale fit siens les attendus de celui-ci dans un arrêt du 27 juin 2006.

16. Et l'avis des gouvernements allemand, finlandais, irlandais et tchèque, ainsi que de la Commission européenne, et allant à l'encontre de l'avis des gouvernements autrichien, français et italien.

17. CJCE, 28 mars 2000, C-7/98, Rec. p. I-1935, § 19 et 21.  
18. Idem, § 23 et 37.

**26. Les faits.** Les faits sont proches de ceux qui ont conduit la CJCE à rendre son arrêt du 2 mai 2006.

Le 16 mai 2003, par un *administration order*, la High Court de Leeds au Royaume-Uni avait ouvert une procédure d'insolvabilité principale à l'égard de la S.A.S. ISA Daisytek, société ayant son siège statutaire en France et filiale d'une société holding britannique, elle-même filiale d'une société américaine. Cette ordonnance fait suite à treize autres ayant prononcé le même jour l'ouverture de procédures d'insolvabilité à l'encontre de la maison mère britannique, Daisytek ISA Limited, et ses treize filiales. La Cour désigna trois administrateurs judiciaires britanniques pour gérer l'insolvabilité.

**27.** Le 23 mai 2003, sur déclaration de l'état de cessation des paiements, le tribunal de commerce de Pontoise, dans le ressort duquel se situe le siège statutaire de la société, a ouvert une procédure de redressement judiciaire à son encontre et désigné un administrateur judiciaire et un représentant des créanciers. Cette procédure est également une procédure d'insolvabilité principale au sens de l'article 3(1) du règlement.

Les administrateurs anglais ont formé tierce opposition au jugement, estimant, sur le fondement du règlement 1346/2000, que la procédure ouverte en Angleterre interdisait l'ouverture d'une autre procédure principale d'insolvabilité en France.

**28.** Le jugement de rejet de la tierce opposition par le tribunal fut infirmé par la cour d'appel de Versailles le 4 septembre 2003, déclarant bien fondée la tierce opposition et jugeant que la société ne peut faire l'objet d'une procédure de redressement judiciaire en France<sup>19</sup>.

**29.** Dans son premier moyen, le pourvoi formé dans l'intérêt de la loi par le procureur général près la cour d'appel de Versailles faisait grief à l'arrêt d'avoir violé les articles 3(1) et 16(1) du règlement en donnant effet en France à une décision qui ouvre en Angleterre la procédure principale d'insolvabilité d'une société ayant son siège en France, au seul motif que des actes de sa gestion, présentés dans le jugement anglais comme étant "significatifs" mais sans autre précision, seraient exécutés au siège de la société mère en Angleterre. Le même moyen reproche aussi à l'arrêt de la cour de Versailles de n'avoir pas contrôlé les moyens utilisés par le juge anglais pour renverser la présomption simple aux termes de laquelle le centre des intérêts principaux de la société était situé à son siège statutaire et si les tiers pouvaient en avoir connaissance<sup>20</sup>.

**30.** Le pourvoi rappelle enfin que le règlement 1346/2000 n'ayant pas pour objet de résoudre les difficultés nées de l'insolvabilité des groupes internationaux de sociétés, l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité à l'égard de chacune des sociétés d'un tel groupe impose la détermination du centre particulier de ses intérêts principaux, en s'aidant de la présomption du siège

statutaire de chacune des sociétés. Il n'est en revanche pas possible, selon le pourvoi, de prendre en considération le seul fait de son appartenance au groupe qui ne constitue pas un critère de compétence internationale prévu par le règlement.

**31.** Forte de la réponse donnée par la CJCE à la troisième question préjudicielle qui lui avait été soumise dans l'affaire *Eurofood*, la chambre commerciale rejeta le premier moyen du pourvoi. Visant l'article 16(1) du règlement, elle rappela la reconnaissance obligatoire dans tous les États membres de la décision ouvrant la procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente au titre de l'article 3(1), dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture, sans que les juridictions des autres États membres puissent contrôler la compétence de la juridiction de l'État d'ouverture.

Citant dans son intégralité l'attendu pertinent de l'arrêt *Eurofood*<sup>21</sup>, la chambre commerciale rappela que si une partie vient à contester la compétence assumée par la juridiction d'un État membre ayant ouvert la procédure principale, il lui appartient d'utiliser devant les juridictions de cet État les recours prévus par le droit national de cet État à l'encontre de la décision d'ouverture.

**32.** Il ne restait donc à la chambre commerciale que de constater que la High Court de Leeds s'était estimée compétente au titre de l'article 3(1) du règlement pour ouvrir une procédure principale d'insolvabilité à l'encontre de la filiale française après avoir retenu que le centre des intérêts principaux de cette filiale était situé en Angleterre. Et d'approuver la cour d'appel de s'être abstenue de contrôler les motifs qui ont conduit la juridiction de Leeds à renverser la présomption visée à l'article 3(1) du règlement en faveur du siège statutaire.

**33.** Dans un second moyen, le pourvoi faisait aussi grief à l'arrêt de la cour de Versailles, d'avoir violé l'article 26 du règlement (ordre public) en donnant effet en France à la décision d'ouverture alors que les représentants du personnel de la filiale française n'avaient pas été entendus préalablement à la décision de la High Court d'ouvrir la procédure d'insolvabilité.

Mais, sur ce point aussi, la chambre commerciale, a entendu le message formulé par la CJCE quant à l'interprétation appropriée de l'exception de l'ordre public au sens du règlement. Citant dans son arrêt l'essence de la réponse de la CJCE à la cinquième question préjudicielle dans l'arrêt *Eurofood*, la chambre commerciale rappela que l'atteinte à l'ordre public 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. Partant, elle approuva la cour d'appel d'avoir décidé que le défaut d'audition des représentants du personnel ne constituait pas une violation manifeste du droit fondamental à être entendue dont dispose une personne concernée par cette procédure.

19. Voir les notes de J.-L. Vallens, D. 2003, p. 2352; G. Likillimba, JCP-E 2003, 1747; et A. Jacquemont, JDI, n° 1, 2004, p. 150.

20. Règlement, 13<sup>e</sup> considérant. Voir aussi n° 10, supra.

21. Voir n° 15, supra.

34. **Questions pour l'avenir.** Rejetant catégoriquement toute possibilité pour une juridiction d'un État membre de contrôler la décision d'une juridiction d'un autre État membre d'ouvrir une procédure d'insolvabilité lorsqu'elle estime que le centre des intérêts principaux se trouve sur son territoire, les deux arrêts ici commentés envoient un message clair : la règle de reconnaissance obligatoire de l'article 16(1) du règlement doit être suivie à la lettre. La contestation de la décision d'une juridiction se reconnaissant compétente au titre de l'article 3(1) du règlement doit être formulée devant la juridiction concernée, et aucune autre.

35. La règle de reconnaissance en sort clarifiée et renforcée quant au droit. Quant aux faits, toutefois, on sort avec une appréciation mitigée. Elle est essentiellement due au fait que les pouvoirs limités de la CJCE statuant sur des questions préjudicielles dans l'arrêt *Eurofood* ont abouti à faire reconnaître le siège statutaire d'une société comme le centre de ses intérêts principaux alors même qu'il ne consistait, en l'espèce, qu'en une simple domiciliation dans un centre de services financiers parmi les centaines dont regorge Dublin et qui était géré au quotidien par Bank of America aux termes d'un accord de gestion. Espérons que l'application que feront les juridictions nationales de l'arrêt *Eurofood* à l'avenir aboutira à une meilleure justice dans les faits de l'espèce.

36. Reste la question de l'application du règlement aux groupes de sociétés qui a plané sur les débats tout au long de la procédure *Eurofood*. Les juridictions nationales et la CJCE ont fait une application exacte de la lettre du règlement à une entité sociétaire prise dans son individualité, et non en tant que composante d'un groupe. Mais à cela, aucun reproche ne peut être fait car il n'a jamais été question d'appliquer le règlement à l'insolvabilité de groupes de sociétés.

Cependant, ce qui a pu être accepté à titre de compromis politique pour permettre l'adoption du règlement ne peut plus être accepté aujourd'hui. Enron et Parmalat, entre autres faillites retentissantes de groupes internationaux, montrent qu'il est temps de prévoir d'urgence un *aggiornamento* du règlement qui porterait le principe de l'universalité de la faillite au niveau du groupe. Le "centre des intérêts principaux *du débiteur*" devra alors être identifié comme le "centre des intérêts principaux *du groupe*".

37. Au-delà de la règle de reconnaissance, l'article 16(1) du règlement fixe aussi une règle de priorité, fondée sur un critère strictement chronologique, au bénéfice de la décision d'ouverture qui a été rendue en premier lieu. Ainsi que l'explique le 22<sup>e</sup> considérant du règlement, "[l]a décision de la juridiction qui ouvre la première la procédure devrait être reconnue dans tous les autres États membres, sans que ceux-ci aient la faculté de soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle".

On ne peut dès lors s'empêcher de s'interroger pour savoir si l'épilogue des deux affaires aurait été différent si l'administrateur italien avait ouvert la procédure princi-

pale à Parme avant celle de Dublin et si le tribunal de commerce de Pontoise avait ouvert une procédure principale à Pontoise avant celle de Leeds. Le juge de Parme et celui de Pontoise auraient alors eu à connaître, dans un cas comme dans l'autre, des éventuelles contestations quant à leur compétence au titre de l'article 3(1) du règlement et à évaluer souverainement s'il existait, dans chaque espèce, suffisamment d'indices pour écarter la présomption en faveur du siège statutaire. La réponse aurait pu être différente de celle donnée par le tribunal de Dublin et celui de Leeds, saisis par des parties plus diligentes. Le règlement, lu à la lumière de l'arrêt *Eurofood*, créerait-il désormais un prix à la course ?

## Crédit acheteur – Assurance crédit – Devoirs de l'assureur.

*Cass.com.*, 14 mars 2006, *CIC Paris c/ COFACE*, arrêt n° 04-19.129 F-D : *Juris-Data* n° 032751.

1. L'arrêt commenté est le second rendu par la Cour de cassation dans une affaire portant sur la fourniture d'équipements de télécommunications par la société française Halberthal à la société brésilienne Ferrovalbra. L'opération avait été financée par le Crédit Industriel de Commercial (CIC) selon la technique classique du crédit acheteur. Le crédit était garanti par deux assureurs crédit, l'Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) et la Compagnie française d'assurances pour le commerce extérieur (COFACE). C'est précisément les deux assurances crédit qui constituaient l'objet du litige soumis à la Cour de cassation, litige opposant le CIC à la COFACE<sup>22</sup>. L'arrêt n'est pas un arrêt de principe<sup>23</sup>. Il n'est pourtant pas dépourvu d'intérêt. Les décisions concernant l'assurance-crédit sont peu nombreuses. De surcroît, pour motiver la cassation prononcée, la chambre commerciale se fonde sur un devoir de vigilance de l'assureur crédit qui n'était pas évident, s'agissant d'un rapport entre deux professionnels.

2. À la suite de difficultés survenues à la réception du matériel, l'importateur brésilien avait cessé de payer les échéances du crédit acheteur et les primes de la garantie accordée par l'IRB. Après avoir fait reconnaître sa créance sur l'importateur par une procédure arbitrale, le CIC réclama à la COFACE l'indemnisation de ses créances impayées, mais il lui fut opposé qu'il aurait dû d'abord mettre en jeu la garantie de paiement de l'IRB. En fait, cette condition ne pouvait être satisfaite car les primes dues à l'IRB n'avaient pas été réglées. La cour d'appel de Paris rejeta pourtant la demande du CIC au motif que cette banque aurait dû prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder la garantie de l'IRB en se substituant pour le règlement des primes à l'importateur défaillant. C'est son arrêt qu'a censuré la chambre commerciale de la Cour de cassation par l'arrêt précité du 14 janvier 2003.

22. V. aussi le premier arrêt rendu dans l'affaire par la Cour de cassation : *Cass.com.*, 14 janvier 2003, n° 99-18.784, *CIC c/ COFACE*, inédit.

23. L'arrêt n'a pas été retenu pour une publication au Bulletin.

La Cour de cassation s'est fondée sur une clause du contrat de garantie COFACE aux termes de laquelle la garantie IRB était automatiquement annulée en cas de non-versement des primes, de telle sorte que la Coface ne pouvait plus demander la mise en jeu de la garantie IRB.

3. La formation de la cour de Paris saisie comme cour de renvoi s'est prononcée également dans un sens défavorable au CIC, mais en se plaçant sur un terrain différent, le manque de vigilance, voire de discernement du banquier. Selon la cour d'appel, le CIC aurait dû se rendre compte du fait que la garantie de l'IRB qui conditionnait son droit à indemnisation, était illusoire puisqu'il avait accepté une garantie résiliable à la première défaillance de la société Ferrovalbra dans le règlement de ses primes, sans se ménager une possibilité de substitution. Or le CIC n'a pas établi que la COFACE avait fourni sa propre garantie en connaissance des termes de la police de l'IRB, ce qui lui aurait évidemment interdit de se prévaloir de l'inconséquence de l'assuré.

4. La cour de Paris subit une nouvelle cassation. Certes, la COFACE n'avait eu connaissance que du recto de certificat de couverture énonçant que les conditions générales et particulières figuraient au verso et elle avait donc ignoré les conditions applicables à la garantie de l'IRB. Toutefois, selon la Cour de cassation, les juges du fond auraient dû rechercher s'il n'appartenait pas à la COFACE : *"en sa qualité de professionnel de l'assurance [...] de solliciter avant de donner son accord, lesdites conditions de la compagnie d'assurance brésilienne et si, en ce cas, il ne résultait pas de l'absence de cette vérification élémentaire, que la négligence de la COFACE était à l'origine de son ignorance [...]"*.

5. Ainsi en matière d'assurance du risque de financement du commerce international, est-il attendu plus de vigilance d'un assureur crédit que d'un banquier. Ils sont pourtant l'un et l'autre en ce domaine des professionnels expérimentés. Cette position est intéressante et susceptible d'applications en de nombreux domaines. La qualité de professionnel est souvent opposée à celle de non initié. En réalité ces notions sont diversifiées à l'extrême. De surcroît, elles sont empreintes de relativité. Dans une relation économique, la qualité en laquelle intervient l'une des parties peut appeler de sa part une prudence particulière, même dans l'intérêt d'un partenaire n'est pas lui-même inexpérimenté et incapable d'évaluer un risque. Or en l'espèce, l'assureur avait fait une opération relevant directement de son "métier", ce qui n'était pas tout à fait le cas du banquier.

## **Crédit documentaire – Lettre de crédit stand by – Conformité des documents – Critères d'appréciation.**

*Cass. com., 28 mars 2006, arrêt n° 04-15.682 FS-P+B, Crédit Commercial de France c/ Sté Dapharm et Banque intercontinentale d'Afrique Occidentale : Juris-Data n° 032931.*

1. L'affaire sur laquelle se prononce la chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'arrêt n° 04-15.682 du 28 mars 2006 concerne une lettre de crédit stand by. Les principes dont il est fait application valent, toutefois, également pour les crédits documentaires puisque la version 500 des Règles et Usances de la CCI sur les dispositions de laquelle est fondé l'arrêt, est applicable à la lettre de crédit stand by. Il y était d'ailleurs fait expressément référence dans la lettre de crédit litigieuse.

2. La lettre de crédit avait été émise par la banque ivoirienne BIAO d'ordre d'une société ivoirienne au profit d'un exportateur français pour garantir le règlement d'un approvisionnement en médicaments. La lettre de crédit était confirmée par le Crédit Commercial de France. L'exportateur appelle la garantie et présente les documents correspondants, mais il n'obtient qu'un règlement partiel, les banques ayant jugé les documents présentés non conformes. L'arrêt commenté rappelle quels sont, dans les opérations documentaires soumises aux Règles et Usances de la CCI, les critères d'appréciation par les banques de la conformité des documents.

3. Saisis par le bénéficiaire d'une action tendant à obtenir de la banque émettrice et de la banque confirmatrice, le paiement du montant intégral de la lettre de crédit litigieuse, la cour d'appel y avait fait droit malgré les défauts de conformité constatés, au motif que certains de ces défauts de conformité résultaient des propres exigences de la banque confirmatrice et que, pour les autres, des modifications s'étaient produites dans les conditions d'exécution du transport (acheminement sur palettes au lieu d'un conditionnement en cartons). L'arrêt est cassé pour un motif qui mérite d'être cité, car il rappelle utilement les limites du rôle des banques dans le contrôle des documents :

*"Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que certaines des incohérences affectant les documents présentés par la société Diapharm ne pouvaient être comprises et résolues par le simple examen formel incombant aux établissements émetteur ou confirmateur d'une lettre de garantie mais nécessitaient l'analyse des conditions d'exécution du contrat de base que ceux-ci n'avaient pas à connaître, la cour d'appel a violé les textes susvisés".*

La cour d'appel avait ignoré deux principes fondamentaux énoncés par les articles 3, 4 et 13 des Règles et Usances au visa desquels l'arrêt est rendu. L'article 3 consacre l'indépendance de l'engagement contracté par les banques et des contrats commerciaux (vente mais aussi transport...) qui en constituent la base. L'article 4 dispose – ce qui est la conséquence du principe précédent – que les parties intéressées ont à considérer les documents et non les marchandises, services ou prestations auxquels les documents se rapportent. Enfin, l'article 13 reste dans la même logique en précisant que les banques ont pour seule mission de vérifier la conformité apparente des documents présentés aux termes et conditions du crédit. Elles n'ont pas à prendre en compte les stipulations des contrats de base pour se prononcer

sur la conformité des documents et décider si elles peuvent ou doivent faire droit à la demande d'exécution d'un crédit documentaire ou d'une lettre de crédit stand by.

## Crédit documentaire. Conditions de mise en œuvre de l'exception de fraude.

*Cass.com., 25 avril 2006, arrêt n° 04-15.817 FS-P+B, Sté International Sport Fashion c/ Sté Himalaya Express NV et autres.*

1. Il n'est plus discuté que la fraude justifie un refus d'exécution d'un crédit documentaire et que le donneur d'ordre, notamment, s'il est en mesure d'en faire la preuve, peut obtenir du juge une mesure provisoire de blocage du crédit<sup>24</sup>. Ce qui fait parfois difficulté, c'est la définition de la fraude. En bref, on peut dire que la demande d'exécution d'un crédit est entachée de fraude lorsqu'elle est accompagnée de documents falsifiés ou contenant des énonciations contraires à la réalité. Ainsi conçue, on le soulignera, l'exception de fraude ne remet pas en cause le principe de l'autonomie du crédit documentaire par rapport au contrat de base puisque la fraude sanctionnée affecte les documents dont la remise est l'élément central de l'opération de crédit documentaire.

2. Dans l'affaire examinée, l'existence d'une fraude au sens qui vient d'être défini n'était pas douteuse. Les juges du fond avaient constaté que les connaissements avaient été antidatés et le nom des navires modifié en vue de les

mettre en conformité avec les impératifs du crédit documentaire litigieux. Cependant, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait rejeté la demande du donneur d'ordre tendant à obtenir l'interdiction de l'exécution du crédit parce que ce donneur d'ordre n'avait pas démontré que la banque était à même de constater la manœuvre invoquée au moyen d'un examen formel des documents.

3. La cassation était inévitable. L'arrêt énonce de manière tout à fait pertinente : *“que le droit pour le donneur d'ordre de se prévaloir d'une fraude affectant les documents d'un crédit documentaire avant son exécution pour en paralyser le paiement n'est pas subordonné à la condition que cette fraude soit décelable par la banque émettrice au terme d'un simple examen formel”*. En fait, la cour d'appel avait raisonné sur une situation très différente de celle rencontrée dans l'affaire qui lui était soumise, le cas où le donneur d'ordre reproche à la banque émettrice ou confirmatrice d'avoir honoré un crédit alors qu'un ou plusieurs documents sont des faux ou comportent des mentions falsifiées. Dans ce cas, la possibilité pour la banque défenderesse de déceler la fraude au moyen d'un examen formel des documents est une donnée essentielle puisque, selon l'article 13 des Règles et Usances, les banques ne sont tenues qu'à un contrôle de la régularité apparente des documents. Quand le donneur d'ordre s'adresse au juge pour obtenir de lui une mesure d'interdiction d'exécution du crédit, l'impossibilité pour la banque de déceler la fraude est indifférente. Le juge doit seulement apprécier si les éléments qui lui sont fournis rendent ou non certaine la fraude qu'invoque le donneur d'ordre. ■

24. G. Affaki, *Financements et garanties dans le commerce international*, Centre du commerce international, Genève, 2002, n° 147 et s.; J.-

P. Mattout, *Droit bancaire international*, 3<sup>e</sup> éd. 2004, n° 314 et s.; Rép.com. Dalloz, V° *Crédit Documentaire* par J. Stoufflet, n° 117 et s.