

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. F. G. JACOBS

présentées le 27 septembre 2005¹

1. La présente affaire, déferée par la Supreme Court (Irlande), trouve son origine dans l'insolvabilité du groupe de sociétés Parmalat. Elle porte en particulier sur la question de savoir si le règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité² exige qu'une filiale irlandaise de la société holding italienne Parmalat SpA (ci-après «Parmalat») soit liquidée en Irlande ou en Italie.

convention n'est pas entrée en vigueur parce que le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ne l'a pas signée avant le délai convenu fixé au 23 mai 1996³. Toutefois, aux fins de la présente affaire, le texte du règlement est, pour l'essentiel, identique à celui de la convention⁴. Dans ces conditions, nous estimons que le rapport explicatif de la convention, rédigé par le professeur Virgós et par M. Schmit (ci-après le «rapport Virgós-Schmit»)⁵ est susceptible de fournir

Le règlement

2. Le règlement succède à la convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité (ci-après la «convention»), qui est elle-même l'aboutissement de plus de 25 années de débats et de négociations. La

3 — L'historique est décrit dans les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, lues le 6 septembre 2005, dans l'affaire *Staubitz-Schreiber* (C-1/04, arrêt du 17 janvier 2006, Rec. p. I-701, p. I-703). Voir également Balz, M., «The European Union Convention on insolvency proceedings», *American Bankruptcy Law Journal*, 1996, p. 485, spécialement p. 529; Fletcher, I., *Insolvency in Private International Law*, 1999, p. 298 à 301 (ci-après «Fletcher»), et Burbidge, P., «Cross border insolvency within the European Union: dawn of a new era», *European Law Review*, 2002, p. 589, spécialement p. 591.

4 — Les différences sont décrites et expliquées aux points 1.22 et 1.23 de l'ouvrage Moss, G., Fletcher, I., et Isaacs, S., *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide*, 2002 (ci-après «Moss, Fletcher et Isaacs»). Voir également Virgós, M., et Garcimartin, F., *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, 2004 (ci-après «Virgós et Garcimartin»), point 48, a).

5 — 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. La version définitive du texte intégral en anglais figure toutefois dans l'ouvrage Moss, Fletcher et Isaacs. Voir également l'article de M. Balz, cité à la note 3 (ci-après «Balz»). M. Balz a présidé le groupe de travail du groupe du Conseil de l'Union européenne sur la faillite, qui a rédigé la convention. Il affirme que le rapport Virgós-Schmit a fait l'objet de «vives discussions et qu'il a été approuvé par les délégués experts mais que, à la différence de la convention, il n'a pas été formellement approuvé par le Conseil des ministres. Il jouira néanmoins d'une grande autorité auprès des juridictions des États membres» (note 51).

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — Règlement du Conseil, du 29 mai 2000 (JO L 160, p. 1, ci-après le «règlement»).

des indications utiles dans le cadre de l'interprétation du règlement⁶.

3. Le règlement a été adopté sur le fondement des articles 61, sous c), CE et 67, paragraphe 1, CE à l'initiative de la République fédérale d'Allemagne et de la République de Finlande⁷. Il prévoit principalement l'attribution de compétence et le droit applicable aux procédures d'insolvabilité qui relèvent de son champ d'application ainsi que leur reconnaissance mutuelle; il s'agit des «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»⁸. Il ne figure dans le règlement aucune disposition applicable aux groupes de sociétés; chaque société soumise à une procédure d'insolvabilité est un «débiteur» propre aux fins du règlement⁹.

4. Selon le deuxième considérant:

«Le bon fonctionnement du marché intérieur exige que les procédures d'insolvabilité

transfrontalières fonctionnent efficacement et effectivement et l'adoption du présent règlement est nécessaire pour atteindre cet objectif.»

5. Aux termes du quatrième considérant:

«Il est nécessaire, pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, d'éviter que les parties [à des procédures d'insolvabilité] ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique (forum shopping).»

6. Selon la première phrase du onzième considérant:

«Le [...] règlement tient compte du fait que, en raison des divergences considérables entre les droits matériels, il n'est pas pratique de mettre en place une procédure d'insolvabilité unique ayant une portée universelle pour toute la Communauté.»

7. Aux termes du treizième considérant:

«Le 'centre des intérêts principaux' devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers.»

6 — De même, la Cour s'est référée à maintes reprises aux rapports explicatifs de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1972, L 299, p. 32, ci-après la «convention de Bruxelles») [principalement au rapport Jenard sur la convention (JO 1979, C 59, p. 1) et au rapport Schlosser sur la convention relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention de Bruxelles (JO 1979, C 59, p. 71)].

7 — Initiative soumise au Conseil le 26 mai 1999 (JO 1999, C 221, p. 8).

8 — Article 1^{er}, paragraphe 1.

9 — Voir point 117 ci-dessous.

8. Aux termes du seizième considérant:

«La juridiction compétente pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale devrait être habilitée à ordonner des mesures provisoires et conservatoires dès le moment de la demande d'ouverture de la procédure. [...] [U]n syndic provisoire désigné avant l'ouverture de la procédure principale peut, dans les États membres dans lesquels le débiteur possède un établissement, demander les mesures conservatoires prévues par la loi de ces États.»

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.»

9. Aux termes du vingt-deuxième considérant:

«Le [...] 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 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

10. Selon le vingt-troisième considérant:

«[...] sauf disposition contraire, la loi de l'État membre d'ouverture de la procédure devrait être applicable (lex concursus). [...] La lex concursus détermine tous les effets de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, sur les personnes et les rapports juridiques concernés. Cette loi régit toutes les conditions de l'ouverture, du déroulement et de la clôture de la procédure d'insolvabilité.»

11. Aux termes de l'article 1^{er}, paragraphe 1:

«Le [...] 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.»

12. L'article 2 inclut les définitions suivantes aux fins du règlement:

«a) 'procédure d'insolvabilité': les procédures collectives visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1. La liste de ces procédures figure à l'annexe A;

b) 'syndic': toute personne ou tout organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires. La liste de ces personnes et organes figure à l'annexe C;

[...]

e) 'décision': lorsqu'il s'agit de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou de la nomination d'un syndic, la décision de toute juridiction compétente pour ouvrir une telle procédure ou pour nommer un syndic;

f) 'moment de l'ouverture de la procédure': le moment où la décision d'ouverture prend effet, que cette décision soit ou non définitive.»

13. L'annexe A inclut (pour l'Irlande) la procédure dite de «Compulsory winding up by the court». L'annexe C inclut (pour l'Irlande) la fonction de «provisional liquidator»¹⁰.

14. L'article 3 du règlement dispose en tant que de besoin:

«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.»

¹⁰ — Depuis les faits à l'origine de la procédure au principal, les annexes du règlement ont été modifiées par le règlement (CE) n° 603/2005 du Conseil, du 12 avril 2005 (JO L 100, p. 1); les modifications ne sont pas pertinentes dans la présente affaire. Voir note 14 ci-dessous.

15. Cet article 3 a pour effet de distinguer deux types de procédures d'insolvabilité. Celles relevant de l'article 3, paragraphe 1, à savoir celles ouvertes par les juridictions de l'État membre où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur, sont généralement désignées par l'expression «procédure principale [d'insolvabilité]». Celles relevant de l'article 3, paragraphe 2, à savoir celles ouvertes par les juridictions d'un autre État membre où le débiteur possède un établissement et limitées aux biens se trouvant dans cet État, sont généralement désignées par l'expression «procédures secondaires [d'insolvabilité]».

16. L'article 4, paragraphe 1, du règlement institue la règle générale selon laquelle «la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte [...]». L'article 4, paragraphe 2, précise que la loi de l'État d'ouverture «détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité».

17. Aux termes de l'article 16, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement:

«Toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture.»

18. L'article 26 du règlement dispose:

«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.»

19. L'article 38 du règlement dispose:

«Lorsque la juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 1, désigne un syndic provisoire en vue d'assurer la conservation des biens du débiteur, ce syndic provisoire est habilité à demander toute mesure de conservation ou de protection sur les biens du débiteur qui se trouvent dans un autre État membre prévue par la loi de cet État, pour la période séparant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité de la décision d'ouverture.»

Les dispositions pertinentes du droit irlandais

20. L'article 212 de la loi irlandaise de 1963 sur les sociétés (ci-après le «Companies Act») confère compétence à la High Court pour liquider toute société.

21. L'article 215 du Companies Act dispose que la liquidation d'une société débute par la présentation au tribunal, par la société ou par un ou des créanciers, d'une demande tendant à faire prononcer la liquidation de cette société.

22. L'article 220 du Companies Act dispose comme suit:

«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.»

23. L'article 226, paragraphe 1, du Companies Act dispose que le tribunal peut désigner un syndic à titre provisoire, à tout moment après la présentation d'une demande de liquidation et avant la première désignation de syndics, laquelle intervient sinon, en vertu de l'article 225, à la délivrance de l'ordonnance de liquidation. Une fois désigné, un «provisional liquidator» est obligé, selon l'article 229, paragraphe 1, de «prendre en dépôt ou de placer sous son contrôle tous les biens tant corporels qu'incorporels en cause auxquels l'entreprise a droit ou semble avoir droit».

Les antécédents de la procédure d'insolvabilité

24. Les faits suivants — et ceux résumés dans la section suivante — sont tirés de la décision de renvoi.

25. Eurofood IFSC Ltd (ci-après «Eurofood») est une société immatriculée de droit irlandais. C'est une filiale à 100 % de

Parmalat, société de droit italien qui fonctionnait à travers des sociétés filiales dans plus de 30 pays à travers le monde. L'objectif principal d'Eurofood était de fournir des possibilités de financement aux sociétés du groupe Parmalat.

(pour garantir un prêt octroyé par la Bank of America à des sociétés vénézuéliennes du groupe Parmalat);

26. Le siège statutaire d'Eurofood se trouve à l'International Financial Services Centre (Centre de services financiers internationaux, ci-après l'«IFSC»), à Dublin. L'IFSC a été institué pour offrir une domiciliation à des services financiers commercialisés à l'échelle internationale fournis aux seuls personnes ou organismes nonrésidents. Eurofood a exercé ses activités à l'IFSC conformément à la loi.

b) le 29 septembre 1998, Eurofood a émis des titres par placement privé d'une somme totale de 100 millions de USD (pour financer un prêt octroyé par Eurofood à des sociétés brésiliennes du groupe Parmalat);

c) il y a eu un accord de swap, du 10 août 2001, avec la Bank of America.

27. La Bank of America NA (ci-après la «Bank of America»), banque établie aux États-Unis d'Amérique et ayant des succursales à Dublin et à Milan, assurait l'administration quotidienne d'Eurofood conformément aux termes d'un accord de gestion.

29. Les dettes contractées par Eurofood dans le cadre des deux premières opérations ont été garanties par Parmalat.

28. Eurofood a mené les trois opérations financières d'envergure suivantes:

a) le 29 septembre 1998, Eurofood a émis des titres par placement privé d'une somme totale de 80 millions de USD

30. Plus de 122 millions de USD sont maintenant dus aux créanciers d'Eurofood (ci-après les «titulaires de certificats/de titres») en ce qui concerne les deux premières opérations. Eurofood n'est pas en mesure de payer ses dettes.

Les procédures d'insolvabilité en Irlande et en Italie *En Irlande*

En Italie

31. On a découvert à la fin de l'année 2003 que Parmalat traversait une profonde crise financière, ce qui a entraîné l'insolvabilité de nombre de ses sociétés de premier plan.

32. Le 23 décembre 2003, le Parlement italien a voté le décret-loi n° 347 qui prévoit l'administration extraordinaire des entreprises comptant plus de 1 000 salariés, dont les dettes sont égales ou supérieures à 1 milliard d'euros.

33. Le 24 décembre 2003, le Ministero delle Attivite Produttive (ministère des Activités productives italien) a fait entrer Parmalat dans une procédure d'administration extraordinaire. M. Enrico Bondi a été nommé administrateur extraordinaire.

34. Le 27 décembre 2003, le Tribunale civile e penale di Parma (Italie) a confirmé l'insolvabilité de Parmalat et l'a placée sous administration extraordinaire.

35. Le 27 janvier 2004, la Bank of America a saisi la High Court (Irlande) d'une demande de liquidation d'Eurofood en alléguant que cette dernière était insolvable et qu'elle était endettée à son égard pour plus de 3,5 millions de USD.

36. Le même jour, la Bank of America a également sollicité, de manière unilatérale, la désignation d'un «provisional liquidator» (syndic provisoire de droit irlandais). Le jour même, la High Court a nommé M. Pearse Farrell «provisional liquidator» auprès d'Eurofood en lui conférant les pouvoirs de confisquer tous les actifs de cette société, de gérer ses affaires, d'ouvrir un compte bancaire en son nom et de s'assurer les services d'un conseil.

En Italie

37. Le 9 février 2004, le ministère des Activités productives italien a fait entrer Eurofood, en qualité de société du groupe, dans le cadre de l'administration extraordinaire de Parmalat.

38. Le 10 février, le Tribunale civile e penale di Parma a rendu une ordonnance par laquelle il a reconnu le dépôt d'une demande tendant à faire constater l'insolvabilité d'Eurofood et a fixé au 17 février 2004 la date d'audience de cette demande.

39. M. Farrell a été représenté par un avocat à cette audience devant le Tribunale civile e penale di Parma. Toutefois, malgré une ordonnance de ce tribunal et malgré ce que M. Farrell a qualifié de «demandes écrites et verbales répétées» adressées à M. Bondi, il n'avait reçu aucun des documents déposés auprès du Tribunale parmi lesquels la demande et les documents sur lesquels M. Bondi se fondait de se fonder.

40. Le 20 février 2004, le Tribunale civile e penale di Parma a rendu une décision ouvrant une procédure d'insolvabilité à l'égard d'Eurofood, déclarant l'insolvabilité de cette dernière, établissant que le centre de ses intérêts principaux se trouvait en Italie et nommant M. Bondi administrateur extraordinaire.

En Irlande

41. Du 2 au 4 mars 2004, la High Court a entendu la demande de liquidation d'Euro-

food, présentée par la Bank of America. La Bank of America, M. Farrell, les titulaires de certificats/de titres et le directeur du Corporate Enforcement¹¹ étaient représentés. Le 23 mars 2004, la High Court a jugé que:

- «1) la procédure d'insolvabilité avait été ouverte en Irlande à la date de présentation de la demande.
- 2) Le centre des intérêts principaux d'Eurofood était en Irlande et que, par conséquent, la procédure ouverte en Irlande dès le 27 janvier 2004 constituait la procédure d'insolvabilité principale au sens du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité.
- 3) L'ouverture prétendue de la procédure d'insolvabilité principale par le Tribunale civile e penale di Parma était contraire au vingt-deuxième considérant et à l'article 16 du règlement et qu'elle ne pouvait en rien modifier la préexistence en Irlande de la procédure d'insolvabilité principale.

11 – La fonction de directeur du Corporate Enforcement a été instituée en novembre 2001 en application de la loi relative à la bonne application du droit des sociétés (Company Law Enforcement Act 2001) en vertu duquel le directeur du Corporate Enforcement est chargé de promouvoir le respect du droit des sociétés, d'enquêter sur des violations présumées de la réglementation et de les réprimer.

4) L'omission par M. Bondi de notifier aux créanciers d'Eurofood la tenue de l'audience devant le Tribunale di Parma, malgré les instructions de ce dernier à cet égard, et l'omission de ne fournir à M. Farrell la demande ou d'autres documents fondant celle-ci qu'après tenue de l'audience, ont toutes deux constitué une violation des droits de la défense de nature à justifier le refus des juridictions irlandaises, en vertu de l'article 26 du règlement, de reconnaître la décision du Tribunale civile e penale di Parma.»

42. À la lumière de ces conclusions, et comme Eurofood était fortement insolvable, la High Court a rendu une ordonnance de liquidation à son égard et a désigné M. Farrell comme syndic. Elle n'a pas reconnu la décision rendue le 20 février 2004 par le Tribunale civile e penale di Parma.

L'appel et les questions déferées

43. M. Bondi a interjeté appel du jugement de la High Court devant la Supreme Court. Les principaux arguments exposés lors des débats en appel étaient de savoir si la procédure d'insolvabilité avait été ouverte en premier lieu en Irlande ou en Italie; si le centre des intérêts principaux d'Eurofood se trouvait en Irlande ou en Italie, et si le défaut

d'une procédure en bonne et due forme ayant abouti à la décision du Tribunale civile e penale di Parma était tel que cette décision ne devait pas être reconnue.

44. La Supreme Court a décidé de surseoir à statuer et de déferer à la Cour les questions préjudicielles suivantes relatives à ces trois points litigieux:

«1) Lorsqu'une juridiction compétente en Irlande est saisie d'une demande tendant à faire prononcer la liquidation ('winding up') d'une entreprise insolvable et que, en attendant de prendre une ordonnance de liquidation, cette juridiction rend une ordonnance portant nomination d'un syndic à titre provisoire ('provisional liquidator') doté des pouvoirs de confisquer les actifs de l'entreprise, de gérer ses affaires, d'ouvrir un compte bancaire et de désigner un conseil, tout cela ayant, en droit, pour effet de priver les administrateurs de l'entreprise du pouvoir d'agir, cette ordonnance, combinée à la présentation de la demande, constitue-t-elle une décision ouvrant une procédure d'insolvabilité ('insolvency proceedings') aux fins de l'article 16 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, interprété à la lumière de ses articles 1^{er} et 2?

2) Si la réponse à la première question est négative, la présentation, en Irlande

devant la High Court, d'une demande tendant à faire prononcer par cette juridiction la liquidation forcée ('compulsory winding up') d'une entreprise constitue-t-elle l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ('insolvency proceedings') aux fins dudit règlement, en vertu de la disposition légale irlandaise [article 220(2) du Companies Act, 1963, loi de 1963 sur les sociétés] qui considère que la liquidation de l'entreprise débute à la date de présentation de la demande?

- 3) L'article 3 dudit règlement, combiné à son article 16, a-t-il pour effet qu'une juridiction d'un État membre autre que celui dans lequel est situé le siège statutaire de l'entreprise, et autre que celui où l'entreprise gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par les tiers, mais où la procédure d'insolvabilité est ouverte en premier lieu, est compétente pour ouvrir la procédure d'insolvabilité principale?

4) Lorsque

- a) les sièges statutaires respectifs d'une société mère et de sa filiale sont situés dans deux États membres différents,

- b) que 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) que, en raison de sa participation et de son pouvoir de nommer les administrateurs, la société mère est en mesure de contrôler et qu'elle contrôle effectivement la politique de la filiale,

lors de la détermination du 'centre des intérêts principaux', les facteurs déterminants sont-ils ceux mentionnés au point b) ci-dessus ou, au contraire, ceux mentionnés au point c) ci-dessus?

- 5) Lorsqu'il est manifestement contraire à l'ordre public d'un État membre d'autoriser qu'une décision judiciaire ou administrative produise des effets juridiques à l'égard de personnes ou d'organes dont le droit à des modalités de procédure et à un procès équitables n'est pas respecté lors de l'adoption d'une telle décision, cet État membre est-il tenu, en vertu de l'article 17 dudit règlement, de reconnaître une décision arrêtée par les juridictions d'un autre État membre, censée ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard d'une entreprise, dans un cas où la juridiction

du premier État membre est convaincue que la décision en cause a été rendue au mépris de ces principes et, en particulier, lorsque le demandeur dans le second État membre refuse, malgré les demandes et contrairement à l'ordonnance de la juridiction du second État membre, de fournir au 'provisional liquidator' de l'entreprise, dûment nommé conformément au droit du premier État membre, tout exemplaire des pièces essentielles fondant sa demande?»

questions déferées bien qu'il présente des observations afin d'aider la Cour sur certains éléments de fait qu'il estime être pertinents pour la cinquième question déferée.

La première question: la «décision ouvrant une procédure d'insolvabilité»

45. M. Bondi, M. Farrell, le directeur du «Corporate Enforcement», la Bank of America, les détenteurs de certificats/de titres, les gouvernements allemand, autrichien, finlandais, français, hongrois, irlandais, italien et tchèque ainsi que la Commission des Communautés européennes ont présenté des observations écrites. À l'exception des gouvernements allemand, autrichien et hongrois, ces parties ont été également représentées à l'audience.

46. M. Farrell explique qu'il est d'usage qu'un syndic désigné à titre provisoire ne prenne pas part, lors de l'audience sur la demande de liquidation, aux débats sur le bien-fondé de l'espèce; de même, lorsqu'il est interjeté appel devant la Supreme Court du jugement de la High Court portant liquidation de la société, le syndic ne participe pas aux débats sur le bien-fondé de l'appel. En conséquence, M. Farrell n'estime pas opportun d'inciter la Cour à retenir une quelconque réponse relative aux

47. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande si, lorsqu'une juridiction compétente en Irlande est saisie d'une demande tendant à faire prononcer la liquidation d'une entreprise insolvable et que, en attendant de prendre une ordonnance de liquidation, cette juridiction rend une ordonnance portant nomination d'un syndic à titre provisoire doté des pouvoirs de confisquer les actifs de l'entreprise, de gérer ses affaires, d'ouvrir un compte bancaire et de désigner un conseil, tout cela ayant, en droit, pour effet de priver les administrateurs de l'entreprise du pouvoir d'agir, cette ordonnance, combinée à la présentation de la demande, constitue une «décision ouvrant une procédure d'insolvabilité» au sens de l'article 16 du règlement.

48. Cette question se pose en raison de la chronologie des débuts respectifs des procédures irlandaise et italienne. Le 27 janvier 2004, la Bank of America a saisi la High Court d'une demande visant à obtenir la liquidation d'Eurofood et cette juridiction a

nommé M. Farrell syndic à titre provisoire. Le 20 février 2004, le Tribunale civile e penale di Parma a déclaré Eurofood insolvable et a désigné M. Bondi comme administrateur extraordinaire. Le 23 mars 2004, la High Court a dit pour droit que la procédure d'insolvabilité avait été ouverte en Irlande à la date de présentation de la demande. Si la nomination de M. Farrell combinée à la présentation de la demande le 27 janvier 2004 constitue une «décision ouvrant une procédure d'insolvabilité» au sens de l'article 16 du règlement, le Tribunale civile e penale di Parma sera lié par cette disposition et devra reconnaître cette décision.

49. M. Bondi ainsi que les gouvernements autrichien, français et italien soutiennent que la question appelle une réponse négative: la présentation de la demande et la désignation d'un syndic à titre provisoire ne constituent pas une «décision ouvrant une procédure d'insolvabilité» au sens de l'article 16 du règlement. La Bank of America, le directeur du Corporate Enforcement, les détenteurs de certificats/de titres, les gouvernements allemand, finlandais, irlandais et tchèque ainsi que la Commission soutiennent le contraire.

50. En premier lieu, nous traiterons la thèse développée par ces secondes parties, selon laquelle la première question déferée appelle une réponse affirmative. Nous examinerons ensuite les arguments invoqués par M. Bondi et par les gouvernements autrichien, français et italien sur les raisons pour lesquelles une réponse négative s'imposerait.

51. Nous nous rallions au point de vue selon lequel la première question appelle une réponse affirmative. Selon nous, cette approche résulte de l'objet et de la finalité, de l'économie et des termes du règlement.

52. Le deuxième considérant du règlement mentionne l'objectif que «les procédures d'insolvabilité transfrontalières fonctionnent efficacement et effectivement». Le quatrième considérant évoque la nécessité «d'éviter que les parties [à des procédures d'insolvabilité] ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique (forum shopping)». L'article 16 exige que toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente soit reconnue dans tous les autres États membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'État où elle a été rendue. Selon le vingt-deuxième considérant, la reconnaissance des décisions «devrait reposer sur le principe de la confiance mutuelle».

53. Dans ce cadre, et ainsi que le gouvernement tchèque et la Commission le soulignent, il est impératif que la reconnaissance soit accordée dès les premiers stades de la procédure. C'est vraisemblablement pour cette raison que l'article 16 du règlement impose la reconnaissance dès que la décision produit ses effets en droit interne et que

l'article 2, sous f), dispose que cette règle s'applique, que la décision soit ou non définitive¹².

54. Dans ce contexte, lorsqu'une juridiction nationale qui connaît d'une demande de liquidation pour cause d'insolvabilité désigne un syndic à titre provisoire «doté des pouvoirs de confisquer les actifs de l'entreprise, de gérer ses affaires, d'ouvrir un compte bancaire et de désigner un conseil, tout cela ayant, en droit, pour effet de priver les administrateurs de l'entreprise du pouvoir d'agir», il semblerait cohérent avec la finalité du règlement que cette désignation soit considérée comme une décision ouvrant une procédure d'insolvabilité.

55. Au regard du libellé du règlement, les termes «décision» et «procédure d'insolvabilité» sont tous deux définis.

12 — Voir également le rapport Virgós-Schmit qui énonce: «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 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. Toutefois, une fois la procédure inscrite, il suffit d'ouvrir une procédure afin que la convention s'applique dès le début» (point 50). Balz affirme également: «Il n'est nullement exigé que tous les éléments d'une procédure d'insolvabilité soient réunis au moment de l'ouverture. Par exemple, si un syndic est généralement désigné après l'ouverture d'une procédure, la convention s'applique à cette procédure dès son lancement» (p. 501).

56. L'article 2, sous a), du règlement définit la «procédure d'insolvabilité» comme «les procédures collectives visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1», et ajoute: «La liste de ces procédures figure à l'annexe A.» Dans le cas de l'Irlande, la procédure dite de «compulsory winding up by the court» est l'une des procédures d'insolvabilité énumérées dans cette annexe.

57. Il semble donc que la procédure devant la juridiction nationale puisse être considérée comme étant l'ouverture de la «procédure d'insolvabilité» aux fins du règlement.

58. L'article 2, sous e), du règlement définit la «décision» lorsqu'il s'agit de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou de la nomination d'un syndic» comme comprenant «la décision de toute juridiction compétente pour ouvrir une telle procédure ou pour nommer un syndic».

59. L'article 2, sous b), du règlement définit le «syndic» comme «toute personne ou tout organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires» et ajoute que «[l]a liste de ces personnes et organes figure à l'annexe C». En ce qui concerne l'Irlande, cette liste inclut un syndic provisoire («provisional liquidator»).

60. Il semble par conséquent que la décision d'une High Court portant nomination d'un syndic à titre provisoire («provisional liquidator»), énuméré à l'annexe C du règlement, dans le cadre d'une procédure dite de «compulsory winding up by the court», visée à son annexe A, doit être une «décision ouvrant une procédure d'insolvabilité» au sens de l'article 16. Ce point de vue est d'autant plus convaincant que la désignation d'un syndic à titre provisoire est la première forme d'ordonnance judiciaire susceptible d'être rendue dans le cadre d'une procédure de liquidation de droit irlandais («compulsory winding up»).

61. Selon nous, l'analyse exposée ci-dessus qui concerne l'inclusion à l'annexe C du «provisional liquidator» de droit irlandais n'implique pas de raisonner «à l'envers et de façon illogique», comme M. Bondi l'a décrit dans ses observations. Au contraire, la désignation d'un tel syndic semble être au centre de la notion de «décision ouvrant une procédure d'insolvabilité».

62. Nous en convenons, l'article 2, sous e), du règlement pourrait être interprété plus strictement comme définissant la «décision» lorsqu'il s'agit de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité» comme incluant «la décision de toute juridiction compétente pour ouvrir une telle procédure» et, séparément, la «décision» lorsqu'il s'agit de la nomination d'un syndic» comme incluant «la décision de toute juridiction compétente [...] pour nommer un syndic». Si tel était le cas, on pourrait soutenir qu'une décision

portant nomination d'un syndic ne constituerait pas une décision ouvrant une procédure d'insolvabilité au sens de cette définition.

63. Toutefois, ainsi que la juridiction nationale le relève dans l'ordonnance de renvoi, le fait de définir la nomination d'un syndic comme une «décision» à l'article 2, sous e), du règlement apparaît sans objet dans le cadre du règlement si elle ne bénéficie pas de la reconnaissance prévue par l'article 16 de celui-ci. Certes, le règlement ne comporte aucune disposition traitant spécifiquement des décisions portant nomination d'un syndic. En outre — et ainsi que la juridiction de renvoi le relève également — la nomination d'un syndic est un élément fondamental de la notion des «procédures collectives fondées sur l'insolvabilité» qui relèvent du champ d'application de l'article 1^{er}, paragraphe 1, du règlement.

64. Enfin sur ce point, et comme le soutient le directeur du «Corporate Enforcement», il se peut que la définition énoncée à l'article 2, sous e), du règlement soit destinée à refléter la réalité, selon laquelle dans divers ressorts juridictionnels il existe des manières différentes d'engager une procédure d'insolvabilité, plutôt que destinée à opérer une distinction entre la décision d'une juridiction d'ouvrir une procédure d'insolvabilité, d'une part, et la nomination d'un syndic, d'autre part; l'objet de la définition est donc de faire en sorte que le règlement reconnaisse automatiquement les procédures d'insolvabilité ouvertes des deux façons.

65. Il semble donc plus naturel de lire l'article 2, sous e), du règlement comme définissant la «'décision' lorsqu'il s'agit de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité» comme incluant «la décision de toute juridiction compétente [...] pour nommer un syndic» et donc comme étayant la thèse exposée au point 60.

66. Un certain nombre d'arguments ont été invoqués à l'encontre de cette thèse.

67. En premier lieu, M. Bondi et le gouvernement italien soutiennent que le règlement distingue en particulier les notions de «demande» («request») et d'«ouverture» qui correspondent précisément aux étapes prévues par le droit irlandais de demande («petition») et d'«ordonnance de liquidation ('winding-up order')». Dans ce contexte, M. Bondi et le gouvernement italien citent le seizième considérant et l'article 38 du règlement.

68. De même, ces parties soutiennent que la notion de «provisional liquidator» correspond simplement à celle de syndic provisoire («temporary administrator») visée à l'article 38 et définie également au seizième considérant du règlement comme «un syndic provisoire désigné avant l'ouverture de la procédure principale»; sa nomination ne saurait par conséquent ouvrir la procédure principale.

69. De la même manière, le gouvernement autrichien soutient que, un «syndic provisoire» ne disposant que de pouvoirs limités en vertu de l'article 38 du règlement, il ne saurait être un «syndic» tel que défini à l'article 2, sous b), qui vise «toute personne ou tout organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires».

70. Ces arguments nous semblent toutefois faire abstraction des dispositions plus générales du règlement, mentionnées ci-dessus, et de leur application à la présente affaire, d'une part, et de mal comprendre la finalité plus précise de l'article 38, d'autre part. Cette disposition complète l'article 29 du règlement selon lequel le syndic d'une procédure principale d'insolvabilité au sens du règlement a le droit de demander l'ouverture d'une procédure secondaire¹³. Lorsqu'une demande d'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité a été formulée mais qu'un syndic au sens du règlement n'a pas encore été désigné, l'article 38 du règlement dispose qu'un «syndic provisoire» désigné par la juridiction compétente pour ouvrir la procédure principale d'insolvabilité peut prendre des mesures de protection sur les biens du débiteur qui se trouvent dans un autre État membre «pour la période séparant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité de la décision d'ouverture». Or, un syndic provisoire («provisional liquidator») désigné dans le cadre d'une pro-

¹³ — Voir point 15 ci-dessus.

cédure dite de «compulsory winding-up by the court» en Irlande relève de la définition du «syndic» aux fins du règlement en général et de son article 29 en particulier¹⁴.

71. En outre, l'ordonnance portant nomination du syndic provisoire dans la présente affaire lui confère des pouvoirs étendus (confisquer tous les actifs d'Eurofood, gérer ses affaires, ouvrir un compte bancaire en son nom et s'assurer les services d'un conseil); le rôle du «provisional liquidator» est par conséquent beaucoup plus important que celui du «temporary administrator» apparemment prévu à l'article 38 du règlement.

72. Lorsque, de plus, une demande est introduite aux fins d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité d'un type visé à l'annexe A du règlement et que, à la même date, la juridiction désigne un syndic d'un type énuméré à son annexe C comme dans la

présente affaire, il semble clair que la «procédure d'insolvabilité» au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, du règlement a été ouverte. Nous ne voyons pas comment l'article 38 du règlement peut être pertinent dans ces conditions.

73. Plus généralement, il ne s'ensuit pas selon nous que la présentation d'une demande tendant à faire prononcer la liquidation par voie judiciaire combinée à la nomination d'un syndic au sens du règlement ne peut pas constituer une «décision ouvrant une procédure d'insolvabilité» au sens de l'article 16 du règlement simplement parce qu'une telle demande pourrait être analysée comme «une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité».

74. En tout état de cause, il ne nous semble pas que, comme M. Bondi l'a allégué dans ses observations écrites, le règlement «fasse apparaître un schéma très clair» quant aux «trois étapes» que constituent la «demande» d'ouverture, la «désignation provisoire» d'un syndic et la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. À part l'article 38 qui, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, porte sur une situation particulière susceptible de survenir dans le contexte de procédures secondaires¹⁵ et une autre référence, à l'article 25, paragraphe 1, troisième alinéa, relative également aux mesures

14 — Il convient de relever qu'un commentateur britannique a implicitement défendu cette thèse dans le cadre de la convention en examinant les conséquences de la nomination d'un «provisional liquidator» (syndic provisoire) au Royaume-Uni. À cette époque, la liste figurant à l'annexe C n'incluait pas le «provisional liquidator» pour le Royaume-Uni (ce qui a depuis été modifié par le règlement n° 603/2005, cité à la note 10). S'agissant de la définition énoncée à l'article 2, sous f), Fletcher affirme: «Ainsi, une décision ouvrant une procédure d'insolvabilité peut avoir des effets extraterritoriaux même si elle ne constitue pas une décision définitive, à condition que la juridiction qui l'a rendue n'ait pas suspendu ses effets. Cela pourrait amener à supposer que la désignation d'un 'provisional liquidator' par une juridiction au Royaume-Uni pourrait être considérée comme comportant de telles conséquences. Toutefois, il convient de rappeler que la reconnaissance prévue par l'article 16 n'est octroyée qu'aux procédures d'insolvabilité qui relèvent du champ d'application de la convention et qui sont expressément énumérées dans ses annexes. Puisque le 'provisional liquidator' ne figure pas parmi les types de fonction énumérés à l'annexe C, la reconnaissance automatique d'une telle nomination est exclue.» (p. 283 et 284).

15 — Il y a lieu de relever que l'article 38 figure au chapitre III du règlement, intitulé «Procédures secondaires d'insolvabilité».

conservatoires provisoires, aucun autre élément dans le corps du règlement ne laisse à penser que la procédure impliquera nécessairement une «demande» séparée d'ouverture suivie après un certain temps de la «décision ouvrant une procédure d'insolvabilité».

75. M. Bondi mentionne de plus que la «différence entre la demande et l'ouverture ressort clairement par exemple de l'article 3, paragraphe 4». Or, cette disposition se rapporte uniquement à une demande d'ouverture d'une procédure (secondaire) d'insolvabilité et n'implique pas qu'un certain laps de temps doive s'écouler entre les deux étapes.

76. L'article 38 du règlement est donc l'unique disposition figurant dans le corps du règlement qui opère une telle distinction, ce qui constitue manifestement une fréquence insuffisante dont on pourrait déduire un «schéma très clair». Selon nous, l'article 38 se limite à prévoir une situation susceptible de survenir dans le contexte d'un certain type national de procédure d'insolvabilité qui implique bien en fait deux étapes distinctes entre lesquelles il peut être opportun dans certaines circonstances de nommer un syndic provisoire; on ne saurait déduire de l'article 38 que tous les types de procédure d'insolvabilité impliquent nécessairement deux étapes.

77. Il ressort en outre clairement des considérants du règlement que ce texte ne vise pas à harmoniser les législations nationales. Selon le onzième considérant: «Le [...] règlement tient compte du fait que, en raison des divergences considérables entre les droits matériels, il n'est pas pratique de mettre en place une procédure d'insolvabilité unique ayant une portée universelle pour toute la Communauté». Une réglementation fondée sur les articles 61, sous c), CE et 67, paragraphe 1, CE ne pourrait pas non plus harmoniser de la sorte les législations nationales.

78. En deuxième lieu, M. Bondi soutient qu'aucune procédure d'insolvabilité telle que la «liquidation provisoire» ne figure à la section — relative à l'Irlande — de l'annexe A du règlement. Toutefois cela n'est selon nous pas pertinent dans la présente affaire, relative à une procédure dite de «compulsory winding-up by the court» laquelle relève du champ d'application du règlement du fait de son insertion dans la liste figurant à l'annexe A.

79. Ensuite, un certain nombre d'arguments sont invoqués selon lesquels la procédure du type de celle en cause ne relève pas du champ d'application du règlement parce que, pour une raison ou pour une autre, elle ne cadre pas avec la définition énoncée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, qui vise les «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».

80. Ainsi, selon M. Bondi, une procédure dite de «compulsory winding-up by the court» en Irlande ne relève du champ d'application du règlement que si elle constitue une procédure d'insolvabilité conformément aux dispositions de l'article 1^{er}, paragraphe 1, partant que si la juridiction nationale est convaincue que le chef de compétence tiré de l'insolvabilité est démontré¹⁶. Tant que l'ordonnance de liquidation n'est pas rendue, l'insolvabilité n'est pas constatée. Le gouvernement italien a présenté des arguments similaires à l'audience.

qu'il existe véritablement une procédure d'insolvabilité «collective» au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, du règlement.

83. Toutefois cet argument fait, selon nous, une interprétation erronée de l'économie du règlement. Si l'article 1^{er}, paragraphe 1, comporte effectivement une définition des procédures d'insolvabilité qui relèvent du champ d'application du règlement, on ne saurait interpréter cette disposition indépendamment des définitions énoncées à l'article 2.

81. Selon nous, cet argument ne saurait être retenu. Dans la présente affaire, la juridiction de renvoi part dans sa première question de l'hypothèse que la demande présentée tend «à faire prononcer la liquidation d'une entreprise insolvable». Dans ces conditions, il ne serait pas indiqué pour la Cour de contester cette prémisse.

84. L'effet de l'article 2, sous a), du règlement est que «les procédures collectives visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1» «sont celles reprises dans la liste qui figure à l'annexe A». Les commentateurs du règlement s'accordent pour dire que, «une fois que la procédure est inscrite dans la liste, le règlement s'applique sans que les juridictions d'autres États membres procèdent à tout autre contrôle»¹⁷. Puisque la procédure dite de «compulsory winding-up by the court» en Irlande figure à l'annexe A, nous n'estimons pas que l'on puisse douter de l'application du règlement à pareille procédure au motif qu'il n'est pas satisfait à certains aspects de la définition énoncée à l'article 1^{er}, paragraphe 1.

82. M. Bondi soutient en outre que, dans le cadre d'une procédure dite de «compulsory winding-up by the court» en Irlande, le système légal de vendre les actifs et de les répartir, de rechercher et d'examiner les créances des créanciers ne s'applique qu'après le prononcé de l'ordonnance de liquidation; ce n'est par conséquent qu'à ce stade

17 — Virgós et Garcimartin, point 36; voir également le rapport Virgós-Schmit, points 49 et 50; Moss, Fletcher et Isaacs, points 3.02 et 8.07; Balz, p. 502. La situation diffère légèrement pour la condition d'insolvabilité puisque, lorsque le type de procédure énumérée à l'annexe A est susceptible d'être utilisé tant en cas d'insolvabilité qu'en l'absence d'insolvabilité, la condition d'insolvabilité doit en outre être remplie. Or, dans la présente affaire, nous estimons que la question ne se pose pas (voir point 81 ci-dessus).

16 — Il semble que, en droit irlandais, le tribunal puisse, dans certaines circonstances, prononcer la liquidation d'une société (procédure dite de «compulsory winding up») même lorsqu'elle n'est pas insolvable.

85. En tout état de cause, la juridiction de renvoi déclare dans son ordonnance que le «provisional liquidator» «représente et est tenu de protéger les intérêts de tous les créanciers, et de confisquer les actifs».

86. Enfin, le gouvernement français se réfère aux quatre conditions que la procédure d'insolvabilité doit remplir, sur la base des termes de l'article 1^{er}, paragraphe 1, pour relever du champ d'application du règlement: la procédure doit présenter un caractère collectif, le débiteur doit être insolvable, il doit y avoir dessaisissement total ou partiel du débiteur et un syndic doit être désigné. Selon le gouvernement français, puisque la définition d'une «procédure d'insolvabilité» énoncée à l'article 2, sous a), et à l'annexe A ne comprend pas la désignation d'un «provisional liquidator», cette désignation ne saurait constituer une «procédure d'insolvabilité» au sens du règlement.

87. Or, à nouveau, cet argument nous semble démontrer une mauvaise compréhension de l'économie du règlement. La procédure dite de «compulsory winding-up by the court» en Irlande figure à l'annexe A. Le «provisional liquidator», énuméré dans la liste figurant à l'annexe C, a été désigné dans le cadre d'une telle procédure. Selon nous, ces facteurs sont suffisants.

88. Nous concluons par conséquent sur la première question déferée que, lorsqu'une

juridiction compétente en Irlande est saisie d'une demande tendant à faire prononcer la liquidation («winding up») d'une entreprise insolvable et que, en attendant de prendre une ordonnance de liquidation, cette juridiction rend une ordonnance portant nomination d'un syndic à titre provisoire («provisional liquidator») doté des pouvoirs de confisquer les actifs de l'entreprise, de gérer ses affaires, d'ouvrir un compte bancaire et de désigner un conseil, tout cela ayant, en droit, pour effet de priver les administrateurs de l'entreprise du pouvoir d'agir, cette ordonnance, combinée à la présentation de la demande, constitue une décision ouvrant une procédure d'insolvabilité aux fins de l'article 16 du règlement.

La deuxième question: le moment d'ouverture de la procédure

89. Par sa deuxième question, qui n'est posée que si la Cour répond par la négative à la première, la juridiction nationale demande si la présentation, en Irlande devant la High Court, d'une demande tendant à faire prononcer par cette juridiction la liquidation («compulsory winding up») d'une entreprise constitue l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité («insolvency proceedings») aux fins du règlement, en vertu de la disposition légale irlandaise [article 220(2) du Companies Act, 1963¹⁸, loi de 1963 sur les sociétés] qui considère que la liquidation de l'entreprise débute à la date de présentation de la demande.

18 — Énoncé au point 22 ci-dessus.

90. Puisque la première question de la juridiction nationale appelle selon nous une réponse positive, il est inutile de répondre à la deuxième question déferée. Toutefois, si elle se posait, on pourrait la traiter brièvement dans les termes suivants.

des règles procédurales en plus des règles substantielles. Nous ne pouvons donc pas admettre l'allégation de M. Bondi selon laquelle le règlement «prime», d'une certaine façon, les dispositions de droit interne. Il convient également de rappeler que le règlement n'était pas destiné à être une mesure d'harmonisation²⁰.

91. M. Bondi ainsi que les gouvernements allemand, finlandais, français et italien soutiennent que la deuxième question devrait recevoir une réponse négative tandis que la Bank of America, le directeur du Corporate Enforcement, les détenteurs de certificats/de titres, les gouvernements autrichien, irlandais et tchèque ainsi que la Commission estiment qu'elle devrait recevoir une réponse affirmative. Nous partageons cette seconde opinion.

93. L'article 220, paragraphe 2, du Companies Act dispose que, en cas de procédure dite de «compulsory winding up by the court» (comme la procédure en cause dans la présente affaire), la liquidation «est réputée débiter à la date de présentation de la demande de liquidation».

94. Les termes de cette disposition, applicable en vertu du règlement, nous semblent résoudre de manière concluante la deuxième question de la juridiction nationale.

92. L'article 16, paragraphe 1, du règlement qui traite de la reconnaissance des décisions ouvrant une procédure d'insolvabilité impose la reconnaissance dès que la décision «produit ses effets dans l'État d'ouverture». C'est donc au droit interne qu'il appartient de déterminer quand la décision produit ses effets. Cela est cohérent avec l'article 4 qui dispose que, en général, la loi de l'État où la procédure est ouverte est la loi «applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets», donc «y compris l'ouverture, le déroulement et la clôture de cette procédure». On comprend bien à la lecture du vingt-troisième considérant¹⁹ que cette loi comporte

95. On pourrait ajouter que, ainsi que les détenteurs de certificats/de titres le relèvent, le rapport Virgós-Schmit reconnaît explicitement l'existence de doctrines nationales de la «rétroactivité» lorsqu'il affirme que la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité «détermine les conditions à remplir, le mode de fonctionnement de la nullité

19 — Exposé au point 10 ci-dessus.

20 — Voir point 77 ci-dessus.

absolue et de la nullité relative (automatiquement, *en conférant des effets rétroactifs à la procédure* ou à la suite d'une action engagée par le syndic, etc.) et les conséquences juridiques de la nullité absolue et de la nullité relative»²¹.

La troisième question: le contrôle de la compétence

96. Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande si, lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte en premier lieu par une juridiction dans l'État membre dans lequel est situé le siège statutaire d'une entreprise et dans lequel cette dernière gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par les tiers, une juridiction d'un autre État membre a compétence pour ouvrir la procédure principale d'insolvabilité.

97. Cette question se posera lorsque, comme dans la présente affaire, les juridictions de deux États membres revendiquent la compétence pour connaître de l'insolvabilité d'une société. Le règlement ne prévoit aucune disposition expresse applicable à une telle situation. La juridiction de renvoi demande en substance si, en pareille situation, la juridiction de l'un de ces États membres est en droit de contrôler la compétence de la juridiction de l'autre État membre.

98. La juridiction de renvoi cite l'article 3, paragraphe 1, du règlement, selon lequel les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur doivent être compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité, et l'article 16, paragraphe 1, aux termes duquel toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 doit être reconnue dans tous les autres États membres.

99. La Bank of America, le directeur du Corporate Enforcement, les titulaires de certificats/de titres et le gouvernement irlandais estiment que les procédures étrangères d'insolvabilité ne doivent être reconnues que si la juridiction étrangère est objectivement compétente; selon ces parties, la troisième question appelle, par conséquent, une réponse affirmative.

100. Selon elles, l'obligation faite aux juridictions d'autres États membres de reconnaître, en vertu de l'article 16, paragraphe 1, du règlement, une décision ouvrant une procédure d'insolvabilité dans un État membre donné ne s'applique que si l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité est ouverte «est compétent selon l'article 3» et, partant, que si le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans ce même État membre. Les juridictions d'un seul et même État membre sont compétentes pour ouvrir la procédure principale d'insolvabilité et ce sont les juridictions de l'État membre sur le

21 — Point 135; c'est nous qui soulignons.

territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur; il ressort très clairement du règlement qu'une société ne peut avoir qu'un seul centre d'intérêts principaux. Le critère du lieu du centre des intérêts principaux du débiteur est un critère objectif. Une juridiction d'un État membre n'est pas en droit d'ouvrir une procédure principale d'insolvabilité à l'égard d'une personne morale débitrice lorsque ni son siège statutaire ni le lieu où elle gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par les tiers ne sont dans cet État membre-là. Ainsi, toute juridiction confrontée à la possibilité qu'une procédure d'insolvabilité ait été ouverte dans un autre ressort juridictionnel doit vérifier si l'autre juridiction était effectivement compétente en vertu de l'article 3 du règlement et plus précisément: a) si la juridiction prétendant avoir déterminé le lieu du centre des intérêts principaux a appliqué les bons critères juridiques, et b) que les éléments de fait sont en mesure d'étayer pareille conclusion. Bien que le vingt-deuxième considérant du règlement exige que «la décision de la juridiction qui ouvre la première la procédure [soit] reconnue», on peut noter que cette exigence ne se retrouve pas dans le corps du texte du règlement.

102. Selon nous, cette conclusion résulte en particulier du principe de la confiance mutuelle, sous-jacent au règlement, et qui est explicité au vingt-deuxième considérant de celui-ci, selon lequel:

«La reconnaissance des décisions rendues par les juridictions des États 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»²².

103. Il est vrai que le texte du règlement ne comprend pas de disposition allant dans le même sens que le vingt-deuxième considérant²³. Toutefois, l'importance du principe formulé dans ce considérant est confirmée par le rapport Virgós-Schmit selon lequel les

101. M. Bondi, les gouvernements autrichien, finlandais, français, hongrois, italien et tchèque ainsi que la Commission soutiennent qu'il faudrait répondre par la négative à la troisième question de la juridiction nationale. Nous sommes du même avis.

22 — À moins que ne soit invoquée l'exception d'ordre public prévue à l'article 26 du règlement. L'article 26 fait l'objet de la cinquième question posée dans la présente affaire par la juridiction de renvoi.

23 — Cela s'explique en partie par des raisons historiques. Virgós et Garcimartín expliquent que, en négociant la transformation de la convention en règlement, les États membres ont décidé d'intégrer dans les considérants les aspects du rapport Virgós-Schmit qu'ils ont jugés particulièrement pertinents pour garantir la bonne compréhension de ses dispositions [point 48 a)].

«juridictions des États sollicités ne sont pas en droit de contrôler la compétence de la juridiction de l'État d'origine mais uniquement de vérifier que la décision émane d'une juridiction d'un État contractant qui revendique la compétence en vertu de l'article 3», et est admise par nombre de commentateurs²⁴.

104. Toute partie à une procédure d'insolvabilité qui craint que la juridiction ouvrant la procédure principale ne se soit à tort déclarée compétente en vertu de l'article 3 devrait rechercher la voie de recours adéquate dans l'ordre juridique interne de l'État membre où cette juridiction est établie, et il devrait être possible le cas échéant de saisir la Cour à titre préjudiciel²⁵.

105. Nous concluons par conséquent en réponse à la troisième question déferée que, lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte en premier lieu par une juridiction de l'État membre dans lequel est situé le siège statutaire d'une entreprise et dans lequel cette dernière gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par les tiers, les juridictions d'autres États membres ne sont pas compétentes pour ouvrir la procédure principale d'insolvabilité.

La quatrième question déferée: le «centre des intérêts principaux du débiteur»

106. Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi sollicite des indications sur les facteurs déterminants lors de la détermination du «centre des intérêts principaux du débiteur» au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement.

107. Rappelons que l'article 3, paragraphe 1, attribue compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité aux «juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur» et ajoute que, pour les sociétés et les personnes morales, «le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire». Cette disposition établit par conséquent une présomption *juris tantum*. Le treizième considérant ajoute que le centre des intérêts principaux «devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers».

108. La quatrième question repose sur la situation dans laquelle: i) le débiteur est une société filiale; ii) son siège statutaire et celui de sa société mère sont situés dans deux États membres différents, et iii) 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. La juridiction nationale demande

24 — Rapport Virgós-Schmit, point 202 (2); voir également points 79, 215 et 220; Moss, Fletcher et Isaacs, points 5.38, 8.47, 8.48 et 8.205; Virgós et Garcimartín, points 70 et 402; Balz, p. 505 et 513, et Fletcher, p. 288.

25 — Voir le rapport Virgós-Schmit, point 202, et Fletcher, p. 288 et 289.

si, dans ces circonstances, la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux de la filiale se trouve dans l'État membre de son siège statutaire est réfutée si, en plus, en raison de sa participation et de son pouvoir de nommer les administrateurs, la société mère est en mesure de contrôler et qu'elle contrôle effectivement la politique de la filiale.

109. M. Bondi et le gouvernement italien estiment que cette dernière circonstance est suffisante pour réfuter la présomption; la Bank of America, le directeur du Corporate Enforcement, les détenteurs de certificats/de titres, les gouvernements allemand, autrichien, finlandais, français, hongrois, irlandais et tchèque ainsi que la Commission défendent la thèse contraire.

110. Nous sommes d'accord pour dire que le contrôle exercé par la société mère n'est pas suffisant pour réfuter la présomption énoncée à l'article 3, paragraphe 1, du règlement selon laquelle le centre des intérêts principaux d'une société filiale est situé dans l'État membre où se trouve son siège statutaire. Cette thèse nous semble découler de l'économie et des termes du règlement. Toutefois, avant d'analyser plus avant ce texte, nous souhaiterions répondre à un certain nombre d'arguments invoqués par M. Bondi et par le gouvernement italien à l'appui de la thèse contraire.

111. Ces deux parties se fondent principalement sur le rapport Virgós-Schmit selon lequel: «S'agissant des sociétés et des personnes morales, la convention présume, jusqu'à preuve contraire, que le centre des intérêts principaux du débiteur est le lieu de son siège statutaire. Ce lieu correspond normalement au siège social du débiteur»²⁶. M. Bondi et le gouvernement italien soutiennent que, si l'on doit démontrer que le centre des intérêts principaux est ailleurs que dans l'État où se trouve le siège statutaire d'une société, il est par conséquent nécessaire de prouver que les fonctions qui relèvent du «siège social» sont exercées ailleurs. Il convient de se concentrer sur les fonctions qui relèvent du siège social plutôt que de se concentrer sur l'emplacement du siège social parce qu'un «siège social» peut être simplement tout aussi nominal qu'un siège statutaire si les fonctions qui en relèvent n'y sont pas exercées. Dans les activités transnationales, le siège statutaire est souvent choisi pour des raisons fiscales ou réglementaires et ne présente aucun lien réel avec le lieu où sont effectivement exercées les fonctions relevant du siège social. Tel est particulièrement le cas des groupes de sociétés dans lesquels les fonctions du siège social pour la filiale sont souvent exercées là où sont exercées celles concernant la société mère du groupe.

112. Ces arguments sont, selon nous, sensés et convaincants. Ils ne nous semblent toutefois guère permettre de répondre à la

26 – Point 75 Balz l'exprime en des termes quelque peu différents. «Si le siège statutaire n'est plus qu'une simple boîte aux lettres, le siège social sera considéré comme le centre des intérêts principaux» (p. 504).

question. En particulier, ils ne démontrent pas que le contrôle exercé par une société mère sur la politique d'une filiale détermine le «centre des intérêts principaux» de cette filiale au sens du règlement.

113. En deuxième lieu, M. Bondi soutient que le «caractère vérifiable par les tiers» du centre des intérêts principaux n'est pas essentiel à la notion de «centre des intérêts principaux». Cela ressort du treizième considérant même selon lequel le «centre des intérêts principaux» «devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts», en d'autres termes, dans le cas d'une société, là où les fonctions de son siège social sont exercées. Le treizième considérant poursuit: «et qui est donc vérifiable par les tiers», en d'autres termes *c'est parce que* les fonctions de siège social de la société sont exercées dans un État membre particulier que le centre des intérêts principaux y est vérifiable.

114. À nouveau, nous souscrivons à cette analyse. Toutefois, elle ne nous semble rien apporter puisque la quatrième question de la juridiction nationale présume que la filiale «gère habituellement ses intérêts» dans l'État membre où est situé son siège statutaire.

115. En troisième lieu, M. Bondi soutient qu'il existe une importante différence entre «vérifiable» et «vérifié». La question du

caractère vérifiable implique de se pencher sur le lieu où les fonctions relevant du siège social sont effectivement exercées: il s'agit, selon lui, d'un processus objectif qui ne doit pas être confondu avec les témoignages subjectifs, émanant de créanciers particuliers, sur le lieu qu'ils estimaient avoir été le centre des intérêts principaux. Or, selon nous, la distinction entre «vérifié» et «vérifiable» n'est pas pertinente pour les problèmes que la juridiction nationale soulève dans sa quatrième question puisque le treizième considérant du règlement et cette question emploient tous deux le terme «vérifiable».

116. Quant au fond de la quatrième question déferée, lorsque les sièges sociaux respectifs d'une société mère et de sa filiale se trouvent dans deux États membres différents, le fait (que la juridiction de renvoi prend comme hypothèse) que 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 sera, selon nous, normalement décisif dans la détermination du «centre de ses intérêts principaux».

117. Il est certain que l'on ne peut nécessairement rien déduire du fait qu'une société débitrice est une filiale d'une autre société. Le règlement s'applique à chaque société et non aux groupes de sociétés; en particulier, il ne régit pas le rapport mère/fille. D'après l'économie du règlement, la compétence existe pour chaque débiteur auquel se

rattache une entité juridique distincte. La filiale et la société mère ont toutes deux des identités juridiques distinctes. Il s'ensuit donc que chaque filiale au sein d'un groupe doit être considérée individuellement. Cette conclusion est confirmée par l'article 3, paragraphe 1, du règlement, qui dispose que «le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire,» être le lieu du siège statutaire de la société, et par le treizième considérant de celui-ci selon lequel le centre des intérêts principaux «devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts»²⁷.

118. Bien que cette définition soit muette sur les éléments constitutifs de la «gestion», importante dans la présente affaire dans laquelle certaines parties ont allégué que le contrôle de la politique était constitutif d'une «gestion», certains auteurs suggèrent que le choix du «centre des intérêts principaux»²⁸ comme facteur de rattachement principal déterminant l'État membre compétent à l'égard d'une société insolvable est destiné à fournir un critère avant tout caractérisé par la transparence et par son caractère objectivement vérifiable²⁹. Ces notions nous semblent être des éléments pleinement pertinents pour déterminer la compétence en matière d'insolvabilité, situation dans laquelle il est clairement essentiel que des créanciers potentiels soient en mesure de

connaître à l'avance le système juridique qui résoudrait toute question d'insolvabilité affectant leurs intérêts. Il est, nous semble-t-il, particulièrement important dans les opérations d'endettement transfrontalières (comme celles en cause dans la procédure au principal) que la juridiction compétente pour déterminer les droits des créanciers et les voies de recours qui leur sont ouvertes soit claire pour les investisseurs au moment où ils investissent.

119. Lorsqu'une société débitrice qui est une 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», il satisfait par définition aux conditions de transparence et de possibilité de vérification.

120. Par contre, la circonstance que, «en raison de sa participation et de son pouvoir de nommer les administrateurs», la société mère d'une société débitrice «est en mesure de contrôler et qu'elle contrôle effectivement la politique de la filiale» (hypothèse dont la juridiction nationale part également dans la question) ne satisfait, selon nous, pas à ces conditions.

121. La seule circonstance qu'une société soit, en raison de sa participation et de son pouvoir de nommer les administrateurs, en

27 — C'est nous qui soulignons. Voir également le rapport Virgós-Schmit, point 76; Virgós et Garcemartin, point 61, et Balz, p. 503.

28 — Voir, pour un compte rendu intéressant des origines de la notion de «centre des intérêts principaux», Virgós et Garcemartin, point 46.

29 — Rapport Virgós-Schmit, point 75; Moss, Fletcher et Isaacs, point 3.10, et Virgós et Garcemartin, point 53.

mesure de contrôler la politique d'une filiale, même de manière vérifiable par les tiers³⁰, ne démontre pas qu'elle contrôle effectivement cette politique. Si, en revanche, une société mère contrôle effectivement la politique de sa filiale, il se peut que ce fait ne soit pas aisément vérifiable par les tiers³¹. La question de la juridiction nationale n'indique pas que l'existence du contrôle est ainsi vérifiable.

122. Cela ne revient pas à dire que du critère purement formel du lieu du siège statutaire d'une société filiale découlera nécessairement l'État membre dont les juridictions sont compétentes pour connaître de toute insolvabilité. Un aspect inhérent à la notion de «centre des intérêts principaux» est d'assurer que les réalités fonctionnelles soient susceptibles de supplanter des critères purement formels³². Toute partie cherchant à réfuter la présomption selon laquelle le siège statutaire détermine la compétence en matière d'insolvabilité doit toutefois démon-

trer que les éléments invoqués satisfont aux exigences de transparence et de possibilité de vérification. L'insolvabilité étant un risque prévisible, il est important que la compétence internationale (qui entraîne l'application des lois d'un État donné relatives à l'insolvabilité) repose sur un lieu connu des créanciers potentiels du débiteur leur permettant ainsi de calculer les risques juridiques qu'ils devraient supporter en cas d'insolvabilité³³.

123. Il est selon nous révélateur que, dans la présente affaire, la question de la juridiction nationale repose sur la prémisse selon laquelle «la filiale gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par les tiers». Cette description cadre avec la définition énoncée au treizième considérant du règlement. Nous estimons que des indices sérieux du contrôle prépondérant et vérifiable exercé par une société mère seraient requis pour étayer une conclusion selon laquelle le centre des intérêts principaux d'une société filiale est situé en un lieu autre que celui qui résulterait des termes explicites du treizième considérant.

30 — Il existe diverses exigences, issues de la réglementation communautaire, relatives à la divulgation par les sociétés tant de la procédure de nomination des administrateurs que de l'existence d'un rapport mère/fille. Toutefois, ces exigences ne s'appliquent pas toutes à l'ensemble des sociétés: la position varie selon que les sociétés concernées sont publiques ou privées et, dans le cas des sociétés publiques, selon qu'elles sont ou non cotées. En outre, la divulgation d'informations dans les comptes publiés d'une société est fatalement rétrospective: puisque les comptes sont nécessairement établis et publiés après la période de référence, ils n'aideront pas les créanciers potentiels d'une société à déterminer le lieu effectif et éventuel du centre des intérêts principaux de cette société.

31 — C'est peut-être pour cette raison que Virgós et Garcimartín estiment que, «s'agissant de sociétés filiales, le lien pertinent sera le lieu où est situé le centre administratif (c'est-à-dire le siège social) de la filiale. La circonstance que les décisions de cette filiale soient prises conformément aux instructions émanant de la société mère ou d'actionnaires vivant ailleurs ne modifie pas la règle de compétence internationale à l'égard de cette société» (point 51). Voir également Virgós et Garcimartín, point 61.

32 — Moss, Fletcher et Isaacs, point 3.11.

124. S'il était par conséquent prouvé que la société mère du débiteur contrôlait ainsi ses politiques et que cette situation était transparente et vérifiable au moment pertinent (et donc pas seulement de manière rétrospective), le critère normal pourrait être supplanté.

33 — Rapport Virgós-Schmit, point 75.

125. Enfin, nous souhaiterions ajouter que, lors de la détermination du centre des intérêts principaux d'un débiteur, chaque affaire doit manifestement être tranchée sur la base de ses circonstances propres. Pour cette raison, il nous semble que les décisions de juridictions nationales évoquées dans les observations de différentes parties ne contribuent pas à instaurer des règles d'application générale.

126. Nous concluons par conséquent que, lorsqu'un débiteur est une filiale et que son siège statutaire et celui de sa société mère sont situés dans deux États membres différents, que 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, la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux de la filiale est situé dans l'État membre de son siège statutaire n'est pas réfutée par le simple fait que, en raison de sa participation et de son pouvoir de nommer les administrateurs, la société mère est en mesure de contrôler et qu'elle contrôle effectivement la politique de la filiale et par le fait qu'un tel contrôle n'est pas vérifiable par les tiers.

qu'un État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre, lorsque cette reconnaissance «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».

128. Plus précisément, la juridiction de renvoi demande si, lorsqu'il est manifestement contraire à l'ordre public d'un État membre d'autoriser qu'une décision judiciaire ou administrative produise des effets juridiques à l'égard de personnes ou d'organes dont les droits de la défense n'ont pas été respectés lors de l'adoption d'une telle décision, cet État membre est tenu de reconnaître une décision arrêtée par les juridictions d'un autre État membre, qui ouvre prétendument une procédure d'insolvabilité à l'égard d'une entreprise, dans un cas où la juridiction du premier État membre est convaincue que la décision en cause a été rendue au mépris de ces principes et, en particulier, lorsque le demandeur dans le second État membre a refusé, malgré les demandes et contrairement à l'ordonnance de la juridiction du second État membre, de fournir au «provisional liquidator» de l'entreprise, dûment nommé conformément au droit du premier État membre, toute copie des pièces essentielles fondant la demande.

La cinquième question déferée: l'ordre public

127. La cinquième question déferée porte sur l'article 26 du règlement qui dispose

129. Signalons dès à présent que, si notre analyse de la première question déferée est exacte, la cinquième question ne se pose

selon nous pas puisque la procédure italienne a été ouverte après la procédure irlandaise et, partant, que la reconnaissance de la procédure italienne (à tout le moins comme procédure principale) dans le cadre du règlement ne s'impose nullement.

d'ordre public ne devrait s'appliquer que dans des cas exceptionnels.»³⁴.

130. M. Bondi et le gouvernement italien estiment que la cinquième question appelle une réponse affirmative, c'est-à-dire en ce sens que, dans les circonstances décrites, le premier État membre est tenu de reconnaître la décision des juridictions du second État membre. La Bank of America, le directeur du Corporate Enforcement, les titulaires de certificats/de titres, les gouvernements allemand, français, hongrois, irlandais et tchèque ainsi que la Commission défendent en substance la thèse contraire.

132. Des difficultés surviennent toutefois lorsque ces parties — et effectivement nombre des parties présentant des observations écrites sur la cinquième question — cherchent à appliquer les conditions de l'article 26 aux faits de l'espèce.

133. Selon nous, étant donné le libellé de la cinquième question déferée, ni les parties ni même la Cour ne peuvent s'écarter des présomptions de fait intégrées dans les termes dans lesquels la question est formulée.

134. La question présume expressément, lorsque les juridictions de deux États membres prétendent ouvrir une procédure d'insolvabilité et que la reconnaissance de la décision de la juridiction de l'État membre B est sollicitée devant la juridiction de l'État membre A:

131. Selon nous, il est clair en premier lieu et, ainsi que M. Bondi et le gouvernement italien le soulignent, que l'exception d'ordre public prévue à l'article 26 est destinée à n'avoir qu'une portée limitée. Cela est corroboré par l'insertion dans cette disposition de l'exigence selon laquelle les effets de cette reconnaissance devraient être «manifestement» contraires à l'ordre public, par l'affirmation au vingt-deuxième considérant du règlement que «les motifs de non-reconnaissance devraient être réduits au minimum nécessaire», et par le rapport Virgós-Schmit selon lequel: «L'exception

- i) qu'il est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre A d'autoriser qu'une décision judiciaire ou administrative produise des effets juridiques à l'égard de personnes ou d'organes dont les droits de la défense n'ont pas été respectés lors de l'adoption d'une telle décision, et

34 — Point 204.

ii) que la juridiction de l'État membre A est convaincue que la décision de l'État membre B a été rendue au mépris de ces principes.

135. Il nous semble donc qu'il n'est pas pertinent de débattre des cultures juridiques différentes des deux États membres concernés ou de chercher à démontrer que les droits du «provisional liquidator» ont en réalité été garantis.

136. Nous souscrivons également à l'analyse de M. Bondi et du gouvernement italien selon laquelle l'arrêt Krombach³⁵ laisse à penser que la Cour peut et devrait contrôler les limites de ce qui peut légitimement relever de l'exception d'ordre public afin de ne pas faire échec aux objectifs fondamentaux de reconnaissance et de coopération.

137. Cette affaire concernait l'article 27, point 1, de la convention de Bruxelles qui impose aux juridictions d'un État contractant de refuser de reconnaître une décision

rendue par les juridictions d'un autre État contractant «si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'État requis»³⁶. La Cour était interrogée en substance sur la question de savoir si, lorsqu'une juridiction avait refusé d'entendre un défendeur, la reconnaissance de la décision rendue par cette même juridiction pouvait être refusée en application dudit article 27, paragraphe 1, au seul motif que le défendeur n'avait pas assisté à l'audience.

138. La Cour a relevé que ce même article 27, point 1, devait recevoir une interprétation stricte en ce qu'il constituait un obstacle à la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux de la convention et que le recours à la clause de l'ordre public ne devait jouer que dans des cas exceptionnels³⁷. La Cour a poursuivi en ajoutant:

«Il s'ensuit que, si les États contractants restent, en principe, libres de déterminer, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public, les

35 — Arrêt du 28 mars 2000 (C-7/98, Rec. p. I-1935); voir point 138 ci-après. Voir également arrêt de la Cour du 11 mai 2000, Renault (C-38/98, Rec. p. I-2973)

36 — La disposition équivalente du règlement n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 12, p. 1), est l'article 34, paragraphe 1; cette disposition diffère toutefois de l'article 27, paragraphe 1, de la convention en ce que, à l'instar de l'article 26 du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité, la reconnaissance d'une décision doit être «manifestement contraire à l'ordre public» avant de pouvoir être refusée sur ce motif.

37 — Point 21.

limites de cette notion relèvent de l'interprétation de la convention.

Dès lors, s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant.

[...]

Cependant, il ressort d'une jurisprudence développée par la Cour [...] que le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief constitue un principe fondamental de droit communautaire qui doit être assuré même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure»³⁸.

139. Dans la présente affaire, la juridiction de renvoi affirme dans sa cinquième question que, dans les circonstances qui y sont

décrites, il serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre concerné d'autoriser une décision ainsi obtenue à produire des effets. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que la Supreme Court est parvenue à cette conclusion après un examen exhaustif et approfondi du comportement du Tribunale civile e penale di Parma.

140. Citant le rapport Virgós-Schmit, M. Bondi et le gouvernement italien soutiennent que l'interprétation de l'ordre public par la juridiction de renvoi telle qu'exprimée dans la cinquième question est «excessivement large» et qu'elle n'est «pas couverte par l'article 26»³⁹.

141. Tout en partageant le point de vue de ces parties selon lequel il ressort de l'arrêt Krombach, précité, que la Cour doit contrôler les limites de l'ordre public interne, nous estimons que leur argument ne tient pas compte de la portée véritable de cet arrêt et de l'idée maîtresse du rapport Virgós-Schmit.

142. Dans l'arrêt Krombach, précité, l'affirmation de la Cour selon laquelle il lui incombait de contrôler les limites dans le

38 — Points 22, 23 et 42.

39 — Point 205.

cadre desquelles le juge d'un État contractant pouvait avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant⁴⁰ était immédiatement suivie par une référence au «principe général de droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable» qui s'inspire des droits fondamentaux lesquels font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et qui sont inscrits dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴¹. L'importance de ces droits fondamentaux imprègne l'arrêt de la Cour⁴². Dans cette optique, nous estimons que l'exigence d'une procédure en bonne et due forme relève en principe du champ d'application de l'exception d'ordre public prévue par l'article 26 du règlement.

143. Le rapport Virgós-Schmit vise à restreindre les interprétations de l'ordre public aux droits et libertés protégés par la constitution et aux politiques fondamentales de l'État requis tant en matière substantielle que formelle; il affirme en effet que l'ordre public est susceptible de «protéger les parties à la procédure ou les personnes qu'elle concerne des manquements au respect d'une procé-

ture en bonne et due forme. L'ordre public n'implique pas un contrôle général de l'exactitude de la procédure suivie dans un autre État contractant, mais plutôt des garanties procédurales essentielles telles que la possibilité suffisante d'être entendu et le droit de participer à la procédure». Les créanciers que l'on empêche de participer sont expressément visés⁴³.

144. L'exigence d'une procédure en bonne et due forme peut être considérée comme particulièrement importante étant donné que le règlement ne permet pas de contrôler la teneur d'une décision dont la reconnaissance est sollicitée⁴⁴.

145. Selon nous, l'ordre public visé à l'article 26 du règlement englobe donc clairement les manquements au respect d'une procédure en bonne et due forme lorsque des garanties procédurales essentielles telles que le droit d'être entendu et le droit de participer à la procédure n'ont pas été suffisamment protégés. À condition que le comportement qui violerait prétendument l'ordre public relève en principe du champ d'application de cette disposition, il ressort clairement de ses termes qu'il appartient à chaque État membre d'évaluer si la décision

40 — Point 23, cité au point 138 ci-dessus.

41 — Points 25 à 27.

42 — Voir en particulier points 38, 39, et 42 à 44.

43 — Point 206.

44 — Voir Virgós et Garcimartín, point 406.

rendue dans un autre État membre enfreint l'ordre public du premier État membre. Si tel est le cas, la question de savoir si la violation alléguée est suffisamment grave pour motiver la non-reconnaissance par cette juridiction sur le fondement de l'article 26 est une question de droit interne⁴⁵.

146. M. Bondi et le gouvernement italien soutiennent en outre que l'article 26 du règlement s'applique uniquement lorsque les «effets» de la reconnaissance proposée seraient «manifestement contraires» à l'ordre public de l'État. L'«effet» dans la présente affaire est l'obligation pour les juridictions irlandaises de reconnaître que leur propre procédure d'insolvabilité est une procédure «secondaire» et non la procédure «principale». Selon ces parties, il est difficile de concevoir pourquoi un «effet» si limité serait manifestement contraire à l'ordre public irlandais.

147. Toutefois, à nouveau, cet argument nous semble faire abstraction des termes dans lesquels la question est posée. La juridiction nationale affirme expressément qu'il est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre concerné d'autoriser qu'une décision judiciaire ou administrative *produise des effets juridiques* à l'égard de personnes ou d'organes dont les droits de

défense n'ont pas été respectés lors de l'adoption d'une telle décision et qu'elle est convaincue que la décision en cause a été rendue au mépris de ces principes.

148. Enfin, M. Bondi et le gouvernement italien soutiennent que la juridiction de renvoi a perdu de vue que, même si une affaire devait relever de l'article 26 du règlement, l'État membre dont l'ordre public est en cause n'a pas à refuser la reconnaissance. Le terme «peut» («may») est employé à l'article 26, ce qui octroie à l'État membre un pouvoir discrétionnaire de refuser ou non la reconnaissance. Cela contraste avec l'emploi du terme «shall» («n'est») à l'article 27 de la convention de Bruxelles. Si — comme ces parties l'allèguent — M. Farrell bénéficiait en substance d'un procès équitable en Italie et étant donné que, si tel n'était pas le cas, il aurait pu solliciter la réparation de ces vices procédurales allégués en interjetant appel, la juridiction de renvoi ne devrait pas saper les fondements du système de reconnaissance prévu par le règlement en exerçant son pouvoir discrétionnaire de refuser la reconnaissance.

149. Cependant, à nouveau, le premier point soulevé ci-dessus, à savoir le caractère équitable du procès, nous semble chercher à revenir sur les faits constatés par la juridiction de renvoi qui affirme dans la question déferée être convaincue de ce que la décision du Tribunale civile e penale di

45 — Rapport Virgós-Schmit, point 207.

Parma a été «rendue au mépris des droits de la défense».

tion comme la possibilité de recours⁴⁷. Ledit rapport souligne que la reconnaissance éventuelle de pareilles mesures «dépend de la question de savoir si elles sont ou non compatibles avec l'ordre public de l'État requis dans lequel la décision doit prendre effet»⁴⁸.

150. S'agissant du deuxième point, à savoir la possibilité d'obtenir réparation en interjetant appel, il y a lieu de rappeler que, dans les premières phases d'une procédure d'insolvabilité, il sera fréquemment essentiel d'agir vite de sorte qu'une procédure donnée doit être appréciée en l'état. Cette approche est conforme aux commentaires figurant dans le rapport Virgós-Schmit relatifs au contexte tout aussi urgent de mesures conservatoires unilatérales. Le rapport relève que toutes les parties contractantes prévoient pareilles mesures et poursuit: «Évidemment, pour que ces mesures soient constitutionnelles, elles sont soumises dans la plupart des États à des conditions particulières garantissant le respect d'une procédure en bonne et due forme (par exemple, de façon cumulative, preuve qu'une affaire est de prime abord bien fondée, urgence grave, dépôt d'une garantie par le demandeur, notification immédiate de la personne concernée et possibilité véritable de contester l'adoption des mesures)»⁴⁶. L'exigence que ces conditions soient cumulatives laisse à penser que le non-respect de l'une d'elles comme la notification immédiate de la personne concernée peut ne pas être nécessairement couverte par l'existence d'une autre condi-

151. Enfin, s'agissant du libellé de l'article 26 du règlement, il est exact que cette disposition, à la différence de l'article 27, paragraphe 1, de la convention de Bruxelles, octroie un pouvoir discrétionnaire à la juridiction saisie de la demande de reconnaissance. La circonstance que cette juridiction ait la possibilité de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre même lorsque les effets d'une telle reconnaissance seraient manifestement contraires à son ordre public ne saurait toutefois signifier que ce sera toujours la bonne marche à suivre puisque cette

47 — Il convient de relever que la juridiction de renvoi affirme dans son ordonnance que c'est effectivement le cas en droit irlandais: «Dans une situation similaire, la juridiction a quo n'admettrait pas que subsiste une décision analogue rendue par toute juridiction ou par tout organe administratif placés sous sa juridiction. Elle considérerait le défaut d'une procédure en bonne et due forme comme étant en soi si manifestement contraire à l'ordre public qu'elle jugerait la décision comme ayant été prise par une autorité non compétente, et partant, comme étant entachée de nullité. Le fait que cette décision puisse être rouverte devant la même juridiction n'écarterait pas non plus cette conclusion. L'intégralité de la procédure serait viciée par un manquement aussi grave au respect des modalités de procédure équitables.»

46 — Point 207.

48 — Point 207.

interprétation priverait l'article 26 de tout effet utile. Dans la présente affaire, il nous semble que, sur la base de l'hypothèse sur laquelle était formulée la question et qui est elle-même fondée sur les constatations de fait effectuées par la juridiction de renvoi, rien ne laisse à penser que cette juridiction a mal exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de reconnaître la décision ouvrant la procédure d'insolvabilité.

Conclusion

152. Nous concluons par conséquent que les première, troisième, quatrième et cinquième questions déferées par la Supreme Court appellent les réponses suivantes:

«1) Lorsqu'une juridiction compétente en Irlande est saisie d'une demande tendant à faire prononcer la liquidation ('winding up') d'une entreprise insolvable et que, en attendant de prendre une ordonnance de liquidation, cette juridiction rend une ordonnance portant nomination d'un syndic à titre provisoire ('provisional liquidator') doté des pouvoirs de confisquer les actifs de l'entreprise, de gérer ses affaires, d'ouvrir un compte bancaire et de désigner un conseil, tout cela ayant, en droit, pour effet de priver les administrateurs de l'entreprise du pouvoir d'agir, cette ordonnance, combinée à la présentation de la demande, constitue une décision ouvrant une procédure d'insolvabilité ('insolvency proceedings') aux fins de l'article 16 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité.

2) Lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte en premier lieu par une juridiction de l'État membre dans lequel est situé le siège statutaire d'une

entreprise et dans lequel cette dernière gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par les tiers, les juridictions d'autres États membres ne sont pas compétentes, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1346/2000, pour ouvrir la procédure d'insolvabilité principale.

- 3) Lorsqu'un débiteur est une filiale et que son siège statutaire et celui de sa société mère sont situés dans deux États membres différents, que 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, la présomption énoncée à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1346/2000, selon laquelle le centre des intérêts principaux de la filiale est situé dans l'État membre de son siège statutaire, n'est pas réfutée par le simple fait que, en raison de sa participation et de son pouvoir de nommer les administrateurs, la société mère est en mesure de contrôler et qu'elle contrôle effectivement la politique de la filiale et par le fait qu'un tel contrôle n'est pas vérifiable par les tiers.

- 4) Lorsqu'il est manifestement contraire à l'ordre public d'un État membre d'autoriser qu'une décision judiciaire ou administrative produise des effets juridiques à l'égard de personnes ou d'organes dont le droit à des modalités de procédure et à un procès équitables n'est pas respecté lors de l'adoption d'une telle décision, cet État membre n'est pas tenu, en vertu de l'article 16 du règlement n° 1346/2000, de reconnaître une décision arrêtée par les juridictions d'un autre État membre, censée ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard d'une entreprise, lorsque la juridiction du premier État membre est convaincue que la décision en cause a été rendue au mépris de ces principes.»