CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 6 septembre 2005 [1]

I — Introduction

1. Le traitement juridique actuel de l'infortune que constitue l'endettement excessif, notamment des particuliers, qu'ils exercent ou non une activité professionnelle ou commerciale, est très éloigné du pathétisme avec lequel Honoré de Balzac a magistralement décrit la souffrance de César Birotteau devant faire face à ses créanciers [2]; spolié de son honneur, de ses droits et du maigre patrimoine que lui a laissé le notaire Roguin, ce personnage de roman parvient à se ressaisir à force d'opiniâtreté, liquidant ses dettes une à une, pratique déjà peu commune à l'époque.

2. Il ne semble pas juste de considérer l'exquise honnêteté de Monsieur Birotteau comme un exemple de la «bêtise de la vertu», comme son créateur l'avait écrit dans le premier brouillon de l'œuvre en 1833, car, même si cela constitue un risque pour tout créancier, des raisons économiques (sécurité de la vie des affaires) et juridiques (*pacta sunt servanda*) conseillent de promouvoir un cadre normatif garantissant, également au niveau européen, la récupération des créances.

3. La question préjudicielle du Bundesgerichtshof (Allemagne) s'inscrit précisément dans ce contexte communautaire. La haute juridiction allemande demande à la Cour de déterminer l'incidence sur la compétence judiciaire du déplacement du centre des intérêts principaux d'un débiteur vers un État membre distinct de celui dans lequel la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité a été introduite. Concrètement, elle souhaite savoir si la juridiction devant laquelle cette demande a été présentée reste compétente pour se prononcer sur l'ouverture.

4. Les faits de la procédure au principal ayant eu lieu avant l'entrée en vigueur du règlement (CE) nº 1346/2000 du Conseil, du

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Balzac, H. de, «Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau, marchand parfumeur, adjoint au maire du deuxième arrondissement de Paris, chevalier de la Légion d'honneur, etc.», publié pour la première fois en 1838; édition en livre de poche sous le titre *César Birotteau*, édition Garnier Flammarion, Paris, 1995, notamment chapitre XVI, p. 353 et suiv.

29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité [3], qui traite de la compétence judiciaire en matière de faillite et de sursis de paiement, l'applicabilité de cette réglementation a soulevé une certaine controverse, point qu'il convient également d'examiner.

II — Le cadre juridique

5. C'est la première fois que la Cour doit se prononcer sur une question préjudicielle relative à l'interprétation dudit règlement. Il convient donc d'exposer préalablement ses traits fondamentaux, afin de faciliter la compréhension de la réponse. Après un bref historique, je résumerai son contenu, en prêtant une attention particulière aux principaux objectifs visés.

A — *L'évolution historique*

6. Le périple de la réglementation des procédures d'insolvabilité en droit communautaire a des teintes «kafkaiennes», non pas à cause de son étirement dans le temps, mais du fait de la mutation subie par le projet de convention, qui a exercé une influence essentielle sur son développement, comme dans le cas de la transformation de Gregor Samsa [4].

7. L'idée de réglementer les procédures d'insolvabilité dans la Communauté européenne trouve son origine dans l'article 220 du traité CE (devenu article 293 CE), qui enjoint aux États membres d'engager entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, entre autres, la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales.

8. Le fruit de cette disposition a été, en premier lieu, la célèbre convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [5] (ci-après la «convention de Bruxelles»).

3 — JO L 160, p. 1.

4 — Dans *La métamorphose*, de Franz Kafka (docteur en droit de l'université de Prague), livre écrit en 1912 et publié en 1916, le destin final du héros est toutefois tragique, car, transformé en une sorte de scarabée, il meurt dans la solitude la plus absolue, après avoir décidé de cesser de se nourrir; Kafka, F., *Die Verwandlung*, édition de Marjorie L. Hoover, éd. W.W. Norton & Company Inc., New York, 1960, p. 57 et suiv.

5 — JO 1972, L 299, p. 32, telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 304, p. 1), par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique (JO L 388, p. 1), par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise (JO L 285, p. 1) et par la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède (JO 1997, C 15, p. 1)]. Cette réglementation figure aujourd'hui dans le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 2001, L 12, p. 1).

9. Toutefois, l'article 1er, point 2, de cette convention exclut de son champ d'application «les faillites, concordats et autres procédures analogues», ces disciplines dépendant donc d'un futur accord entre les États membres. Un comité d'experts a cependant rédigé deux projets entre 1963 et 1980; pour le second, fondé sur les principes d'unité et d'universalité [6], un avis a été demandé à un groupe du Conseil de la Communauté, mais les travaux ont été suspendus en 1985 faute de consensus [7].

10. Il convient d'indiquer que, avant même d'aspirer à une réglementation commune, les États membres avaient été à l'origine du processus de reconnaissance mutuelle et d'exécution des décisions en matière de faillite par des traités bilatéraux, énumérés à l'article 44, paragraphe 1, du règlement nº 1346/2000. Aux termes de cette disposition, ledit règlement remplace ces conventions.

11. Des initiatives ont également été prises en dehors du domaine communautaire, notamment au sein du Conseil de l'Europe, culminant avec la convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite, ouverte à la signature à Istanbul en 1990. Toutefois, l'entrée en vigueur du règlement nº 1346/2000 rend incertaine la ratification de ladite convention. Le principal apport de celle-ci consiste en l'introduction d'une plus grande flexibilité dans l'utilisation des principes mentionnés précédemment [8].

12. Son empreinte s'est fait sentir dans l'évolution ultérieure du processus d'élaboration du règlement nº 1346/2000, car, aux fins d'éviter la complexité du projet de convention de 1985, un groupe ad hoc d'experts nationaux a finalisé le texte de la convention relative aux procédures d'insolvabilité, adoptée à Bruxelles le 23 novembre 1995, avec une approche moins rigide et des solutions plus simples [9].

13. À la différence du texte communautaire lui étant directement antérieur, cette dernière convention articulait le système autour du principe d'universalité, limité par la possibilité d'ouvrir une ou plusieurs procédures secondaires dans d'autres pays, mais avec une portée restreinte à leurs territoires respectifs [10].

14. Faute d'avoir recueilli l'adhésion des quinze États membres, ladite convention a inévitablement avorté, mais a permis que,

6 — Par «principe d'unité», on entend l'existence d'une procédure unique sur l'ensemble du territoire de la Communauté, tandis que le «principe d'universalité» renvoie à l'élargissement de la procédure à tous les actifs du débiteur, où qu'ils se trouvent.

7 — Rapport Virgós/Schmit sur la convention relative aux procédures d'insolvabilité (ci-après le «rapport Virgós/Schmit»), dans Virgós Soriano, M., et Garcimartín Alférez, F. J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Civitas, Madrid, 2003, point 3.

8 — Rapport Virgós/Schmit, point 4.

9 — Rapport Virgós/Schmit, point 5.

10 — Ibidem.

telle une chrysalide, elle subisse une transformation, car, sans toucher au contenu, elle en a modifié la nature juridique, cette dernière perdant sa vocation de traité international pour se transformer en un règlement au sens de l'article 249, deuxième alinéa, CE.

15. L'impulsion pour cette mutation, donnée par la Finlande et l'Allemagne, a éclos dans la frondaison prometteuse des articles 61, sous c), CE (auparavant article 73 I) et 67, paragraphe 1, CE (auparavant article 73 O), «communitarisés» par le traité d'Amsterdam, dont elle constitue, d'ailleurs, l'une des principales réussites [11].

16. La convention enfin libérée du destin rampant auquel son ancienne condition de traité la destinait, sa nouvelle essence lui a donné la gracile désinvolture qu'offre l'applicabilité immédiate inhérente à ses congénères.

B — *Esquisse de son contenu et dispositions pertinentes*

17. Il ressort des considérants du règlement nº 1346/2000 que le bon fonctionnement du marché intérieur requiert trois éléments prioritaires en matière d'insolvabilité: en premier lieu, un acte communautaire afin de coordonner les mesures à prendre concernant le patrimoine d'un débiteur insolvable [12]; en deuxième lieu, l'effectivité des procédures d'insolvabilité transfrontalières [13] et, enfin, éviter le «forum shopping», c'est-à-dire que les parties ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique [14].

18. Le règlement nº 1346/2000 ne prétend pas régir de manière générale et unique les procédures d'insolvabilité, mais juste le droit applicable, la compétence internationale pour l'ouverture de telles procédures et leur reconnaissance dans les autres États membres.

19. Il débute par un chapitre regroupant diverses dispositions de caractère général, relatives à son champ d'application matériel (article 1er), à la détermination de la juridiction compétente (article 3) et à la loi applicable dans différents cas particuliers (articles 4 à 15) [15].

11 — Wiedemann, T., «Visa, Asyl, Einwanderung», dans Schwarze, J., (Coord.), EU-Kommentar, Baden-Baden, 2000, p. 842.

12 — Troisième considérant.

13 — Deuxième considérant.

14 — Quatrième considérant.

15 — Les matières régies par ces dispositions portent sur: les droits réels des tiers (article 5); la compensation de créances (article 6); la réserve de propriété (article 7); les contrats portant sur les biens immobiliers (article 8); les systèmes de paiement et les marchés financiers (article 9); les contrats de travail (article 10); les effets sur les droits soumis à inscription dans un registre public (article 11); les brevets et les marques communautaires (article 12); les actes préjudiciables aux intérêts des créanciers (article 13); la protection des tiers acquéreurs pour des faits postérieurs à l'ouverture d'une procédure de faillite (article 14), ainsi que sur les effets de cette dernière sur d'autres procédures en cours (article 15).

20. Ce même chapitre contient des définitions, dont certaines très importantes pour répondre à la question préjudicielle, notamment celles visées à l'article 2, sous e) et f), qui est libellé comme suit:

«[...]

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».

21. La pierre angulaire du système réside dans l'article 3, paragraphe 1, première phrase, qui attribue la compétence pour ouvrir la procédure d'insolvabilité aux juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur.

22. L'article 4, paragraphes 1 et 2, qui prévoit que la procédure et ses effets sont régis par la loi du lieu où la procédure est ouverte, est également pertinent aux fins de répondre à la question posée ainsi qu'au doute quant à l'applicabilité du règlement.

23. Les règles du chapitre II, relatives à la reconnaissance de la procédure d'insolvabilité dans les autres pays, revêtent la même importance. L'article 16, paragraphe 1, pose ce principe, en disposant que toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre doit être reconnue dans tous les autres États membres, à partir du jour où elle produit des effets dans l'État d'ouverture. Ce chapitre contient quelques dispositions sur les pouvoirs du syndic et une clause de sauvegarde qui permet de refuser le bénéfice visé audit article 16, paragraphe 1, si l'ouverture de la procédure porte atteinte à l'ordre public [16].

24. Les chapitres III et IV [17], moins importants pour la présente question préjudicielle, portent, respectivement, sur les procédures secondaires ouvertes dans certaines circonstances dans d'autres États membres et sur l'information des créanciers et leur droit de produire les créances qu'ils jugent opportunes.

16 — Article 26 du règlement n° 1346/2000.

17 — Respectivement articles 27 à 38 et 39 à 42.

25. L'article 38 régit les mesures conservatoires en ces termes:

«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.»

26. Enfin, le chapitre V réunit les dispositions transitoires et finales [18]. Dans le cadre de la question posée par le Bundesgerichtshof, l'article 43, première phrase, indique que le règlement s'applique uniquement aux faillites et autres procédures analogues ouvertes postérieurement à son entrée en vigueur, qui a eu lieu, conformément à l'article 47, le 31 mai 2002.

III — Les faits, le litige au principal et la question préjudicielle

27. M^me^ Staubitz-Schreiber gérait un commerce d'appareils de télécommunications et d'accessoires en tant qu'entrepreneur individuel à Wülfrath (Allemagne). Le 6 décembre 2001, elle a introduit une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité sur son patrimoine devant l'Amtsgericht Wuppertal.

28. Toutefois, l'immobilisation d'actifs en vue de la constitution de la future masse de la faillite a échoué, faute de biens ou de droits suffisants, et la juridiction statuant sur la demande a rejeté cette dernière par ordonnance du 10 avril 2002.

29. La débitrice, résidente en Espagne depuis le 1^er^ avril 2002, où elle souhaite vivre et travailler, a formé un recours demandant l'annulation de cette décision et l'ouverture de la procédure correspondante.

30. La juridiction d'appel a rejeté ce recours par ordonnance du 14 août 2002, considérant la demande d'ouverture irrecevable, au motif que le déplacement de M^me^ Staubitz-Schreiber aurait transféré la compétence pour traiter cette procédure à l'Espagne, conformément à l'article 3 du règlement n° 1346/2000.

31. Dans le recours introduit contre cette dernière décision, la requérante au principal

18 — Articles 43 à 47.

demande au Bundesgerichtshof l'annulation de la décision et le renvoi de l'affaire devant la juridiction d'appel, afin qu'elle se prononce à nouveau.

32. L'interprétation de l'article 3 du règlement nº 1346/2000 ne lui semblant pas évidente, le Bundesgerichtshof a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«La juridiction de l'État membre auprès de laquelle a été introduite la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité demeure-t-elle compétente pour ouvrir ladite procédure lorsque le débiteur déplace le centre de ses intérêts principaux sur le territoire d'un autre État membre après l'introduction de la demande, mais avant l'ouverture de la procédure, ou est-ce la juridiction de cet autre État membre qui devient compétente?»

IV — La procédure devant la Cour

33. La Commission des Communautés européennes ainsi que les gouvernements allemand et néerlandais ont présenté des observations écrites, dans le délai fixé à l'article 20 du statut de la Cour de justice.

34. Aucune audience n'a été tenue, les parties dans la présente procédure préjudicielle n'en ayant pas fait la demande.

V — L'examen de la question préjudicielle

A — *Question préliminaire: l'applicabilité du règlement au litige au principal*

35. La demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ainsi que le refus opposé par la juridiction correspondante, faute de masse de la faillite suffisante, ont eu lieu avant l'entrée en vigueur du règlement. Des doutes ont donc surgi quant à l'applicabilité de ce dernier au cas d'espèce. Il n'est par conséquent pas inutile de procéder à quelques réflexions sur ce point.

36. La juridiction de renvoi ne s'est pas référée directement à cette question, se contentant, au point 2 de la décision de renvoi, de procéder à un bref examen du problème et de répondre par l'affirmative.

37. Pour le Bundesgerichtshof, le rejet de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'équivaut pas à l'ouverture de

cette procédure. Par conséquent, conformément au droit national en matière de faillite, l'ouverture n'avait pas eu lieu avant l'entrée en vigueur du règlement.

38. Le gouvernement allemand partage l'appréciation faite par sa haute juridiction. Il ajoute que, du fait du recours en appel de M^me^ Staubitz-Schreiber, l'affaire est restée pendante jusqu'après le 31 mai 2002. La requérante au principal ne demandant pas seulement l'annulation de la décision rejetant sa demande, mais aussi une décision positive à cet égard, le gouvernement allemand considère que, la demande existant toujours après l'entrée en vigueur dudit règlement, le litige au principal doit être tranché à la lumière de cette réglementation communautaire.

39. La Commission déduit de l'article 43 du règlement nº 1346/2000 que son applicabilité dépend du moment de l'ouverture de la procédure, sans nécessité de dispositions transitoires applicables au cas où, la demande ayant été faite, la procédure n'aurait pas commencé. Selon elle, l'absence de telles dispositions confirmerait la thèse selon laquelle ces cas relèveraient sans exception de ce règlement.

40. En ce qui concerne le cas d'espèce, la Commission rappelle que, le 31 mai 2002, aucune décision d'ouverture n'avait été prise en Allemagne ni dans un autre État membre, la solution devant donc être recherchée dans le règlement.

41. Selon une jurisprudence constante, la procédure prévue à l'article 234 CE est un instrument de coopération entre la Cour et les juges nationaux [19] qui exige le respect de la répartition des compétences respectives. Dans le cadre de cette coopération, le juge national de renvoi, qui est le seul à avoir une connaissance directe des faits au principal et qui assume la responsabilité de la décision, est le mieux placé pour apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'un renvoi préjudiciel que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour [20]. Quant à cette dernière, il lui appartient de donner au juge de renvoi une réponse utile qui lui permette de trancher le conflit [21].

42. Puisque la décision de renvoi fait référence à l'article 43, première phrase, du règlement nº 1346/2000 et que la solution du litige au principal variera en fonction de l'applicabilité de cette disposition, il convient d'examiner ce point de la disposition précitée [22].

43. L'article 43, première phrase, dudit règlement subordonne l'applicabilité de

19 — Arrêts du 16 juillet 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Rec. p. I-4673, point 14), ainsi que du 18 mars 2004, Siemens et ARGE Telekom (C-314/01, Rec. p. I-2549, point 33 et jurisprudence citée).

20 — Arrêts Lourenço Dias, précité, point 15; du 22 janvier 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607, point 18); Siemens et ARGE Telekom, précité, point 34, et du 7 octobre 2004, Sintesi (C-247/02, Rec. p. I-9215, point 22).

21 — Arrêts du 28 novembre 2000, Roquette Frères (C-88/99, Rec. p. I-10465, point 18), et du 20 mai 2003, Ravil (C-469/00, Rec. p. I-5053, point 27).

22 — La Cour a suivi la même méthodologie dans l'arrêt du 9 septembre 2003, Burbaud (C-285/01, Rec. p. I-8219, point 94).

celui-ci à l'ouverture de la procédure après son entrée en vigueur, car il fixe, en outre, un principe de non-rétroactivité [23].

44. L'article 2, sous e) et f), du règlement distingue entre la «décision» d'ouvrir une procédure d'insolvabilité et le «moment de son ouverture», donnant les deux définitions, ce qui implique qu'ils peuvent ne pas être simultanés.

45. La première se limite à l'acte formellement adopté lors d'une procédure de faillite, tandis que ledit article, sous f), renvoie au moment où la décision prend effet, qu'elle soit ou non «définitive».

46. En outre, aux termes de l'article 4 du règlement, cette procédure et ses effets sont régis par la loi de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte.

47. Il est vrai, comme l'indique le gouvernement allemand, que, en l'espèce au principal, il n'y a pas eu de décision positive en ce sens, celle-ci n'ayant donc pas non plus pris «effet». Par conséquent, on pourrait penser que la procédure n'était pas ouverte à la date d'entrée en vigueur dudit règlement, ce qui entraînerait l'applicabilité de ce dernier.

48. Toutefois, M[me] Staubitz-Schreiber n'a pas seulement demandé, dans son recours, l'annulation de la décision de refus litigieuse, mais également une décision judiciaire positive. La juridiction nationale doit donc vérifier si, conformément au droit allemand, il y a eu ouverture d'une telle procédure au sens de la règle en question, en précisant si celle-ci a eu lieu avant ou après le 31 mai 2002, eu égard à l'éventuelle rétroactivité.

49. Cette solution est, en outre, conforme à la lettre et à l'esprit du règlement n° 1346/2000 [24], qui renvoie au droit national applicable.

B — *Sur la question préjudicielle*

50. Selon le gouvernement allemand, lorsque l'article 3 du règlement n° 1346/2000 donne compétence, pour ouvrir la procédure d'insolvabilité, aux juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts

23 — Virgós Soriano, M., et Garcimartín Alférez, F. J., précité, p. 37.

24 — Articles 2, sous f), et 4.

principaux du débiteur, il fixe uniquement les conditions de fond pour délimiter la compétence internationale. Puisque cette disposition ne donne aucune indication sur le moment auquel ces conditions doivent être réunies ni sur les circonstances qui entraînent un changement de la juridiction compétente, ledit gouvernement estime nécessaire de l'interpréter de manière téléologique.

51. Il affirme que l'un des objectifs prioritaires du règlement [25] consiste à éviter le «forum shopping», afin d'empêcher que le débiteur choisisse le droit national qui lui serait le plus favorable. En outre, la référence au centre des intérêts principaux du débiteur repose sur la présomption que la plupart de ses créanciers se trouvent à cet endroit et sur l'économie de la procédure, car, si la demande d'ouverture n'était pas le moment déterminant la compétence, surgiraient des problèmes de preuve et les retards en découlant. Par ailleurs, les créanciers doivent savoir avec certitude où se trouve ce centre d'intérêts, pour ne pas dépendre d'éventuelles recherches à cet égard.

52. Enfin, le gouvernement allemand indique que l'universalité de la procédure permet au syndic nommé par le juge d'exercer ses prérogatives dans d'autres États dans lesquels le débiteur possède également des biens sans ouvrir d'autres procédures.

25 — Le gouvernement allemand renvoie au quatrième considérant du règlement.

53. Le gouvernement néerlandais partage l'opinion du gouvernement allemand, confirmant que la juridiction auprès de laquelle la demande d'ouverture a été introduite reste compétente pour l'accorder, même si le débiteur a, entre-temps, déplacé le centre de ses intérêts principaux vers un autre État membre. Il affirme que la faculté de prendre des mesures conservatoires donnée par l'article 38 du règlement nº 1346/2000 corrobore ce point de vue, car, dans cette disposition comme dans l'article 3, la compétence est donnée en fonction des circonstances au moment de la présentation de la demande, le débiteur pouvant sinon éviter les mesures conservatoires provisoires en déplaçant à sa convenance le centre de ses intérêts principaux («forum shopping»).

54. Toutefois, le gouvernement néerlandais nuance sa position, en reconnaissant que, dans certains cas, pour des raisons pratiques, l'économie dudit règlement permet à la juridiction qui traite la demande de la suspendre ou de la rejeter, si elle est convaincue de l'opportunité d'ouvrir la procédure à l'endroit où le débiteur s'est déplacé.

55. La Commission tend également à maintenir, dans les circonstances du litige au principal, la compétence de la juridiction devant laquelle la demande a été déposée. Elle affirme que l'exégèse grammaticale, historique et téléologique de l'article 3 du règlement nº 1346/2000 plaide en ce sens.

56. Selon elle, le principe de *perpetuatio fori* remédie aux inconvénients du «forum shopping». De plus, le recours à cette stratégie est compliqué, puisqu'il suppose une connaissance approfondie des avantages et des inconvénients des différents droits nationaux de la faillite et la volonté de déplacer le centre de ses intérêts principaux vers un autre État membre.

57. Mais la Commission donne plus d'importance à l'argument selon lequel le principe susmentionné permet d'obtenir la sécurité juridique nécessaire tant pour les créanciers que pour les juridictions. Les premiers pourraient calculer, du moins en partie, le risque en cas d'insolvabilité de leur débiteur et savoir que le droit applicable ne changera pas après l'introduction de la demande; les juridictions sont dispensées de vérifier continuellement leur compétence entre l'enregistrement de la demande et l'accord d'ouverture.

58. Par le renvoi préjudiciel, le Bundesgerichtshof souhaite savoir si la juridiction qui a reçu la demande d'ouverture est compétente pour déclarer l'insolvabilité lorsque, entre-temps, le débiteur a déplacé le centre de ses intérêts principaux dans un autre État membre.

59. L'article 3 du règlement n° 1346/2000 subordonne la compétence au lieu où se trouve «le centre des intérêts principaux du débiteur». Sont donc particulièrement importants, d'une part, la définition de cette notion et, d'autre part, le moment qui doit être pris en considération.

a) Le centre des intérêts principaux du débiteur

60. Il convient de souligner, d'emblée, le caractère de notion autonome du droit communautaire de cette expression, ce qui lui donne une signification uniforme et indépendante des ordres juridiques nationaux [26]. Par conséquent, une définition unique pour l'ensemble de la Communauté s'impose [27].

61. L'article 3, paragraphe 1, deuxième phrase, du règlement n° 1346/2000 crée lui-même une présomption *iuris tantum* pour les sociétés et les personnes morales, identifiant le centre avec le domicile social. Dans le cas de M^me^ Staubitz-Schreiber, il s'agit

26 — Virgós Soriano, M., et Garcimartín Alférez, F. J., précité, p. 45.

27 — Arrêt du 18 novembre 2004, Temco Europe (C-284/03, Rec. p. I-11235, point 16 et jurisprudence citée); relativement à la convention de Bruxelles, plus proche du thème de la présente question préjudicielle, voir arrêts du 20 mars 1997, Farrell (C-295/95, Rec. p. I-1683, points 12 et 13 ainsi que jurisprudence citée) et du 15 mai 2003, Préservatrice Foncière TIARD (C-266/01, Rec. p. I-4867, point 20 et jurisprudence citée).

toutefois d'une personne physique qui agissait dans la vie des affaires en tant que commerçante, sans la couverture d'une forme de société.

62. Le règlement nº 1346/2000 ne prévoit rien dans un tel cas. Son treizième considérant suggère que la définition en cause renvoie au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts, facile à localiser par les tiers. Ainsi, le centre d'intérêts d'une personne exerçant une activité commerciale est considéré comme étant son domicile professionnel et, pour les autres personnes physiques, leur résidence habituelle [28].

63. Il convient, en outre, de noter que la possibilité d'ouvrir des procédures secondaires dans d'autres États membres parallèlement à la procédure au principal dépend, conformément au dix-septième considérant dudit règlement, de la possession d'un établissement par le débiteur, les effets des procédures secondaires étant limités, selon l'article 27, aux biens situés sur le territoire où celles-ci sont menées.

64. Il découle des considérations précédentes qu'un lien doit exister entre les biens professionnels du débiteur et le lieu de la procédure, ce qui constitue la meilleure garantie pour les créanciers, car elle leur permet de calculer les risques juridiques encourus en cas d'insolvabilité [29]. C'est la raison pour laquelle la doctrine considère que, dans le cas d'un professionnel (par exemple un entrepreneur ou un commerçant individuel) résidant dans un État membre qui gère ses activités depuis un centre situé dans un autre État, le chef de compétence se trouve dans ce dernier État, à condition que la procédure de faillite découle de l'exercice de l'activité professionnelle [30].

65. En outre, la notion d'«établissement» visée à l'article 2, sous h), du règlement [31] exclut la simple présence de biens comme condition pour ouvrir une procédure de faillite [32].

66. Dans le litige au principal, compte tenu du peu de temps qui s'est écoulé entre la demande d'ouverture et le déplacement de M[me] Staubitz-Schreiber en Espagne, il est peu probable que son patrimoine dans ce pays ait atteint un volume suffisant pour mériter la qualification d'«établissement» au sens précédemment indiqué.

28 — Rapport Virgós/Schmit, point 75.

29 — Idem.

30 — Moss, G., Fletcher, I., et Isaacs, S., «The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide», *Oxford University Press*, Oxford, 2002, p. 169.

31 — Aux termes de cette disposition, est considéré comme tel «tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens».

32 — Rapport Virgós/Schmit, point 70.

67. Par conséquent, la solution à la question préjudicielle posée doit tendre à donner compétence, pour déterminer le centre d'intérêts effectif du débiteur, à la juridiction *a quo*, à partir des informations dont elle dispose, sans qu'il y ait lieu d'examiner plus avant le point visant à savoir si ladite juridiction peut se déclarer incompétente ou rejeter la demande conformément à son droit national, ainsi que le suggère le gouvernement néerlandais, car la juridiction de renvoi n'a pas soulevé de tels points.

b) Le moment de détermination du centre des intérêts principaux

68. La Commission souligne que l'article 3, paragraphe 1, première phrase, du règlement nº 1346/2000 ne renvoie pas au «moment de l'ouverture de la procédure» pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur, alors que cette expression, dont la définition — rappelons-le — figure à l'article 2, apparaît à diverses reprises comme condition d'application [33]. Cela constitue, à tout le moins, un indice que, pour le législateur communautaire, la détermination du centre d'intérêts principaux ne dépend pas de cette circonstance, bien qu'il ne propose pas d'alternative.

33 — Articles 5 et 7, paragraphes 1 et 2, dudit règlement.

69. Il existe deux arguments de poids pour avancer que cette détermination doit être fonction de la demande d'ouverture. Le premier concerne l'objectif déclaré d'éviter le «forum shopping»; le second, le pouvoir du juge qui traite la demande d'adopter des mesures conservatoires.

i) Contre le «forum shopping»

70. Quelques brèves réflexions sur la notion de «forum shopping» ne sont pas superflues pour centrer le débat, car, en général, les juristes attribuent à cette expression anglo-saxonne un caractère péjoratif.

71. Si le «forum shopping» signifie la recherche par le requérant de la compétence juridique internationale la plus favorable à ses demandes [34], il ne fait aucun doute que, faute d'uniformité juridique des différents systèmes de droit international privé, ce phénomène devrait être accepté comme une conséquence naturelle, non critiquable [35].

34 — Checa Martínez, M., «Fundamentos y límites del forum shopping: modelos europeo y angloamericano», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, nº 3, p. 521.

35 — Juenger, F. K., «What's wrong with forum shopping ?», *Sidney Law Review*, 1994, p. 5 et suiv., notamment p. 12 et 13.

72. Ainsi, la controverse est déplacée vers le lieu qui lui convient le plus pour des raisons de fond et de procédure. Le «forum shopping» représente seulement une optimisation des possibilités procédurales, fruit de l'existence de chefs de compétence concurrents, qui n'a rien d'illicite [36].

73. Toutefois, lorsque cette pratique provoque une inégalité injustifiée entre les parties à un litige relativement à la défense de leurs intérêts respectifs, elle devient condamnable, son éradication constituant un objectif réglementaire légitime.

74. Le législateur communautaire l'a entendu en ce sens pour les faillites et autres procédures analogues, car, dans le quatrième considérant du règlement nº 1346/2000, il avoue son intention d'éviter que les parties à la procédure ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique, ajoutant entre parenthèses l'expression «forum shopping».

75. Or, ce principe de base du règlement nº 1346/2000 perdrait toute valeur si le débiteur pouvait déplacer le centre de ses intérêts principaux dans un autre État membre entre la présentation de la demande d'ouverture et la déclaration du début de l'insolvabilité. Une telle interprétation est contraire au fonctionnement efficace des procédures de faillite transfrontalières, objectif visé par ce règlement, selon son deuxième considérant, car elle obligerait les créanciers à poursuivre le débiteur là où il jugerait bon de s'établir de manière plus ou moins définitive, les privant ainsi de la nécessaire sécurité juridique.

76. En outre, comme la Commission l'affirme dans ses observations, ce comportement impliquerait la vérification d'office de la compétence de la juridiction dans chaque endroit dans lequel le débiteur [37] s'installerait, ce qui est incompatible avec le principe d'une bonne administration de la justice.

77. En tout état de cause, les faits du litige au principal ne s'inscrivent pas dans la pratique du «forum shopping», car M^me^ Staubitz-Schreiber elle-même plaide en faveur de la compétence de la juridiction devant laquelle elle a demandé l'ouverture de sa procédure d'insolvabilité. La raison de sa démarche s'explique par une particularité du droit des faillites allemand, connue sous le nom de «Restschuldbefreiung», en vertu de laquelle le débiteur obtient la libération générale des

36 — Siehr, K., «Forum Shopping im internationalen Rechtsverkehr», ZfRV, 1984, p. 133 et suiv.; Schack, H., *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2e édition, Munich, 1996, p. 86 et 87.

37 — Rapport Virgós/Schmit, point 79.

dettes non payées avec le produit de la liquidation [38], instrument inconnu dans d'autres systèmes nationaux européens [39].

ii) Le pouvoir de prendre des mesures conservatoires

78. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'article 38 du règlement nº 1346/2000 habilite le syndic provisoire à demander toute mesure de conservation ou 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. Le seizième considérant souligne l'importance de ce type de décisions pour que la procédure d'insolvabilité soit efficace.

79. Cette disposition vise à permettre de prendre les mesures nécessaires pour garantir l'intégrité de la masse avant l'ouverture de la procédure [40]. La doctrine débat des conditions d'action de ce syndic dans d'autres pays, notamment du point de savoir si l'intervention de celui-ci exige la réunion des conditions nécessaires pour ouvrir une procédure secondaire, à savoir que le débiteur possède un établissement dans ces autres États membres [41]. Bien que ce point ait une importance pratique générale, il n'en va pas ainsi en l'espèce. Il n'est donc pas nécessaire de l'examiner.

80. Il convient de souligner, en revanche, l'importance des pouvoirs que l'article 38 du règlement nº 1346/2000 donne à l'administrateur provisoire. La grande étendue de l'habilitation découle du libellé de cette disposition, car cet administrateur peut ordonner «toute mesure de conservation ou de protection».

81. Le fait que ces mesures soient prises, selon ce même article, conformément au droit national de l'État membre où elles doivent être appliquées préconise la reconnaissance, qui, conformément à l'article 25, paragraphe 1, premier alinéa, est presque automatique, et confirme la volonté du législateur communautaire d'accélérer les procédures d'insolvabilité transfrontalières au sens du deuxième considérant.

38 — En réalité, plus que d'une libération au sens strict, il s'agit d'une suspension de l'exécution des créances non couvertes après la liquidation, soumise à une condition de bon comportement durant une période de six ans après la déclaration du bénéfice de cet instrument juridique. Pape, G., et Uhlenbruck, W., *Insolvenzrecht*, Munich, 2002, p. 689 et suiv.

39 — Carrasco Perera, A., se réfère expressément à sa méconnaissance en droit espagnol dans «¿Por qué quiebran los consumidores ?», dans *Actualidad jurídica Aranzadi*, année XV, nº 669, du 14 mai 2005, p. 3.

40 — Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D., et Chalupsky, E., *Europäische Insolvenzverordnung-Kommentar*, Vienne, 2002, p. 558; Moos, G., Fletcher, I., et Isaacs, S., précité, p. 228.

41 — Au soutien de cette thèse: rapport Virgós/Schmit, point 262, et Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D., et Chalupsky, E., précité, p. 560. À son encontre: Moss, G., Fletcher, I., et Isaacs, S., précité, p. 229, pour qui le pouvoir du syndic provisoire peut être exercé même vis-à-vis de simples biens, sans qu'ils constituent un établissement au sens du règlement nº 1346/2000.

82. Dans ce contexte, considérer comme licite le déplacement du centre des intérêts principaux du débiteur durant la période comprise entre la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le début de celle-ci saperait les fondements de l'ensemble de l'économie du règlement, conduisant en dernier lieu, pour l'exprimer de manière imagée, les créanciers et les juridictions à poursuivre continuellement les débiteurs insolvables, dans un cercle vicieux de demandes d'ouverture de faillite et de déplacements du centre des intérêts principaux, sans jamais arriver à bon port, destin plus conforme à la légende du hollandais errant qu'à une application sérieuse du règlement sur les procédures d'insolvabilité.

83. Il résulte des éléments qui précèdent que le déplacement du centre des intérêts principaux du débiteur insolvable durant la période comprise entre la demande d'ouverture et le début de la procédure d'insolvabilité ne modifie pas la compétence de la juridiction auprès de laquelle ladite demande de traitement de la faillite a été déposée.

VI — Conclusion

84. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit à la question du Bundesgerichtshof:

«La juridiction de l'État membre auprès de laquelle la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité a été introduite est la juridiction compétente pour ouvrir ladite procédure, même si le débiteur déplace le centre de ses intérêts principaux sur le territoire d'un autre État membre après l'introduction de la demande, mais avant l'ouverture de la procédure».