

EN DEUX MOTS Le règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité instaure un système complexe pour déterminer la compétence juridictionnelle et la loi applicable à une procédure d'insolvabilité intracommunautaire. Ce nouveau régi-

me est source d'incertitude pour les banques qui peuvent être confrontées à l'application d'une loi étrangère. Mais le règlement offre des opportunités pour améliorer les droits des créanciers bancaires dans le cadre des financements structurés internationaux.

DROIT EUROPÉEN DES FAILLITES

INCERTITUDES ET OPPORTUNITÉS POUR LES BANQUES



Reinhard Dammann

Avocat
au Barreau de Paris
White & Case

Le droit européen des faillites contient des règles relatives à la désignation de la juridiction compétente et au droit applicable. Les procédures ouvertes au titre du règlement communautaire bénéficient de la reconnaissance de plein droit dans les autres pays de l'Union et empêchent l'ouverture d'une procédure principale concurrente.

Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité bouleverse le raisonnement des créanciers face au risque de faillite de leurs débiteurs. Il n'instaure pas un droit communautaire de la faillite, distinct des règles en vigueur à l'échelle des États membres, mais des règles qui déterminent la compétence juridictionnelle et la loi applicable en matière de procédures d'insolvabilité intracommunautaires. Le règlement communautaire s'applique dans tous les États de l'Union européenne à l'exception du Danemark, des Îles Anglo-Normandes, de l'île de Man et de Gibraltar, dans

le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur. Se trouvent dès lors exclus les débiteurs qui n'ont qu'un simple établissement sur le territoire d'un État membre. En revanche, il est possible d'ouvrir une procédure principale au sens du règlement au bénéfice d'une société ayant son siège à l'extérieur de la Communauté si le centre de ses principaux intérêts se trouve sur le territoire d'un État membre. Le règlement sous-entend qu'il ne devrait produire ses effets que sur le territoire des États membres signataires. Ainsi, la circulaire ministérielle du 17 mars 2003 exclut du champ d'application du règlement les biens et les créanciers situés dans un État tiers à l'Union européenne. L'exclusion des créanciers localisés à l'extérieur de l'Union entraîne une discrimination à leur égard [1]. En effet, le règlement modifie quelques règles matérielles du droit français dont le bénéfice est réservé aux créanciers ayant leur siège ou leur résidence dans un État membre. Le principe d'égalité des créanciers en droit français est ainsi écarté en matière de déclaration de créances et d'information des créanciers, mais également en matière de droits réels, de compensation, de réserve de propriété et de nullité d'actes au cours de la période suspecte. Cette dis-

inction pourrait poser des problèmes pratiques pour la réalisation des sûretés dans le cadre d'un syndicat bancaire composé de créanciers communautaires et non communautaires [2].

COMPÉTENCE INTERNATIONALE

Le règlement contient des règles relatives à la désignation de la juridiction compétente. Il distingue entre la procédure principale, la procédure secondaire et la procédure territoriale.

■ Une procédure principale peut être ouverte dans l'État où se situe le "centre des intérêts principaux" du débiteur [3]. Cette procédure a vocation à comprendre tous les actifs du débiteur situés dans des États signataires du règlement. La procédure principale bénéficie de la reconnaissance de plein droit dans les autres pays de l'Union, et empêche l'ouverture d'une procédure principale concurrente.

■ Une ou plusieurs procédures secondaires peuvent être ouvertes, notamment à la demande du liquidateur de la procédure principale, au bénéfice d'un même débiteur, dans l'hypothèse où ce dernier possède des établissements dans d'autres États membres [4]. Les effets des procédures secondaires sont limités aux actifs du débiteur se trouvant sur

ACTUALISATION

La réglementation communautaire

<p>■ Le 23 décembre 2004, la Commission européenne a proposé au Conseil une modification du Règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Il s'agit de compléter les annexes du Règlement dans lequel sont notamment définies les procédures d'insolvabilité. La Commission ne s'est pas livrée à une analyse des procédures que les</p>	<p>États membres souhaitent inclure parmi les annexes au Règlement.</p> <p>■ En particulier, le Royaume-Uni souhaite élargir la catégorie des procédures d'"administration" dont certains aspects semblent comparables à la procédure de sauvegarde et au redressement judiciaire. La modification permettrait</p>	<p>de nommer cet administrateur sur l'initiative du dirigeant du débiteur ou des banques créanciers gagistes, sans intervention d'un juge. Rappelons par ailleurs que les <i>voluntary arrangements under insolvency legislation</i> constituent une procédure de type concordataire qui n'entraîne aucune suspension des poursuites et dans</p>	<p>laquelle l'intervention du juge est extrêmement limitée à la fin de la procédure.</p> <p>■ Ces deux exemples semblent militer en faveur d'une approche très pragmatique de la définition des procédures d'insolvabilité, en fonction des particularités procédurales de chaque pays.</p>
--	--	--	---

le territoire de l'État de leur ouverture. Contrairement à la procédure principale, la procédure secondaire est en principe une procédure de liquidation.

■ **Le règlement prévoit, à titre exceptionnel, un troisième type de procédure**, dans l'hypothèse où le débiteur possède un établissement dans un État membre et ne fait pas encore l'objet d'une procédure principale dans un autre pays de la Communauté. Cette procédure, dite territoriale, n'est pas nécessairement liquidative. Elle est limitée aux actifs situés sur le territoire de l'État d'ouverture et a vocation à être convertie en procédure secondaire une fois la procédure principale ouverte.

LA NOTION DE "CENTRE DES INTÉRÊTS PRINCIPAUX" DU DÉBITEUR

On comprend dès lors que le concept de "centre des intérêts principaux du débiteur" est une notion-clé du règlement. Or ce terme n'y est pas défini précisément. Le règlement se borne à énoncer qu'il devrait correspondre au "lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers". Le juriste fran-

çais est habitué à considérer que le centre des intérêts d'une société se trouve au lieu de son siège social, sauf si l'on peut démontrer sa fictivité ou un transfert artificiel peu avant l'ouverture de la procédure. Une analyse de la jurisprudence rendue depuis l'entrée en vigueur du règlement révèle que les tribunaux de certains États signataires ont retenu au contraire une interprétation très extensive de cette notion.

Dans le cas de groupes de sociétés, les juges britanniques, allemands et italiens n'ont pas hésité à ouvrir des procédures principales d'insolvabilité dans l'État de la maison mère au bénéfice des filiales situées dans d'autres pays membres [5]. Pour justifier leur compétence, ils se sont appuyés sur un faisceau d'indices démontrant que la gestion des filiales était assurée de manière centralisée par la maison mère. C'est ainsi par exemple que dans l'affaire *Daisytek*, la *High court of Leeds* a ouvert une procédure principale au bénéfice des filiales opérationnelles françaises et allemandes du groupe. Appliquant un raisonnement analogue, le Tribunal de Parme a ouvert une procédure principale au profit d'une filiale irlandaise ad hoc du groupe Parmalat

« La règle de priorité du règlement avantage les débiteurs ou les créanciers les plus diligents pour solliciter l'ouverture d'une procédure. »

qui avait été créée dans le seul but de lever des capitaux sur les marchés internationaux.

Deux enseignements peuvent être tirés de cette jurisprudence. Premièrement, il semble exister une forte tendance du juge local à retenir systématiquement sa compétence en ouvrant des procédures d'insolvabilité principales séparées au bénéfice des sociétés filiales étrangères, pour rendre plus efficace l'administration de la procédure ouverte au profit de la maison mère. Deuxièmement, la règle de priorité du règlement avantage les débiteurs ou les créanciers les plus diligents pour solliciter l'ouverture d'une procédure, prenant ainsi de vitesse les autres juridictions qui pourraient prétendre à la même compétence. Le choix de juridiction pourrait être lourd de conséquences pour des créanciers bancaires, puisque la détermination du juge compétent emporte en principe désignation de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité. Le règlement peut également avoir des incidences sur des opérations impliquant des structures ad hoc qui sont souvent logées, pour des raisons fiscales, au Luxembourg, en Irlande ou dans les Îles Anglo-Normandes si, en réalité, le centre des intérêts de ces structures se trouve localisé dans un autre État de l'Union [6].

UN SYSTÈME COMPLEXE DE CONFLITS DE LOIS

Le règlement énonce le principe selon lequel la loi de l'État d'ouverture est celle applicable à la procédure d'insolvabilité. C'est cette loi qui régit les conditions d'ouverture, de déroulement et de clôture d'une telle procédure. Du point de vue des créanciers, elle détermine des points aussi fondamentaux que le sort des contrats en cours, les poursuites individuelles, le rang des différentes créances ainsi que

leur déclaration et leur vérification, et le régime des nullités en période suspecte. Dans le cadre de cette étude, nous abordons trois questions particulièrement importantes en pratique pour les créanciers bancaires : le sort des sûretés réelles, la compensation et le régime de l'annulation des actes en période suspecte [7].

LES RÈGLES PROTECTRICES EN FAVEUR DES DROITS RÉELS DES CRÉANCIERS

L'article 5 du règlement prévoit que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas les droits réels des créanciers sur des biens qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre. Sont concernés par exemple l'hypothèque, le gage, la cession de créance à titre de garantie, mais aussi des sûretés étrangères telles que la *floating charge*. Ainsi, le créancier bénéficiant de ces sûretés peut procéder à leur réalisation conformément à la loi de l'État où est situé le bien, sans être soumis à la suspension des poursuites généralement prévue par la loi de la faillite applicable à la procédure principale.

La question de la localisation des actifs du débiteur devient donc primordiale. L'article 2 prévoit à cet effet des dispositions spécifiques. Les biens corporels sont localisés dans l'État membre sur le territoire duquel ils sont situés. S'agissant des biens et droits faisant l'objet d'une inscription dans un registre public, ils sont localisés dans l'État où se situe ce registre. Enfin, pour la localisation des créances, le règlement se réfère à l'État où se trouve le centre des intérêts principaux du tiers débiteur. Par conséquent, les créances sur des débiteurs "non communautaires" n'entrent pas dans le champ d'application du règlement [8].

La localisation des parts sociales et

“ L'article 5 du règlement prévoit que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas les droits réels des créanciers sur des biens qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre. ”

des valeurs mobilières n'est pas définie par le règlement. À notre avis, il convient d'opérer des distinctions en fonction de la nature des titres. Les titres au porteur, matérialisés par des certificats, semblent assimilables à des biens corporels. Pour les parts sociales, la localisation au siège de la société semble s'imposer. Reste un troisième cas de figure : la localisation des valeurs mobilières françaises et étrangères dématérialisées, qui par ailleurs peuvent faire l'objet d'un gage de compte d'instruments financiers. Si le compte spécial est tenu par la personne morale émettrice, la localisation ne crée pas de difficulté particulière. Mais que se passe-t-il dans l'hypothèse où le teneur de compte est un tiers, par exemple un établissement financier ? Il semble logique de localiser l'ensemble des valeurs mobilières au lieu de l'établissement teneur de compte. Cette règle de rattachement éviterait l'existence de régimes différents en fonction de la localisation des sociétés émettrices immatriculées dans plusieurs États membres [9]. Elle est du reste reprise par l'ordonnance du 24 février 2005 qui transpose en droit français la directive Collateral du 6 juin 2002.

LA COMPENSATION

Selon les règles du droit international privé antérieures au règlement, les conditions de validité d'une compensation étaient évaluées cumulativement à l'aune de la loi du créancier et de celle du débiteur insolvable. Une fois les conditions réunies, la

jurisprudence française acceptait de la rendre opposable à la faillite. Le règlement prévoit une solution plus favorable aux créanciers, puisqu'il leur permet d'invoquer la compensation d'une créance avec celle du débiteur "lorsque cette compensation est permise par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable".

L'AMÉNAGEMENT DU RÉGIME DES NULLITÉS PENDANT LA PÉRIODE SUSPECTE

Selon le règlement, la loi de la procédure d'insolvabilité détermine le régime de la nullité et de l'opposabilité des actes préjudiciables aux créanciers effectués au cours de la période suspecte. Cette règle s'applique aux sûretés constituées au profit des créanciers qui bénéficient par ailleurs de la protection de l'article 5, quand bien même ces droits réels relèveraient d'une loi différente en raison de leur localisation. La même exception est applicable pour la compensation. Modifiant le droit matériel, l'article 13 du règlement prévoit une exception permettant à un créancier de faire barrage à l'annulation ou à l'opposabilité d'un acte. Pour cela, il doit prouver que l'acte est soumis à une loi autre que celle de l'État d'ouverture de la procédure, et que "cette loi ne permet, par aucun moyen, d'attaquer cet acte" [10].

S'il est vrai que l'on doit regretter une rédaction imprécise de certaines notions-clés du règlement, notamment le "centre des intérêts principaux du débiteur", les créanciers bancaires sont susceptibles de tirer parti de certaines dispositions du règlement pour améliorer la structure des sûretés lors de l'élaboration de financements structurés internationaux. Le texte leur permet également d'envisager une meilleure préservation de leurs intérêts face à l'insolvabilité d'un débiteur. Il convient d'abord de déterminer la ●●●

POINT DE VUE

“IL FAUT S’ASSURER QUE NOUS RESTONS MAÎTRES DE NOS PROCÉDURES”



Anne-Marie Comparini

Députée de la 1^{re} circonscription de Lyon

Anne-Marie Comparini a été la porte-parole du groupe UDF sur le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises lors de sa présentation à l'Assemblée nationale en mars dernier. Si elle est aujourd'hui satisfaite du texte, elle souhaite également obtenir la reconnaissance des deux nouvelles procédures, conciliation et sauvegarde, dans le Règlement européen des faillites. Mais le garde des Sceaux a annoncé que seule la sauvegarde, pour l'instant, ferait l'objet d'une intégration dans la réglementation communautaire.

Le projet de loi français sur la sauvegarde des entreprises instaure deux nouvelles procédures : la conciliation et la sauvegarde. Un des points qui restent en suspens est celui de l'intégration de ces dernières dans le Règlement européen des faillites.

■ Pourquoi exclure la procédure de conciliation de la reconnaissance européenne ?

La conciliation n'est pas, selon le garde des Sceaux, une procédure d'insolvabilité au sens propre puisqu'elle ne prévoit pas de cessation de paiement. Mais l'Angleterre, par exemple, a inscrit la quasi-totalité de ses procédures dans le règlement européen. Il semble que certaines soient

très proches de notre conciliation, notamment sur le point d'une absence de cessation des paiements.

■ Quel est l'enjeu de cette reconnaissance européenne ?

Concernant les filiales françaises des groupes européens, le risque est de voir les procédures ouvertes dans un autre pays devenir principales et primer les procédures françaises.

C'est l'intérêt de la France de ménager les filiales françaises des groupes européens et les emplois qu'elles représentent face, notamment, à l'Angleterre. Celle-ci se positionne déjà clairement sur l'économie des services, en particulier financiers et bancaires. La France est bien placée dans ce domaine et doit préserver ses atouts. Il ne faudrait pas que les Anglais recherchent à être plus attractifs en matière de droit des entreprises et persuadent les grandes entreprises de venir s'installer chez eux car, outre des banques de bon niveau, des télécommunications efficaces, ils pourraient se prévaloir de négociations plus avantageuses en cas de difficultés. Nous devons défendre notre conception des services.

■ Quel va être à présent le calendrier parlementaire ?

Les sénateurs UDF reprendront de fait notre amendement. Mais, compte tenu du nombre de lois en cours de discussion et du référendum du 29 mai, qui provoque une interruption des travaux pendant les 10 jours qui le précèdent, ce projet de loi sera vraisemblablement discuté au mois de juin.

Propos recueillis par E. C.

●●● localisation probable du centre des intérêts principaux des différents débiteurs et garants concernés. L'interprétation de cette notion par le juge est une question de fait. Des clauses contractuelles définissant le lieu du centre des intérêts principaux peuvent s'avérer utiles, mais elles ne sauraient lier les magistrats. Des clauses contractuelles dictant le fonctionnement dans la gestion du groupe sont en pratique difficilement acceptables par les emprunteurs et peuvent même se retourner contre les prêteurs.

LES OPPORTUNITÉS OFFERTES PAR LE RÉGLEMENT

Lors de la conception d'une opération de financement complexe, il existe souvent une certaine flexibilité pour déterminer la meilleure structure de sûretés et bénéficier des règles protectrices des articles 5 et 6 du règlement. Certains actifs (meubles corporels ou incorporels) sont susceptibles de faire l'objet d'une localisation "volontaire" dans un pays donné, ce qui peut permettre de les exclure du champ d'application de la règle de la suspension des poursuites de la procédure principale, et d'une procédure secondaire si le débiteur ne détient pas un établissement dans cet État. On voit dès lors l'importance de l'interprétation de la notion d'"établissement". Pour bénéficier des règles *in favorem* en matière de compensation, les banques doivent faire en sorte de soumettre les créances du débiteur qui sont susceptibles d'être compensées avec les leurs à un droit qui prévoit des conditions de compensation libérales.

FACE À UN DÉBITEUR EN DIFFICULTÉ : AGIR VITE

Une fois confrontées aux difficultés financières d'un groupe de sociétés à dimension européenne, les banques ne peuvent établir leur stratégie

qu'après avoir procédé à un audit juridique comparatif. L'analyse de la jurisprudence de différents tribunaux en Europe démontre en effet qu'il est concevable, dans une certaine mesure, pour les créanciers, d'influencer le choix de la juridiction compétente pour l'ouverture d'une procédure principale. Les banques doivent s'interroger sur la loi qui est susceptible de préserver au mieux leurs intérêts dans le cadre d'un possible plan de restructuration du groupe. Cet examen doit aus-

[1] Cf. Bureau, *La fin d'un îlot de résistance*. Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, *Rev. crit. dr. intern. privé* 2002, n° 64 et s.

[2] De nouvelles techniques juridiques de syndication permettraient cependant de résoudre ce problème.

On peut d'ailleurs imaginer que les établissements bancaires non communautaires utiliseront leurs filiales (mais pas leurs succursales) européennes pour bénéficier des dispositions du règlement.

[3] Pour les sociétés personnes morales, le règlement présume que cet État correspond à celui du siège statutaire, mais autorise la preuve contraire.

[4] La notion d'établissement est définie à l'article 2 point h) du règlement comme "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens". Selon la circulaire précitée

(§ 1.2.2.1), cette notion comprend les succursales, bureaux de représentation et agences. En revanche des biens isolés ou les avoirs en compte ne constituent pas des critères de compétence suffisants.

[5] Pour un aperçu de cette jurisprudence, cf. Dammann, *L'évolution du droit européen des procédures d'insolvabilité et ses conséquences sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, *Bull. Lamy droit commercial*, mars 2005.

[6] Les opérations de titrisation, en ce qu'elles impliquent des véhicules "bankruptcy remote", ne semblent pas être concernées par cette problématique.

[7] L'article 7 protège le vendeur avec clause de réserve de propriété lorsque le bien se trouve, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre que l'État d'ouverture. Ses droits ne sont pas affectés par l'ouverture d'une telle procédure. Les effets de la procédure d'insolvabilité sur des contrats de leasing immobiliers sont soumis à la loi applicable de l'État membre sur le territoire duquel l'immeuble est situé, cf. article 8. Il semble s'agir de la loi d'insolvabilité locale, cf. J-C Commercial, *Procédures collectives fasc. 3125 Redressement et liquidation judiciaires, droit communautaire n° 100*. S'agissant des règles de conflits de lois pour des droits sur des biens immobiliers, navires et aéronefs faisant l'objet d'une

si porter sur le sort de leurs sûretés en fonction de la loi applicable dans les différentes juridictions envisageables pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale, territoriale ou secondaire. À cet égard, le facteur temps revêt une importance capitale. La règle de la priorité avantage le créancier le plus diligent. En effet, une fois ouverte la procédure d'insolvabilité principale dans un État membre, l'ouverture d'une procédure concurrente dans un autre État devient impossible [11]. ■

inscription dans un registre public, l'article 11 prévoit de les soumettre à la loi (de la faillite) de l'État membre sous l'autorité duquel le registre est tenu. Sur la différence des concepts de non affectation et des règles de conflits de lois, cf. Menjuq, *Ouverture, reconnaissance et coordination des procédures d'insolvabilité dans le règlement 1346/2000*, *Bull. Joly Société* décembre 2000 p. 1114 et s.

[8] Les conditions de réalisation de la sûreté sont donc régies suivant les règles de droit international privé de l'État d'ouverture de la procédure principale.


[9] Cette analyse semble conforme à l'esprit du règlement : l'inscription en compte pourrait être assimilable au registre public au sens du règlement.

[10] Des auteurs français souhaitent interpréter cette exception d'une manière restrictive, cf. J.-Cl. op. cit. n° 105. Selon la circulaire (§ 3.3.4.), l'article 13 se réfère à la loi d'insolvabilité locale et au droit commun des contrats, par exemple l'action paulienne. On doit approuver le rapport Virgos-Schmit

§ 137, qui insiste sur une appréciation des faits in concreto pour savoir si l'acte est annulable ou pas. Cette opinion est également défendue par Moss-Fletcher-Isaacs, *The EC Regulation on insolvency proceedings*, *Oxford* 2002 n° 8.124 et s..

[11] Cf. l'affaire *Daisytek* qui a fait couler beaucoup d'encre en France et en Allemagne, où, finalement, les juridictions d'appel ont reconnu l'ouverture de la procédure principale par l'"administration order" du 16 mai 2003 de la High court of Leeds.

Cf. l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 4 septembre 2003, D 2003 p. 2352, note Vallens, et la décision de révision de l'Amtsgericht Düsseldorf du 12 mars 2004, IPRax 2004, 431.




REVUE BANQUE ÉDITION


Collection Fiscabanque

Fiscalité, placements et réductions d'impôt

Édition 2005



Gervais Morel

REVUE BANQUE ÉDITION


NOUVEAUTÉ

FISCALITÉ, PLACEMENTS ET RÉDUCTIONS D'IMPÔT

Gervais MOREL


À jour des dernières dispositions prévues dans la loi de finances 2005, la 16^e édition de ce guide fiscal, résolument claire et concrète, abondamment nourrie d'exemples pratiques, permet à chacun d'optimiser ses options fiscales et de minimiser le niveau de ses prélèvements obligatoires.

Cet ouvrage répond à trois objectifs : rappeler les éléments fondamentaux en matière d'imposition des personnes ; analyser les dernières dispositions fiscales pour en extraire les stratégies à mettre en œuvre ; avec les conseils contenus dans les rubriques « le coin du banquier », encore enrichies dans cette nouvelle édition, permettre l'utilisation judicieuse des règles fiscales.

ISBN 2.86325-428.6, broché 16 x 24, 360 pages, 28 euros.

Renseignements/commandes :
 Tél. : 01 48 00 54 09 ; Fax : 01 47 70 31 67
 Email : librairie@revue-banque.fr

Ces ouvrages sont également disponibles à La librairie de la banque et de la finance, 18, rue La Fayette, 75009 Paris, de 9 h à 18 h du lundi au jeudi, et de 9 h à 17 h le vendredi.



REVUE BANQUE ÉDITION