

# CHRONIQUE

## DROIT BANCAIRE INTERNATIONAL

### ■ ORGANISATIONS INTERNATIONALES



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



**JEAN  
STOUFFLET**  
Agrégé des  
Facultés  
de droit,  
professeur  
émérite

#### Chambre de commerce internationale (CCI)

#### Les nouvelles Règles Uniformes relatives aux Garanties sur Demande (RUGD 758)<sup>1</sup>

1. Au 1<sup>er</sup> juillet 2010, les nouvelles RUGD 758 succéderont aux RUGD 458. C'est un événement d'une portée considérable dans les opérations financières et de commerce international portant potentiellement sur des milliards d'euros d'encours annuel de garanties autonomes dans le monde. Nous leur consacrerons dans un prochain numéro de *Banque & Droit* un article détaillé. Cette chronique porte à l'attention de ses lecteurs l'avènement des nouvelles règles et leur offre un aperçu du contenu de ces règles.

2. En 17 ans d'existence (1992-2009), les RUGD 458 se sont révélées pratiques et fiables. Elles ont été utilisées par des banques et des entreprises de tous continents et exerçant dans tous les secteurs de l'économie. Elles ont été adoptées par des organisations internationales, des institutions financières multilatérales, des régulateurs bancaires, des législateurs et de nombreuses fédérations professionnelles<sup>2</sup>. Contrairement aux

Règles Uniformes pour les Garanties Contractuelles (RUGC 325), qui furent un échec, les RUGD 458 ont reflété la réalité du marché international des garanties à première demande et ont visé à établir l'équilibre le plus raisonnable entre les intérêts de toutes les parties concernées.

Ainsi, en choisissant d'instruire un garant pour émettre une garantie à première demande régie par les RUGD, les donneurs d'ordre renoncent à toute contestation du paiement pour des raisons tirées de leur rapport commercial avec le bénéficiaire. En retour, les bénéficiaires doivent indiquer en termes généraux – mais non justifier ou prouver – la défaillance du donneur d'ordre dans l'exécution du contrat sous-jacent. Les garants, quant à eux, sont assurés que leur engagement autonome est régi par ses propres termes et ne sera pas affecté par un quelconque événement relatif à l'exécution du contrat commercial.

L'accroissement de leur utilisation a permis aux RUGD 458 de contribuer sensiblement à l'identification d'un dénominateur commun entre les émetteurs et les utilisateurs de garanties à première demande quel que soit le système juridique, économique ou social dans lequel ils opèrent.

3. Pour autant, il faut se rappeler que les RUGD 458 furent la première tentative de la CCI de codifier la pratique en matière de garanties autonomes. Au fil des années, leur usage a mis en exergue la nécessité de procéder à des ajustements ou à des clarifications, d'en élargir la portée, voire de corriger le standard adopté. Les commentaires des utilisateurs des RUGD de tous pays ont fourni le matériel nécessaire pour lancer la révision des RUGD 458 que tant l'évolution de la pratique que celle de l'environnement économique rendaient nécessaire. La révision, conduite sous l'égide conjointe de la Commission Bancaire de la CCI et la Commission du Droit et Pratiques du Commerce, a ainsi été lancée en 2007.

1. Les nouvelles RUGD 758 peuvent être obtenues auprès des comités nationaux de la Chambre de commerce internationale dans 94 pays ou auprès d'ICC Publishing sur le site dédié aux nouvelles règles : [www.iccbooks.com/Product/ProductInfo.aspx?id=651](http://www.iccbooks.com/Product/ProductInfo.aspx?id=651).

2. D'où le regret de voir d'excellents traités et articles portant sur les garanties internationales mentionner que les RUGD 458 ont remporté un succès mitigé en pratique. L'adoption en 1999 par la Fédération internationale des ingénieurs conseils (FIDIC) des RUGD dans leurs modèles de garanties, suivie en 2002 par une adoption similaire par la Banque mondiale, a définitivement confirmé le statut des RUGD comme les règles internationales de référence pour les garanties indépendantes. La CNUDCI s'est référé aux RUGD comme représentant les pratiques internationales dans le secteur et le législateur de l'OHADA les a pris pour modèle tant dans l'Acte uniforme sur les sûretés de 1997 que dans sa mise à jour de 2010. Des garanties et contre-garanties RUGD sont régulièrement annoncées dans des grands projets dans le Golfe, autrefois réputé pour la position dure qu'adoptent ses entreprises dans la négociation des termes des garanties. De nombreuses banques européennes, dont les principales banques françaises, ont aussi opté pour des modèles-types qui incorporent les RUGD par défaut.

4. Le Groupe de Travail sur les Garanties de la CCI, corps d'experts créé par la CCI en 2003 pour suivre la pratique mondiale en matière de garanties internationales, a agi en tant qu'organe consultatif pour le Groupe de Rédaction. Ce dernier a produit cinq projets de règles pendant les deux ans et demi qu'a duré le processus de révision. Chaque projet a été soumis pour revue et commentaires aux comités nationaux de la CCI. Plus de 600 pages de commentaires en provenance de 52 pays ont été reçues et examinées en détail. Ces commentaires ont formé l'ossature des nouvelles règles. Des rapports d'étape réguliers ont été présentés et largement discutés aux réunions de la CCI. Cette méthode a garanti que la révision prenne en considération les intérêts en présence et intègre les aspirations légitimes de toutes les parties concernées.

5. Les nouvelles RUGD 758 ont été adoptées par le Conseil Exécutif de la CCI le 3 décembre 2009, après approbation massive par les membres des deux commissions sponsors. Ces nouvelles règles s'appliquent à toute garantie ou contre-garantie autonome dès lors qu'elles y sont incorporées par référence. Elles peuvent également s'appliquer en tant qu'usages de commerce si le droit applicable le permet, même en l'absence de toute référence aux règles dans la garantie ou contre-garantie.

6. Les nouvelles RUGD 758 ne consistent pas en une simple mise à jour des RUGD 458 ; elles sont le résultat d'un processus ambitieux qui vise à offrir aux garanties autonomes au XXI<sup>e</sup> siècle des règles plus claires, plus précises et plus complètes.

7. **Des RUGD plus claires.** Un des objectifs des nouvelles règles est la clarté. Elles adoptent le style de rédaction des Règles et Usances Uniformes de la CCI relatives aux Crédits Documentaires (RUU 600), universellement utilisées. Elles apportent également une clarification très attendue du processus d'examen de la conformité des demandes en paiement ou des autres présentations de documents (articles 14 à 20).

8. **Des RUGD plus précises.** Un certain nombre de normes contenues dans les RUGD 458 laissaient subsister une marge d'interprétation pouvant aboutir à des résultats variables. C'était particulièrement le cas pour les normes sur le « délai raisonnable » (articles 9 et 26). Les nouvelles RUGD 758 ont exclu toutes les normes imprécises afin de favoriser la certitude et la prévisibilité. Par exemple, les normes concernant les délais d'examen d'une demande, la prorogation de la garantie en cas de force majeure, ou encore la suspension de la garantie en cas de demande « prorogez ou payez », ont opté pour un nombre précis de jours ouvrés ou calendaires, selon le cas, pour l'accomplissement de la tâche visée (respectivement, aux articles 20, 26 et 23).

9. **Des RUGD plus complètes.** D'importantes pratiques avaient été omises ou ignorées par les RUGD 458. C'était en particulier le cas en matière de notification de garantie, d'avenants, de demandes partielles, multiples ou incomplètes, de liens entre les documents présentés, et de ces-

sion du bénéfice de la garantie. De plus, les contre-garanties étaient traitées par fragments sans vision globale. Or, ce qui pouvait être acceptable dans le cadre d'un premier essai de codification des pratiques des garanties ne saurait se justifier 17 ans après. Les nouvelles RUGD couvrent maintenant toutes ces pratiques et indiquent clairement que les dispositions applicables aux garanties le sont également *mutatis mutandis* aux contre-garanties.

10. **Des RUGD plus équilibrées.** Les nouvelles RUGD 758 reprennent à leur compte et complètent l'approche équilibrée caractéristique des RUGD 458. Par exemple :

- Le bénéficiaire a droit au paiement sur présentation d'une demande conforme sans avoir besoin de rechercher l'accord du donneur d'ordre. Les nouvelles RUGD mettent également fin à une situation profondément injuste, qui laissait le bénéficiaire sans recours au titre de la garantie si l'expiration de cette dernière coïncidait avec l'interruption de l'activité du garant en cas de force majeure (article 26).
- Le rôle indépendant du garant est désormais exprimé dans des termes forts, clairs et exclusivement documentaires, ce dernier élément étant essentiel. Aucune condition et aucun terme dont la survenance ne peut être constatée par le garant au moyen d'un document ne peuvent dorénavant affecter ce dernier (article 7). C'est là, comme nos lecteurs l'auront reconnu, la transposition d'un principe qui a fait le succès des crédits documentaires et des règles qui les régissent, engagements tout aussi autonomes que les garanties sur demande. Cette protection du garant est cependant contrebalancée par la nécessité pour le garant d'agir diligemment pour préserver ses droits. Ainsi, le garant doit rejeter une demande non conforme dans les cinq jours ouvrés en indiquant dans son avis de rejet toutes les irrégularités qu'il aura identifiées, sous peine de ne pas pouvoir invoquer la non-conformité de la demande et d'être obligé de payer la somme demandée (article 24). Là aussi inspirée de la pratique des crédits documentaires, cette sanction est nécessaire pour limiter tout retard abusif au détriment du bénéficiaire.
- Les nouvelles règles reconnaissent au donneur d'ordre le droit d'être informé de chacun des moments clés du cycle opérationnel de la garantie (article 16). Cependant, l'accomplissement de ce devoir d'information ne doit pas se muer en un préalable au paiement si la demande présentée est jugée conforme par le garant.

11. **Des RUGD innovantes.** Les nouvelles RUGD comportent un grand nombre d'innovations résultant du développement de la pratique et de la nécessité d'éviter les conflits. La nouvelle règle qui propose une substitution de la monnaie de paiement lorsqu'il devient impossible de payer dans la devise indiquée dans la garantie en constitue un bon exemple (article 21). Le nouveau mécanisme d'expiration des garanties qui ne stipuleraient ni date d'expiration ni fait entraînant expiration (article 25) illustre également ce principe. Inspirée de la Convention des Nations Unies relatives aux garanties indépendantes – injustement négligée par les États

– cette solution devrait mettre un terme aux garanties stipulées valables jusqu’à mainlevée, dont le mécanisme pénalise sévèrement les donneurs d’ordre et n’est pas compatible avec les normes applicables aux banques en matière de fonds propres.

**12. Le nouveau dispositif des Règles 758.** Outre un Guide qui paraîtra dans les prochains mois (future publication CCI n° 702) et de nombreuses traductions en cours, les nouvelles RUGD 758 sont accompagnées d’un modèle-type de garantie et de contre-garantie figurant en annexe de la publication. Ces modèles-type sont destinés à devenir des compagnons indispensables des utilisateurs des nouvelles règles. L’expérience prouve qu’un dispositif complet prêt à l’emploi combinant règles et modèles est souvent plus attrayant pour les utilisateurs que ne pouvaient l’être les précédentes publications séparées de la CCI n° 458 (règles) et 503 (modèles-type). Il devrait également favoriser une plus grande harmonisation internationale de la pratique.

**13. Une approche nouvelle pour les modèles-type.** Pour la rédaction du modèle-type de garantie accompagnant les nouvelles RUGD 758, une approche unitaire a été préférée à celle démultipliant les modèles en fonction de l’objet de chaque garantie. Les garanties de soumission, de bonne exécution, de restitution d’acompte, de retenue de garantie et de maintenance, pour ne citer qu’elles, partagent en effet la même nature et sont structurées autour de dispositifs semblables. Cela a été démontré par les cinq modèles de garanties presque identiques figurant dans la publication CCI n° 503 qui accompagnait les RUGD 458. Naturellement, les utilisateurs des RUGD 758 ont la possibilité d’enrichir le nouveau modèle type avec une ou plusieurs des clauses proposées à la fin de la publication 758, telle que la clause de réduction de montant pour les garanties de restitution d’acompte, voire de rédiger en totalité de nouvelles clauses.

**14. Le mot de la fin : rédigeons nos garanties clairement.** Une rédaction claire est la clef d’une pratique réussie en matière de garanties autonomes. Cette conclusion de bon sens s’est constamment imposée quels que soient les secteurs, les pays ou les juridictions. L’utilisation du nouveau modèle de garantie harmonisera les échanges et évitera les malentendus. En outre, son usage devrait limiter de manière significative une tendance inquiétante de certains tribunaux, qui, au cours de ces dernières années, ont requalifié des garanties autonomes en cautionnements accessoires – ou inversement. Parfois justifiée par l’ambiguïté des termes employés par les parties, l’intervention judiciaire inopinée et sporadique porte préjudice à la sécurité juridique des transactions et déstabilise le marché international des garanties. Il est possible de remédier à cette situation regrettable par une utilisation cohérente des RUGD 758 et du modèle type qui les accompagne pour tous types de garantie ou contre garantie indépendante.

## La Commission bancaire de la CCI bannit les clauses de sanctions économiques des engagements documentaires indépendants

**1. Des sanctions économiques contractualisées.** Échaudées par l’effet extraterritorial que certains États prétendent donner à leur législation édictant des sanctions économiques, des banques ont commencé à insérer dans leurs crédits documentaires des clauses affirmant leur engagement à respecter ces sanctions. Souvent, ces clauses se contentent de réitérer les termes des sanctions économiques qui s’imposent *de jure* au stipulant en raison du lieu d’incorporation ou d’exercice de ses activités. Dans ces cas, la clause s’avère parfaitement inutile car les législations imposant des sanctions économiques sont des lois de police, d’application impérative et immédiate<sup>3</sup>. Cependant, d’autres clauses franchissent allègrement ce premier stade, en indiquant que le stipulant se réserve le droit de ne pas payer le crédit, ou de ne pas rembourser une banque désignée qui aurait payé le crédit sur ses instructions, si ce paiement ou remboursement est interdit par une législation de sanction économique à laquelle le stipulant est astreint « ou choisirait de s’y astreindre ». Ainsi, avec une telle clause, une banque norvégienne, ayant émis un crédit documentaire à partir de son siège à Oslo pourrait refuser de rembourser une banque française confirmante qui aurait valablement réalisé le crédit dans les mains d’un bénéficiaire cubain, au motif que la banque norvégienne aurait choisi d’appliquer volontairement la législation américaine de sanctions économiques contre Cuba !

2. Les clauses suivantes ont notamment pu être recensées :

– « Presentation of document(s) that are not in compliance with the applicable anti-boycott, anti-money laundering, anti-terrorism, anti-drug trafficking and economic sanctions laws and regulations is not acceptable. Applicable laws vary depending on the transaction and may include United Nations, United States and/or local laws. »

– « [Bank] complies with the international sanction laws and regulations issued by the United States of America, the European Union and the United Nations (as well as local laws and regulations applicable to the issuing branch) and in furtherance of those laws and regulations, [Bank] has adopted policies which in some cases go beyond the requirements of applicable laws and regulations. Therefore [Bank] undertakes no obligation to make any payment under, or otherwise to implement, this letter of credit (including but not limited to processing documents or advising the letter of credit), if there is involvement by any person (natural, corporate or governmental) listed in the USA, EU, UN or local sanctions lists, or any involvement by or nexus with Cuba, Sudan, Iran or Myanmar, or any of their governmental agencies. »

3. Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 9.

– « Trade and economic sanctions ('sanctions') imposed by governments, government agencies or departments, regulators, central banks and/or transnational organisations (including the United Nations and European Union) impact upon transactions involving countries, or persons resident within countries currently including Balkans, Belarus, Cote d'Ivoire (Ivory Coast), Lebanon, Liberia, Rwanda, Sierra Leone, Somalia, Syria, the Democratic Republic of Congo, Uzbekistan, Afghanistan, Iran, Iraq, Myanmar (Burma), North Korea, Cuba, Zimbabwe and Sudan. Issuing bank and all of its related bodies corporate might be subject to and affected by, sanctions, with which it will comply. Please contact issuing bank for clarification before presenting documents to issuing bank for negotiation or undertaking any dealings regarding this credit involving countries or persons affected by sanctions. Issuing bank is not and will not be liable for any loss or damage whatsoever associated directly or indirectly with the application of sanctions to a transaction or financial service involving issuing bank. Issuing bank is not required to perform any obligation under this credit which it determines in its discretion will, or would be likely to, contravene or breach any sanction. This clause applies notwithstanding any inconsistency with the current edition of the International Chamber of Commerce Uniform Customs and Practice for Documentary Credits. »

La lecture de ces clauses montre leur manque de précisions. Pour autant, elles aboutissent ni plus ni moins à l'anéantissement de l'irrévocabilité du crédit documentaire.

**3. La législation anti-boycott complique l'équation.** L'épineux problème que posent ces clauses dites « de sanction » est exacerbé lorsqu'il met en cause les législations anti-boycott. En effet, en dehors de sanctions économiques régulièrement édictées, de nombreuses législations nationales interdisent toute discrimination dans la fourniture de biens ou de services à des personnes identifiées en raison de leur appartenance à une catégorie particulière<sup>4</sup>. La sanction est souvent pénale. Il ne s'agit plus dès lors d'un simple risque de crédit porté par la banque désignée qui aurait accepté l'aléa d'une clause de sanction dans l'engagement de remboursement de la banque émettrice ; banque désignée et banque émettrice risqueraient fort d'être considérées par la loi locale comme complices du délit de boycott du fait de la discrimination ainsi opérée à l'encontre des bénéficiaires de l'engagement bancaire.

**4.** Aussi, on attendait impatiemment que la Commission bancaire de la CCI prenne position sur le sujet. Avec ses 500 banques membres représentant 70 pays, cette Commission constitue en effet un forum international de banques commerciales de première importance avec une autorité largement reconnue dans l'élaboration des normes régissant les instruments du commerce international, tels que les crédits documentaires, les garanties autonomes et les encaissements.

<sup>4</sup>. En France, l'article 225-1 du Code pénal ; aux États-Unis, l'Export Administration Act de 1973.

**5. La recommandation de la CCI.** Dans sa recommandation finalisée en mars 2010, la Commission a commencé par rappeler qu'en tant qu'organisation non gouvernementale, elle ne pouvait s'ingérer dans l'édiction par les États de sanctions économiques ni dissuader les banques de les appliquer lorsqu'elles y sont astreintes. Elle a ensuite dressé l'inventaire des principaux types de clauses de sanction recensées et souligné leur différence de rédactions et de champ d'application. Ces clauses aboutissent, ainsi que l'a rappelé la Commission, à transférer aux banques désignées le risque des sanctions économiques, risque qu'elles n'ont pourtant pas vocation à porter dès lors que la loi imposant la sanction ne s'applique pas à elles. Bien sûr, souligne la Commission, dans une économie mondialisée et avec des groupes bancaires présents dans des dizaines de pays, les opérateurs bancaires doivent désormais jongler avec des sanctions économiques étrangères rendues applicables par un quelconque lien de rattachement avec l'opération en cause. Ce lien n'est pas nécessairement évident : il peut notamment résulter du recours à la devise d'un pays<sup>5</sup> ou de l'identité de personnes participant à cette opération. Mais, précisément, le danger de ces clauses réside en l'absence de référence spécifique aux lois auxquelles le stipulant prétend s'astreindre. Comme le montrent les exemples précédents, les clauses de sanction pourraient aboutir à ce que la banque émettrice refuse de rembourser la banque désignée qui aurait valablement effectué un paiement sur instructions de la banque émettrice, si cette dernière décide qu'une quelconque sanction économique, y compris supranationale, lui est applicable ou choisit volontairement de s'y soumettre. Si la clause est acceptée valablement par la banque désignée, elle produira ses effets au nom de l'autonomie de la volonté, quelle que soit l'absurdité de la situation en résultant.

**6.** Forte de ces constatations, la Commission a émis une recommandation afin que les opérateurs ayant recours dans leurs opérations aux règles de la CCI s'abstiennent d'inclure des clauses de sanction remettant en cause l'engagement de la banque ou la nature irrévocable de l'opération, ou contrevenant à la loi locale (par exemple, une législation locale anti-boycott).

Nous approuvons cette logique et cette conclusion. Il s'agit là du degré normatif le plus élevé auquel une organisation comme la CCI, non dotée d'un *imperium* international, peut recourir. La question des sanctions économiques relevant des lois de police, la tentation était grande pour la CCI de contourner l'obstacle. Elle a cependant eu le courage de s'attaquer à ce sujet, car l'efficacité de ses propres règles était en jeu, et elle l'a fait sereinement. Sa réussite, comme pour toutes les règles de la CCI, dépendra de l'application volontaire de la recommandation par les opérateurs qui en sont les destinataires.

<sup>5</sup>. Il peut en être ainsi pour une opération régie par la loi d'un État autre que les États-Unis, qui se déroulerait intégralement en dehors du territoire des États-Unis, impliquerait des personnes n'ayant pas la nationalité américaine et ne résidant pas sur le territoire américain, mais qui nécessiterait des paiements en dollars américains.

**Faillite internationale – conflit de juridiction  
–règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du  
29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité.**

Arrêt de la Cour (première chambre) du 21 janvier 2010, C-444/07, *MG Probud Gdynia sp. z o.o.*

1. L'arrêt Eurofood, commenté dans une chronique précédente<sup>6</sup>, a apporté une contribution déterminante au droit européen de la faillite internationale. Il a donné son plein effet à la présomption du siège statutaire dans la détermination du centre des intérêts principaux énoncée à l'article 3 du règlement 1346/2000<sup>7</sup>. Il a aussi levé tout doute sur le caractère impératif du principe de reconnaissance obligatoire dont bénéficie la décision d'ouverture par une juridiction d'un État membre de la procédure d'insolvabilité principale, sans que les juridictions d'autres États membres puissent contrôler la compétence assumée par la juridiction de l'État d'ouverture.

2. Le nouvel arrêt rendu par la Cour de justice européenne le 21 janvier dernier consolide les acquis d'Eurofood et apporte un nouvel éclairage au règlement 1346, qui n'était pas nécessairement évident à la lecture de ses dispositions. La Cour devait déterminer si, après l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité dans un État membre, et en l'absence d'une procédure secondaire ouverte dans un autre État membre, les autorités compétentes de cet autre État membre peuvent ordonner la saisie de biens du débiteur déclaré insolvable situés sur leur territoire et, partant, refuser de reconnaître les décisions relatives au déroulement d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans le premier État membre. Reprenant les principaux attendus de l'arrêt Eurofood, la Cour décide qu'en l'absence de tout motif de refus de reconnaissance d'une procédure ouverte dans un État membre, la juridiction ayant ordonné la saisie était tenue de reconnaître non seulement la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité adoptée par la juridiction compétente de l'État d'ouverture, mais également toutes les autres décisions relatives à cette procédure.

3. **Les faits.** Par une décision du 9 juin 2005, le tribunal de Gdansk a ouvert une procédure d'insolvabilité à l'égard de MG Probud, entreprise du secteur du bâtiment ayant son siège social en Pologne, mais exerçant des activités de construction en Allemagne par l'intermédiaire d'une succursale locale. Par une décision du 11 juin 2005 rendue dans le cadre d'une procédure engagée par l'admini-

nistration des douanes de Sarrebruck à l'encontre de cette succursale pour infraction au droit du travail, le tribunal de Sarrebruck (Allemagne) a ordonné la saisie des avoirs en banque de la succursale ainsi que celle de diverses créances que cette dernière détenait sur des cocontractants allemands.

4. L'appel interjeté contre cette décision a été rejeté par une ordonnance du Landgericht de Sarrebruck au motif que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en Pologne laissait craindre que la société MG Probud encaisse rapidement les créances dues à sa succursale allemande et transfère les sommes correspondantes en Pologne afin d'empêcher leur saisie par les autorités allemandes. Plus particulièrement en ce qui concerne le règlement 1346, le Landgericht de Sarrebruck a considéré que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en Pologne ne faisait pas obstacle à une saisie effectuée en Allemagne. Le Tribunal a en effet considéré que les procédures nationales d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États membres doivent être reconnues en Allemagne « lorsqu'elles remplissent les conditions posées à l'article 1(1) du règlement 1346 et qu'elles sont mentionnées sur la liste figurant à l'annexe (A) de ce règlement ». Or, selon le tribunal allemand, la copie de la décision d'ouverture d'insolvabilité jointe au recours ne permettait pas d'apprécier si la décision remplissait ces conditions.

5. **Les questions préjudicielles.** S'interrogeant sur l'efficacité des saisies effectuées par les autorités allemandes, alors que le droit polonais applicable à la procédure d'insolvabilité n'admettrait pas de telles saisies après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le tribunal de Gdansk a décidé de surseoir à statuer dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, et de poser à la Cour de justice les deux questions préjudicielles suivantes :

(1) compte tenu des articles 3, 4, 16, 17 et 25 du règlement 1346/2000, c'est-à-dire à la lumière des règles concernant la compétence du tribunal de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, de la loi applicable à cette procédure ainsi que des conditions et des effets de la reconnaissance de la procédure d'insolvabilité, les autorités administratives d'un État membre sont-elles en droit de saisir des biens appartenant à une entreprise après que celle-ci ait été déclarée insolvable dans un autre État membre, malgré les dispositions explicitement contraires du droit national de l'État d'ouverture de la procédure ?

(2) à la lumière de l'article 25(1) du règlement 1346, les autorités administratives d'un État membre sur le territoire duquel aucune procédure secondaire d'insolvabilité n'a été ouverte mais qui est soumis à une obligation de reconnaissance en vertu de l'article 16 du règlement, peuvent-elles refuser de reconnaître, conformément aux articles 31 à 51 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile

6. Arrêt du 2 mai 2006, *Eurofood IFSC*, C-341/04, Rec. p. I-3813, G. Affaki et J. Stoufflet, chronique de droit bancaire international, *Banque & Droit* n° 108 – juillet-août 2006, p. 70.

7. Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité (JO L. 160, p. 1), tel que modifié par le règlement (CE) n° 603/2005 du Conseil, du 12 avril 2005 (JO L. 100, p. 1).

et commerciale, les décisions de l'État d'ouverture qui sont relatives au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité?

**6. Le cadre juridique.** L'article 3 du règlement dispose :

Compétence internationale

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

L'article 4 du règlement dispose :

Loi applicable

1. Sauf disposition contraire du présent règlement, 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, ci-après dénommé « État d'ouverture ».
  2. La loi de l'État d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine notamment :  
[...]  
f) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles, à l'exception des instances en cours ;  
[...]
7. Sous le chapitre II du règlement, intitulé « Reconnaissance de la procédure d'insolvabilité », l'article 16(1) énonce le principe général suivant :

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.

L'article 17 du règlement clarifie l'application de ce principe :

Effets de la reconnaissance

La décision d'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre État membre les effets que lui attribue la loi de l'État d'ouverture, sauf disposition

contraire du présent règlement et aussi longtemps qu'aucune procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, n'est ouverte dans cet autre État membre.

L'article 25 du règlement poursuit :

Les décisions relatives au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité rendues par une juridiction dont la décision d'ouverture est reconnue conformément à l'article 16 ainsi qu'un concordat approuvé par une telle juridiction sont reconnus également sans aucune autre formalité. Ces décisions sont exécutées conformément aux articles 31 à 51 (de la Convention de Bruxelles).

Le règlement précise à cet effet que l'article 25 s'applique également (i) aux décisions qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement, même si elles sont rendues par une autre juridiction, et (ii) aux décisions relatives aux mesures conservatoires prises après la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Enfin, l'article 26 du règlement précise :

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.

8. Pour compléter le cadre juridique, précisons qu'en droit polonais relatif aux procédures d'insolvabilité<sup>8</sup>, une procédure civile d'exécution ouverte contre le débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, doit être suspendue à la date d'ouverture et les sommes saisies mais non encore distribuées doivent être transmises à la masse.

**9. L'arrêt de la Cour.** La Cour commence par rappeler les deux catégories de procédures d'insolvabilité, à la fois concurrentes et exclusives, que vise l'article 3 du règlement :

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

8. Loi relative à l'insolvabilité et à l'assainissement (Prawo upadłościowe i naprawcze), du 28 février 2003 (Dz. U. de 2003, n° 60, 535), telle que modifiée.

la juridiction compétente de l'État membre où le débiteur possède un établissement (règlement, article 3(2)). Cette procédure produit des effets qui sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur le territoire de l'État d'ouverture de la procédure secondaire.

10. Il s'ensuit que seule l'ouverture d'une procédure secondaire est susceptible de restreindre la portée universelle de la procédure principale. Quant à la loi applicable à la procédure, elle est celle de la juridiction compétente (règlement, article 4(1)). En effet, tant en ce qui concerne la procédure principale que la procédure secondaire, la loi de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte est applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets. Or, l'article 4(2) du règlement énumère, parmi les différents points de la procédure qui sont régis par la loi de l'État d'ouverture, les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles.

11. La Cour rappelle aussi que la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un État membre est reconnue dans tous les autres États membres dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture, et qu'elle produit, dans tout autre État membre, sans aucune autre formalité, les effets que lui attribue la loi de l'État d'ouverture. De même, la reconnaissance de toutes les décisions autres que celle relative à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité s'opère également de façon automatique.

12. Comme dans l'arrêt *Eurofood*, la Cour énonce que la reconnaissance de la règle de priorité de l'article 16(1) du règlement, qui prévoit que la procédure d'insolvabilité ouverte dans un État membre est reconnue dans tous les États membres, repose sur le principe de la confiance mutuelle (règlement, 22<sup>e</sup> considérant). Et la Cour de rappeler solennellement que c'est bien cette confiance mutuelle qui a permis non seulement la mise en place d'un système obligatoire de compétences que toutes les juridictions entrant dans le champ d'application du règlement sont tenues de respecter, mais encore la renonciation corrélative par les États membres à leurs règles internes de reconnaissance et d'exequatur au profit d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues dans le cadre de procédures d'insolvabilité<sup>9</sup>.

13. La Cour déduit de ce principe, en ligne avec le précédent *Eurofood*, que la juridiction d'un État membre saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure principale vérifie sa compétence au regard de l'article 3(1) du règlement en examinant si le centre des intérêts principaux du débiteur se situe dans cet État membre. En contrepartie, les juridictions des autres États membres reconnaissent la décision ouvrant une procédure principale, sans pouvoir contrôler l'appréciation portée par la première juridiction sur sa compétence.

14. Or, si le règlement permet à un État membre de refuser la reconnaissance des décisions relatives à une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre dans le cas où elles produiraient des effets manifestement contraires à l'ordre public<sup>10</sup>, l'exception de l'ordre public ne doit jouer que dans des cas exceptionnels dans la mesure où elle constitue un obstacle à la libre circulation des jugements<sup>11</sup>. Comme le rappelle la Cour, cette jurisprudence relative à l'article 27(1) de la Convention de Bruxelles est transposable à l'interprétation de l'article 26 du règlement 1346/2000. Ce faisant, la Cour reprend l'un des attendus principaux de l'arrêt *Eurofood*.

15. En l'espèce, le siège social de MG Probud se trouve en Pologne et cette société a été déclarée insolvable par une juridiction polonaise compétente. L'article 3(1) du règlement indique que le centre des intérêts principaux des sociétés est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire. À cet égard, la Cour rappelle un attendu de l'arrêt *Eurofood* selon lequel la présomption simple prévue par le législateur communautaire au bénéfice du siège statutaire ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter. Tel pourrait être notamment le cas d'une société qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social. En revanche, lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social, le fait que ses choix économiques soient contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas à écarter la présomption prévue par le règlement. Or, dans le cas de la société MG Probud, la Cour ne trouve aucun élément remettant en cause la présomption énoncée à l'article 3(1) du règlement. Il s'ensuit que le centre des intérêts principaux de la société devrait donc bien se situer en Pologne.

16 Conformément à l'article 1(1) du règlement, les procédures d'insolvabilité doivent répondre aux quatre caractéristiques cumulatives suivantes afin que le règlement 1346 leur soit applicable :

- (1) il doit s'agir d'une procédure collective,
- (2) fondée sur l'insolvabilité du débiteur,
- (3) qui entraîne un dessaisissement du débiteur, y compris partiellement, et
- (4) qui provoque la désignation d'un syndic.

La Cour rappelle à toutes fins utiles que les procédures d'insolvabilité régies par le règlement sont énumérées à l'annexe A du règlement.

9. Arrêt *Eurofood* IFSC, précité, §40, ainsi que, par analogie, en ce qui concerne la Convention de Bruxelles, arrêts du 9 décembre 2003, Gasser, C-116/02, Rec. p. I-14693, § 72, et du 27 avril 2004, Turner, C-159/02, Rec. p. I-3565, §24.

10. Le règlement 1346/2000 ne contient pas de règles spécifiques de refus de reconnaissance des décisions relatives aux procédures d'insolvabilité, mais renvoie, à son article 25(1), au système de l'exequatur mis en place par les articles 31 à 51 de la convention de Bruxelles, en excluant toutefois les motifs de rejet prévus par cette convention pour y substituer ses propres motifs de refus.

11. Arrêts du 28 mars 2000, Krombach, C-7/98, Rec. p. I-1935, § 19 et 21, ainsi que *Eurofood* IFSC, précité, § 62.

Dans la mesure où la procédure d'insolvabilité ouverte en Pologne à l'égard de MG Probud se trouve énumérée à l'annexe A du règlement et répond aux quatre caractéristiques précédentes, la Cour décide en application de l'article 3 du règlement que les juridictions polonaises sont compétentes pour ouvrir une procédure principale d'insolvabilité et pour prendre toutes les décisions relatives au déroulement ainsi qu'à la clôture de cette procédure. Et la Cour d'en tirer la conclusion qui s'impose en application de l'article 4 du règlement, à savoir que la loi polonaise est applicable à la procédure principale d'insolvabilité ouverte en Pologne et à ses effets.

17. En l'absence d'une procédure secondaire ouverte en Allemagne, et en raison de la portée universelle qui doit être attribuée à toute procédure principale, la Cour juge que la procédure d'insolvabilité ouverte en Pologne inclut tous les actifs de MG Probud, y compris ceux situés en Allemagne. Elle juge aussi la loi polonaise applicable non seulement à l'ouverture de la procédure principale d'insolvabilité, mais également au déroulement ainsi qu'à la clôture de celle-ci. À ce titre, la loi polonaise est donc seule applicable aux biens situés dans les autres États membres ainsi qu'aux effets de la procédure principale d'insolvabilité sur les mesures de saisie dont ces biens sont susceptibles de faire l'objet.

18. Appliqué au cas d'espèce, étant donné que la loi polonaise ne permet pas, postérieurement à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, d'engager à l'encontre du débiteur des procédures d'exécution portant sur les biens composant la masse de l'insolvabilité, les tribunaux allemands ne pouvaient valablement ordonner, en application de la législation allemande, des mesures d'exécution portant sur les biens de MG Probud situés en Allemagne. En effet, ainsi qu'il résulte des articles 16 et 17 du règlement, la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité rendue en Pologne doit être automatiquement reconnue dans tous les autres États membres, sans aucune autre formalité, avec tous les effets que lui attribue la loi polonaise. Bien que cela ne soit pas expressément mentionné dans la décision, ce principe vaut sans doute également pour les mesures conservatoires.

19. **Conclusion.** L'enseignement est clair. Une fois une procédure principale ouverte dans un État membre, les autorités compétentes d'un autre État membre, dans lequel aucune procédure secondaire d'insolvabilité n'a été ouverte, sont tenues de reconnaître et d'exécuter toutes les décisions relatives à cette procédure principale d'insolvabilité. Partant, elles ne sont pas en droit d'ordonner, en application de leur législation locale, des mesures d'exécution portant sur les biens du débiteur déclaré insolvable situés sur leur territoire lorsque la législation de l'État d'ouverture ne le permet pas. Les autorités allemandes auraient donc dû provoquer l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire en Allemagne à l'encontre de la société, pour pouvoir mener à bien les procédures d'exécution portant sur des biens situés en Allemagne.

L'arrêt *Probud* ne surprendra pas car il applique scrupuleusement les dispositions du règlement 1346 tel qu'éclairé par l'arrêt *Eurofood*. Pourtant, peu s'attendaient au cas de figure mis en lumière dans cette espèce. L'écornement des pouvoirs des juridictions locales résultera-t-il en une extension de la définition d'« établissement » qui permettrait aux juridictions des États membres l'ouverture de procédures secondaires multiples vidant de sa substance la procédure principale? Ceci n'aboutirait-il pas à une inflation de procédures concurrentes et parallèles – et des coûts qui y sont associés – ce que le règlement 1346 cherchait précisément à discipliner? Gageons que la Cour de justice saura arrêter au besoin tout abus. ■