

Chronique de *Droit Bancaire International*



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



JEAN STOUFFLET
Agrégé des Facultés de droit
Professeur émérite

Législations étrangères

Royaume-Uni: Enterprise Act (2002) ¹.

Royaume-Uni. Procédures collectives. Enterprise Act (2002). Floating charge. Privilèges. Administrative receiver. Administrator. Financement de projet. Marchés de capitaux. Sociétés étrangères.

Promulgué le 7 novembre 2002, l'Enterprise Act est une loi pluridisciplinaire qui touche à divers pans du droit des affaires au Royaume-Uni: procédures collectives des entreprises, faillite individuelle, droit de la consommation et droit de la concurrence ². Cette note se concentrera sur les seules dispositions de l'Enterprise Act afférentes aux procédures collectives des entreprises.

Les amendements que l'Enterprise Act a introduit dans l'Insolvency Act de 1986 à compter du 15 septembre 2003, date d'entrée en vigueur de l'Enterprise Act, changent fondamentalement les droits des créanciers. Ces changements peuvent être résumés en quatre points majeurs:

- un créancier titulaire d'une *floating charge* ne peut plus nommer un *administrative receiver* hors des huit exceptions énumérées par la loi; il est désormais sujet à la suspension des poursuites individuelles;
- le débiteur en difficulté financière peut nommer lui-même un *administrator* sans recours au tribunal;
- l'*administrator* agit dans l'intérêt collectif de tous les créanciers, qu'ils soient nantis ou chirographaires;
- les privilèges du Trésor, des douanes et de la sécurité sociale sont abolis.

La fin du *receivership*. Le changement le plus important qui résulte de l'Enterprise Act est incontestablement l'abrogation du *receivership* et, corollativement, l'expansion du champ de l'*administration*. Il s'agit là d'un changement notable pour un système juridique connu pour favoriser à outrance le droit des créanciers nantis et dans lequel les procédures collectives s'apparentent souvent à un simple

exercice de réalisation des sûretés.

La désignation d'un *administrative receiver* était, en effet, la prérogative des créanciers titulaires de *floating charges* ³. À la survenance de la défaillance du débiteur, entraînant « cristallisation » de la *floating charge*, le créancier nanti désignait selon une procédure simple et rapide un *administrative receiver* qui prenait aussitôt le contrôle des biens du débiteur défaillant dans le but de les réaliser pour le compte de son mandant le créancier titulaire de la *charge*. Les créanciers chirographaires pouvaient, certes, demander au tribunal la nomination d'un *administrator*. Ceci s'avérait toutefois de peu d'utilité car les pouvoirs de l'*administrator*, y compris celui d'ordonner la suspension des poursuites individuelles, se trouvaient pratiquement gelés par ceux de l'*administrative receiver*. C'est seulement à la fin de la mission de l'*administrative receiver* et le désintéressement des créanciers nantis que l'*administrator* retrouvait des prérogatives, désormais vidées de leur substance.

Exceptions. Désormais, l'Enterprise Act garantit plus d'égalité entre les créanciers nantis et chirographaires. Un créancier titulaire d'une *floating charge* ne peut désigner un *administrative receiver* que dans huit cas énumérés exhaustivement par la loi ⁴:

1. certaines opérations de marchés de capitaux impliquant des créances d'un montant minimum de £50 millions et l'émission d'instruments financiers (options, futures, titrisation, etc.);
2. les financements de projets qui consistent en un partenariat public-privé (PPP) et prévoient un droit pour les bailleurs de fonds de remplacer la société de projet dans la gestion du projet en cas de non-remboursement (droit dit de « *step-in* ») ⁵. Aucune condition de montant minimum de la dette n'est exigée dans ce cas;
3. les financements de projets dans les secteurs de l'eau, de l'énergie (gaz, électricité), des transports, de la poste et des télécommunications (*utility projects*), qui pré-

¹ Les auteurs tiennent à remercier Hamish Anderson, associé au cabinet Norton Rose à Londres, pour les informations très utiles données sur l'Enterprise Act (2002). Rebecca Fricker, responsable de la bibliothèque de Norton Rose à Londres, a aimablement fourni une documentation

précieuse pour les recherches nécessaires à cette note.

² Texte complet disponible sur le site du *Stationary Office* (HMSO) à l'adresse suivante: <http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2002/20020040.htm>. Des liens permettent le renvoi aux divers amendements.

voient un droit de *step-in*. Aucune condition de montant minimum de la dette n'est exigée dans ce cas ;

4. les financements de projets immobiliers (construction, réhabilitation, ingénierie) dans des régions désignées par la loi de finances de 2001 comme étant défavorisées (dits projets de régénération urbaine) qui prévoient un droit de *step-in* ⁶ ;

5. les financements d'autres projets dès lors que la dette de la société de projet est d'un montant minimum de £50 millions et qu'il est prévu un droit de *step-in* ;

6. certaines opérations sur marchés financiers organisés (devises, matières premières, dérivés, etc.) ⁷ ;

7. les projets immobiliers à but social (*registered social landlord*, tel que définis dans le Housing Act 1996) ⁸ ; et

8. les sociétés concessionnaires au titre du Water Industry Act de 1991, les sociétés ferroviaires au titre du Railway Act de 1993 (y compris au titre de la Loi sur le Tunnel sous la Manche de 1996), et les sociétés titulaires d'une licence au titre du Transport Act de 2000 ⁹.

Hors des huit exceptions énumérées ci-dessus, le titulaire d'une *floating charge* ne peut plus nommer un *administrative receiver* qui aurait empêché la suspension des poursuites individuelles. Il doit désormais se contenter d'un *administrator* qui agira dans l'intérêt de tous les créanciers, titulaires de sûretés et simples chirographaires, dont la nomination entraînera la suspension des poursuites.

L'entrée en vigueur de l'Enterprise Act ne rend toutefois pas caduques les *floating charges* existantes. La loi prévoit en effet une période de grâce illimitée au bénéfice des créanciers titulaires de *floating charges* constituées avant le 15 septembre 2003, date d'entrée en vigueur de la partie de l'Enterprise Act afférente aux procédures collectives. En cas de défaillance du débiteur, ces créanciers pourront toujours désigner un *administrative receiver*, comme c'était le cas auparavant. Étant donné l'élasticité de la *floating charge*, paradigme des instruments d'*equity*, qui permet de garantir des obligations futures, voire éventuelles, et peut porter sur des biens futurs, il est estimé que les *charges* constituées avant l'entrée en vigueur de l'Enterprise Act continueront à co-exister avec les nou-

velles *charges* pendant de longues années ¹⁰.

Nomination de l'*administrator*. Le nouvel *administrator* à pouvoirs renforcés qui émerge de l'Enterprise Act peut être nommé par toute personne qui avait le droit de nommer auparavant un *administrative receiver*. C'est le cas bien sûr des créanciers titulaires de *floating charges*, qu'ils bénéficient par ailleurs d'autres sûretés ou non, au prix cependant d'un léger changement de terminologie. En effet, dans la mesure où la *floating charge* (i) peut être réalisée par la survenance d'une défaillance convenue, (ii) est prise sur l'intégralité ou la quasi-intégralité des biens du débiteur et (iii) est rédigée dans un acte qui confère au créancier le pouvoir de nommer un *administrative receiver* (selon les termes de l'ancienne loi) ou un *administrator* (reprenant les termes de l'Enterprise Act), la *floating charge* sera considérée comme une « *qualifying floating charge* ». La principale conséquence en est la dispense du recours au tribunal pour la désignation d'un *administrator*, ce qui simplifie grandement le processus. Toutefois, il est exigé dans ce cas que le créancier nanti désignant un *administrator* en informe au préalable les autres créanciers titulaires de *floating charges* dont la date d'enregistrement est antérieure à la sienne. Alternativement, il peut choisir de demander au tribunal de nommer l'*administrator*.

D'autres formalités subsistent aussi. Ainsi, le créancier devra produire certains documents devant le tribunal, dont une déclaration indiquant qu'il croit raisonnablement que la réalisation de sa *floating charge* est justifiée. Une déclaration mensongère est sanctionnée pénalement.

L'*administrator* peut aussi être désigné par le débiteur lui-même, y compris – et là réside la nouveauté – sans recours au tribunal, mais néanmoins avec l'effet escompté de suspension des poursuites et des procédures d'exécution. Dans ce cas, le débiteur insolvable doit en informer les créanciers titulaires de *qualifying floating charges* afin qu'ils aient l'opportunité de désigner leur propre *administrator*. En cas de nomination d'*administrators* différents, l'*administrator* nommé par un créancier nanti évincera celui nommé par le débiteur. Peut-être

3 Il sera question dans les développements qui suivent uniquement du statut du *receiver* désigné au titre du Companies Act, et non du *receiver* désigné au titre du Law of Property Act (1925), dénommé couramment « *LPA receiver* » dont le champ de compétence est restreint aux biens immobiliers. Ce dernier n'est pas affecté par l'Enterprise Act, étant rappelé cependant que, déjà avant l'entrée en vigueur de l'Enterprise Act (2002), la désignation d'un *administrator* suspendait de toute façon la mission d'un *LPA receiver*, contrairement à celle d'un *receiver* nommé au titre du Companies Act.

4 Section 250, Enterprise Act 2002 (Section 72A Insolvency Act (1986)), avec les détails indiqués au Schedule 18 Enterprise Act 2002 (Schedule 2A au Insolvency Act (1986)).

5 Il s'agit en général d'accords tripartites entre les prêteurs, la société de projet et les cocontractants de celle-ci (acheteurs, fournisseurs, prestataires, etc.). Le remplacement de la société de projet est qualifié en droit anglais de *novation* qui entraîne l'extinction du contrat initial et le commencement d'un nouveau contrat, d'où l'exigence de l'accord du cocontractant de la société de projet. Généralement, l'accord prévoira aussi le remplacement des prêteurs et le retour de la société de projet une fois que les prêteurs auront obtenu par leur gestion des contrats du projet suffisamment de fonds pour rembourser l'échéance due, cf. J. Fox et N. Tott, « The PFI Handbook », 1999, Jordans, p. 149.

6 Cette quatrième exception a été rajoutée par l'Insolvency Act 1986 (Amendment) (Administrative Receivership and Urban Regeneration, etc.) Order 2003 du 15 juillet 2003.

7 Il est regrettable que cette sixième exception ne donne pas de réponse claire quant aux prêts syndiqués dans lesquels les obligations des prêteurs sont conjointes. En effet, la loi ne permet pas en l'état de savoir si

le montant minimum de £50 millions s'applique à l'agrégat des prêts des membres du syndicat ou à chacun de ces prêts. Si la dernière interprétation vient à être retenue, un grand nombre de prêts syndiqués destinés à financer des projets ne pourra pas bénéficier de cette exception ou, pire, verra un traitement à géométrie variable appliqué à chaque membre du syndicat selon le montant de sa quotité.

8 Les *registered social landlords* sont des entités à but non lucratif actives dans le secteur de la construction, l'amélioration et la gestion d'immeubles à usage locatif, en général dans le cadre d'un projet social. Cf. Housing Act (1996, Chapter 52, Part I, § 2, texte disponible sur le site suivant : <http://www.legislation.hms.gov.uk/acts/acts1996/96052—a.htm#1>) et Housing (Scotland) Act 2001, Part 3.

9 Cette huitième exception a été rajoutée par l'Insolvency Act 1986 (Amendment) (Administrative Receivership and Urban Regeneration etc.) Order 2003 du 15 juillet 2003.

10 Néanmoins, aucune course à la prise de *floating charges* avant la date butoir du 15 septembre 2003 n'a été constatée.

11 A titre comparatif, le droit français (depuis la réforme du 25 janvier 1985) adopte aussi le principe selon lequel le débiteur continue à administrer lui-même son entreprise malgré l'ouverture de la procédure (art. L. 621-23 C. com.). Le tribunal peut cependant en vertu de l'article L. 621-22 du Code de commerce conférer à l'administrateur une mission d'assistance ou même d'administration exclusive de l'entreprise qui aboutit à dessaisir le débiteur partiellement ou totalement de son pouvoir d'administration.

12 La longue liste des données que l'*administrator* doit inclure dans ses propositions est indiquée dans The Insolvency (Amendment) Rules 2003, s. 2.33.

13 Enterprise Act, Section 251, amendant Schedule 6 de l'Insolvency

s'agit-il là du prix à payer pour amener les créanciers titulaires de sûretés à accepter l'abandon de leurs prérogatives absolues sous le régime de *receivership*.

On a pu arguer que la possibilité ainsi offerte au débiteur d'obtenir la suspension des poursuites sans besoin de recourir aux tribunaux est inspirée du Chapter 11 du Code fédéral de la faillite des États-Unis. En vérité, il subsiste des différences importantes entre les deux régimes. Parmi ces différences, il en est une particulièrement importante : la nomination d'un *administrator* au titre de l'Enterprise Act entraîne nécessairement le dessaisissement du débiteur et le transfert corrélatif du contrôle de l'entreprise à l'*administrator*. C'est la condition pour bénéficier de la suspension des poursuites individuelles. Chapter 11, à l'opposé, permet au débiteur de continuer à gérer son entreprise tout en bénéficiant de la suspension des poursuites individuelles¹¹.

Missions de l'*administrator*. Le but de l'*administration* change par rapport à sa définition dans l'Insolvency Act (1986). L'*administrator* a désormais le devoir, dans l'ordre, de (i) sauver l'entreprise, (ii) offrir un meilleur résultat aux créanciers, nantis et chirographaires confondus, que ce qu'ils auraient pu espérer si l'entreprise venait à être liquidée sans passer par la phase d'*administration*, et (iii) si les deux premiers objectifs ne peuvent être atteints, liquider les biens, y compris ceux grevés par des *charges*, au profit des créanciers titulaires de sûretés et ceux bénéficiant de privilèges légaux. À sa nomination, l'*administrator* doit confirmer qu'il estime que l'objectif ainsi hiérarchisé peut être raisonnablement atteint.

L'*administrator* est tenu de faire parvenir ses propositions aux créanciers dans une période de huit semaines à partir de sa désignation, période qui peut être renouvelée¹². Les créanciers peuvent approuver ces propositions, mais n'ont pas le droit de s'y opposer. L'*administrator* n'a pas d'obligation d'organiser une réunion avec les créanciers s'il estime que sa mission se limitera à liquider les actifs du débiteur au profit des créanciers nantis et qu'il n'en subsistera rien pour les créanciers chirographaires. Ces derniers ont toutefois le droit de le contraindre à organiser une telle réunion s'ils disposent de 10 % au moins de l'agrégat de la dette. Cette possibilité, prévue déjà dans l'Insolvency Act de 1986, demeure en essence théorique car il est difficile de voir les avantages qu'elle offrirait aux créanciers chirographaires. Néanmoins, les propositions de l'*administrator* qui seraient approuvées pendant cette réunion lient l'*administrator*.

Abolition des privilèges. L'Enterprise Act abolit le privilège des dettes dues à la Couronne, dont le privilège du Trésor, des douanes et de la sécurité sociale¹³, y compris

pour les procédures collectives ouvertes avant la date d'entrée en vigueur de l'Enterprise Act¹⁴. C'est là un changement important en faveur des créanciers.

Le produit de la liquidation des biens grevés, désormais libérés de privilège, n'ira cependant pas automatiquement augmenter la garantie des créanciers nantis. Une part de ce produit devra être isolée au bénéfice des créanciers chirographaires, sauf si cette part est d'une valeur inférieure à £10 000 et que l'*administrator* estime que le coût de sa distribution serait disproportionné par rapport au bénéfice escompté¹⁵. Le paiement de cette part aux créanciers chirographaires aura lieu à concurrence de 50 % des premiers £10 000 et de 20 % pour le reste, étant précisé que cette part ne peut excéder £600 000. Tout reliquat qui subsisterait après le désintéressement des créanciers chirographaires reviendrait aux créanciers titulaires de *charges*.

Notons que l'obligation de ségréguer la part des créanciers chirographaires ne s'applique qu'aux procédures dans lesquelles un *administrator* vient à être nommé après l'entrée en vigueur de l'Enterprise Act, soit le 15 septembre 2003. Il en résulte que la part qui était auparavant dédiée aux privilèges (abolis, y compris en ce qui concerne les procédures démarrées antérieurement), désormais libre, ira grossir non pas la part des créanciers chirographaires, mais celle des créanciers nantis!

Le superprivilège des salariés (à hauteur de quatre mois de salaire dans la limite de £800) et des contributions aux fonds de retraite demeure cependant inchangé et continue, à l'instar du droit français, de primer les droits des créanciers titulaires de *charges*.

Application territoriale. L'Enterprise Act ne s'applique qu'aux sociétés enregistrées au Royaume-Uni. Le gouvernement, agissant par la voie réglementaire, peut toutefois étendre son application à titre général ou, au contraire, à titre particulier à une société spécifique dont le siège se situe en dehors du Royaume-Uni¹⁶.

Est-ce à dire que, l'Enterprise Act ne s'appliquant pas aux sociétés étrangères, les créanciers titulaires de *floating charges* sur ceux des biens de ces sociétés situés au Royaume-Uni conserveraient le droit de désigner un *administrative receiver*? L'Enterprise Act ne répond pas à cette question. La jurisprudence est divisée¹⁷. Ceci n'empêcha pas le ministère du Commerce et de l'Industrie (DTI) d'indiquer dans un avis que le titulaire d'une *floating charge* sur les biens de sociétés non enregistrées au Royaume-Uni sera dans l'obligation de nommer un *administrator* à partir de l'entrée en vigueur de l'Enterprise Act¹⁸. C'est entendu, mais il eut été incontestablement préférable que l'Enterprise Act aborde cette question compte tenu du grand nombre de sociétés étrangères disposant de biens au Royaume-Uni.

Act 1986. Auparavant, ces privilèges primaient les droits des créanciers titulaires de *floating charges*.

14 Enterprise Act 2002 (Commencement n° 4 and Transitional Provisions and Savings) Order 2003, section 4 (1).

15 Enterprise Act, Section 252, introduisant un nouvel article, Section 176A, à l'Insolvency Act 1986. Les seuils financiers ont été fixés par Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) Order 2003. L'idée de la constitution d'un fonds ségrégué au bénéfice des créanciers chirographaires qui serait isolé du produit de la réalisation des biens grevés n'est pas nouvelle. Elle avait déjà fait l'objet d'une recommandation par le comité Cork en 1982, mais la forte opposition des banques aboutit à son éviction du texte de la loi sur l'insolvabilité qui a été adoptée en 1986 à la suite du rapport de ce comité, cf. G. McCormack, «The priority of secured credit: an Anglo-American perspective», [2003] JBL 390.

16 Enterprise Act, Section 254.

17 Dans un arrêt de la Chancery Division de la High Court, Mummy LJ a décidé qu'une société étrangère non enregistrée au Royaume-Uni pouvait néanmoins être considérée comme une «*company*» au titre du Companies Act, ce qui permet aux créanciers titulaires de *floating charges* de désigner un *administrative receiver* (Re *International Bulk Commodities Ltd.* [1993] Ch. 77). À l'opposé, dans un arrêt rendu vingt jours après par la même Chambre (mais par un juge différent), une coopérative (personne morale à responsabilité limitée) non enregistrée comme société au titre du Companies Act, mais seulement au titre du Industrial and Provident Societies Act de 1965, a été jugée comme ne pouvant être considérée comme une «*company*» (Re *Devon and Somerset Farmers Ltd.*, [1994] Ch. 57, per Judge Hague Q.C.). Le *receiver* que les créanciers titulaires de sûretés avaient désigné dut par conséquent laisser le *liquidator* désigné par le tribunal gérer la procédure de liquidation.