

# Le droit européen des faillites : source d'incertitudes et d'opportunités pour les banques



**REINHARD DAMMANN**

Avocat au Barreau de Paris  
White & Case LLP

*Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, instaure des règles complexes de conflit de juridictions et de lois applicables. Ce nouveau régime est source d'incertitudes pour les banques mais offre également de nouvelles opportunités, notamment celle d'échapper, sous certaines conditions, à la règle de la suspension des poursuites.*

Le règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité bouleverse le mode de raisonnement des créanciers face au risque de faillite de leurs débiteurs. Peu de banques ou d'institutions financières ont cependant pris conscience des changements intervenus dans la mesure où le texte n'introduit, en apparence, que peu de dispositions nouvelles : il n'instaure pas un droit communautaire de la faillite, distinct des règles en vigueur à l'échelle des États membres. L'innovation se manifeste de manière plus indirecte, à travers la mise en œuvre de règles complexes de conflit de juridictions et de lois applicables aux procédures d'insolvabilité intracommunautaires. Seules quelques règles matérielles du droit français se trouvent modifiées par l'effet direct du règlement<sup>1</sup>.

Ce nouveau régime est source d'incertitudes pour les créanciers, car la nature et l'étendue de leurs droits sont largement déterminées par la loi applicable à la procédure d'insolvabilité, qui peut être une loi étrangère. Dans le même temps, le règlement offre aux créanciers de nouvelles opportunités pour renforcer l'efficacité de garanties recueillies dans le cadre de financements. C'est ainsi, par exemple, qu'il est possible d'échapper dans certaines conditions à la règle de la suspension des poursuites.

Cette étude s'efforce d'esquisser les pistes de

réflexion pour tirer parti de l'espace de liberté créé par le règlement afin d'optimiser les droits des établissements financiers dans le cadre de financements à dimension européenne. Au préalable, il convient de rappeler la problématique à laquelle sont confrontées les banques, à la suite de l'entrée en vigueur du règlement européen et de son interprétation par des tribunaux des États membres.

Un exemple concret permet de mieux comprendre les enjeux.

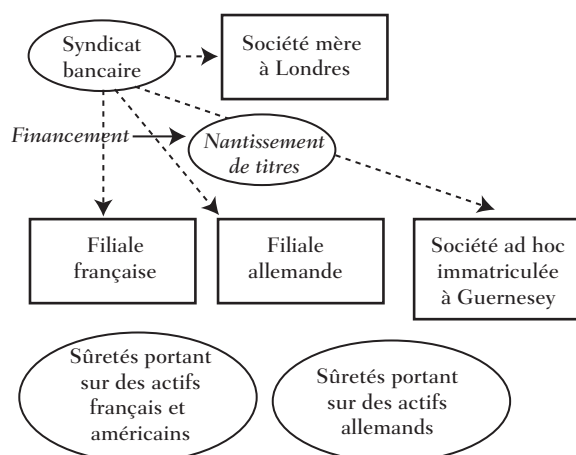
Un syndicat bancaire a consenti des financements à une société mère ayant son siège à Londres et à ses filiales opérationnelles française et allemande. Les banques sont par ailleurs créancières d'une structure ad hoc créée à Guernesey. La société mère a nanti les titres des filiales allemande et française en faveur du pool bancaire. Les banques disposent de sûretés réelles sur les actifs immobiliers et mobiliers des filiales opérationnelles, y compris un immeuble situé aux États-Unis. Enfin, les filiales ont cédé aux banques, à titre de garantie, des créances commerciales qu'elles possèdent sur divers débiteurs européens et nord-américains (Bordereau Dailly et Sicherheitsabtretung).

Quelle est la situation du syndicat bancaire en cas de faillite de la société mère et/ou de ses filiales et de la société ad hoc ?

<sup>1</sup> Le règlement instaure un régime d'exception en faveur de certains créanciers bénéficiant d'un droit réel ou d'une clause de réserve de pro-

priété. Il modifie également des dispositions relatives à la compensation de créances, aux actions en nullité et à la déclaration de créances.

## Un exemple concret permet de mieux comprendre les enjeux



## I Les incertitudes de la situation des créanciers bancaires

La situation des banques doit être analysée à la lumière des règles du règlement relatives à la compétence juridictionnelle et à la loi applicable. Au préalable, il convient de rappeler les dispositions relatives au champ d'application du règlement dans l'espace <sup>2</sup>.

### 1. Le champ d'application du règlement dans l'espace

#### a) La localisation du centre des intérêts du débiteur sur le territoire de la Communauté

Le règlement s'applique dans tous les États de l'Union européenne à l'exception du Danemark <sup>3</sup>, des Îles anglo-normandes, de l'Île de Man et de Gibraltar <sup>4</sup>. Le considérant n° 14 énonce le principe selon lequel le « règlement s'applique uniquement aux procédures dans lesquelles le centre des intérêts principaux du débiteur est situé à l'intérieur de la Communauté ». Se trouvent dès lors exclus les débiteurs qui n'ont qu'un simple établissement

<sup>2</sup> Le règlement est entré en vigueur le 31 mai 2002. Son champ d'application est déterminé dans les articles 1 et 2 point a du règlement et son Annexe A. Pour une étude plus complète des critères d'application cf. J.-Cl. commercial, Procédures collectives fasc. 3125 Redressement et liquidation judiciaires, droit communautaire n° 12 et s. Les annexes du règlement viennent d'être modifiées par le règlement n° 603/2005 du 12 avril 2005, JOCE du 20 avril 2005.

<sup>3</sup> Cf. considérant 33.

<sup>4</sup> Cf. Moss, Fletcher, Isaacs, *The EC Regulation on insolvency proceedings*, Oxford 2002 p. 16, note 6.

<sup>5</sup> Cf. la décision dans l'affaire *Brac Rent-A-Car* de la High Court of Justice Chancery Division Companies du 7 février 2003, ZIP 2003, 813.

<sup>6</sup> *Contra* le rapport Virgos-Schmit § 19, qui défend une conception universaliste de la procédure principale incluant les actifs du débiteur dans le monde entier et l'ensemble de ses créanciers.

<sup>7</sup> JO 30 juillet 2003 p. 12939 et s..

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 <sup>5</sup>.

#### b) L'exclusion des actifs et des créanciers localisés hors de l'Union européenne

Le règlement sous-entend qu'il ne devrait produire ses effets que sur le territoire des États membres signataires <sup>6</sup>. Cette interprétation est confirmée par la circulaire ministérielle du 17 mars 2003 qui exclut du champ d'application du règlement les biens et les créanciers situés dans un État tiers à l'Union européenne <sup>7</sup>.

#### c) Les conséquences pratiques

Dans notre exemple, le règlement ne s'applique pas à la société ad hoc immatriculée à Guernesey. De la même manière, les droits des banques sur l'immeuble hypothéqué de la filiale française située aux États-Unis sont déterminés en application des règles de conflit de lois de droit commun en matière de faillite internationale du pays d'ouverture de la procédure principale. Par conséquent, dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure principale en France, depuis la consécration du principe de l'universalité de la faillite par la Cour de cassation <sup>8</sup>, la réalisation de cet actif serait soumise à l'arrêt des poursuites individuelles prévu par l'article L. 621-40 C. com <sup>9</sup>. Il est cependant loin d'être acquis que le juge américain reconnaisse le principe de l'universalité d'une faillite française pour faire échec à la réalisation de l'hypothèque sur le sol américain <sup>10</sup>.

L'exclusion des créanciers localisés à l'extérieur de l'Union entraîne une discrimination à leur égard <sup>11</sup>. 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. C'est ainsi, par exemple, que le règlement contient des règles en matière de déclaration de créances et d'information des créanciers <sup>12</sup>. Le principe d'égalité des créanciers en droit français est également écarté en matière de droits réels, de compensation, de réserve de propriété et de nullité d'actes au cours de la période suspecte. Cette distinction pourrait poser des problèmes pratiques pour la réalisation des sûretés dans le cadre d'un syndicat bancaire

<sup>8</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> du 19 novembre 2002, Bull. civ. I. n° 275 ; D 2003, p. 797 note Khairallah.

<sup>9</sup> La situation pourrait être différente en cas d'ouverture d'une procédure principale en Angleterre au bénéfice de la filiale française (cf. infra § 2), puisqu'en principe en droit international privé anglais la suspension des poursuites ne semble pas avoir un effet extraterritorial.

<sup>10</sup> Si l'on applique le raisonnement de la Cour de cassation dans son arrêt du 19 novembre 2002 précitée, l'administrateur français pourrait tenter de saisir le juge français pour obtenir la suspension de la réalisation de l'hypothèque. En pratique, l'efficacité d'une telle démarche suppose que le créancier hypothécaire dispose au moins d'un établissement en France.

<sup>11</sup> 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..

<sup>12</sup> Cf. art. 39 du règlement.

composé de créanciers communautaires et non-communautaires<sup>13</sup>. De *lege ferenda*, le législateur français pourrait peut-être prendre exemple sur son homologue allemand, qui a résolu cette difficulté en alignant très largement son droit international privé en matière de faillite internationale sur les dispositions du règlement<sup>14</sup>.

## 2. La compétence internationale

### a) Les différentes procédures prévues par le règlement

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.

Conformément à l'article 3 § 1 du règlement, une procédure principale peut être ouverte dans l'État où se situe le « centre des intérêts principaux » du débiteur<sup>15</sup>. 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<sup>16</sup>.

Par ailleurs, 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<sup>17</sup>. Les effets des procédures secondaires sont limités aux actifs du débiteur se trouvant sur le territoire de l'État de leur ouverture. Contrairement à la procédure principale, la procédure secondaire est en principe une procédure de liquidation<sup>18</sup>. À noter que le syndic de la procédure principale peut demander la suspension de la procédure secondaire pour des périodes de trois mois renouvelables afin de favoriser la mise en place d'un plan de restructuration globale<sup>19</sup>. Les créanciers de la procédure secondaire ne sont pas pour autant désarmés puisqu'ils peuvent demander au juge de cette procédure de mettre fin à la suspension<sup>20</sup>.

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<sup>21</sup>.

### b) L'interprétation de 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 considérant n° 13 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 français 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<sup>22</sup>. 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<sup>23</sup>. 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<sup>24</sup>. La même approche a été adoptée par le tribunal de Munich dans l'affaire *Hettlage*<sup>25</sup>. Appliquant un raisonnement analogue, le tribunal de Parme a ouvert une procédure principale au profit d'une filiale irlandaise ad hoc du groupe Parmalat qui avait été créée dans le seul but de lever des capitaux sur les marchés internationaux<sup>26</sup>.

13 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.

14 § 335-358 InsO. La réforme est entrée en vigueur le 20 mars 2003.

15 «Center of main interests» dans la version anglaise du texte. Pour les sociétés personnes morales, le règlement présume que cet État correspond à celui du siège statutaire, mais autorise la preuve contraire.

16 Art. 16 du règlement. Cf. § 2 de la circulaire précitée.

17 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.

18 Cf. art. 3 § 3 du règlement.

19 Cf. art. 33 du règlement.

20 Si la suspension n'est plus justifiée par l'intérêt des créanciers de la procédure principale ou de ceux de la procédure secondaire.

21 Les conditions d'ouverture d'une procédure territoriale sont prévues à l'art. 3 § 4 du règlement. L'art. 37 du Règlement prévoit la possibilité d'une conversion si elle est utile aux intérêts des créanciers de la procédure principale.

22 Cf. la circulaire (§ 1.2.1) précitée qui estime que les dispositions de l'art. 1 al. 2 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 sont incompatibles avec le règlement.

23 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, à paraître dans une version actualisée au Lamy droit des affaires.

24 « Administration order » du 16 mai 2003, ZIP 2003, 1362.

25 Jugement du Tribunal de Munich du 4 mai 2004, ZIP 2004, 962.

26 Jugement du Tribunal de Parme du 19 février 2004, ZIP 2004, 1220.

### c) Les conséquences pratiques

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.

En application de ce courant jurisprudentiel, il serait possible, dans notre exemple, que le Tribunal de Londres ouvre des procédures principales d'insolvabilité séparées au profit des filiales française et allemande de la société mère anglaise et au bénéfice de la société ad hoc pourtant immatriculée à Guernesey. Ce choix de juridiction pourrait être lourd de conséquences pour le syndicat bancaire puisque la détermination du juge compétent emporte désignation de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité. Ainsi, s'agissant des filiales étrangères, les banques se trouveraient confrontées à l'application du droit anglais. La situation inverse serait également concevable : le tribunal français pourrait ouvrir une procédure d'insolvabilité principale au bénéfice de la société mère anglaise ou encore de la société ad hoc à Guernesey s'il peut être démontré que leur gestion s'effectue au siège de la filiale en France. Dans cette hypothèse, on assisterait à une « exportation » de la loi française comme loi applicable à des procédures d'insolvabilité de sociétés britanniques.

Cet exemple démontre d'ailleurs que le règlement pourrait avoir des conséquences sur la loi applicable en matière de faillite internationale dans le cadre d'opérations impliquant des structures ad hoc qui sont souvent logées, pour des raisons fiscales, au Luxembourg, en Irlande ou dans les Îles anglo-normandes<sup>27</sup>.

27 Les opérations de titrisation, en ce qu'elles impliquent des véhicules « *bankruptcy remote* », ne semblent pas être concernées par cette problématique.

28 Cette règle s'applique aux procédures principales, secondaires et territoriales.

29 Dans notre exemple, un tribunal de Londres pourrait même ouvrir une procédure principale d'insolvabilité en faveur de la filiale française alors que celle-ci ne serait pas en cessation des paiements. En droit anglais, une société peut en effet demander une liquidation de ses actifs alors qu'elle n'est pas insolvable. En Allemagne, les dirigeants d'une société peuvent également solliciter l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité alors que la cessation des paiements n'est que menaçante.

30 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

## 3. La loi applicable

### a) Un système complexe de conflits de lois

L'article 4 du règlement énonce le principe selon lequel la loi de l'État d'ouverture est la loi applicable à la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*)<sup>28</sup>. C'est cette loi qui régit les conditions d'ouverture<sup>29</sup>, de déroulement et de clôture d'une telle procédure. Du point de vue des créanciers, elle détermine notamment 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. Enfin, la *lex fori concursus* détermine le régime des nullités en période suspecte.

La simplicité de ce principe n'est en réalité qu'apparente. De nombreuses exceptions, prévues aux articles 5 et suivants du règlement, instituent un système très complexe de conflits de lois, dont les contours sont parfois incertains dans l'attente d'une jurisprudence à ce sujet. 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<sup>30</sup>.

### b) 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<sup>31</sup> mais aussi des sûretés étrangères telles que la *floating charge*<sup>32</sup>.

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 prévues par la loi de la faillite applicable à la procédure principale. Il ne s'agit pas d'une règle de conflits de lois, mais d'une disposition matérielle, protectrice des droits des créanciers<sup>33</sup>.

La question de la localisation des actifs du débiteur devient donc primordiale. L'article 2 point g) prévoit à cet effet des dispositions spécifiques. Les biens corporels sont localisés dans l'État membre sur le territoire duquel ils

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-Cl op. cit. 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 inscription dans un registre public, l'art. 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.

31 Pour la localisation, l'article 2 point g) du règlement se réfère à l'État où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur cédé au sens de l'article 3.1.

32 Cf. Virgos-Schmit, op. cit., § 104.

33 Cf. Bureau, op. cit., n° 71; Vallens cité par Jault-Seseke/Robine, *Le droit européen de la faillite*, D 2004 p. 1011. La loi déterminant la validité et la réalisation des sûretés est en règle générale la loi de la situation du bien (*lex rei sitae*).

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<sup>34</sup>. Enfin, pour la localisation des créances<sup>35</sup>, le règlement se réfère à l'État où se trouve le centre des intérêts principaux du tiers débiteur<sup>36</sup>. Dans notre exemple, l'article 5 s'applique donc lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur cédé est situé dans un État membre autre que celui d'ouverture de la procédure principale<sup>37</sup>. En revanche, les créances sur des débiteurs « non communautaires » n'entrent pas dans le champ d'application du règlement<sup>38</sup>.

La localisation des parts sociales et 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<sup>39</sup>. Les titres au porteur, matérialisés par des certificats, semblent assimilables à des biens corporels<sup>40</sup>. Pour les parts sociales, la localisation au siège de la société semble s'imposer<sup>41</sup>. 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<sup>42</sup>. 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 (*lex libri sitae*)<sup>43</sup>. Cette règle de rattachement éviterait l'existence de régimes différents en fonction de la localisation des sociétés émettrices immatriculées dans plusieurs États membres<sup>44</sup>. Elle est du reste reprise par l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 qui transpose en droit français la directive *Collateral* du 6 juin 2002<sup>45</sup>.

34 C'est le cas par exemple du nantissement d'outillage, du fonds de commerce et de l'hypothèque portant sur un navire ou un aéronef. Le rapport Virgos-Schmit (op. cit. § 69) assimile au registre public des registres privés reconnus par l'ordre juridique étatique et dont l'inscription a un effet erga omnes.

35 Le règlement n'effectue pas de distinction entre les créances, selon qu'elles font l'objet d'un titre (transférable) ou non. La doctrine allemande estime que la règle de localisation s'applique à tous les types de créances. Cf. Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung (Reinhart), EuInsVO art. 2, n° 4.

36 Cette notion s'entend au sens de l'art. 3 du règlement, d'où des difficultés d'interprétations évidentes.

37 Il convient d'être vigilant sur la notion de centre des intérêts principaux du débiteur cédé : par exemple, le centre des intérêts principaux d'une succursale européenne d'une société américaine est situé a priori aux États-Unis.

38 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.

39 Contra Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung (Reinhart), EuInsVO art. 2, n° 4) qui opte pour la localisation au siège de la société de l'ensemble des actions, qu'elles fassent l'objet d'un certificat ou non. Un auteur anglais se fonde sur le lieu où sont tenus les registres d'actions et envisage la possibilité que le registre d'une filiale soit tenu au siège de la maison-mère (Moss, Fletcher, Isaacs, op. cit. p. 164, note 37).

40 La localisation s'opère donc en fonction de leur situation réelle, qui ne correspond pas forcément à l'État du siège de la société. Cf. Khairallah, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, n° 272. Voir aussi Loussouarn, Bourel, de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, précités Dalloz 2004, § 425.

41 Khairallah, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, n° 271, estime à juste titre que le nantissement de parts sociales « apparaît à tous les égards imbriqué dans le fonctionnement de la société » (condition de validité

## c) La compensation

Selon les règles du droit international privé antérieur 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 en application de la *lex concursus*<sup>46</sup>. Le règlement prévoit une solution plus favorable aux créanciers, puisque l'article 6 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 »<sup>47</sup>. Dans l'esprit du règlement, la compensation a donc valeur de sûreté.

## d) L'aménagement du régime des nullités pendant la période suspecte

Selon l'article 4 § 2 point m) du règlement, la loi de la procédure d'insolvabilité détermine le régime de la nullité et de l'inopposabilité 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 (*lex rei sitae*). La même exception est applicable pour la compensation<sup>48</sup>.

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'inopposabilité d'un acte au titre de l'article 4 § 2 point m). 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 »<sup>49</sup>.

et d'agrément). Dans le même sens, on peut invoquer l'article 1866 C.civ. organisant le nantissement des parts d'une société civile. Voir aussi l'art. L. 223-15 C.com. pour le nantissement des parts sociales d'une SARL.

42 Conformément à l'article L. 431-4 du Code monétaire et financier, qui a été très récemment modifié par l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005.

43 Cf. Khairallah, op. cit. n° 270 et 277. *La doctrine allemande en droit international privé partage cette analyse*, cf. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, tome 10, 3. éd. Munich 1998 Sonnenberger (Kreuzer), Nach Art 38 Anh. I n° 121.

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

45 Nouvel article L. 431-7-4 du Code monétaire et financier. Dans le système PRIMA retenu par la Convention de La Haye du 13 décembre 2002 sur la loi applicable à certains droits sur les titres détenus auprès d'un intermédiaire, la localisation du compte-titre joue un rôle indirect. La Convention privilégie comme règle de rattachement la *lex contractus* en fonction de la localisation de l'intermédiaire pertinent. Cf. l'article très intéressant de Bloch/de Vauplane, La loi applicable et critères de localisation des titres multi-intermédies dans la Convention de La Haye du 13 décembre 2002, JDI 2005 p. 3 et s..

46 Cass. civ. 1<sup>re</sup> 6 juin 1990, D. 1991 p. 137, note Rémerly.

47 Cette règle prévaut sur celle posée par l'art. 4.2, qui est dénué d'intérêt pratique. Cf. Bureau, op. cit., n° 84.

48 Art. 6 § 2 du règlement.

49 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, op. cit. n° 8.124 et s..

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* », le texte offre néanmoins des perspectives intéressantes pour améliorer la situation des créanciers bancaires.

## II Les opportunités offertes par le règlement

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.

### 1. En amont : des sûretés plus efficaces

Le règlement modifie la donne concernant le droit applicable aux faillites intracommunautaires. Il renforce à certains égards l'efficacité des sûretés et crée de nouveaux espaces de liberté en faveur des créanciers. Pour exploiter ces avantages, les banques doivent analyser avec soin le régime des sûretés et les différentes lois d'insolvabilité locales qui sont susceptibles de s'appliquer en cas de difficultés de leurs emprunteurs. Dans le cadre de la présente étude, nous nous efforcerons d'indiquer quelques pistes de réflexions pour améliorer la situation des créanciers bancaires.

Il convient d'abord de déterminer la 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.

Lors de la conception d'une opération de financement complexe, il existe souvent une certaine flexibilité pour déterminer la meilleure structure de sûretés. C'est pendant cette phase en amont d'une opération qu'il convient de prendre en considération les dispositions du règlement pour optimiser la position des banques, notamment pour bénéficier des règles protectrices des articles 5 et 6 du règlement.

Notre exemple démontre que le nantissement des actions d'une filiale située dans un autre État membre par rapport à l'État d'ouverture de la procédure principale constitue une sûreté extrêmement efficace. Ce nantissement devrait bénéficier de la protection de l'article 5, à la condition que la société mère ne possède pas parallèlement un établissement dans le pays sur le territoire duquel sont localisées les actions nanties. Si les actions sont localisées au siège des filiales en France et en Allemagne, le

syndicat bancaire bénéficiera donc de l'article 5 dans le cadre de la faillite principale de la maison mère en Angleterre. L'ouverture d'une procédure secondaire ne serait pas possible en l'absence d'un établissement de la mère en Allemagne et en France. La seule manière pour le liquidateur de tenter de soumettre le nantissement à la loi de la faillite anglaise consisterait à localiser les actions au siège à Londres. Il semble cependant que les banques puissent, en pratique, éviter une telle localisation<sup>50</sup>.

Lors de la mise en place de la structure des sûretés, il convient de garder à l'esprit que 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 »<sup>51</sup>.

Dans un même ordre d'idées, les établissements financiers promoteurs d'une opération de titrisation de créances immobilières pourraient avoir intérêt à localiser le centre des intérêts principaux du débiteur cessionnaire des créances sur le territoire d'un État membre autre que celui du lieu des immeubles servant de garantie.

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.

Enfin, les créanciers bancaires pourraient avoir avantage à utiliser la structure du trust anglais dans le cadre de financements consentis à une société qui n'a ni siège ni établissement au Royaume-Uni pour éviter que des actifs compris dans le trust ne soient appréhendés par la procédure d'insolvabilité de l'emprunteur. À cet égard, on ne peut que souhaiter que l'intention récemment affichée du législateur français d'introduire la fiducie en droit interne aboutisse rapidement, afin de rendre le recours au droit français plus attractif.

### 2. 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 aussi porter sur le sort de leurs sûretés en fonction de la loi applicable dans les différentes juridictions envisageables pour l'ouverture d'une procédure

<sup>50</sup> Il suffit en effet que les banques évitent que les registres/certificats d'actions soient physiquement détenus sur le territoire anglais. Cf. supra note n° 39 sur la théorie anglaise de localisation d'actions.

<sup>51</sup> Cf. supra note n°17.

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<sup>52</sup>.

Les créanciers dont les droits réels sont protégés par l'article 5 doivent également agir avec célérité : les créanciers ne semblent plus en mesure de pouvoir invoquer cette dérogation au moment de la mise en place d'un plan de redressement<sup>53</sup>. De la même manière, on doit recommander aux créanciers qui bénéficient de cette disposition *in favorem* de veiller à ce que leur créance contre le débiteur objet de la procédure principale ne s'éteigne pas, à cause notamment d'une production tardive en droit français<sup>54</sup> ou encore dans le cadre d'une procédure anglaise dite de « *Company Voluntary Arrangement* »<sup>55</sup>.

52 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.

53 Il existe un argument de texte en ce sens : l'article 5 stipule que « l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier [...] » alors que l'article 4 point j) soumet « les conditions et les effets de la clôture de la procédure » à la loi de la procédure principale. La finalité d'un plan de redressement semble également militer en ce sens. Les actifs du débiteur compris dans le plan doivent être déterminés. Par ailleurs, si le plan prévoit des délais de paiement, il semble difficile pour le créancier de réaliser sa sûreté qui n'est que l'accessoire de la créance principale. Une partie de la doctrine allemande et autrichienne adopte cette interprétation. Cf. Runkel (Pannen), *Anwaltshandbuch, Insolvenzrecht*, 2005 (§ 16, n° 179).

## Conclusion

En dépit de certaines imprécisions de rédaction, qui doivent être comblées, in fine, par la jurisprudence régulatrice de la Cour de justice des Communautés européennes, le règlement ouvre de nouvelles perspectives dans le traitement des entreprises en difficulté à l'échelle européenne, notamment pour les établissements de crédit.

À l'instar de l'économie, le système juridique français est contraint de s'ouvrir à l'influence européenne dans une matière qui constituait jusqu'ici un « îlot de résistance »<sup>56</sup> à l'internationalisation.

Dans la mesure où le règlement n'uniformise pas le droit matériel de la faillite à l'intérieur de l'Union, le droit français en matière de procédures collectives et de sûretés se trouve mis en compétition avec d'autres systèmes juridiques, et tout particulièrement le droit anglais, comme c'est déjà le cas en matière boursière par exemple. Pour relever ce défi, le législateur devra donner aux entreprises et aux banques des outils juridiques attractifs et efficaces. ■

54 La circulaire précitée (§ 2.2.1.2.) et une partie de la doctrine française estiment cependant que l'extinction de la créance comme sanction en droit français (en tant que *lex fori concursus*) ne saurait affecter les facultés spécifiques de recouvrement conférées par les articles 5 et 7 du règlement sur des actifs situés dans un autre État membre, cf. Roussel Galle, J-Cl, op. cit. n° 94. Cette analyse ne peut s'appliquer, à notre avis, qu'aux sûretés qui ne sont pas accessoires à une créance principale, comme c'est le cas, par exemple, de certaines sûretés autonomes en droit allemand. C'est en effet la *lex rei sitae* qui détermine la validité de la sûreté en question. Cette problématique devrait disparaître avec la réforme des procédures collectives en France, dans la mesure où le législateur s'apprête à supprimer la sanction de l'extinction des créances produites tardivement.

55 Cf. Mosse, Fletcher, Isaacs, op.cit., n° 6.119 et s..

56 Cf. Bureau, op.cit..