



# Assemblée générale

Distr. générale  
15 avril 2011  
Français  
Original: anglais

---

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Quarante-quatrième session  
Vienne, 27 juin-8 juillet 2011

## **Droit de l'insolvabilité**

### **La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge (*suite*)**

#### Table des matières

Annexe

	<i>Page</i>
Résumé des affaires.....	2



## Annexe

### 1. *Atlas Shipping A/S*<sup>1</sup>

Une procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'encontre du débiteur au Danemark en 2008. Les représentants de l'insolvabilité ont demandé à un tribunal américain d'annuler certaines saisies maritimes que des créanciers étrangers avaient obtenues, à la fois avant et après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sur des fonds détenus par le débiteur dans des comptes bancaires à New York. En vertu du droit danois, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité met fin à toutes ces saisies et interdit toute nouvelle saisie sur les biens du débiteur. Le tribunal américain a noté que, pour décider d'accorder ou non à un représentant étranger des mesures postérieures à la reconnaissance en plus de celles automatiquement applicables en vertu de la disposition américaine correspondant à l'article 20 de la Loi type [titre 11 de l'United States Code (11 U.S.C.), § 1520], il devait s'appuyer généralement sur les principes de courtoisie internationale et de coopération avec les tribunaux étrangers. La raison logique à cela était, selon lui, que "la décision de donner préséance à la procédure d'insolvabilité étrangère facilitera souvent la répartition équitable, ordonnée, efficace et systématique des biens du débiteur et évitera une répartition désordonnée, incohérente ou fragmentaire". Le tribunal a estimé que l'annulation des saisies était conforme au principe de courtoisie internationale à l'égard de la procédure danoise, au titre non seulement des dispositions applicables avant l'adoption du chapitre 15 mais également de celles du chapitre 15<sup>2</sup>. Plus précisément, le tribunal a jugé que le type de mesures demandé satisfaisait aux conditions énoncées dans les dispositions américaines correspondant aux paragraphes 1 e) et 2 de l'article 21 de la Loi type [11 U.S.C. § 1521 (a)(5) et 1521 (b)], qui autorisaient le représentant étranger à récupérer des biens situés aux États-Unis et à les répartir dans le cadre d'une procédure étrangère. Le tribunal américain a conclu que toutes les saisies devaient être levées et que les fonds déjà saisis devaient être remis aux représentants de l'insolvabilité pour administration dans le cadre de la procédure danoise.

### 2. *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd*<sup>3</sup>

Les représentants conjoints de l'insolvabilité de deux débiteurs faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité aux îles Caïmanes ont demandé la reconnaissance de la procédure aux États-Unis ainsi que des mesures au titre de la disposition américaine correspondant à l'article 21 de la Loi type (11 U.S.C. § 1521). Dans son raisonnement, le tribunal a tout d'abord noté qu'il devait trancher de façon indépendante la question de savoir si la procédure étrangère satisfaisait aux conditions des définitions énoncées dans les dispositions américaines correspondant aux articles 2 et 17 de la Loi type [11 U.S.C. §§ 1502, 1517]. Il a examiné les conditions auxquelles devait satisfaire une procédure étrangère principale ainsi que la présomption énoncée au paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type [11 U.S.C. § 1516 (c)], selon laquelle le siège statutaire du débiteur était le centre de ses

---

<sup>1</sup> 404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y., avril 2009).

<sup>2</sup> Le chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (United States Bankruptcy Code) incorpore la Loi type aux États-Unis.

<sup>3</sup> 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y., septembre 2007) [CLOUT, décision n° 760]. En appel, 389 B.R. 325 (Bankr. S.D.N.Y., mai 2008) [CLOUT, décision n° 794].

intérêts principaux. Il a précisé que cette présomption ne devrait s'appliquer que dans les affaires exemptes de controverses graves, ce qui permettait et encourageait une action rapide lorsque la situation était claire, et que la charge de la preuve incombait au représentant étranger. Pour examiner le type de preuves nécessaire pour réfuter la présomption, le tribunal s'est référé à l'article 8 de la Loi type, qui exigeait pour l'interprétation de cette dernière de tenir compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Il s'est penché sur l'interprétation du concept de "centre des intérêts principaux" dans le contexte de l'Union européenne, prenant note de la décision de la Cour de justice européenne dans l'affaire *Eurofood*, selon laquelle la présomption concernant le "centre des intérêts principaux" pourrait être réfutée "notamment [dans] le cas d'une société 'boîte aux lettres' qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social". Le tribunal américain a jugé qu'en l'espèce les représentants étrangers avaient eux-mêmes fourni la preuve contraire: il n'y avait ni employés ni gérants aux îles Caïmanes; le conseiller en placements du Fonds était à New York; l'administrateur des services de post-marché du Fonds était aux États-Unis de même que les livres et registres du Fonds; et, avant l'ouverture de la procédure étrangère, toutes les liquidités du Fonds se trouvaient en dehors des îles Caïmanes. Le tribunal a aussi noté que les registres d'investisseurs et les comptes clients se trouvaient hors des îles Caïmanes et qu'aucune des autres parties aux principaux accords de mise en pension ou d'échange financier n'était basée sur ces îles.

Cherchant à déterminer si la procédure caïmanaise pourrait constituer une procédure étrangère non principale au sens de l'alinéa c) de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 1502 (5)] du fait de la présence d'un établissement, le tribunal a observé que les débiteurs n'exerçaient aucune activité économique (pertinente) de façon non transitoire aux îles Caïmanes et n'y détenaient non plus aucun fonds en dépôt avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il n'a pas accordé la reconnaissance au motif que la procédure étrangère n'était pas en instance dans un pays où les débiteurs avaient soit le "centre de leurs intérêts principaux" soit un établissement. Le tribunal a observé que les demandeurs n'étaient pas, cependant, dépourvus de tout recours face à la non-reconnaissance. Il s'est référé à la disposition américaine correspondant à l'article 29 de la Loi type [11 U.S.C. § 1529], qui imposait la coopération et la coordination entre procédures étrangères et procédures nationales ayant lieu concurremment à l'encontre du même débiteur en vertu des articles 25 à 27 de la Loi type [11 U.S.C. §§ 1525-1527].

### 3. *Betcorp Ltd (in liquidation)*<sup>4</sup>

Lors de sa constitution en 1998, la société Betcorp opérait seulement en Australie. Elle a ensuite étendu ses activités aux États-Unis, où elle fournissait des services de jeu en ligne. Elle a mis fin à cette composante essentielle de ses activités suite à l'adoption en 2006 aux États-Unis d'une loi interdisant les jeux d'argent en ligne (Unlawful Internet Gambling Enforcement Act). Elle a mis un terme à ses activités aux États-Unis puis a cessé toute activité peu après. À une réunion en septembre 2007, l'immense majorité des actionnaires a voté en faveur de la nomination de liquidateurs et a demandé la liquidation volontaire de la société. D'après les

<sup>4</sup> 400 B.R. 266 p. 284 (Bankr. D. Nev 2009) [CLOUT, décision n° 927].

éléments de preuve présentés au tribunal, la société était solvable. Suite à l'introduction, aux États-Unis, d'une action à l'encontre de Betcorp pour atteinte au droit d'auteur, les représentants de l'insolvabilité australiens ont demandé la reconnaissance de la procédure australienne aux États-Unis en vue de régler l'affaire de violation du droit d'auteur dans le cadre de la procédure de liquidation. Le tribunal américain a estimé que la procédure australienne satisfaisait aux conditions prévues dans la disposition américaine correspondant à l'alinéa a) de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 101 (23)] et l'a reconnue en tant que procédure étrangère principale.

#### 4. *British American Insurance Company Limited*<sup>5</sup>

Le débiteur était une société d'assurance enregistrée conformément aux lois des Bahamas, et ayant des succursales dans de nombreux autres pays, notamment à Saint-Vincent-et-les Grenadines. Une procédure a été ouverte tant aux Bahamas qu'à Saint-Vincent-et-les Grenadines, et des représentants de l'insolvabilité ont été nommés dans les deux cas. Ces deux représentants ont demandé la reconnaissance de leur procédure respective en tant que procédure étrangère principale ou en tant que procédure étrangère non principale, des mesures au titre des dispositions américaines correspondant aux articles 20 et 21 de la Loi type [11 U.S.C. § 1520 and 1521], ainsi que la coordination des multiples procédures étrangères en vertu de la disposition correspondant à l'article 30 [11 U.S.C. § 1530]. La difficulté en l'espèce était de déterminer si la procédure bahamienne constituait une procédure principale ou non principale au sens des dispositions correspondant aux alinéas b) et c) de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 1502 (4)-(5)]. Le tribunal s'est intéressé à la gestion des affaires du débiteur (réalisée par une filiale à 100 % située à la Trinité-et-Tobago); au lieu de situation des principaux actifs du débiteur et de la majorité de ses créanciers (aucun ne se trouvait aux Bahamas); et aux perceptions des tiers. Sur la base des éléments de preuve, il a estimé que le centre des intérêts principaux du débiteur n'était pas aux Bahamas.

Le tribunal a également conclu que le débiteur n'avait pas d'établissement aux Bahamas au sens de la disposition correspondant aux alinéas c) et f) de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 1502 (2), (5)] et a refusé de reconnaître la procédure bahamienne en tant que procédure étrangère non principale. Il était incontestable qu'au moment où la demande de reconnaissance a été déposée, le débiteur n'avait aucune activité commerciale aux Bahamas, hormis les activités du représentant étranger dans le cadre de son mandat. En revanche, les éléments de preuve démontraient que le débiteur était propriétaire de biens à Saint-Vincent-et-les Grenadines, où il avait des activités commerciales; qu'il y employait du personnel dans sa succursale et qu'il menait des activités dans le domaine de l'assurance; qu'il tenait un compte à Saint-Vincent-et-les Grenadines en rapport avec ses activités d'assurance dans ce pays, et qu'il avait des assurés. Le tribunal a conclu que le débiteur avait un établissement à Saint-Vincent-et-les Grenadines et que la procédure dans ce pays était par conséquent une procédure étrangère non principale. Il a refusé d'accorder les mesures demandées au titre de la disposition correspondant à l'article 30, au motif qu'il n'avait reconnu qu'une seule procédure étrangère non principale.

---

<sup>5</sup> 425 BR 884 (2010) [CLOUT, décision n° 1005].

##### 5. *Condor Insurance Limited, Fogerty c. Petroquest Resources Inc.*<sup>6</sup>

Consécutivement à la reconnaissance aux États-Unis de la procédure d'insolvabilité ouverte contre une société d'assurance à Nevis en vertu du droit névicien, les représentants du débiteur sur l'île ont intenté une action en vertu de ce même droit pour faire annuler des transferts présentés comme frauduleux, réalisés au bénéfice d'une autre société. Le défendeur souhaitait que l'action soit rejetée au motif que les dispositions américaines correspondant aux articles 21 et 23 de la Loi type [11 U.S.C. § 1521, 1523] n'autorisaient pas les représentants étrangers d'une procédure étrangère principale ou non principale à engager des actions en annulation, en dépit de la reconnaissance de cette procédure, mais leur permettaient d'entamer une telle action seulement après l'ouverture d'une procédure de liquidation ou de redressement en vertu du droit américain. Le tribunal américain a débouté les demandeurs, décision confirmée en premier appel. Les représentants étrangers ont de nouveau interjeté appel, faisant valoir que les articles 21 et 23 limitaient le pouvoir d'un représentant étranger d'engager une action en annulation en vertu du droit américain, mais non en vertu des lois étrangères en matière d'annulation. En second appel, la cour a annulé la décision rendue en premier appel. Elle a estimé que les dispositions américaines correspondant aux articles 21 et 23 n'interdisaient expressément, dans le cas d'une procédure régie par le chapitre 15, que certaines actions en annulation en vertu du droit américain, si aucune demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'avait été formulée au titre d'autres chapitres du Code des faillites (par exemple des chapitres 7 ou 11). Attendu qu'aucun de ces deux articles n'empêchait un représentant étranger d'engager une action en annulation en vertu d'un droit étranger, la cour a conclu qu'il ne s'ensuivait pas nécessairement que le Congrès ait voulu refuser au représentant étranger l'exercice de pouvoirs en matière d'annulation au titre du droit étranger applicable. Après s'être penchée sur la formulation du texte de loi et sur son historique, la cour a examiné des aspects concrets. En l'absence de décision de sa part, les représentants de la procédure névicienne auraient été dans l'incapacité d'annuler les opérations en cause. Les sociétés d'assurance étrangères, comme, en l'espèce, le débiteur, ne pouvaient prétendre aux mesures applicables dans une procédure régie par le chapitre 7 ou 11 au titre du droit américain sur l'insolvabilité. En conséquence, la voie habituelle – une procédure du chapitre 7 ou 11 ouverte à la demande d'un représentant étranger à la suite de la reconnaissance de la procédure étrangère – ne leur était pas ouverte. La cour a jugé improbable que le Congrès ait par inadvertance facilité des tactiques permettant aux débiteurs de dissimuler des biens aux États-Unis pour les mettre hors de portée des juridictions étrangères, étant donné que certains défendeurs pourraient contester la compétence du tribunal devant lequel la procédure étrangère serait pendante. En conséquence, elle a conclu que le Congrès n'avait pas eu pour intention de limiter les pouvoirs des tribunaux américains d'appliquer la loi du pays où la procédure principale était en cours, et par conséquent que rien dans le chapitre 15 ne s'opposait à un tel résultat.

##### 6. *Ephedra Products Liability Litigation*<sup>7</sup>

Le représentant de l'insolvabilité canadien a demandé au tribunal américain, devant lequel avaient été jointes les instances en responsabilité du fait des produits

<sup>6</sup> 601 F.3d 319, 2010 WL 961613 (5th Cir. 2010) [CLOUT, décisions n°s 928 et 1006].

<sup>7</sup> 349 B.R. 333 (Bankr. S.D.N.Y., 2006); [CLOUT, décision n° 765].

engagées à l'encontre du même débiteur, la reconnaissance de la procédure d'insolvabilité canadienne en tant que procédure étrangère principale. Une fois la reconnaissance obtenue, le tribunal canadien a rendu une ordonnance approuvant une procédure de règlement des créances en vue d'une estimation et d'une évaluation simplifiées de toutes les créances pour responsabilité du fait des produits à l'encontre du débiteur. Le représentant de l'insolvabilité canadien a ensuite demandé au tribunal américain la reconnaissance et l'exécution de cette ordonnance. Des objections ont été émises au motif que la procédure de règlement des créances était manifestement contraire à l'ordre public américain en vertu de la disposition américaine correspondant à l'article 6 de la Loi type [11 U.S.C. § 1506], car elle priverait les créanciers du droit à une procédure régulière et à un procès devant un jury. Le tribunal a admis qu'une telle procédure, qui prévoyait une médiation obligatoire et, si la médiation aboutissait à un plan approuvé par les majorités déterminées de créanciers, l'estimation et la liquidation des créances restantes, pourrait être interprétée comme permettant à l'administrateur des créances de refuser de recevoir des éléments de preuve et de liquider des créances sans donner aux parties intéressées la possibilité d'être entendues. La procédure de règlement des créances a été modifiée de manière à exiger que cette possibilité soit donnée et, sur la base de cet amendement, le tribunal a conclu que ladite procédure offrirait la garantie d'une procédure régulière. Quant à l'argument selon lequel le déni du droit à un procès devant un jury était manifestement contraire à l'ordre public américain, le tribunal a estimé que ni la disposition américaine correspondant à l'article 6 ni aucune autre loi n'empêchaient un tribunal de reconnaître et d'exécuter une procédure d'insolvabilité étrangère aux fins de liquidation de créances au simple motif que la procédure n'incluait pas le droit à un jury. Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal a considéré tant le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI que la jurisprudence américaine sur l'exécution des jugements étrangers, qui soulignaient chacun que la conclusion selon laquelle la reconnaissance serait "manifestement contraire" à des considérations d'ordre public au plan national devait être justifiée par des circonstances exceptionnelles.

#### 7. *Eurofood IFSC Ltd*<sup>8</sup>

Filiale à 100 % de Parmalat, société de droit italien opérant via des filiales implantées dans plus de 30 pays, Eurofood avait été constituée et immatriculée en Irlande; son objet principal était d'offrir des facilités de financement aux sociétés du groupe Parmalat. En décembre 2003, des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre de Parmalat en Italie. En janvier 2004, un créancier a demandé aux tribunaux irlandais l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'Eurofood. En février 2004, le tribunal italien a décidé qu'une procédure d'insolvabilité devait être ouverte à l'encontre d'Eurofood en Italie, déclarant cette société insolvable et estimant que le centre de ses intérêts principaux était en Italie. En mars 2004, le tribunal irlandais a statué que, selon la loi irlandaise, la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'Eurofood avait été ouverte en Irlande à la date de la demande présentée à cet effet, soit le 27 janvier 2004, et que cette procédure était la procédure principale. Le représentant de l'insolvabilité italien a interjeté appel de la décision irlandaise et la cour d'appel irlandaise a alors posé certaines questions

---

<sup>8</sup> [2006] Ch 508 (Cour de justice européenne).

préjudicielles à la Cour de justice européenne. Concernant la question relative à la détermination du centre des intérêts principaux d'un débiteur, la Cour de justice européenne a statué que, lorsqu'un débiteur était une filiale dont le siège statutaire et celui de sa société mère étaient situés dans deux États membres différents, la présomption énoncée au paragraphe 1 de l'article 3 du règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, selon laquelle le centre des intérêts principaux de cette filiale était situé dans l'État membre où se trouvait son siège statutaire, ne pouvait être réfutée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers montraient qu'il en était autrement. 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 ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par ledit règlement.

#### 8. *Fairfield Sentry Limited, et al.*<sup>9</sup>

Les sociétés débitrices étaient constituées et avaient leur siège statutaire aux îles Vierges britanniques; elles étaient utilisées par des personnes essentiellement non américaines et certaines entités américaines exonérées d'impôts pour investir dans la société Bernard Madoff Investment Securities LLC. Les débiteurs avaient cessé d'exercer leurs activités quelques mois avant que leurs actionnaires et créanciers demandent, en 2009, aux îles Vierges britanniques, la nomination de liquidateurs pour chacun d'eux. En 2010, la reconnaissance des procédures a été demandée aux États-Unis, en tant que procédures principales ou non principales. Le tribunal américain a estimé que les débiteurs avaient le centre de leurs intérêts principaux aux îles Vierges britanniques puisqu'ils y avaient leur "centre névralgique", à savoir leur siège et le lieu où ils dirigeaient, contrôlaient et coordonnaient leurs activités. Le tribunal s'est penché sur le moment auquel le centre des intérêts principaux devrait être déterminé, notant à cet égard que même les tribunaux qui avaient privilégié la date de la demande de reconnaissance (*dans les affaires Ran, Betcorp et British American Insurance Company*) "approuveraient probablement une approche prenant en compte la totalité des circonstances, si nécessaire". Le tribunal a poursuivi en indiquant que la jurisprudence naissante n'empêchait pas d'examiner la question de la détermination du centre des intérêts principaux dans une perspective temporelle plus large lorsqu'il était possible que ce centre ait été "transféré pour des raisons opportunistes (par exemple pour commettre un délit d'initié, se livrer à des manipulations fâcheuses, ou déjouer manifestement les attentes des tiers)". Il a noté que lorsqu'un débiteur avait cessé ses activités, le centre de ses intérêts principaux pouvait devenir celui du représentant étranger et que ce fait, ainsi que le lieu du siège statutaire, justifiaient que le centre des intérêts principaux des débiteurs soit situé aux îles Vierges britanniques.

#### 9. *Gold & Honey, Ltd*<sup>10</sup>

Vers mars 2008, une procédure de mise sous administration judiciaire a été ouverte en Israël et fin juillet 2008, une procédure de redressement a été ouverte aux

<sup>9</sup> Affaire n° 10-13164, United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, 22 juillet 2010.

<sup>10</sup> 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y., 2009); [CLOUT, décision n° 1008].

États-Unis, dans laquelle le tribunal a ordonné que tous les biens du débiteur soient soumis à sa compétence. Nonobstant l'ordonnance du tribunal américain, le tribunal israélien devant lequel la procédure israélienne était en cours s'est déclaré compétent et a indiqué qu'il pouvait procéder à la liquidation des biens en Israël en dépit de la procédure se déroulant aux États-Unis et de l'application d'un arrêt des poursuites au niveau mondial. En janvier 2009, les représentants de l'insolvabilité israéliens ont demandé la reconnaissance de la procédure israélienne à New York pour faire transférer en Israël les biens localisés à New York, afin que la procédure israélienne leur soit appliquée. Le tribunal américain a rejeté la demande de reconnaissance estimant: a) que les représentants israéliens n'avaient pas démontré comme il leur en incombait que la procédure israélienne était une procédure collective et que les biens et les affaires du débiteur étaient soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger conformément à la définition figurant dans la disposition américaine correspondant à l'alinéa a) de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 101 (23)]; b) que les représentants israéliens avaient été désignés en violation de l'arrêt automatique des poursuites et; c) que le seuil requis pour établir l'exception d'ordre public prévue dans la disposition correspondant à l'article 6 de la Loi type [11 U.S.C. § 1506] avait été atteint.

**10. *HIH Casualty and General Insurance Ltd*<sup>11</sup>; *McGrath c. Riddell*<sup>12</sup>**

Le groupe HIH était un grand groupe d'entreprises exerçant diverses activités dans le domaine de l'assurance et de la réassurance en Australie, en Angleterre et aux États-Unis, entre autres. Jusqu'à son effondrement en mars 2001, c'était le deuxième groupe d'assurance d'Australie. Quatre membres du groupe étaient concernés par l'affaire, chacun participant dans une plus ou moins grande mesure à des activités d'assurance et de réassurance menées au Royaume-Uni sous diverses formes, notamment par l'intermédiaire de succursales ou de sociétés constituées localement. Même si la majorité des biens des sociétés étaient situés en Australie, des biens non négligeables se trouvaient en Angleterre. Des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes en Australie et en Angleterre. Les représentants de l'insolvabilité anglais ont sollicité l'avis des tribunaux anglais concernant la manière dont les biens des débiteurs situés en Angleterre devaient être traités compte tenu des différences entre le droit de l'insolvabilité et les régimes de priorité australiens et anglais. Le droit de l'insolvabilité australien donnait la priorité aux créanciers d'assurance pour le produit des contrats de réassurance, alors que le droit anglais ne reconnaissait pas une telle priorité et exigeait la répartition *pari passu* entre tous les créanciers. Les représentants de l'insolvabilité australiens ont obtenu une commission rogatoire du tribunal australien dans laquelle l'assistance du tribunal anglais était sollicitée (dans cette affaire, la législation incorporant la Loi type en Australie ou en Grande-Bretagne n'était pas applicable). Les représentants de l'insolvabilité australiens ont demandé que tous les biens récupérés en Angleterre soient remis au tribunal australien pour que ce dernier les répartissent conformément au droit de l'insolvabilité et aux régimes de priorité australiens. En première instance, le tribunal anglais a statué qu'il ne pouvait pas remettre les biens situés en Angleterre à l'Australie au motif que l'ordre de priorité et de répartition y était différent de celui applicable en Angleterre. En premier appel, la cour a jugé

<sup>11</sup> [2005] EWHC 2125; premier appel [2006] EWCA Civ 732.

<sup>12</sup> Second appel [2008] UKHL 21.

que, bien qu'elle ait le pouvoir de remettre les biens, elle refusait de le faire au motif que cela porterait préjudice aux intérêts des créanciers autres que ceux de réassurance. En second appel, la cour a jugé que le pouvoir de remettre les biens existait et qu'il devrait être exercé en l'espèce. Différentes opinions ont été exprimées par la cour quant à l'origine de ce pouvoir, mais les juges ont unanimement accepté la remise des fonds (voir ci-avant, par. 147).

**11. *Lavie c. Ran (United States District Court)*<sup>13</sup>; *Yuval Ran (United States Bankruptcy Court)*<sup>14</sup>; *Lavie c. Ran (United States District Court)*<sup>15</sup>; *Yuval Ran, Lavie c. Ran (United States Court of Appeals for the Fifth Circuit)*<sup>16</sup>**

Le débiteur était directeur général d'une société israélienne. Suite aux difficultés financières rencontrées par la société, il a quitté Israël en 1997 pour s'installer au Texas. Une procédure d'insolvabilité non volontaire a été ouverte à son encontre en Israël en 1997. Le tribunal israélien a déclaré le débiteur insolvable, nommé un représentant de l'insolvabilité et ordonné la liquidation de la masse du débiteur. En 2006, le représentant israélien a demandé aux États-Unis la reconnaissance de la procédure israélienne en tant que procédure principale ou non principale au titre du chapitre 15. Le tribunal américain a rejeté la demande et le représentant israélien a interjeté appel. La cour d'appel lui a renvoyé l'affaire aux fins de conclusions de fait supplémentaires. Le tribunal a de nouveau rejeté la demande de reconnaissance de la procédure étrangère soit comme une procédure étrangère principale, soit comme une procédure étrangère non principale. En second appel, le refus de la reconnaissance a été confirmé. La décision de ne pas reconnaître le centre des intérêts principaux du débiteur comme se trouvant en Israël se fondait sur le fait que le débiteur a) avait quitté Israël près de 10 ans avant la présentation de la demande de reconnaissance, b) avait ses activités professionnelles et sa résidence aux États-Unis, c) gérait ses finances exclusivement aux États-Unis et d) n'avait manifesté aucune intention de retourner en Israël. Pour ce qui est d'une reconnaissance en tant que procédure non principale, la décision reposait sur le fait que le débiteur n'avait pas d'établissement au sens de l'alinéa c) de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 1502 (5)]. L'argument du représentant étranger selon lequel la procédure étrangère constituait en elle-même une activité rentrant dans le cadre de cette définition a été rejeté.

**12. *Metcalf and Mansfield Alternative Investments, et al.*<sup>17</sup>**

En mars 2008, une procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'encontre des débiteurs au Canada pour la restructuration de l'ensemble des billets de trésorerie en circulation adossés à des actifs, qui avaient été émis par des tiers (et dont les promoteurs étaient des organismes non bancaires). En juin 2008, le tribunal canadien a rendu une ordonnance d'homologation du plan modifié et une ordonnance de mise en œuvre du plan, qui avait été approuvé par 96 %, en montant et en nombre, de l'ensemble des porteurs participant au vote. L'ordonnance a été confirmée en appel en août 2008 et a été mise à exécution en janvier 2009. Les

<sup>13</sup> 384 BR 469 (2008).

<sup>14</sup> 390 BR 257 (2008).

<sup>15</sup> 406 BR 277 (2009) [CLOUT décision n° 929].

<sup>16</sup> 607 F. 3d 1017 (5th Cir. 2010).

<sup>17</sup> 421 B.R. 683 (Bankr. S.D.N.Y., janvier 2010); [CLOUT, décision n° 1007].

porteurs de billets ont reçu des versements provisionnels en janvier et mai 2009, et une répartition définitive a été autorisée par le tribunal canadien. En novembre 2009, le représentant de l'insolvabilité canadien a demandé, au titre du chapitre 15, la reconnaissance de la procédure canadienne aux États-Unis en tant que procédure étrangère principale, ainsi que le prononcé d'une ordonnance pour mettre à exécution les ordonnances canadiennes en tant que mesure postérieure à la reconnaissance aux États-Unis. La procédure canadienne a été reconnue comme procédure étrangère principale. Pour ce qui est de l'octroi des mesures postérieures à la reconnaissance, les ordonnances canadiennes prévoyaient la décharge des tiers non débiteurs et l'arrêt de toute poursuite à leur encontre, mesures dont la portée était plus large que ce que le droit américain aurait permis. Le tribunal a examiné la disposition américaine correspondant à l'article 7 de la Loi type [11 U.S.C. § 1507], qui imposait de prendre en considération une liste de facteurs pour déterminer s'il convenait d'accorder une assistance supplémentaire à un représentant étranger à la suite de la reconnaissance d'une procédure étrangère. Le tribunal a noté que les mesures postérieures à la reconnaissance couvertes par cette disposition étaient largement discrétionnaires et dépendaient de facteurs subjectifs intégrant les principes de la courtoisie internationale, en faisant référence à la décision prise dans l'affaire *Bear Stearns*. Il a également observé que la disposition correspondant à l'article 6 de la Loi type [11 U.S.C. § 1506] limitait la reconnaissance lorsque cette dernière serait manifestement contraire à l'ordre public américain. Il a noté que les principes de courtoisie internationale n'exigeaient pas que les mesures disponibles aux États-Unis et dans le cadre de la procédure étrangère soient identiques, mais que la question déterminante était de savoir si les procédures au Canada satisfaisaient aux normes américaines fondamentales d'équité. Le tribunal américain a estimé que les ordonnances canadiennes satisfaisaient à ces normes fondamentales d'équité et a favorablement accueilli la demande de mesures postérieures à la reconnaissance, formulée par les représentants canadiens.

**13. *Rubin c. Eurofinance SA*<sup>18</sup>**

Les représentants de la procédure d'insolvabilité ouverte aux États-Unis en 2007 à l'encontre de The Consumers Trust (TCT) ont demandé la reconnaissance de cette procédure en Angleterre en vertu du règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (Cross-Border Insolvency Regulations), qui incorporait la Loi type en Grande-Bretagne, ainsi que l'exécution d'un jugement du tribunal américain selon lequel Eurofinance était tenu des dettes de TCT. TCT était une fiducie commerciale, considérée comme une personne morale par le droit américain. En 2009, le tribunal anglais a reconnu la procédure d'insolvabilité étrangère en tant que procédure principale, mais a rejeté la demande d'exécution du jugement. Pour reconnaître la procédure d'insolvabilité, le tribunal a estimé que, même si le droit anglais ne considérait pas une telle fiducie comme une personne morale, les dispositions de la Loi type, notamment l'arrêt des poursuites individuelles prévu à l'article 20, pouvaient dans la pratique s'appliquer au débiteur et que, compte tenu de l'origine internationale de la Loi type, il serait pernicieux de donner une interprétation purement locale du terme "débiteur". Il a également considéré que les représentants étrangers représentaient la procédure qui avait abouti au jugement contre Eurofinance et que cette procédure faisait partie intégrante de la procédure

<sup>18</sup> [2009] EWHC 2129; en appel [2010] EWCA CIV 895.

d'insolvabilité à l'encontre de TCT. Concernant l'exécution du jugement, le tribunal a estimé qu'il s'agissait d'un jugement *in personam* et non *in rem* et qu'il ne pouvait qu'autoriser les représentants étrangers à intenter une action en exécution de ce jugement ou à introduire une nouvelle action en Angleterre. Le fait d'autoriser les représentants étrangers à faire exécuter le jugement du tribunal américain ne constituerait pas une forme de "coopération" au sens de l'article 27 de la Loi type.

La cour d'appel a infirmé la décision du tribunal de rejeter la demande d'exécution, concluant que les règles ordinaires en matière d'exécution ou de non-exécution des jugements étrangers *in personam* ne s'appliquaient pas aux procédures d'insolvabilité et que les mécanismes permettant dans de telles procédures d'engager des actions contre des tiers dans l'intérêt collectif de tous les créanciers étaient inhérents au caractère collectif de l'insolvabilité et n'étaient pas de simples éléments de procédure accessoires. Les ordonnances contre Eurofinance faisaient donc partie intégrante de la procédure d'insolvabilité et avaient été rendues aux fins du régime collectif de mise en œuvre des effets de ladite procédure. De ce fait, elles n'étaient pas régies par les règles ordinaires du droit international privé interdisant l'exécution des jugements au motif que les défendeurs n'étaient pas soumis à la compétence du tribunal étranger. La cour a reconnu la procédure qui avait abouti au jugement contre Eurofinance en tant que procédure étrangère principale. Elle a estimé que l'assistance aux procédures étrangères s'appliquait aussi, en *common law*, à l'exécution des ordonnances rendues par le tribunal américain; concernant l'article 27 de la Loi type, la cour a noté qu'il ne mentionnait pas l'exécution et que, si l'octroi d'une assistance "dans toute la mesure possible" englobait certainement l'exécution, aucune conclusion sur ce point n'était requise en l'espèce.

#### 14. *SPhinX Ltd*<sup>19</sup>

Les débiteurs étaient des fonds spéculatifs immatriculés et constitués conformément aux lois des îles Caïmanes. Ils entretenaient une relation d'investissements avec un courtier en marchandises et en contrats à terme, qui avait engagé une procédure d'insolvabilité aux États-Unis, dans laquelle ils étaient visés par une action en annulation. Un accord avait été trouvé pour régler l'action mais, avant qu'il ne puisse être approuvé, une procédure d'insolvabilité a été ouverte aux îles Caïmanes à l'encontre des débiteurs. Les représentants de l'insolvabilité des débiteurs ont demandé la reconnaissance de la procédure étrangère en tant que "procédure étrangère principale" devant le même tribunal américain où l'approbation de l'accord était pendante. Le tribunal a reconnu cette procédure en tant que procédure étrangère non principale. Il a en partie motivé sa décision par le fait que les débiteurs n'exerçaient pas d'activité, professionnelle ou commerciale, aux îles Caïmanes et qu'ils n'y avaient ni employés, ni bureaux physiques, ni biens autres que les livres et registres de la société dont la loi caïmanaise exigeait la présence sur place. Le tribunal a aussi avancé des considérations pragmatiques pour étayer sa conclusion selon laquelle le centre des intérêts principaux des débiteurs se trouvait en dehors des îles Caïmanes, à savoir que l'absence de biens aux îles Caïmanes signifiait que les représentants de l'insolvabilité devaient solliciter l'assistance d'autres tribunaux pour procéder à la répartition entre les créanciers. Enfin, le tribunal a souligné que des buts illégitimes avaient motivé l'ouverture de la

<sup>19</sup> 371 B.R. 10 (Bankr. S.D.N.Y., juillet 2007) [CLOUT, décision n° 768].

procédure aux îles Caïmanes et la demande de reconnaissance, car l'objectif était de chercher, par une manœuvre dilatoire, à défaire le règlement de l'action en annulation [visant SPhinX] sans qu'il soit statué sur le fond. Les représentants étrangers ont interjeté appel de la décision de reconnaissance. La cour d'appel a confirmé la décision de la juridiction inférieure.

**15. *Stanford International Bank Ltd*<sup>20</sup>**

En février 2009, la Securities Exchange Commission des États-Unis (la "SEC") a déposé une plainte à l'encontre du propriétaire d'un groupe de sociétés ("M. X") et des sociétés appartenant à M. X, y compris la société Y, alléguant notamment une fraude boursière. Le même jour, un tribunal américain a nommé un administrateur judiciaire des biens du groupe de sociétés appartenant à M. X, y compris ceux de la société Y, et de M. X lui-même. M. X était citoyen des États-Unis et d'Antigua-et-Barbuda. La société Y était immatriculée et avait son siège statutaire à Antigua-et-Barbuda. En avril 2009, le tribunal d'Antigua a rendu une ordonnance de liquidation et a nommé deux liquidateurs pour la société Y. Tant l'administrateur judiciaire américain que les liquidateurs antiguais ont déposé une demande de reconnaissance en Angleterre en vertu du règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (Cross-Border Insolvency Regulations), qui incorpore la Loi type en Grande-Bretagne. Chacun alléguait que la procédure dans le cadre de laquelle il avait été nommé constituait une "procédure étrangère principale" conformément audit Règlement. Le tribunal anglais a reconnu la procédure antiguaise en tant que procédure étrangère principale, considérant qu'elle satisfaisait à toutes les aspects de la définition de "procédure étrangère" et que, sur la base de la décision rendue dans l'affaire *Eurofood*, la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux de la société Y était le lieu où se trouvait son siège statutaire, à savoir Antigua, n'avait pas été réfutée. Pour ce qui est de la procédure américaine, le tribunal a estimé que la procédure de mise sous administration judiciaire engagée par la SEC n'était pas une procédure collective régie par une loi sur l'insolvabilité (et donc pas une procédure étrangère susceptible d'être reconnue), car l'intervention de la SEC était destinée à "mettre un terme à une fraude massive" et à éviter ainsi un préjudice aux investisseurs, et non à redresser le débiteur ou à réaliser les biens dans l'intérêt de tous les créanciers comme l'exigeait l'alinéa a) de l'article 2 de la Loi type. Cette décision a été confirmée en appel.

**16. *Tricontinental Exchange Ltd*<sup>21</sup>**

Les débiteurs étaient des compagnies d'assurance enregistrées conformément aux lois de Saint-Vincent-et-les Grenadines et faisant l'objet de procédures d'insolvabilité devant la Cour suprême des Caraïbes orientales, division de la Haute Cour de justice, en vertu de la loi sur les sociétés de Saint-Vincent-et-les Grenadines. Les bureaux des débiteurs étaient tous situés à Saint-Vincent et employaient une vingtaine de personnes. Bien que les débiteurs aient vendu environ 5 800 polices d'assurance aux États-Unis et au Canada, toutes les affaires étaient menées par l'intermédiaire du siège statutaire des débiteurs, à Kingstown (Saint-Vincent-et-les Grenadines). Les chèques destinés à payer les primes étaient envoyés

---

<sup>20</sup> [2009] EWHC 1441 (Ch) [CLOUT, décision n° 923], en appel [2010] EWCA Civ 137 [CLOUT, décision n° 1003].

<sup>21</sup> 349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal., 2006) [CLOUT, décision n° 766].

par courrier à des adresses aux États-Unis, puis regroupés et réexpédiés depuis ces “boîtes aux lettres” aux bureaux des débiteurs à Saint-Vincent-et-les Grenadines, où ils étaient endossés pour dépôt et renvoyés sur des comptes bancaires tenus par les débiteurs aux États-Unis. Les représentants de l’insolvabilité ont demandé la reconnaissance de la procédure ouverte à Saint-Vincent-et-les Grenadines en tant que procédure étrangère principale aux États-Unis au titre du chapitre 15. Le tribunal américain a reconnu cette procédure en tant que procédure étrangère principale au motif que les débiteurs avaient le centre de leurs intérêts principaux à Saint-Vincent-et-les Grenadines, où se trouvait leur siège statutaire. Le tribunal a par ailleurs estimé que les débiteurs, en tant que compagnies d’assurance étrangères, n’auraient pas pu demander l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité au titre du droit américain, mais auraient pu prétendre aux mesures prévues au chapitre 15.

**17. Tucker, Aero Inventory (UK) Ltd c. Aero Inventory (UK) Limited<sup>22</sup>  
Tucker, Aero Inventory (UK) c. Aero Inventory (UK) Limited (n° 2)<sup>23</sup>**

En novembre 2009, une procédure d’insolvabilité a été ouverte devant la High Court of England and Wales à l’encontre d’Aero Inventory, et des représentants conjoints de l’insolvabilité ont été nommés. Aero Inventory détenait la propriété et le contrôle de biens meubles aéronautiques en Australie. Le jour suivant leur nomination, les représentants de l’insolvabilité ont demandé, au titre de la législation incorporant la Loi type de la CNUDCI en Australie (*Cross-Border Insolvency Act 2008 (Cth)*), la reconnaissance de la procédure anglaise en tant que procédure étrangère principale ainsi que des mesures provisoires. Les mesures provisoires demandées tendaient à la sauvegarde de stocks de pièces d’aéronefs entreposés dans différents lieux en Australie et contrôlés par Qantas, au motif qu’ils étaient menacés du fait d’un litige pour déterminer qui avait des droits sur eux. Le tribunal a accordé les mesures provisoires sur le fondement des dispositions correspondant aux articles 19 et 21 de la Loi type, empêchant toute opération sur les biens du débiteur qui serait contraire aux intérêts des représentants conjoints de l’insolvabilité et des créanciers. Lors de l’audience finale (Aero Inventory (n° 2)), le tribunal australien a reconnu la procédure anglaise, estimant qu’il s’agissait d’une procédure étrangère principale (le centre des intérêts principaux du débiteur étant déterminé par rapport à son siège statutaire, en Angleterre, et faute de preuve suffisante pour réfuter la présomption énoncée au paragraphe 3 de l’article 16) et que les représentants étaient des représentants étrangers au sens de la Loi type. Conformément à la disposition correspondant à l’alinéa e) du paragraphe 1 de l’article 21 de la Loi type, le tribunal a confié l’administration et la réalisation de tous les biens du débiteur situés en Australie aux représentants étrangers, a interdit à quiconque de réaliser sa sûreté sur les biens du débiteur et a autorisé tout créancier gagiste en possession de biens du débiteur à les conserver, sans pouvoir toutefois les vendre ou réaliser son gage d’une autre manière.

<sup>22</sup> (2009) 76 ACSR 19; (2009) FCA 1354.

<sup>23</sup> (2010) 77 ACSR 510; (2009) FCA 1481 [CLOUT, décision n° 922].

**18. *Williams c. Simpson*<sup>24</sup>; *Williams c. Simpson (n° 5)*<sup>25</sup>**

Le 9 septembre 2009, une procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'encontre de M. Simpson (le débiteur) en Angleterre. La procédure anglaise a été ouverte en raison d'une dette du débiteur envers le créancier demandeur, qui a indiqué dans sa requête que le centre des intérêts principaux du débiteur n'était pas situé dans un État membre, et au motif qu'un créancier pouvait demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur qui avait "exercé des activités en Angleterre et au pays de Galles". Le 10 septembre 2010, le représentant de l'insolvabilité (M. Williams) a demandé la reconnaissance de la procédure anglaise en Nouvelle-Zélande, en vertu de la législation incorporant la Loi type dans ce pays (*Insolvency (Cross-border) Act 2006*), ainsi que des mesures provisoires. Les mesures provisoires ont été accordées sous certaines conditions le 17 septembre et des mesures supplémentaires ont été prononcées les jours suivants. L'audience portant sur la demande de reconnaissance s'est déroulée le 1<sup>er</sup> octobre 2010. Le tribunal a estimé que, si la procédure anglaise était une procédure étrangère au sens de la Loi type, elle n'était ni une procédure étrangère principale, la résidence habituelle du débiteur se trouvant en Nouvelle-Zélande, ni une procédure étrangère non principale, la condition concernant la présence d'un établissement prévue dans la Loi type n'étant pas remplie. Le tribunal a considéré que, en vertu du droit anglais, le débiteur était certes soumis aux lois anglaises sur l'insolvabilité au motif que ses activités commerciales y étaient toujours en cours de liquidation, mais que cela n'était pas une raison pour affirmer qu'il avait effectivement un lieu d'opérations dans ce pays, d'où il exercerait actuellement l'activité requise par la définition d'"établissement". En conséquence, le tribunal a refusé de reconnaître la procédure étrangère. Il a cependant pu accorder une assistance pour faciliter la procédure anglaise au titre de la section 8 de la loi néo-zélandaise, disposition applicable dans les rares cas où les dispositions incorporant la Loi type ne pouvaient s'appliquer. Cette assistance devait permettre au représentant de l'insolvabilité de récupérer et de réaliser les biens dont le débiteur était propriétaire en Nouvelle-Zélande, sous réserve de toute autre instruction nécessaire concernant la répartition du produit de la vente.

---

<sup>24</sup> High Court of New Zealand, Hamilton, 17 septembre 2010.

<sup>25</sup> High Court of New Zealand, Hamilton, 12 octobre 2010.