



Assemblée générale

Distr. générale
3 février 2010
Français
Original: anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI (CLOUT)

Table des matières

| | <i>Page</i> |
|---|-------------|
| Décisions concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (LTI) . . . | 3 |
| Décision 921: LTI 2 a), [2 b),] 2 d), 15-2, 16-3, 17-1, 21-1 – Australie: Federal Court of Australia - New South Wales District Registry, No. NSD 210 of 2009, Hur c. Samsun Logix Corporation (17 avril 2009) | 3 |
| Décision 922: LTI 2 a), 2 b), 2 d), 16-3, 17-2 a), 21-1 – Australie: Federal Court of Australia – New South Wales District Registry, n° NSD 1285 of 2009, Tucker, In the matter of Aero Inventory (UK) Limited (n° 2) (10 décembre 2009) | 4 |
| Décision 923: LTI 2 a), 2 b), 2 d), 16-3, 17-2 a) – Royaume-Uni: High Court of Justice, Chancery Division, Case n° 13338 and 13959 of 2009, In the matter of Stanford International Bank Limited, et al. (3 juillet 2009) | 5 |
| Décision 924: LTI 2 a), 2 b), 2 d), 6, 16-3 – États-Unis: U.S. District Court for the Eastern District of Virginia, n° 07-51040-SCS, In re Jonathan A. Loy (18 décembre 2007) | 8 |
| Décision 925: LTI 2 b), 2 c), 2 d), 15, 16-1, 16-3, 17 – États-Unis: U.S. District Court for the Southern District of New York, n° 07-13765 (SMB), In re Oversight and Control Commission of Avanzit, S.A. (18 avril 2008) | 10 |
| Décision 926: LTI 2 b), 19, 21 – États-Unis: U.S. District Court for the Central District of California, n° LA08-17043SB, LA08-17049SB, LA08-17054SB, In re Pro-Fit International Limited (30 juin 2008) | 11 |
| Décision 927: LTI 2 a), 2 b), 2 e), 8, 15, 16-3 – États-Unis: U.S. Bankruptcy Court for the District of Nevada, n° BK-S-08-21594 BAM, In re Betcorp Limited (In Liquidation) (9 février 2009) | 12 |
| Décision 928: LTI 21, 23 – États-Unis: U.S. District Court for the Southern District of Mississippi, n°1: 08CV639-LG-RHW, In re Condor Insurance Limited (9 février 2009) | 16 |
| Décision 929: LTI 2 b), 2 c), 2 f), 8, 16-3, 17-1 a), 17-1 b), 17-1 c) – États-Unis: U.S. District Court for the Southern District of Texas, n° H-08-1961, Lavie c. Ran (30 mars 2009) | 17 |



Introduction

La présente compilation de sommaires de jurisprudence s'inscrit dans le cadre du système de collecte et de diffusion de renseignements sur les décisions judiciaires et sentences arbitrales concernant des conventions et lois types émanant des travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). L'objectif est de faciliter une interprétation uniforme de ces textes juridiques par référence aux normes internationales, compatibles avec la nature internationale des textes, par opposition aux concepts et traditions juridiques strictement internes. On trouvera davantage de renseignements sur les caractéristiques du système et sur son utilisation dans le Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/REV.1). Le recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI peut être consulté sur le site Web de la Commission: (<http://www.uncitral.org/clout/showSearchDocument.do>).

Chaque recueil de jurisprudence contient une table des matières en première page, qui indique les références complètes de chaque décision dont il est rendu compte dans les sommaires, ainsi que les différents articles de chaque texte qui sont interprétés ou renvoyés par la juridiction étatique ou le tribunal arbitral. L'adresse Internet (URL) à laquelle on trouvera le texte intégral des décisions en langue originale, de même que les adresses Internet des éventuelles traductions dans une ou plusieurs langues officielles de l'ONU, sont indiquées dans l'en-tête de chaque décision (il est à noter que la mention de sites Web autres que les sites officiels des organismes des Nations Unies ne constitue pas une approbation de ces sites par l'ONU ou la CNUDCI; en outre, les sites Web sont fréquemment modifiés; toutes les adresses Internet indiquées dans le présent document sont opérationnelles à compter de la date de soumission du document). Les sommaires des décisions interprétant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage comprennent des mots clefs correspondant à ceux qui figurent dans le Thésaurus de la CNUDCI pour la Loi type sur l'arbitrage commercial international, élaboré par le secrétariat de la Commission en consultation avec les correspondants nationaux. Les sommaires des décisions interprétant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale comprennent aussi des mots clefs. Les sommaires peuvent être recherchés sur la base de données disponible grâce au site Web de la CNUDCI par référence à tous les éléments d'identification clefs, c'est-à-dire le pays, le texte de loi, le numéro de la décision dans le recueil de jurisprudence, la date de la décision ou une combinaison de ces éléments.

Les sommaires sont établis par des correspondants nationaux désignés par leur pays, ou par d'autres personnes à titre individuel; ils peuvent exceptionnellement être établis par le secrétariat même de la CNUDCI. On notera que ni les correspondants nationaux ni quiconque participant directement ou indirectement au fonctionnement du système n'assument de responsabilité en cas d'erreur, d'omission ou d'autre problème.

Copyright © Nations Unies 2010
Imprimé en Autriche

Tous droits réservés. Les demandes de reproduction en tout ou partie du texte de la présente publication seront accueillies favorablement. Elles doivent être adressées au Secrétaire du Comité des publications des Nations Unies, Siège de l'Organisation des Nations Unies, New York, N.Y. 10017 (États-Unis d'Amérique). Les gouvernements et institutions gouvernementales peuvent reproduire en tout ou partie le texte de la présente publication sans autorisation, mais sont priés d'en informer l'Organisation des Nations Unies.

Décisions concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

Décision 921: LTI 2 a), [2 b)], 2 d), 15-2, 16-3, 17-1, 21-1

Australie: Federal Court of Australia — New South Wales District Registry

N° NSD 210 of 2009

Hur c. Samsun Logix Corporation

17 avril 2009

Original en anglais

Publiée en anglais:

[2009] FCA 372

[mots clés: centre des intérêts principaux, mesures-sur demande, présomption-centre des intérêts principaux, procédure étrangère principale-détermination, représentant étranger]

Le débiteur est une société constituée en Corée du Sud, dont l'un des objets est d'offrir des services d'expédition par voie maritime. Une procédure d'insolvabilité ("procédure étrangère") a été entamée à l'encontre du débiteur en Corée du Sud et le tribunal coréen (le "tribunal étranger") a nommé un représentant de l'insolvabilité ("représentant étranger"). Quelques jours après l'ouverture de la procédure, le représentant étranger a présenté une demande de reconnaissance de la procédure étrangère conformément à la loi d'adoption de la LTI en Australie¹.

Dans le processus menant à l'acceptation de la demande, la Cour a examiné les exigences du paragraphe 1 de l'article 17 de la LTI. Elle a estimé que la procédure étrangère constituait une "procédure étrangère" aux termes de l'alinéa a) de l'article 2 de la LTI. Malgré certaines incertitudes quant à la signification de l'expression procédure "collective" judiciaire, la Cour a conclu que ce qui importait à l'égard de la demande examinée c'est que la procédure étrangère était une procédure connexe à l'insolvabilité dans laquelle les biens et les affaires du débiteur étaient soumis à la surveillance du tribunal étranger à des fins de redressement du débiteur. La Cour a estimé que le représentant étranger était un "représentant étranger" au sens de l'alinéa d) de l'article 2 de la LTI, puisqu'il avait été nommé par le tribunal étranger. Elle a en outre estimé qu'il avait été satisfait aux exigences du paragraphe 2 de l'article 15 de la LTI puisque la demande était accompagnée d'une copie certifiée conforme de la décision d'ouverture de la procédure et de nomination du représentant étranger rendue par le tribunal étranger.

La Cour a reconnu la procédure étrangère en tant que procédure étrangère principale [alinéa b) de l'article 2 de la LTI], car elle avait lieu dans l'État où le débiteur avait le centre de ses intérêts principaux conformément au paragraphe 3 de l'article 16 de la LTI. À cet égard, la Cour a fait remarquer que la déclaration sous serment qui accompagnait la demande du représentant étranger contenait suffisamment d'éléments prouvant que le siège statutaire du débiteur se trouvait en Corée du Sud. La Cour a rendu des ordonnances en vertu du paragraphe 1 de l'article 21 de la LTI. Les demandes de reconnaissance des procédures coréennes sont en cours d'examen en Belgique, aux États-Unis et à Singapour. La procédure a déjà été reconnue en Grande-Bretagne.

¹ La loi intitulée Cross-Border Insolvency Act 2008. Depuis que l'annexe 1 de la Loi reproduit le texte intégral de la LTI, la Cour renvoie directement aux articles de la Loi type.

Décision 922: LTI 2 a), 2 b), 2 d), 16-3, 17-2 a), 21-1

Australie: Federal Court of Australia — New South Wales District Registry

N° NSD 1285 of 2009

Tucker, In the matter of Aero Inventory (UK) Limited (n° 2)

10 décembre 2009

Original en anglais

Publiée en anglais:

[2009] FCA 1481

[mots clefs: centre des intérêts principaux, mesures-sur demande, objet-LTI, présomption-centre des intérêts principaux, procédure étrangère principale-détermination, représentant étranger]

Les représentants de l'insolvabilité ("représentants étrangers") d'une procédure d'insolvabilité ("procédure étrangère") au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ont présenté une demande de reconnaissance de la procédure étrangère conformément à la loi d'adoption de la LTI en Australie².

La Cour a reconnu la procédure étrangère en tant que procédure étrangère et en tant que procédure étrangère principale conformément aux alinéas a) et b) de l'article 2 de la LTI. Conformément à l'article 21 de la LTI, la Cour a interdit ou suspendu l'exécution de certaines créances privilégiées et gages sur les biens du débiteur, l'exécution des privilèges sur les biens du débiteur et la restitution ou le recouvrement de biens utilisés par le débiteur ou en sa possession. Conformément à l'alinéa e) de l'article 21 de la LTI, la Cour a confié aux représentants étrangers l'administration et la réalisation de tous les biens du débiteur situés en Australie.

Dans sa décision, la Cour a examiné la question de savoir si les représentants étrangers étaient des "représentants étrangers" conformément à l'alinéa d) de l'article 2 de la LTI et si la procédure étrangère constituait une "procédure étrangère" conformément à l'alinéa a) de l'article 2 de la LTI. Dans son analyse, la Cour a considéré la portée et l'étendue de la procédure administrative prévue par la loi intitulée *Insolvency Act 1986* du Royaume-Uni et les a comparées avec celles de la procédure administrative prévue par la loi australienne intitulée *Corporations Act 2001*³. Elle a mentionné le mémoire explicatif portant sur la loi intitulée *Cross-Border Insolvency Bill 2008 (Cth)*, selon lequel l'expression "procédure d'insolvabilité" figurant dans la définition de la procédure étrangère prévue à l'alinéa a) de l'article 2 de la LTI était axée sur l'objet de ces procédures afin d'éviter de restreindre par inadvertance la gamme des procédures étrangères pouvant être reconnues, et selon lequel cette expression avait pour objet de s'appliquer au sens large aux sociétés connaissant de graves problèmes financiers. La Cour a en outre cité les propositions du programme de réforme économique du droit des sociétés intitulées *Corporate Law Economic Reform Program's Proposals for Reform*, et plus particulièrement le document numéro 8 portant le titre "Cross-Border Insolvency — Promoting international cooperation and coordination" (l'insolvabilité internationale: promotion de la coopération et de la coordination) selon lequel, dans le contexte du droit australien des sociétés, la portée de la LTI s'étendrait aux liquidations causées par l'insolvabilité, les reconstitutions et les redressements en vertu de la partie 5.1 et les procédures administratives volontaires en vertu de la partie 5.3A.

² Voir *supra* note 1.

³ Voir *supra* note 2.

La Cour a en outre renvoyé à une de ses très récentes décisions dans laquelle elle accordait des mesures provisoires en vertu de l'article 19 de la LTI⁴. Dans cette décision, la Cour avait conclu que le Royaume-Uni constituait le centre des intérêts principaux du débiteur et que la procédure étrangère devait par conséquent être reconnue comme une procédure principale conformément à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 17 et au paragraphe 3 de l'article 16 de la LTI. La Cour a, de plus, indiqué que le paragraphe 1 de l'article 21 de la LTI lui donnait compétence pour accorder toute mesure disponible appropriée et que l'énumération des sortes de mesures décrites aux alinéas a) à g) de cet article n'était pas exhaustive. Par conséquent, afin de promouvoir l'uniformisation et concrétiser les objectifs énoncés dans le préambule de la Loi type, la Cour a jugé approprié d'accorder aux représentants étrangers les mêmes protections à l'égard des privilèges, créances privilégiées, gages et biens loués que celles accordées au représentant de l'insolvabilité d'une société australienne.

Décision 923: LTI 2 a), 2 b), 2 d), 16-3, 17-2 a)

Royaume-Uni: High Court of Justice, Chancery Division

Case n° 13338 and 13959 of 2009

In the matter of Stanford International Bank Limited, et al.

3 juillet 2009

Original en anglais

Publiée en anglais:

[2009] EWHC 1441 (Ch)

[mots clefs: présomption-centre des intérêts principaux; procédure étrangère-détermination, représentant étranger]

En février 2009, la Securities Exchange Commission des États-Unis 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 en matière de valeurs mobilières. Le même jour, un tribunal des États-Unis a nommé un administrateur judiciaire des biens du groupe de sociétés appartenant à M. X, y compris ceux de la société Y et du propriétaire. M. X était citoyen des États-Unis et d'Antigua-et-Barbuda. La société Y avait été constituée à Antigua-et-Barbuda où se trouvait son siège statutaire. En avril 2009, le tribunal d'Antigua a rendu une ordonnance de liquidation et a nommé deux liquidateurs pour la société Y. L'administrateur judiciaire américain et les liquidateurs antiguais et barbudiens ont tous trois déposé une demande de reconnaissance devant la High Court of Justice ("la Cour") en vertu du CBIR⁵. Chacun alléguait que la procédure dans le cadre de laquelle il avait été nommé constituait une "procédure étrangère principale" conformément audit règlement.

La Cour a tout d'abord examiné la face publique de la société Y, y compris la façon dont elle se présentait dans ses documents de commercialisation et son fonctionnement réel. Elle a ensuite examiné la LTI, y compris son objet, la nature de la procédure et l'expression "centre des intérêts principaux" [dans l'alinéa b) de l'article 2, le paragraphe 3 de l'article 16 et l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 17].

⁴ *Tucker, in the matter of Aero Inventory (UK) Ltd. c. Aero Inventory (UK) Ltd.* [2009] FCA 1354.

⁵ Le règlement intitulé Cross-Border Insolvency Regulation 2006 (Règlement de 2006 relatif à l'insolvabilité internationale) ("CBIR") a incorporé la LTI et ne s'applique qu'en Grande-Bretagne; la référence ne vise donc pas le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

1. “Procédure étrangère”

La Cour a analysé la signification de l’expression “procédure étrangère” telle qu’elle apparaît dans la LTI et a consulté le *Guide* pour l’incorporation de la LTI et la décision rendue par les États-Unis dans l’affaire *Re Betcorp*⁶. Elle a, en outre, examiné les travaux préparatoires de la LTI et son texte français pour clarifier la signification de l’exigence selon laquelle la procédure doit être “régie par une loi relative à l’insolvabilité”.

La Cour a examiné la question de savoir si le règlement judiciaire équitable prévu par la *common law* constituait une procédure étrangère conformément à l’alinéa a) de l’article 2 de la LTI. L’administrateur judiciaire tire son pouvoir de l’ordonnance de la Cour qui le nomme. En ce qui concerne les pouvoirs et obligations conférés ou imposés à l’administrateur judiciaire par cette ordonnance, la Cour a conclu que le règlement judiciaire ne constituait pas une “procédure étrangère” conformément au CBIR. La Cour a indiqué qu’étant donné que l’objet de cette ordonnance était de faire en sorte que l’administrateur judiciaire recueille et sauvegarde les biens pour empêcher leur dispersion et leur épuisement et non pour liquider et restructurer le patrimoine des débiteurs, la cause profonde de l’instance qui a conduit à l’ordonnance n’était pas liée à l’insolvabilité. Qui plus est, le règlement judiciaire ne constituait pas une faillite aux fins du Code des faillites des États-Unis⁷. La Cour a en outre déclaré que le fait que certains règlements judiciaires puissent être considérés à certaines fins comme des “procédures d’insolvabilité” ou traités comme des substituts acceptables de l’insolvabilité ne signifiait pas que le règlement judiciaire, en l’espèce, corresponde à la définition de la procédure étrangère telle qu’elle est énoncée dans le CBIR. La Cour a aussi affirmé que l’administrateur judiciaire n’était pas un “représentant étranger” conformément à l’alinéa d) de l’article 2) de la LTI à ce moment-là, même si le règlement judiciaire constituait une “procédure étrangère” étant donné que l’administrateur judiciaire n’avait pas été autorisé à administrer la liquidation ou le redressement de la société Y.

La Cour a ensuite examiné la question de savoir si la liquidation antiguaise constituait une procédure étrangère conformément au CBIR. Elle a indiqué comme point commun que la liquidation antiguaise était une procédure collective et que les liquidateurs avaient été nommés pour liquider les biens de la société Y. Elle a rejeté l’argument de l’administrateur judiciaire selon lequel les liquidateurs n’avaient pas été nommés conformément à une loi connexe à l’insolvabilité puisque la partie IV de la Loi sur les sociétés commerciales internationales (chapitre 222 des lois d’Antigua-et-Barbuda) était, de façon générale, une loi connexe à l’insolvabilité. Elle a en outre indiqué que l’ordonnance rendue par le tribunal antiguais était fondée sur la conclusion selon laquelle la société Y était insolvable et ne pouvait pas être redressée au moyen du règlement judiciaire. Par conséquent, la Cour a conclu que les liquidateurs avaient été nommés conformément à une loi liée à l’insolvabilité et qu’ils avaient le droit d’être reconnus à titre de représentants étrangers d’une procédure étrangère conformément à l’alinéa d) de l’article 2 de la LTI.

2. Centre des intérêts principaux

Lorsqu’elle a analysé l’utilisation de l’expression “centre des intérêts principaux” dans la LTI, la Cour a conclu qu’elle avait la même signification que dans le

⁶ In *re Betcorp Ltd.*, 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev.2009). Voir CLOUT case n° 927.

⁷ Le droit de l’insolvabilité des États-Unis.

Règlement CE sur la procédure d'insolvabilité⁸ puisque son libellé correspondait à celui de ce règlement. Lorsqu'elle s'est penchée sur l'expression "centre des intérêts principaux" la Cour a examiné plusieurs décisions rendues en vertu du Règlement CE. Elle a notamment renvoyé à la décision *Eurofood*⁹ rendue par la Cour de justice des Communautés européennes, selon laquelle le centre des intérêts principaux doit être déterminé par rapport à des critères qui sont objectifs et vérifiables par des tiers pour garantir la certitude juridique et la prévisibilité. Qui plus est, la présomption concernant le siège statutaire ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter. La Cour a indiqué que le fait de limiter l'examen à l'emplacement où les fonctions du siège statutaire ont réellement lieu sans s'assurer que la situation de ces fonctions est vérifiable par les tiers constituait un critère erroné. Quant à la possibilité de vérification par des tiers, selon la Cour, ce critère recouvre les renseignements se trouvant dans le domaine public et ce qu'un tiers ordinaire pourrait apprendre lorsqu'il traite avec la société.

La Cour a renvoyé à la décision *re Tri-Continental Exchange Ltd.*¹⁰ selon laquelle la charge de la preuve quand à la réfutation de la présomption [énoncée dans le paragraphe 3 de l'article 16 de la LTI] incombe à la personne qui affirme qu'une procédure particulière constitue la "procédure principale" et non à la personne qui soutient le contraire. La Cour a noté que les facteurs établis dans la décision *re Bear Stearns*¹¹ pour déterminer le centre des intérêts principaux, y compris la situation du siège social du débiteur, le lieu où se trouvent les personnes qui gèrent réellement cette dernière, la situation de ses principaux biens, la situation de la majorité des créanciers, ou d'une majorité d'entre eux qui seraient affectés par l'affaire, et le pays dont la législation serait applicable à la plupart des différends n'étaient définis dans aucune des exigences portant sur le caractère vérifiable des éléments. Par conséquent, cette décision ne reflète pas celle rendue dans l'affaire *Eurofood*.

L'administrateur judiciaire soutenait qu'en cas de fraude, la Cour devrait examiner non pas le centre des intérêts principaux de la société même mais bien celui des fraudeurs. La Cour a rejeté cet argument étant donné que la décision *Eurofood* confirmait qu'il existe une compétence juridictionnelle propre pour chaque débiteur qui constitue une entité juridiquement distincte et qu'il est improbable qu'une fraude soit vérifiable par les tiers.

La Cour a affirmé que le centre des intérêts principaux pertinent était celui de la société Y et qu'en l'absence de preuve du contraire déposée conformément au paragraphe 3 de l'article 16 de la LTI, ledit centre des intérêts principaux était présumé se trouver à Antigua puisque c'était l'emplacement du siège statutaire de la société Y. La Cour a en outre affirmé que la charge de la preuve de réfuter la présomption incombe à l'administrateur judiciaire et que cette présomption ne peut être écartée que par des facteurs objectifs vérifiables par des tiers.

⁸ Le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

⁹ *Bondi c. Bank of America, N.A. (In re Eurofood IFSC Ltd.)*, Case 341/04, 2006 E.C.R. I-3813, 2006 ECJ Celex Lexis 777, 2006 WL 1142304 (Cour de justice des Communautés européennes 2 mai 2006).

¹⁰ *In re Tri-Continental Exchange Ltd.*, 349 B.R. 629 (Bankr. E.D. Cal.2006), voir aussi CLOUT, décision 766.

¹¹ *In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd.*, 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2007), voir aussi CLOUT, décision 794.

3. Procédure principale ou non

Se fondant sur les principes utilisés pour apprécier le centre des intérêts principaux d'une société énoncés précédemment, la Cour a conclu que la procédure antiguaise était une procédure étrangère principale conformément à l'alinéa b) de l'article 2 de la LTI et que les liquidateurs avaient le droit d'être reconnus en tant que représentant étrangers conformément à l'alinéa d) de l'article 2 de la LTI. Elle a énoncé les faits que l'apparence publique de la société Y était celle d'une société antiguaise, y compris qu'elle n'était pas une société "boîte à lettres", que son siège social se trouvait à Antigua, que ses documents de commercialisation indiquaient sa présence à Antigua, qu'elle envoyait à Antigua des chèques tirés par des déposants, et offrait des installations bancaires privées à Antigua. La Cour a considéré que l'argument de l'administrateur judiciaire ne suffisait pas pour réfuter la présomption, bien qu'il ait été étayé par d'autres faits objectifs vérifiables par des tiers. En particulier, elle a conclu que la situation des fraudeurs principaux, le déroulement des réunions du conseil et le fait que les opérations de gestion réelles étaient effectuées par des employés situés aux États-Unis n'étaient pas vérifiables par des tiers. En outre, la Cour a considéré que ni la nationalité des administrateurs, ni la sous-traitance de certaines fonctions telles que la gestion réalisée par d'autres sociétés en vertu de contrats passés avec la société Y, n'avaient de répercussions sur le centre des intérêts principaux. Elle a également considéré que le fait que les biens de la société Y aient été situés hors d'Antigua importait peu à l'égard de son centre des intérêts principaux puisque la vaste majorité desdits biens ne se trouvait pas aux États-Unis et que la société Y s'occupait de l'investissement de fonds à l'échelle internationale.

4. Reconnaissance des administrateurs judiciaires en *common law*

La Cour a ensuite porté son attention sur la question de savoir si l'administrateur judiciaire pouvait obtenir reconnaissance en vertu de la *common law* étant donné que le CBIR lui-même reconnaît ne pas être applicable à un vaste éventail de sociétés. La Cour a noté que la *common law* devrait compléter le CBIR et que s'il était établi, comme en l'espèce, qu'un liquidateur avait été dûment nommé sur le lieu de la constitution d'une société et investi du pouvoir et de l'obligation de recueillir les biens au nom de tous les créanciers, alors sauf circonstances exceptionnelles, il devrait poursuivre ses travaux, sans ingérence extérieure, pour promouvoir la politique générale d'universalisme selon laquelle il devrait exister une procédure collective à laquelle l'ensemble des créanciers avaient le droit de participer, sans égard au lieu où ils se trouvaient. La Cour a décidé que l'administrateur judiciaire ne devrait pas être reconnu dans la mesure où sa nomination portait sur les biens de la société Y, mais devrait l'être à l'égard de M. X et de ses autres sociétés puisque le lien qu'il avait avec les États-Unis était important. Le siège statutaire de l'une de ces sociétés se trouvait à Antigua, mais contrairement à la société Y, la majorité de ses employés se trouvaient aux États-Unis où elle était également exploitée et tenait ses comptes de courtage. Les autres sociétés appartenant à M. X étaient constituées aux États-Unis et la Cour a considéré que leur lien étroit avec ce pays était manifeste.

Décision 924: LTI 2 a), 2 b), 2 d), 6, 16-3

États-Unis: U.S. District Court for the Eastern District of Virginia

N° 07-51040-SCS

In re Jonathan A. Loy

18 décembre 2007

Original en anglais

Publiée en anglais:

380 B.R. 154

Résumé établi par Susan Block-Lieb

[mots clefs: centre des intérêts principaux, procédure étrangère principale-détermination, représentant étranger, présomption-centre des intérêts principaux, ordre public]

Le représentant de l'insolvabilité (le "représentant étranger") d'une procédure d'insolvabilité anglaise ("procédure étrangère") a demandé la reconnaissance de la procédure étrangère en tant que "procédure étrangère principale" conformément à la loi d'adoption de la LTI aux États-Unis d'Amérique¹². Le débiteur, citoyen britannique, a quitté l'Angleterre avec son épouse pour s'installer à Hampton (États-Unis) où il possédait un bien immobilier (la "propriété située à Hampton"). Avant de déposer une demande de reconnaissance, le représentant étranger a demandé une litispendance¹³ à l'égard de la propriété située à Hampton devant la Cour de district, cherchant à vendre la propriété située à Hampton pour éteindre les dettes du débiteur dans le cadre de la procédure étrangère. Le débiteur s'est opposé à la demande de reconnaissance au motif que la demande de litispendance avait été présentée de façon erronée et qu'en vertu de la théorie des "mains propres", le représentant étranger devrait être empêché d'obtenir toute mesure disponible connexe à la propriété située à Hampton, y compris la reconnaissance de la procédure étrangère en vertu du Chapitre 15. Le tribunal des faillites a conclu que le représentant étranger était un "représentant étranger" au sens du paragraphe 24 de l'article 101 du Titre 11 du Code des États-Unis [correspond à l'alinéa d) de l'article 2 de la LTI] et que la procédure étrangère constituait une "procédure étrangère" telle que la définit le paragraphe 23 de l'article 101 du Titre 11 du Code des États-Unis [alinéa a) de l'article 2 de la LTI]. La Cour a en outre conclu que le "centre des intérêts principaux" du débiteur au sens du paragraphe 3 de l'article 13 de la LTI était le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et que la procédure étrangère constituait une procédure étrangère principale conformément au paragraphe 4 de l'article 1502 du Titre 11 du Code des États-Unis [alinéa b) de l'article 2 de la LTI] à la lumière du fait que le débiteur et son épouse résidaient temporairement aux États-Unis et devaient retourner au Royaume-Uni d'ici la fin de l'année au cours de laquelle l'audition de la question de la reconnaissance avait eu lieu. La Cour a également considéré comme important le fait que la presque totalité des créanciers du débiteur se trouvaient au Royaume-Uni et que le droit anglais régissait la procédure étrangère en cours contre le débiteur. Bien que reconnaissant que le débiteur possédait des biens au Royaume-Uni, en France et aux États-Unis, la Cour a considéré que la présence de la propriété située à Hampton aux États-Unis n'était pas un élément dont le poids excédait celui des autres facteurs. Pour trancher la question du centre des intérêts principaux, la Cour a tenu compte des facteurs énumérés dans les décisions rendues dans les affaires *Bear Stearns*¹⁴ et *SpHinX*¹⁵.

Quant à l'argument du débiteur concernant l'absence de bien fondé de la demande d'une litispendance avant la reconnaissance de la procédure étrangère, le tribunal de la faillite s'est rallié à la décision rendue dans l'affaire *Iida c. Kitahara*¹⁶ selon

¹² Chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, "Chapitre 15".

¹³ Une litispendance est un avis écrit selon lequel des poursuites ont été entamées à l'égard du titre d'un bien immobilier ou d'un intérêt dans ledit bien. La litispendance (ou avis d'instance en cours) est déposée au greffe du tribunal, son dépôt est attesté puis inscrit au greffe du comté.

¹⁴ Voir *supra* note 11.

¹⁵ In *re SpHinX*, 351 B.R. 103 (Bankr. S.D.N.Y. 2006), voir aussi CLOUT 768.

¹⁶ *Iida c. Kitahara* (In *re Iida*), 377 B.R. 243, 257 (Bankr. 9th Cir. 2007), voir aussi CLOUT 761.

laquelle un représentant étranger doit d'abord s'adresser au tribunal de la faillite et recevoir une reconnaissance de son jugement étranger en vertu du Chapitre 15 avant de faire appel à la courtoisie internationale ou à la coopération devant un tribunal des États-Unis. Cependant, selon la Cour, la demande de litispendance n'implique pas la courtoisie internationale ou la coopération de la Cour. Elle a décrit une litispendance comme un mécanisme conçu pour informer le public de l'existence d'une instance en cours à l'égard d'un bien particulier, et du fait que tout intérêt acquis concernant ce bien sera soumis au résultat de ladite instance en cours. Par conséquent, la Cour n'a pas considéré le dépôt d'une demande de litispendance comme un obstacle à la capacité du représentant étranger d'obtenir la reconnaissance de la procédure étrangère. Elle a en outre refusé de rejeter la reconnaissance au motif des "mains sales" du représentant étranger car elle a considéré que les contreparties équitables généralisées se trouvaient hors de la portée d'une décision sur la reconnaissance, dont les motifs sont fixés clairement par la loi. À cet égard, la Cour n'a relevé aucun élément qui lui permettrait d'invoquer l'exception d'ordre public en vertu de l'article 1506 du Titre 11 du Code des États-Unis [article 6 de la LTI]. À titre subsidiaire, le tribunal de la faillite a également refusé d'interdire au débiteur de faire valoir ses droits à l'égard de la propriété située à Hampton. Parce qu'une injonction préalable au dépôt constituerait un recours draconien, et parce que le représentant étranger n'avait établi aucune des conduites préalables au dépôt réputées pertinentes pour une telle injonction par les tribunaux antérieurs, la Cour a refusé d'interdire au débiteur d'entamer des poursuites ou de lui intimer de n'engager des poursuites qu'à l'encontre du représentant étranger dans les limites du tribunal de la faillite.

Décision 925: LTI 2 b), 2 c), 2 d), 15, 16-1, 16-3, 17

États-Unis: U.S. District Court for the Southern District of New York

N° 07-13765 (SMB)

In re Oversight and Control Commission of Avanzit, S.A.

18 avril 2008

Original en anglais

Publiée en anglais:

385 B.R. 525, 59 Collier Bankr. Cas. 2d 879, 49 Bankr. Ct. Dec. 260

Résumé établi par Susan Block-Lieb

[mots clefs: centre des intérêts principaux, objet-LTI, présomption-centre des intérêts principaux, procédure étrangère non principale, procédure étrangère principale-décision, représentant étranger]

Le représentant de l'insolvabilité espagnol ("représentant étranger") a demandé la reconnaissance d'une *suspensión de pagos*, procédure d'insolvabilité espagnole ("procédure étrangère"), en tant que "procédure étrangère principale" conformément à la loi d'adoption de la LTI aux États-Unis d'Amérique¹⁷. Un associé du débiteur s'est opposé à la demande de reconnaissance au motif que la procédure étrangère n'était plus une "procédure étrangère" pouvant être reconnue puisque le *convenio* (le plan de remboursement) convenu dans le cadre de la procédure étrangère avait été approuvé par le tribunal espagnol (le "tribunal étranger"). Effectuant une comparaison entre un débiteur tenu par un *convenio* approuvé par un tribunal et un débiteur non dessaisi tenu au respect d'un plan de redressement confirmé en vertu du Chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis¹⁸, la Cour a conclu qu'il existait encore un degré de compétence suffisant sur les affaires du débiteur bien qu'en

¹⁷ Voir *supra* note 12.

¹⁸ Voir *supra* note 7.

vertu du droit espagnol, le représentant étranger n'ait pas été autorisé à s'ingérer dans l'exploitation du débiteur sauf en cas de défaut prévu par les modalités du *convenio*. Cependant, comme les modalités du *convenio* exigeaient du débiteur qu'il effectue les paiements pendant deux ans, et prévoyaient qu'en cas de défaut de respect dudit *convenio* le débiteur pourrait être mis en liquidation par le tribunal étranger, la Cour a estimé qu'il existait encore une "procédure étrangère" suffisante pour justifier la reconnaissance en vertu du Chapitre 15. Elle a noté que le terme "pending" (en cours) tel qu'il est utilisé dans les paragraphes 4 et 5 de l'article 1502(4) 1502(5) du Titre 11 du Code des États-Unis [correspond aux alinéas b) et c) de l'article 2], signifiait "à lieu" [tel que l'expression est utilisée dans la LTI]. La Cour était d'avis qu'il serait contraire au principe du Chapitre 15 d'interpréter l'expression "procédure étrangère" de façon à éliminer la possibilité de reconnaissance au moment où la nécessité d'une coopération, de certitude, d'équité, de valeur des biens et de mesures financières est la plus urgente au seul motif que le débiteur a obtenu gain de cause quant au redressement.

Après avoir conclu qu'il existait encore une "procédure étrangère", la Cour a conclu que le "centre des intérêts principaux" du débiteur se situait en Espagne [conformément au paragraphe 3 de l'article 16 de la LTI] et que la procédure étrangère était par conséquent une "procédure étrangère principale". Le débiteur était une société organisée en vertu du droit espagnol. Son adresse officielle était en Espagne et elle louait un vaste immeuble de bureaux à Madrid pour y administrer ses affaires. La Cour a déclaré que le représentant étranger satisfaisait à la définition d'un "représentant étranger", et par conséquent "une personne ou un organe", prévue au paragraphe 24 de l'article 101 du Titre 11 du Code des États-Unis [alinéa d) de l'article 2 de la LTI], puisqu'il prenait naissance dans le *convenio* approuvé par le tribunal étranger aux fins expresses de protéger les intérêts des créanciers et de veiller à ce que le débiteur s'acquitte de ses obligations de paiement. La Cour a noté que ni le Code des faillites des États-Unis, ni la LTI, ne définissent le terme "organe" mais que le contexte suggère que cela pourrait inclure une personne fictive créée par une autorité judiciaire, telle que ce représentant étranger. Renvoyant aux articles 1515 et 1517, et à l'alinéa a) de l'article 1516 Titre 11 du Code des États-Unis [articles 15 et 17, et paragraphe 1 de l'article 16 de la LTI], la Cour a conclu que la demande satisfaisait aux autres exigences concernant la reconnaissance.

Décision 926: LTI 2 b), 19, 21

États-Unis: U.S. District Court for the Central District of California
N° LA08-17043SB, LA08-17049SB, LA08-17054SB

In re Pro-Fit International Limited

30 juin 2008

Original en anglais

Publiée en anglais:

391 B.R. 850

Résumé établi par Susan Block-Lieb

[mots clefs: créanciers-protection des, procédure étrangère principale-détermination, interprétation-origine internationale, mesures provisoires]

Les représentants étrangers conjoints du débiteur ont déposé une demande de reconnaissance de l'administration ("procédure étrangère"), par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, de trois sociétés ayant un lien entre elles (collectivement "le débiteur") comme procédure étrangère principale conformément au paragraphe 4 de l'article 1502 de la loi d'adoption de la LTI aux États-Unis

d'Amérique¹⁹ [correspond à l'alinéa b) de l'article 2 de la LTI], et l'octroi de mesures provisoires telles qu'elles sont prévues à l'article 1519 du Titre 11 du Code des États-Unis [article 19 de la LTI] en attendant l'audition de la demande de reconnaissance. Un créancier s'est opposé à la demande, sur la base de motifs procéduraux, alléguant que les mesures provisoires ne pouvaient être accordées que si les représentants étrangers conjoints satisfaisaient aux normes pour l'obtention d'une injonction préliminaire, à savoir qu'ils établissent la probabilité d'avoir gain de cause quant aux mérites ou à la possibilité de dommages irréparables, ou qu'ils prouvent l'existence de questions de fond quant au mérite et au fait qu'ils couraient le plus de risques de subir des préjudices. Qui plus est, selon les règles de procédure normalement applicables devant les tribunaux fédéraux, les allégations connexes à une injonction préliminaire ou à une ordonnance de sursis à exécution temporaire doivent être détaillées et précises.

La Cour a refusé d'importer ces exigences dans les recours provisoires accordés conformément à l'article 1519 du Titre 11 du Code des États-Unis [article 19 de la LTI]. Parce que les représentants étrangers conjoints avaient demandé la simple suspension automatique du droit américain prévue par l'article 362 du Titre 11 du Code des États-Unis au débiteur et à ses biens en attendant l'issue de l'audition de la demande de reconnaissance et non une injonction ou un sursis à exécution, la Cour a jugé inapproprié d'appliquer l'ensemble des exigences liées à l'obtention d'une injonction.

Dans son analyse, la Cour, selon l'article 1508 du Titre 11 du Code des États-Unis, a tenu compte de l'interprétation du Chapitre 15 mais a conclu que la question qu'elle devait trancher ne faisait pas appel aux dispositions de la LTI mais à des dispositions spécifiquement ajoutées par le législateur américain lors de l'adoption de la LTI aux États-Unis. La Cour a indiqué que même en interprétant l'alinéa e)²⁰ de l'article 1521 du Titre 11 du Code des États-Unis [article 21 de la LTI, mais pas d'alinéa correspondant dans la LTI] de façon plus restreinte, l'utilisation de l'article 262 du Titre 11 du Code des États-Unis dans le cadre d'une affaire fondée sur le Chapitre 15 ne permettait pas d'accorder une injonction qui exige une procédure contradictoire. Elle a renvoyé à l'affaire *Ho Seok Lee*²¹.

Décision 927: LTI 2 a), 2 b), 2 e), 8, 15, 16-3

États-Unis: U.S. Bankruptcy Court for the District of Nevada
N° BK-S-08-21594 BAM

In re Betcorp Limited (In Liquidation)

9 février 2009

Original en anglais

Publiée en anglais:

400 B.R. 266

Résumé établi par Susan Block-Lieb

[mots clefs: centre des intérêts principaux, interprétation-origine internationale, objet-LTI, présomption-centre des intérêts principaux, procédure étrangère principale-détermination, représentant étranger]

¹⁹ Voir *supra* note 12.

²⁰ Aux termes de l'article 1521 du Titre 11 du Code des États-Unis: "[I]es normes, procédures et prescriptions applicables à une injonction s'appliqueront aux mesures énoncées aux alinéas 1), 2), 3) et 6) du paragraphe a)." (Traduction)

²¹ In *re Ho Seok Lee*, 348 B.R. 799 (Bankr. W. D. Wash. 2006), voir également CLOUT 754.

Empêché d'exploiter son entreprise par la loi américaine intitulée Unlawful Internet Gambling Enforcement Act, Pub. L. n° 109-347, 120 Stat. 1884 (codifiée aux articles 5361 à 5367 du Titre 31 du Code des États-Unis), le débiteur, une société australienne, a entamé une procédure volontaire de liquidation ("procédure étrangère") en Australie dans laquelle des représentants de l'insolvabilité ont été nommés ("représentants étrangers"). En 2008, les représentants étrangers ont demandé la reconnaissance en vertu de la loi d'adoption de la LTI aux États-Unis²². Une société américaine s'est opposée à la reconnaissance pour plusieurs motifs. En 2008, elle avait poursuivi le débiteur devant un tribunal du Nevada pour contrefaçon d'un brevet. La demande de reconnaissance de la procédure déposée par les représentants étrangers faisait suite à un échec des négociations avec cette société américaine à propos de la question de savoir si l'action en contrefaçon serait réglée au moyen de l'instance en cours devant le tribunal du Nevada ou de la procédure étrangère.

Dans son examen de la demande de reconnaissance, le tribunal a d'abord évalué la question de savoir si la procédure étrangère constituait une "procédure étrangère" au sens du paragraphe 23 de l'article 101 du Titre 11 du Code des États-Unis [correspond à l'alinéa a) de l'article 2 de la LTI]. Bien que la société américaine ait soutenu que la procédure étrangère ne constituait pas une "procédure étrangère" car il n'existait aucune poursuite judiciaire ou instance en Australie dans le cadre de laquelle un juge ou autre officier judiciaire supervisait directement les actions des représentants étrangers, le tribunal de la faillite a rejeté la notion selon laquelle la procédure étrangère n'était rien de plus qu'une cessation unilatérale de l'exploitation de l'entreprise suivie par un règlement des comptes non réglementé. Remarquant que le Chapitre 15 incorpore la LTI et qu'il faut, pour l'interpréter, tenir compte de son origine internationale conformément à l'article 1508 du Titre 11 du Code des États-Unis [article 8 de la LTI], le tribunal s'est référé au Guide d'incorporation de la LTI ainsi qu'au libellé simple du paragraphe 23 de l'article 101 du Titre 11 du Code des États-Unis [alinéa a) de l'article 2 de la LTI] pour conclure que l'expression "procédure étrangère" dépend de l'existence de sept facteurs qu'il a successivement examinés:

- i) *Existence d'une "procédure"* — La société américaine a soutenu que la procédure volontaire de liquidation ne pouvait être considérée comme une "procédure" sans l'existence d'une requête ou d'une demande déposée devant un tribunal. Pour écarter cet argument, le tribunal a examiné le Règlement CE en ce qu'il a trait à la procédure d'insolvabilité²³ et a conclu que le droit américain de l'insolvabilité définit lui aussi le terme "procédures" de façon large incluant les actes et formalités prévus en droit pour que les tribunaux, les commerçants et les créanciers puissent les connaître à l'avance. Il a conclu que la loi intitulée Australian Corporations Act qui régit les procédures volontaires de liquidation ainsi qu'une multitude d'autres procédures utilisées pour mettre fin à l'existence d'une société, constituait une "procédure" au sens du paragraphe 23 de l'article 101 du Titre 11 du Code des États-Unis [alinéa a) de l'article 2 de la LTI].

²² Voir *supra* note 12.

²³ Voir *supra* note 8.

- ii) *La procédure étrangère est-elle judiciaire ou administrative?* — Examinant de près le droit australien, le tribunal a conclu qu'une procédure volontaire de liquidation en Australie était généralement une procédure de nature administrative bien que dans certaines circonstances il soit temporairement plus exact de la qualifier de judiciaire.
- iii) *Il s'agit d'une procédure collective* — Définissant une "procédure collective" comme une procédure qui vise les droits et obligations de tous les créanciers, le tribunal a conclu que les procédures volontaires de liquidation en Australie étaient collectives. Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal a examiné la jurisprudence et les traités australiens portant sur le droit de ce pays.
- iv) *Située dans un pays étranger* — Le tribunal a conclu qu'il avait été satisfait à cette exigence puisque la première réunion des créanciers et des investisseurs du débiteur avait eu lieu en Australie sous les auspices du droit australien.
- v) *Autorisé ou réalisé en vertu de la législation connexe à l'insolvabilité ou à l'aménagement d'une dette* — Le tribunal a conclu qu'il avait été satisfait à ce critère à la lumière du fait que la loi intitulée Australian Corporations Act "réglemente l'intégralité du cycle de vie d'une société australienne" (traduction) et de la conclusion du Parlement australien selon laquelle cette loi était admissible en vertu de la LTI alors qu'il adoptait sa propre législation de mise en œuvre.
- vi) *Contrôle ou surveillance des biens et affaires du débiteur par le tribunal étranger* — Le tribunal a conclu que l'expression "tribunal étranger" définie de façon large dans le paragraphe 3 de l'article 1502 du Titre 11 du Code des États-Unis [alinéa e) de l'article 2 de la LTI] comme une "autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller" constituait une procédure étrangère. Il a conclu que les représentants étrangers contrôlaient la procédure volontaire de liquidation du débiteur et que l'Australian Securities and Investments Commission ("ASIC") (commission australienne des valeurs mobilières et de l'investissement), contrôlait les représentants étrangers. À titre subsidiaire, selon le tribunal, étant donné que les procédures volontaires de liquidation faisaient l'objet d'un contrôle judiciaire au cas où les représentants étrangers ou tout créancier lui demandaient de trancher toute question soulevée par la liquidation de la société, cela suffisait pour satisfaire à cette exigence.
- vii) *Objet de l'instance: redressement ou liquidation* — Se fondant sur la jurisprudence australienne, le tribunal a conclu qu'une procédure de liquidation cherche manifestement à liquider la société. Il a conclu que ce facteur était présent.

Le tribunal a ensuite examiné la question de savoir si cette “procédure étrangère” satisfaisait aux trois exigences applicables à la reconnaissance prévues à l’article 1517 du Titre 11 du Code des États-Unis [article 17 de la LTI]:

- i) *La “procédure étrangère” est-elle une “procédure étrangère principale” ou une “procédure étrangère non principale” au sens de l’article 1502 [article 2 de la LTI]? —* Le tribunal a noté que le paragraphe 4 de l’article 1502 du Titre 11 du Code des États-Unis [alinéa b) de l’article 2 de la LTI] définit une “procédure étrangère principale” comme une “procédure étrangère en cours dans le pays où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux”. Alors que le Code des faillites des États-Unis²⁴ ne définit pas spécifiquement le “centre des intérêts principaux”, le paragraphe c) de l’article 1516 du Titre 11 du Code des États-Unis [paragraphe 3 de l’article 16 de la LTI] prévoit que “Sauf preuve contraire, le siège statutaire du débiteur ... est présumé être le centre des intérêts principaux”. En l’espèce, le siège statutaire du débiteur a toujours été situé en Australie. Cependant, parce la société américaine avait déposé de bonne foi des preuves remettant ce fait en question, le tribunal a conclu qu’il ne pouvait se fonder sur la seule présomption et qu’il devait examiner l’ensemble de la preuve. Après avoir étudié la jurisprudence fondée sur le Chapitre 15 (*Basis Yield Alpha*²⁵, *Bear Stearns*²⁶, *SpHinx*²⁷ et *Tradex*²⁸) et la jurisprudence fondée sur le Règlement CE sur la procédure d’insolvabilité²⁹ (*Eurofood*³⁰, *BRAC Budget Rent-A-Car*³¹, *Collins & Aikman*³²), le tribunal a conclu que les décisions dans lesquelles les juges analysaient le centre des intérêts principaux prouvaient que les tribunaux n’appliquent pas de formule rigide, ni n’estiment de façon constante qu’un facteur particulier est déterminant mais qu’ils analysent un certain nombre de facteurs variés pour reconnaître avec objectivité le lieu où le débiteur a son lieu d’affaire principal. Après avoir également examiné la jurisprudence américaine, le tribunal a aussi conclu qu’il faut tenir compte des faits existant au moment du dépôt de la demande de reconnaissance pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur et ne pas se limiter à ses antécédents de fonctionnement. À cet égard, le tribunal était convaincu que la quasi-totalité de la preuve tendait vers la conclusion selon laquelle le centre des intérêts principaux du débiteur se trouvait en Australie. Le seul facteur contraire pertinent, soit le lieu où se trouvaient les créanciers du débiteur, n’avait pas plus de poids que les faits selon lesquels 91,4 % de ses actionnaires résidaient en Australie, 67,2 % de ses actions étaient détenues par des résidents australiens et tous ses administrateurs, sauf cinq, résidaient en Australie (et aucun aux États-Unis).

²⁴ Voir *supra* note 7.

²⁵ In *re Basis Yield Alpha Fund (Master)*, 381 B.R. 37 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), voir aussi CLOUT 789.

²⁶ Voir *supra* note 11.

²⁷ Voir *supra* note 15.

²⁸ In *re Tradex Swiss AG*, 384 B.R. 34 (Bankr. D. Mass. 2008), voir aussi CLOUT 791.

²⁹ Voir *supra* note 8.

³⁰ Voir *supra* note 9.

³¹ In *re BRAC Budget Rent- a-Car Int’l Inc.*, [223] EWHC 128 (Ch), 2003 WL 117146 (anglais).

³² *Collins & Aikman Corp Group*, [2005] EWHC (Ch) 1754, P 38, 2005 WL 4829623 (anglais).

- ii) *Le “représentant étranger” qui a présenté la demande de reconnaissance était une personne ou un organe* — Le tribunal a conclu que le représentant étranger était une personne.
- iii) *La demande satisfaisait aux exigences énoncées dans l'article 1515 du Titre 11 du Code des États-Unis [article 15 de la LTI]* — Là encore, à la lumière de la preuve dont il disposait, le tribunal a conclu en premier lieu que le représentant étranger avait déposé une demande de reconnaissance de la procédure étrangère pour laquelle il avait été nommé, ensuite que le représentant étranger avait établi, en présentant sa propre déclaration sous serment et une attestation de l'ASIC concernant sa nomination conformément au droit australien, l'existence de la procédure étrangère et sa nomination en qualité de représentant étranger dans cette procédure et, enfin, qu'une déclaration du représentant étranger selon laquelle la procédure volontaire de liquidation était la seule procédure étrangère concernant le débiteur.

Décision 928: LTI 21, 23

États-Unis: U.S. District Court for the Southern District of Mississippi

In re Condor Insurance Limited

N° 1:08CV639-LG-RHW

9 février 2009

Original en anglais

Publiée en anglais:

411 B.R. 314

Résumé établi par Susan Block-Lieb

[mots clefs: actions en annulation, objet-LTI]

Après la reconnaissance, en vertu de la législation adoptant la LTI aux États-Unis d'Amérique³³, d'une procédure d'insolvabilité dans la Fédération de Saint-Kitts-et-Nevis (“procédure étrangère”) concernant une compagnie d'assurance de Nevis, les représentants de l'insolvabilité (“représentants étrangers”) ont entamé une action devant le tribunal des faillites pour annuler, dans le contexte juridique de Nevis, des transferts vers une autre société dont ils alléguaient le caractère frauduleux. Cette société souhaitait que l'action soit rejetée au motif que les articles 1521 et 1523 du Titre 11 du Code des États-Unis [correspondent aux articles 21 et 23 de la LTI] n'autorisent pas les représentants étrangers à entamer des actions en annulation malgré la reconnaissance de la procédure étrangère mais permettent à un représentant étranger de n'entamer une telle action qu'après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu du droit des États-Unis. Le tribunal de la faillite a rejeté l'action³⁴. Les représentants étrangers ont interjeté appel en se fondant sur l'argument selon lequel les articles 1521 et 1523 du Titre 11 du Code des États-Unis [articles 21 et 23 de la LTI] ne limitent les pouvoirs dont jouit un représentant étranger d'entamer une action en résolution qu'en vertu du droit des États-Unis mais ne les limitent pas en vertu des lois étrangères en matière d'annulation.

En appel, la cour de district a confirmé la décision du tribunal de la faillite, notant que le Chapitre 15 a pour objet de promouvoir la coopération entre les tribunaux des États-Unis et ceux des pays étrangers pendant les procédures d'insolvabilité multinationales et de promouvoir une certitude juridique accrue concernant le commerce et les investissements conformément au paragraphe a) [1) et b)] de

³³ Voir *supra* note 12.

³⁴ *In re Condor Insurance Limited*, 2008 WL 2858943 (Bankr. S.D. Miss. 2008).

l'article 1501 du Titre 11 du Code des États-Unis [préambule, alinéas a) et b)]. Bien qu'elle ait convenu que le libellé simple des articles 1521 et 1523 du Titre 11 du Code des États-Unis [articles 21 et 23 de la LTI] n'empêchait pas expressément certaines actions particulières en annulation dans le contexte d'une affaire reposant sur le Chapitre 15 en vertu du droit des États-Unis, la Cour a également fondé sa décision sur l'examen des antécédents législatifs qui révèlent que l'article 1523 du Titre 11 du Code des États-Unis est, au fond, similaire à l'article 23 de la LTI mais comporte un libellé supplémentaire propre à l'insérer dans la procédure américaine du droit des faillites. Plus précisément, la prescription [prévue à l'article 1523] reflète les préoccupations soulevées par les membres de la délégation américaine au cours des discussions de la CNUDCI selon lesquelles la simple reconnaissance de la recevabilité pour entamer une action en annulation n'aborde pas les questions épineuses du choix entre le droit et le for. À la lumière de ces antécédents législatifs, la Cour a conclu que l'article 1523 du Titre 11 du Code des États-Unis avait pour objet d'exclure tous pouvoirs d'annulation, "que ce soit en vertu du droit américain ou du droit étranger." (Traduction). Puisque les représentants étrangers n'avaient pas entamé de procédure en vertu du Chapitre 7 ou 11 du Code des faillites des États-Unis³⁵, la Cour a confirmé l'ordonnance rendue par le tribunal de la faillite.

Décision 929: LTI 2 b), 2 c), 2 f), 8, 16-3, 17-1 a), 17-1 b), 17-1 c)

États-Unis: U.S. District Court for the Southern District of Texas

N° H-08-1961

Lavie v. Ran

30 mars 2009

Original en anglais

Publiée en anglais:

406 B.R. 277, 61 Collier Bankr. Cas. 2d (MB) 913

Résumé établi par Susan Block-Lieb

[mots clefs: centre des intérêts principaux, établissement, interprétation-origine internationale, objet-LTI, présomption-centre des intérêts principaux, procédure étrangère principale-détermination, représentant étranger]

Le débiteur était président-directeur général d'une société israélienne qui s'est trouvée face à des difficultés financières. Le débiteur a quitté l'Israël en 1997 pour s'installer au Texas. Une procédure d'insolvabilité non volontaire ("procédure étrangère") a été introduite contre le débiteur en Israël en 1997. Le tribunal israélien a déclaré le débiteur insolvable, nommé un représentant de l'insolvabilité de son patrimoine ("représentant étranger") et ordonné la liquidation du patrimoine du débiteur. En 2006, près de dix ans après l'émigration du débiteur et de sa famille aux États-Unis d'Amérique et plus de sept ans après avoir été nommé pour s'occuper des affaires du débiteur, le représentant étranger a déposé une demande devant le tribunal des États-Unis visant à faire reconnaître la procédure étrangère soit comme une procédure étrangère principale, soit comme une procédure étrangère non principale en vertu de la loi d'adoption de la LTI dans le droit des États-Unis³⁶. Le tribunal de la faillite a rejeté la demande³⁷ et le représentant étranger a interjeté appel devant la Cour de district qui a renvoyé l'affaire aux fins de conclusions de

³⁵ Voir *supra* note 7.

³⁶ Voir *supra* note 12.

³⁷ La décision n'est pas publiée.

fait supplémentaires³⁸. Sur renvoi, le tribunal de la faillite a de nouveau refusé de reconnaître la procédure étrangère soit comme une procédure étrangère principale, soit comme une procédure étrangère non principale³⁹. Le représentant étranger a de nouveau interjeté appel. La Cour de district a confirmé la décision du tribunal de la faillite portant refus de reconnaissance.

Dans son analyse, la Cour a centré son attention sur la question de savoir si la procédure étrangère constituait une procédure principale ou une procédure non principale puisque la conformité aux exigences applicables à la reconnaissance d'une procédure étrangère prévues à l'alinéa a) de l'article 1517 du Titre 11 du Code des États-Unis [correspond aux alinéas a) à c) de l'article 17 de la LTI] n'était pas en litige. La Cour a noté que pour être reconnue, et pour que les mesures prévues à l'alinéa a) de l'article 1517 du Titre 11 du Code des États-Unis [alinéas 1 a) à c) de l'article 17 de la LTI] puissent être accordées, une procédure étrangère doit être décrite soit comme une procédure étrangère principale, soit comme une procédure étrangère non principale.

La Cour a en outre noté que les tribunaux américains ont principalement interprété le concept de "centre des intérêts principaux", qui est essentiel à la conclusion de l'existence d'une "procédure étrangère principale", conformément au paragraphe 4 de l'article 1502 du Titre 11 du Code des États-Unis [alinéa b) de l'article 2 de la LTI], dans le contexte des sociétés débitrices. La Cour a également noté que ni le Chapitre 15, ni la LTI ne définit explicitement la notion de "centre des intérêts principaux" mais que ces deux législations fournissent une présomption réfragable à l'égard du centre des intérêts principaux [respectivement à l'alinéa c) de l'article 1516 du Titre 11 du Code des États-Unis et au paragraphe 3) de l'article 16 de la LTI]. La Cour a ensuite examiné les facteurs pertinents tels que l'emplacement des actifs principaux du débiteur, le lieu où se trouvaient la majorité de ses créanciers qui auraient des répercussions sur l'affaire et le droit qui s'appliquerait pour régler la plupart des différends. Elle a noté que dans le seul cas de l'interprétation du Chapitre 15, elle devrait envisager son origine internationale et la nécessité de promouvoir conformément à l'article 1508 du Titre 11 du Code des États-Unis [Art. 8 de la LTI], une application du Chapitre 15 correspondant à celle de lois similaires adoptées par des pays étrangers. En raison de la rareté de la jurisprudence fondée sur le droit des États-Unis, la Cour a ensuite étudié la jurisprudence très similaire des tribunaux européens au niveau de l'interprétation de la notion de centre des intérêts principaux en vertu du règlement CE⁴⁰. Selon cette interprétation, le centre des intérêts principaux d'un débiteur particulier est sa résidence habituelle ou permanente. La Cour a noté que ces tribunaux examinent la question de savoir si le débiteur a l'intention de demeurer au même endroit à titre permanent et, ce faisant, examine la durée passée dans le lieu et les liens professionnels ou familiaux du débiteur dans la région. Citant la décision *SpHinx*⁴¹, la Cour a en outre noté que la détermination, par un tribunal étranger, que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouvait dans son ressort ne liait pas un tribunal américain mais que le Chapitre 15 exigeait que ce dernier rende une décision indépendante au moment où la demande de reconnaissance lui est présentée. Rejetant l'argument selon lequel le centre des intérêts principaux du débiteur était situé en Israël, la Cour a noté que le débiteur i) avait quitté l'Israël près de dix ans avant la présentation de la demande de reconnaissance de la

³⁸ *Lavie c. Ran*, 384 B.R. 469 (S.D. Tex. 2008).

³⁹ *Lavie c. Ran*, 390 B.R. 257 (S.D. Tex. 2008).

⁴⁰ Voir *supra* note 8.

⁴¹ Voir *supra* note 15.

procédure étrangère par le représentant étranger, ii) avait son emploi et sa résidence au Texas, iii) avait ses finances exclusivement au Texas, et n'avait fait état d'aucune intention de retourner en Israël; fait que la Cour a réputé crédible à la lumière du témoignage selon lequel si le débiteur retournait en Israël, il risquait de mettre sa vie ou celle des membres de sa famille en danger.

En ce qui concerne le concept d'un "établissement" en Israël conformément au paragraphe 2 de l'article 1502 du Titre 11 du Code des États-Unis [alinéa f) de l'article 2 de la LTI], nécessaire pour conclure que la procédure étrangère était une "procédure étrangère non principale" conformément au paragraphe 5 de l'article 1502 du Titre 11 du Code des États-Unis [alinéa c) de l'article 2 de la LTI], la Cour a conclu que le débiteur ne possédait ni "lieu d'opérations", ni "activité économique" en Israël, rejetant l'argument du représentant étranger selon lequel la procédure étrangère même constituait une telle activité. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a souligné que la procédure était non volontaire et se déroulait en l'absence du débiteur. Dans le cas d'un débiteur individuel, selon la Cour: "on peut présumer qu'un lieu d'affaire correspondra avec une résidence secondaire ou peut-être avec un lieu d'emploi" (traduction) ou une autre forme d'activité volontaire. Puisque le débiteur ne possédait ni l'un, ni l'autre en Israël et ne réalisait aucune activité volontaire non transitoire dans ce pays, la Cour a conclu qu'aucun "établissement" ne s'y trouvait.

Dans sa conclusion, la Cour a reconnu que l'annulation ou la tentative d'annulation des dettes d'un débiteur au moyen d'un déménagement présente un certain degré d'injustice mais qu'une prompte demande de reconnaissance pourrait éviter des résultats similaires à l'avenir.
