



# Assemblée générale

Distr. limitée  
30 août 2010  
Français  
Original: anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
**Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)**  
**Trente-neuvième session**  
Vienne, 6-10 décembre 2010

## Droit de l'insolvabilité

### Interprétation et application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux

#### Note du Secrétariat

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Interprétation et application de concepts en rapport avec le centre des intérêts principaux ( <i>suite</i> ) . . . . .	1-43	2
D. Reconnaissance ( <i>suite</i> ) . . . . .	1-43	2
2. Procédure principale et non principale. . . . .	1-3	2
3. Détermination du centre des intérêts principaux – article 16 Présomptions . . . . .	4-37	2
4. Établissement. . . . .	38-43	13
Annexe . . . . .		15



## **I. Interprétation et application de concepts en rapport avec le centre des intérêts principaux (*suite*)**

### **D. Reconnaissance (*suite*)**

#### **2. Procédure principale et non principale**

1. L'article 17 de la Loi type prévoit qu'une procédure étrangère, au sens de l'alinéa a) de l'article 2, est reconnue soit en tant que procédure étrangère principale, soit en tant que procédure étrangère non principale.

2. Dans l'affaire *Yuval Ran*, la cour d'appel des États-Unis a fait observer que, pour être reconnue et pour que les mesures prévues à l'article 17 puissent être accordées, une procédure étrangère devait être décrite soit comme une procédure étrangère principale, soit comme une procédure étrangère non principale. Si elle n'est ni l'une ni l'autre, dit la cour, elle ne peut tout simplement pas être reconnue<sup>1</sup>. Le paragraphe 2 de l'article 17 de la Loi type ne prévoit que la reconnaissance de ces deux types de procédure; une procédure ouverte en raison de la présence de biens ne peut être reconnue, même si la présence de biens peut constituer une raison suffisante pour entamer une procédure locale après reconnaissance d'une procédure étrangère principale<sup>2</sup>.

#### **a) Questions à examiner**

3. La proposition des États-Unis note qu'un tribunal doit être compétent pour pouvoir agir et statuer sur les questions qui lui sont présentées. Deux questions se posent à cet égard:

a) Un tribunal devrait-il être fondé à considérer, comme condition préalable à la reconnaissance, qu'une procédure au titre de la Loi type est une procédure étrangère principale ou une procédure étrangère non principale? et

b) La procédure à établir devrait-elle l'être pour procéder à cette détermination de manière claire et nette et un menu d'options devrait-il être élaboré, de façon que le processus puisse être harmonisé dans la mesure du possible?<sup>3</sup>

#### **3. Détermination du centre des intérêts principaux – article 16 Présomptions**

4. L'article 16 de la Loi type établit une présomption que le tribunal peut invoquer pour déterminer le centre des intérêts principaux. Le paragraphe 3 prévoit que, sauf preuve contraire, le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumée être le centre de ses intérêts principaux. Le paragraphe 122 du Guide pour l'incorporation énonce clairement que l'article 16 établit des présomptions permettant au tribunal d'accélérer le processus relatif à la preuve, ce qui n'empêche pas, conformément au droit procédural applicable, la demande ou l'évaluation d'autres preuves si la conclusion découlant de la présomption est mise en doute par ledit tribunal ou par une partie intéressée.

---

<sup>1</sup> Affaire *Yuval Ran* (2010), p. 6.

<sup>2</sup> Voir article 28. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur qui sont situés dans l'État d'ouverture.

<sup>3</sup> A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 67.

**a) Réfutation de la présomption et de la charge de la preuve**

5. Un certain nombre de cas ont soulevé des questions qui ont trait à la détermination du centre des intérêts principaux et à l'interprétation de la présomption visée à l'article 16. Les questions particulières soulevées concernent la réfutation de la présomption et les facteurs qui seraient pertinents à cet égard, notamment dans le cas d'une société débitrice. Sachant que le Règlement du Conseil de l'Europe (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le Règlement CE) utilise un concept similaire, les cas en relation avec le centre des intérêts principaux sur lesquels il a été statué en application de ce Règlement peuvent être pertinents pour l'interprétation de la Loi type, conformément à l'article 8. Le Guide pour l'incorporation note que la notion de centre des intérêts principaux correspond à la formulation faite à l'article 3 de la convention qui était le précurseur du Règlement CE et reconnaît qu'il est souhaitable de "renforcer l'harmonisation en cours quant à la notion de procédure "principale"<sup>4</sup>. Le Groupe de travail se souviendra que si les concepts sont similaires dans les deux textes, ils ont en revanche un objectif différent. La détermination du centre des intérêts principaux dans le Règlement CE porte sur l'État dans lequel la procédure principale devrait être entamée. Dans la Loi type, elle porte sur les effets de la reconnaissance, qui priment par rapport aux mesures disponibles pour faciliter la procédure étrangère.

*i) Décisions rendues dans l'Union européenne*

6. Dans l'affaire principale examinée au titre du Règlement CE, *Eurofood*, la Cour de justice des Communautés européennes a statué que le centre des intérêts principaux d'*Eurofood* était en Irlande parce que la présomption concernant le siège statutaire n'avait pas été réfutée. Selon la Cour, "pour la détermination du centre des intérêts principaux d'une société débitrice, la présomption simple prévue par le législateur communautaire au bénéfice du siège statutaire ... ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter"<sup>5</sup>.

7. En examinant la présomption, la Cour a laissé entendre qu'elle pouvait être écartée 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. En revanche, "le simple fait" qu'une société mère fasse des choix économiques (par exemple pour des raisons fiscales) concernant l'emplacement du siège statutaire d'une filiale ne suffirait pas pour écarter la présomption<sup>6</sup>.

8. *Eurofood* accorde une très grande importance à la nécessité de prévisibilité dans la détermination du centre des intérêts principaux d'un débiteur.

<sup>4</sup> Voir A/52/17, par. 153, où il est indiqué que "l'interprétation du terme dans le contexte de la convention serait également utile dans le contexte des Dispositions types". Il faut noter que le Règlement CE ne définit pas le centre des intérêts principaux, mais prévoit, dans le considérant 13, que le terme devrait correspondre "au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers". Voir également *Guide pour l'incorporation*, par. 18 et 30.

<sup>5</sup> *Eurofood*, par. 34.

<sup>6</sup> Ibid.

9. Un certain nombre d'autres décisions rendues au titre du Règlement CE sont présentées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 13 à 34.

ii) *Décisions rendues au titre de la Loi type*

10. Dans l'affaire *Bear Stearns*, le tribunal des États-Unis a examiné plus avant la question de la détermination du centre des intérêts principaux d'un débiteur. La demande de reconnaissance concernait une société de droit caïmanais qui avait été placée en liquidation provisoire dans ce pays.

11. Notant qu'au chapitre 15, le mot "preuve" avait été remplacé à l'article 16 par les mots "documents soumis à l'appui", le juge a évoqué l'histoire législative, qui expliquait que le changement visait à bien faire comprendre, en utilisant la terminologie des États-Unis, que la charge de la preuve incombait en dernière analyse au représentant étranger.

12. Le juge a en outre déclaré que:

"La présomption que le siège statutaire est également le centre des intérêts principaux du débiteur est incluse pour permettre une présentation rapide et pratique des preuves en l'absence de sérieuse controverse."<sup>7</sup>

Cette approche a permis et encouragé une procédure rapide dans des affaires où la rapidité était essentielle, tout en laissant ouverte la question du "véritable" centre des intérêts principaux du débiteur dans celles où les faits étaient plus sujets à caution. Le juge a ajouté que "la présomption n'est pas la solution préconisée lorsqu'existe une distinction entre le pays où une société est constituée et son véritable siège"<sup>8</sup>.

13. En appel, la cour d'appel a confirmé la décision de première instance, à savoir que la charge d'écarter la présomption incombe au représentant étranger et que le tribunal a le devoir, en toute indépendance, de déterminer si cette décision a été exécutée, qu'une partie s'y oppose ou non<sup>9</sup>.

14. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, le tribunal anglais a noté que la jurisprudence américaine ne prenait pas en considération le fait que le centre des intérêts principaux de la société devait être vérifiable par les créanciers, à la différence du Règlement CE, qui prévoyait que le centre des intérêts principaux était le lieu où le débiteur gérait habituellement ses intérêts et qui était "donc vérifiable par les tiers". Il a conclu que, puisque le siège statutaire de la Stanford International Bank se situait à Antigua, c'était au séquestre américain qu'il appartenait de renverser la présomption et que celle-ci ne pourrait l'être que par des facteurs objectifs. Ces facteurs objectifs ne compteraient que s'ils étaient eux aussi vérifiables par des tiers, s'ils étaient dans le domaine public et s'ils correspondaient à ce que les tiers pourraient apprendre dans le cours de relations d'affaires normales avec la société<sup>10</sup>. Il s'ensuit, dit le tribunal, que la charge de la preuve du lieu du centre des intérêts principaux n'incombe jamais à la partie qui conteste l'ouverture d'une "procédure principale" et qu'il appartient uniquement à cette dernière

<sup>7</sup> HR Rep n° 31, 109<sup>e</sup> Congrès, première session 1516, 2005.

<sup>8</sup> *Bear Stearns*, p. 128.

<sup>9</sup> *Bear Stearns* (en appel).

<sup>10</sup> *Stanford International Bank*, par. 62.

d'apporter la preuve que le siège statutaire est différent du centre des intérêts principaux.

15. En appel, la cour a confirmé la décision de première instance. Ayant pris en compte à la fois les affaires relatives aux centres des intérêts principaux en Europe et aux États-Unis, le président du tribunal a exprimé l'avis qu'une même expression employée dans différents documents pouvait avoir des sens différents selon les contextes dans lesquels elle l'était. Toutefois, il ne voyait, dans les contextes respectifs (Union européenne et États-Unis), rien qui justifiait que l'on donne différents sens: dans les deux cas, l'expression a été employée pour identifier la procédure qui aurait priorité sur la procédure similaire dans d'autres pays. Dans les deux cas, a indiqué le juge, le problème était que les personnes qui avaient affaire au débiteur devaient être en mesure de savoir, avant l'insolvabilité, quel système juridique s'appliquerait à l'insolvabilité de leur cocontractant.

“Ce serait absurde si le centre des intérêts principaux d'une société qui a son siège statutaire, disons en Espagne, et qui est en liquidation en Espagne et aux États-Unis, devrait être différent selon que le tribunal anglais applique la Loi type de la CNUDCI pour une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère principale formulée par les liquidateurs américains ou le Règlement CE pour décider s'il y a lieu de faire droit à une pétition appelant à la liquidation de la société espagnole [en Angleterre].”<sup>11</sup>

16. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, les autres juges du tribunal d'appel ont adopté des méthodes légèrement différentes concernant la pertinence de la vérification par des tiers. Les observations faites pourraient donner à penser qu'il est demandé au tribunal de juger objectivement, sur la base des éléments de preuve qui lui sont présentés, de l'emplacement du centre des intérêts principaux du débiteur, au lieu de fonder ce jugement sur des éléments de preuve qui peuvent être effectivement vérifiés par les créanciers et d'autres parties intéressées ayant eu affaire avec le débiteur au cours de son parcours dans les milieux d'affaires.

17. Dans l'affaire *Fairfield Sentry*, la reconnaissance aux États-Unis d'une procédure dont était saisi le tribunal des îles Vierges britanniques a été demandée. Les débiteurs étaient immatriculés et avaient leur siège statutaire dans les îles Vierges britanniques, mais ils avaient cessé d'exercer leurs activités quelques mois avant l'ouverture de la procédure, celles qu'ils exerçaient encore ne l'étant que dans le cadre de la liquidation de leur société. Le tribunal a conclu que, même si les débiteurs exerçaient leurs activités au niveau international, leur “centre névralgique” administratif avait très vraisemblablement été pendant un certain temps aux îles Vierges britanniques. Il a cité la récente décision dans l'affaire *Hertz Corp. c. Friend*, dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a statué que “l'expression “lieu principal d'activité”, conformément à la législation américaine, s'entendait du lieu où les hauts responsables d'une société dirigent, contrôlent et coordonnent l'activité de celle-ci, autrement dit son ‘centre névralgique’, qui se trouve généralement à son siège. [...] en pratique, il devrait normalement s'agir du lieu où la société a son siège – étant entendu que le siège est le centre effectif de direction, de contrôle et de coordination, c'est-à-dire le ‘centre névralgique’, et pas simplement un bureau où la société tient les réunions de son conseil (auxquelles

<sup>11</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 54.

participent, par exemple, des directeurs et des cadres qui s'y sont déplacés pour l'occasion). S'il ressort des actes de la société une tentative de manipulation – par exemple, que le prétendu 'centre névralgique' n'est rien d'autre qu'une boîte aux lettres, un bureau vide équipé d'un ordinateur ou le lieu où se tient une rencontre annuelle des dirigeants – les tribunaux devraient plutôt considérer comme 'centre névralgique' le centre effectif de direction, de contrôle et de coordination, en l'absence d'une telle manipulation.”<sup>12</sup>

18. Le tribunal qui était saisi de l'affaire *Fairfield Sentry* a également noté, dans l'affaire *British American Insurance*, la décision selon laquelle, lorsque, par nécessité ou en toute bonne foi, un représentant étranger a relocalisé toutes les activités principales du débiteur en son lieu de résidence (ou les a interrompues), amenant ainsi les parties à considérer ce lieu comme celui où le débiteur exerce ses activités, le centre des intérêts principaux du débiteur peut devenir celui du lieu de résidence du représentant étranger. Ce fait, tout comme le lieu du siège statutaire, ont permis de conclure que les îles Vierges britanniques devaient être considérées comme étant le centre des intérêts principaux du débiteur<sup>13</sup>.

## **b) Facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux**

### *i) Identification des facteurs – sociétés débitrices*

19. Divers facteurs ont été identifiés comme étant pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur et pour renverser la présomption énoncée à l'article 16. Dans l'affaire *Betcorp.*, bien que le centre des intérêts principaux du débiteur n'ait pas été contesté, le juge a émis des avis sur le sujet. Il a conclu que "...un point commun des décisions dans lesquelles avait été analysée la question du [centre des intérêts principaux] des débiteurs est 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 divers facteurs pour reconnaître avec objectivité le lieu où le débiteur a son lieu d'activité principal”<sup>14</sup>.

20. De nombreux facteurs ont été analysés par les tribunaux pour déterminer le centre des intérêts principaux de sociétés débitrices. Ces facteurs ne sont pas décrits exactement de la même manière dans chacun des cas, mais ils peuvent être regroupés selon les descriptions générales ci-après, qui ne constituent pas une liste exhaustive:

a) Le lieu du siège de la société débitrice<sup>15</sup> ou de son agence centrale<sup>16</sup> ou de son "centre névralgique"<sup>17</sup>;

b) Le lieu où se trouve la direction de la société débitrice ou le lieu où se trouvent ceux qui la gèrent effectivement<sup>18</sup> ou le lieu où se trouve sa direction opérationnelle<sup>19</sup>;

<sup>12</sup> *Hertz Corp.*, p. 1192 à 1195.

<sup>13</sup> *Fairfield Sentry*, p. 5 à 8; *British American Insurance*, p. 914.

<sup>14</sup> *Betcorp.*, p. 290.

<sup>15</sup> *Tradex Swiss*; *Stanford International Bank*; *MPOTEC*.

<sup>16</sup> *ENERGOTECH*, *MPOTEC*, *Hellas*.

<sup>17</sup> *Hertz Corp. c. Friend*; affaire concernant la faillite de *Stanford International Bank*,

11 septembre 2009, Cour supérieure, District de Montréal, Québec, décision concernant la demande du séquestre de la SEC, par. 35; *Fairfield Sentry*.

- c) Le lieu où se trouvent les principaux actifs et/ou les créanciers<sup>20</sup> de la société débitrice ou le lieu où se trouve la majorité des créanciers qui seront concernés par l'affaire<sup>21</sup>;
- d) Le site du droit applicable<sup>22</sup> ou du droit régissant les principaux marchés de la société<sup>23</sup>;
- e) L'État dont la législation s'appliquera aux litiges<sup>24</sup>;
- f) Le lieu à partir duquel le financement est organisé<sup>25</sup> ou autorisé<sup>26</sup> ou le lieu où se trouve la principale banque de la société débitrice<sup>27</sup>;
- g) Le lieu à partir duquel l'administration de la société débitrice est organisée<sup>28</sup>;
- h) Le lieu à partir duquel les marchés (pour l'offre) sont organisés<sup>29</sup>;
- i) Le lieu à partir duquel sont gérés la politique d'achat, le personnel, la comptabilité et le système informatique<sup>30</sup> ou à partir duquel est administré le système de gestion de la trésorerie<sup>31</sup>;
- j) Le lieu où est définie la politique commerciale<sup>32</sup>;
- k) Le lieu où se trouvent les employés<sup>33</sup>;
- l) Le lieu à partir duquel est piloté le redressement de la société débitrice<sup>34</sup>;
- m) Le lieu que les créanciers reconnaissent comme étant le centre des opérations de la société<sup>35</sup>;
- n) Le lieu où la société débitrice est soumise à une supervision ou à une réglementation<sup>36</sup>; et
- o) Le lieu où et dont la loi régit l'établissement et la vérification des comptes<sup>37</sup>.

---

<sup>18</sup> *Tradex Swiss; Stanford International Bank.*

<sup>19</sup> *Eurotunnel, British American Insurance.*

<sup>20</sup> *Tradex Swiss; Ernst & Young, Eurotunnel, British American Insurance.*

<sup>21</sup> *Stanford International Bank.*

<sup>22</sup> *Tradex Swiss.*

<sup>23</sup> *MPOTEC.*

<sup>24</sup> *Stanford International Bank, Ernst & Young, British American Insurance.*

<sup>25</sup> *Daisy Tek.*

<sup>26</sup> *MPOTEC.*

<sup>27</sup> *MPOTEC, Hellas.*

<sup>28</sup> *Eurofood; Daisy Tek.*

<sup>29</sup> *Daisy Tek.*

<sup>30</sup> *MPOTEC.*

<sup>31</sup> *Ernst & Young.*

<sup>32</sup> *MPOTEC.*

<sup>33</sup> *Eurotunnel.*

<sup>34</sup> *Eurotunnel; Ernst & Young, Hellas.*

<sup>35</sup> *Ernst & Young.*

<sup>36</sup> *Eurofood.*

<sup>37</sup> *Eurofood.*

*ii) Identification des facteurs – débiteurs autonomes*

21. La détermination du centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome n'a pas été évoquée dans de nombreux cas. Dans l'affaire *Yuval Ran*, la cour d'appel a noté que les facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome pourraient être quelque peu différents de ceux pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux d'une société débitrice. Elle a fait référence à l'affaire *Loy*<sup>38</sup>, dans laquelle le tribunal a noté que les facteurs ci-après pourraient être utilisés pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome en cas de litige grave: a) le lieu où se trouvent les principaux actifs du débiteur; b) le lieu où se trouve la majorité des créanciers du débiteur; et c) l'État dont la législation s'appliquera à la plupart des litiges. En d'autres termes, dit le tribunal saisi de l'affaire *Ran*, pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome, le tribunal saisi de l'affaire *Loy* a analysé des facteurs qui sont normalement appliqués pour déterminer le centre des intérêts principaux d'une société débitrice. La cour d'appel a conclu que les éléments de preuve du séquestre, tout en étant suffisants pour écarter la présomption que le centre des intérêts principaux de *Ran* était aux États-Unis, étaient insuffisants pour prouver par prépondérance de la preuve que le centre des intérêts principaux de *Ran* était en Israël. La cour d'appel s'est également déclarée en désaccord avec l'approche de l'histoire opérationnelle, notant que le langage des dispositions pertinentes était clairement exprimé au temps présent et ne demandait pas que l'on revienne sur des événements passés<sup>39</sup>. La cour d'appel a également conclu qu'il était important que le centre des intérêts principaux du débiteur soit vérifiable par les tiers.

**c) Impact de la fraude***i) Affaires impliquant une fraude*

22. Une question qui s'est posée en relation avec l'affaire *Ernst & Young* était la mesure dans laquelle une fraude pouvait avoir des incidences sur la détermination du centre des intérêts principaux, lorsque le lieu d'immatriculation était simplement un prétexte et qu'aucune activité commerciale n'y était menée. L'affaire impliquait deux sociétés liées, dont l'une était immatriculée au Colorado (États-Unis) et l'autre au Canada, qui procédaient d'une organisation frauduleuse gérée depuis le Canada. Le tribunal canadien a nommé un administrateur judiciaire pour les deux sociétés.

23. Le tribunal américain a reconnu la mise sous administration judiciaire canadienne en tant que procédure étrangère principale au motif que, si l'on tenait compte du lieu où se trouvaient les personnes qui géraient les affaires des débiteurs, le centre des intérêts principaux des deux sociétés était au Canada. Il a examiné le lieu de situation des débiteurs mais a estimé qu'il n'était pas essentiel, parce que ni l'une ni l'autre entité n'y exerçait d'activité commerciale réelle. Il a aussi examiné un troisième facteur, à savoir le lieu de situation des biens des débiteurs. Bien que l'une des entités débitrices eût des fonds sur un compte bancaire au Colorado, ceux-ci étaient régulièrement transférés au débiteur au Canada et le tribunal a conclu que la majorité des biens était par conséquent au nom de l'entité au Canada ou contrôlée par elle. Pour ce qui est de deux autres facteurs, à savoir le lieu où se trouvaient la majorité des créanciers des débiteurs et le pays dont la loi

---

<sup>38</sup> 380 B.R. 154, at 162 (Bankr. E.D. Va. 2007), [n° CLOUT 924].

<sup>39</sup> Affaire *Yuval Ran*, 2010, p. 10 à 12.



s'appliquerait à la plupart des litiges, le tribunal a jugé qu'ils n'étaient pas essentiels pour déterminer le centre des intérêts principaux. Les investisseurs escroqués par les débiteurs principaux et leurs entités étaient ressortissants de plusieurs pays, y compris le Canada, les États-Unis et Israël et, pour ce qui était de la loi applicable, le Canada et les États-Unis étaient également compétents<sup>40</sup>.

24. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, on a fait valoir que, lorsqu'il était présumé que la société concernée était utilisée comme moyen de fraude, le tribunal ne devrait pas examiner le centre des intérêts principaux de la société elle-même, mais celui des auteurs de la fraude. L'instance inférieure a estimé que, de par sa nature, la fraude pouvait difficilement être détectée par des tiers, puisqu'elle était censée rester secrète aussi longtemps que possible. Elle a aussi indiqué qu'il serait difficile d'examiner le lieu de situation des fraudeurs s'ils n'avaient pas tous le centre de leurs intérêts principaux dans le même État<sup>41</sup>.

25. Dans le volet canadien de l'affaire *Stanford International Bank* (qui n'a pas été tranchée en vertu de la législation incorporant la Loi type), le tribunal a estimé que, pour des fraudes de type Ponzi, l'élément effectif et important était le lieu d'établissement du centre névralgique ou, en d'autres termes, le centre de la toile d'araignée que constitue la fraude, qui était supposé être davantage le siège du Groupe Stanford à Houston au Texas qu'à Antigua<sup>42</sup>.

#### **d) Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux**

26. Dans un certain nombre d'affaires jugées en vertu de la Loi type et du Règlement CE, un débiteur s'était déplacé d'un pays à un autre juste avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La Loi type n'envisage pas cette éventualité, ni ne mentionne la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux. Il a été suggéré, par exemple, que l'on tienne compte de l'histoire opérationnelle du débiteur, plutôt que de déterminer simplement le lieu où se trouvait le centre des intérêts principaux à la date de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou à la date de la demande de reconnaissance de cette procédure.

##### *i) Affaires jugées en vertu de la Loi type*

27. Dans l'affaire *Gookseung I*, le tribunal coréen a refusé de reconnaître la procédure qui avait eu lieu aux États-Unis l'année précédente, notant que, lorsque la demande de reconnaissance avait été déposée, la procédure était déjà terminée et que le demandeur, naguère débiteur non dessaisi, ne pouvait plus se voir reconnaître la qualité de représentant étranger.

28. Dans l'affaire *Yuval Ran*, l'instance inférieure des États-Unis a jugé que, pour que la procédure israélienne puisse être reconnue en tant que procédure étrangère principale, il faudrait prouver que, au moment où cette reconnaissance avait été demandée, le centre des intérêts principaux du débiteur était en Israël. Ce faisant, elle a rejeté l'approche opérationnelle consistant à examiner l'histoire du lien du

<sup>40</sup> *Ernst & Young*, p. 778 à 781.

<sup>41</sup> *Stanford International Bank*, par. 69.

<sup>42</sup> Faillite de la *Stanford International Bank*, 11 septembre 2009, Cour supérieure du district de Montréal, Québec, décision relative à la demande de la SEC, par. 32 à 36.

débiteur avec Israël. Si ce dernier avait eu des intérêts importants en Israël à une certaine époque, au moment où la procédure au titre du chapitre 15 avait été demandée, il n'en avait plus. Cette décision a été confirmée en appel.

29. Dans l'affaire *Schefenacker*, un groupe fabricant de pièces automobiles composé d'une société holding allemande et de filiales dans divers pays, notamment l'Angleterre, les États-Unis, l'Australie et l'Allemagne, avait des difficultés financières et a transféré le centre de ses intérêts principaux en Angleterre, dans une première étape de son processus de restructuration et pour mettre à profit le droit anglais de l'insolvabilité et de conclure un arrangement volontaire. Le lieu d'incorporation et le centre des intérêts principaux de la société holding ont pu être transférés en Angleterre en utilisant la loi allemande. La procédure principale aux fins du Règlement a ensuite été ouverte en Angleterre puis reconnue dans toute l'Europe. Les parties qui ont fait objection à la demande de reconnaissance aux États-Unis se sont fondées sur l'histoire opérationnelle des filiales et n'ont pas tenu compte du fait que le débiteur était une société holding bien organisée, immatriculée en Angleterre et au pays de Galles, avec son centre opérationnel au Royaume-Uni. Le tribunal des États-Unis a jugé que le centre des intérêts principaux du débiteur était au Royaume-Uni et a reconnu la procédure en tant que procédure étrangère. Il n'a pas tranché la question de savoir si elle constituait une procédure principale ou une procédure non principale, au motif que les mesures demandées pouvaient être accordées dans un cas comme dans l'autre.

30. Dans l'affaire *Betcorp*, le tribunal des États-Unis a été d'avis qu'il était juste de rejeter l'approche opérationnelle. Il a estimé que, si le centre des intérêts principaux était déterminé sur cette base, on risquait davantage d'aller au-devant de déterminations contradictoires, car les tribunaux auraient peut-être tendance à accorder une plus grande importance aux activités menées dans leur propre pays ou simplement à évaluer les preuves différemment. Il a aussi noté qu'il importait que le centre des intérêts principaux soit vérifiable par des tiers, indiquant que, si les intérêts principaux d'un débiteur étaient dans un pays donné et que les tiers tenaient compte cette situation, le fait que ces intérêts aient été précédemment concentrés dans un autre pays serait sans importance<sup>43</sup>. Le tribunal a souscrit à la décision prise par l'instance inférieure dans l'affaire *Yuval Ran*, selon laquelle la date à prendre en compte était celle de l'ouverture de la procédure au titre du chapitre 15. Il a fait remarquer que cette approche concordait avec l'interprétation du Règlement CE dans certaines affaires anglaises, pour lesquelles on avait apparemment retenu une date liée à l'ouverture ou au traitement de la procédure d'insolvabilité concernée<sup>44</sup>.

31. Dans l'affaire *British American Insurance*, le tribunal des États-Unis a invoqué la jurisprudence concernant le chapitre 15 pour déterminer le centre des intérêts principaux. Il a décidé qu'il devait examiner de nombreux facteurs, dont aucun n'était exclusif et dont tous ne devaient pas être présents. Il s'est d'abord penché sur le moment de la détermination et a conclu qu'il devrait examiner les faits existant à la date de dépôt de la demande au titre du chapitre 15<sup>45</sup>. Il a estimé que cette

---

<sup>43</sup> *Betcorp*, p. 291.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>45</sup> *British American Insurance*, p. 906.

approche devrait aussi être suivie pour déterminer si le débiteur avait un établissement en ce lieu précis<sup>46</sup>.

32. Dans l'affaire *Fairfield Sentry*, le tribunal des États-Unis a été d'avis que, même les tribunaux qui avaient récemment relégué la détermination du centre des intérêts principaux au moment de la demande de reconnaissance, notamment dans les affaires *Yuval Ran*, *Betcorp* et *British American Insurance*, privilégieraient probablement une approche prenant en compte la totalité des circonstances, le cas échéant. La jurisprudence qui se dégagait de ces affaires, dit le juge, n'empêchait pas d'examiner la question de la détermination du centre des intérêts principaux dans une perspective temporelle plus large, notamment lorsqu'il était possible que ce centre ait été transféré pour des raisons opportunistes (par exemple délit d'initié, manipulation fâcheuse, rejet manifeste des attentes des tiers). Le tribunal a estimé qu'il n'y avait pas eu de transfert opportuniste du centre des intérêts principaux, ni d'activité ou de motivation tendancieuse visant à dénaturer les facteurs de manière à pouvoir établir ce centre aux îles Vierges britanniques. Pendant la période comprise entre la cessation des activités et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité aux îles Vierges, le centre névralgique administratif était déjà aux îles Vierges et c'est là qu'était le centre des intérêts principaux<sup>47</sup>.

ii) *Affaires jugées en vertu du Règlement CE*

33. La question du transfert du centre des intérêts principaux s'est posée dans plusieurs affaires jugées en vertu du Règlement CE. Dans l'affaire *Shierson c. Vlieland-Boddy*, il a été décidé que le lieu où se trouvait le centre des intérêts principaux du débiteur devait être déterminé au moment où le tribunal était prié d'ouvrir la procédure d'insolvabilité à son encontre. Il pouvait s'agir de la date d'audience concernant la procédure, voire d'une date antérieure telle que la date à laquelle un créancier avait demandé des mesures provisoires ou conservatoires à l'encontre du débiteur.

34. Dans l'affaire *Staubitz-Schreiber*, affaire d'insolvabilité personnelle, la débitrice avait tenté de déplacer le centre de ses intérêts principaux d'Allemagne en Espagne après qu'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité eut été faite en Allemagne, mais avant que le tribunal ait décidé d'ouvrir ou non la procédure en question. La Cour de justice européenne a statué que le centre des intérêts principaux était resté en Allemagne, parce qu'il y était au moment où la demande d'ouverture avait été faite, indépendamment de toute tentative ultérieure de le déplacer dans un autre État membre avant l'ouverture de la procédure.

35. Le déplacement du lieu d'incorporation peut ne pas suffire pour transférer le centre des intérêts principaux d'une société, sauf si des preuves suffisantes peuvent être avancées pour réfuter la présomption énoncée à l'article 16. Dans l'affaire *Hans Brochier*, une entreprise de construction allemande avait essayé de déplacer son siège statutaire en Angleterre pour tirer parti du droit anglais de l'insolvabilité, mais un tribunal anglais a jugé que le centre de ses intérêts principaux était resté en Allemagne.

<sup>46</sup> Ibid., p. 915.

<sup>47</sup> *Fairfield Sentry*, p. 8.

36. Dans l'affaire *Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA*, la société a réussi à faire valoir qu'elle avait déplacé le centre de ses intérêts principaux du Luxembourg en Angleterre, où elle voulait se restructurer. Le tribunal anglais a jugé qu'il devait déterminer le centre des intérêts principaux à la date d'audience, soit trois mois environ après que ce centre eut été déplacé. Il a aussi indiqué qu'il était convaincu que le centre des intérêts principaux avait été déplacé en Angleterre, sur la base des faits objectifs et vérifiables que la société avait invoqués, à savoir que son siège social et son adresse opérationnelle principale se trouvaient désormais à Londres; que ses créanciers avaient été informés du changement d'adresse à cette époque et qu'elle avait annoncé par un communiqué de presse qu'elle déplaçait ses activités en Angleterre; qu'elle avait ouvert un compte bancaire à Londres et que tous les paiements étaient effectués sur et à partir de ce compte, même si elle conservait un compte au Luxembourg pour effectuer divers petits paiements; qu'elle était inscrite au registre du commerce anglais en vertu de la loi sur les sociétés, même si son siège statutaire restait au Luxembourg et qu'elle y serait imposable; et que les négociations entre la société et ses créanciers avaient eu lieu à Londres<sup>48</sup>.

**e) Questions à examiner en relation avec le centre des intérêts principaux**

37. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait souhaitable, à la lumière des affaires analysées ci-dessus, d'approfondir les questions suivantes:

a) Question de savoir si la charge de la preuve consiste à réfuter la présomption du siège statutaire;

b) Preuves nécessaires pour renverser la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux du débiteur est son siège statutaire;

c) Importance de la possibilité de vérification par des tiers pour la détermination du centre des intérêts principaux en vertu de la Loi type;

d) Question de savoir s'il conviendrait d'établir une liste de facteurs indicatifs pour aider à déterminer le centre des intérêts principaux et, dans l'affirmative, les facteurs à inclure dans cette liste;

e) Question de savoir si la fraude a des incidences sur les facteurs à examiner pour déterminer le centre des intérêts principaux; et

f) Question de savoir si la durée pendant laquelle une société maintient le centre de ses intérêts principaux dans un pays donné devrait être un facteur de détermination du centre des intérêts principaux du débiteur. En particulier, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le centre des intérêts principaux du débiteur devrait être déterminé à la date à laquelle la société avait effectivement des activités et des opérations commerciales ou d'affaires avant l'insolvabilité ou après, lorsque la société est insolvable et placée sous la direction d'un liquidateur judiciaire, ou à la date de la demande de reconnaissance.

---

<sup>48</sup> Hellas, par. 4.

#### 4. Établissement

##### a) Établissement d'une société débitrice

38. La notion d'établissement est définie à l'alinéa f) de l'article 2 de la Loi type. Le Guide pour l'incorporation ne donne aucune indication supplémentaire, à part la note, au paragraphe 75, indiquant que cette définition est inspirée de l'alinéa h) de l'article 2 de la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité. Le rapport Virgos & Schmit<sup>49</sup> relatif à cette Convention donne quelques précisions à ce sujet:

“On entend par lieu d'opérations un lieu à partir duquel une activité économique est exercée sur le marché (c'est-à-dire à l'extérieur), que cette activité soit commerciale, industrielle ou professionnelle. Le fait que cette activité doive être exercée avec des moyens humains montre qu'un certain degré d'organisation est nécessaire. Un lieu d'opérations purement occasionnel ne peut pas être considéré comme un 'établissement'. Une certaine stabilité est requise. La formule négative ('non transitoire') vise à éviter de fixer un délai minimum. Le facteur décisif est l'apparence de l'activité à l'extérieur, et non l'intention du débiteur<sup>50</sup>.” (traduction)

39. Dans l'affaire *Bear Stearns*, le tribunal a examiné la possibilité de reconnaître la procédure des îles Caïmanes comme une procédure non principale. Il a jugé que, pour ce faire, il devait y avoir un “établissement” aux îles Caïmanes pour l'exercice d'une activité économique non transitoire, c'est-à-dire un établissement local. La barre était placée haut en l'espèce, a dit le tribunal, compte tenu surtout de l'interdiction faite aux “sociétés exonérées” de faire des affaires aux îles Caïmanes, sauf s'il s'agissait d'avancer des affaires menées à l'extérieur des îles. Il a jugé qu'il n'y avait pas d'activité économique non transitoire (pertinente) exercée sur place aux îles Caïmanes, mais uniquement des activités effectuées en relation avec les affaires du débiteur à l'étranger. De plus, les seuls fonds qui y étaient déposés y avaient été transférés après l'ouverture de la procédure aux îles Caïmanes.

40. En appel, la cour a confirmé la décision de l'instance inférieure et précisé en outre que les activités d'audit effectuées pour préparer l'incorporation ne constituaient pas des “opérations” ni une “activité économique” aux fins de la définition de l'établissement, pas plus que les investigations menées par les liquidateurs provisoires pour déterminer si des opérations antérieures pouvaient être annulées<sup>51</sup>.

41. Dans l'affaire *British American Insurance*, le tribunal a cité l'affaire *Bear Stearns* pour ce qui est de l'exigence d'un siège de l'activité commerciale locale, et conclu que les termes “activité économique” et “opérations” exigeaient que l'on prouve un impact sur le marché local, au-delà de l'incorporation et de la tenue de

<sup>49</sup> M. Virgos et E. Schmit, rapport sur la Convention relative aux procédures d'insolvabilité, établi avant l'ouverture aux signatures de la Convention le 23 novembre 2005. Bien que cette Convention ne soit jamais entrée en vigueur, le rapport est souvent utilisé pour interpréter les différents termes qui y sont employés, notamment le “centre des intérêts principaux”. Il peut être consulté en ligne à l'adresse <http://global.abi.org/articles/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-re>.

<sup>50</sup> Ibid., par. 7.1.

<sup>51</sup> *Bear Stearns* (en appel), p. 339.

comptes, voire de la simple possession d'un bien. Il a jugé que le débiteur n'avait pas d'établissement aux Bahamas, où il n'exerçait pas d'autre activité commerciale que les activités du représentant de l'insolvabilité qui, dans le cadre de ses fonctions, devait sélectionner des avocats et des comptables, mener des recherches sur l'actif et le passif et faire rapport aux tribunaux des Bahamas. Le tribunal a aussi fait référence à l'affaire *Lavie c. Ran*, dans laquelle le tribunal avait jugé que la procédure d'insolvabilité ne satisfaisait pas à l'exigence d'une activité économique<sup>52</sup>.

**b) Établissement d'un débiteur autonome**

42. Dans l'affaire *Yuval Ran*, la cour d'appel a examiné la question de l'établissement du point de vue d'un débiteur autonome. Elle a jugé que le moment où il fallait examiner si le débiteur avait un établissement en Israël était celui où la demande de reconnaissance avait été faite. Notant que la notion d'"établissement" était définie dans la Loi type, elle a estimé que, de même que l'établissement principal d'une société pouvait correspondre à la résidence principale ou habituelle d'un débiteur autonome, il était concevable de comparer un établissement avec une résidence secondaire du débiteur, voire avec un lieu d'emploi dans le pays où l'administrateur judiciaire prétendait qu'il avait un établissement<sup>53</sup>. La cour a jugé que tel n'était pas le cas et que le débiteur n'exerçait aucune activité économique non transitoire dans ce pays, même s'il y avait des preuves d'une activité économique antérieure. L'administrateur judiciaire a fait valoir que l'existence de dettes et d'une procédure d'insolvabilité en Israël constituait un "établissement" aux fins de la reconnaissance. La cour a été d'avis qu'une procédure d'insolvabilité était, par définition, une action transitoire et qu'il était malvenu qu'une telle action puisse être invoquée comme fondement d'une activité économique non transitoire, parce qu'elle était contraire à l'esprit de la disposition. Elle a conclu que l'existence d'une procédure d'insolvabilité et de dettes en Israël ne permettait pas de reconnaître la procédure israélienne en tant que procédure non principale<sup>54</sup>.

**c) Questions à examiner**

43. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait souhaitable d'expliquer davantage ou de préciser ce que recouvre le terme "établissement".

---

<sup>52</sup> *British American Insurance*, p. 914 et 915.

<sup>53</sup> Affaire *Yuval Ran* (2010), p. 16.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 17 et 18.

## Annexe

### Liste des affaires citées

*Bear Stearns Hi-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd*

374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. sept. 2007); [n° CLOUT 760];  
A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 45 à 48

*Bear Stearns* (en appel)

389 B.R. 325 (S.D.N.Y. mai 2008); [n° CLOUT 794]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2,  
par. 45 à 48

*Affaire Betcorp Ltd.*

400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009); [n° CLOUT 927]

*Affaire Board of Directors of Multicanal S.A.*

314 B.R. 486 (Bankr. S.D.N.Y. août 2004)

*Affaire British American Insurance Company Limited*

425 B.R. 884 (Bankr. S.D. Flor. mars 2010); [n° CLOUT 1008]

*Affaire Daisy Tek-ISA Ltd*

[2003] B.C.C. 562 (Ch D (Leeds District Registry); A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2,  
par. 13 à 15

*Affaire ENERGOTECH SARL*

[2007] B.C.C. 123 (Ch); A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 26 et 27

*Affaire Ephedra Products Liability Litigation*

349 B.R. 333 (Bankr. S.D.N.Y. 2006); [n° CLOUT 765]

*Affaire Ernst & Young, Inc (Klytie's)*

383 B.R. 773 (Bankr. D. Colo 2008); [n° CLOUT 790];  
A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 51 à 54

*Affaire Eurofood IFSC Ltd*

[2006] ECR 1-3813; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 17 à 23

*Eurotunnel Finance, Ltd*

Tribunal de commerce de Paris, 2 août 2006; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 28 et  
29

*Affaire Fairfield Sentry Limited, et al*

Affaire no. 10-13164, United States Bankruptcy Court, Southern District of New  
York, 22 juillet 2010

*Affaire Gold & Honey, Ltd*

410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009); [n° CLOUT 1005];  
A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 64 et 65

*Gookseung I*

Seoul Central District Court, Corée, 22 janvier 2007; [n° CLOUT 1000]

*Hans Brochier Holdings Ltd v Exner*

[2007] BCC 127

*Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA*

[2009] EWHC 3199 (Ch)

*Hertz Corp. c. Friend et al.*

United States Supreme Court, 130 S.Ct. 1181 (2010)

*Affaire Innua Canada Ltd*

2009 WL 1025090

*Affaire Metcalfe and Mansfield Alternative Investments, et al*

421 B.R. 683 (Bankr. S.D.N.Y. janvier 2010); [n° CLOUT 1006]

*MPOTEC GmbH*

[2006] B.C.C. 681 (Tribunal de grande instance, Nanterre);  
A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 24 et 25

*Affaire Yuval Ran, Lavie c. Ran*

United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 27 mai 2010

*Lavie c. Ran*

406 B.R. 277 (mars 2009); [n° CLOUT 929] et

*Affaire Yuval Ran*

390 B.R. 257 (Bankr. S.D. Texas, juin 2008)

*Rubin c. Eurofinance SA*

[2009] EWHC 2129

En appel, [2010] EWCA Civ 895

*Affaire Schefenacker PLC*

United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, 14 juin 2007  
(non publié); [n° CLOUT 767]

*Shierson c. Vlieland-Boddy*

[2005] EWCA Civ 974

*Affaire Stanford International Bank Ltd*

[2009] EWHC 1441 (Ch) [n° CLOUT 923]

En appel, [2010] EWCA Civ 137 [n° CLOUT 1004]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2,  
par. 55 à 60

*Affaire Staubitz-Schreiber*

Case C-1/04, [2006] BPIR 510

*Affaire Tradex Swiss AG*

384 B.R. 34 (Bankr. D. Mass 2008); [n° CLOUT 791]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2,  
par. 36 et 37