



Assemblée générale

Distr. générale
27 novembre 2012
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 1204: LTI 2 d); 16-3; 21 – Canada: Cour supérieure de l'Ontario, n° CV-12-9719-00CL, Lightsquared LP (Re) (6 juillet 2012)	3
Décision 1205: LTI 6; 21 – Canada: Cour supérieure de l'Ontario (rôle commercial), n° CV-11-9514-00CL, Hartford Computer Hardware Inc. (Re) (15 février 2012)	4
Décision 1206: LTI 16-3 – Canada: Cour supérieure de l'Ontario, n° CIV-11-9279-00CL, Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc. (Re) (11 juillet 2011)	5
Décision 1207: LTI 16-3 – Canada: Cour suprême de la Colombie-Britannique [référé], Angiotech Pharmaceuticals Ltd. (Re) (28 janvier 2011)	6
Décision 1208: LTI 6; 16-3 – États-Unis: District Court Southern District of New York, n° 11 Civ. 7865 (LBS), Re Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited (25 juin 2012)	7
Décision 1209: LTI 6; 7; 21 – États-Unis: Bankruptcy Court Southern District of New York, n° 11-11049 (ALG), Re: Dr. Juergen Toft (22 juillet 2011)	9
Décision 1210: LTI 2 a); 6 – États-Unis: Bankruptcy Court District of Delaware, n° 10-11711 (KG), Re ABC Learning Centres Limited n/k/a ZYX Learning Centres Limited & ABC USA Holdings Pty Ltd. (16 décembre 2010)	10
Décision 1211: LTI Préambule; 6; 8; 20-1; 28 – États-Unis: Bankruptcy Court Southern District of New York, n° 10-10638 (JMP), Re JSC BTA Bank (23 août 2010)	11
Décision 1212: LTI: 6; 22 – États-Unis: Bankruptcy Court Eastern District of Virginia, n° 09-14766-RGM; n° 09-14766-SSM, Re Qimonda AG Bankr. Lit. (19 novembre 2009, 28 octobre 2011)	12
Décision 1213: LTI 1-2 – États-Unis: Bankruptcy Court District of New Jersey, n° 09-28427 (RTL), Re Paul A. Steadman (3 septembre 2009)	14



Introduction

La présente compilation de sommaires de jurisprudence s'inscrit dans le cadre du système de collecte et de diffusion d'informations sur les décisions judiciaires et les sentences arbitrales concernant les conventions et lois types issues des travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). L'objectif est de faciliter l'interprétation uniforme de ces textes juridiques selon des normes internationales, qui s'accordent avec la nature internationale des textes en question, par opposition aux concepts et traditions juridiques strictement internes. On trouvera de plus amples 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 (www.uncitral.org/clout/showSearchDocument.do).

Chaque numéro du recueil contient, en première page, une table des matières indiquant 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 mentionnés 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 signifie pas qu'ils ont l'aval de l'ONU ou de la CNUDCI; en outre, les sites Web sont fréquemment modifiés; toutes les adresses Internet indiquées dans le présent document étaient valides à 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. Il est possible de rechercher des sommaires dans la base de données disponible sur le site Web de la CNUDCI à partir d'un ou de plusieurs des principaux éléments d'identification ci-après: pays, texte législatif, numéro de l'affaire, numéro du recueil ou date de la décision.

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 de la CNUDCI lui-même. 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 2012
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 (LTI)**

Décision 1204: LTI 2 d); 16-3; 21

Canada: Cour supérieure de l'Ontario

Décision n° CV-12-9719-00CL

Lightsquared LP (Re)

6 juillet 2012

Original en anglais

Publiée en anglais: 2012 ONSC 2994

[Mots clefs: *représentant étranger; procédure étrangère principale; présomption-centre des intérêts principaux*]

Le requérant a demandé, en vertu des articles 45 et 49 [art. 2 d) et 21 LTI] de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (la quatrième partie de cette loi incorpore la Loi type de la CNUDCI dans le droit canadien), la reconnaissance de la procédure étrangère au Canada, ainsi que la reconnaissance et l'exécution de certaines ordonnances rendues par le juge américain. Reconnaisant au requérant la qualité de représentant étranger aux fins de la demande, la Cour a toutefois noté qu'en égard au fait que cette qualité pouvait être revue par le tribunal américain, si pour une raison ou une autre celui-ci la modifiait, la question devrait être réexaminée par la Cour canadienne.

La procédure engagée aux États-Unis concernait une vingtaine de débiteurs ayant tous leur bureau principal ou siège social aux États-Unis, à l'exception de quatre d'entre eux; sur ces quatre dernières sociétés, trois avaient été constituées au Canada. La Cour a rappelé la présomption selon laquelle, sauf preuve contraire, le siège statuaire du débiteur est le centre de ses intérêts principaux (paragraphe 2 de l'article 45 de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies) [art. 16-3 LTI], lequel pour les débiteurs canadiens se trouvait au Canada. Le requérant soutenait néanmoins que le centre des intérêts principaux des débiteurs se situait à New York.

La Cour a observé que, lorsqu'on ne pouvait s'en tenir à la présomption du siège statutaire posée par le paragraphe 2 de l'article 45 [art. 16-3 LTI], les principaux facteurs suivants, pris dans leur ensemble, tendaient à indiquer si le lieu où la procédure a été engagée était bien le centre des intérêts principaux du débiteur. Ces facteurs situent ce lieu à l'endroit a) où se trouvent les principaux biens du débiteur ou celui où se déroulent ses principales opérations, b) où la gestion de la société débitrice a lieu, et c) ce lieu doit pouvoir être aisément déterminé par les créanciers. Si la Cour a relevé que dans la plupart des cas ces facteurs tendaient tous à désigner le même pays comme centre des intérêts principaux, leur application pouvait toutefois conduire à des résultats divergents. Elle a indiqué que dans ce cas un examen plus approfondi des faits de la cause était nécessaire et qu'il convenait alors d'accorder un poids plus ou moins grand à tel ou tel facteur en fonction des circonstances propres à chaque affaire. En toute hypothèse, l'examen visait à établir que le lieu de la procédure correspondait bien, en réalité, au lieu du siège réel ou des activités principales du débiteur, conformément à ce que pouvaient attendre les partenaires de l'entreprise qui se trouvaient en relation avec elle avant l'ouverture

de la procédure¹. La Cour a également indiqué qu'étant donné que la quatrième partie de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies ne prévoyait pas spécifiquement le cas des groupes de sociétés, il convenait d'examiner la question du centre des intérêts principaux au cas par cas. Se fondant sur ces trois éléments, ainsi que sur les preuves produites, la Cour a conclu que le centre des intérêts principaux des sociétés débitrices se trouvait aux États-Unis et que la procédure étrangère constituait une procédure étrangère principale.

Décision 1205: LTI 6; 21

Canada: Cour supérieure de l'Ontario (rôle commercial)

Décision n° CV-11-9514-00CL

Hartford Computer Hardware Inc. (Re)

15 février 2012

Original en anglais

Publiée en anglais: 2012 ONSC 964

[**Mots clefs:** *procédure étrangère; ordre public; mesure provisoire; mesure sur demande*]

À la suite de la reconnaissance au Canada, en vertu de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (la quatrième partie de cette loi incorpore la Loi type de la CNUDCI dans le droit canadien), de la procédure ouverte aux États-Unis en tant que procédure étrangère principale, les représentants étrangers de la société débitrice ont demandé la reconnaissance au Canada d'une ordonnance rendue par le juge américain approuvant le financement du débiteur en possession et comportant une clause de "roll-up" (conversion) partielle². La Cour a noté que l'ordonnance comportait une disposition selon laquelle toute garantie en espèce en possession des débiteurs à la date de la demande, ou entrant en leur possession après cette date, était réputée remise au créancier garanti dont la créance était née avant la demande d'ouverture de la procédure de faillite aux fins de l'emprunt renouvelable antérieur à cette demande. Une telle ordonnance ne pourrait pas être rendue au Canada dans le cadre d'une procédure conforme aux dispositions législatives canadiennes pertinentes (paragraphe 2 de l'article 11 de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies), car aux termes de ces dispositions, un emprunt contracté pour le financement du débiteur en possession n'est pas susceptible de

¹ La Cour a indiqué que cette approche fournissait un cadre d'analyse approprié pour déterminer le centre des intérêts principaux et tendait à préciser le point de vue exprimé dans la décision *Re Massachusetts Elephant & Castle Group Inc.*, 2011 ONSC 4201; (2011) 81 C.B.R. (5th); CLOUT, décision 1206.

² Le financement du débiteur en possession comprenant une clause "roll-up" (clause de conversion) consiste, en principe, en un emprunt au moyen duquel le prêteur finançant le débiteur en possession consent une nouvelle avance à la société, après le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure de faillite, pour lui permettre de financer ses activités; et les profits générés par les activités postérieures à la demande d'ouverture sont utilisés pour rembourser les créances nées avant la demande et détenues par le prêteur finançant le débiteur en possession, au titre de l'emprunt antérieur. Les créances antérieures à la demande d'ouverture de la procédure qui sont détenues par le prêteur finançant le débiteur en possession seront donc acquittées grâce aux profits réalisés après la demande et l'avance consentie dans le cadre du financement du débiteur en possession pour financer les opérations actuelles sera garantie par une priorité accordée par le juge et couvrant l'ensemble des actifs du débiteur.

garantir une obligation née antérieurement à la demande d'ouverture de la procédure de faillite.

La Cour s'est fondée sur les éléments de preuve présentés par l'agent qu'elle a désigné pour recueillir des informations, selon lesquels: les débiteurs devaient pouvoir continuer à disposer de la garantie en espèce sans quoi ils subiraient un préjudice immédiat et irréparable; les créanciers chirographaires canadiens ne seraient pas moins favorablement traités que les créanciers chirographaires américains; étant donné qu'un certain nombre de créanciers chirographaires étaient des employés des sociétés débitrices, ils bénéficieraient de certains privilèges dont ils ne pourraient bénéficier au titre de la procédure canadienne d'insolvabilité; le comité des créanciers chirographaires acceptait l'ordonnance du juge américain; les parties qui s'étaient opposées à la requête aux fins d'obtenir l'ordonnance du juge américain avaient eu la possibilité de présenter leurs objections; et la reconnaissance de ladite ordonnance ne causerait pas de préjudice matériel aux créanciers canadiens.

La Cour s'est fondée pour statuer sur l'article 49 de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies [art. 21 LTI], qui autorise le tribunal concerné à rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée "s'(il) est convaincu que la mesure est nécessaire pour protéger les biens de la compagnie débitrice ou les intérêts des créanciers". Elle a également pris en considération le paragraphe 2 de l'article 61 de la loi susmentionnée [art. 6 LTI] et la question de savoir si la reconnaissance de l'ordonnance du juge américain serait contraire à l'ordre public canadien. Elle s'est appuyée sur les paragraphes 86 à 89 du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, selon lesquels l'exception d'ordre public doit être interprétée restrictivement, pour conclure que l'ordonnance ne soulevait pas de question d'ordre public. La Cour a accordé la mesure provisoire demandée.

Décision 1206: LTI 16-3

Canada: Cour supérieure de l'Ontario

Décision n° CIV-11-9279-00CL

Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc. (Re)

11 juillet 2011

Publiée en anglais: 2011 ONSC 4201; (2011) 81 C.B.R. (5th)

[Mots clefs: *procédure étrangère principale; présomption-centre des intérêts principaux*]

Le requérant demandait la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ouverte aux États-Unis en tant que procédure étrangère principale, en vertu des articles 46 à 49 [art. 15 à 21 LTI] de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (la quatrième partie de cette loi incorpore la Loi type de la CNUDCI dans le droit canadien). Le requérant était le débiteur principal d'un groupe de sociétés, désignées collectivement sous le nom de "débiteurs du Chapitre 11", constituées en différents lieux des États-Unis et du Canada.

La Cour a noté que trois des sociétés débitrices avaient leur siège statutaire au Canada, ce qui constituait un élément pertinent pour établir le centre des intérêts principaux desdites sociétés, conformément au paragraphe 2 de l'article 45 de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies [art. 16-3 LTI], que près de

la moitié des lieux d'activité et près de 43 % des employés des sociétés débitrices, ainsi qu'un important bailleur de fonds de ces sociétés, se trouvaient au Canada. Le requérant a mentionné de son côté divers facteurs pertinents pour la détermination du centre des intérêts principaux des débiteurs, affirmant que le centre des intérêts principaux de tous les débiteurs dits "du Chapitre 11" se trouvait aux États-Unis, car c'est là qu'était situé leur bureau principal et que s'exerçait leur gestion; que les sociétés débitrices opéraient comme une société nord-américaine fortement intégrée; que pratiquement toutes les fonctions liées aux technologies de l'information étaient exercées à partir des États-Unis; que toutes les décisions du groupe de sociétés étaient prises aux États-Unis et que toutes leurs fonctions tant administratives, que de gestion des ressources humaines, ou comptables et financières s'y exerçaient.

La Cour a estimé que, lorsqu'il n'était pas possible de s'en tenir à la présomption du siège statutaire, si un certain nombre de facteurs pouvaient être examinés en vue de déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur³ et si l'on pouvait accorder une importance plus ou moins grande à certains de ces facteurs en fonction des faits propres à la cause, trois facteurs étaient en règle générale déterminants. À savoir: la situation du siège social ou du bureau principal du débiteur, le lieu où s'exerce la gestion de la société débitrice et le lieu reconnu par un nombre important de créanciers comme le centre des intérêts principaux du débiteur. Si d'autres facteurs pouvaient également s'avérer pertinents, la Cour était d'avis qu'ils devraient peut-être se voir accorder une importance secondaire et n'être pris en compte que dans la mesure où ils sont liés aux trois facteurs principaux ou viennent les étayer.

La Cour a indiqué que le siège social ou le lieu où sont exercées les fonctions de direction de la société débitrice, ainsi que celui de sa gestion, se trouvaient à Boston. Elle a en outre relevé qu'un créancier canadien important n'avait pas manifesté d'opposition contre la mesure demandée par le requérant. Sur ce fondement, la Cour a conclu que le centre des intérêts principaux des débiteurs se trouvait aux États-Unis et reconnu la procédure étrangère en tant que procédure étrangère principale.

Décision 1207: LTI 16-3

Canada: Cour suprême de la Colombie-Britannique [référé]

Angiotech Pharmaceuticals Ltd. (Re)

28 janvier 2011

Original en anglais

Publiée en anglais: (2011) BCSC 115

[Mots clefs: *présomption-centre des intérêts principaux*]

Dans le cadre d'une demande initiale présentée en vertu de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (la quatrième partie de cette loi incorpore la Loi type de la CNUDCI dans le droit canadien) visant à permettre aux requérants de disposer de suffisamment de temps pour réorganiser les affaires de la société débitrice, ceux-ci ont demandé au juge de se prononcer sur la question du centre des intérêts principaux de ladite société car ils entendaient présenter aux États-Unis une demande de reconnaissance de la procédure canadienne en tant que

³ La Cour a renvoyé à la dizaine de facteurs énumérés dans la décision *Re Angiotech Pharmaceuticals Limited*, (2011) BCSC 115; CLOUT, décision 1207.

procédure étrangère principale, conformément au chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, en se fondant sur le fait que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouvait en Colombie-Britannique. Les demandeurs ont produit des éléments de preuve démontrant que la société débitrice était une entreprise internationale fortement intégrée dirigée depuis son siège, situé à Vancouver au Canada; que la reddition des comptes, les décisions touchant aux questions de direction et de stratégie de l'entreprise, ainsi que les décisions essentielles concernant son exploitation, ses fonctions de gestion des ressources humaines, ses fonctions principales de recherche-développement, ses systèmes informatiques, émanaient toutes de Vancouver; que le directeur général et les dirigeants de l'entreprise étaient établis à Vancouver; et que tous les requérants avaient des actifs au Canada.

Citant les décisions *Re Nortel Networks Corp*⁴. et *Re Fraser Papers Inc.*⁵, le juge a souligné que les tribunaux canadiens ont estimé qu'un certain nombre de facteurs étaient pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux. À savoir: a) le lieu où sont prises les décisions concernant la direction générale de l'entreprise; b) le lieu où sont implantés les services administratifs de gestion des employés, y compris le service des ressources humaines; c) le lieu où s'exercent les fonctions de commercialisation et de communication; d) la question de savoir si la gestion de l'entreprise est effectuée sur une base consolidée; e) la mesure dans laquelle les opérations internationales de l'entreprise sont intégrées; f) le centre des fonctions de direction générale, des fonctions financières, stratégiques et de gestion de l'entreprise; g) l'existence de fonctions de gestion partagées à l'intérieur des entités ou au sein de l'organisation; h) le lieu où s'exerce le contrôle de gestion de la trésorerie et de la comptabilité; i) le lieu où sont prises les décisions concernant les tarifs et les initiatives en matière de développement commercial; et j) le siège des fonctions de gestion de la trésorerie de l'entreprise, y compris la gestion des factures à recevoir et à acquitter.

Au regard de ces différents facteurs et des faits de la cause tels qu'ils ressortaient des preuves produites, le juge a convenu que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouvait en Colombie-Britannique, à savoir au Canada.

Décision 1208: LTI 6; 16-3

États-Unis: District Court Southern District of New York

Décision n° 11 Civ. 7865 (LBS)

Re Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited

25 juin 2012

Original en anglais

[Mots clefs: présomption-centre des intérêts principaux; ordre public]

Cette décision a été rendue dans le cadre de l'appel interjeté contre une ordonnance accordant la reconnaissance aux États-Unis en tant que procédure étrangère principale d'une procédure d'insolvabilité ouverte aux Bermudes à l'encontre de deux fonds de placement offshore (les fonds), et fondée sur la considération que lesdits fonds avaient été constitués aux Bermudes et, qu'à la date de l'ouverture de

⁴ 50 C.B.R. (5th) 77, (2009) O.J. No. 154 (S.C.J.).

⁵ 56 C.B.R. (5th) 194, (2009) O.J. No. 2648 (S.C.J.).

la procédure étrangère, la majeure partie des éléments de preuve indiquait qu'il s'agissait du centre de leurs intérêts principaux.

Les requérants ont interjeté appel de cette décision au motif que le centre des intérêts principaux des fonds se trouvait au Royaume-Uni, car le gestionnaire des fonds, le gérant de leur portefeuille, l'un de leurs principaux courtiers et un certain nombre de leurs investisseurs se trouvaient au Royaume-Uni et que l'essentiel de la gestion quotidienne des activités desdits fonds s'y déroulait. Ils prétendaient également, qu'en méconnaissance de l'article 1506 du Code des faillites des États-Unis [art. 6 LTI], le juge de première instance avait statué contrairement à l'ordre public américain en refusant d'admettre des questions détaillées sur certaines procédures arbitrales concernant les fonds. La décision du tribunal de première instance, de choisir comme date de détermination du centre des intérêts principaux la date de l'ouverture de la procédure étrangère et non celle du dépôt de la demande de reconnaissance, n'a pas été contestée.

En appel, la Cour a examiné les facteurs pris en compte par les tribunaux pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur, notamment: a) la situation du siège social du débiteur; b) le lieu où se trouvent les personnes qui gèrent réellement la société débitrice; c) la situation de ses principaux biens; d) la situation de la majorité de ses créanciers ou d'une majorité d'entre eux qui seraient affectés par l'affaire; et/ou e) le pays dont la législation serait applicable à la plupart des différends⁶. Elle a en outre observé qu'il convenait de tenir compte des attentes des créanciers et d'autres tiers intéressés, à savoir, de se demander si le centre des intérêts principaux du débiteur est vérifiable par des tiers⁷. La Cour a relevé que deux des trois directeurs des fonds résidaient aux Bermudes, que les ordres de gestion partaient des Bermudes, que les registres et les livres de comptes de l'entreprise étaient tenus aux Bermudes et que les Bermudes semblaient être le seul lieu vérifiable par des tiers en tant que centre des intérêts principaux des fonds. En conséquence, la Cour a estimé que la majorité des éléments de preuve tendait à démontrer que le centre des intérêts principaux des fonds se trouvait aux Bermudes. Elle a en outre noté que cette conclusion était valable indépendamment du fait que la date pertinente choisie pour déterminer le centre des intérêts principaux ait été celle de l'ouverture de la procédure étrangère ou celle de la présentation de la demande de reconnaissance, mais elle n'a pas examiné si le choix opéré par le juge de première instance en la matière était justifié.

À propos de l'exception d'ordre public, la Cour a conclu qu'elle devait être interprétée strictement⁸ comme s'appliquant exclusivement aux actions portant atteinte aux "principes d'ordre public les plus fondamentaux des États-Unis". Le principe visant à promouvoir la transparence de la justice ne constituait pas un principe d'ordre public fondamental et, s'il favorisait grandement l'accès aux dossiers et à la procédure, il ne s'agissait pas d'un droit absolu et le juge pouvait discrétionnairement refuser l'accès à certains documents. La Cour a conclu que le

⁶ *In re SPhinX*, 371 B.R. 10 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT, décision 768.

⁷ *In re Fairfield Sentry Ltd.*, 440 B.R. 60 (Bankr. S.D.N.Y. 2010); *Lavie c. Ran (In re Ran)*, 607 F.3d 1017 (5th Cir. 2010), 1025; *In re Betcorp Ltd.*, 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev 2009), CLOUT, décision 927.

⁸ *In re Fairfield Sentry Ltd.*, District Court Southern District of New York, n° 10 CIV 7311(GBN), 16 septembre 2011.

juge de première instance n'avait pas statué contrairement à l'ordre public et rejeté l'appel.

Décision 1209: LTI 6; 7; 21

États-Unis: Bankruptcy Court Southern District of New York

Décision n° 11-11049 (ALG)

Re: Dr. Juergen Toft

22 juillet 2011

Original en anglais

Publiée en anglais: 453 B.R. 186 (2011)

[**Mots clefs:** *assistance-additionnelle; ordre public; reconnaissance; mesure sur demande*]

Le représentant étranger a présenté une demande tendant à la reconnaissance aux États-Unis d'une procédure d'insolvabilité ouverte en Allemagne à l'encontre du débiteur, lequel avait refusé de coopérer avec le représentant étranger, dissimulant ses biens et transférant ses activités vers un pays inconnu. Au cours de la procédure allemande antérieure, le représentant étranger s'était vu accorder une "ordonnance d'interception du courrier" autorisant l'interception du courrier postal et électronique du débiteur en Allemagne. Cette ordonnance a été reconnue et exécutée en Angleterre.

En se fondant sur les articles 1521 et 1507 [art. 21 et 7 LTI] du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (incorporant la Loi type de la CNUDCI dans le droit américain), le requérant a demandé le prononcé d'une mesure *ex parte* aux fins de la reconnaissance et de l'exécution de cette ordonnance, en vue d'avoir accès aux comptes de messagerie électronique du débiteur hébergés sur les serveurs de deux fournisseurs d'accès à Internet situés aux États-Unis.

Le tribunal a analysé en détail les cas d'application de l'exception d'ordre public prévue à l'article 1506 du chapitre 15 [art. 6 LTI]⁹, et observé que l'on était en présence de l'une des rares hypothèses requérant son application, estimant que la mesure demandée dépassait les limites des pouvoirs traditionnellement conférés par le droit américain aux représentants des créanciers, constituait une mesure prohibée par la loi américaine et susceptible d'exposer les personnes se chargeant de l'exécuter à des poursuites pénales. Le tribunal a conclu en outre qu'accorder une telle mesure sans en aviser le débiteur serait contraire au droit américain.

Le tribunal a rejeté la demande tendant au prononcé de la mesure *ex parte* comme étant manifestement contraire à l'ordre public des États-Unis, sans préjudice du droit du représentant étranger de demander la reconnaissance de la procédure allemande en tant que procédure étrangère, après que cette demande a été notifiée conformément aux Règles sur la faillite, et sans préjudice de la possibilité d'accorder d'autres mesures conformes à l'ordre public des États-Unis.

⁹ La Cour a cité la décision *In re Ephedra Prods. Liability Litig.*, 349 B.R. 333 (S.D.N.Y. 2006), CLOUT, décision 765; le Guide pour l'incorporation de la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 86 à 89; les décisions *In re Metcalfe & Mansfield Alt. Invs.*, 421 B.R. 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT, décision 1007; *In re Gold & Honey, Ltd.*, 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT, décision 1008; *In re Qimonda AG Bankr. Litig.*, 433 B.R. 547 (E.D. Va. 2010), CLOUT, décision 1212.

Décision 1210: LTI 2 a); 6

États-Unis: Bankruptcy Court District of Delaware

Décision n° 10-11711 (KG)

Re ABC Learning Centres Limited n/k/a ZYX Learning Centres Limited & ABC USA Holdings Pty Ltd.

16 décembre 2010

Original en anglais

[**Mots clefs:** *procédure étrangère; procédure étrangère principale; présomption-centre des intérêts principaux; ordre public*]

Le requérant a demandé la reconnaissance en tant que procédure étrangère principale d'une procédure d'insolvabilité menée en Australie, conformément au chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (incorporant la Loi type de la CNUDCI dans le droit américain). À la date de la demande, la procédure en question était une procédure administrative volontaire mais, après sa transformation en procédure de liquidation, la demande de reconnaissance visait cette dernière. Les défendeurs se sont opposés à la demande de reconnaissance en se fondant sur deux motifs: en premier lieu, la procédure de liquidation menée en Australie était dépourvue de caractère collectif et n'était pas soumise à la surveillance d'un tribunal étranger, ainsi que l'exigeait le paragraphe 23 de l'article 101 du Code des faillites [art. 2 a) LTI]; et en second lieu, la procédure d'insolvabilité était contraire à l'ordre public des États-Unis, aux termes de l'article 1506 du même Code [art. 6 LTI], car la reconnaissance conférerait à certains créanciers un avantage indu par rapport aux autres.

S'agissant de la demande de reconnaissance de la procédure d'insolvabilité, le tribunal a conclu que la procédure de liquidation australienne satisfaisait aux différentes exigences du paragraphe 23 de l'article 101 du Code des faillites [art. 2 a) LTI]¹⁰ – à savoir que la procédure de liquidation australienne était “une procédure” (caractérisée par un cadre légal limitant les actes de la société concernée et régissant la répartition finale de ses biens); qu'elle avait d'abord eu une nature administrative pour devenir ensuite judiciaire; et qu'elle avait un caractère collectif (le tribunal a noté que le liquidateur était tenu de prendre en compte les droits de tous les créanciers pour procéder à la répartition des biens du débiteur; que les dettes et les créances avaient le même rang et qu'en vertu du droit australien leur règlement s'effectuait de manière proportionnelle; que la procédure australienne et les réunions des créanciers intervenues dans le cadre de cette procédure avaient été dûment notifiées à ces derniers; que les créanciers avaient bénéficié d'un droit d'examen; qu'un nombre important de créanciers était présent lors de la deuxième réunion des créanciers au cours de laquelle s'est ouverte la procédure de liquidation; que la décision d'ouvrir cette procédure avait recueilli l'assentiment d'une majorité de créanciers, tant au regard du nombre de voix, que du montant des dettes détenues; et qu'un comité d'inspection créé conformément aux exigences du droit australien était composé d'un échantillon représentatif des créanciers). Le tribunal a en outre estimé qu'en égard au fait que le tribunal australien était fortement

¹⁰ Citant les décisions *In re Betcorp Ltd*, 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev 2009), CLOUT, décision 927; *In re British American Insurance Co. Ltd.*, 425 B.R. 884 (Bankr.S.D.Fla.2010), CLOUT, décision 1005.

impliqué dans la procédure, celle-ci était “soumise au contrôle ou à la surveillance d’un tribunal étranger”.

Le tribunal américain a estimé que le centre des intérêts principaux du débiteur correspondait au lieu où se trouvait son siège statutaire, en Australie, et reconnu la procédure en tant que procédure étrangère principale. En réponse à l’objection concernant l’ordre public, il a jugé que cette exception devait être interprétée de manière restrictive; et que la question du traitement inéquitable des créanciers ne pouvait se poser, car un tel traitement serait contraire tant au droit américain qu’au droit australien. Il a mentionné une décision américaine récente dans laquelle le juge a estimé “que l’existence d’un conflit entre le droit étranger et le droit des États-Unis est une condition préalable indispensable à l’analyse au titre de l’article 1506 – car en l’absence d’un tel conflit les questions relatives au comité et à l’exception d’ordre public deviennent sans objet”¹¹.

Décision 1211: LTI Préambule; 6; 8; 20-1; 28

États-Unis: Bankruptcy Court Southern District of New York

Décision n° 10-10638 (JMP)

Re JSC BTA Bank

23 août 2010

Original en anglais

[**Mots clefs:** *obligations internationales; objet-LTI; mesure automatique*]

Un tribunal américain a reconnu, conformément au chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (incorporant la Loi type de la CNUDCI dans le droit américain), une procédure étrangère principale à l’encontre de la banque débitrice menée en République du Kazakhstan. Un créancier a saisi les biens du débiteur aux Pays-Bas et en Suisse et initié une procédure d’arbitrage dans ce dernier pays. Les représentants étrangers de la banque débitrice ont tenté d’empêcher la poursuite de la procédure d’arbitrage en introduisant une requête fondée sur la violation du chapitre 15, au motif que l’arbitrage suisse a été poursuivi contrairement à la suspension automatique des poursuites applicable du fait de la reconnaissance de la procédure kazakh aux États-Unis. Les représentants étrangers ont reconnu que la suspension automatique prévue au chapitre 15 s’appliquait aux biens du débiteur au titre du chapitre 15, dans la mesure où lesdits biens se trouvaient sur le territoire des États-Unis, mais ont fait valoir qu’aucune limitation d’ordre territorial n’était applicable à la suspension des actes ou actions dirigés contre le débiteur lui-même, y compris à la procédure d’arbitrage.

Si le tribunal a convenu avec le représentant étranger que la manière dont les articles 1520, al. a) [art. 20-1 LTI] et 1528 [art. 28 LTI] du chapitre 15 étaient libellés indiquait que la suspension automatique des poursuites devait avoir au moins certains effets extraterritoriaux, il craignait que le chapitre 15 ne devienne un moyen de bloquer l’exercice du droit d’agir devant une juridiction étrangère compétente à l’encontre d’une entreprise étrangère qui n’aurait que des liens très ténus avec les États-Unis. Le tribunal a examiné l’objet du chapitre 15, qui était de

¹¹ *In re Qimonda AG Bankruptcy Litigation* 433 B.R. 547, 568; CLOUT, décision 1212. À propos de l’interprétation de l’article 1506, la Cour a également mentionné les décisions *In re Tri-Continental Exchange, Ltd.*, 349 B.R. 627, CLOUT, décision 766; *In re Ephedra Prods. Liability Litig.*, 349 B.R. 333 (S.D.N.Y. 2006), CLOUT, décision 765.

favoriser le bon déroulement de la restructuration internationale, relevant que ces dispositions ne créaient pas de patrimoine de la faillite et que le débiteur au sens du chapitre 15 était défini par référence à la procédure étrangère, et non par référence au patrimoine “mondial” créé en vertu du droit américain. S’agissant de l’article 1508 [art. 8 LTI], le tribunal a observé que le chapitre 15 était fondé sur les concepts de coordination et coopération internationales et encourageait les juges à porter leurs regards au-delà des frontières des États-Unis pour y chercher une inspiration en matière d’interprétation de ses dispositions; que les origines internationales du chapitre 15 constituaient un élément dominant et récurrent marquant ces dispositions particulières. Le tribunal a estimé que la suspension des poursuites pouvait être étendue au débiteur en ce qui concernait les procédures menées dans d’autres pays, aux fins de protéger ses biens situés sur le territoire des États-Unis. Il a rejeté la requête.

Décision 1212: LTI 6; 22

États-Unis: Bankruptcy Court Eastern District of Virginia

Décisions n° 09-14766-RGM; 09-14766-SSM

Re Qimonda AG Bankr. Lit.

19 novembre 2009, 28 octobre 2011

Original en anglais

Publiée en anglais: 433 B.R. 547; 462 B.R. 165 (2011)

[**Mots clefs:** *créanciers-protection; objet; ordre public; reconnaissance de la procédure étrangère*]

Le représentant étranger de la société débitrice a demandé, conformément au chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, la reconnaissance aux États-Unis d’une procédure d’insolvabilité menée en Allemagne et a obtenu gain de cause. Une fois la reconnaissance accordée, certaines dispositions du Code des faillites américain s’appliquent automatiquement, mais l’article 365 n’en fait pas partie; cet article délimite le pouvoir appartenant traditionnellement aux représentants de l’insolvabilité de rejeter certains contrats en donnant le choix au bénéficiaire d’une licence de propriété intellectuelle – soit de considérer qu’en rejetant le contrat le représentant de l’insolvabilité y met fin, soit de conserver les droits qu’il exerce au titre de la licence tant qu’il continue à acquitter les redevances exigées. Cependant, une ordonnance complémentaire du tribunal de la faillite a rendu l’article 365 applicable à la procédure du chapitre 15. Or, en vertu du droit allemand de l’insolvabilité, les contrats qui n’ont pas été entièrement exécutés deviennent automatiquement inexécutables. Le représentant étranger a avisé les détenteurs de licences du débiteur qu’il n’exécuterait pas les contrats et les licenciés ont réagi en faisant valoir leurs droits au titre de l’article 365. Le représentant étranger a demandé une modification de l’ordonnance complémentaire et le retrait de l’article 365 de la liste des dispositions du Code des faillites applicables en l’espèce. Le tribunal a limité l’application de l’article 365, de sorte que dans les cas où le représentant étranger exerçait les droits des débiteurs en vertu du droit allemand, les licenciés ne bénéficieraient pas de la protection dudit article. Les titulaires de licences ont interjeté appel de l’ordonnance modifiée. Le tribunal de district a renvoyé l’affaire au tribunal de la faillite afin que celui-ci se livre à un examen plus poussé des articles 1506 et 1522 du chapitre 15 [art. 6 et 22 LTI].

En renvoyant l'affaire, le tribunal de district a observé que l'opinion selon laquelle l'article 1506 ne saurait s'appliquer que dans des circonstances très limitées, dans lesquelles des éléments fondamentaux de l'ordre public des États-Unis étaient menacés, était largement partagée¹². Il a indiqué que les décisions prises à ce jour¹³ avaient établi clairement la pertinence de trois principes pour analyser la question de savoir si une action exercée dans le cadre d'une procédure du chapitre 15 était manifestement contraire à l'ordre public des États-Unis au sens de l'article 1506 [art. 6 LTI]:

1) La simple existence d'un conflit entre le droit étranger et le droit américain, en l'absence de toute autre considération, ne justifie pas d'invoquer l'exception d'ordre public; 2) Il ne devrait pas être tenu compte d'une procédure étrangère dans une procédure au titre du chapitre 15 lorsque l'équité de cette procédure peut être mise en doute ou qu'il n'est pas possible de remédier à son absence d'équité en adoptant des mesures de protection supplémentaires; et 3) Une procédure au titre du chapitre 15 ne devrait pas donner lieu à une action qui conduirait à priver les tribunaux américains de leur capacité à administrer cette procédure et/ou porterait gravement atteinte à un droit conféré par la Constitution ou la loi, notamment si une partie continuait à bénéficier des avantages de la procédure du chapitre 15.

Lors de l'examen du renvoi, le tribunal de la faillite s'est concentré sur deux questions. En premier lieu, sur la question de savoir si les licenciés seraient "suffisamment protégés", conformément à l'article 1522 du chapitre 15 [art. 22 LTI], s'ils ne bénéficiaient pas de la protection conférée par l'article 365. Il a estimé que l'article 1522 exigeait que le juge "adapte les mesures... afin de trouver l'équilibre entre les mesures accordées au représentant étranger et les intérêts des personnes touchées par ces mesures". Après avoir mis en balance les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs, le tribunal a conclu que les conséquences d'un refus de la protection de l'article 365 pèseraient lourdement sur les titulaires de brevets qui, se fiant aux licences qu'ils tenaient du débiteur, avaient déjà réalisé des investissements technologiques et structurels importants. En conséquence, l'article 365 devrait être applicable à la procédure du chapitre 15, de sorte que les intérêts en cause soient "suffisamment protégés".

En second lieu, sur la question de savoir si l'application du droit allemand de l'insolvabilité pour refuser aux titulaires de brevets la protection de l'article 365 était "manifestement contraire" à l'ordre public des États-Unis, le tribunal a conclu que les principes d'ordre public protégeant l'innovation technologique comptaient parmi les plus fondamentaux du pays, et qu'en conséquence une absence de protection était manifestement contraire à l'ordre public des États-Unis.

¹² *In re Gold & Honey, Ltd.*, 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT, décision 1008.

¹³ *In re Ephedra Prods. Liability Litig.*, 349 B.R. 333 (S.D.N.Y. 2006), CLOUT, décision 765; *In re Metcalfe & Mansfield Alt. Invs.*, 421 B.R. 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT, décision 1007; *In re Gold & Honey, Ltd.*, 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT, décision 1008.

Décision 1213: LTI 1-2

États-Unis: Bankruptcy Court District of New Jersey

Décision n° 09-28427 (RTL)

Re Paul A. Steadman

3 septembre 2009

Original en anglais

Publiée en anglais: 410 B.R. 397 (2009)

[**Mots clefs:** *champ d'application-LTI*]

Le représentant étranger d'une procédure d'insolvabilité ouverte en Angleterre à l'encontre d'un citoyen du Royaume-Uni a demandé la reconnaissance de cette procédure aux États-Unis, conformément au chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (incorporant la Loi type de la CNUDCI dans le droit américain). Le débiteur s'est opposé à cette demande au motif qu'il était résident permanent des États-Unis et que l'article 1501 c) 2) du chapitre 15 [art. 1-2 LTI] excluait l'application dudit chapitre, notamment, aux personnes ayant le statut de résident permanent aux États-Unis. Le représentant étranger a invoqué le fait que le statut du débiteur n'avait pas un caractère permanent mais conditionnel.

Le tribunal a estimé que si son statut de résident avait un caractère conditionnel, le débiteur était néanmoins résident permanent et appartenait à la catégorie des personnes que le Congrès avait entendu exclure du champ d'application du chapitre 15 et, qu'en conséquence, les dispositions de ce chapitre ne lui étaient pas applicables. La demande a été rejetée.