



Assemblée générale

Distr. limitée
17 février 2010
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-huitième session
New York, 19-23 avril 2010**

Droit de l'insolvabilité: travaux futurs possibles

Additif

Proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique: document d'information

[Le présent document a été établi par la délégation des États-Unis d'Amérique à l'appui de sa proposition (voir A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1) tendant à ce que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) envisage d'élaborer une loi type ou des dispositions types, ou de donner des orientations législatives, sur certains points du droit de l'insolvabilité internationale intéressant la question des groupes de sociétés et d'autres questions se posant dans un contexte international.]

1. La délégation propose un nombre restreint de questions bien circonscrites afin de rester dans les limites du réalisable. Il est possible que d'autres souhaitent ajouter des questions connexes, mais il lui semble qu'il convient d'éviter de trop élargir le champ des travaux. La forme à retenir pourra être examinée à un stade ultérieur, une fois que le contenu d'éventuelles recommandations ou orientations se précisera. La proposition part de l'hypothèse qu'aucune modification de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la "Loi type") n'est nécessaire. On pourrait élaborer des dispositions ou orientations supplémentaires relatives à la Loi type ou des recommandations ou orientations supplémentaires relatives au Guide législatif et/ou au Guide pratique.

A. Présentation

2. Les travaux actuels du Groupe de travail V ont fait ressortir la nécessité d'une clarification de questions transversales qui pourrait favoriser l'application des textes juridiques déjà élaborés par la Commission, y compris la Loi type, le Guide

V.10-51123 (F)



Merci de recycler 

législatif et le récent Guide pratique. La meilleure façon d'aborder ces questions est de les situer dans le cadre de la Loi type. Les éclaircissements pourront être apportés dans des dispositions types distinctes, dans un supplément à la Loi type ou sous une autre forme. La Loi type et le Guide pour l'incorporation ont été adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans la résolution 52/158 du 15 décembre 1997. Depuis l'adoption de la Loi type par l'Assemblée, un certain nombre d'États l'ont adoptée. Voici la liste actuelle des États ayant adopté et incorporé la Loi type à leur législation nationale:

Afrique du Sud (2000), Australie (2008), Colombie (2006), Érythrée (1998), États-Unis d'Amérique (2005), Grande-Bretagne (2006), îles Vierges britanniques, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2003), Japon (2000), Maurice (2009), Mexique (2000), Monténégro (2002), Nouvelle-Zélande (2006), Pologne (2003), République de Corée (2006), Roumanie (2003), Serbie (2004) et Slovénie (2007).

3. D'autres pays se sont basés sur la Loi type pour l'étude ou l'adoption de modifications de leur droit de l'insolvabilité et la jurisprudence créée dans ces pays sera aussi prise en considération.

Le préambule énonce l'objectif de la Loi type comme suit:

“La présente Loi a pour objet d'offrir des moyens efficaces pour traiter des cas d'insolvabilité internationale, afin de promouvoir les objectifs suivants: a) assurer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes du présent État et des États étrangers intervenant dans les affaires d'insolvabilité internationale; b) garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements; c) administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur; d) protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur; et e) faciliter le redressement des entreprises en difficultés financières, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois.”

4. Les idéaux et principes cités comme fondement de la Loi type sont aujourd'hui tout autant d'actualité et tout aussi importants que lorsque celle-ci fut élaborée.

5. Dans l'économie globalisée d'aujourd'hui, les États subissent une pression financière considérable en raison de l'état actuel de l'économie mondiale. Il est primordial, afin de promouvoir et développer les échanges et le commerce entre États (objectif principal de la CNUDCI), de disposer, tant au niveau national qu'international, de lois sur l'insolvabilité modernes et fonctionnelles. Cela est d'autant plus vrai dans les pays émergents et les pays en développement dont l'économie est plus fragile et pour lesquels la prévisibilité et la sécurité juridique sont, par conséquent, particulièrement cruciales.

6. À mesure que des lois sont promulguées, des décisions judiciaires interprètent et mettent en exergue les questions soulevées par leur mise en œuvre et leur interprétation. Les concepts de base et les idéaux de la Loi type continuent de fournir la base fondamentale, mais diverses questions qui ont été soulevées dans ces décisions de justice révèlent un besoin de réflexion et de clarification supplémentaires.

7. Si la majorité des procédures judiciaires résultant de la Loi type ne remettent pas en question le fait que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve être son siège statutaire, ce qui est la présomption de départ, un certain nombre de décisions ont soulevé des questions qui doivent être examinées et clarifiées. L'une d'elles est l'étendue de ce qui est recevable pour réfuter la présomption basée sur l'emplacement du siège statutaire (ou du lieu d'octroi de la personnalité morale dans le système de certains pays), une autre est le point de savoir s'il est possible de contester la décision d'un État donné de se reconnaître compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité ou autre décision analogue, ou encore celui de savoir quels critères peuvent être employés pour répondre à ces questions. L'harmonisation de ces critères pourrait être un facteur considérable d'amélioration de la prévisibilité dans cet important domaine du droit, d'autant plus que les apports du groupe ayant procédé à la négociation initiale de la Loi type auraient des chances d'être déterminants dans de nombreux pays.

8. Afin de mieux comprendre l'impact de ces questions, il est nécessaire d'examiner plusieurs des définitions fondamentales de la Loi type. Ces définitions sont les suivantes:

a) Le terme "procédure étrangère" désigne une procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, régie par une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger, aux fins de redressement ou de liquidation;

b) Le terme "procédure étrangère principale" désigne une procédure étrangère qui a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux;

c) Le terme "procédure étrangère non principale" désigne une procédure étrangère, autre qu'une procédure étrangère principale, qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement au sens de l'alinéa f) du présent article;

d) Le terme "représentant étranger" désigne une personne ou un organe, y compris une personne ou un organe désigné à titre provisoire, autorisé dans une procédure étrangère à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur, ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère;

e) Le terme "tribunal étranger" désigne une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère;

f) Le terme "établissement" désigne tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services.

9. Compte tenu de ces définitions fondamentales, l'article 16 de la Loi type énonce une présomption sur l'emplacement du centre des intérêts principaux d'une société. La présomption est la suivante: 3) "Sauf preuve contraire, le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux".

10. La Loi type n'indique pas quelles preuves ou critères sont nécessaires afin de réfuter la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux d'une société est le siège statutaire de celle-ci.

11. Afin de mieux comprendre l'effet des diverses décisions de justice sur l'interprétation et l'application de la Loi type, il serait utile d'examiner un certain nombre d'affaires et de décisions. On commencera par des décisions rendues dans l'Union européenne, étant donné que la formulation de la Loi type relative au centre des intérêts principaux est la même que celle du Règlement n° 1346/2000 de l'Union européenne (le "Règlement de l'UE concernant l'insolvabilité"). L'harmonisation représenterait une avancée importante, car, en dépit de cette formulation commune, les tendances divergent d'un pays à l'autre. La jurisprudence et la législation d'autres pays seront aussi examinées au stade initial si une étude du Secrétariat est autorisée.

B. Décisions basées sur le Règlement de l'UE concernant l'insolvabilité et sur la Loi type

12. Les affaires ci-après font ressortir différentes questions d'interprétation du Règlement de l'UE concernant l'insolvabilité et de la Loi type.

1. Décisions basées sur le Règlement de l'UE concernant l'insolvabilité

a) DAISY TEK-ISA LTD Ors¹

13. Daisy Tek était une filiale d'une société américaine qui avait engagé aux États-Unis, le 7 mai 2003, une procédure de redressement sur le fondement du chapitre 11. Daisy Tek était elle-même une société de holding regroupant un certain nombre de sociétés européennes, dont trois sociétés allemandes et une société française. Elle approvisionnait en fournitures de bureautique des revendeurs et des distributeurs grossistes européens. Ses activités au Royaume-Uni étaient regroupées à Bradford, en Angleterre. Les trois sociétés allemandes avaient leur siège statutaire à Neuss, mais menaient en fait leurs affaires depuis Freilassing, Magdebourg et Mulhain. La société française avait son siège statutaire en France et exerçait ses activités depuis la France.

14. Daisy Tek engagea une procédure d'insolvabilité au Royaume-Uni en 2003. Le tribunal anglais devait d'abord trancher deux questions préjudicielles: quel était le centre des intérêts principaux de Daisy Tek et était-il compétent pour délivrer des ordonnances d'administration judiciaire concernant les sociétés française et allemandes. Pour ce faire, il se fonda sur le point 13 du préambule et l'article 3.1 du Règlement de l'UE concernant l'insolvabilité. Le tribunal anglais décida finalement que le centre des intérêts principaux de Daisy Tek et des filiales française et allemandes était au Royaume-Uni et qu'il était compétent pour délivrer des ordonnances d'administration judiciaire à l'égard des sociétés française et allemandes. Le tribunal prit en compte le point 13 du préambule du Règlement qui dispose que le centre des intérêts principaux correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et est donc vérifiable par des tiers. Le tribunal reconnut en outre que, en vertu de l'article 3.1, le centre des intérêts principaux de la société était présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu de son siège statutaire. Dans sa décision, le tribunal constata que la plus grande partie de la gestion des sociétés allemandes se faisait depuis le siège de Bradford, que le financement des sociétés

¹ Daisytek-ISA Ltd, Re [2003] B.C.C. 562 (Ch D (Leeds District Registry), 16 mai 2003).

allemandes était organisé au siège de Bradford et que 70 % des biens fournis aux sociétés allemandes l'étaient en vertu de contrats passés par la société de holding à Bradford. Le tribunal conclut en outre que les fonctions exercées à Bradford étaient très significatives et importantes et que, en comparaison, le rôle exercé au niveau local par les sociétés allemandes était limité. Le tribunal arriva à la même conclusion en ce qui concerne la société française.

15. Les ordonnances d'administration judiciaire prononcées par le tribunal anglais à l'égard de la société française furent d'abord accueillies avec incrédulité et annulées par le Tribunal de Commerce de Cergy-Pontoise, qui était convaincu que le tribunal anglais confondait les notions de filiale constituée en société à part entière et de simple succursale. Cependant, en appel, la Cour d'appel de Versailles annula la décision de l'instance inférieure et valida l'ouverture de la procédure principale en Angleterre ainsi que la conclusion du tribunal anglais selon laquelle le centre des intérêts principaux se situait en Angleterre. La cour d'appel française statua que, sur la base du droit de l'Union européenne, une fois qu'une procédure d'insolvabilité avait été ouverte par un État membre de l'Union européenne, tous les États membres devaient l'accepter. Cette décision fut par la suite entérinée par la Cour de justice des Communautés européennes dans sa décision sur l'affaire Eurofoods rendue dans le cadre de l'affaire Parmalat.

b) ROVER FRANCE SAS

16. Dans l'affaire Rover France SAS², le Tribunal de commerce de Nanterre reconnut, en 2005, l'ouverture par un tribunal anglais d'une procédure étrangère principale pour une société française au sujet de laquelle il avait été conclu qu'elle menait ses activités depuis Birmingham et que le centre de ses intérêts principaux était également situé à Birmingham, en Angleterre. Cette affaire fit aussi l'objet d'un appel auprès de la Cour d'appel de Versailles, qui confirma la décision de reconnaissance. La Cour d'appel considéra qu'elle ne pouvait examiner comment le tribunal de première instance avait déterminé le centre des intérêts principaux, parce que la décision sur les faits avait déjà été prise par un autre État membre et que cette décision devait être respectée en vertu du Règlement européen. Ainsi, la Cour d'appel statua que l'ouverture initiale d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État membre et le jugement sur les faits qui y était rendu concernant le centre des intérêts principaux prévalaient sur toute décision indépendante ultérieure par l'État reconnaissant sur la détermination correcte ou non du centre des intérêts principaux par l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité avait été ouverte.

c) EUROFOODS³

17. La détermination du centre des intérêts principaux par un État membre a de nouveau été contestée dans l'affaire Eurofoods. Parmalat était un conglomérat de sociétés dont le siège statutaire se trouvait en Italie et qui était actif dans plus de 30 pays et employait plus de 30 000 personnes à travers le monde. Après que des accusations de fraude eurent été confirmées à l'égard de Parmalat, plusieurs

² SAS Rover France, Re [2005] EWHC 874 (Ch).

³ Eurofood IFSC Ltd, Re (C-341/04) [2006] E.C.R. I-3813; Eurofood IFSC Ltd (n° 1), Re [2004] B.C.C. 383 (HC (Irl)); voir aussi *The Aftermath of "Eurofood" – Benq Holding BV and the Deficiencies of the ECJ Decision*, *Insolv. Int.* 2007, 20(6), 85-87, Christoph G. Paulus.

administrateurs et cadres liés à Parmalat furent emprisonnés par le Gouvernement italien. Le 23 décembre 2003, le Parlement italien adopta une loi prévoyant la mise sous “administration extraordinaire” de Parmalat et de ses filiales, et le 24 décembre 2003, la société mère de Parmalat fut admise à la procédure d’administration extraordinaire en Italie et un administrateur fut nommé.

18. Eurofoods était une société irlandaise dont l’activité principale était la fourniture services financiers aux sociétés du groupe Parmalat. Eurofoods avait été constituée en société en 1997 et son siège statutaire se situait à Dublin, en Irlande. Le 27 janvier 2004, la Bank of America fit une demande de liquidation judiciaire auprès de la High Court irlandaise, qui à son tour nomma un liquidateur judiciaire provisoire pour Eurofoods. Celui-ci informa ensuite l’administrateur extraordinaire de Parmalat de l’ouverture de la procédure en Irlande et de sa nomination. En dépit de la nomination du liquidateur judiciaire provisoire par le tribunal irlandais, le 9 février 2004, le ministère italien nomma l’administrateur extraordinaire de Parmalat administrateur extraordinaire d’Eurofoods en Italie. Au cours de la procédure, chacun des tribunaux décida, indépendamment de l’autre, que le centre des intérêts principaux d’Eurofoods se trouvait dans son ressort.

19. Le tribunal irlandais décida que le centre des intérêts principaux d’Eurofoods se trouvait en Irlande puisque celle-ci était constituée en société en Irlande et que son siège statutaire se situait à Dublin. Le tribunal conclut en outre que Eurofoods était soumise au contrôle du Ministère des finances irlandais et des autorités fiscales irlandaises et qu’elle était gérée sur la base d’un accord de gestion conclu avec la Bank of America en Irlande, que ses comptes annuels étaient établis et audités en conformité avec le droit et les principes comptables irlandais, que ses livres comptables étaient gardés à Dublin, que ses auditeurs étaient irlandais et que Eurofoods avait deux administrateurs irlandais et deux administrateurs italiens, mais que ces deux derniers avaient démissionné avant la demande d’ouverture d’une procédure de liquidation judiciaire. Le tribunal italien décida que le centre des intérêts principaux d’Eurofoods se trouvait en Italie puisque, entre autres, celle-ci était une filiale de Parmalat, les administrateurs d’Eurofoods étaient mandatés par Parmalat et toutes les décisions concernant les activités d’Eurofoods étaient prises en Italie par la société mère. Chacune de ces décisions fit l’objet d’un appel auprès des plus hautes instances de chaque pays, qui toutes deux confirmèrent la conclusion des instances inférieures selon laquelle le centre des intérêts principaux d’Eurofoods se trouvait dans leur pays respectif.

20. Il fut ensuite fait appel auprès de la Cour de justice européenne, le tribunal commercial créé en coordination avec l’Union européenne pour trancher les différends commerciaux entre États membres. La Cour de justice européenne était compétente pour rendre un jugement final sur la question de savoir si le centre des intérêts principaux d’Eurofoods se situait en Italie ou en Irlande.

21. La Cour de justice européenne statua que le centre des intérêts principaux d’Eurofoods se trouvait en Irlande. La Cour fonda sa décision sur plusieurs facteurs, dont le fait que la procédure d’insolvabilité avait été initiée et ouverte en Irlande, que le siège statutaire d’Eurofoods se situait en Irlande et que la présomption énoncée dans le Règlement de l’UE concernant l’insolvabilité, selon laquelle le centre des intérêts principaux se trouvait au lieu du siège statutaire n’avait pas été réfutée.

22. Bien que Parmalat consistât en un groupe de sociétés agissant au niveau mondial, la Cour de justice européenne se concentra, afin de déterminer le centre des intérêts principaux, sur le fait qu’Eurofoods était une société distincte à part entière au lieu de rechercher le centre des intérêts principaux pour l’ensemble du groupe Parmalat.

23. L’arrêt rendu par la Cour de justice européenne concernant Eurofoods confirme la position selon laquelle le tribunal devant lequel la procédure initiale d’insolvabilité est ouverte contrôle la détermination du centre des intérêts principaux du débiteur. L’arrêt Eurofoods étaye et appuie les décisions rendues par les tribunaux anglais dans l’affaire Daisy Tek et des affaires connexes.

d) MPOTEC GmbH⁴

24. Suite à l’arrêt Eurofoods de la Cour de justice européenne, le tribunal de commerce de Nanterre estima que le centre des intérêts principaux de MPOTEC GmbH se situait en France et ouvrit une procédure principale. Bien que constituée en société en Allemagne, MPOTEC GmbH faisait partie du groupe français de sociétés EMTEC. Le tribunal français conclut, en se basant sur le fait que les fonctions du siège social de MPOTEC GmbH étaient exercées en France, que le centre des intérêts principaux se trouvait en France. Les facteurs pris en considération afin de répondre à la question de la localisation du centre des intérêts principaux étaient que les réunions du conseil d’administration avaient lieu en France, que les principaux contrats de la société étaient soumis au droit français, que les relations d’affaires avec la clientèle étaient menées depuis la France, que la politique commerciale du groupe était définie en France, que l’autorisation de la société mère pour la conclusion d’engagements financiers était donnée en France, que la banque principale du débiteur se situait en France, et que la gestion centralisée de la politique d’achat, du personnel, de la comptabilité et du système informatique de la société se trouvait en France.

25. Le concept de la détermination du centre des intérêts principaux sur la base des “fonctions du siège social” fait suite aux décisions précédemment rendues sur la question en Angleterre et en Allemagne.

e) ENERGOTECH SARL, RE⁵

26. Dans cette affaire, le Tribunal de commerce de Lure ouvrit une procédure principale pour une société polonaise faisant partie d’un groupe de sociétés français. Les mêmes critères que dans l’affaire MPOTEC GmbH furent appliqués. Alors que le siège statutaire et les opérations commerciales de la société polonaise se trouvaient en Pologne, le tribunal français conclut que les “fonctions du siège social” constituaient une preuve contraire suffisante pour renverser la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux de la société se trouvait au lieu du siège statutaire de celle-ci.

27. Ces deux décisions des tribunaux français font du concept de “fonctions du siège social” un critère déterminant pour la localisation du centre des intérêts principaux. La question de savoir s’il s’agit là d’un critère adéquat pour la

⁴ MPOTEC GmbH [2006] B.C.C. 681 (Trib Gde Inst (Nanterre)).

⁵ Energotech Sarl, Re [2007] B.C.C. 123 (Ch).

détermination du centre des intérêts principaux d'une société par un État membre reste ouverte puisqu'elle n'a pas encore été soumise à la Cour de justice européenne.

f) EUROTUNNEL FINANCE LTD.⁶

28. Le Tribunal de commerce de Paris conclut, en accord avec les affaires précédentes, que le centre des intérêts principaux se trouvait en France et ouvrit une procédure principale, en dépit du fait que Eurotunnel Finance Ltd était une société constituée en Angleterre avec des bureaux et des activités en Angleterre.

29. Le tribunal français décida que l'emplacement en France du centre des intérêts principaux de la société était vérifiable par des tiers sur la base de plusieurs facteurs. Ces facteurs comprenaient le fait que la gestion opérationnelle des entités de Eurotunnel était exercée par un conseil commun situé à Paris, que le siège statutaire des deux principales sociétés françaises du groupe, Eurotunnel SA et France Manche, se trouvait en France, que les salariés et les actifs se trouvaient également en France et que les négociations sur la restructuration de la dette de la société avaient lieu à Paris.

g) BEN Q HOLDING BV ET BEN Q OHG⁷

30. Dans une affaire non publiée, la société Ben Q OHG déposa une volontaire à Munich, en Allemagne, et un administrateur provisoire fut nommé par le tribunal de Munich. Ben Q Holding BV était constituée en société aux Pays-Bas et la plus grande partie des activités de la société hollandaise était réalisée à Munich. Les salariés de Ben Q OHG passaient jusqu'à 70 % de leur temps à travailler pour Ben Q Holding BV en Allemagne. Ben Q Holding BV avait aussi des salariés à Amsterdam qui travaillaient essentiellement pour d'autres sociétés du groupe.

31. Ben Q OHG déposa une première demande à Amsterdam puis, deux jours plus tard, une deuxième demande à Munich. Les tribunaux en charge de l'insolvabilité à Amsterdam et à Munich accordèrent les mesures provisoires demandées. Aucun des deux tribunaux ne décida si la procédure dans chacun des pays serait principale ou non.

32. Le juge allemand appela par la suite le juge hollandais, et après que les tribunaux eurent conféré, le juge allemand dit qu'il remettait au juge hollandais le soin de décider si la procédure hollandaise serait la procédure principale ou non. Le juge hollandais décida que la procédure principale serait celle des Pays-Bas.

h) MG PROBUD GDYNIA SP. Z O.O.

33. Le 21 janvier 2010, la Cour de justice européenne a rendu un avis développant son arrêt Eurofoods. Dans l'affaire MG Probud, le tribunal polonais ouvrit une procédure d'insolvabilité sur la base d'une demande déposée auprès de lui. MG Probud menait aussi des activités en Allemagne et, en raison de ses difficultés financières, n'était pas à même de payer ses ouvriers et les charges opérationnelles connexes. Une demande de saisie des actifs fut déposée en Allemagne afin de permettre le paiement des salaires des ouvriers et des charges opérationnelles. Les

⁶ Eurotunnel Finance Ltd. (Tribunal de commerce de Paris, 2 août 2006).

⁷ BenQ Holding BV, Re (non publiée, février 2007) (Allemagne).

procédures polonaise et allemande donnèrent lieu à un différend, le liquidateur judiciaire polonais estimant que la procédure polonaise précédait la procédure allemande et que dès lors toutes les prétentions et tous les droits des créanciers, de quelque sorte ou nature que ce soit, devaient être réglés selon le droit polonais, dans le cadre de la procédure polonaise. Les autorités allemandes voulaient conserver assez d'actifs pour pouvoir payer les salaires des ouvriers et autres charges connexes et étaient donc très réticentes à l'idée de remettre ces actifs à l'administrateur polonais.

34. La Cour de justice européenne décida que, une fois une procédure principale ouverte dans un État membre, les autres États membres de l'Union européenne devaient reconnaître et appliquer tous les jugements relatifs à cette procédure et ne pouvaient donc pas appliquer de mesures d'exécution sur les actifs du débiteur dans le cadre d'une autre procédure si cela était contraire aux lois du pays dans lequel la procédure principale avait été ouverte. La Cour de justice européenne a ainsi étendu la portée de son arrêt Eurofoods en considérant que les lois de l'État dans lequel la procédure principale était ouverte contrôlaient la liquidation des actifs de la société, où que ceux-ci soient localisés, même si ces lois étaient défavorables ou contraires à celles de l'État membre dans lequel se trouvaient les actifs.

2. Décisions fondées sur la Loi type⁸

35. Tel que signalé plus haut, dix-sept pays ont adopté la Loi type et d'autres envisagent de le faire. Un corpus de jurisprudence interprétant la Loi type s'est développé aux États-Unis et dans d'autres États qui l'ont adoptée.

a) IN RE TRADEX SWISS AG⁹

36. Tradex était une société dont le siège statutaire était situé en Suisse mais qui avait un bureau à Boston, au Massachusetts. Avant son insolvabilité, les activités de la société avaient été transférées de la Suisse à Boston. Les principales activités commerciales du débiteur étaient exercées depuis Boston. Tradex était une société d'achat et de vente de devises étrangères.

37. Avant qu'une demande de procédure d'insolvabilité n'ait été déposée, la Commission fédérale des banques suisses avait nommé deux enquêteurs pour mener une enquête sur Tradex qui était accusée de convertir les dépôts de ses investisseurs. Des salariés déposèrent ensuite à Boston une requête en ouverture d'une procédure obligatoire dite du "chapitre 7" à l'encontre de Tradex. À l'époque, Tradex avait 18 salariés à Boston et 2 en Suisse. Les enquêteurs suisses s'opposèrent à la demande d'ouverture d'une procédure du chapitre 7 et demandèrent à ce qu'une procédure dite du "chapitre 15" soit initiée, au motif que le centre des intérêts principaux de Tradex se situait en Suisse. Le tribunal américain concéda que le siège statutaire se trouvait en Suisse mais dit que la présomption selon laquelle une procédure ouverte en Suisse pourrait être la procédure principale devait être écartée du fait des preuves de l'étendue des activités de Tradex à Boston. Le tribunal

⁸ Les références, dans la section ci-après, aux chapitres 7, 11 ou 15 renvoient aux chapitres correspondants du Code fédéral des faillites des États-Unis (*US Bankruptcy Code*). Le chapitre 15 est celui qui incorpore la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale dans la législation fédérale des États-Unis.

⁹ In re Tradex Swiss AG, 384 B.R. 34 (Bankr.D.Mass. 2008).

conclut que la procédure en Suisse était une procédure non principale puisque Tradex exerçait une activité commerciale non transitoire en Suisse, ce qui indiquait que la société y avait un établissement.

b) SPHINX MANAGED FUTURES FUND LTD¹⁰

38. Une des premières demandes d'application de la Loi type telle que promulguée par les États-Unis fut déposée par la société Sphinx Ltd. Le 31 juillet 2006, les coliquidateurs officiels de Sphinx Managed Futures Fund STC, agissant sous la supervision de la "Grand Court" des îles Caïmanes, déposèrent une demande de reconnaissance [d'une procédure ouverte aux îles Caïmanes] sur le fondement du chapitre 15. Le 16 août 2006, à l'issue d'une audience contradictoire, le tribunal fit en partie droit à la demande, la rejeta en partie et retint certaines questions pour une décision écrite postérieure.

39. Le tribunal statua que la procédure des îles Caïmanes pour laquelle les coliquidateurs officiels avaient été nommés était bien une procédure étrangère et examina si celle-ci devait être reconnue comme procédure étrangère principale ou non principale. Dans sa décision écrite, il constata que les fonds de Sphinx Ltd étaient des fonds spéculatifs dont l'activité consistait en l'achat et la vente de titres et de produits de base. Le siège statutaire de Sphinx Ltd se trouvait aux îles Caïmanes. Le tribunal remarqua que Sphinx Ltd était constituée en société selon la loi des îles Caïmanes sous une forme qui faisait qu'il était interdit par ladite loi à ses fonds d'exercer toute activité commerciale ou d'affaires aux îles Caïmanes. Le tribunal prit note du fait que les fonds Sphinx n'avaient pas d'employés ni de bureaux physiques aux îles Caïmanes et qu'il s'agissait d'un fond spéculatif géré par une société du Delaware, sise dans la ville de New York, en vertu d'un contrat de gestion qui laissait à celle-ci tout pouvoir de décision. Le tribunal statua que, bien que remplaçant l'ancienne section 304 du Code des faillites, le chapitre 15 reprenait de cette section le concept de courtoisie internationale (*comity*). À certains égards, dit le tribunal, le chapitre 15 renforçait le standard de flexibilité maximale sous-jacent à l'ancienne section 304, grâce aux principes qui sous-tendaient le concept de centre des intérêts principaux et aux possibilités qu'il donnait de respecter les lois et jugements d'autres nations.

40. Le tribunal nota que le véritable point en litige était celui de savoir si la procédure des îles Caïmanes devait être reconnue comme procédure étrangère principale ou non principale. À ce sujet, il reconnut que, en vertu de l'article 16, paragraphe 3 du chapitre 15, la procédure des îles Caïmanes était présumée être une procédure étrangère principale en raison de l'emplacement du siège statutaire de la société. Le tribunal trouva très convaincant le récent avis rendu par la Cour de justice européenne dans l'affaire Eurofoods, selon lequel l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur était le lieu où celui-ci gérait habituellement ses affaires si cela était vérifiable par des tiers. Sur la base des preuves qui lui furent présentées, le tribunal conclut que la procédure des îles Caïmanes ne pouvait être reconnue comme procédure étrangère principale, mais il accepta de la reconnaître, sur la base du chapitre 15, comme procédure étrangère non principale, en dépit des éléments prouvant que le fonds n'avait pas, aux îles Caïmanes, d'"établissement" au sens de la Loi type.

¹⁰ In re SPhinX, Ltd., 351 B.R. 103 (Bankr.S.D.N.Y. Sep 06, 2006).

41. La décision du tribunal dans l'affaire Sphinx Ltd fut très critiquée par de nombreux universitaires et praticiens en raison de son utilisation du concept de courtoisie internationale comme base pour la reconnaissance d'une procédure étrangère non principale, en dépit de l'absence de preuve de l'existence d'un établissement. Les critiques étaient axées sur le fait que la Loi type avait été conçue pour promouvoir la transparence et la prévisibilité et que tout écart par rapport à ses dispositions allait à l'encontre de cet objectif. Elles faisaient aussi valoir qu'il n'y avait pas assez de preuves pour considérer la procédure Sphinx Ltd comme une procédure étrangère, qu'elle soit principale ou non principale, et que la reconnaissance aurait donc dû être refusée puisqu'elle devait être accordée sur la base légale et juridictionnelle offerte par la Loi type et non pas sur celle de la simple courtoisie.

c) TRI-CONTINENTAL EXCHANGE LTD¹¹

42. Cette affaire concernait une société constituée suivant les lois de Saint-Vincent-et-les Grenadines. Un créancier de la société avait déposé une demande de reconnaissance en tant que procédure étrangère non principale de la procédure d'insolvabilité concernant les sociétés d'assurances du débiteur qui avait été ouverte à Saint-Vincent-et-les Grenadines.

43. Une demande de mise en liquidation de Tri-Continental Exchange Ltd et Alternative Exchange Ltd avait été déposée auprès du Tribunal suprême des États des Caraïbes orientales et des coliquidateurs provisoires avaient été nommés. Les seuls bureaux des débiteurs se situaient à Kingston, à Saint-Vincent. Les débiteurs offraient des assurances fictives et s'étaient fait payer par des clients situés aux États-Unis et au Canada plus de 45 millions de dollars de primes. Les États-Unis avaient saisi 1,6 millions de dollars et les coliquidateurs demandaient, dans leur demande de reconnaissance fondée sur le chapitre 15, que ce montant leur soit remis.

44. Suite à des audiences contradictoires, le tribunal fit droit à la demande de reconnaissance des liquidateurs et décida que la procédure de Saint-Vincent était une procédure étrangère principale. Les preuves dont il disposait démontraient que les activités de Saint-Vincent étaient les seules activités de la société et il accepta donc de remettre les fonds aux liquidateurs mais maintint aux États-Unis la compétence juridictionnelle pour déterminer leur répartition entre les créanciers.

d) BEAR STEARNS HIGH GRADE STRUCTURED CREDIT STRATEGIES MASTER FUNDS LTD¹²

45. Les solutions retenues dans la décision Sphinx Ltd furent revues dans l'affaire Bear Stearns. Les coliquidateurs provisoires des îles Caïmanes avaient déposé, sur le fondement du chapitre 15, une demande de reconnaissance en tant que procédure étrangère principale ou non principale de la procédure visant le Fonds Bear Stearns ouverte aux îles Caïmanes. La demande de reconnaissance n'était pas contestée et, à

¹¹ In re Tri-Continental, 349 B.R. 627 (Bankr.E.D.Cal. 2006).

¹² In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd., 389 B.R. 325 (Bankr.S.D.N.Y. May 27, 2008); in re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd., 374 B.R. 122 (Bankr.S.D.N.Y. Sep 5, 2007); voir aussi *Bear Stearns Appeal Decision*, 17 J. Bankr. L. & Prac. 5 Art. 3, Glosband (Août 2008).

l'issue d'une audience non contradictoire, le tribunal décida que les preuves à sa disposition ne suffisaient pas pour établir que la procédure des îles Caïmanes devait être reconnue comme étant une procédure étrangère, principale ou non principale. La demande fut donc rejetée.

46. Les faits étaient similaires à ceux de l'affaire Sphinx Ltd, dans la mesure où Bear Stearns était une société exonérée qui n'avait pas le droit d'exercer d'activités commerciales ou d'affaires aux îles Caïmanes. Le tribunal constata que les activités d'investissement de Bear Stearns étaient menées essentiellement aux États-Unis, à New York, et que si la procédure ne pouvait être qualifiée ni de principale ni de non principale, la reconnaissance ne pouvait être accordée. L'absence d'un établissement aux îles Caïmanes empêchait que la procédure qui y avait été ouverte puisse être considérée comme une procédure non principale sur le fondement de la Loi type. Il fut fait appel de cette décision auprès de la cour de district fédérale (*US District Court*), qui la confirma. Les liquidateurs officiels soutinrent en appel que la présomption de la section 1516, alinéa C, du chapitre 15 selon laquelle le centre des intérêts principaux du débiteur devait se situer au lieu du siège statutaire de ce dernier n'avait été renversée par aucune preuve contraire. La cour de district, suivant en cela le juge de l'insolvabilité, statua qu'un juge était tenu de mener de façon indépendante des investigations sur toute question qui lui était soumise et que des preuves contraires avaient en fait été fournies à l'instance inférieure.

47. En l'espèce, la cour de district constata que l'instance inférieure avait, de manière indépendante, correctement examiné et analysé la question de savoir s'il existait des éléments de preuve justifiant la reconnaissance et si la présomption avait été réfutée. Elle se dit d'accord avec les conclusions du tribunal inférieur selon lesquelles Bear Stearns n'avait ni bureau ni employés dans les îles Caïmanes et n'y exerçait pas d'activités commerciales ou d'affaires puisqu'il s'agissait d'une société exonérée. Dans la mesure où des activités économiques non transitoires n'étaient pas menées par Bear Stearns aux îles Caïmanes (et ne pouvaient pas l'être), la société n'y avait pas d'établissement, si bien que la procédure qui y avait été ouverte ne pouvait pas être, en application de la loi, qualifiée de procédure étrangère non principale. La cour de district statua en outre que le centre des intérêts principaux de Bear Stearns ne se trouvait en fait pas aux îles Caïmanes mais aux États-Unis, réfutant ainsi la présomption fondée sur le lieu du siège statutaire.

48. L'arrêt rendu par la cour de district dans l'affaire Bear Stearns est considéré comme constituant un revirement par rapport à la décision rendue dans l'affaire Sphinx Ltd. La jurisprudence actuelle des États-Unis concernant le chapitre 15 conforte la position selon laquelle pour que la reconnaissance puisse être accordée, il faut que soit clairement rapportée la preuve que les conditions légales et juridictionnelles nécessaires pour conclure à l'existence d'une procédure étrangère principale ou non principale ainsi que d'un établissement sont réunies.

e) BASIS YIELD ALPHA MASTER¹³

49. Dans cette procédure relevant du chapitre 15, les coliquidateurs provisoires d'un débiteur dont le siège statutaire se trouvait aux îles Caïmanes cherchaient à ce que celles-ci soient reconnues comme le centre des intérêts principaux du débiteur.

¹³ In re Basis Yield Alpha Fund (Master), 381 B.R. 37 (Bankr.S.D.N.Y. 2008).

À cet effet, ils demandèrent au tribunal américain de reconnaître à la procédure ouverte aux îles Caïmanes la qualité de procédure étrangère principale.

50. Les avocats des liquidateurs provisoires se fondèrent sur la présomption selon laquelle le siège statutaire situé aux îles Caïmanes constituait le centre des intérêts principaux du débiteur. Le tribunal statua que des éléments de fait empêchaient qu'une reconnaissance soit accordée. Il nota que la société était une société exonérée, qu'elle ne pouvait de ce fait exercer des activités d'affaires dans l'île et que ses affaires étaient menées dans d'autres pays. La procédure ne pouvait donc pas être qualifiée de procédure non principale, puisqu'il n'y avait pas d'établissement, et elle ne pouvait pas non plus être qualifiée de procédure principale puisque les faits réfutaient clairement la présomption d'une coïncidence entre le lieu du siège statutaire et celui du centre des intérêts principaux du débiteur. Cette décision est conforme à la logique de la décision *Bear Stearns* en ce qui concerne aussi bien les critères de reconnaissance que le devoir du tribunal de déterminer de façon indépendante si la reconnaissance devait être accordée.

f) IN RE ERNST & YOUNG INC (KLYTIE'S)¹⁴

51. L'affaire *Klytie's* concernait des sociétés canadienne et américaine. *Klytie's* était possédée à 80 % par des citoyens israéliens qui avaient vécu au Canada mais qui vivaient en Californie au moment de la demande. Le propriétaire des 20 % restants résidait dans le Colorado. *Klytie's* était accusée d'avoir escroqué des investisseurs dans une affaire de fonds d'investissements immobiliers. Après l'engagement d'une action en justice à l'encontre de *Klytie's*, le tribunal canadien nomma la société *Ernst & Young* pour assurer les fonctions de séquestres de la société canadienne.

52. Le séquestre déposa, à son tour, une demande de reconnaissance sur le fondement du chapitre 15, à laquelle s'opposèrent les créanciers des États-Unis. Ceux-ci soutenaient que, les frais administratifs étant plus élevés au Canada, moins de fonds seraient remis aux créanciers que si la procédure principale était menée aux États-Unis.

53. Le tribunal des États-Unis accorda la reconnaissance et conclut que la procédure canadienne était la procédure étrangère principale étant donné que le centre des intérêts principaux de *Klytie's* se trouvait au Canada. Le tribunal fonda sa décision sur les éléments suivants: les responsables de la société géraient les affaires depuis le Canada, les créanciers reconnaissaient que la société opérait au Canada, les principaux actifs de la société et le système de gestion de la trésorerie se trouvaient au Canada.

54. Le tribunal se fonda en outre sur les dispositions du chapitre 15 qui précisaient que celui-ci avait pour but de favoriser la coopération entre les tribunaux des États-Unis et ceux des pays étrangers.

¹⁴ *In re Ernst & Young, Inc.*, 383 B.R. 773 (Bankr.D.Colo. 2008).

g) AFFAIRE ROBERT ALLEN STANFORD, EN ANGLETERRE ET AU CANADA¹⁵

55. L'empire financier d'Allen Stanford s'effondra lorsque la *Securities and Exchange Commission* ("SEC") des États-Unis déposa une plainte à l'encontre de Allen Stanford et consorts qu'elle accusait de fraude boursière et de violation de la législation boursière. La SEC nomma un séquestre pour administrer la Stanford International Bank, la Stanford Group Company et des entités contrôlées par Allen Stanford et consorts. Entre-temps, en février 2009, la Commission de régulation des services financiers d'Antigua-et-Barbuda (la "FSRC") nomma des administrateurs-séquestres provisoires pour la Stanford International Bank et la Stanford Trust Company à Antigua. Le tribunal d'Antigua ordonna ensuite la liquidation de la société et nomma des coliquidateurs chargés de la mener à bien.

56. Depuis l'ouverture de la procédure à l'encontre de la Stanford International Bank et des entités apparentées, M. Ralph Janvey (le "séquestre de la SEC") et MM. Hamilton-Smith et Wastell, les coliquidateurs dans la procédure ouverte à Antigua (les "liquidateurs") s'affrontent afin d'obtenir la reconnaissance dans plusieurs pays, dont le Royaume-Uni et le Canada. Le très honorable juge Lewison de la Haute Cour de justice de Londres entendit les demandes de reconnaissance concurrentes du séquestre de la SEC et des liquidateurs qui soutenaient l'un que le centre des intérêts principaux se situait aux États-Unis et les autres qu'il se situait à Antigua, chacune des parties aspirant à contrôler les actifs situés au Royaume-Uni de la Stanford International Bank et des entités apparentées. Le 3 juillet 2009, le juge Lewison rendit un jugement solidement motivé et complet donnant gain de cause aux liquidateurs.

57. Le juge Lewison examina en détail le Règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale qui transpose la Loi type en Grande-Bretagne. La Haute Cour reconnut, comme point de départ, que le siège statutaire de la Stanford International Bank se situait à Antigua, et que le centre des intérêts principaux de la banque était donc présumé être à Antigua. Elle reconnut aussi que, pour départager les demandes concurrentes, il lui fallait déterminer si le centre des intérêts principaux de la société se trouvait ou non dans le pays dans lequel celle-ci avait son siège statutaire. La Haute Cour examina les opérations de la Stanford International Bank à Antigua depuis la constitution en société en décembre 1990. Elle constata que la Stanford International Bank disposait, à Antigua, d'un département comptable, d'un département des ressources humaines, d'un département des technologies de l'information, d'un département des états de paie et de logiciels d'exploitation. Elle constata en outre que la Stanford International Bank acceptait des dépôts d'investisseurs du monde entier et en particulier d'Amérique du Nord, d'Amérique centrale et d'Amérique du sud. La Stanford International Bank émettait des certificats de dépôt depuis Saint John's, à Antigua.

58. La Haute Cour nota que dans la décision Bear Stearns, les facteurs à prendre en compte étaient: le lieu du siège statutaire du débiteur, celui où se trouvaient ceux qui géraient de fait le débiteur, celui où se trouvaient les principaux actifs du

¹⁵ In Re Stanford International Bank Ltd (In Receivership), Re (Ch D (Companies Ct)) Chancery Division (Companies Court) 2009 WL 1949459, July 3, 2009; In Re Stanford International Bank Ltd., Re Superior Court of Quebec, 2009 CarswellQue 9216, September 11, 2009, and 2009 CarswellQue 9211.

débiteur, celui où se trouvait la majorité des créanciers du débiteur qui seraient concernés par la procédure et le pays dont la loi s'appliquerait à la plupart des litiges. La Haute Cour constata en outre 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. Elle conclut que, puisque le siège statutaire de la Stanford International Bank se situait à Antigua, c'était au séquestre de la SEC qu'il appartenait de renverser la présomption et que celle-ci ne pourrait l'être que par des facteurs objectifs. De plus, ces facteurs objectifs ne compteraient que s'ils étaient aussi vérifiables par des tiers, s'ils étaient dans le domaine public et s'ils correspondaient à ce que des tiers pourraient apprendre dans le cours de relations d'affaires normales avec la société.

59. La Haute Cour se pencha ensuite sur la question de savoir laquelle des parties devait être considérée comme le représentant étranger. Elle conclut que la procédure de la SEC ne constituait pas une procédure étrangère, si bien que le séquestre de la SEC n'était pas un représentant étranger au sens du Règlement sur l'insolvabilité internationale. Elle constata que la procédure de la SEC n'était pas une procédure d'insolvabilité, qu'elle n'avait pas pour but la protection de créanciers et qu'elle ne se fondait pas sur une loi relative à l'insolvabilité.

60. La Cour se pencha ensuite sur la question de savoir si la liquidation à Antigua était une procédure étrangère. Elle constata qu'il s'agissait bien d'une procédure de liquidation, que le juge d'Antigua était convaincu que la Stanford International Bank était insolvable, que les liquidateurs avaient été nommés en application d'une loi relative à l'insolvabilité et que, par conséquent, ils pouvaient être reconnus comme les représentants étrangers d'une procédure étrangère. La Cour constata ensuite que les preuves présentées par le séquestre de la SEC ne suffisaient pas pour réfuter la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux de la Stanford International Bank se situait à Antigua. Ainsi, Antigua fut reconnue être le lieu du centre des intérêts principaux de la Stanford International Bank. La Haute Cour reconnut aux liquidateurs la qualité de représentants étrangers d'une procédure étrangère principale, conformément aux dispositions correspondantes du Règlement sur l'insolvabilité internationale.

61. La procédure de reconnaissance suivante eut lieu au Canada. Le séquestre de la SEC et les liquidateurs déposèrent auprès de la Cour supérieure du district de Montréal, dans la province de Québec, des demandes de reconnaissance en tant que représentants étrangers. L'honorable juge Claude Auclair présida la procédure. La Cour commença par examiner la procédure menée au Royaume-Uni par le juge Lewinson et nota que la procédure d'Antigua y avait été reconnue comme procédure principale et les liquidateurs comme représentants étrangers. La décision anglaise attribuait donc aux liquidateurs antiguyens la disposition des fonds de la Stanford International Bank se trouvant au Royaume-Uni. La juridiction canadienne reconnut que la Haute Cour anglaise avait statué que le centre des intérêts principaux de la Stanford International Bank se trouvait à Antigua et que la procédure américaine était irrecevable en tant que procédure étrangère au motif que la nomination du séquestre américain ne se fondait pas sur une loi relative à l'insolvabilité.

62. La juridiction canadienne procéda ensuite à une analyse de l'historique de la Stanford International Bank et des mesures prises par le séquestre de la SEC et les liquidateurs. Dans sa décision, la juridiction canadienne nota que la Partie XIII de la Loi du Canada sur la faillite et l'insolvabilité permettait à un demandeur de se voir

reconnaître la qualité de représentant étranger s'il obtenait l'autorisation du tribunal, ce qui facilitait la coordination des procédures relatives à l'instance d'insolvabilité. La Cour affirma en outre que la section 268, alinéa 6, de la loi sur la faillite et l'insolvabilité disposait que ladite section n'exigeait pas du tribunal qu'il rende une décision contraire au droit canadien ou qu'il donne effet à des décisions rendues par des tribunaux étrangers. La Cour admit que la collaboration entre États était importante, mais ajouta qu'elle devait sauvegarder les intérêts des créanciers canadiens et préserver les principes fondamentaux du système judiciaire canadien. Elle nota que toute personne qui se présentait devant elle pour lui demander d'exercer son pouvoir d'appréciation judiciaire devait le faire de bonne foi et avec "les mains propres".

63. La Cour constata que les liquidateurs avaient déposé une demande antérieure de reconnaissance et avaient omis d'en informer le séquestre de la SEC. Elle constata aussi que les liquidateurs avaient pris possession d'actifs situés au Canada sans autorisation préalable d'un tribunal canadien et avaient effacé des documents électroniques originaux après en avoir fait des copies et les avoir transférés hors du Canada. La Cour constata en outre que les autorités gouvernementales canadiennes avaient mené une enquête sur la Stanford International Bank et que les liquidateurs n'avaient pas fourni les informations demandées et avaient commis des actes qui étaient illégaux puisqu'ils n'avaient pas qualité de syndic au regard du droit canadien. Elle conclut que le comportement des liquidateurs antiguyens était manifestement illicite et inexcusable. La Cour rejeta la demande de reconnaissance des liquidateurs et accepta celle du séquestre de la SEC.

h) GOLD & HONEY LTD

64. En Janvier 2009, une demande d'ouverture de procédure au titre du chapitre 15 fut déposée auprès de la "*United States Bankruptcy Court for the Eastern District of New York*" (ci-après le tribunal fédéral des faillites) par des séquestres israéliens dans le cadre d'une procédure de mise sous séquestre israélienne. Le débiteur avait auparavant déposé, auprès du tribunal fédéral des faillites, une demande d'ouverture d'une procédure au titre du chapitre 11. Le tribunal fédéral des faillites avait rendu une ordonnance indiquant que tous les actifs concernés par la procédure du chapitre 11 relevaient de sa compétence. En dépit de cette ordonnance, le tribunal israélien auprès duquel la procédure de mise sous séquestre était en cours déterminait qu'il était compétent et pouvait procéder à la liquidation des actifs situés en Israël. Une demande de reconnaissance en vertu du chapitre 15 fut ensuite déposée par les séquestres israéliens afin que les actifs faisant l'objet de la procédure new yorkaise soient transférés en Israël aux fins de la procédure israélienne.

65. Le tribunal fédéral des faillites refusa la reconnaissance, ayant conclu que la procédure de mise sous séquestre n'était ni une procédure d'insolvabilité ni une procédure collective et que, dans la mesure où les séquestres avaient violé les dispositions prévoyant la suspension automatique des poursuites, le refus de reconnaissance était justifié par l'exception d'ordre public du chapitre 15.

C. Questions pouvant être examinées par le Groupe de travail V dans le contexte de la proposition de la délégation des États-Unis concernant les travaux futurs

66. Suite aux diverses décisions de justice qui ont été rendues, aux divers articles qui sont parus et aux diverses discussions qui ont eu lieu depuis la formulation de la Loi type et la mise en application du Règlement de l'Union européenne qui suit la même approche que la Loi type, il est apparu qu'un certain nombre de questions avaient besoin d'être définies et clarifiées. D'autres questions pourront être proposées par le Secrétariat ou ajoutées par le Groupe de travail.

67. La délégation des États-Unis estime que le Groupe de travail V pourrait souhaiter examiner les questions suivantes:

1. Critères de détermination de ce qui constitue une procédure d'insolvabilité.

a) Une procédure de mise sous séquestre est-elle une procédure collective qui entre dans le cadre de la "procédure d'insolvabilité" au sens de la Loi type, du Guide législatif ou du Guide pratique?

b) Des critères permettant de déterminer les conditions fondamentales nécessaires pour qu'une procédure collective soit considérée comme une procédure d'insolvabilité devraient-ils être établis?

c) Des critères permettant de déterminer ce qui constitue une procédure d'insolvabilité et ce qui constitue une procédure collective devraient-ils être établis?

d) Si une procédure n'est pas une procédure collective, devrait-elle cependant pouvoir être reconnue au titre de la Loi type de la CNUDCI?

2. La compétence d'un tribunal est essentielle pour qu'il puisse agir et statuer sur les questions qui lui sont présentées.

a) Comme condition préalable à la reconnaissance, un tribunal devrait-il être convaincu qu'une procédure au titre de la Loi type est une procédure étrangère principale ou une procédure étrangère non principale?

b) Quelle procédure devrait être établie pour procéder à cette détermination de manière claire et nette? Un menu d'options devrait-il être élaboré afin de rendre le processus clair et net, de façon qu'il puisse être harmonisé dans la mesure du possible?

3. Dans quelles circonstances l'exception d'ordre public prévue à l'article 6 de la Loi type devrait-elle être retenue par un tribunal appelé à se prononcer sur des questions de reconnaissance en vertu de la Loi type?

a) Si un demandeur sollicitant la reconnaissance en vertu de la Loi type a violé les lois ou les procédures applicables dans le pays concerné, cela devrait-il permettre d'invoquer l'exception d'ordre public pour refuser la reconnaissance?

4. La Loi type pose clairement comme présomption que le siège statutaire de la société débitrice est le centre des intérêts principaux.

a) Faudrait-il établir clairement des critères concernant les preuves nécessaires pour renverser la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve à son siège statutaire?

b) Des facteurs spécifiques, tels que, par exemple, l'emplacement du "centre névralgique" du débiteur, devraient-ils être retenus comme permettant de réfuter la présomption?

c) Le lieu physique des activités est-il un facteur à prendre en compte?

d) Le lieu de prise des décisions par la direction et depuis lequel la société exerce ses activités devrait-il être un facteur déterminant?

e) L'emplacement du débiteur devrait-il être prévisible et facilement vérifiable par les créanciers?

5. La durée pendant laquelle une société maintient le centre de ses intérêts principaux dans un pays donné devrait-elle être un facteur de détermination du centre des intérêts principaux du débiteur?

a) Le centre des intérêts principaux d'un débiteur devrait-il 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?

b) L'emplacement d'une activité commerciale ou d'affaires vérifiable par des tiers devrait-il être un facteur important pour renverser la présomption concernant le centre des intérêts principaux du débiteur?

6. Se pencher sur les questions ci-dessus dans le contexte d'un groupe de sociétés, aussi bien au niveau national qu'international.

7. Examiner la question de savoir s'il faudrait fournir des orientations supplémentaires sur la Loi type en ce qui concerne les questions de reconnaissance et d'exécution pour les affaires impliquant un groupe de sociétés.

D. Établissement de principes

68. Les principes relatifs aux questions et problèmes soulevés ci-dessus, qui ont déjà été établis par le Groupe de travail V, devraient être exposés et devraient servir de base pour l'établissement ultérieur de nouveaux principes. Le principe selon lequel le siège statutaire de la société débitrice est présumé être le centre des intérêts principaux de celle-ci est important et les raisons qui ont dicté ce choix devraient être détaillées lorsque le Groupe de travail V reviendra sur les questions de principe.

69. Lors de l'examen des questions soulevées ci-dessus, le Groupe de travail devrait indiquer la logique sous-tendant toute conclusion qu'il pourrait formuler et qui pourrait constituer la base d'orientations aux fins de l'interprétation de la Loi type. Une telle approche aiderait les tribunaux et autres usagers à comprendre ces

orientations et à les suivre correctement. La même approche devrait être adoptée pour toute conclusion concernant les groupes d'entreprises par opposition aux débiteurs individuels.

70. Ces principes et explications concernant les choix retenus peuvent constituer une sorte d'«historique législatif» utile pour aider les juristes ou les autorités de l'insolvabilité à comprendre la portée et la signification des différentes dispositions ainsi que des textes supplémentaires que pourrait produire le Groupe de travail au sujet des questions soulevées plus haut. La réalisation de ces objectifs pourrait contribuer considérablement à permettre aux États d'obtenir des avantages économiques et de réduire le risque systémique en modernisant leur législation relative à l'insolvabilité des entreprises. Elle permettrait aussi bien de promouvoir le commerce international que de développer les capacités nationales.

RÉSUMÉ

71. Le présent document avait pour but d'exposer en détail certains des sujets que la délégation des États-Unis propose à l'examen du Groupe de travail. Cette liste n'est pas exhaustive et il appartiendra bien entendu au Groupe de travail de déterminer ce qui devra être proposé à la Commission à sa prochaine session plénière. La délégation des États-Unis recommande qu'il soit demandé à la Commission d'autoriser les travaux décrits dans les grandes lignes dans le présent document, qui pourraient être précisés par le Groupe de travail par la suite, et que le Secrétariat soit autorisé à réaliser, dans les limites des ressources disponibles, de nouvelles études à l'appui de cette recommandation.
