

# 5 Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger

**DÉCISION de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA du 8 juin 2010**

**Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger (art. 37g al. 1 LB; art. 166 à 175 LDIP); demandes de reconnaissance concurrentes émanant d'une part de l'Etat du siège statutaire d'une banque et d'autre part de l'Etat où celle-ci a son siège effectif (art. 37g al. 2 LB).**

En cas de demandes concurrentes, il convient en principe de reconnaître la décision émanant de l'Etat où la banque a son siège statutaire. La FINMA ne reconnaît qu'à titre exceptionnel les décisions de faillite et les mesures applicables en cas d'insolvabilité formulées dans l'Etat où la banque a son siège effectif (Cm 60-73).

**Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen (Art. 37g Abs. 1 BankG; Art. 166–175 IPRG); Konkurrierende Anerkennungsgesuche aus dem statutarischen Sitzstaat einer Bank einerseits sowie dem Staat mit tatsächlichem Sitz der Bank andererseits (Art. 37g Abs. 2 BankG).**

Bei konkurrierenden Gesuchen ist grundsätzlich die im Staat des statutarischen Sitzes der Bank ergangene Entscheidung anzuerkennen. Ausländische Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen, welche im Staat des tatsächlichen Sitzes der Bank ausgesprochen wurden, anerkennt die FINMA nur ausnahmsweise (Rz. 60–73).

**Riconoscimento di decreti di fallimento e di misure esteri (art. 37g cpv. 1 LBCR; art. 166-175 LDIP); domande di riconoscimento concomitanti emanate nello Stato della sede statutaria di una banca da un lato, e nello Stato con sede effettiva della banca dall'altro (art. 37g cpv. 2 LBCR).**

Nel caso di domande concomitanti deve essere riconosciuta, in linea di massima, la decisione emanata nello Stato della sede statutaria della banca. La FINMA riconosce solo in casi eccezionali i decreti di fallimento e le misure di insolvenza esteri emanati nello Stato della sede effettiva della banca (nm. 60-73).

## Résumé des faits

L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA a été saisie, en date des 19 et 28 mai 2009, de deux requêtes en reconnaissance de faillite étrangère portant sur l'établissement X.\_\_\_\_\_, dont l'actionnaire unique est Y.\_\_\_\_\_.

Par requête du 19 mai 2009 déposée par devant la FINMA, A.\_\_\_\_\_, nommé *receiver* de X.\_\_\_\_\_ par les autorités américaines, a sollicité l'exequatur de la décision émanant de la Cour de district du Nord Texas et datée du 16 février 2009. Par pli daté du 28 mai 2009, le conseil du *receiver* A.\_\_\_\_\_ a expliqué qu'il sollicitait également l'exequatur de la décision à la même cour du 12 mars 2009.

Les copies certifiées conformes et apostillées des décisions précitées ont été versées au dossier, de même qu'un « certificate of effectiveness » signé par un avocat pratiquant au barreau du Texas et visant à démontrer le caractère exécutoire des deux décisions, accompagné d'une copie de l'art. 62 du code de procédure civile fédéral américain (« Rules of civil procedure »).

Par requête du 27 mai 2009 déposée par devant l'Autorité de céans, B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_, nommés liquidateurs de X.\_\_\_\_\_ par les autorités d'Antigua et Barbuda, ont sollicité l'exequatur de la décision de la Haute Cour d'Antigua et Barbuda du 17 avril 2009. Les liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ ont déposé une demande de reconnaissance en date du 28 mai 2009.

L'original de la décision précitée, munie de l'apostille de La Haye, a été déposé au dossier, de même qu'un extrait du droit de procédure applicable et un affidavit visant à démontrer le caractère exécutoire de la décision ainsi que l'absence d'effet suspensif d'un éventuel appel.

Y.\_\_\_\_\_ était à la tête d'un groupe comptant environ une centaine d'unités qu'il contrôlait directement et indirectement (ci-après le « Groupe X.\_\_\_\_\_ »). Le Groupe X.\_\_\_\_\_ était actif dans treize Etats américains, au Canada et une dizaine de pays d'Europe et d'Amérique du Sud. Il offrait une large palette de services financiers et bancaires.

X.\_\_\_\_\_, bien que formellement domiciliée à Antigua et Barbuda, était de fait administrée aux Etats-Unis et ne pratiquait aucune activité dans l'Etat de son siège d'incorporation. Ses services bancaires étaient vendus par des entités sises aux Etats-Unis et ses revenus, immédiatement ventilés vers d'autres juridictions qu'Antigua et Barbuda.

Pour le *receiver* A.\_\_\_\_\_, X.\_\_\_\_\_ n'était qu'une façade destinée à mettre en confiance les investisseurs pour mieux les voler. X.\_\_\_\_\_ aurait son siège effectif aux Etats-Unis. Ces affirmations sont contestées par les liquidateurs nommés par la juridiction d'Antigua et Barbuda qui expliquent, en substance, que des prestations bancaires étaient bien offertes depuis Antigua et Barbuda, lieu où les relations clientèle étaient créées, documentées et assurées. X.\_\_\_\_\_ comptait ainsi pas moins de 80 collaborateurs à Antigua.

X.\_\_\_\_\_ disposait de plusieurs comptes ouverts en Suisse, représentant plusieurs millions de francs.

## Extrait des considérants

(...)

### I. Compétence

(36) Selon l'art. 37g al. 1 de la loi sur les banques (LB; RS 852.0), la FINMA est la seule autorité compétente pour prononcer la reconnaissance d'une mesure d'insolvabilité prononcée à l'encontre d'une banque sise à l'étranger.

(37) **Banque à l'étranger.** La notion de banque étrangère est définie à l'art. 1 al. 1 de l'ordonnance FINMA sur les banques étrangères (OBE-

FINMA; RS 952.111). Selon cette disposition est une banque étrangère : (i) toute entreprise organisée selon le droit étranger et qui dispose à l'étranger de l'autorisation d'exercer une activité bancaire, (ii) fait figurer le terme « banque » dans sa raison sociale, dans la désignation de son but social ou dans ses documents commerciaux ou (iii) exerce une activité bancaire au sens de l'art. 2a de l'ordonnance sur les banques (OB; RS 952.02). Ces conditions sont alternatives (Bulletin CFB 48 [2006] p. 281 et 282).

(38) X.\_\_\_\_\_ est une entité juridique organisée selon le droit d'Antigua et Barbuda. Soumise à la surveillance de la Financial Services Regulatory Commission of Antigua and Barbuda, elle disposait d'une licence lui permettant de conduire des opérations dite d'*international banking* et sa raison sociale comporte le mot « banque » (*bank*). Elle pouvait accepter des dépôts du public (sauf résidents d'Antigua et Barbuda) et émettre en contrepartie des certificats portant à intérêts; elle octroyait des prêts, même si cette activité était réduite.

(39) Organisée selon le droit étranger, titulaire d'une licence bancaire, pratiquant une activité bancaire et portant la dénomination « banque » dans sa raison sociale, X.\_\_\_\_\_ doit être considérée comme une banque étrangère de l'art. 1, al. 1 OBE-FINMA. A ce titre, il sera relevé que le fait que X.\_\_\_\_\_ ait pu servir de véhicule visant à commettre des infractions contre le patrimoine, au sein du Groupe X.\_\_\_\_\_ ne change rien à sa qualité de banque au sens formel.

(40) **Mesure d'insolvabilité.** La qualification de la décision dont la reconnaissance est sollicitée se fait selon le droit du for (Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, Commentaire Romand LP, art. 166 LDIP N7). L'art. 37g LB ne se limite pas à prévoir la reconnaissance pour les seules décisions de faillite. Au contraire, il englobe toutes les décisions et mesures ayant trait à l'insolvabilité. Est une décision d'insolvabilité selon l'art. 37g LB, dont l'exequatur peut être requise devant la FINMA, une procédure qui se

déroule sous le contrôle d'une autorité ou d'un tribunal, en vue de répondre à une situation de surendettement ou d'insolvabilité, dans laquelle l'égalité des créanciers est préservée, à tout le moins, au sein des classes, et dont le but ultime est soit la continuation de l'entreprise, soit, en cas d'échec, l'exécution générale impliquant l'affectation de l'ensemble des biens du débiteur à la satisfaction collective des créanciers. Dans l'examen de la qualité de la décision dont est demandée l'exequatur, le contenu du droit étranger est établi d'office, et ce, en application de l'art. 16 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP; RS 291). Les parties ne sont, toutefois, pas dispensées de collaborer à son établissement (ATF 124 I 49, consid. 3b).

(41) **Le *receivership* de droit américain.** Le *receiver* A.\_\_\_\_\_ affirme que le *receivership* est une procédure d'insolvabilité qui a pour but la satisfaction collective des créanciers selon un plan équitable préalablement approuvé par un tribunal. Il explique également que selon ses fonctions de *receiver*, il est tenu de liquider les avoirs du Groupe X.\_\_\_\_\_, inclus X.\_\_\_\_\_, et d'en redistribuer le produit selon un plan approuvé par et sous la supervision du United District Court Judge. Ses pouvoirs seraient similaires à ceux d'un *trustee in bankruptcy*, l'institution du *receivership* étant fréquemment utilisée dans le contexte d'entreprises insolubles, car celle-ci présente l'avantage d'être moins coûteuse pour la masse. A l'appui de ses affirmations, il produit notamment une décision américaine, émanant du 6<sup>e</sup> Circuit (cour d'appel), *Liberte Capital Group, LLC v. Capwill*, 462F.3d 543 (6th Cir. 2006), un mémorandum signé d'un praticien américain et un affidavit d'un professeur de droit de l'Université du Texas affirmant disposer d'une solide expérience en matière d'insolvabilité. Les biens mis sous *receivership* seraient distribués selon un plan respectant le concept de l'égalité des créanciers.

(42) Les affirmations du *receiver* A.\_\_\_\_\_ sont contestées par les liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_, selon lesquels le *receivership* américain est une procédure de nature conservatoire dont le but ultime n'est pas

la distribution des biens aux créanciers, mais la sauvegarde des biens de la masse. A l'appui de leurs allégués, les liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ produisent un affidavit émanant d'un avocat pratiquant le droit de l'insolvabilité et un jugement de la High Court of Justice Chancery Division (juridiction anglaise) pour laquelle le *receivership* instauré par les décisions des 16 février et 12 mars 2009 n'est pas une procédure relative à l'insolvabilité au sens de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale.

(43) Le *receivership* a été ordonné et le *receiver* A.\_\_\_\_\_ appointé à la requête de la United States Securities and Exchange Commission, autorité de supervision des négociants en valeurs mobilières. Dans sa requête, celle-ci avait sollicité du juge l'instauration d'un *receivership* en vue de protéger les investisseurs contre la dilapidation de leurs avoirs par Y.\_\_\_\_\_ , celui-ci étant soupçonné d'opérer en réalité un *Ponzi scheme*. Du reste, il ressort du texte même de la première décision rendue par les tribunaux du Texas que la mission du *receiver* A.\_\_\_\_\_ était limitée à des mesures conservatoires visant principalement à sauvegarder les biens appartenant à l'empire X.\_\_\_\_\_ et empêcher leur dilapidation. Il avait également pour mission de se faire remettre les livres de compte et tous autres documents sociaux ou comptables lui permettant de dresser un inventaire des biens appartenant directement ou indirectement à Y.\_\_\_\_\_.

(44) Le texte de la deuxième décision est quasi identique à la première à ceci près que le *receiver* est expressément autorisé à présenter une requête de faillite: « *The Receiver shall have the sole and exclusive power and authority to manage and direct the business and financial affairs of the Defendants, including without limitation, the sole and exclusive power and authority to petition for relief under the United States Bankruptcy Code, 11 U.S.C. §§ 101 et seq. (the «Bankruptcy Code»)* ». L'art. 101 dont il est question définit « petition » comme toute requête déposée selon les art. 301 à 304 du *Bankruptcy Code*. L'art. 303 traite notamment de la faillite non volontaire.

(45) Il ne ressort toutefois pas des décisions précitées que le *receiver* ait le pouvoir de distribuer les biens de la masse aux créanciers : tout au plus est-il de son devoir de sauvegarder leurs intérêts par une maximisation des avoirs de la masse. La distribution est toutefois possible sur la base d'un plan ad hoc, équitable et approuvé par le juge. Or, même si le *receiver* A. \_\_\_\_\_ affirme que le plan doit être « équitable », il n'est pas déterminé, ni même déterminable, si le principe de l'égalité des créanciers sera respecté.

(46) Ainsi, s'il est possible d'affirmer que le *receivership* est une procédure visant à la satisfaction collective des créanciers d'une entité au moyen de ses biens, sous la supervision d'un tribunal, l'autorité de céans, n'est pas en mesure de constater que le principe de l'égalité des créanciers est respecté. Cette question peut rester ouverte, comme on le verra infra dans le cadre de l'interprétation de l'art. 37g LB (voir ci-dessous ch. 62 ss).

(47) **La liquidation selon le droit d'Antigua et Barbuda.** Les liquidateurs B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ allèguent que la procédure de liquidation à Antigua est en tout point similaire à une procédure de faillite en Suisse puisque X. \_\_\_\_\_ est dissoute et liquidée, sous la supervision d'une autorité judiciaire, ses biens devant revenir à l'ensemble de ses créanciers sous le contrôle d'un juge, le principe de l'égalité étant au demeurant respecté. Ils versent au dossier les extraits de loi pertinents. Le *receiver* A. \_\_\_\_\_ ne prend pas position par rapport à cette question.

(48) Il ressort du texte même de la décision du 17 avril 2009 que la dissolution avec liquidation de X. \_\_\_\_\_ est ordonnée et qu'il est du devoir des liquidateurs de collecter l'ensemble des biens de X. \_\_\_\_\_ pour les affecter à la satisfaction collective de ses créanciers. Les biens ainsi réalisés serviront à désintéresser en premier lieu les frais de la masse, ainsi que les anciens employés de X. \_\_\_\_\_, puis les créanciers selon le rang prévu par la loi, en l'espèce l'International Business Corporations Act de 1982, et enfin les actionnaires de X. \_\_\_\_\_. Il ressort des textes de loi qu'en cas

d'insuffisance de biens, les créanciers sont dédommagés au pro rata de leur créance, selon le système de priorité des classes toutefois. L'ensemble des créanciers, sans égard à leur domicile, peuvent participer à la distribution des biens. La procédure ainsi décrite répond en tout point à la définition de principe d'une mesure d'insolvabilité énoncée plus haut (ch. 40). Il s'agira ainsi pour l'autorité saisie de dissoudre la société et, au travers des liquidateurs, de se saisir de ses biens, de les réaliser, puis de les affecter à la satisfaction collective des créanciers. L'autorité doit désintéresser les créanciers selon un ordre de priorité préétabli qui permettra ainsi de garantir leur égalité au sein des classes. En cas d'insuffisance de biens, les créanciers des premières classes sont désintéressés en priorité sur les classes subséquentes, ceux-ci concourant au marc le franc au sein de leurs classes.

(49) A teneur de ce qui précède, la FINMA est ainsi compétente à raison de la matière pour se saisir de la demande d'exequatur des liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_.

#### J. Légitimation active

(50) Selon les art. 37g LB et 166 LDIP, une mesure d'insolvabilité étrangère rendue dans l'Etat du domicile du débiteur est reconnue en Suisse à la réquisition des représentants autorisés ou d'un créancier. Par représentants autorisés, on entend toute personne, qui en vertu de la loi ou de la décision en cause, a le pouvoir d'administrer, de gérer et de disposer des biens du débiteur (voir en ce sens, Hans Hanisch, *Die Vollstreckung von ausländischen Konkurserkennnissen in der Schweiz*, AJP/PJA 1999, p. 17-18 et p. 23).

(51) En l'espèce, à teneur des décisions du 16 février et 12 mars 2009, le *receiver* A.\_\_\_\_\_ a le droit d'administrer et gérer les biens de X.\_\_\_\_\_ ainsi que de les réaliser.

(52) Il en va de même pour les liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ à teneur de la décision émanant de la Haute Cour d'Antigua et Barbuda du 17 avril 2009.

(53) Tant le *receiver* A.\_\_\_\_\_ que les liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ sont ainsi compétents pour solliciter l'exequatur des décisions des 16 février et 12 mars 2009 et 17 avril 2009, respectivement. La FINMA entrera ainsi en matière sur chacune des requêtes.

#### K. Exception de l'autorité de la chose jugée

(54) Le *receiver* A.\_\_\_\_\_, sous la plume de son conseil, soulève l'exception *res judicata* à l'encontre de la requête déposée par les liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ par devant l'autorité de céans. En effet, selon le *receiver* A.\_\_\_\_\_, le retrait unilatéral de leur requête par devant les tribunaux du canton de Genève par ces derniers aurait valeur d'un jugement au fond revêtu de l'autorité de la chose jugée ou force de chose jugée au sens matériel. Il explique que le dépôt de l'original de l'assignation en main du greffier emporte introduction de la cause en justice et par là même création du lien d'instance. Dans un tel cas, le retrait unilatéral aurait valeur de désistement d'action muni de l'autorité de la chose jugée.

(55) Conformément au droit fédéral, l'existence d'un premier jugement fait obstacle à l'introduction d'un nouveau procès civil lorsque ce dernier oppose les mêmes parties, qu'il porte sur une même prétention et qu'il se fonde sur le même complexe de faits (principe de l'autorité de la chose jugée; ATF 119 II p. 89). En principe toutefois, n'acquiescent l'autorité de la chose jugée que les jugements au fond et, exceptionnellement, les jugements de procédure uniquement lorsqu'ils statuent sur la recevabilité (ATF 127 I 133/139; ATF 115 II 187/189). Sont des jugements au fond les décisions condamnationnelles ou formatrices qui mettent fin à des contestations

portant sur des droits et obligations, le statut d'une personne ou encore en constatation de droit, en bref qui statuent sur le bien-fondé d'une prétention (Fabienne Hohl, Procédure civile, T. I, n 1239 et 1259, 2001). Sont des jugements dits de recevabilité les décisions qui statuent sur l'existence d'une condition du procès, notamment la compétence *ratione loci*. Un jugement constatant l'absence de compétence *ratione loci* empêche la partie demanderesse de renouveler son action, basée sur les mêmes faits, devant le même tribunal (SJ 2009 I 92 et Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, *Zivilprozessrecht*, 2007, p. 412).

(56) En l'espèce, il sied de relever que le juge ordinaire n'aurait pas été compétent *ratione materiae* pour se saisir de la demande. Ainsi, même si la procédure avait suivi son cours, elle se serait soldée par un jugement d'irrecevabilité, lequel n'aurait pas empêché la partie demanderesse de renouveler son action devant la FINMA.

(57) A cela s'ajoute que, dans le cas précis d'une décision de reconnaissance, l'Etat requis permet à une décision étrangère de déployer ses effets sur son propre territoire (ATF 120 II 83/86), renonçant ainsi à une partie de sa souveraineté. La décision de reconnaissance n'est ainsi ni condamatoire ni constatatoire. Elle n'emporte pas non plus de création de droits et obligations (ATF 134 III p. 367, consid. 3.3, JdT 2009 I p. 287, consid. 3.3; ATF 129 III 626/635), car elle ne saurait avoir plus d'effets que la décision dont l'exequatur a été requise. En règle générale, le droit suisse accorde la reconnaissance lorsque les conditions en sont remplies (Paul Volken, ZK-IPRG, art. 25 n 6 ss et art. 27 LDIP n 1 et 54, 2<sup>e</sup> éd.) et tend à éviter un débat sur sa substance matérielle (ATF 120 II 83, JdT 1995 I 14/16), car il n'appartient pas au juge suisse de se prononcer à nouveau sur la question tranchée par les tribunaux étrangers.

(58) La requête en reconnaissance déposée par les liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ auprès du Tribunal de première instance du can-

ton de Genève n'avait ainsi pas pour but de créer de nouveaux droits et obligations pour chacune des parties intéressées, mais bien de faire reconnaître une mesure de droit étranger sur le territoire suisse et lui permettre d'y déployer ses effets. Dans un tel cas, le juge n'était pas appelé à trancher une question de droit matériel, mais bien de décider si les conditions de la reconnaissance étaient remplies in casu. Dès lors, peu importe que la procédure se termine par le retrait unilatéral de la requête par les requérants ou par un jugement d'incompétence à raison de la matière, l'autorité de la chose jugée ne peut être invoquée puisque la procédure entamée ni n'avait pour but, ni n'aurait eu pour effet de trancher une contestation matérielle entre deux parties.

(59) L'exception de l'autorité de la chose jugée soulevée par le *receiver* A.\_\_\_\_\_ est en conséquence rejetée.

L. Le principe de l'unité de la faillite et la tension entre la reconnaissance du siège effectif et le siège d'incorporation

(60) Selon l'art. 37g al. 1 et 2 LB, la FINMA décide de la reconnaissance des décisions relatives à l'insolvabilité prononcées à l'étranger. Elle peut aussi reconnaître de telles mesures lorsqu'elles sont prononcées dans l'Etat où la banque a son siège effectif.

(61) La FINMA est saisie, en l'espèce, de deux requêtes concurrentes en reconnaissance de mesures d'exécution forcée, l'une émanant de l'Etat du siège d'incorporation, l'autre de l'Etat du siège effectif d'un établissement bancaire. La reconnaissance de ces deux décisions à la fois ne saurait être prononcée. En effet, le principe de l'unité de la faillite ancré à l'art. 55 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1) prohibe l'ouverture de deux faillites à la fois. Ce principe trouve son corollaire en droit international à l'art. 167 al. 2 LDIP qui empêche l'ouverture de faillites

ancillaires simultanées (Henri-Robert Schübbach, Commentaire Romand LP, art. 55 n 17). En tant que la reconnaissance de faillite entraîne de plein droit l'ouverture de la faillite ancillaire, la reconnaissance ne sera prononcée qu'à l'égard d'une seule décision étrangère.

(62) Dans ces conditions, il se justifie de procéder à l'interprétation de l'art. 37g al. 1 et 2 pour déterminer quel ordre de priorité sera donné dans un tel cas d'espèce pour traiter des deux requêtes.

(63) Selon les principes d'interprétation reconnus, la loi s'interprète d'abord selon sa lettre; en cas de doute sur le sens de la norme, le sens véritable de la disposition en cause pourra être dégagé grâce à l'examen des travaux préparatoires (interprétation historique), selon la systématique de la loi (interprétation systématique) et du but et du sens de la loi (interprétation téléologique) (ATF 133 III p. 497, consid. 2.5 et les références citées).

(64) Selon le deuxième alinéa de l'art. 37g LB, la FINMA peut prononcer la reconnaissance d'une décision étrangère concernant une banque et émanant de l'Etat de son siège effectif. La compétence de la FINMA de reconnaître une décision émanant du siège effectif est tempérée par l'utilisation de la condition potestative « peut », mais également par l'adjonction dans le texte de l'adverbe « aussi ». Prise dans son sens strictement littéral, la loi offre la possibilité à l'autorité de reconnaître une décision émanant de l'Etat du siège effectif, mais ne lui en fait pas l'obligation. Il s'agit donc d'une faculté qui lui est offerte, voire une prérogative. L'ordre des alinéas et le choix des mots permettent ainsi de conclure sans conteste que le législateur partait du principe que c'est uniquement en l'absence d'une décision émanant de l'Etat du siège d'incorporation que serait prise en compte une mesure émanant de l'Etat du siège effectif.

(65) La reconnaissance d'une décision émanant du siège d'incorporation n'est pas expressément mentionnée dans l'alinéa 1 de l'art. 37g LB. Cet

alinéa traite en premier lieu de la compétence de la FINMA à prononcer la reconnaissance d'une décision étrangère relative à l'insolvabilité d'un institut bancaire. Introduite par la nouvelle du 3 octobre 2003, il s'agissait ici de refléter sur le plan international la solution voulue sur le plan national, à savoir le transfert de la compétence de prononcer la faillite et mener la procédure de liquidation y afférente des autorités cantonales à l'ancienne Commission fédérale des banques (Message concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 20 novembre 2002, FF 2002 7476/7516; ci-après le « Message »).

(66) Sur le plan systématique, il convient de souligner que les art. 37f et 37g LB sont des dispositions qui relèvent tant de la législation bancaire que de la législation de droit international privé. Il s'agit ici de normes spéciales, applicables aux banques uniquement, qui complètent les articles 166 ss LDIP sur la faillite internationale et qu'il convient d'interpréter dans ce contexte.

(67) Selon l'art. 166 al. 1 LDIP, sera reconnue en Suisse la décision de faillite rendue dans l'Etat du domicile du débiteur. Pour les sociétés, le siège statutaire vaut domicile conformément à l'art. 21 al. 2 LDIP. A défaut d'une telle désignation ou d'un résultat incompatible avec l'ordre public suisse, le siège d'une société se trouvera là où elle est administrée de fait, étant rappelé que, d'une manière générale, la LDIP se montre hostile au critère de rattachement du siège effectif, et ce, d'autant plus que la réserve du siège fictif fondée sur la théorie de la fraude à la loi a été abandonnée avec son entrée en vigueur (ATF 128 III 346/351; ATF 117 II 494, consid. 6c; Max Keller/Jolanta Kren Kostiewicz, ZK-IPRG, 2<sup>e</sup> éd., art. 21, n 6). C'est ainsi que la LDIP ne prévoit pas la possibilité de reconnaître une décision de faillite rendue dans l'Etat du siège effectif de la société (Paul Volken, ZK-IPRG, 2<sup>e</sup> éd., art. 166 n 51; arrêt du Tribunal fédéral 5P.472/2004 du 23 février 2005, consid. 5.2) et même si la question reste controversée en matière de faillite internationale (voir Saverio Lembo/Yvan Jeanneret, La reconnaissance d'une faillite étrangère [art. 166 et ss LDIP]: état des lieux

et considérations pratiques, SJ 2002 II 247/256 pour un bref résumé), le Tribunal fédéral s'en tient pour l'instant à la théorie de l'incorporation telle que développée dans l'ATF 117 II 497 et telle que voulue par le législateur. Une telle interprétation de l'art. 37g al. 2 LB, systématique et dans son contexte de norme de droit international privé, permet ainsi de dégager une règle et son exception pour les instituts bancaires. La règle est celle de la reconnaissance d'une décision de faillite prononcée par l'Etat du siège d'incorporation et, en son absence et de manière exceptionnelle, pourra être reconnue une décision émanant de l'Etat du siège effectif. Par souci d'exhaustivité, il sera relevé que l'art. 167 al. 2 LDIP n'est pas applicable, car il s'agit d'une règle de conflit de compétences au niveau interne et non pas sur le plan international.

(68) Cette conclusion est également corroborée par une interprétation historique et téléologique de la norme. En effet, il ressort du Message, reprenant mot pour mot le rapport d'experts y relatif (Assainissement et liquidation de banques, protection des déposants, Rapport de la commission d'experts instituée par le Département fédéral des finances, octobre 2000, p. 76) que le législateur entendait pallier une lacune de la LDIP en introduisant la possibilité pour l'ancienne CFB de prononcer la reconnaissance d'une décision prononcée par l'Etat du siège effectif également, et ce, aux fins de promouvoir une meilleure coordination des procédures de faillites transnationales. La pratique avait, en effet, démontré que certaines autorités étrangères, tout comme l'ancienne CFB ouvraient parfois la faillite au siège considéré comme « réel » de la banque (Message, p. 7516). L'introduction de cette possibilité n'avait pas pour but de modifier radicalement le système prévu par la LDIP, mais bien de répondre à une nécessité pratique sur le plan international, dans un cas de figure bien précis (soit l'absence de décision émanant de l'Etat d'incorporation). Dès lors, il se justifie également sous cet angle de donner la priorité à une décision prononcée par l'Etat du siège statutaire.

(69) Ceci est d'autant plus vrai que les impératifs de sécurité juridique imposent de permettre aux justiciables de se fonder sur des normes claires et prévisibles, ce qui ne serait pas le cas si la reconnaissance pouvait être octroyée à choix soit à l'Etat du siège statutaire, soit à l'Etat du siège effectif sans qu'un cadre certain ne soit à disposition des autorités et des justiciables pour les guider dans l'examen d'une telle question (ATF 117 II 494, consid. 6c; Frank Vischer, ZK-IPRG, art. 157 n 12). Ainsi la reconnaissance d'une décision émanant de l'Etat du siège effectif ne saurait être prononcée qu'en l'absence de décision émanant de l'Etat du siège d'incorporation.

(70) Pour le *receiver* A. \_\_\_\_\_ cependant, le siège de X. \_\_\_\_\_ à Antigua est fictif et artificiel, toutes les décisions se prenant aux Etats-Unis, les données des clients y étant du reste conservées. X. \_\_\_\_\_ n'avait pas le droit de fournir des services bancaires à des résidents d'Antigua et Barbuda. Ses résultats étaient fictivement déterminés par Y. \_\_\_\_\_ et son acolyte Z. \_\_\_\_\_ et la plupart de ses activités étaient outsourcées. X. \_\_\_\_\_ n'était pas véritablement surveillée par le régulateur antiguanais, (...). Le gouvernement d'Antigua lui-même aura reconnu que l'administration effective de X. \_\_\_\_\_ avait lieu depuis Houston. Ces circonstances justifieraient selon lui de faire fi du siège d'incorporation et de reconnaître la décision de faillite émanant du siège effectif. En résumé, le *receiver* A. \_\_\_\_\_ s'appuie sur la théorie dite de la fraude à la loi qui prévalait avant l'entrée en vigueur de la LDIP.

(71) Ainsi que vu plus haut (ch. 67), la LDIP a abandonné la théorie de la réserve du siège fictif (ATF 117 II 494, consid. 6c; Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, Commentaire Romand LP, art. 166 LDIP n 27) pour limiter la reconnaissance, sauf cas exceptionnels, aux décisions rendues dans l'Etat du siège d'incorporation. L'art. 17 LDIP (réserve de l'ordre public) constitue l'un de ces cas exceptionnels (au contraire de la réserve du siège fictif, l'autre étant l'absence de décision émanant de l'Etat d'incorporation) et permet de faire abstraction du siège statutaire lorsque

des principes fondamentaux du droit suisse des sociétés seraient violés par l'application du droit de l'Etat d'incorporation (Frank Vischer, ZK-IPRG, 2<sup>e</sup> éd., art. 154 n 32). Vischer cite, à titre d'exemple, la reconnaissance d'une décision emportant violation des droits élémentaires des actionnaires minoritaires d'une société, mais on pourrait imaginer qu'enfreindrait l'ordre public suisse une décision qui exclurait totalement la responsabilité des membres du conseil d'administration, lesquels ne répondraient pas de leurs actes vis-à-vis des actionnaires ou créanciers. D'une manière générale, il convient de se montrer restrictif avec les conditions d'application de la réserve de l'ordre public, le droit suisse n'ayant pas vocation à se substituer au droit étranger même en cas de différences d'appréciation (ATF 134 III 661/665 ; ATF 126 II 327/330).

(72) En l'espèce, il ressort de la procédure que X.\_\_\_\_\_ n'était pas qu'une simple boîte aux lettres à Antigua, même s'il est vrai que ses activités étaient restreintes. X.\_\_\_\_\_ y disposait de locaux et y employait pas moins de 80 personnes qui étaient engagées dans des tâches d'administration et de représentation. Ainsi, l'autorité de céans ne saurait suivre le *receiver* A.\_\_\_\_\_ lorsqu'il affirme que le siège de X.\_\_\_\_\_ à Antigua n'était qu'apparence: X.\_\_\_\_\_ et ses employés exerçaient réellement une activité de nature bancaire à Antigua, même si celle-ci était limitée au support clientèle, au traitement des chèques et à la *compliance*. Ainsi, le siège de X.\_\_\_\_\_ à Antigua n'était pas fictif comme le prétend le *receiver* A.\_\_\_\_\_, constituant plus qu'une boîte aux lettres. De plus, le fait que les autorités antiguaises reconnaissent que X.\_\_\_\_\_ était administrée de fait depuis Houston s'explique aisément par le fait que le gouvernement d'Antigua fait l'objet actuellement d'une *class action* de la part d'une coalition de victimes de Y.\_\_\_\_\_ (p. 1340 [49]) et qu'il cherche à se défendre. De plus, même si X.\_\_\_\_\_ était administrée depuis les Etats-Unis, il n'en reste pas moins que son siège statutaire se situe à Antigua et qu'elle est soumise au droit de cet Etat. L'application de l'art. 17 LDIP ne sera ici d'aucun secours pour le *receiver* A.\_\_\_\_\_, car on peine à voir en quoi reconnaître la déci-

sion des autorités d'Antigua emporterait violation de l'ordre public suisse (sur la réserve de l'ordre public, voir aussi ci-dessous ch. 83).

(73) La requête déposée par les liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ concluant à la reconnaissance de la décision du 17 avril émanant des autorités d'Antigua et Barbuda sera donc examinée en premier lieu. Ce n'est que si sa reconnaissance ne saurait être prononcée, que la requête du *recei- ver* A.\_\_\_\_\_, fondée sur l'existence d'un siège effectif et sur la réserve du siège fictif, pourrait être examinée et, pour autant que l'ensemble des conditions posées à la reconnaissance soient remplies, acceptée.

M. Conditions de la reconnaissance s'agissant de la requête des liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_

(74) A teneur de l'art. 166 LDIP, applicable en complément des art. 37f et 37g LB, une décision de faillite étrangère est reconnue pour autant que la reconnaissance ne viole pas l'ordre public suisse, que la réciprocité soit garantie et que la faillite selon le droit étranger ait une vocation universelle. En application des art. 29 al. 1 let. a et b et art. 167 al. 1 LDIP, la demande de reconnaissance doit être accompagnée d'une expédition complète et authentique de la décision, laquelle doit être au surplus exécutoire.

(75) **Expédition complète et authentique de la décision.** En application de l'art. 3 de la Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, conclue à La Haye le 5 octobre 1961 (ci-après la « Convention » ; RS 0.172.030.4), la seule formalité qui puisse être exigée pour attester la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu, est l'apposition de l'apostille définie à l'art. 4, délivrée par l'autorité compétente de l'Etat d'où émane le document. L'apostille est apposée sur le document lui-même selon le modèle annexé à la Convention (art. 4). Selon

les indications qui figurent sur le site officiel de la Conférence de La Haye sur le droit international privé ([http://hcch.e-vision.nl/index\\_fr.php?act=text.display&tid=37](http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=text.display&tid=37)), Antigua et Barbuda a déclaré se considérer liée par la Convention en date du 1<sup>er</sup> mai 1985. Toujours selon les informations disponibles sur ledit site, l'autorité compétente d'Antigua et Barbuda pour délivrer l'apostille est le « Registrar of the High Court of Antigua ».

(76) Les liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ ont versé au dossier en date du 16 juin 2009 un exemplaire original de la décision du 17 avril 2009, munie de l'apostille de La Haye selon le modèle figurant en annexe à la Convention et émanant du Registrar of the High Court, si bien que la première condition mise à la reconnaissance est considérée remplie.

(77) **Caractère exécutoire.** Le caractère exécutoire d'une décision ne se confond pas avec l'autorité de chose jugée ou son caractère définitif (ATF 126 III 101, JdT 2000 II 41/45). Sera exécutoire toute décision qui produit des effets typiques de faillite (Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, Commentaire Romand LP, art. 166 LDIP n 46), tel que le dessaisissement du failli, la création de la masse, la suspension des poursuites ou des procès en cours. L'effet suspensif d'un éventuel recours devra également être pris en compte dans l'appréciation de l'exécutabilité de la décision. En principe, le requérant devra produire une attestation d'exécutabilité, mais le caractère exécutoire d'une décision pourra aussi ressortir du texte de la décision elle-même ou être démontrée par les dispositions légales pertinentes et la jurisprudence y relative (Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, Commentaire Romand LP, art. 166 LDIP n 49).

(78) Selon les liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_, le caractère exécutoire de la décision ressort directement de son texte. Ils expliquent également que, selon les règles de procédure applicables, une telle décision est immédiatement exécutoire, un appel n'emportant pas d'effet suspensif, sauf ordonné par la cour. Les dispositions topiques ont été versées au dos-

sier. Selon un affidavit émanant d'un avocat admis au barreau d'Antigua, l'effet suspensif n'a pas été accordé au *receiver* A. \_\_\_\_\_ lorsqu'il a été autorisé, en date du 22 juillet 2009, à faire appel de la décision de faillite. Le *receiver* américain, quant à lui, affirme que les liquidateurs B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ n'ont pas démontré le caractère exécutoire de la décision, deux appels étant pendants; il n'allègue toutefois pas avoir obtenu l'effet suspensif par rapport à son appel, ni que celui-ci ait été ordonné par rapport à l'appel interjeté par un ancien client de X. \_\_\_\_\_.

(79) En l'espèce, il ressort des règles de procédure civile versées au dossier que la décision est immédiatement exécutoire (art. 42.8 des « Civil Procedure Rules » 2000) et qu'un éventuel appel n'emporte pas d'effet suspensif (art. 62.19 [a] des Civil Procedure Rules 2000). Le dispositif de la décision prévoit du reste une prise d'effet immédiate, et ce, en des termes exprès (« *This Order shall take effect from the date hereof* »). Le *receiver* A. \_\_\_\_\_ n'a pas démontré que les deux appels précités auraient reçu l'effet suspensif. L'autorité retiendra, en conséquence, que la décision du 17 avril 2009 émanant de la Haute Cour d'Antigua et Barbuda est exécutoire.

(80) **Réciprocité.** Selon l'art. 166 al. 1 let. c LDIP, une décision de faillite ne peut être reconnue en Suisse que si la réciprocité est garantie dans l'Etat dont elle émane. La réciprocité est limitée aux décisions de même nature et, en l'espèce, contre une entité similaire.

(81) Pour établir que la réciprocité est donnée dans le cas d'espèce, les liquidateurs B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ ont déposé un avis de droit rédigé à leur requête par l'Institut Suisse de droit comparé, ainsi qu'une attestation émanant du département de justice d'Antigua et Barbuda (Ministry of Legal Affairs acting through the office of the Attorney General). Le *receiver* A. \_\_\_\_\_ relève que le signataire de cette déclaration est également président de la Financial Services Regulatory Commission, autorité ayant procédé à la nomination des liquidateurs antiguais, ce qui pourrait laisser

douter de son impartialité. Il explique, plus loin, qu'un jugement étranger ne peut être reconnu à Antigua en l'absence d'un traité avec le pays dont émane la décision, raison pour laquelle la décision américaine concernant X.\_\_\_\_\_ n'a pas été reconnue par la Haute Cour d'Antigua et que cette absence de réciprocité est même vantée sur un des sites officiels du gouvernement d'Antigua.

(82) Il ressort en effet de l'attestation du Ministry of Legal Affairs d'Antigua versée au dossier que la reconnaissance à Antigua d'une décision de faillite étrangère s'exerce, en premier lieu, sur la base d'un traité international auquel la Suisse n'est pas partie, ce que relève également l'Institut suisse de droit comparé. Toutefois, tant l'attestation précitée que l'avis de droit précisent, qu'en l'absence de traité, les juridictions d'Antigua et Barbuda se référeront à la Common Law britannique pour décider d'une mesure de reconnaissance. En application de celle-ci, une décision de faillite étrangère rendue à l'égard d'un institut bancaire sera reconnue à la condition que la décision émane de l'Etat du siège d'incorporation de la personne morale considérée et, s'agissant d'une banque, soit soumise à la surveillance des autorités bancaires compétentes. L'avis de droit et l'attestation, selon un raisonnement dont le cheminement est identique, concluent ainsi tous deux à l'existence de la réciprocité entre la Suisse et Antigua et Barbuda, l'attestation utilisant même des termes exprès. Certes, le *receiver* A.\_\_\_\_\_ s'est vu refuser la reconnaissance de la décision émanant de la Cour de district du Nord Texas pour absence de réciprocité et a versé au dossier des documents visant à démontrer celle-ci, mais il ne parvient pas à démontrer que la réciprocité n'existerait pas avec la Suisse. En effet, la décision de non-reconnaissance prononcée par les juridictions d'Antigua a été rendue dans des circonstances pour le moins exceptionnelles dans la mesure où la même cour était saisie d'une demande de liquidation de X.\_\_\_\_\_ émanant des autorités locales et d'une demande de reconnaissance d'une décision émanant d'une autorité étrangère. Ensuite, les affirmations contenues sur le site Internet des autorités d'Antigua et Barbuda doivent être comprises comme

un « produit d'appel » ne reflétant pas systématiquement la réalité juridique ou étant limitée à des cas précis d'« *asset protection* » (soit protection du patrimoine contre les exigences des créanciers, des autorités fiscales ou encore des héritiers). En réalité, ce qui est déterminant en l'espèce est le versement au dossier par les liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ d'un acte souverain émanant d'une autorité souveraine, dont la FINMA n'a aucune raison de douter du bien-fondé, et d'un avis de droit émanant d'un institut fédéral, dont également l'impartialité ne saurait être remise en cause. Sur la base de ces documents et malgré les allégations contraires du *receiver* A.\_\_\_\_\_, la FINMA peut conclure à l'existence de la réciprocité entre Antigua et Barbuda et la Suisse.

(83) **Absence de violation d'ordre public.** La reconnaissance d'une décision étrangère est exclue en cas de violation de l'ordre public. On ne saurait ainsi reconnaître une décision qui heurte de manière fondamentale les conceptions suisses de la justice, soit en raison de son contenu matériel, soit en raison de la procédure dont elle est issue ; à ce titre, on distingue le droit public matériel du droit public procédural. A ce dernier égard, la LDIP exige le respect des garanties de procédure fondamentales qui découlent directement de la Constitution, soit le droit à un procès équitable et le droit d'être entendu (ATF 126 III 327, consid. 3 et les références citées). Dans l'examen du critère de l'ordre public matériel, plutôt que de s'attacher à la décision elle-même, il conviendra de vérifier si la reconnaissance et l'exécution de la décision per se sont compatibles avec l'ordre public suisse (ATF 126 III 101, JdT 2000 II 41/49 ; Gabrielle Kaufmann-Kohler / Antonio Rigozzi, Commentaire Romand LP, art. 166 n 54 ss).

(84) Selon le *receiver* A.\_\_\_\_\_, la reconnaissance de la décision de faillite du 17 avril 2009 à l'égard de X.\_\_\_\_\_ emporterait violation de l'ordre public matériel. En effet, seuls les créanciers de X.\_\_\_\_\_ seront en mesure de participer à sa liquidation forcée à l'exclusion des autres personnes lésées par Y.\_\_\_\_\_ et le Groupe X.\_\_\_\_\_. X.\_\_\_\_\_ faisant

partie d'un tout, il se justifierait d'en allouer ses biens à la satisfaction globale de l'ensemble des créanciers du Groupe X.\_\_\_\_\_, faute de quoi les créanciers de X.\_\_\_\_\_ seraient indûment avantagés par rapport aux autres.

(85) Cette argumentation ne convainc pas. Même si les sociétés du Groupe X.\_\_\_\_\_ étaient particulièrement imbriquées entre elles, on ne voit pas en quoi la liquidation séparée de chacune d'entre elles violerait l'ordre public matériel suisse, et ce, d'autant plus que l'ordre juridique suisse ne connaît pas l'institution de la faillite de groupe. Dans un cas similaire en Suisse, chaque société se verrait liquidée de manière autonome, sans qu'on puisse en conclure que certains créanciers soient indûment avantagés par rapport à d'autre. De plus, faire abstraction de la personnalité juridique de X.\_\_\_\_\_ reviendrait à faire abstraction du privilège des créanciers bancaires de X.\_\_\_\_\_ et les noyer dans la masse des créanciers du Groupe X.\_\_\_\_\_ dont la plupart ne bénéficient d'aucun privilège.

(86) Le *receiver* A.\_\_\_\_\_ affirme plus loin que la requête des liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ poursuit un but exploratoire, incompatible avec l'ordre public, aux fins de connaître les avoirs de X.\_\_\_\_\_ en Suisse. Or, à nouveau, l'argumentation ne convainc pas. Les liquidateurs B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ cherchent à obtenir la reconnaissance de la mesure de liquidation prononcée à Antigua conformément au mandat qui est le leur. On relèvera que le *receiver* A.\_\_\_\_\_ a lui-même déposé des demandes de reconnaissance en Suisse, en Angleterre, au Canada et à Antigua sans qu'on puisse en conclure qu'il poursuit un but exploratoire.

(87) Le *receiver* A.\_\_\_\_\_ soutient enfin que la décision du 17 avril a été rendue en violation de l'ordre public procédural puisqu'il n'a pas été cité régulièrement, ni pu exercer son droit d'être entendu. Le fait qu'il a été autorisé à faire appel de la décision n'a pas pour effet de réparer la violation de son droit d'être entendu, car « compte tenu des circonstances, l'on est

en droit d'être relativement pessimiste quant aux véritables possibilités et résultat de cette intervention ».

(88) Or, il ressort de la décision du 17 avril et de ses considérants que non seulement le *receiver* A.\_\_\_\_\_ a présenté ses arguments à la cour par « *amicus curiae* », mais que son conseil a pu participer aux audiences qui ont précédées la décision. En outre, sa qualité de partie a été examinée par la cour pour être définitivement écartée dans un jugement du 24 avril 2009. Dans ses conditions, force est de conclure qu'il n'y a pas de violation de l'ordre public procédural, car le *receiver* A.\_\_\_\_\_ a pu faire valoir ses arguments, participer aux audiences et voir sa demande examinée. On peine à y voir la violation du droit d'être entendu ou du droit d'être cité régulièrement.

(89) **Caractère universel.** Il ressort du dispositif de la décision du 17 avril 2009 que l'ensemble des actifs appartenant à X.\_\_\_\_\_, peu importe leur lieu de situation, sont appréhendés par la procédure de faillite et au bénéfice de l'ensemble des créanciers. Les effets de la faillite n'étant pas limités au seul territoire d'Antigua et Barbuda, la condition de la vocation universelle de la procédure de faillite est ainsi remplie.

(90) A teneur de ce qui précède, la décision de faillite prononcée à Antigua le 17 avril 2009 remplit toutes les conditions posées à la reconnaissance en Suisse d'un tel acte. La reconnaissance sera ainsi prononcée.

(...)

Dispositif