

UNE REVISION, AUX ETATS-UNIS D'AMERIQUE, DES REGLES DE CONFLIT DE LOIS DANS LA LOI SUR LA FAILLITE (*)

par

Kurt H. NADELMANN

Professeur à la Faculté de droit
de New York University

La loi fédérale américaine sur la faillite - le *Bankruptcy Act* de 1898 (1) - a été révisée à différentes reprises et notamment en 1938, (2), mais les quelques règles de conflit de lois contenues dans la loi n'ont été touchées que par la révision la plus récente, qui porte la date du 7 juillet 1952 (3). Quoique les amendements du 7 juillet 1952 ne changent pas la politique poursuivie par la loi, ceux-ci sont suffisamment intéressants pour être rapportés.

LES BIENS SITUES A L'ETRANGER

Rien ne s'oppose à ce que le législateur d'un pays déclare que les biens du failli, qui se trouvent à l'étranger, soient considérés comme partie de la masse. Il dépendra ensuite des règles de droit international privé en vigueur dans le pays de la situation des biens, si, en fait, ces biens peuvent être incorporés dans la masse. L'expérience a prouvé que des biens situés à l'étranger peuvent souvent être incorporés dans la masse. La politique de considérer tous les biens du failli, où qu'ils se trouvent, comme partie de la masse, a donc des avantages pratiques, en plus de ce

(*) Adaptation, faite par l'auteur, d'un article paru dans l'*International and Comparative Law Quarterly*, numéro d'octobre 1952. L'auteur est président du Comité sur les conflits de lois de la *National Bankruptcy Conference* (U.S.A.).

qu'elle est la seule, qui soit acceptable du point de vue de la distribution égale de tous les biens entre tous les créanciers.

Une politique contraire peut produire de la confusion. En se basant sur une décision anglaise ancienne, l'affaire *Solomons c. Ross* (4), qui a provoqué beaucoup de discussions, le juriste écossais J. G. Bell a soutenu, dans son fameux traité sur le droit de la faillite, paru au début du 19^e siècle, que la règle *mobilia sequuntur personam* contrôle le droit international privé de la faillite (5). D'autres auteurs l'ont suivi dans cette voie (6). C'est alors que, au courant du dernier siècle, des législateurs de différents pays ont décidé que seuls les biens meubles situés à l'étranger doivent être réclamés pour la masse (7), confondant ainsi le problème de conflit de lois, qui se pose à l'étranger, avec la politique que le législateur lui-même doit choisir. Encore aujourd'hui, on trouve des dispositions de ce genre dans la législation de nombreux pays (8), et cela, quoique l'idée de l'application de la règle *mobilia* au droit international privé de la faillite ne trouve pour ainsi dire plus de partisans (9). De la limitation ainsi contenue dans la loi, des tribunaux de certains de ces pays (10) on déduit que la législation est nettement "territoriale", que les créanciers n'ont pas besoin de rendre compte de ce qu'ils ont touché à l'étranger, qu'ils ne sont pas liés à l'étranger par un concordat intervenu à l'intérieur du pays (11). L'égalité entre les créanciers - le fondement du droit de la faillite - n'est plus maintenue. Souvent elle ne peut même pas être rétablie si une deuxième faillite est ouverte à l'étranger.

Il est vrai qu'il y a peu de pays où la loi dispose que tous les biens ne sont pas réclamés pour la masse. Ce silence de la loi a provoqué de la confusion (12) et, parfois, de véritables désavantages. Alors qu'il est peu probable que les tribunaux du pays-même découvriront dans leur loi une limitation nuisible, la question se pose normalement devant les tribunaux étrangers, et comme la preuve du droit étranger est une affaire délicate même dans des cas simples, on doit s'attendre à tout, lorsqu'il s'agit d'une question aussi difficile que la présente. Dans une affaire concernant des biens nationalisés russes (13), une cour d'appel belge (14) a, par exemple, décidé que le droit français, qui ne contient pas de disposition expresse, n'autorise pas le liquidateur judiciaire

français (15) à réclamer des biens situés à l'étranger. L'arrêt fut confirmé par la Cour de Cassation belge (16) sur la base de cette détermination douteuse d'un fait non susceptible d'attaque par le pourvoi en cassation.

La loi américaine sur la faillite de 1898 est une des législations sans disposition expresse sur la condition des biens du failli situés à l'étranger. Mais la loi dispose que le failli est obligé de délivrer au syndic des contrats de transfert de propriété pour tous les biens situés à l'étranger (17), et le juge Joseph Story a dit une fois au sujet d'une disposition similaire dans une loi de 1800 que le but de la disposition était de renforcer les effets de la déclaration de faillite et de les confirmer (18). Malgré cette disposition de la loi et le fait que, selon une loi de 1841, la Cour Suprême des Etats-Unis semble avoir considéré les biens étrangers comme réclamés pour la masse (19), des auteurs étrangers ont classé la législation américaine comme strictement "territoriale", n'autorisant pas le syndic américain à réclamer les biens étrangers (20). Une clarification de la question s'imposait (21), que la loi du 7 juillet 1952 a apportée. L'article 70 de la loi sur la faillite, lequel traite des droits du syndic sur les biens du failli, a été amendé. Il dispose maintenant (22) que le syndic tient les droits que le débiteur failli a sur les biens *****, "*où qu'ils se trouvent*" (les mots en italiques ayant été ajoutés).

L'article 70 s'applique à la faillite de personnes naturelles aussi bien qu'à la faillite de personnes juridiques. La loi fédérale sur la faillite s'applique en effet aux personnes juridiques, à l'exception des banques et des compagnies d'assurances, qui sont soumises au droit des Etats (23). Les raisons qui militent en faveur de l'inclusion dans la masse de tous les biens, où qu'ils se trouvent, s'appliquent avec la même force à la faillite de personnes naturelles tout autant qu'à celle de personnes juridiques (24), et elles sont fondées aussi bien lorsque le syndic est fait "propriétaire" des biens que lorsqu'il a seulement le droit de les administrer et de les liquider.

LA REGLE DE L'EGALISATION

La loi américaine sur la faillite est l'une des quelques lois qui aient une disposition expresse sur le traitement des créances en

cas de faillites multiples, c'est-à-dire dans le cas où la faillite est ouverte à la fois à l'intérieur et à l'étranger. La loi impose aux créanciers, qui demandent leur part dans la faillite ouverte à l'intérieur, de rendre compte des paiements obtenus à l'étranger. En Angleterre, la règle dite de l'égalisation fut appliquée en 1762, sinon avant, ainsi qu'il résulte d'une remarque faite par Lord Mansfield (26), et la règle peut donc être considérée comme faisant partie de la *common law* telle qu'elle est appliquée aux Etats-Unis. Dans d'autres pays, on a eu beaucoup de mal à résoudre ce problème, et si, aujourd'hui, l'opinion prévaut que le créancier, qui demande sa part, doit offrir à la masse les fonds touchés à l'étranger (27), la question n'a pas été décidée partout dans ce sens (28). Et le droit de nombreux pays de l'Amérique latine, y compris l'Argentine, l'Uruguay, le Paraguay et le Pérou, prescrit pour le cas de faillites multiples que les créanciers du pays doivent être payés pour la totalité de leurs créances, avant que les autres créanciers ne puissent participer dans les distributions (29). Malgré tous les protêts (30), cette discrimination contre les créanciers du dehors n'a pas été abandonnée; au contraire, la même disposition réapparaît dans de nouveaux projets de lois élaborés en Uruguay et en Argentine (31).

L'article 65 de la loi américaine sur la faillite, qui contient la règle de l'égalisation, était rédigé comme suit (32) :

Lorsque quelqu'un a été déclaré en faillite par un tribunal étranger et également par un tribunal de faillite américain, les créanciers résidant aux Etats-Unis recevront le paiement préférentiel d'un dividende égal à celui que d'autres créanciers auront obtenu d'un tribunal étranger, avant que les créanciers, qui ont obtenu un tel dividende, ne puissent obtenir aucun paiement par le tribunal de faillite.

D'après ce texte, seuls les créanciers résidant aux Etats-Unis et ayant produit à la faillite aux Etats-Unis, avaient le droit au dividende d'égalisation. La différence ainsi faite entre créanciers résidents et non-résidents n'était pas justifiée (33); aussi la loi du 7 juillet 1952 l'a-t-elle éliminée. Après avoir été amendé l'art. 65 *d* est ainsi rédigé (34) :

Lorsque quelqu'un a été déclaré en faillite par un tribunal étranger et également par un tribunal de faillite américain, les

créanciers dont les créances ont été admises par le tribunal de faillite et qui n'ont pas obtenu paiement, ou déclaration de paiement à leur profit, d'un dividende de la part d'un tribunal étranger, recevront le paiement préférentiel d'un dividende égal à celui payé ou déclaré payable par le tribunal étranger à des créanciers de la même classe (selon l'ordre établi par la loi américaine), avant que les créanciers, qui ont obtenu paiement, ou déclaration de paiement, d'un tel dividende par le tribunal étranger, ne puissent obtenir aucun paiement par le tribunal de faillite. La bonne application de cette règle peut créer de grandes difficultés dans la pratique, surtout si les deux administrations ne coopèrent pas. Les tribunaux auront à rechercher la solution la meilleure en tenant compte du but de la disposition, qui est de protéger les créanciers, qui ont produit, dans leur droit à une part égale dans tous les biens du failli. S'il est difficile de rédiger un texte qui couvre toutes les éventualités possibles, une disposition expresse dans la loi a l'avantage de faire connaître la politique de la loi à l'intérieur du pays et à l'étranger. Les pays qui ont maintenu dans leur droit des dispositions anciennes ou même discriminatoires, auront le moyen facile de faire des comparaisons.

LA COMPETENCE EN MATIERE DE FAILLITE

D'après la loi américaine sur la faillite, la présence de biens aux Etats-Unis suffit pour rendre les tribunaux américains compétents en matière de faillite (35). La loi ne requiert pas, comme le font d'autres systèmes, que le débiteur soit domicilié aux Etats-Unis, ou qu'il y ait fait des opérations de commerce. Cette partie de la loi américaine sur la faillite n'a pas été touchée par la révision de juillet 1952.

Quand la présence de biens aux Etats-Unis est la seule base de compétence pour la déclaration de faillite, il est peu probable que, en se basant sur l'article 70, le syndic américain essaie de réclamer des biens situés à l'étranger. Les chances ne sont d'ailleurs pas nécessairement plus grandes dans le cas où le failli a actuellement fait des opérations de commerce dans le pays et où les biens étrangers réclamés par le syndic se trouvent dans le pays du

domicile du failli. Dans des situations de ce genre, l'ouverture d'une deuxième faillite à l'étranger est probable, et la question d'une réclamation de biens se trouvant sous la juridiction étrangère ne se posera pas.

Il n'a pas toujours été bien compris à l'étranger pourquoi la loi américaine autorise la déclaration d'une faillite aux États-Unis contre un débiteur non-résident (36) qui a des biens aux États-Unis. Il y a lieu de tenir compte du fait que, selon les règles américaines de droit international privé, un syndic étranger ne peut pas attaquer avec succès des privilèges que des créanciers aux États-Unis se sont procurés par la saisie de biens situés aux États-Unis, alors même qu'il s'agisse d'une saisie faite après la déclaration de faillite à l'étranger (37). Des décisions dans ce sens ont été rendues dans un grand nombre d'États de l'Union (38). C'est en donnant compétence en matière de faillite au tribunal fédéral de la situation des biens, que le législateur américain a créé la possibilité de soumettre les biens locaux au contrôle du tribunal de la faillite et d'assurer leur distribution égale entre tous les créanciers. D'après les dispositions de la loi américaine sur la faillite, un privilège obtenu par une saisie après une déclaration de faillite à l'étranger est en effet généralement annulable (39). Les avantages obtenus par la saisie peuvent donc être retirés, ce qui n'est pas le cas dans d'autres systèmes (40). Le seul fait de la possibilité d'une déclaration de faillite aux États-Unis a d'ailleurs découragé les créanciers à pratiquer des saisies après une déclaration de faillite à l'étranger.

Notons, pour conclure, qu'il faut certainement éviter des faillites multiples qui ne sont pas réellement nécessaires. Aussi les tribunaux devraient-ils avoir le droit de refuser la déclaration de faillite, si une administration des biens par le tribunal étranger paraît suffisante (41). Les lois, qui rendent la deuxième déclaration de faillite obligatoire dans tous les cas, devraient à notre avis être révisées (42). Même après la déclaration de faillite le tribunal devrait garder le droit de renoncer à une administration locale et d'approuver tout accord entre administrations qui serait avantageux et utile, les intérêts des créanciers qui ont produit étant dûment considérés.

REFERENCES

- (1) U. S. Statutes at large, vol. 30, p. 544 (1898). Traduction : Annuaire de législation étrangère, 1899, p. 759.
- (2) La revision de 1938, U.S. Stat., vol. 52, p. 840, est connue sous le nom de "Chandler Act.". Elle concernait surtout la procédure concordataire.
- (3) U. S. Stat., vol. 66, p. 420.
- (4) 1 **Henry Blackstone** 131 n., English Reprints, vol. 126, p. 79 (1764); **Wallis-Lyne**, Irish Chancery Reports, p. 59 n. V. **Nadelmann**, *Solomons v. Ross and International Bankruptcy Law*, Modern Law Review, vol. 9 (1946), p. 154.
- (5) **Bell**, Commentaries on the Law of Scotland, 2e éd., 1810 p. 631. Pour le droit anglais, l'auteur renvoie à **Cullen**, Principles of the Bankrupt Law, 1800, p. 246, où *Solomons c. Ross* est donné comme autorité.
- (6) par ex. **Burge**, Commentaries on Colonial and Foreign Laws, t. III, 1838, p. 906. Cf. **Westlake**, Private International Law, 2me éd., 1880, p. 134 (page 199 de la traduction de Goulé).
- (7) par ex. l'Angleterre : 6 Geo. IV, ch. 16, §§ 63, 64 (1825); 12 & 13 Vict., ch. 106, §§ 141, 142 (1849). L'Ecosse: 2 & 3 Vict., ch. 41, §§ 78 - 80 (1839); Bankruptcy (Scotland) Act de 1856, § 102; pour l'Autriche: Loi sur la faillite pour la Hongrie du 17 juillet 1853, § 6; Loi sur la faillite pour l'Autriche du 25 déc. 1868, §§ 59, 60. En Autriche, l'origine de la règle semble avoir été une simple règle de compétence pour les tribunaux autrichiens, qui prescrivit une faillite spéciale pour tous les cas où des biens immobiliers se trouvaient dans une autre partie de l'Empire autrichien. Loi sur la juridiction du 20 nov. 1852, §§ 73, 74. V. **Vesque von Püttlingen**, Handbuch des in Oesterreich geltenden Privatrechts, 1860, p. 290.
- (8) par ex. l'Ecosse: Bankruptcy (Scotland) Act de 1913, § 97; pour l'Autriche: Loi sur la faillite de 1914, §§ 66, 67; pour la Yougoslavie: Loi sur la faillite de 1929, § 65; pour la Tchécoslovaquie : Loi sur la faillite de 1931, §3 alinéa 2.
- (9) V. **Raeburn**, Application of the Maxim 'mobilia sequuntur personam to Bankruptcy in Private International Law, British Yearbook of International Law, 1949, p. 177. Et v. déjà Gillespie dans **Bar**: Private International Law, 2e éd, 1892, p. 1045.
- (10) Surtout en Autriche et en Tchécoslovaquie.
- (11) V. les références dans **Klang**, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2e éd., 1949, vol. I, p. 241; **Nussbaum**, Deutsches Internationales Privatrecht, 1932, p. 451.
- (12) V. par ex. **Mars**, Law of Insolvency in South Africa, 4e éd., 1948, p. 185.

(13) Banque Russo-Asiatique c. National City Bank of New York et Banque Nationale de Belgique.

(14) Bruxelles, 11 juillet 1936, Belgique Judiciaire, 1936, p. 589, Revue Critique de Droit International, 1937, p. 121.

(15) La Banque Russo-Asiatique avait été déclarée en liquidation judiciaire, loi de 1889, à Paris.

(16) Cass., 24 nov. 1938, Pasicrisie Belge, 1938. 1. 365, Revue Pratique des Sociétés, 1939, pp. 189 et 203.

(17) Art. 7 (a) (5), U. S. Stat., vol. 52, p. 847 (1938), U.S. Code Ann., vol. 11, § 25 (a) (5) (Supp. de 1951).

(18) *Camegys c. Vasse*, 1 Peters 193, à la page 220 (U. S. 1828).

(19) *Oakey c. Bennett*, 11 How. 33 (U. S. 1850). Il s'agissait de propriété immobilière au Texas. La faillite avait été ouverte aux Etats-Unis, lorsque le Texas était encore une République indépendante. La demande du syndic américain fut rejetée pour des raisons de droit international privé.

(20) Références: **Nadelmann**, *The National Bankruptcy Act and the Conflict of Laws*, Harvard Law Review, vol. 59 (1946), pp. 1025 et 1027. Adde: **Raeburn**, loc. cit., p. 183.

(21) V. le rapport du comité judiciaire du Sénat, 82e Congrès, 2e session, No. 1395, p. 18 (renvoyant à **Nadelmann**, supra).

(2) U. S. Stat., vol. 66, p. 429. Pour le droit anglais, qui est dans le même sens, V. **Charley del Marmol**, *La Faillite en Droit Anglo-Saxon*, 1936, p. 179.

(23) Art. 4 de la loi sur la faillite. U. S. Stat., vol. 52, p. 845 (1938), U. S. Code Ann., vol. 11, § 22 (Supp. de 1951).

(24) En droit anglais, la liquidation forcée d'une société anonyme n'est pas gouvernée par les mêmes règles qu'une faillite: les biens situés à l'étranger sont inclus dans la faillite; mais, en principe, ils ne le sont pas dans une liquidation forcée d'une société. V. **Dicey**, *Conflict of Laws*, 6e éd., 1949, p. 333.

(25) D'après le droit américain, le syndic devient propriétaire des biens du failli: Art. 70 de la loi sur la faillite. **Charley del Marmol**, op. cit., p. 179. En droit anglais, il en est de même pour le syndic de faillite, mais pas pour le liquidateur d'une société.

(26) *V. Rickards c. Hudson*, rapporté dans **Smith**, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, 1950, p. 490.

(27) Pour la jurisprudence française, V. **Batiffol**, *Traité élémentaire de Droit international privé*, p. 800; **Niboyet**, *Traité de Droit international privé français*, VI, p. 161. Cf. **Wahl et Kamel Amin Malache**, *Droit Commercial Egyptien*, vol. III, p. 9.— Italie: Milan, 23 mars 1923, *Monitore dei Tribunali*, vol. 65, p. 868, *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. 21. 2. 400.— Suisse: Trib. Féd., 19 mai 1904, vol. 30. I. 438. Cf. von Steiger dans *Blatter für Schuldbetreibung und Konkurs*, vol. 17 (1953), p. 10.

(28) Contra: le Reichsgericht allemand, 28 mars 1903, *Entsch. in Ziv. Sachen*, vol. 54, p. 193. Wolff, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 2e éd., 1949, p. 80. Pour l'Autriche, V. Klang, *op. cit.*, p. 242 n. 154; Nussbaum, *op. cit.*, p. 456.

(29) Références dans Nadelmann, *Le droit international privé de la faillite*, *Journal du Droit International*, 1940-45, p. 64; idem, *Fallimenti concorrenti ed uguaglianza dei creditori nelle Americhe*, *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 1949, p. 105.

(30) V. par ex. la résolution de la 6e Conférence de la "Federacion Interamericana de Abogados", Detroit, 1949, reproduite dans *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1952, p. 52, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1952, p. 229.

(31) Uruguay : Projet de 1948 d'un Code de Commerce, art. 711 al. 2; Argentine: Projet de 1950 d'une loi sur la faillite, art. 16 al. 2. V. Nadelmann, *A Report on the Montevideo Conference and Creditor Discrimination*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 100 (1952), p. 994.

(32) U. S. Stat., vol. 52, p. 875 (1938), U. S. Code Ann., vol. 11, § 105 (d) (Supp. de 1951).

(33) Critiqué par Nadelmann, *Des conflits de lois aux Etats-Unis d'Amérique en matière de successions insolvables*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1952, p. 216.

(34) U. S. Stat., vol. 66, p. 426.

(35) Art. 2 (a) (1), U. S. Stat., vol. 52, p. 842 (1938), U. S. Code, Ann., vol. 11, § 11 (a) (1) (Supp. de 1951). V. Collier on Bankruptcy, 14e éd., 1942, vol. I, § 2.16.

(36) Dans d'autres pays, il y a tendance à élargir la notion de faire des opérations de commerce. Pour le droit anglais, V. Lipstein, *Jurisdiction in Bankruptcy*, *Modern Law Review*, vol. 12 (1949), p. 454. En France, le Projet de loi relatif au droit international privé élaboré par la Commission de réforme du Code Civil prévoit à l'art. 85: "Les tribunaux français sont seuls compétents: *** (5) En matière de faillite, si le failli possède en France son domicile commercial ou, à défaut, soit un établissement, soit des biens quelconques". *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil*, Année 1949-1950, p. 815. Pour le droit courant, V. Levantal, *De la compétence des tribunaux français en matière de faillite en droit international privé*, *Journal du Droit International*, 1937, p. 499.

(37) V. Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 8e éd., 1883, p. 572.

(38) V. Goodrich, *Conflict of Laws*, 3e éd., 1949, p. 489; Nadelmann, *The National Bankruptcy Act and the Conflict of Laws*, *Harvard Law Review*, vol. 59 (1946), p. 1036 n. 65.

(39) Les pays de la common law suivent le système germanique du privilège du premier saisissant. Sur ce système, V. Percerou, *Des*

Faillites et Banqueroutes, 2e éd., 1935, p. 9; Carnacini, *Contributo alla Teoria del Pignoramento*, 1936, p. 276. D'après l'art. 67 (a) de la loi américaine sur la faillite, un privilège provenant d'une mesure d'exécution (saisie ou saisie-arrêt) obtenu dans les quatre mois précédant la demande de faillite est considéré non valable, si au moment de l'acquisition du privilège les dettes du débiteur dépassaient son actif. U. S. Stat., vol. 66, p. 427 (1952).

(40) Le droit allemand, par ex., autorise expressément des saisies après une déclaration de faillite à l'étranger, mais ne prévoit pas la distribution égale des biens ainsi saisis. Les créanciers locaux ont donc une bonne chance de saisir les premiers et d'encaisser. V. par. ex. Reichsgericht, 7 nov. 1916, *Entsch.* in *Ziv. Sachen*, vol. 89, p. 191. Cf. Nadelmann, *Le droit allemand et les effets d'une faillite étrangère*, Bulletin de la Société de Législation Comparée, 1936, p. 404.

(41) Le droit de l'Afrique du Sud dispose que le tribunal peut refuser ou suspendre la déclaration de faillite, s'il apparaît équitable et utile que la faillite d'une personne non domiciliée dans l'Union Sud-africaine se déroule ailleurs. *Insolvency Act*, No 24 de 1936, art. 149. Aux Indes, sous le *Presidency-Town Insolvency Act* de 1909, art. 22, le tribunal peut surseoir au procès ou annuler le jugement, si la faillite a été déclarée par un autre tribunal britannique et la distribution des biens peut être faite plus avantageusement par l'autre tribunal. Cf. la pratique américaine dans les affaires de séquestre de sociétés: *Exposé du Droit international privé américain présenté sous forme de Code* (traduction du *Restatement of the law of Conflict of Laws*), 1938, §§ 545, 553, 581. Goodrich, *op. cit.*, p. 594.

(42) V. les propositions du Comité sur la faillite de la Branche américaine de l'International Law Association: *Proceedings and Committee Reports*, American Branch, International Law Association, New York, 1952, p. 39.
