

# **DEVANT LA COUR SUPRÊME DE GIBRALTAR**

**Affaire n° : 2019/COMP/002**

**ENTRE:**

DANS L’AFFAIRE ELITE INSURANCE COMPANY LIMITED  
(SOUS ADMINISTRATION)

ET DANS L’AFFAIRE DE LA LOI SUR L’INSOLVABILITÉ DE  
2011

ET DANS L’AFFAIRE DES RÈGLES SUR L’INSOLVABILITÉ  
DE 2014

Me Tom Smith, Queen’s Counsel, et Raymond Triay (représentant  
Triay & Triay) pour les Demandeurs

## **JUGEMENT**

**M. le JUGE RESTANO**

### **Introduction**

1. En leur qualité de Co-administrateurs d’Elite Insurance Company Limited (sous administration) (« Elite »), Edgar Lavarello et Dan Yoram Schwarzmann ont formulé une demande d’instructions sur l’application des règles de compensation d’insolvabilité figurant dans la Loi sur l’insolvabilité de 2011 (« la Loi »). La demande a été entendue le 1er juillet 2020 dans le cadre d’une audience à distance que j’ai ordonnée suite à une requête formulée par les Demandeurs au motif que la demande avait soulevé un nouveau point de droit qui justifiait l’intervention d’un avocat principal spécialisé de Londres, dont la présence devant un tribunal n’était pas possible compte tenu des difficultés liées aux voyages internationaux en raison de la pandémie de Covid-19.
2. La demande a été déposée en vertu de l’article 71(2)(e) de la Loi et les Co-administrateurs demandent une orientation quant

à l'interprétation des articles 135 à 140 de la Loi telles qu'ils s'appliquent aux administrations en vertu de la Loi et qui impliquent que les règles de compensation d'insolvabilité soient engagées, et que le décompte à des fins de compensation soit effectué, à compter de la date à laquelle la déclaration de distribution des dividendes est envoyée aux créanciers. À titre subsidiaire, ils demandent des instructions confirmant qu'il est approprié pour les Demandeurs de traiter les règles prévues aux articles 135 à 140 de la Loi telle que modifiée conformément au pouvoir conféré en vertu de l'article 72(2) de la Loi aux mêmes fins.

3. La demande est étayée par la déclaration de témoin d'Edgar Lavarello datée du 23 juin 2020 qui présente le contexte de la demande et qui peut être résumée comme suit : Elite a été autorisée à exercer divers types d'activités d'assurance dans plusieurs pays jusqu'au 1er février 2019, date à laquelle son autorisation de mener des activités d'assurance a été retirée. La Société a été placée sous administration à Gibraltar le 11 décembre 2019. Le 09 février 2020, les Co-administrateurs ont publié leurs propositions pour atteindre les objectifs d'administration qui ont été approuvés lors de la réunion des créanciers du 03 avril 2020. Dans le cadre de leurs enquêtes, les Co-administrateurs ont pris en compte l'effet que les règles de compensation d'insolvabilité pourraient produire sur les réclamations déposées par Elite à l'encontre des créanciers ou sur les réclamations des créanciers à l'encontre d'Elite. Les enquêtes ont permis aux Co-administrateurs d'établir qu'au moins une partie détient actuellement plusieurs polices d'assurance « après évènement » auprès d'Elite, ce qui signifie que des sommes peuvent devenir exigibles par Elite, ou à l'encontre d'Elite, dans le cadre de différentes polices. Les Co-administrateurs ont également établi qu'Elite menait d'importantes activités d'assurance en France et que ce portefeuille était tel qu'il existait une possibilité significative que des dettes, des crédits et d'autres transactions mutuels existent entre Elite et d'autres entreprises

d'assurance, qui pourraient être considérés comme pouvant être compensés. Il est donc important que les Co-administrateurs comprennent comment les règles de compensation doivent fonctionner dans le cadre d'une administration en vertu de la Loi.

#### Cadre réglementaire

4. Les articles 135 à 140 de la Loi relèvent du titre « liquidation et faillite » et contiennent les règles de compensation en cas d'insolvabilité. L'article 135 contient notamment une disposition principale qui prévoit ce qui suit :

(1) Le présent article s'applique lorsque, avant la période concernée, des crédits mutuels, des dettes mutuelles ou d'autres transactions mutuelles ont eu lieu entre un débiteur et un créancier réclamant ou ayant l'intention de réclamer une dette dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.

(2) Conformément à l'article 136 et aux paragraphes (3) à (6) :

(a) lorsque le présent article s'applique, il sera tenu compte de ce qui est dû par chaque partie à l'autre partie concernant leurs transactions mutuelles, et la somme due par une partie sera déduite des sommes dues par l'autre partie ; et

(b) seul le solde, le cas échéant, des sommes dues

(i) au créancier pourra être réclamé dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ; ou

(ii) au débiteur, sera payé au liquidateur ou au fiduciaire en faillite, en tant que partie des actifs du débiteur.

5. La « période concernée », telle que visée à l'article 135 (1) de la Loi, est définie à l'article 2 de la Loi, à la fois pour les liquidations et pour les administrations. Dans le cas d'une liquidation non précédée d'une administration, la période concernée est le début de la liquidation. Ainsi, dès que des transactions de pré-liquidation ont eu lieu avec une société qui a été liquidée, le compte est automatiquement enregistré et une compensation est opérée. Ceci permet au créancier du débiteur

insolvable d'utiliser son endettement envers le débiteur comme une forme de garantie au lieu de devoir prouver, avec les autres créanciers, l'ensemble de sa dette dans l'insolvabilité. Il peut compenser centime par centime ce qu'il doit à la société dans la liquidation, puis ne prouver ou ne payer que le solde : *Stein c. Blake* [1996] AC 243, 251. La position en vertu du droit anglais est sensiblement la même : voir la Règle 14.25 du Règlement anglais de 2016 sur l'insolvabilité (« le Règlement anglais »).

6. L'article 72 de la Loi étend les règles ci-dessus aux administrations et prévoit ce qui suit :

72 (1) L'administrateur d'une société peut procéder à une distribution

- (a) à un créancier garanti ou à un créancier privilégié sans autorisation judiciaire ; et
- (b) à tout autre créancier, sur autorisation judiciaire.

(2) Lorsque l'administrateur effectue une distribution en vertu du paragraphe (1), les articles 135 à 140 et 198 à 208 s'appliquent avec les modifications pouvant être indiquées dans les Règles ou, si elles ne sont pas spécifiées, avec les modifications appropriées.

7. La Règle 14.24 du Règlement anglais traite de la compensation dans les administrations en Angleterre et au Pays de Galles et, dans la mesure où elle s'applique, prévoit ce qui suit :

(1) La présente règle s'applique dans une administration où l'administrateur a l'intention d'effectuer une distribution et a envoyé une déclaration au titre de la règle 14.29.

(2) Un décompte de ce qui est dû entre la société et le créancier au niveau de leurs transactions mutuelles doit avoir été effectué à la date de l'avis, et les sommes dues par l'un doivent être déduites des sommes dues par l'autre.

### Avis

8. M. Smith indique que les règles de compensation dans les

administrations sont les mêmes à Gibraltar, en Angleterre et au Pays de Galles, et que la compensation d'insolvabilité ne s'applique pas immédiatement dès le placement d'une société sous administration, mais entre uniquement en vigueur si et quand elle devient une administration distributrice, plus particulièrement au moment où l'administrateur envoie un avis d'intention de distribuer aux créanciers. Toutefois, le Règlement anglais identifie spécifiquement la date de compensation comme la date d'exécution du décompte de la compensation. Le régime anglais indique donc clairement que le décompte démarre à la date de l'avis d'intention de distribuer et qu'il n'est pas rétroactif à la date de début de l'administration ou à un autre point. M. Smith souligne que la disposition analogue de Gibraltar [article 135(2)(a) de la Loi] ne précise pas à quel moment le décompte doit être effectué, mais uniquement « qu'un décompte sera effectué des dettes d'une partie envers l'autre au titre de leurs transactions mutuelles ». Il ne fait notamment aucune référence à un décompte qui serait effectué « à la date de l'avis », tel que prévu dans la règle 14.24(2) du Règlement anglais.

9. M. Smith explique en outre que le manquement de la Loi à préciser expressément que le décompte de compensation doit être calculé à la date de compensation peut être dû au fait que les règles de compensation d'insolvabilité qui s'appliquent aux liquidations et aux faillites visant à réaliser et à distribuer des actifs sont étendues aux administrations en vertu de l'article 72(2) de la Loi avec les modifications appropriées. Cette position diffère de la position en Angleterre et au Pays de Galles où il existe un régime juridique spécifique organisant les administrations.
10. Dans le document de M. Smith, malgré cette omission, l'interprétation la plus logique et la plus directe des articles 2, 72 et 135 de la Loi est que le décompte de compensation doit être appliqué lorsque l'administrateur effectue une distribution. En effet, il avance qu'il existe de nombreuses difficultés pratiques et conceptuelles présentées par le calcul d'un décompte de

compensation à un stade précoce tel que le commencement de l'administration, plutôt que lorsque les administrateurs effectuent une distribution. Ainsi, si la date de compensation était rétroactive au début de l'administration, cela produirait l'effet de geler les positions et pourrait bien empêcher l'administrateur de négocier ou de vendre des créances et de secourir la société en tant que société en activité, ce qui est l'un des objectifs statutaires de l'administration : voir l'article 46 de la Loi. Cet argument est soutenu par Lightman et Moss dans *Law of Administrators and Receivers of Companies*, (6<sup>ème</sup> éd., Sweet & Maxwell), au paragraphe 22-079, qui indique que la priorité des administrations est de sauver une société en maintenant son activité, contrairement aux liquidations qui concernent les procédures d'insolvabilité définitive visant à la réalisation et à la distribution des actifs. Ainsi, si une compensation obligatoire et automatique était appliquée au début de l'administration en relation avec toutes les dettes (notamment les dettes potentielles et éventuelles), cela pourrait servir à nuire aux négociations en cours et à l'objectif inhérent aux administrations.

### Analyse

11. Bien que la Loi n'indique pas expressément que le décompte de compensation doive avoir lieu lorsqu'une distribution est faite dans le cadre d'une administration, selon moi, la lecture combinée des dispositions concernées met en évidence qu'il s'agit de la procédure à appliquer. L'article 135 est déclenché uniquement lorsqu'un administrateur effectue une distribution au sens de l'article 72(2) de la Loi. Si l'article 135 s'applique, il faut qu'il y ait eu des transactions mutuelles pré-administration et un décompte de ce qui « est dû » doit être effectué concernant ces transactions pré-administration. Cela signifie que seules les dettes pré-administration qui restent dues à la date à compter de laquelle l'article 135 s'applique (c.-à-d., la date de distribution) sont incluses dans le décompte de compensation. Ainsi, la volonté du législateur doit avoir été de déclencher le décompte de compensation lorsque l'administrateur effectue une

distribution aux créanciers, plus particulièrement à la date de l'envoi de la déclaration de distribution des dividendes aux créanciers conformément à la règle 118 des Règles d'insolvabilité de 2014 (« les Règles »).

12. Cette interprétation correspond à l'objectif de sauvetage inhérent aux administrations, car cela signifie que les règles de compensation ne sont engagées qu'une fois que l'administrateur a conclu que le sauvetage de la société était impossible et que l'administration devait plutôt servir à effectuer les distributions aux créanciers. Si les règles de compensation s'appliquaient à compter d'une date antérieure, cela aurait pour effet de geler les positions, par exemple dans le cadre des décomptes en cours ou des accords de couverture actifs, et donc d'empêcher l'administrateur de pouvoir continuer à négocier. Ces effets seraient contraires aux objectifs de l'administration.

### Compétence

13. Les Demandeurs ont déposé cette demande en vertu de l'article 71(2)(e) de la Loi qui prévoit qu'un administrateur d'une société peut « demander à la Cour des instructions concernant l'administration de la société ». Cette compétence est substantiellement la même que le pouvoir de donner des instructions en vertu du droit anglais (voir le paragraphe 63 de l'Annexe B1 de la Loi anglaise sur l'insolvabilité de 1986) et qui a été reconnu comme étant exprimé en termes très larges.

14. Dans *l'affaire Lehman Brothers International Europe* [2013] EWHC 1664 (Ch), la Haute Cour anglaise a répondu à une demande d'instructions formulée par les Co-administrateurs de Lehman Brothers International Europe confirmant qu'ils pouvaient exécuter leurs obligations en vertu d'un accord de règlement avec le fiduciaire nommé aux États-Unis pour la liquidation de Lehman Brothers Inc. Toutefois, cette affaire était légèrement différente, car il s'agissait d'obtenir l'aval de la Cour pour l'exécution d'un accord conclu par les Co-administrateurs

et non la détermination d'un point d'interprétation du droit. Dans *Lehman Brothers International (Europe) (en cours d'Administration)* contre *Burlington Loan Management Limited et autres* [2015] EWHC 2269 (Ch) une demande d'instructions a été déposée afin de clarifier le droit des créanciers à des intérêts sur leurs dettes conformément à la règle 2.88 des Règles d'insolvabilité de 1986 pour les périodes suivant le début de l'administration de Lehman Brothers International Europe. À mon avis, les circonstances qui ont donné lieu à cette demande s'apparente davantage à la présente demande dans le sens qu'elles impliquent toutes deux la résolution d'un point d'interprétation du droit. En outre, je ne considère pas qu'il existe une objection de principe pour que cette demande ne soit pas acceptée. Bien que les termes de cette demande soient larges dans le sens qu'elle cherche à obtenir des clarifications sur une question d'interprétation du droit générale, elle concerne une question qui affecte l'exécution de cette administration et je considère donc qu'elle entre dans le champ d'application de la juridiction des instructions prévue à l'article 71(2)(e) de la Loi.

15. Cette demande a été traitée sans qu'aucun créancier ou débiteur n'en ait été informé. M. Smith soutient que, bien que deux volumes d'affaires soient identifiés comme ayant été affectés par le fonctionnement des règles de compensation en cas d'insolvabilité, la nature élargie des instructions demandées signifie qu'un grand nombre de créanciers pourrait potentiellement être affecté par cette demande et qu'il n'aurait pas été possible en pratique de procéder de tout autre manière. Selon moi, cela signifie que toute partie intéressée qui souhaite contester le présent jugement devrait avoir la possibilité de procéder en temps utile, et que l'ordonnance qui sera prononcée en conséquence du présent jugement devrait le prévoir.

### Conclusion

16. Je considère que les règles de compensation prévues aux articles



135 à 140 de la Loi s'appliquent à une procédure d'administration dans laquelle les administrateurs procèdent d'abord à une distribution en vertu de l'article 72 (1) de la Loi. En outre, si ces dispositions sont correctement interprétées, elles signifient que le décompte de compensation est effectué à la date à laquelle la déclaration de distribution des dividendes est envoyée aux créanciers, conformément à la règle 118 des Règles.

17. Pour les raisons susmentionnées, l'ordonnance à rendre suite au présent jugement devrait refléter le fait que je laisse ouverte la possibilité de déposer une demande afin que les créanciers ou débiteurs d'Elite aient la possibilité de contester la présente décision s'ils le souhaitent. En outre, les Co-administrateurs devront employer tous les efforts possibles pour faire connaître ce jugement aux créanciers et débiteurs d'Elite.

**M. le Juge Restano**  
**Juge Puisne**

Date : 08 juillet 2020