

Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale



Pour plus d'informations, s'adresser au :
secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne,
B.P. 500, 1400 Vienne, Autriche

Téléphone : (+43-1) 26060-4060
Internet : uncitral.un.org

Télécopie : (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique : uncitral@un.org

Précis de jurisprudence
concernant la Loi type
de la CNUDCI sur
l'insolvabilité internationale



Note

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres.

La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

© Nations Unies, avril 2022. Tous droits réservés pour tous pays.

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Les adresses et les liens vers des sites Internet mentionnés dans le présent document visent à faciliter la tâche du lecteur et sont exacts à la date de publication. L'Organisation des Nations Unies ne peut garantir qu'ils resteront valables dans l'avenir et décline toute responsabilité pour le contenu de sites Web externes.

Production éditoriale : Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne.

La présente publication n'a pas été revue par les services d'édition.

Table des matières

Introduction au Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale	vii
La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale	vii
Promouvoir l'interprétation uniforme des instruments de la CNUDCI : Recueils et précis de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI	viii
Remerciements	ix
Documents de référence	ix
Préambule	1
Introduction	1
Jurisprudence relative au préambule	1
Chapitre premier. Dispositions générales	3
Article premier. Champ d'application	3
Introduction	3
Jurisprudence concernant l'article premier	3
Article premier, paragraphe 1	4
Article premier, paragraphe 2	4
Article 2. Définitions	5
Introduction	5
Jurisprudence concernant l'article 2	5
Article 2, alinéa <i>a</i> : procédure étrangère	5
Article 2, alinéa <i>b</i> : procédure étrangère principale	8
Article 2, alinéas <i>c</i> et <i>f</i> : procédure étrangère non principale et établissement	8
Article 2, alinéa <i>d</i> : représentant étranger	10
Article 2, alinéa <i>e</i> : tribunal étranger	11
Autres questions	11
Article 3. Obligations internationales du présent État	18
Introduction	18
Jurisprudence concernant l'article 3	18
Article 4. <i>[Tribunal ou autorité compétents]</i>	19
Introduction	19
Jurisprudence concernant l'article 4	19
Article 5. Autorisation donnée à <i>[insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant]</i> d'agir dans un État étranger	20
Introduction	20
Jurisprudence concernant l'article 5	20
Article 6. Exception d'ordre public	21
Introduction	21
Jurisprudence concernant l'article 6	21
Article 7. Assistance additionnelle en vertu d'autres lois	26
Introduction	26
Jurisprudence concernant l'article 7	26
Article 8. Interprétation de la présente Loi	27
Introduction	27
Jurisprudence concernant l'article 8	27

Chapitre II. Accès des représentants et des créanciers étrangers aux tribunaux du présent État	31
Article 9. Droit d'accès direct.	31
Introduction	31
Jurisprudence concernant l'article 9	31
Article 10. Compétence limitée	32
Introduction	32
Jurisprudence concernant l'article 10	32
Article 11. Demande d'ouverture par le représentant étranger d'une procédure en vertu de <i>[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]</i>	33
Introduction	33
Jurisprudence concernant l'article 11	33
Article 12. Participation du représentant étranger à une procédure ouverte en vertu de <i>[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]</i>	34
Introduction	34
Jurisprudence concernant l'article 12	34
Article 13. Accès des créanciers résidant à l'étranger à une procédure ouverte en vertu de <i>[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]</i>	35
Introduction	35
Jurisprudence concernant l'article 13	35
Article 14. Notification aux créanciers résidant à l'étranger d'une procédure ouverte en vertu de <i>[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]</i>	37
Introduction	37
Jurisprudence concernant l'article 14	37
Chapitre III. Reconnaissance de la procédure étrangère et mesures disponibles	39
Article 15. Demande de reconnaissance de la procédure étrangère	39
Introduction	39
Jurisprudence concernant l'article 15	40
Article 15, paragraphe 1	40
Article 15, paragraphes 2 et 3	40
Article 15, paragraphe 4	40
Article 16. Présomptions concernant la reconnaissance.	42
Introduction	42
Jurisprudence concernant l'article 16	43
Article 16, paragraphe 1	43
Article 16, paragraphe 2	43
Article 16, paragraphe 3	43
Article 17. Décision de reconnaître une procédure étrangère.	53
Introduction	53
Jurisprudence concernant l'article 17	54
Article 17, paragraphe 1	54
Article 17, paragraphe 2 (<i>voir aussi l'article 2, alinéa f</i>)	54
Article 17, paragraphe 3	56
Article 17, paragraphe 4	56
Autres questions applicables à la reconnaissance	57
Article 18. Informations ultérieures	61
Introduction	61
Jurisprudence concernant l'article 18	61

Article 19. Mesures disponibles dès la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère	63
Introduction	63
Jurisprudence concernant l'article 19	63
Article 20. Effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale.	65
Introduction	65
Jurisprudence concernant l'article 20	65
Article 20, paragraphe 1	65
Article 20, paragraphe 2	67
Article 20, paragraphe 3	67
Article 20, paragraphe 4	67
Article 21. Mesures disponibles dès la reconnaissance d'une procédure étrangère	70
Introduction	70
Jurisprudence concernant l'article 21	71
Article 21, paragraphe 1	71
Article 21, paragraphe 1, alinéa <i>a</i>	72
Article 21, paragraphe 1, alinéa <i>b</i>	72
Article 21, paragraphe 1, alinéa <i>c</i>	72
Article 21, paragraphe 1, alinéa <i>d</i>	72
Article 21, paragraphe 1, alinéa <i>e</i>	73
Article 21, paragraphe 1, alinéa <i>f</i>	74
Article 21, paragraphe 1, alinéa <i>g</i>	74
Article 21, paragraphe 2	74
Article 21, paragraphe 3	75
Relation entre les articles 21 et 7	75
Article 22. Protection des créanciers et des autres personnes intéressées	79
Introduction	79
Jurisprudence concernant l'article 22	79
Article 22, paragraphe 1	79
Article 22, paragraphe 2	80
Article 22, paragraphe 3	80
Article 23. Actions visant à annuler les actes préjudiciables aux créanciers	82
Introduction	82
Jurisprudence concernant l'article 23	82
Article 24. Intervention du représentant étranger dans les procédures ouvertes dans le présent État	84
Introduction	84
Jurisprudence concernant l'article 24	84
Chapitre IV. Coopération avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers	85
Article 25. Coopération et communication directe entre le tribunal du présent État et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers.	85
Introduction	85
Jurisprudence concernant l'article 25	85
Article 25, paragraphe 2	86
Article 26. Coopération et communication directe entre le <i>[insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant]</i> et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers	87
Introduction	87
Jurisprudence concernant l'article 26	87

Article 27. Formes de la coopération	88
Introduction	88
Références supplémentaires relatives à l'article 27	88
Jurisprudence concernant l'article 27	88
Chapitre V. Procédures concurrentes.	89
Article 28. Ouverture d'une procédure en vertu de <i>[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]</i> après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale	89
Introduction	89
Jurisprudence concernant l'article 28	89
Article 29. Coordination d'une procédure ouverte en vertu de <i>[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]</i> et d'une procédure étrangère	91
Introduction	91
Jurisprudence concernant l'article 29	92
Article 30. Coordination de plusieurs procédures étrangères.	93
Introduction	93
Jurisprudence concernant l'article 30	93
Article 31. Présomption de l'insolvabilité du débiteur fondée sur la reconnaissance d'une procédure étrangère principale	94
Introduction	94
Jurisprudence concernant l'article 31	94
Article 32. Règle de paiement en cas de pluralité de procédures	95
Introduction	95
Jurisprudence concernant l'article 32	95
Annexe. Liste des décisions par pays	97
Angleterre et pays de Galles	97
Australie	98
Canada.	99
Chili.	99
États-Unis d'Amérique	100
Gibraltar.	103
Japon	103
Mexique.	103
Nouvelle-Zélande	103
République de Corée.	104
Singapour.	104
Décisions rendues en application du Règlement CE concernant le centre des intérêts principaux ou l'établissement.	104

Introduction au Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'INSOLVABILITÉ INTERNATIONALE

1. La Loi type sur l'insolvabilité internationale (LTI), adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en 1997, a pour objet d'aider les États à doter leur législation sur l'insolvabilité d'un cadre moderne, harmonisé et équitable permettant de mener plus efficacement les procédures internationales visant des débiteurs en proie à de graves problèmes financiers ou en situation d'insolvabilité. Il s'agit notamment des cas où le débiteur dispose de biens dans plus d'un État ou des cas où certains des créanciers du débiteur ne sont pas originaires de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité a été ouverte. En principe, la procédure en cours au centre des intérêts principaux du débiteur devrait être principalement responsable de gérer l'insolvabilité de celui-ci, quel que soit le nombre d'États dans lesquels il a des actifs et des créanciers, sous réserve de procédures de coordination appropriées pour tenir compte des besoins locaux.

2. La LTI respecte les différences entre les règles de procédure nationales et ne tente pas d'unifier quant au fond les législations sur l'insolvabilité. Elle fournit plutôt un cadre à la coopération entre États, en offrant des solutions qui sont utiles de plusieurs manières modestes mais néanmoins importantes et qui favorisent et encouragent une approche uniforme en matière d'insolvabilité internationale. Ces solutions consistent notamment à :

a) Donner à la personne qui administre une procédure d'insolvabilité étrangère (le « représentant étranger ») l'accès aux tribunaux de l'État adoptant, ce qui permet à cette personne de demander un « répit » temporaire et aux tribunaux de l'État adoptant de déterminer la portée de la coordination entre États ou les autres mesures qui seraient justifiées pour régler l'insolvabilité de manière optimale ;

b) Déterminer à quel moment une procédure d'insolvabilité étrangère doit se voir accorder la « reconnaissance » et quelles peuvent être les conséquences de cette reconnaissance ;

c) Prévoir un régime transparent en ce qui concerne le droit des créanciers étrangers d'engager une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant ou d'y participer ;

d) Permettre aux tribunaux de l'État adoptant de coopérer de manière plus efficace avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers intervenant dans une affaire d'insolvabilité ;

e) Autoriser les tribunaux de l'État adoptant et les personnes administrant des procédures d'insolvabilité dans l'État adoptant à demander une assistance à l'étranger ;

f) Prévoir la compétence des tribunaux et établir des règles de coordination lorsqu'une procédure d'insolvabilité engagée dans l'État adoptant se déroule en même temps qu'une procédure d'insolvabilité dans un État étranger ;

g) Établir des règles concernant la coordination des mesures octroyées dans l'État adoptant à l'appui de deux ou plusieurs procédures d'insolvabilité qui peuvent avoir lieu dans des États étrangers concernant le même débiteur.

3. Le texte de la LTI est axé sur quatre principaux éléments qui ont été retenus à l'issue des études et consultations menées au début des années 1990, avant la négociation de la Loi type, comme étant les points sur lesquels un accord international pourrait être atteint¹ :

a) Accès des représentants de procédures d'insolvabilité étrangères et des créanciers aux tribunaux locaux et autorisation faite aux représentants de procédures locales de demander une assistance à l'étranger ;

b) Reconnaissance de certaines ordonnances rendues par des tribunaux étrangers ;

c) Mesures d'assistance aux procédures étrangères ;

d) Coopération entre les tribunaux des États où se trouvent les actifs du débiteur et coordination des procédures concurrentes.

4. La LTI prend en compte les résultats d'autres efforts menés à l'échelle internationale, notamment les négociations qui ont abouti au Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le « Règlement CE »), à la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite (1990)², aux Traités de Montevideo sur le droit commercial international (1889 et 1940), à la Convention entre les pays nordiques relative à la faillite (1933) et à la Convention de droit international privé (Code Bustamante) (1928)³. Étant donné que certains termes sont communs à la LTI et au Règlement CE et que la jurisprudence qui les interprète dans le contexte du Règlement peut donc être pertinente pour l'interprétation de la LTI, elle est incluse dans le Précis, selon qu'il convient⁴.

5. La CNUDCI a estimé que la LTI constituerait un outil plus efficace si elle était accompagnée d'informations générales et d'explications. Ces informations seraient principalement destinées à l'exécutif et aux législateurs préparant les révisions législatives nécessaires, mais elles seraient également utiles à ceux qui, comme les juges, sont chargés d'interpréter et d'appliquer la Loi type, et à

d'autres utilisateurs du texte tels que les praticiens et les universitaires. Elles pourraient également aider les États à déterminer les dispositions qu'il conviendrait, le cas échéant, d'adapter pour tenir compte des circonstances nationales particulières. Le Guide pour l'incorporation a été élaboré par le secrétariat pour donner suite à la demande formulée par la CNUDCI à l'issue de sa trentième session, en 1997. Il se fonde sur les délibérations tenues et les décisions prises par la Commission lors de cette trentième session, lors de l'adoption de la LTI, ainsi que sur les considérations du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui a mené les travaux préparatoires.

6. Au fil du temps, l'interprétation du concept de centre des intérêts principaux, mentionné à l'article 16 de la LTI, a donné lieu à des incertitudes et à une imprévisibilité qui ont conduit le Groupe de travail à proposer à la Commission, en 2010⁵, de fournir davantage d'informations et d'orientations sur ce concept dans le Guide pour l'incorporation. Les révisions se sont fondées sur les délibérations tenues par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)⁶ à ses trente-neuvième (2010), quarantième (2011), quarante et unième (2012), quarante-deuxième (2012) et quarante-troisième (2013) sessions, ainsi que sur les délibérations de la Commission à sa quarante-sixième session (2013), et ont été adoptées par cette dernière en tant que *Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale* (le « Guide pour l'incorporation et l'interprétation »), le 18 juillet 2013.

7. Au 30 septembre 2020, la LTI avait été adoptée dans 51 États et territoires, soit 48 pays. Les États adoptants ont des économies et des niveaux de développement différents et représentent toutes les traditions juridiques⁷. Le nombre d'ouvrages universitaires consacrés à la LTI ne cesse de croître⁸, tout comme la quantité de jurisprudence y relative provenant de diverses sources. La LTI contribue de manière importante à l'objectif d'unification du droit commercial international.

PROMOUVOIR L'INTERPRÉTATION UNIFORME DES INSTRUMENTS DE LA CNUDCI : RECUEILS ET PRÉCIS DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI

8. Conformément à son mandat⁹, la CNUDCI a entrepris de mettre au point les outils nécessaires à une compréhension approfondie et à une interprétation uniforme des instruments qu'elle élabore.

9. La CNUDCI a mis en place un système de notification de la jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (système CLOUT)¹⁰. Ce système a été créé pour aider les juges, les arbitres, les avocats et les parties à des opérations commerciales en mettant à leur disposition les décisions rendues par des juridictions étatiques et des tribunaux arbitraux qui interprètent les textes de la CNUDCI et, ce faisant, pour favoriser l'interprétation et l'application uniformes de ces textes. Il couvre la jurisprudence relative aux conventions et aux lois types élaborées par la CNUDCI

et à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (la « Convention de New York »)¹¹.

10. Un réseau de correspondants nationaux, désignés par les gouvernements d'États qui sont parties à la Convention de New York ou à l'une au moins des conventions des Nations Unies issues des travaux de la CNUDCI, ou qui ont adopté au moins l'une des lois types de la CNUDCI, repèrent les décisions judiciaires pertinentes dans leur pays respectif et les communiquent au secrétariat de la CNUDCI sous forme de sommaires. Des contributeurs volontaires peuvent également établir des sommaires à l'intention du secrétariat, qui peut les publier, en accord avec les correspondants nationaux. Le secrétariat édite et indexe les sommaires reçus et les publie dans le système CLOUT. L'existence du réseau de correspondants nationaux permet de couvrir un grand nombre d'États et territoires. La disponibilité du système dans les six langues officielles de l'ONU améliore considérablement la diffusion de l'information. Ces deux éléments sont essentiels pour promouvoir l'interprétation la plus uniforme possible.

11. Compte tenu du grand nombre d'affaires réunies dans le système CLOUT concernant certains textes de la CNUDCI, en particulier la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (la CVIM)¹², la Commission a demandé qu'un outil soit créé en vue de présenter des informations sélectionnées sur l'interprétation de la CVIM de manière claire, concise et objective¹³. Une seconde requête visait la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international¹⁴. Les précis établis pour donner suite à ces requêtes servent à faciliter la diffusion d'informations sur les textes concernés, à promouvoir leur adoption ainsi que leur interprétation uniforme et à aider les juges, les arbitres, les praticiens, les universitaires et les représentants des pouvoirs publics à utiliser plus efficacement la jurisprudence relative à ces textes. Ils ne constituent pas une source indépendante faisant autorité qui indiquerait comment il convient d'interpréter les différentes dispositions de ces textes, mais servent plutôt d'outils de référence pour identifier la jurisprudence pertinente en matière d'interprétation et résumer ces décisions pour les diffuser.

12. Face au nombre croissant d'affaires réunies dans le système CLOUT qui interprètent la LTI, la Commission est convenue de la nécessité d'établir un précis sur ce texte afin d'offrir un accès plus large et plus direct à ces affaires, y compris celles mentionnées dans d'autres textes de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité [principalement la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge, adopté en 2011 (mis à jour en 2013) (le « Point de vue du juge »), et le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*, adopté en 2009 (le « Guide pratique »)] et d'appeler l'attention sur les nouvelles tendances constatées dans l'interprétation de la LTI¹⁵. Le système CLOUT a favorisé l'interprétation uniforme de la LTI, et le présent Précis devrait contribuer plus avant à cet objectif. Comme le souligne l'article 8 de

la LTI, pour son interprétation, « il est tenu compte de son origine internationale », et le Précis entend promouvoir l'application uniforme de ce texte en encourageant les juges à examiner la manière dont la LTI a été appliquée par les tribunaux dans les États où elle a été adoptée.

13. Comme il est noté dans le Point de vue du juge¹⁶, la façon dont les juges de traditions juridiques différentes conçoivent leurs tâches respectives peut entraîner certaines différences dans l'approche suivie pour interpréter les dispositions originelles (ou adaptées) de la LTI. Bien que l'on puisse difficilement généraliser, l'attention se concentrera davantage sur le texte de la LTI dans les pays où la codification du droit est plus poussée que dans d'autres pays où cette codification est moindre ou dans lesquels nombre de juridictions supérieures ont une compétence propre pour statuer sur des points de droit d'une façon qui ne soit contraire à aucune loi ni à aucun règlement ou sont habilitées à développer des aspects particuliers du droit pour lesquels il n'existe pas de règle codifiée.

14. Le Précis présente les informations regroupées en chapitres correspondant aux chapitres de la LTI. Chaque chapitre contient un résumé de la jurisprudence correspondant à l'article en question, et fait ressortir les convergences et les divergences d'interprétation. Le Précis a été établi à partir du texte intégral des décisions citées dans les différents sommaires.

15. En incorporant la LTI dans leur droit interne, les États ont parfois modifié certaines dispositions, malgré la recommandation tendant à modifier aussi peu que possible le texte lors de son incorporation. Dans la mesure du possible, le Précis indique les cas où l'interprétation divergente qui est faite d'une disposition donnée provient d'une telle modification.

16. On notera que la majorité des cas concernant des demandes de reconnaissance au titre de la LTI sont simples et ne donnent pas lieu à des difficultés d'interprétation des articles du texte. Ces cas ne sont pas inclus dans le Précis, même si certains ont été signalés dans le système CLOUT en tant qu'exemples de demandes formées au titre de la LTI¹⁷. Le Précis ne mentionne pas toutes les affaires qui se sont référées à la LTI, mais se limite à celles qui soulèvent des questions d'interprétation des articles de la Loi type.

REMERCIEMENTS

17. Le Précis est le résultat de la coopération entre les correspondants nationaux, le secrétariat de la CNUDCI et des représentants auprès du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) de la CNUDCI. On saluera en particulier la contribution de Jenny Clift, ancienne Secrétaire du Groupe de travail V, qui a préparé la version initiale de ce précis, avec l'assistance des membres du Groupe de travail et d'autres experts, y compris d'INSOL International, ayant répondu favorablement à l'invitation adressée aux parties prenantes qui assistent aux sessions de la CNUDCI et de son Groupe de travail V.

18. Pour toute question ou observation concernant le Précis, veuillez vous adresser au secrétariat de la CNUDCI (Division du droit commercial international, Bureau des affaires juridiques, Organisation des Nations Unies, Centre international de Vienne, B.P. 500, 1400 Vienne (Autriche), uncitral@un.org).

DOCUMENTS DE RÉFÉRENCE

Références aux affaires

19. Des références à des affaires spécifiques sont incluses tout au long du présent texte. Pour faciliter la lecture des notes de bas de page, les titres des affaires souvent citées ont été raccourcis, mais les références et le titre complets sont indiqués dans la liste des affaires figurant en annexe. Par exemple, l'affaire concernant le débiteur « Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund » (États-Unis) est appelée « Bear Stearns », appellation qui est suivie des références appropriées. Les références à des numéros de page ou de paragraphe en association avec des affaires renvoient à la partie pertinente de la version du jugement citée dans la liste des affaires figurant en annexe. Les numéros de paragraphes, qu'il s'agisse d'un jugement ou d'un document de la CNUDCI, sont indiqués par l'utilisation de crochets ([par. 74]). Les numéros de page sont indiqués par des chiffres, sans parenthèses ni crochets. Par exemple, « 389 B.R. 325, 330 » indique la page 330 d'un jugement commençant à la page 325. Les décisions interprétant la LTI figurant dans le Précis qui sont signalées dans le système CLOUT comportent un numéro de référence CLOUT parmi les références ; les sommaires des décisions publiées dans ce système sont disponibles dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, à l'adresse <https://uncitral.un.org>.

Références aux textes

20. Le Précis renvoie à plusieurs textes relatifs à l'insolvabilité internationale. Les alinéas *a* à *e* ci-dessous renvoient à des textes élaborés par la CNUDCI, tandis que les alinéas *g* à *i* renvoient à des textes élaborés par d'autres institutions qui, comme indiqué dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation¹⁸, sont pertinents à la fois pour l'élaboration et l'interprétation de ce texte :

a) « Guide pour l'incorporation » (1997) : Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ;

b) « Guide pour l'incorporation et l'interprétation » : Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, tel qu'il a été révisé et adopté par la Commission le 18 juillet 2013 ;

c) « Guide législatif » : Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004), notamment les troisième (2010) et quatrième (2013, telle que modifiée en 2019) parties ;

d) « Guide pratique » : Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (2009) ;

e) « Point de vue du juge » : Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le Point de vue du juge (mis à jour en 2013) ;

f) « Règlement CE » : Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité¹⁹ ;

g) « Refonte du Règlement CE » : Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte)²⁰ ;

h) « Convention européenne » : Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité (1995)²¹ ;

i) « Rapport Virgos-Schmit » : M. Virgos et E. Schmit, Rapport sur la Convention relative aux procédures d'insolvabilité, Bruxelles, 3 mai 1996²².

Références aux institutions

21. Les références à la CJUE sont des références à la Cour de justice de l'Union européenne.

Références au Guide pour l'incorporation et au Guide pour l'incorporation et l'interprétation

22. L'introduction de chaque article de la LTI renvoie aux sections pertinentes du Guide pour l'incorporation et l'interprétation et du Point de vue du juge. Lorsqu'il existe un paragraphe équivalent dans l'ancien Guide pour l'incorporation, celui-ci est indiqué dans les notes de bas de page.

Notes

¹ Une explication détaillée de ces principaux éléments de la LTI est incluse dans la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour l'incorporation et l'interprétation* (publication des Nations Unies, 2014) [par. 24 à 45].

² *Série des Traités européens*, n° 136.

³ Société des Nations, *Recueil des Traités*, LXXXVI, n° 1950.

⁴ Voir Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 81 à 84].

⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17)*, [par. 259].

⁶ Au début de l'année 2002, le nom du Groupe de travail a changé, passant de « Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité » à « Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) ». Pour faciliter la consultation du Précis, c'est le nom actuel du Groupe de travail, à savoir « Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) » qui y est utilisé.

⁷ On trouvera des informations relatives aux États et territoires ayant adopté une législation fondée sur la LTI sur le site Web de la CNUDCI, à l'adresse <https://uncitral.un.org>.

⁸ La CNUDCI établit chaque année une bibliographie des écrits récents ayant trait à ses travaux, qui est disponible sur son site Web à l'adresse <https://uncitral.un.org>.

⁹ La CNUDCI devrait, entre autres « recherch[er] les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international » et « rassembl[er] et [...] diffus[er] des informations sur les législations nationales et sur l'évolution juridique moderne, y compris celle de la jurisprudence, dans le domaine du droit commercial international ; [...] » : résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1966, disponible sur le site Web de la CNUDCI à l'adresse <https://uncitral.un.org>. Pour plus de détails concernant le mandat relatif au développement progressif du droit commercial international, voir également le rapport du Secrétaire général contenu dans le document A/6396 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt et unième session*, Annexes, point 88 de l'ordre du jour, document A/6396, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. I : 1968-1970, première partie, chap. II, sect. B) ; le rapport de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, à sa vingt et unième session, sur le point pertinent de l'ordre du jour (*Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt et unième session*, Annexes, point 88 de l'ordre du jour, document A/6594, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. I : 1968-1970, première partie, chap. II, sect. D) ; et les comptes rendus analytiques pertinents des travaux de la Sixième Commission, contenus dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt et unième session, Sixième Commission, 947^e à 955^e séances*, dont des extraits sont reproduits dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. I : 1968-1970, première partie, chap. II, sect. C.

¹⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17)*, [par. 98 à 109]. Les rapports du système CLOUT sont publiés en tant que documents des Nations Unies A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1 à A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/XX. Ils sont également disponibles sur le site Web de la CNUDCI à l'adresse <https://uncitral.un.org>.

¹¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

¹² Ibid., vol. 1489, n° 25567.

¹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17)*, [par. 390 à 395].

¹⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/59/17)*, [par. 87 à 91].

¹⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17 (A/67/17)*, [par. 156].

¹⁶ Le Point de vue du juge [par. 19].

¹⁷ Voir, par exemple, *Australie* : Hur c. Samsun Logix Corporation [2009] FCA 372, CLOUT 921. *Angleterre* : European Insurance Agency AS, High Court (Ch), affaire n° 6-BS30434 (7 septembre 2006), CLOUT 769 ; Namirei Showa Co. Ltd., High Ct (Ch) 16 octobre 2008, 7542/08, CLOUT 1004 ; Rajapakse [2007] B.P.I.R 99 (28 novembre 2006), CLOUT 787. *Japon* : Lehman Brothers Asia Holdings Ltd., Tribunal de district de Tokyo, 1 de 2007 (1^{er} juin 2009) ; 2 de 2007, Lehman Brothers Asia Capital Company ; 3 de 2007, Lehman Brothers Commercial Corporation Asia Ltd. ; 4 de 2007, Lehman Brothers Securities Asia Ltd., (30 septembre 2009), CLOUT 1479. *Mexique* : Procédure n° 29/2001, Re Jacobo Xacur Eljure, Felipe Xacur Eljure et Jose Maria Xacur Eljure, Tribunal fédéral de district de Mexico, 19 décembre 2002, CLOUT 693. *Nouvelle-Zélande* : Jeong c. TPC Korea Company Ltd., [2009] NZHC 1431, CLOUT 1221. *États-Unis* :

Amerindo Internet Growth Limited, affaire n° 07 10327 (Bankr. S.D.N.Y. 6 mars 2007), CLOUT 758 ; North American Steamships Ltd., affaire n° 06 13077, Bankr. S.D.N.Y. 25 janvier 2006, CLOUT 756 ; Thow, affaire n° 05-30432 (Bankr. W.D. Wash, 10 novembre 2005), CLOUT 762 ; TriGem Computer Inc., affaire n° 07-11482 (Bankr. C.D. Cal, 7 décembre 2005), CLOUT 764.

¹⁸ Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 10 et 11, 141] ; Le Point de vue du juge note également la pertinence de ces textes pour l'interprétation de certains concepts utilisés dans la LTI, notamment les termes « centre des intérêts principaux » et « établissement ».

¹⁹ *Journal officiel des Communautés européennes*, L 160, vol. 43, 30 juin 2000, 1.

²⁰ *Journal officiel de l'Union européenne*, L 141, vol. 58, 5 juin 2015, 19.

²¹ Pour plus d'informations sur l'historique de la Convention et sa pertinence par rapport à la LTI, voir Le Point de vue du juge [par. 94 et 95] ; voir également le rapport du Parlement européen en date du 23 avril 1999 concernant la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité (1995), disponible à l'adresse www.europarl.europa.eu (consulté le 30 septembre 2020).

²² Ce rapport explicatif a été établi, en prévision de la ratification de la Convention européenne par tous les États membres de l'Union européenne, afin de préciser divers concepts du projet de convention, en particulier le centre des intérêts principaux. Bien que la Convention soit ensuite devenue caduque, il a été généralement accepté à titre d'aide à l'interprétation du concept de centre des intérêts principaux, concept qui a ensuite été utilisé dans le Règlement CE. Pour plus d'informations sur l'historique, voir Le Point de vue du juge [par. 94 et 95]. Le rapport est disponible (en anglais) à l'adresse <https://globalinsolvency.com/resource-article/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-regulation-insolvency> (consulté le 30 septembre 2019).

Préambule

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.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs au préambule sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 136 à 139]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).

2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :

a) À la LTI : A/CN.9/422 [par. 19 à 23] ; A/CN.9/433 [par. 22 à 28] ; A/CN.9/435 [par. 100] ;

b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 37 et 38] ; A/CN.9/442 [par. 54 à 56] ;

c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/738 [par. 14 à 16] ; A/CN.9/742 [par. 23] ; A/CN.9/766 [par. 21 à 25].

3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 52].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 46 à 52]¹ explique que le préambule à la fois énonce succinctement les objectifs fondamentaux de la LTI et donne des indications générales aux utilisateurs de la Loi type et des informations utiles pour son interprétation ; il ne vise pas à créer de droits quant au fond.

JURISPRUDENCE RELATIVE AU PRÉAMBULE

2. Les textes législatifs fondés sur la LTI n'ont pas tous adopté le préambule, mais lorsque tel est le cas, les tribunaux considèrent généralement que ses dispositions fournissent des orientations sur les principes qui sous-tendent la LTI et qui constituent la base des articles de fond². L'un de ces principes est le caractère accessoire de la procédure de reconnaissance³, qui ressort clairement de l'objectif de la LTI consistant à offrir l'assistance la plus large possible au tribunal étranger qui mène la procédure principale. Ainsi, un tribunal de cet État qui est chargé d'examiner une demande de reconnaissance agit comme un auxiliaire ou un bras du tribunal des faillites étranger où se déroule la procédure principale⁴. Certains tribunaux ont spécifiquement estimé que le fait de reconnaître la procédure étrangère en question appuierait les objectifs de la LTI tels qu'énumérés dans le préambule⁵.

3. Il a également été dit que lorsqu'une loi comportait un objectif expressément déclaré, elle devait être interprétée conformément à cet objectif, même si un autre principe d'interprétation législative semblait indiquer une direction différente⁶. Il a été estimé qu'il ne fallait pas interpréter l'objectif général de la coopération entre tribunaux comme limitant la capacité d'un tribunal local d'engager une procédure, comme exigeant l'acceptation unilatérale d'un jugement rendu par un tribunal étranger ou l'exclusivité du jugement rendu par un tribunal, mais plutôt comme encourageant la sécurité juridique, l'équité, l'efficacité et la facilité⁷. Ces qualités sont soulignées par l'article 22, que les tribunaux ont interprété comme donnant effet au préambule en prévoyant des procédures équitables, efficaces et coopératives destinées à optimiser la valeur des biens du débiteur aux fins de la répartition⁸.

4. Une mesure qui a été jugée incompatible avec les objectifs de la LTI, tels qu'énoncés dans le préambule, était

l'abandon d'une procédure locale après la reconnaissance d'une procédure principale étrangère⁹. Les tribunaux ont également indiqué que la pluralité d'interprétations concernant le moment par rapport auquel le centre des intérêts principaux doit être déterminé ne servait pas les objectifs du préambule¹⁰. Il a été estimé que ces objectifs seraient également contrariés si, par exemple, le terme « procédure étrangère » était interprété de manière à écarter l'assistance à un moment où la coopération, la sécurité juridique, l'équité, la protection de la valeur des actifs et les mesures financières étaient justement les plus nécessaires¹¹. Selon le tribunal, adopter cette approche irait à l'encontre des objectifs de la LTI¹².

5. Un tribunal a également estimé que le préambule pouvait être pertinent pour interpréter la LTI à la lumière de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

(1969) (la Convention de Vienne)¹³, même s'il y avait peu de chance que la LTI puisse être décrite comme un traité. Il a indiqué que l'approche en matière d'interprétation des traités pouvait être utile aux fins de l'interprétation de la LTI, compte tenu de l'élément international et du rôle potentiel du préambule de la Loi type, et parce que l'exigence prévue par la Convention de Vienne de prendre en compte les développements ultérieurs pouvait être pertinente en relation avec le Guide pour l'incorporation et l'interprétation¹⁴.

6. Il a été souligné que la LTI ne tentait pas d'unifier la législation sur l'insolvabilité des différents États. Elle ne traite pas de questions telles que le choix de la loi applicable, le conflit de lois, la saisie exécutoire, la compensation, la récupération de fonds ou autres droits de propriété, laissant aux tribunaux le soin de prendre ces décisions¹⁵.

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 54 à 56].

² Par exemple, Code des faillites des États-Unis [titre 11 de l'U.S.C. sect. 1501 (a) (1) -(5)] (qui transpose le préambule de la LTI) – l'inclusion de l'objectif déclaré de la législation est unique au chapitre 15 du Code ; voir *SPhinX, Ltd.*, 351 B.R. 103, 112 (Bankr. S.D.N.Y. 2006), confirmé, 371 B.R. 10 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768.

³ Le Code des faillites des États-Unis (titre 11 de l'U.S.C., sect. 1504), qui transpose l'article 4 de la LTI, indique clairement qu'une demande de reconnaissance formée en vertu de ce chapitre du Code est accessoire à la procédure étrangère en cours dans un autre pays.

⁴ *États-Unis : ABC Learning Centres Limited* 728 F.3d 301, 306 (3^e circuit 2013), CLOUT 1338 ; *Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Ins. Ltd)* 601 F.3d 319, 329 (5^e circuit 2010), CLOUT 1006.

⁵ *États-Unis : Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Ins. Ltd)* 601 F.3d 319, 324 (5^e circuit 2010), CLOUT 1006 – la cour a jugé que l'objectif déclaré (tel que reflété dans le préambule) et la structure du chapitre 15 traduisaient son origine internationale et laissaient entendre que l'article 21-1 g) n'excluait pas les actions en annulation en vertu de la législation étrangère ; *Octaviar Administration Pty Ltd.*, 511 B.R. 361, 374-375 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), CLOUT 1483 ; *Daebo Int'l Shipping Co., Ltd.*, 543 B.R. 47, 54 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1626 – le tribunal a jugé qu'il était compatible avec l'objectif du chapitre 15, en vertu de l'alinéa a du préambule, de coopérer avec des tribunaux étrangers et de donner effet à la législation de la République de Corée et à l'arrêt des poursuites.

⁶ *États-Unis : RHTC Liquidating Co.* 424 B.R. 714, 724 (Bankr. W.D.Pa. 2010) – le tribunal a refusé d'abandonner une procédure plénière engagée par certains créanciers, malgré la reconnaissance accordée aux représentants étrangers, après avoir effectué une analyse détaillée de l'affaire en se référant au préambule.

⁷ *Australie : Bank of Western Australia c. Henderson* (n° 3) [2011] FMCA 840 [14], CLOUT 1216 ; *Tucker, dans l'affaire Aero Inventory (UK) Limited* (n° 2) [2009] FCA 1481, CLOUT 922 ; voir le paragraphe 6 de la partie ci-dessous consacrée à l'article 2a), et le paragraphe 2 de la partie ci-dessous consacrée à l'article 22.

⁸ *États-Unis : SPhinX, Ltd.*, 351 B.R. 103, 113 (Bankr. S.D.N.Y. 2006), confirmé en appel, 371 B.R. 10 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768. *Australie : Akers c. Saad Investments* [2013] FCA 738 [38], CLOUT 1332, confirmé en appel, [2014] FCAFC 57.

⁹ *États-Unis : RHTC Liquidating Co.* 424 B.R. 714, 724 à 729 (Bankr. W.D.Pa. 2010) – alors qu'une procédure engagée au Canada avait été reconnue comme procédure principale étrangère, une demande d'abandon de la procédure locale aux États-Unis a été refusée au motif que cet abandon n'était pas le meilleur moyen de servir les objectifs déclarés de la législation internationale (qui s'inspire du préambule de la LTI).

¹⁰ *Australie : Kapila, Re Edelsten* [2014] FCA 1112 [par. 38], CLOUT 1475. *Japon : Think3, affaire n° (ra) 1757 de 2012* (appel), Haute Cour de Tokyo, ch. 3, 2 (1), CLOUT 1335 ; voir le passage consacré au moment pertinent conformément à l'article 17-2.

¹¹ *États-Unis : Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A.* 385 B.R. 525, 534 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925 – il s'agissait de répondre à un créancier qui faisait valoir qu'étant donné que le plan de redressement avait été homologué, la procédure ne correspondait plus à la définition de « procédure étrangère ».

¹² *Ibid.*, 536.

¹³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232.

¹⁴ *Angleterre : dans l'affaire Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd (en liq.)* [2019] EWHC 1215 (Ch) [par. 45 à 47], CLOUT 1819. En ce qui concerne la pertinence de la Convention de Vienne pour l'interprétation et l'application de la LTI, voir également le passage ci-dessous consacré à la jurisprudence relative à l'article 8.

¹⁵ *États-Unis : Sivec SRL*, 476 B.R. 310, 323 (Bankr. E.D. Okla. 2012), CLOUT 1312.

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. Champ d'application

1. La présente loi s'applique :
 - a) Lorsqu'une assistance est demandée dans le présent État par un tribunal étranger ou un représentant étranger en ce qui concerne une procédure étrangère ; ou
 - b) Lorsqu'une assistance est demandée dans un État étranger en ce qui concerne une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] ; ou
 - c) Lorsqu'une procédure étrangère et une procédure concernant le même débiteur, ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité], ont lieu concurremment ; ou
 - d) Lorsqu'il est de l'intérêt des créanciers ou des autres parties intéressées dans un État étranger de demander l'ouverture d'une procédure ou de participer à ladite procédure en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité].
2. La présente Loi ne s'applique pas à une procédure concernant [désigner tous types d'entités, telles que les banques ou compagnies d'assurance, qui sont soumises à un régime spécial en matière d'insolvabilité dans le présent État et que le présent État souhaite exclure du champ d'application de la présente Loi].

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article premier sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)] [par. 141 à 150]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (Annuaire, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/422 [par. 24 à 33] ; A/CN.9/433 [par. 29 à 32] ; A/CN.9/435 [par. 102 à 106, 179] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 39 à 42] ; A/CN.9/442 [par. 57 à 66] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/742 [par. 24] ; A/CN.9/763, [par. 22] ; A/CN.9/766 [par. 26].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 61].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 53 à 61]¹ explique que le paragraphe 1 de l'article premier

décrit les types de situations pouvant survenir dans les affaires d'insolvabilité internationale pour lesquelles la LTI prévoit des solutions. Le terme « assistance » vise à couvrir diverses situations traitées dans la Loi type, dans lesquelles un tribunal ou un représentant de l'insolvabilité d'un État adresse à un tribunal ou à un représentant de l'insolvabilité d'un autre État une demande d'assistance dans le cadre de la Loi type. La LTI définit certains types d'assistance disponibles (par exemple articles 19, 21 et 27). Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 55 à 60] examine la raison d'être du paragraphe 2 de l'article premier, qui encourage l'État adoptant à indiquer expressément les types d'entités qu'il souhaite exclure du champ d'application de la Loi type. Dans de nombreux États, l'insolvabilité des types d'entités visées est généralement administrée dans le cadre d'un régime réglementaire spécial, en raison de la nécessité de protéger les intérêts vitaux d'un grand nombre de particuliers ou de prendre des mesures particulièrement rapides et prudentes. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 61]² traite également de l'application de la LTI aux personnes physiques.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE PREMIER

2. Plusieurs affaires jugées laissent entendre que la LTI ne s'applique pas tant qu'une assistance n'a pas été activement recherchée ou qu'un représentant étranger n'a pas demandé la reconnaissance d'une procédure étrangère³. Les tribunaux ont indiqué que, jusqu'à ce moment-là, une action pouvait

être intentée localement pour protéger les intérêts d'une partie⁴, car rien dans la LTI n'interdisait, expressément ou implicitement, au tribunal de traiter les actifs d'un débiteur étranger situés dans le ressort du tribunal requis tant que l'application de la LTI n'avait pas été déclenchée.

ARTICLE PREMIER, PARAGRAPHE 1

3. Les affaires qui sont mentionnées ne traitent pas de questions d'interprétation du paragraphe 1.

ARTICLE PREMIER, PARAGRAPHE 2

4. La législation incorporant la Loi type prévoit diverses exclusions à l'application de la LTI, qui concernent notamment des entités soumises à un régime particulier telles que les institutions bancaires, de crédit et d'assurance⁵ ; les institutions financières et d'investissement ; les membres des bourses de marchandises ; les chambres de compensation ; certains prestataires de services financiers agréés ; les consommateurs⁶ ; et les sociétés de courtage en valeurs mobilières ou en produits de base.

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 57 à 66].

² Guide pour l'incorporation [par. 66].

³ *Australie* : Chow Cho Poon (Private Limited) [2011] NSWSC 300 [64], CLOUT 1218 ; *États-Unis* : Trikona Advisers, Ltd. c. Chugh, 846 F.3d 22 (2^e circuit 2017) – la cour d'appel a déclaré que la LTI n'était pas d'application générale et que l'action en instance, qui ne relevait pas de la faillite, n'était liée à aucune procédure de faillite étrangère ou américaine. Même en supposant, en théorie, que la procédure de liquidation fasse partie des affaires que le chapitre 15 couvrirait normalement, cela ne s'appliquait pas dans le cas d'espèce puisque le tribunal aux États-Unis se contentait de donner un effet définitif aux conclusions factuelles d'une procédure de liquidation étrangère autrement sans rapport.

⁴ *Australie* : Winter c. Winter and Ors [2010] FamCA 933 [par. 208, 210 et 211] ; Bank of Western Australia c. Henderson (n° 3) [2011] FMCA 840 [par. 15], CLOUT 1216 – le tribunal requis a noté que puisqu'aucune assistance n'était demandée par le représentant étranger, le tribunal étranger ou les créanciers étrangers et qu'aucune assistance du tribunal étranger n'était demandée, l'affaire relevait uniquement de la LTI en raison de l'existence de procédures concurrentes. *États-Unis* : États-Unis c. J.A. Jones Constr. Group, LLC 333 B.R. 637, 638 (E.D.N.Y. 2005), CLOUT 763 ; voir également Paul Andrus c. Digital Fairway Corp., action civile n° 3 : 08-CV-119-O (N.D. Tex. 26 juin 2009).

⁵ Le chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (titre 11 de l'U.S.C.) permet aux banques et aux compagnies d'assurance étrangères de demander la reconnaissance et des mesures, même si elles ne seraient pas autorisées à engager une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi américaine sur l'insolvabilité – par exemple, Tri-Continental Exchange, Ltd., 349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766 ; British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 ; Irish Bank Resolution Corporation Limited, 538 B.R. 692, 697 (D. Del 2015), CLOUT 1628 – Le Code des faillites des États-Unis, section 1501 (c) (1), exclut une banque étrangère qui a une succursale ou une agence aux États-Unis. Le tribunal a conclu que la société n'avait plus de succursales lors du dépôt de la demande de reconnaissance, qui constituait le moment pertinent à prendre en considération (suivant en cela Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re* Fairfield Sentry Ltd.), 714 F.3d 127, 133 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339).

⁶ Le chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (titre 11 de l'U.S.C.) exclut les consommateurs ordinaires qui sont soit citoyens soit résidents permanents des États-Unis – voir Steadman, 410 B.R. 397, 403 (Bankr. D.N.J. 2009), CLOUT 1213, où la reconnaissance a été refusée aux États-Unis à l'administrateur judiciaire situé au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord d'un débiteur britannique qui avait épousé une Américaine et détenait une carte de résident étranger des États-Unis avec résidence permanente conditionnelle.

Article 2. Définitions

Aux fins de la présente Loi :

- 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.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 2 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 152 à 158]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session [*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III].
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/419 [par. 95 à 117] ; A/CN.9/422 [par. 34 à 65] ; A/CN.9/433 [par. 33 à 41, 147] ; A/CN.9/435 [par. 108 à 113] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 43 à 45] ; A/CN.9/442 [par. 67 à 75] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/738 [par. 17 à 19] ; A/CN.9/742 [par. 25 à 36, 58] ; A/CN.9/763 [par. 23 à 25] ; A/CN.9/766 [par. 27 et 28].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 90].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 62 à 90]¹ et le Point de vue du juge contiennent de nombreuses explications sur les différentes définitions de

l'article 2. Pour faciliter la consultation, il est donné ci-après un bref aperçu pour chaque alinéa de l'article, avec des renvois aux paragraphes pertinents de ces textes explicatifs.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 2

ARTICLE 2, ALINÉA a : PROCÉDURE ÉTRANGÈRE

- 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 ;
- 2. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 62 à 80]² explique que, pour qu'une procédure étrangère puisse être reconnue en vertu de la LTI, elle doit satisfaire à tous les critères de la définition donnée à l'alinéa a, à savoir : qu'il s'agit d'une procédure judiciaire ou administrative régie par une loi relative à l'insolvabilité de l'État adoptant ; que les créanciers agissent collectivement ; que les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal ou d'un autre organisme officiel ; et que la procédure vise le redressement ou la liquidation des affaires du débiteur. L'alinéa a est également évoqué dans le Point de vue du juge [par. 32, 59 à 61 et 70 à 92].
- 3. Les tribunaux ont confirmé que les éléments mentionnés dans cet alinéa étaient cumulatifs et devaient être considérés comme un tout, conclusion qui est examinée plus

en détail ci-après³. L'analyse à effectuer est de nature factuelle et il convient, compte tenu de l'article 8, d'interpréter et d'appliquer les éléments à la lumière de leur origine internationale⁴.

Procédure collective judiciaire ou administrative

Procédure judiciaire ou administrative

4. La première condition est que la procédure étrangère soit de nature judiciaire ou administrative. Plusieurs tribunaux ont examiné cette exigence et jugé qu'une seule de ces caractéristiques était requise, même si certaines procédures comportaient des éléments tant judiciaires qu'administratifs⁵. Quant à savoir ce qui constitue une « procédure », rares sont les tribunaux qui ont examiné cette question dans le contexte de l'insolvabilité. L'un d'eux a estimé que dans le contexte de l'insolvabilité visant des sociétés, la caractéristique d'une « procédure » était « un cadre légal qui limite les actions de la société et réglemente la répartition finale de ses actifs »⁶.

Procédure collective

5. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 69 à 72] et le Point de vue du juge [par. 71 à 78] examinent ce qu'il faut entendre par la notion de procédure d'insolvabilité « collective ». Il indique que celle-ci se fonde sur le fait qu'il est souhaitable de parvenir à une solution coordonnée et globale pour l'ensemble des parties prenantes à une procédure d'insolvabilité. La LTI n'est pas censée être un simple mécanisme de recouvrement au bénéfice d'un créancier ou d'un groupe de créanciers particulier qui aurait engagé une procédure de recouvrement dans un autre État⁷, ni constituer un moyen de rassembler des biens dans le cadre d'une procédure de liquidation ou de sauvegarde qui ne prévoit pas aussi de traiter les demandes des créanciers. La Loi type peut être un instrument approprié pour certains types de mesures à finalité réglementaire, comme la mise sous administration judiciaire pour des entités régies par les pouvoirs publics telles que les compagnies d'assurance ou les sociétés de courtage, pour autant que la procédure soit collective au sens de la Loi type. Dans ce cas, celle-ci doit également satisfaire aux autres éléments de la définition, notamment viser la liquidation ou le redressement.

6. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 70] indique également que, pour déterminer si une procédure est collective au sens de la Loi type, il faut se demander si pour l'essentiel tous les actifs et passifs du débiteur sont traités dans le cadre de la procédure, sous réserve des rangs de priorité et des exceptions que prévoit la législation interne pour ce qui est des droits des créanciers garantis⁸. Une procédure ne devrait toutefois pas être considérée comme non collective au seul motif qu'elle ne touche pas les droits d'une catégorie particulière de créanciers. Un exemple serait une procédure d'insolvabilité excluant les biens grevés de la masse de l'insolvabilité, dont l'ouverture n'aurait aucune incidence sur ces biens et permettrait aux créanciers garantis de faire valoir leurs droits en dehors de la loi sur l'insolvabilité.

7. Les tribunaux ont jugé que les procédures « collectives » présentaient diverses caractéristiques, notamment :

a) Imposition d'un régime ordonné⁹ qui affecte les droits et obligations de tous les créanciers¹⁰ et tous les biens du débiteur¹¹. Une procédure « affecte » tous les créanciers si elle réalise les actifs au bénéfice général de tous les créanciers¹². Les droits et obligations de tous les créanciers doivent être pris en compte¹³, et pas seulement ceux du créancier ayant déposé la demande¹⁴ ;

b) Il n'est pas nécessaire que tous les créanciers reçoivent une partie du produit de la répartition – en abordant la question de la répartition potentielle en faveur d'autres créanciers, le représentant étranger pourrait reconnaître son devoir envers l'ensemble des créanciers en général¹⁵. En cas de répartition des actifs, celle-ci doit se faire conformément aux priorités établies par la loi¹⁶. Le fait que les actifs d'un débiteur puissent être entièrement nantis et qu'il ne reste rien à répartir entre les créanciers n'affecterait pas la nature collective de la procédure¹⁷ ;

c) Les parties intéressées ne devraient pas être en mesure d'améliorer individuellement leur situation en exploitant une circonstance fortuite susceptible de leur conférer un avantage injuste¹⁸ ;

d) La participation des créanciers doit être une réalité¹⁹ ; cette exigence peut être satisfaite lorsque, même si la loi applicable ne prévoit pas cette participation, il peut être démontré que, dans la pratique, les créanciers chirographaires ont eu voix au chapitre et ont pu s'opposer à tout plan présenté à l'autorité administrative en vue d'une approbation ou d'une homologation²⁰ ;

e) Les créanciers doivent également avoir la possibilité d'interjeter appel²¹ ;

f) Les créanciers, y compris les créanciers chirographaires, doivent être dûment notifiés en vertu de la législation étrangère applicable²².

Mise sous administration judiciaire

8. Dans plusieurs cas, la question s'est posée de savoir si une procédure de mise sous administration judiciaire pouvait être considérée comme une procédure collective. Les tribunaux ont estimé qu'il était nécessaire d'examiner les conditions de la procédure en question ; le fait que certaines puissent être considérées comme des procédures d'insolvabilité ne signifiait pas que toutes les procédures de mise sous administration judiciaire constitueraient des procédures collectives au sens de la LTI²³. Dans plusieurs cas, il a été jugé qu'une mise sous administration judiciaire étrangère n'était pas une procédure d'insolvabilité ni une procédure collective dans la mesure où l'administrateur judiciaire n'était pas tenu de prendre en considération les droits et obligations de tous les créanciers (et n'était donc pas « collective »), et qu'elle visait principalement à permettre à une partie en particulier de recouvrer ses créances²⁴, ou qu'elle suivait une intervention réglementaire visant à « empêcher la poursuite d'une opération frauduleuse de grande envergure » afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit causé aux

investisseurs, et qu'elle n'incluait pas le pouvoir de liquider et de répartir les actifs pour désintéresser les créanciers²⁵. Dans une autre affaire concernant l'un des mêmes débiteurs, le tribunal a estimé que la mise sous administration judiciaire était collective, car elle avait été engagée à la demande du régulateur, au profit de l'ensemble des investisseurs-victimes et des créanciers des entités débitrices²⁶.

9. Un tribunal a reconnu une procédure de mise sous administration judiciaire étrangère en tant que procédure étrangère en se fondant, en vertu de l'article 16-1, sur la déclaration du tribunal étranger selon laquelle l'administrateur judiciaire était le représentant étranger d'une procédure étrangère et était spécifiquement autorisé à demander la reconnaissance dans l'État requis²⁷.

Régie par une loi relative à l'insolvabilité²⁸

10. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 73] explique que la Loi type exige que la procédure étrangère soit « régie par une loi relative à l'insolvabilité » pour tenir compte du fait que la liquidation et le redressement pourraient se faire en application de textes ne portant pas le nom de loi sur l'insolvabilité mais traitant cependant de l'insolvabilité ou de graves problèmes financiers (par exemple, une loi sur les sociétés). Le but était de trouver une dénomination suffisamment large pour englober une série de dispositions concernant l'insolvabilité, quel que soit le type de texte où elles étaient énoncées²⁹, indépendamment du fait que les textes qui les contenaient portaient ou non exclusivement sur l'insolvabilité³⁰. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation explique qu'une simple procédure visant non pas à restructurer les affaires financières d'une entité solvable mais à la dissoudre ne relèverait probablement pas d'une loi relative à l'insolvabilité ou aux graves problèmes financiers au sens de l'alinéa *a* de l'article 2. Un tribunal a adopté ce point de vue³¹. Un autre a indiqué que le fait qu'un tribunal étranger puisse ultérieurement rendre une décision donnant effet à un processus susceptible d'être reconnu comme une procédure d'insolvabilité était sans importance tant qu'il ne l'avait pas fait (voir art. 18). Les règles de la *common law* et les principes d'équité n'étaient pas liés à l'insolvabilité tant qu'ils n'étaient pas invoqués à cette fin³². Le Point de vue du juge [par. 79 à 83] traite également de cette exigence.

11. Un concordat a été considéré comme une procédure régie par une loi relative à l'insolvabilité, car l'insolvabilité a été interprétée dans l'État ayant accordé la reconnaissance comme incluant le cas d'une société dont on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle soit à court de liquidités dans un délai raisonnablement proche par rapport au délai raisonnablement nécessaire pour mener à bien une restructuration³³. Il a été estimé qu'une liquidation ouverte dans le pays d'origine, pour des motifs justes et équitables, à l'encontre d'un débiteur insolvable en raison d'un comportement fautif en matière de réglementation, était régie par une loi relative à l'insolvabilité³⁴; les « motifs justes et équitables » en vertu de la législation pertinente comprenaient notamment l'insolvabilité, ainsi que les infractions aux exigences

réglementaires. Un autre tribunal a également estimé qu'une loi pouvait être considérée comme « relative à l'insolvabilité » si elle traitait de liquidation pour des motifs incluant l'insolvabilité, même si, dans un cas particulier, la liquidation avait été effectuée pour un motif qui n'était apparemment pas lui-même lié à l'insolvabilité de la société (pour des motifs justes et équitables) et sans que l'insolvabilité soit expressément ou implicitement établie³⁵. La pertinence de l'article 31 de la LTI à cet égard a également été notée, le tribunal constatant que cet article supposait qu'une procédure étrangère pouvait être reconnue sans que l'insolvabilité ait été établie et qu'il ne laissait pas entendre qu'une réfutation ultérieure de la présomption réfragable d'insolvabilité priverait d'effet la reconnaissance³⁶. Dans une autre affaire, le tribunal a conclu que le simple fait qu'une ou plusieurs filiales ou sociétés affiliées qui n'étaient pas menacées d'insolvabilité par elles-mêmes puissent être jointes dans la même procédure étrangère que la société holding ou une autre société du groupe exposée à une telle menace ne signifiait pas que la procédure n'avait pas été engagée en vertu d'une loi relative à l'insolvabilité³⁷.

Dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger

12. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 74] note que la LTI ne précise ni le niveau de contrôle ou de surveillance requis pour satisfaire à cet aspect de la définition, ni le moment où doivent commencer cette surveillance ou ce contrôle. Il indique que même si le contrôle ou la surveillance visés à l'alinéa *a* de l'article 2 sont censés avoir un caractère officiel, ils peuvent être potentiels plutôt qu'effectifs. Le Point de vue du juge [par. 84 à 90] traite également de cette exigence.

13. Des tribunaux ont indiqué que le contrôle ou la surveillance pouvaient être exercés non seulement directement par le tribunal, mais aussi indirectement par un représentant de l'insolvabilité si, par exemple, celui-ci était lui-même soumis au contrôle ou à la surveillance du tribunal ou d'un autre organisme réglementaire³⁸. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 74] indique que la simple surveillance du représentant de l'insolvabilité par une autorité délivrant des licences ne suffirait pas.

14. Les tribunaux ont indiqué que l'exigence de contrôle et de surveillance pouvait être satisfaite dans diverses situations dans lesquelles les tribunaux ne dirigeaient pas les opérations courantes du débiteur³⁹, y compris lorsque les liquidateurs s'acquittaient de leurs fonctions en grande partie sans l'intervention des tribunaux; lorsque la loi pertinente conférait au tribunal divers rôles de contrôle et de surveillance en ce qui concerne les procédures de liquidation⁴⁰; lorsque le tribunal intervenait en fin de compte parce que le débiteur était jugé insolvable et que la nature de la procédure devait changer⁴¹; et lorsque le débiteur conservait un certain contrôle sur ses biens, même si c'était sous la surveillance d'un tribunal, comme dans le cas du débiteur

en possession⁴². Les cas de gestion judiciaire par un tribunal pour des motifs réglementaires, par exemple en vertu de règlements d'assurance, et de liquidation judiciaire pour des motifs justes et équitables⁴³, ont été jugés comme répondant à cette exigence de l'article 2⁴⁴. Il a également été estimé que si l'on pouvait conclure que, dans l'ensemble, une procédure était soumise au contrôle et à la surveillance du tribunal, peu importait que le gouvernement de l'État d'origine ait également des pouvoirs en relation avec la procédure⁴⁵. Dans une affaire concernant l'insolvabilité d'une compagnie d'assurance, le tribunal accordant la reconnaissance a conclu que l'organisme chargé de la surveillance du secteur des assurances était compétent pour contrôler ou surveiller les biens et les affaires du débiteur⁴⁶.

15. Les tribunaux ont confirmé que tant les biens que les affaires du débiteur devaient faire l'objet d'un contrôle pour répondre à la définition⁴⁷.

16. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 75] note que les procédures dans le cadre desquelles le tribunal exerce un contrôle ou une surveillance à un stade avancé du processus d'insolvabilité ou dans le cadre desquelles il a exercé un contrôle ou une surveillance mais n'est plus tenu de le faire au moment de la demande de reconnaissance ne devraient pas être exclues. Il peut s'agir de cas où un plan de redressement a été approuvé et où le tribunal n'a plus aucun rôle à jouer dans la mise en œuvre de ce plan, mais où la procédure reste néanmoins ouverte ou pendante et où le tribunal reste compétent (par exemple, pour régler tout différend ayant trait à l'interprétation du plan ou pour surveiller la performance du débiteur par rapport à ce plan) jusqu'à ce que la mise en œuvre soit achevée⁴⁸.

Aux fins de redressement ou de liquidation

17. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 77] indique que certains types de procédures qui satisfont à certains éléments de la définition d'une procédure étrangère ne peuvent néanmoins pas prétendre à la reconnaissance parce qu'elles n'ont pas pour finalité déclarée le redressement ou la liquidation. Elles peuvent prendre diverses formes, comme l'indique le Guide, y compris des procédures visant à empêcher la dispersion et le gaspillage, ou à éviter un préjudice aux investisseurs, plutôt qu'à liquider ou à restructurer la masse de l'insolvabilité ; ou il peut s'agir de procédures dans lesquelles les pouvoirs conférés et les devoirs imposés au représentant étranger sont plus restreints que ceux que l'on associe généralement à la liquidation ou au redressement, ou se limitent à la simple préservation des biens. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 78] indique certains types de procédures ne pouvant pas prétendre à la reconnaissance. Le Point de vue du juge [par. 91 et 92] traite également de cette exigence prévue à l'alinéa *a*.

18. Des tribunaux ont confirmé que les procédures visant à empêcher la dispersion et le gaspillage, ou à éviter un préjudice aux investisseurs, plutôt qu'à liquider ou à restructurer la masse de l'insolvabilité⁴⁹, les procédures dans lesquelles

le représentant étranger n'a pas le pouvoir de liquider et de répartir les actifs pour désintéresser les créanciers⁵⁰ et celles visant à permettre à une certaine partie de recouvrer ses créances⁵¹, ne satisfaisaient pas à cette exigence de l'article 2.

19. Pour examiner cette exigence, il a été estimé qu'il pourrait être approprié pour le tribunal de tenir compte des circonstances survenues après le dépôt de la demande de reconnaissance, comme l'envisage l'alinéa *a* de l'article 18. Si, par exemple, le tribunal étranger rend de nouvelles ordonnances après ce dépôt et que la procédure étrangère devienne alors une procédure aux fins de redressement ou de liquidation, ce fait doit être pris en compte par le tribunal qui examine la demande de reconnaissance⁵².

20. Dans une affaire où la reconnaissance de procédures liées à l'insolvabilité d'une succursale était demandée, il a été estimé que ces procédures ne pouvaient pas être considérées comme visant la liquidation ou le redressement du débiteur dans son ensemble, car l'insolvabilité de cette succursale n'avait pas d'incidences globales entraînant le redressement général du débiteur. En rejetant cet argument, le tribunal a déclaré que l'article 21-3 reconnaissait que la portée d'une procédure non principale pouvait ne pas être globale, et que la portée de la procédure étrangère devait être prise en compte pour déterminer les mesures appropriées⁵³.

ARTICLE 2, ALINÉA *b* : PROCÉDURE ÉTRANGÈRE PRINCIPALE

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 ;

21. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 81 à 84]⁵⁴ examine l'origine du terme et la référence au centre des intérêts principaux. Il note la pertinence de ce centre pour le Règlement CE et inclut des éléments du rapport Virgos-Schmit en relation avec son interprétation⁵⁵. Le sens de ce terme est examiné en détail ci-dessous dans le contexte des articles 16-3 et 17. Il est également examiné dans le Point de vue du juge [par. 62 et 67 à 69].

22. Les affaires qui ont examiné la définition de la notion de « procédure principale étrangère » se sont également penchées sur le sens des mots « qui a lieu dans l'État ». Un tribunal a indiqué que cette formule faisait référence au lieu de l'affaire étrangère (*situs*), et non au stade de la procédure (*status*)⁵⁶.

ARTICLE 2, ALINÉAS *c* ET *f* : PROCÉDURE ÉTRANGÈRE NON PRINCIPALE⁵⁷ ET ÉTABLISSEMENT

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 ;

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.

23. Dans une première décision rendue en vertu de la législation incorporant la LTI⁵⁸, le tribunal a reconnu une procédure étrangère en tant que procédure non principale car, bien que le débiteur n'ait pas d'établissement dans le pays d'origine, aucune autre procédure n'était en cours et son entreprise devait être liquidée. Le tribunal a noté que cette ligne de conduite ne semblait entraîner aucune conséquence négative et qu'il n'y avait aucune objection à ce qu'il l'adopte⁵⁹. Des décisions ultérieures ont renvoyé à cette affaire et souligné l'obligation, en vertu de l'article 17, paragraphe 2, de décider, lors de la reconnaissance d'une procédure étrangère, s'il s'agit d'une procédure principale *ou* non principale (italiques ajoutées)⁶⁰ ; s'il ne s'agit pas d'une procédure principale ou non principale, la reconnaissance doit être refusée⁶¹. Sur cette base, une procédure qui ne peut être considérée comme une procédure principale ne constituerait pas automatiquement une procédure non principale ; pour être reconnue en tant que telle, elle devrait répondre aux exigences de la définition donnée aux alinéas *c* et *f*.

24. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [art. 2, alinéa *c* (par. 85), et art. 2, alinéa *f* (par. 88 à 90)]⁶² explique l'origine de la notion d'« établissement » mentionnée à l'alinéa *h* de l'article 2 de la Convention européenne, texte ayant précédé le Règlement CE. Dans la Refonte du Règlement CE, on a revu ce concept pour l'assortir d'un délai⁶³. Il est également examiné dans le Point de vue du juge [alinéa *c* (par. 64) et alinéa *f* (par. 136 à 143)].

25. D'après le Règlement CE, la question de savoir si le débiteur a ou non un établissement dans un État particulier doit être déterminée, selon la Cour de justice européenne, de la même manière que le lieu où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur, c'est-à-dire sur la base de facteurs objectifs qui peuvent être vérifiés par des tiers⁶⁴. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 90] note qu'en vertu de la LTI, l'analyse qu'effectue le tribunal concernant l'existence d'un établissement du débiteur revêt un caractère purement factuel et dépend donc des preuves spécifiques apportées ; contrairement au cas de la « procédure étrangère principale », aucune présomption ne vient appuyer cette analyse. Dans une affaire jugée en vertu de la LTI, le tribunal a souligné que la définition du terme « établissement » devait être lue dans son ensemble, et non décomposée en éléments distincts, car les éléments étaient interdépendants⁶⁵.

Interprétation des mots et des expressions

« Lieu d'opérations » et « activité économique »

26. Le rapport Virgos-Schmit sur la Convention européenne [par. 7.1] fournit quelques précisions sur les termes « lieu d'opérations » et « activité économique »⁶⁶ :

On entend par lieu d'opérations un lieu à partir duquel une activité économique est exercée sur le marché (c'est-à-dire à l'extérieur), que cette activité soit commerciale, industrielle ou professionnelle.

Le fait que cette activité doive être exercée avec des moyens humains montre qu'un certain degré d'organisation est nécessaire. Un lieu d'opérations purement occasionnel ne peut pas être considéré comme un « établissement ». Une certaine stabilité est requise. La formule négative (« non transitoire ») vise à éviter de fixer un délai minimum. Le facteur décisif est l'apparence de l'activité à l'extérieur, et non l'intention du débiteur.

27. La manière dont les tribunaux ont interprété⁶⁷ ces paragraphes du rapport Virgos-Schmit laisse entendre que les deux éléments suivants sont nécessaires pour répondre à la définition de l'établissement ou démontrer l'existence d'un établissement :

a) Une activité extérieure à l'entreprise elle-même, et qui est apparente au monde extérieur ; les activités internes qui ne sont pas exercées sur le marché sont insuffisantes ;

b) Un endroit qui équivaut à un *lieu* (italiques dans l'original) d'opérations ou qui montre l'existence d'un établissement ; les opérations qui ne seraient pas liées à un emplacement quelconque sont insuffisantes. Ainsi, un groupe de « vendeurs itinérants » non liés à un lieu à partir duquel on pouvait dire que ces activités étaient menées, a été jugé insuffisant. Dans une affaire jugée en vertu de la LTI, le tribunal a déclaré que l'on envisageait un établissement fixe⁶⁸.

28. Dans une affaire jugée en vertu du Règlement CE, le tribunal a déclaré que l'« activité économique » n'impliquait pas une activité sur le marché extérieur – la société mère de la filiale locale faisait déjà l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans un autre pays et l'exercice d'activités sur le marché extérieur était incompatible avec la réalité générale des entreprises en liquidation qui, par définition, n'exerçaient pas de telles activités. Toujours selon ce tribunal, cela ne signifiait toutefois pas que les activités ne devaient pas être tournées vers l'extérieur, dans la mesure où il fallait que des tiers puissent constater l'existence d'un établissement sur la base d'éléments objectifs⁶⁹.

29. Dans une affaire tranchée en vertu de la LTI, le tribunal a déclaré que les termes « opérations » et « activité économique » exigeaient que l'on prouve un impact local sur le marché⁷⁰.

« Moyens humains » et « biens »⁷¹

30. La Cour de justice européenne a relevé⁷² que le fait que la définition du Règlement CE associe l'exercice d'une activité économique à la présence de ressources humaines montrait qu'un niveau minimum d'organisation et une certaine stabilité étaient nécessaires. Il s'ensuit à l'inverse que la seule présence de biens pris isolément ou de comptes bancaires

ne peut, en principe, satisfaire aux conditions requises pour que le lieu d'opérations soit considéré comme l'« établissement ». D'autres affaires tranchées en vertu du Règlement CE indiquent que la référence aux « moyens humains » ne se limite pas aux employés du débiteur, mais pourrait inclure des personnes employées par une autre société du groupe⁷³ ou des vacataires⁷⁴, au motif qu'ils constituent tous des instruments humains permettant d'exercer une activité économique⁷⁵. Il a été estimé que le mot « biens » pouvait être interprété plus largement que « biens meubles » et qu'il serait préférable d'utiliser le mot « actifs », de sorte que les terres et les espèces puissent être pris en compte⁷⁶.

« De façon non transitoire »

31. Selon le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 90], une question juridique se pose quant à savoir si l'expression « non transitoire » utilisée dans la LTI renvoie à la durée de l'activité économique en question ou au lieu où elle est exercée. Plusieurs tribunaux ont assimilé le caractère non transitoire de l'activité économique, au sens de la LTI, à l'existence, pour le débiteur qui est une personne morale (voir ci-dessous pour les personnes physiques), d'un établissement local ou d'un « siège de l'activité commerciale locale »⁷⁷, destiné aux transactions avec des tiers et non aux actes d'administration interne⁷⁸.

32. Dans une affaire tranchée en vertu du Règlement CE, le tribunal a déclaré que le concept de « caractère non transitoire » visait à englober des éléments tels que « la fréquence de l'activité, son caractère planifié, accidentel ou incertain, ainsi que la nature et la durée de l'activité elle-même »⁷⁹.

33. Parmi les activités exercées dans un lieu particulier, mais que certains tribunaux ont jugées insuffisantes pour établir l'exercice, par le débiteur, d'une activité de caractère non transitoire à cet endroit, aux fins de la LTI, qu'elles aient été exercées seules ou de manière combinée, figurent⁸⁰ :

- a) La constitution en société et la tenue de comptes ;
- b) Le recours à un conseil et à des comptables ;
- c) L'entretien des biens ;
- d) La conduite d'activités d'audit ;
- e) L'établissement de l'acte constitutif ;
- f) La conduite d'enquêtes par les liquidateurs provisoires pour déterminer si des transactions antérieures pouvaient être annulées et la communication d'informations au tribunal ;
- g) La conduite ou l'existence de procédures d'insolvabilité et autres procédures similaires en cours ;
- h) L'exercice d'activités par les administrateurs judiciaires dans le cadre de leur mandat.

Établissement – personnes physiques

34. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 61]⁸¹ reconnaît les difficultés qu'il y a à déterminer l'établissement d'un débiteur qui est une personne physique. Il laisse entendre qu'un État adoptant souhaitera peut-être

exclure du champ d'application de la LTI les procédures d'insolvabilité visant des personnes physiques résidant sur son territoire dont les dettes ont été contractées essentiellement pour des raisons personnelles ou familiales (plutôt que pour des raisons commerciales), ou visant des non-commerçants⁸². Un tribunal a estimé que ces observations traduisaient le fait que la CNUDCI s'intéressait principalement au commerce, et la nécessité, pour des raisons économiques, de fournir des mécanismes viables permettant de régler des insolvabilités internationales impliquant des entités commerciales qui avaient des actifs ou des passifs dans différents États⁸³.

35. En ce qui concerne les personnes physiques, des tribunaux se sont demandé si l'on devait ou pouvait appliquer le même critère d'établissement que celui qui s'appliquait à une personne morale, ou s'il devait s'agir d'un critère moins strict. Il a été jugé que la simple présence d'actifs dans un lieu donné ne constituait pas à elle seule un lieu d'opérations. Un tribunal a indiqué que, de même que l'établissement principal d'une société pouvait correspondre à la résidence principale ou habituelle d'un débiteur autonome, il était concevable de comparer un établissement avec une résidence secondaire du débiteur, voire avec un lieu d'emploi dans le pays où le représentant étranger faisait valoir que celui-ci avait un établissement⁸⁴.

36. Dans une affaire où le débiteur avait exercé des activités commerciales dans l'État d'origine et pouvait donc être soumis à sa législation sur l'insolvabilité au motif que celles-ci y étaient toujours en cours de liquidation, le tribunal requis a estimé que ce n'était pas une raison pour conclure que le débiteur avait un établissement dans l'État d'origine, c'est-à-dire un lieu d'opérations à partir duquel il aurait exercé de façon non transitoire « une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services », comme l'exigeait le paragraphe 3 de l'article 16⁸⁵.

ARTICLE 2, ALINÉA d : REPRÉSENTANT ÉTRANGER

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 ;

37. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 86] note que l'alinéa d de l'article 2 reconnaît que le représentant étranger peut être une personne autorisée dans le cadre de la procédure étrangère à administrer celle-ci, ce qui, selon le Guide, englobe le fait de demander la reconnaissance, des mesures et une coopération dans un autre pays, ou autorisée à représenter cette procédure. Le Point de vue du juge [par. 32 à 38] traite également de cette exigence. Étant donné que la LTI ne précise pas que le représentant étranger doit être autorisé *par le tribunal étranger* (italiques ajoutés), le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 86] note que la définition est suffisamment large pour inclure

des représentants désignés par un organisme spécial autre que le tribunal⁸⁶. Il indique également [par. 71, 74 et 86]⁸⁷ que la définition engloberait les débiteurs non dessaisis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ainsi que les désignations effectuées à titre provisoire [par. 79 et 80]. L'article 16-1 permet au tribunal de présumer les faits indiqués dans les documents fournis en vertu de l'article 15-1, qui incluent ceux concernant la désignation du représentant étranger (voir art. 15).

38. Des tribunaux ont indiqué que l'accent était mis sur l'octroi d'une autorisation « dans le contexte » ou « au cours » de la procédure, plutôt que sur l'organe fournissant l'autorisation, qui pouvait être le tribunal, la législation ou même une désignation effectuée par le débiteur lui-même⁸⁸, par exemple par le conseil d'administration du débiteur⁸⁹. La conjonction disjonctive figurant à l'alinéa *d*, signifiant que la personne doit être autorisée à administrer *ou* à représenter (italiques ajoutées) a également été notée⁹⁰. Il a également été fait remarquer que, pour autant que le représentant étranger soit désigné et autorisé, l'alinéa *d* de l'article 2 n'exigeait pas qu'il soit libre de tout conflit d'intérêts⁹¹.

39. Si la LTI ne définit pas les termes « personne » ou « organe », les tribunaux ont estimé qu'un représentant étranger pouvait être un cabinet de comptables, si ceux-ci étaient par ailleurs qualifiés, au motif qu'un cabinet pouvait constituer une « personne » comme l'exigeait l'alinéa *d*⁹², et la notion d'« organe » a été interprétée comme signifiant « une personne fictive créée par une autorité judiciaire » (citant le Black's law dictionary)⁹³. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 86] indique que la désignation du représentant étranger chargé d'agir à l'un de ces titres ou aux deux suffit aux fins de la Loi type.

40. Lorsque la première partie de la définition est invoquée, le représentant étranger doit être autorisé à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur au moment de la demande de reconnaissance⁹⁴. Dans une affaire, il a été conclu qu'un administrateur judiciaire n'était pas un « représentant étranger » au sens de la définition, car il n'avait pas été autorisé, au stade de la nomination, à administrer la liquidation ou le redressement de la société débitrice⁹⁵. Lorsqu'un représentant étranger ne dispose pas de ces pouvoirs au moment de la demande de reconnaissance, mais les obtient par la suite, l'article 18 pourrait être pertinent.

ARTICLE 2, ALINÉA *e* : TRIBUNAL ÉTRANGER

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

41. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 87]⁹⁶ note qu'il n'est pas établi de distinction, dans la définition du terme « tribunal étranger », entre une procédure de redressement ou de liquidation soumise au contrôle ou à la surveillance d'un organe judiciaire ou administratif. Cette approche a été adoptée pour que les systèmes juridiques

dans lesquels le contrôle ou la surveillance sont assurés par des autorités non judiciaires n'en relèvent pas moins de la définition de la « procédure étrangère ». Cette définition est également examinée dans le Point de vue du juge [par. 84].

42. Les tribunaux d'un État ont estimé que les entités suivantes répondaient à cette définition :

a) Un organisme administratif habilité à fonctionner comme un tribunal administratif en vertu de certaines lois et à exercer des pouvoirs similaires à ceux d'un tribunal et à superviser l'éventuelle réhabilitation des débiteurs placés sous son autorité, à réglementer les transferts frauduleux et préférentiels et à suspendre l'exécution des contrats, des règlements et des sentences, et dont les décisions étaient susceptibles d'appel devant les tribunaux lorsqu'elles étaient défavorables à une partie⁹⁷ ;

b) Une commission bancaire qui contrôlait et surveillait la liquidation d'entités exerçant des fonctions bancaires ou de courtage en valeurs mobilières, y compris en agissant comme un tribunal de faillite pour le redressement et la liquidation de ces entités, et dont les décisions étaient susceptibles d'appel devant le tribunal⁹⁸.

AUTRES QUESTIONS

Utilisation du terme « débiteur »⁹⁹

43. La LTI ne définit pas le terme « débiteur », car il ne constitue pas un élément du régime de reconnaissance ; elle prévoit uniquement la reconnaissance de la procédure étrangère à la demande du représentant étranger. Néanmoins, dans certaines affaires, le tribunal s'est posé la question de savoir si l'entité faisant l'objet de la procédure étrangère était ou non un débiteur aux fins de la loi à appliquer par le tribunal requis.

44. Dans une affaire, le tribunal a jugé qu'un débiteur admissible en tant que tel en vertu de la législation de l'État d'origine pouvait prétendre à la reconnaissance même s'il n'était pas considéré comme un débiteur en vertu de la législation de l'État requis¹⁰⁰. Dans une autre, le tribunal a déclaré qu'en ce qui concerne la question de savoir si la société concernée était un débiteur, aucune attention particulière n'avait été accordée à cette exigence dans d'autres affaires et le terme n'était pas défini dans la LTI. Il a dit que, pour chacune des décisions relatives à une demande de reconnaissance qu'il avait examinées, le juge concerné semblait s'être contenté de raisonner sur la base de l'idée selon laquelle le concept de « débiteur » visé par la Loi type couvrait, *ipso facto*, une entité faisant l'objet d'une procédure étrangère¹⁰¹.

Groupes d'entreprises¹⁰²

45. La LTI porte sur les procédures multiples visant un débiteur unique. Elle ne concerne pas les procédures multiples touchant différents membres d'un groupe d'entreprises ou le groupe d'entreprises en tant qu'entité unique. Néanmoins, elle a été largement appliquée dans des cas où il y avait plusieurs débiteurs qui pouvaient être membres d'un

groupe d'entreprises et chacune de ces entités individuelles avait le centre de ses intérêts principaux ou un établissement dans l'État d'origine.

46. Dans une affaire concernant une procédure d'administration spéciale étrangère, le tribunal requis a indiqué que si les aspects relatifs au groupe d'entreprises de la loi étrangère régissant cette procédure étaient nouveaux, les demandes de reconnaissance visant neuf entités distinctes ayant chacune le centre de ses intérêts principaux dans l'État étranger ne repoussaient pas les limites de la législation sur l'insolvabilité internationale¹⁰³. Dans une autre affaire concernant un groupe qui comprenait des entités situées dans différents États ayant fonctionné en tant qu'entités intégrées dans une certaine mesure, le tribunal requis a examiné les différents liens existant entre les membres du groupe et les États et

estimé qu'aucun d'eux n'indiquait un lieu d'opérations à partir duquel des activités étaient exercées sur le marché, et qu'il n'existait donc pas d'établissement pour certains membres du groupe dans l'État d'origine¹⁰⁴. Dans une affaire où la partie demandant la reconnaissance traitait différents membres du groupe comme une seule entité, le tribunal requis a estimé qu'il était essentiel de respecter les personnalités juridiques distinctes de ces membres et de traiter chaque entité séparément, à moins qu'il n'existe une raison suffisante de les traiter comme une seule entité (ce qui n'était pas le cas en l'espèce)¹⁰⁵. Dans le cadre d'une procédure étrangère visant une société et des entreprises affiliées placées sous son contrôle, le tribunal requis a estimé qu'aucune disposition de la législation incorporant la LTI dans le droit interne n'empêchait de demander la reconnaissance de cette procédure à l'égard d'un débiteur individuel particulier¹⁰⁶.

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 67 à 75].

² Guide pour l'incorporation [par. 23 à 25 et 67 à 71].

³ *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 23], CLOUT 1003.

⁴ *États-Unis* : Betcorp Limited 400 B.R. 266, 276 (Bankr. D.Nev. 2009), CLOUT 927.

⁵ *Australie* : Raithatha c. Ariel Industries PLC [2012] FCA 1526 [par. 31 à 33] – pour parvenir à la conclusion que la liquidation volontaire engagée par le créancier en Angleterre était une procédure étrangère, le tribunal a examiné les pouvoirs du liquidateur en vertu de la législation pertinente et du tribunal. Il a également jugé que l'exigence d'une procédure judiciaire ou administrative ne pouvait être dissociée de l'exigence supplémentaire selon laquelle la procédure devait être « régie par une loi relative à l'insolvabilité ». *Angleterre* : New Paragon Investments Limited [2012] BCC 371 [par. 7], CLOUT 1272 – le tribunal a jugé que la notion de « procédure étrangère » englobait une procédure extrajudiciaire ou administrative à condition qu'elle soit liée à la liquidation. *États-Unis* : Betcorp Limited 400 B.R. 266, 280 et 281 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 – les aspects administratifs de la procédure (une liquidation volontaire) comprenaient l'envoi d'un avis de liquidation et la demande de preuves des remboursements de dettes effectués aux créanciers. En l'absence d'objection de la part des créanciers, le tribunal a déclaré que la liquidation volontaire dans son ensemble pouvait être considérée comme une procédure purement administrative. Lorsque les actions du liquidateur étaient examinées par le tribunal, le processus devenait judiciaire ; si les fonds étaient insuffisants, la liquidation devrait être convertie en une forme d'administration nécessitant une intervention judiciaire plus poussée ; ABC Learning Centres Limited 728 F.3d 301, 308 (3^e circuit 2013), CLOUT 1338.

⁶ *États-Unis* : Irish Bank Resolution Corporation (IBRC) Limited, 538 B.R. 692, 697 (D. Del 2015), CLOUT 1628 citant Betcorp Limited 400 B.R. 266, 278 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 – le tribunal a conclu que la liquidation ordonnée par l'IBRC était une procédure, que la majorité des tâches entreprises par le liquidateur spécial et le Ministère des finances étaient de nature administrative, que tout créancier pouvait demander à la Haute Cour de rendre une décision concernant toute question survenant dans le cadre de la procédure, et que cette dernière était de nature collective parce qu'elle adoptait le même schéma de répartition que celui que la loi sur les sociétés appliquait à toute autre société ; Manley Toys Limited, 580 B.R. 632, 638 (Bankr. D. N. J. 2018) ; voir également le passage ci-dessous consacré à l'article 20, paragraphe 1.

⁷ Par exemple, *États-Unis* : Betcorp Limited 400 B.R. 266, 281 (Bankr. D.Nev. 2009), CLOUT 927.

⁸ Par exemple, *États-Unis* : British American Isle of Venice, Ltd., 441 B.R. 713, 719 (Bankr. S.D. Fla. 2010) ; British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 – le tribunal a analysé les dispositions pertinentes de la loi étrangère et les éléments présentés par les représentants étrangers en ce qui concerne l'interprétation et l'application de cette loi ; Poymanov, 580 B.R. 55 (Bankr. S.D.N.Y. 2017).

⁹ *Angleterre* : Larsen c. Navios International Inc. [2011] EWHC 878 (Ch) [par. 23 (j)], CLOUT 1273. *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 903 (Bankr. S.D.Fla. 2010).

¹⁰ Dans certains cas, il est fait référence au préambule de la LTI (voir partie ci-dessus), en particulier à l'alinéa c, libellé comme suit : « 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 ». Par exemple : *Australie* : Tucker, dans l'affaire Aero Inventory (UK) Limited (n° 2) [2009] FCA 1481, CLOUT 922 : la procédure d'administration d'une société britannique a été considérée comme une procédure étrangère principale parce qu'elle affectait les créanciers à titre collectif et pas seulement les droits et obligations privés des parties immédiates à l'administration ; *Nouvelle-Zélande* : Downey c. Holland [2015] NZHC 595 [par. 19], CLOUT 1480 – le tribunal a fait référence à « tous les créanciers connus du débiteur » ; *États-Unis* : ABC Learning Centres Limited, 728 F.3d 301, 306 (3^e circuit 2013), CLOUT 1338 ; Manley Toys Limited, 580 B.R. 632, 640 (Bankr. D. N. J. 2018).

¹¹ *Australie* : Katayama c. Japan Airlines Corporation [2010] FCA 794 [par. 24].

¹² *États-Unis* : Betcorp Limited 400 B.R. 266, 281 (Bankr. D.Nev. 2009), CLOUT 927 ; Gold & Honey, Ltd., 410 B.R. 357, 370 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT 1008.

¹³ Ibid., *États-Unis* : Betcorp ; ABC Learning Centres Limited 728 F.3d 301, 309 et 310 (3^e circuit 2013), CLOUT 1338.

¹⁴ *États-Unis* : Gold & Honey, Ltd., 410 B.R. 357, 371 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT 1008.

¹⁵ *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 903 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 – l'affaire concernait principalement des titulaires de polices d'assurance qui étaient prioritaires par rapport aux créanciers chirographaires en vertu de la loi applicable, mais le tribunal a noté que ces derniers étaient pris en compte et avaient le droit d'être entendus dans le cadre de la procédure ; Ashapura Minechem Ltd., 480 B.R. 129, 137 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1313 – le tribunal a déclaré que pour qu'une procédure soit considérée comme étant au bénéfice général de tous les créanciers, celle-ci ne devait pas nécessairement garantir que tous les créanciers reçoivent une partie du produit de la répartition.

¹⁶ *États-Unis* : Gold & Honey, Ltd., 410 B.R. 357, 372 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT 1008.

¹⁷ *États-Unis* : ABC Learning Centres Limited 728 F.3d 301, 308, 310 (3^e circuit 2013), CLOUT 1338 – le tribunal a déclaré qu'il n'y avait pas d'exception à la reconnaissance fondée sur le ratio d'endettement au moment de l'insolvabilité.

¹⁸ *Angleterre* : Larsen c. Navios International Inc. [2011] EWHC 878 (Ch) [par. 23 (j)], CLOUT 1273.

¹⁹ *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA 137 (Civ), CLOUT 1003. *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 902 (Bankr. S.D.Fla. 2010) – la procédure a été jugée « collective », même si la participation des créanciers était limitée et subordonnée aux intérêts des assurés. Pour déterminer si une procédure particulière était collective, la cour a déclaré qu'il convenait d'examiner à la fois la loi qui régissait l'action étrangère et les attributs de ladite procédure. Les dispositions pertinentes de la loi bahamienne relatives à la gestion judiciaire renvoyaient aux intérêts des créanciers autres que les assurés ; British American Isle of Venice, Ltd., 441 B.R. 713, 718 et 719 (Bankr. S.D. Fla. 2010) ; ABC Learning Centres Limited 728 F.3d 301 (3^e circuit 2013), CLOUT 1338.

²⁰ *États-Unis* : Ashapura Minechem Ltd., 480 B.R. 129, 140 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1313.

²¹ *Ibid.*, 141 et 142.

²² *États-Unis* : British American Isle of Venice, Ltd., 441 B.R. 713, 719 (Bankr. S.D. Fla. 2010) ; British American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 903 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 – le tribunal a examiné la question de la notification et conclu que, même si la loi pertinente n'exigeait pas que les créanciers chirographaires soient avisés de la nomination du représentant étranger ou des actions portées devant le tribunal, ils seraient avisés du début de la phase de liquidation et pourraient être entendus.

²³ *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 20], CLOUT 1003 – la cour d'appel a déclaré que ce qui était important, c'étaient les pouvoirs et les devoirs qui avaient été conférés à l'administrateur judiciaire à la suite de sa nomination.

²⁴ *États-Unis* : Gold & Honey, Ltd., 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT 1008. Betcorp Limited 400 B.R. 266, 276 (Bankr. D.Nev. 2009), CLOUT 927 ; ABC Learning Centres Limited 728 F.3d 301, 308 (3^e circuit 2013), CLOUT 1338 – le tribunal a jugé qu'une liquidation, menée en parallèle à une mise sous administration judiciaire qui représentait uniquement les intérêts des créanciers garantis, était une procédure collective, car le liquidateur devait répartir les actifs au prorata entre les créanciers ayant le même rang de priorité, même si la procédure de mise sous administration judiciaire, qui avait le contrôle de la quasi-totalité des actifs du débiteur, ne constituait pas elle-même une procédure collective.

²⁵ *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 25 à 29], CLOUT 1003.

²⁶ *États-Unis* : Stanford International Bank Limited, action civile n° 3 :09-CV-0721-N (N.D. Tex., 30 juillet 2012), p. 17, note de bas de page 20.

²⁷ *États-Unis* : Innua Can., Ltd., affaire n° 09-16362 (Bankr. D.N.J. 15 avril 2009), p. 4.

²⁸ L'équivalent américain de l'alinéa a de l'article 2 [Code des faillites des États-Unis (titre 11 de l'U.S.C. sect. 101 (23))] ajoute les mots « ou l'aménagement d'une dette », ce qui indique clairement que les États-Unis n'exigent pas l'insolvabilité comme condition préalable. Cela rend le chapitre 15 accessible aux débiteurs en proie à des difficultés financières qui peuvent nécessiter un redressement : Millard 501 B.R. 644, 648–650 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) – il n'est pas nécessaire que le débiteur dans une procédure d'insolvabilité étrangère soit insolvable pour bénéficier de la reconnaissance au titre du chapitre 15. Le tribunal a déclaré qu'il serait inapproprié pour lui de remettre en question le jugement du tribunal étranger pour évaluer l'insolvabilité des débiteurs et déterminer s'ils pouvaient prétendre à des mesures en vertu de la législation étrangère.

²⁹ Par exemple, *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 24], CLOUT 1003 – la cour d'appel a fait remarquer que la loi ne devait pas nécessairement être de nature législative ni porter exclusivement sur l'insolvabilité. Elle a estimé qu'il fallait d'abord déterminer la loi en application de laquelle la procédure étrangère était engagée, puis vérifier si cette loi était liée à l'insolvabilité et si les autres conditions visées dans la définition de l'article 2 a) pouvaient être considérées comme remplies « conformément » à cette loi.

³⁰ Par exemple, *États-Unis* : Betcorp Limited 400 B.R. 266, 282 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 – la procédure de liquidation volontaire engagée en vertu de la législation australienne a été jugée comme étant régie par une loi relative à l'insolvabilité, car si l'on considérait la nature de la législation pertinente comme un tout, il s'agissait d'une loi qui réglementait le cycle de vie complet d'une société australienne, y compris son insolvabilité. Le tribunal a déclaré que cet élément de la définition n'exigeait ni l'insolvabilité ni un éventuel aménagement des dettes.

³¹ *Angleterre* : Sturgeon Central Asia Balanced Fund [2019] EWHC 1215, CLOUT 1819 et [2020] EWHC 123. La cour a d'abord accordé, puis annulé la reconnaissance d'une liquidation engagée pour des motifs « justes et équitables » qui visait une société solvable en vertu de la loi sur les sociétés des Bermudes de 1981.

³² *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 25 et 26], CLOUT 1003.

³³ *Canada* : Syncreon Group B.V., 2019 ONSC 5774 [par. 28]. Il s'agit de la première décision rendue au Canada reconnaissant un concordat, tel que régi par la partie 26 de la loi de 2006 sur les sociétés c.46 du Royaume-Uni, en tant que procédure étrangère en vertu de l'article 45 de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies de 1985, qui incorpore la LTI dans le droit canadien.

³⁴ *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 15], CLOUT 1003 – la cour d'appel a noté que l'une des raisons justifiant la décision rendue par le tribunal étranger était un élément important de la preuve que le débiteur était insolvable et ne pouvait pas être redressé au moyen d'une procédure de mise sous administration judiciaire.

³⁵ *Australie* : Chow Cho Poon (Private) Limited [2011] NSWSC 300 [par. 51], CLOUT 1218 ; Raithatha c. Ariel Industries PLC [2012] FCA 1526 [par. 41].

³⁶ *Angleterre* : Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd., (en liq.) [2019] EWHC 1215 (Ch) [par. 54 et 55], CLOUT 1819.

³⁷ *Angleterre* : Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) [par. 73], CLOUT 1798 – le tribunal a poursuivi en disant que c'était en fait l'insolvabilité, réelle ou imminente, d'une société qui avait déclenché la procédure et que la loi en vertu de laquelle la procédure avait été engagée était, par conséquent, en principe une loi relative à l'insolvabilité à cette fin.

³⁸ *États-Unis* : Betcorp Limited 400 B.R. 266, 283 et 284 (Bankr. D.Nev. 2009), CLOUT 927 – la supervision des liquidateurs par le tribunal a été jugée suffisante pour être considérée comme un contrôle ou une surveillance de la procédure par un tribunal étranger, même si le contrôle était indirect.

³⁹ *États-Unis* : Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A. 385 B.R. 525, 531 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925 ; Ashapura Minechem Ltd., 480 B.R. 129, 140 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1313.

⁴⁰ *États-Unis* : Betcorp Limited 400 B.R. 266, 283 et 284 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 – le tribunal a jugé que la procédure de liquidation volontaire en Australie était soumise à la surveillance d'une autorité judiciaire en se fondant sur trois facteurs : a) la possibilité pour les liquidateurs et créanciers dans le contexte d'une liquidation volontaire de soumettre à un tribunal toute question liée à la liquidation ; b) la compétence générale en matière de surveillance des tribunaux australiens ou des organismes réglementaires en ce qui concerne les actions des liquidateurs ; et c) la possibilité pour toute personne « lésée par un acte, une omission ou une décision » d'un liquidateur de former un recours devant un tribunal australien, qui pouvait « confirmer, annuler ou modifier l'acte ou la décision ou remédier à l'omission, selon le cas ».

⁴¹ *Ibid.*, *États-Unis* : Betcorp, 279 – le tribunal a cité l'exemple d'une société qui engage une liquidation volontaire au cours de laquelle elle est jugée insolvable, ce qui oblige le liquidateur à se tourner vers un autre type d'administration qui nécessiterait probablement l'intervention du tribunal.

⁴² Guide pour l'incorporation [par. 24], Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 71] ; *États-Unis* : Ashapura Minechem Ltd., 480 B.R. 129, 138 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1313 – il a été jugé que le fait de laisser le représentant étranger et le conseil d'administration contrôler les affaires et les opérations de la société n'était pas incompatible avec la surveillance par un tribunal étranger ; voir aussi Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A. 385 B.R. 525, 533 et 534 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925 ; OAS S.A. 533 B.R. 83, 96 à 98 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629.

⁴³ *Australie* : Chow Cho Poon (Private) Limited [2011] NSWSC 300 [par. 40], CLOUT 1218.

⁴⁴ *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 905 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 – il a été estimé que la gestion judiciaire imposée par un tribunal des Bahamas en vertu des règlements d'assurance de ce pays constituait une « surveillance » par un tribunal ou un organisme administratif.

⁴⁵ *Angleterre* : Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) [par. 92], CLOUT 1798 – affaire dans laquelle la procédure (« procédure d'administration extraordinaire ») a été engagée en vertu d'une loi adoptée spécifiquement pour traiter l'insolvabilité d'un groupe de sociétés qui constituait l'une des plus grandes entreprises privées de Croatie.

⁴⁶ *États-Unis* : ENNIA Caribe Holdings N.V., 594 B.R. 631, 639 et 640 (Bankr. S.D.N.Y. 2018).

⁴⁷ *États-Unis* : Gold & Honey, Ltd., 410 B.R. 357, 371 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT 1008 ; Ashapura Minechem Ltd., 480 B.R. 129, 143 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1313 – le contrôle des biens et des affaires était attesté par le fait que l'autorité indienne en question pouvait suspendre l'exécution des contrats, des règlements et des sentences et imposer un ensemble de directives sur la conduite qui réglementait les transferts frauduleux et préférentiels ; Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A. 385 B.R. 525, 534 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925 – le tribunal a déclaré que le simple fait qu'une commission ait reçu d'un tribunal espagnol le pouvoir de recouvrer une compensation dans le cadre d'une procédure d'arbitrage en vue de la répartir entre les créanciers démontrait clairement que le tribunal conservait le contrôle tant des biens que des affaires du débiteur.

⁴⁸ *Ibid.*, *États-Unis* : Oversight 535 – le tribunal a déclaré qu'il se pouvait que le niveau de contrôle ou de surveillance du tribunal soit réduit, mais sans cesser complètement.

⁴⁹ *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 25 à 29], CLOUT 1003.

⁵⁰ *Ibid.*, citant le juge de première instance [2009] EWHC 1441 (Ch) [par. 84] – la cour d'appel a déclaré que la question à examiner était celle des pouvoirs conférés et des devoirs imposés à l'administrateur judiciaire par l'ordonnance de mise sous administration judiciaire.

⁵¹ *États-Unis* : Gold & Honey, Ltd., 410 B.R. 357, 370 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT 1008.

⁵² *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 906 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 – au moment où la demande a été déposée, aucune ordonnance de redressement ou de liquidation n'avait été rendue, en attendant le rapport établi par la personne désignée comme administrateur judiciaire. À ce stade, le tribunal a estimé que la procédure n'était pas une procédure étrangère. Après la remise du rapport, le tribunal étranger a ordonné le redressement. Le tribunal accordant la reconnaissance a déclaré que la prise en compte de ces faits supplémentaires était compatible avec la nature du processus de reconnaissance, tel qu'il était envisagé aux articles 18 a) et 17-4, qui permettaient au tribunal d'adapter sa décision en fonction des circonstances survenant après la reconnaissance.

⁵³ *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 908 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 – le tribunal a dit que le chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (titre 11 de l'U.S.C.) envisageait la combinaison d'une procédure principale et d'un nombre quelconque de procédures non principales. Exiger que chacune de ces procédures, principale ou non principale, puisse aboutir au redressement ou à la liquidation globale du débiteur n'était pas compatible avec la structure de la législation.

⁵⁴ Guide pour l'incorporation [par. 72, 75].

⁵⁵ Voir ci-dessus, Introduction, par. 4.

⁵⁶ *États-Unis* : Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A. 385 B.R. 525, 535 à 538 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925 – le tribunal a noté que même si les mots « en cours » (pending) étaient utilisés dans la législation américaine plutôt que les mots « qui a lieu », on pouvait supposer que le sens visé était identique ; une procédure était en cours jusqu'à ce que le tribunal rende une ordonnance l'abandonnant ou la clôturant. Alors que le tribunal étranger avait déjà approuvé le plan de redressement, le tribunal a estimé que la procédure était toujours « en cours » aux fins de la LTI, faisant remarquer que les objectifs de la Loi type « seraient contrariés si la notion de "procédure étrangère" était interprétée d'une manière écartant l'assistance à un moment où la coopération, la sécurité juridique, l'équité, la protection de la valeur des actifs et l'aide financière étaient des plus nécessaires, au seul motif que le débiteur avait obtenu gain de cause pour ce qui est du redressement. »

⁵⁷ On notera que la section 45 (1) de la loi canadienne de 1985 sur les arrangements avec les créanciers des compagnies définit l'« instance secondaire » comme une instance étrangère autre que l'instance étrangère principale.

⁵⁸ *États-Unis* : SphinX, Ltd., 351 B.R. 103 (Bankr. S.D.N.Y. 2006), CLOUT 768 – il n'a pas été fait appel de la décision de considérer la procédure comme une procédure non principale et, bien que la cour d'appel ait conclu que la reconnaissance de la procédure non principale était un choix pragmatique, elle n'a pas examiné les exigences légales relatives à la reconnaissance de telles procédures. L'affaire a été examinée et mentionnée dans Bear Stearns 374 B.R. 122, 126 et 127 (Bankr. S.D.N.Y. 2007), CLOUT 760, confirmé par 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794.

⁵⁹ Voir la partie ci-dessous relative à l'article 17 concernant l'absence d'objection à la reconnaissance.

⁶⁰ Par exemple, *États-Unis* : *Bear Stearns* 374 B.R. 122, 126 et 127 (Bankr. S.D.N.Y. 2007), CLOUT 760, confirmé par 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 : comparer avec *Scheffenacker plc.* affaire n° 07 11482 (14 juin 2007), ordonnance non communiquée, CLOUT 767, dans laquelle le tribunal aux États-Unis a accordé la reconnaissance sans décider si la procédure étrangère était une procédure principale ou non principale parce que celle-ci devait manifestement être considérée comme l'une ou l'autre et que les mesures demandées seraient accordées dans un cas comme dans l'autre. Voir également le passage ci-dessous consacré à l'article 17-2.

⁶¹ *Ibid.*, *États-Unis* : *Bear Stearns*, renvoyant à Daniel M. Glosband, « SPhinX Chapter 15 Opinion Misses the Mark », 25 AM. BANKR. INST. J. 44 (déc./janv. 2006), p. 45 « les procédures étrangères ne peuvent être reconnues que si elles répondent aux critères de la définition soit de la procédure étrangère principale, soit de la procédure étrangère non principale » et p. 85 « Si la procédure étrangère n'est pas en cours dans un pays où le débiteur a le [centre de ses intérêts principaux] ou dans lequel il a un établissement, celle-ci ne peut tout simplement pas être reconnue en vertu du chapitre 15 » – le tribunal dans l'affaire *Bear Stearns* a dit que la reconnaissance devait être qualifiée de principale ou de non principale. Voir également *Nouvelle-Zélande* : *Williams c. Simpson* (n° 5) [2010] NZHC 1786 [2011] NZLR 380 (12 octobre 2010) [par. 26], CLOUT 1220 – si les conditions ne sont pas remplies et que la procédure étrangère n'est ni principale ni non principale, le tribunal n'est pas compétent pour accorder la reconnaissance en vertu de l'article 17.

⁶² Guide pour l'incorporation [par. 73].

⁶³ L'article 2, paragraphe 10, de la refonte du Règlement CE dispose ce qui suit : « «établissement», tout lieu d'opérations où un débiteur exerce ou a exercé au cours de la période de trois mois précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale, de façon non transitoire, une activité économique avec des moyens humains et des actifs. »

⁶⁴ *Règlement CE* : *Interdil, Srl c. Fallimento Interdil, Srl* [2011] EUECJ C-396/09 [2012] Bus LR 1582.

⁶⁵ *Angleterre* : *Videology Limited* [2018] EWHC 2186 (Ch) [par. 79], CLOUT 1823.

⁶⁶ Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 89].

⁶⁷ *Règlement CE* : *Office Metro Limited* [2012] EWHC 1191 (Ch) [par. 16].

⁶⁸ *Angleterre* : *Videology Limited* [2018] EWHC 2186 (Ch) [par. 79], CLOUT 1823.

⁶⁹ *Règlement CE* : *Olympic Airlines SA Pension and Life Assurance Scheme c. Olympic Airlines SA* [2012] EWHC 1413 (Ch) [par. 22 et 23].

⁷⁰ *États-Unis* : *British-American Insurance Co., Ltd.*, 425 B.R. 884, 915 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 – le tribunal a poursuivi en disant que cette preuve devait aller « au-delà de la constitution en société et de la tenue de comptes, voire de la simple possession d'un bien », cité dans *Creative Finance Ltd.*, 543 B.R. 498, 520 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624.

⁷¹ Plusieurs textes ayant incorporé la LTI ont modifié la définition du terme « établissement ». Ainsi, la définition américaine de ce terme n'exige pas expressément que l'activité non transitoire soit exercée « avec des moyens humains et des biens ou des services », car elle omet simplement cette formule : Code des faillites, titre 11 de l'U.S.C., par. 1502 (2) ; pour la Roumanie, l'« établissement » désigne « tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique ou une profession indépendante avec des moyens humains et des biens » : loi n° 637 du 7 décembre 2002 réglementant les relations de droit international privé dans le domaine de l'insolvabilité, art. 3 p) (traduction anglaise non officielle disponible auprès du secrétariat de la CNUDCI) ; l'Ouganda définit l'établissement comme « tout lieu d'opérations où le débiteur exerce une activité économique permanente » : *Insolvency Act*, 2011, sect. 226 (1).

⁷² *Règlement CE* : *Interdil, Srl c. Fallimento Interdil, Srl* [2011] EUECJ C-396/09 [2012] Bus LR 1582 [par. 62].

⁷³ *Règlement CE* : *BenQ Mobile GmbH & Co., Docket n° 1503 IE 4371/06 Munich* (5 février 2007) ; *Office Metro Limited* [2012] EWHC 1191 (Ch) [par. 18].

⁷⁴ *Règlement CE* : *Office Metro Limited* [2012] EWHC 1191 (Ch) [par. 18].

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.* [par. 19].

⁷⁷ *États-Unis* : *Bear Stearns* 374 B.R. 122, 131 (Bankr. S.D.N.Y. 2007), CLOUT 760, confirmé par 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 – le tribunal s'est référé à l'origine de cette définition dans le Règlement CE, qui rejette la présence d'actifs comme base suffisante pour engager une procédure à l'échelle locale ; dans le cas d'espèce, il a été jugé que les fonctions purement administratives d'un fonds spéculatif qui étaient exercées dans l'État dans lequel la procédure avait été engagée étaient insuffisantes pour constituer un établissement ; *British-American Insurance Co., Ltd.*, 425 B.R. 884, 914 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005.

⁷⁸ *Angleterre* : *Videology Limited* [2018] EWHC 2186 (Ch) [par. 79], CLOUT 1823.

⁷⁹ *Règlement CE* : *Office Metro Limited* [2012] EWHC 1191 (Ch) [par. 33].

⁸⁰ *États-Unis* : *Bear Stearns* 389 B.R. 325, 338 et 339 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 ; *Lavie c. Ran* 607 F.3d 1017, 1027 (5^e circuit 2010) et *British-American Insurance Co., Ltd.*, 425 B.R. 884, 915 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 – dans ces affaires, les tribunaux ont déclaré que les procédures de faillite revêtaient intentionnellement un caractère temporaire et transitoire et ne pouvaient être considérées comme une activité industrielle ou professionnelle, et que, même si elles portaient sur des questions économiques, elles ne correspondaient pas à la notion traditionnelle d'exercice d'une activité économique sur le marché ; cité dans *Creative Finance Ltd.*, 543 B.R. 498, 521 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624.

⁸¹ Guide pour l'incorporation [par. 66].

⁸² Voir les exclusions faites en vertu de l'article premier, paragraphe 2, ci-dessus.

⁸³ *Nouvelle-Zélande* : *Williams c. Simpson* (n° 5) [2010] NZHC 1786 [2011] NZLR 380 [par. 61], (12 octobre 2010), CLOUT 1220.

⁸⁴ *Australie* : *Kapila, Re Edelsten* [2014] FCA 1112 [56 et 57], CLOUT 1475 – le tribunal a déclaré que le débiteur était un débiteur transnational insolvable avec de multiples activités contentieuses et entrepreneuriales réparties dans de nombreux pays et qu'il était difficile, en raison de sa conduite nomade, d'identifier sa résidence habituelle, si tant est qu'il en avait une. Le tribunal a jugé que le centre de ses intérêts principaux se situait en Australie, mais que les transactions commerciales qu'il avait récemment menées aux États-Unis étaient suffisantes, à tout le moins, pour constituer un établissement, et la procédure a été reconnue en tant que procédure étrangère non principale. *États-Unis* : *Lavie c. Ran* (*In re Ran*) 607 F.3d 1017, 1027 (5^e circuit 2010) [par. 12] ; *Kemsley* 489 B.R. 346 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), CLOUT 1274 – le tribunal a déclaré que l'emploi du débiteur constituait un arrangement beaucoup trop vague pour satisfaire à l'exigence légale – il n'avait pas de contrat de travail ni d'horaire régulier pour l'utilisation d'un bureau à Londres ; il s'agissait plutôt d'un arrangement informel entre amis

et l'argent reçu se présentait sous la forme d'une avance plutôt que d'une rémunération pour un travail réellement effectué ; voir également Pirogova, 593 B.R. 402 (Bankr. S.D.N.Y. 2018).

⁸⁵ *Nouvelle-Zélande* : Williams c. Simpson (n° 5) [2010] NZHC 1786 [2011] NZLR 380 [par. 65], (12 octobre 2010), CLOUT 1220.

⁸⁶ En rédigeant cette définition, le Groupe de travail a expressément refusé d'exiger que le représentant étranger soit « [expressément] autorisé par la loi ou par ordre d'un tribunal (organe administratif) à agir dans le cadre d'une procédure étrangère ». Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa dix-huitième session, A/CN.9/419, par. 111. Cette définition a été rejetée, car il avait été estimé que « ces expressions n'étaient pas habituelles et [que la définition] risquait, ce qui n'était pas le but recherché, d'être trop restrictive, étant donné que cette liste serait inévitablement incomplète. » Ibid., par. 112. Le Groupe de travail a également refusé d'inclure le terme « expressément » car « il serait inhabituel pour un État de désigner en cas d'insolvabilité un représentant judiciaire expressément désigné pour agir à l'étranger ». Ibid., par. 113.

⁸⁷ Guide pour l'incorporation [par. 24].

⁸⁸ *États-Unis* : Vitro S.A.B. de C.V. 701 F.3d 1031, 1047 (5^e Circuit 2012), CLOUT 1310 – la cour d'appel du 5^e circuit a déclaré que si l'autorisation « dans une procédure étrangère » était compatible avec la désignation par un tribunal étranger, elle n'était guère nécessaire. Elle a ajouté qu'elle était également compatible avec une désignation « dans le contexte », « pendant » ou « au cours » d'une procédure étrangère. Les tribunaux ont examiné ce que le représentant étranger était autorisé à faire en vertu du droit étranger : l'administrateur dans une procédure ouverte au Japon qui prend le contrôle du débiteur concerné et a l'autorité et le pouvoir de donner des instructions au nom du débiteur et d'administrer le redressement de ses actifs : *Australie* : Katayama c. Japan Airlines Corporation [2010] FCA 794 [par. 23] ; un administrateur dans une procédure de sauvegarde engagée en France : *États-Unis* : SNP Boat Service S.A. c. Hotel Le St. James 483 B.R. 776, 779 (S.D. Fla. 2012), CLOUT 1314 ; un « commissaire de surveillance » désigné par le tribunal de supervision dans une procédure engagée en Espagne pour représenter et protéger les intérêts des créanciers et assurer le respect par le débiteur de ses obligations de paiement au titre d'un plan, cette personne ayant également été autorisée par le tribunal à rechercher et à recouvrer certains fonds au profit des créanciers du débiteur et à des fins de répartition en vertu du droit espagnol, et à être le représentant étranger du débiteur et à demander la reconnaissance étrangère de ces procédures : *États-Unis* : Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A. 385 B.R. 525, 540 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925 ; une administration en Angleterre dans le cadre de laquelle les représentants étrangers ont été désignés par le tribunal : *Australie* : Tucker, dans l'affaire Aero Inventory (United Kingdom) Limited c. Aero Inventory (United Kingdom) Limited (n° 2) [2009] FCA 1481 [par. 15 à 19 et 23], CLOUT 922 ; et une demande de protection contre la faillite (*concurso*) déposée au Mexique dans le cadre de laquelle le débiteur est autorisé à nommer son propre représentant étranger : *États-Unis* : Compania Mexicana de Aviacion S.A. de C.V., affaire n° 10-14182 (Bankr. S.D.N.Y. 8 novembre 2010) – le tribunal a statué que la société débitrice mexicaine pouvait autoriser une personne à agir comme son représentant étranger parce qu'en vertu du droit mexicain, le débiteur agissait essentiellement comme un débiteur non dessaisi qui gérât ses propres affaires ; et Cozumel Caribe, S.A. de C.V. 482 B.R. 96 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1311.

⁸⁹ *États-Unis* : OAS S.A. 533 B.R. 83, 93, 98 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629 – le tribunal a noté que la notion de « débiteur non dessaisi » n'était pas définie dans la LTI, mais que d'après le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, elle englobait un débiteur qui « conserve un certain contrôle sur ses biens, même s'il est soumis à la supervision d'un tribunal », et qu'elle était expliquée plus en détail dans le Guide pratique, Termes et définitions, paragraphe 13 j) ; Cell C Proprietary Ltd., 571 B.R. 542 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) citant Vitro S.A.B. de C.V. 701 F.3d 1031, 1046, 1049 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310 – la cour a dit que puisqu'un débiteur non dessaisi était capable d'administrer son propre redressement, il était en mesure de nommer un représentant étranger.

⁹⁰ Ibid., *États-Unis* : OAS 98-99 – la cour a observé que si ces termes n'étaient pas expliqués dans la LTI, le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 86] donnait de plus amples informations. Elle a également noté que l'article 2 d) prévoyait un critère disjonctif, à savoir que le représentant étranger devait être autorisé à administrer la procédure ou à agir comme son représentant ; Grand Prix Associates, Inc., affaire n° 09-16545 (Bankr. D.N.J. 26 juin 2009) – une personne a été nommée représentant étranger des entités commerciales en question ; Innua Canada Ltd., affaire n° 09-16362 (Bankr. D.N.J. 15 avril 2009) – l'ordonnance de mise sous administration judiciaire indiquait que le représentant étranger avait la capacité requise aux fins de la reconnaissance internationale.

⁹¹ *États-Unis* : Poymanov, 580 B.R. 55 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) – le tribunal a déclaré que le demandeur n'avait pas démontré que le représentant étranger avait agi de mauvaise foi ou avait un quelconque conflit d'intérêts ; OAS S.A. 533 B.R. 83, 98 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629.

⁹² *États-Unis* : requête de Ernst & Young, Inc., 383 B.R. 773, 777 (Bankr. D.Colo. 2008), CLOUT 790 ; Grand Prix Assocs. affaire n° 09-16545 (Bankr. D.N.J. 18 mai 2009), 6 – le Code des faillites des États-Unis, 11 USC 101 (41), définit une « personne » comme incluant « un particulier, une société de personnes ou une société par actions ».

⁹³ *États-Unis* : Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A. 385 B.R. 525, 540 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925 ; *États-Unis* : Innua Can., Ltd., affaire n° 09-16362 (Bankr. D.N.J. 15 avril 2009) ; Grand Prix Assocs, affaire n° 09-16545 (Bankr. D.N.J. 26 juin 2009), p. 6.

⁹⁴ *États-Unis* : OAS S.A. 533 B.R. 83, 98 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629 ; voir ci-dessus – art. 2, alinéa a), *Aux fins de redressement ou de liquidation*.

⁹⁵ *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ. 1441 [par. 29], CLOUT 1003 ; *États-Unis* : Loy, 448 B.R. 420, 432 et 433 (Bankr. E.D. Va. 2011) – une ordonnance du tribunal étranger qui confirmait que le représentant étranger avait bien le pouvoir de disposer des biens autrefois détenus par le débiteur a été considérée par le tribunal requis comme précisant les pouvoirs octroyés au représentant étranger et définissant le point de départ de la reconnaissance. Sans cet octroi de pouvoirs, le tribunal a indiqué qu'il aurait été difficile de déterminer si le représentant étranger était bien un représentant étranger aux fins de la présentation d'une demande de reconnaissance.

⁹⁶ Guide pour l'incorporation [par. 74].

⁹⁷ *États-Unis* : Ashapura Minechem Ltd., 480 B.R. 129, 143 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1313.

⁹⁸ *États-Unis* : Tradex Swiss AG, 384 B.R. 34, 42 (Bankr. D. Mass. 2008), CLOUT 791.

⁹⁹ Le Code des faillites des États-Unis, titre 11 de l'U.S.C., par. 1502 (1) définit le « débiteur » comme « une entité qui fait l'objet d'une procédure étrangère ». Dans l'affaire Drawbridge Special Opportunities Fund LP c. Barnet, 737 F.3d 238, CLOUT 1336, la cour d'appel (2^e circuit) a déclaré qu'il fallait que la disposition définissant l'admissibilité aux fins du Code des faillites soit satisfaite avant qu'un tribunal puisse accorder la reconnaissance d'une procédure étrangère en vertu du chapitre 15 et que, conformément à la section 109 a) du Code des faillites, seule une personne ayant un domicile, une résidence, un établissement ou des biens aux États-Unis pouvait être un débiteur en vertu du Code. Dans une décision orale rendue dans l'affaire Bemarmara Consulting A.S., affaire n° 13-13037 (KG) (Bankr. D.Del. 17 déc. 2013), peu de

temps après la décision rendue en appel dans l'affaire Drawbridge, le tribunal n'était apparemment pas d'accord avec la décision rendue par la cour d'appel (2^e circuit). Saisi d'une seconde demande de reconnaissance de la même procédure étrangère dans l'affaire Drawbridge, le tribunal a jugé (Octavari Administration Pty Ltd., 511 B.R. 361, 372-73 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), CLOUT 1483) que le débiteur satisfaisait à ces exigences, ayant démontré qu'il disposait de biens aux États-Unis sous la forme de créances ou de causes d'action et d'une provision sur honoraires pour s'assurer la représentation par un cabinet d'avocats américain ; voir aussi Berau Capital Resources Pte. Ltd., 540 B.R. 80, 82 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1627 – la provision sur honoraires satisfaisait au critère d'admissibilité et, par ailleurs, le débiteur avait une dette de plus de 450 millions de dollars américains, soumise à des clauses de choix de la loi applicable et d'élection de for en faveur de New York, ce qui a également été jugé comme satisfaisant au critère d'admissibilité établi dans l'affaire Barnet. Dans un certain nombre d'affaires tranchées ultérieurement aux États-Unis, il a été jugé que diverses formes de provisions sur honoraires versées par le débiteur satisfaisaient à ce critère : B.C.I. Finances Pty Ltd., 583 B.R. 288 (Bankr. S.D.N.Y. 2018), Cell C Proprietary Ltd., 571 B.R. 542 (Bankr. S.D.N.Y. 2017), Mood Media Corp. 569 B.R. 556 (Bankr. S.D.N.Y. 2017). Voir aussi Canada : Syncreon Group B.V., Re, 2019 ONSC 5774 [par. 17] – le tribunal a conclu que les sociétés débitrices répondaient à la définition de « compagnie débitrice » en vertu de l'article 2 de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, parce que, entre autres, une « compagnie » comprenait toute personne morale constituée possédant des actifs au Canada. Or lesdites sociétés possédaient des actifs dans ce pays sous forme de fonds détenus à titre de provision sur honoraires par leur conseiller juridique, ce qui répondait à l'exigence de l'« existence d'actifs au Canada ».

¹⁰⁰ *Angleterre* : Rubin c. Eurofinance SA [2009] EWHC 2129 (Ch) [par. 39] confirmé par [2012] UKSC 46, CLOUT 1270 – la juridiction inférieure, rejetant l'argument selon lequel les mots utilisés dans la LTI devaient être interprétés selon leur signification ordinaire en droit interne, a déclaré, en notant l'importance de l'article 8, qu'il serait pernicieux de donner au terme « débiteur », dans le contexte de la définition de la « procédure étrangère », toute autre signification que celle qui lui était donnée par le tribunal étranger dans la procédure étrangère. Elle s'est ensuite posé la question de savoir [par. 41] comment la LTI fonctionnerait si le débiteur était une personne morale inconnue du droit local.

¹⁰¹ *Australie* : Chow Cho Poon (Private) Limited [2011] NSWSC 300 [par. 40], CLOUT 1218.

¹⁰² La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises et le Guide pour son incorporation (2019) proposent des solutions pour l'insolvabilité des groupes d'entreprises, notamment un régime de reconnaissance de l'insolvabilité des groupes d'entreprises qui s'inspire de la LTI.

¹⁰³ *États-Unis* : Agrokor d.d., 591 B.R. 163, 184 (Bankr. S.D.N.Y. 2018).

¹⁰⁴ *États-Unis* : Mood Media Corp., 569 B.R. 556, 562-3 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) – d'après les preuves apportées, les entités fonctionnaient comme une entreprise intégrée dans une certaine mesure, et les fonctions de gestion, de gestion financière, de gestion de la trésorerie, de comptabilité, d'audit interne, les fonctions juridiques, de gestion des risques, de ressources humaines et d'approvisionnement étaient réparties dans une certaine mesure, et même si les entités situées aux États-Unis payaient des frais de gestion à la société mère située au Canada pour les services fournis, se procuraient des services professionnels et administratifs au Canada, étaient soumises à la surveillance des administrateurs de la société mère au Canada, étaient garantes de titres de créance émis au Canada, remboursaient des prêts interentreprises à la société mère au Canada, et si la société mère pouvait employer des personnes qui fournissaient différents types de services aux entités situées aux États-Unis, rien de tout cela, d'après le tribunal, ne suffisait à démontrer que les entités situées aux États-Unis avaient un lieu d'opérations au Canada à partir duquel elles auraient exercé des activités sur le marché. Suntech Power Holdings Co. Ltd., 520 B.R. 399, 415 et 416 (Bankr. S.D.N.Y. 2014) – le tribunal a estimé que l'établissement situé aux États-Unis de la filiale d'un débiteur situé en Chine ne constituait pas l'établissement ni les actifs du débiteur.

¹⁰⁵ *Singapour* : Zetta Jet Pte Ltd. et autres [2018] SGHC 16, [par. 19], CLOUT 1815.

¹⁰⁶ *Angleterre* : Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) [par. 54], CLOUT 1798.

Article 3. Obligations internationales du présent État

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent État découlant d'un traité ou de toute autre forme d'accord auquel l'État est partie avec un ou plusieurs autres États, les dispositions du traité ou de l'accord prévalent.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 3 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 159 à 162]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).

2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :

a) À la LTI : A/CN.9/422 [par. 66 et 67] ; A/CN.9/433 [par. 42 et 43] ; A/CN.9/435 [par. 114 à 117] ;

b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 46] ; A/CN.9/442 [par. 76 à 78] ;

c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/763 [par. 26] ; A/CN.9/766 [par. 29].

Note

¹ Guide pour l'incorporation [par. 76 à 78].

3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 93].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 91 à 93] explique le principe de la préséance des obligations internationales de l'État adoptant sur le droit interne, principe qui s'inspire de dispositions analogues d'autres textes de la CNUDCI¹. Il suggère la manière dont cette disposition pourrait être incorporée pour éviter que la législation mettant en œuvre la LTI n'ait un effet involontaire et excessif.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 3

2. Les affaires signalées ne portaient pas sur des questions liées à l'interprétation et à l'application de l'article 3.

Article 4. [Tribunal ou autorité compétents]^a

Les fonctions visées dans la présente Loi relatives à la reconnaissance des procédures étrangères et à la coopération avec les tribunaux étrangers sont exercées par [*préciser le tribunal, les tribunaux, l'autorité ou les autorités compétents pour s'acquitter de ces fonctions dans l'État adoptant*].

^a L'État dans lequel certaines fonctions liées aux procédures d'insolvabilité ont été dévolues à des fonctionnaires ou à des organes désignés par le gouvernement pourrait souhaiter inclure dans l'article 4, ou ailleurs dans le chapitre premier, la disposition suivante :

Aucune disposition de la présente Loi ne porte atteinte aux dispositions régissant, dans le présent État, les pouvoirs d'insérer le titre de la personne ou de l'organe désignés par le gouvernement].

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 4 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 163 à 166]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).

2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :

a) À la LTI : A/CN.9/419 [par. 69] ; A/CN.9/422 [par. 68 et 69] ; A/CN.9/433 [par. 44 et 45] ; A/CN.9/435 [par. 118 à 122] ;

b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 47 à 50] ; A/CN.9/442 [par. 79 à 83].

Note

¹ Guide pour l'incorporation [par. 79 à 83].

3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 98].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 94 à 98]¹ note que l'article 4 a pour intérêt de renforcer la transparence et de faciliter l'utilisation de la législation sur l'insolvabilité incorporant la LTI, au profit notamment des représentants étrangers et des tribunaux étrangers.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 4

2. Les affaires signalées ne portaient pas sur des questions liées à l'interprétation de l'article 4.

*Article 5. Autorisation donnée à
[insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer
un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant]
d'agir dans un État étranger*

Un(e) [insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant] est autorisé(e) à agir dans un État étranger au titre d'une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité], dans la mesure où la loi étrangère applicable le permet.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 5 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 167 à 169]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/419 [par. 36 à 39] ; A/CN.9/422 [par. 70 à 74] ; A/CN.9/433 [par. 46 à 49] ; A/CN.9/435 [par. 123 et 124] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 51 et 52] ; A/CN.9/442 [par. 84 et 85] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/763 [par. 26] ; A/CN.9/766 [par. 30].

3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 100].

INTRODUCTION¹

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 99 et 100] explique que l'article 5 a pour objet de donner aux représentants de l'insolvabilité ou autres autorités désignés dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans l'État adoptant la possibilité d'agir à l'étranger en tant que représentants étrangers de cette procédure². L'article précise que l'étendue du pouvoir exercé à l'étranger par le représentant de l'insolvabilité dépend de la loi et des tribunaux étrangers.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 5

2. Un cas signalé concerne une autorisation de recherche de biens à l'étranger aux fins de gel et de rapatriement accordée au liquidateur³. L'autorisation a été donnée par le biais d'une directive de l'autorité administrative de tutelle, déléguant au représentant de l'insolvabilité la capacité d'agir à l'étranger.

Notes

¹ L'article 1505 (titre 11 de l'U.S.C.) du Code des faillites des États-Unis (qui incorpore dans le droit interne l'article 5 de la LTI) prévoit que l'autorisation d'agir dans un autre État peut être donnée par le tribunal.

² Guide pour l'incorporation [par. 84 et 85].

³ *Chili* : Onix Capital SA cité dans *Cross-Border Insolvency : A Commentary on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, quatrième édition, vol. 1, Globe Law and Business, 2017, p. 136.

Article 6. Exception d'ordre public

Aucune disposition de la présente Loi n'interdit au tribunal de refuser de prendre une mesure régie par la présente Loi, lorsque ladite mesure serait manifestement contraire à l'ordre public du présent État.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 6 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 170 à 173]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).

2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :

a) À la LTI : A/CN.9/419 [par. 40] ; A/CN.9/422 [par. 84 et 85] ; A/CN.9/433 [par. 156 à 160] ; A/CN.9/435 [par. 125 à 128] ;

b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 53] ; A/CN.9/442 [par. 86 à 89] ;

c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/715 [par. 26 à 30] ; A/CN.9/738 [par. 32].

3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 104].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 101 à 104]¹ note que, dans la mesure où la notion d'ordre public est ancrée dans la législation nationale et peut différer d'un État à l'autre, on n'a pas tenté d'en donner une définition uniforme à l'article 6. Toutefois, il poursuit en faisant observer que ce concept, qui est d'acception traditionnelle dans un certain nombre de textes de la CNUDCI², a été interprété de manière étroite et généralement appliqué uniquement dans des circonstances exceptionnelles dans les tribunaux du monde entier. Employé dans beaucoup d'autres textes juridiques internationaux pour qualifier l'expression « ordre public », l'adverbe « manifestement » vise à insister sur le fait que les exceptions d'ordre public devraient être interprétées de manière restrictive et que l'article 6 ne devrait être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles pour des questions d'une importance fondamentale pour l'État adoptant³. L'exception d'ordre public est également examinée dans le Point de vue du juge [par. 48 à 54].

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 6

2. Les décisions rendues dans un certain nombre d'affaires renforcent l'idée que l'utilisation du terme « manifestement » traduit l'intention des rédacteurs de la LTI, à savoir que l'article 6 ne doit être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles concernant des questions d'importance fondamentale pour l'État adoptant⁴, et que l'exception d'ordre public doit être interprétée de manière étroite ou restrictive⁵, conformément aux normes internationales. Il a été estimé que le sens du terme « manifestement » allait au-delà d'une simple contradiction ou incompatibilité ; s'il peut exister un doute ou une confusion quant à la question de savoir si une chose est contraire à l'ordre public ou incompatible avec l'ordre public, il ne peut rien y avoir qui soit « manifestement » contraire à cet ordre⁶.

3. L'article 26 de la refonte du Règlement CE⁷ contient également une exception d'ordre public sur le modèle de l'article 6. Les décisions interprétant l'article 26 soulignent également que l'exception ne peut être invoquée que dans des cas exceptionnels⁸. La Cour de justice européenne a jugé que la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre de l'Union européenne ne pouvait être refusée que si la décision d'ouverture avait été prise en violation flagrante du droit fondamental de présenter ses arguments, droit dont jouit toute personne concernée par une telle procédure⁹.

4. Étant donné que l'article 6 traite de toutes les dispositions de la LTI, et pas seulement de la question de la reconnaissance, toute demande visant à prendre des mesures en vertu d'une disposition spécifique de la LTI peut obliger le tribunal à examiner si les mesures en question seraient contraires à l'ordre public de l'État adoptant¹⁰. Toutefois, l'application parcimonieuse de l'article 6 suggère que l'exception ne pourrait être appliquée que si une autre disposition spécifique de la LTI ne régissait pas le litige en question¹¹. On a cité à titre d'exemple le fait qu'une mesure discrétionnaire ne pouvait être accordée en vertu de l'article 21 que si les protections établies en vertu de l'article 22 étaient respectées.

5. Les tribunaux ont indiqué que les parties qui s'opposaient à ce qu'une action soit engagée en vertu de la LTI devaient identifier les politiques fondamentales en matière d'ordre public qui seraient prétendument violées par cette action¹².

6. La jurisprudence d'un État donné a recensé trois principes visant à guider les tribunaux dans l'analyse de la question de savoir si une action décidée dans le cadre d'une procédure de reconnaissance était manifestement contraire à

l'ordre public de l'État en question en vertu de l'équivalent de l'article 6 de la LTI¹³ :

a) La simple existence d'un conflit entre un droit étranger et le droit local, en l'absence d'autres considérations, ne suffit pas à justifier d'invoquer l'exception d'ordre public ;

b) Il ne devrait pas être tenu compte d'une procédure étrangère dans une procédure de reconnaissance lorsque l'équité de la procédure étrangère peut être mise en doute ou qu'il n'est pas possible de remédier à son absence d'équité en adoptant des mesures de protection supplémentaires ;

c) Aucune décision ne devrait être prise dans le cadre d'une procédure de reconnaissance lorsque cela diminuerait la capacité des tribunaux à mener la procédure et/ou porterait gravement atteinte à un droit conféré par la Constitution ou la loi, notamment si une partie continuait à bénéficier des avantages de la procédure de reconnaissance.

7. L'exception d'ordre public a été invoquée, de manière quasiment routinière, dans de nombreuses demandes de reconnaissance. Cependant, il n'a que rarement été estimé qu'elle s'appliquait, comme l'indiquent les exemples suivants :

a) La reconnaissance a été refusée sur la base de l'article 6 dans un cas où la procédure étrangère de demande de reconnaissance avait été lancée par un créancier en violation de la suspension automatique des poursuites applicable aux procédures d'insolvabilité antérieures ouvertes dans l'État requis, bien que le créancier ait été informé des conséquences possibles de l'engagement de la procédure étrangère¹⁴ ;

b) Les demandes de mesures fondées sur l'exception d'ordre public ont été rejetées dans plusieurs circonstances, notamment :

i) Lorsque la mesure demandée (*ex parte*) était contraire à la loi de l'État requis – il s'agissait en l'espèce de faire exécuter une ordonnance d'interception du courrier émise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité étrangère, ce qui aurait entraîné la surveillance et l'interception du trafic postal et électronique du débiteur sur des serveurs dans l'État requis¹⁵ ;

ii) Lorsque la mesure demandée par le représentant étranger (annulation de licences de propriété intellectuelle dans l'État requis en vertu de la loi étrangère applicable) aurait entraîné une protection insuffisante des créanciers dans l'État requis au regard de l'article 22-1, car ils n'auraient pas disposé des protections dont bénéficient les détenteurs de licences en vertu de la loi de l'État requis, ce qui aurait porté atteinte à l'ordre public fondamental de l'État en question, dans lequel l'innovation technologique est encouragée¹⁶.

8. L'application de l'exception d'ordre public a été rejetée dans diverses circonstances, notamment lorsque :

a) Une partie n'a pas eu droit à un procès devant un jury dans l'État d'origine (alors qu'elle y aurait eu droit dans l'État requis), dans des circonstances où les procédures de l'État d'origine ont néanmoins été jugées comme offrant des

protections importantes en matière de procédure et de garanties d'une procédure régulière et étaient par ailleurs équitables et impartiales¹⁷ ;

b) Il n'y avait pas d'accès libre aux archives judiciaires dans l'État d'origine¹⁸ ;

c) Les créanciers de l'État requis étaient tenus de partager avec les créanciers dans la procédure étrangère alors qu'ils n'auraient pas été tenus de le faire dans une procédure dans l'État requis¹⁹ ;

d) La procédure étrangère avait été engagée sur une base inexistante dans la loi de l'État requis²⁰ ;

e) La révision d'un jugement par défaut dans l'État d'origine pouvait être demandée sans qu'une caution soit déposée²¹ ;

f) Les mesures demandées étaient différentes de celles disponibles dans l'État requis ou n'y étaient pas autorisées²² ;

g) La mesure demandée visait à empêcher un créancier d'engager une procédure pour saisir des fonds dans l'État requis en attendant que le tribunal étranger où la procédure d'insolvabilité était en cours détermine les droits des sociétés apparentées débitrices et non débitrices sur ces fonds. Le tribunal requis a ordonné la suspension mais sous réserve que les parties parviennent rapidement à faire trancher les questions dont était saisi le tribunal étranger²³ ;

h) Le représentant étranger avait pris des positions contradictoires dans l'État d'origine et dans l'État requis, sans le faire savoir. Il a été estimé que le maintien de la reconnaissance n'était pas contraire à l'ordre public de l'État requis²⁴ ;

i) Il y avait un conflit d'intérêts présumé (c'est-à-dire des rôles fiduciaires concurrents) de la part du représentant de l'insolvabilité étranger, qui aurait pu être soulevé dans l'État de nomination, sans que le créancier opposant ne l'ait soulevé²⁵ ;

j) L'insolvabilité étrangère plaçait les créanciers garantis dans un ordre de priorité différent de celui de la loi de l'État requis, ce que le tribunal requis a considéré comme un autre moyen d'atteindre des objectifs similaires, plutôt qu'une contravention manifeste à l'ordre public²⁶ ;

k) Divers éléments de la loi étrangère sur l'insolvabilité ont été présentés comme manifestement contraires à l'ordre public. Par exemple, le regroupement des patrimoines avait été ordonné *ex parte* dans la procédure étrangère, sans équité ni de fond ni de forme à l'égard de certains créanciers ni procédure régulière et les juges avaient pu tenir des consultations *ex parte* avec différentes parties à la procédure²⁷ ;

l) Si les conditions de la LTI et la loi nationale incorporant celle-ci l'exigent, des fonds détenus dans l'État requis pouvaient être remis à l'État d'origine, sans paiement des impôts en souffrance dans l'État requis²⁸ ;

m) Il a été avancé que les créanciers n'avaient pas reçu de notification de la procédure étrangère, que la reconnaissance entraînerait une suspension qui permettrait au débiteur d'éviter de se conformer à d'autres ordonnances

judiciaires et empêcherait les créanciers de poursuivre les actions pour transferts frauduleux dans le pays d'origine, et que les liquidateurs dans la procédure étrangère n'étaient pas indépendants, car ils étaient financés par des créanciers ou des personnes bénéficiant d'informations privilégiées²⁹ ;

n) Le tribunal requis ayant limité le temps accordé à certaines questions posées au cours de l'audience de reconnaissance relatives à des procédures arbitrales au motif qu'elles n'étaient pas pertinentes pour l'affaire dont il était saisi, il avait été soutenu que le tribunal avait violé les principes d'ordre public visant à promouvoir l'ouverture et la transparence des tribunaux³⁰.

Ordre public : communication complète et sincère et mauvaise foi (voir aussi art. 17)

9. L'application de l'exception d'ordre public a été invoquée dans plusieurs affaires dans lesquelles le représentant étranger avait fait preuve de mauvaise foi ou n'avait pas

communiqué pleinement et sincèrement les faits pertinents au tribunal requis. Il a été jugé que, nonobstant la constatation de la mauvaise foi des débiteurs, il était inapproprié d'invoquer l'article 6, car il n'existait pas de précédent pour appliquer l'exception en vertu du seul motif de la mauvaise conduite. En l'espèce, le tribunal a poursuivi en disant que, malgré l'outrage que constituait le comportement des débiteurs, la question de la reconnaissance, dans les faits de l'affaire dont il était saisi, dépendait du respect des exigences de l'article 17³¹. Dans une autre affaire, le demandeur qui sollicitait la reconnaissance n'avait pas communiqué certains faits relatifs à la décision du gouvernement de l'État requis de ne pas prêter son concours dans le cadre d'une procédure pénale engagée dans l'État d'origine à l'encontre de certaines parties au motif que cela pourrait porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de l'État requis. Le tribunal a estimé qu'il aurait dû être informé que des questions d'ordre public pourraient être en jeu, en raison de la nature hautement politique de l'affaire, et a rejeté la décision de reconnaissance *ab initio*³².

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 86 à 89].

² Par exemple, à l'article 36-1 b) ii) de l'édition 2012 du *Précis de jurisprudence concernant la Loi type sur l'arbitrage commercial international*, p. 183 à 185, disponible à l'adresse <https://uncitral.un.org>.

³ Il convient de noter que certains pays, notamment le Chili, la Serbie et Singapour, ont omis le terme « manifestement » lorsqu'ils ont incorporé dans le droit interne l'article 6 de la LTI, ce qui conduit à un standard pour l'exclusion potentiellement différent de celui qui est applicable en vertu de la LTI. En ce qui concerne Singapour, voir *Re : Zetta Jet Pte Ltd and Others* [2018] SGHC 16 [par. 22 et 23], 24 janvier 2018, CLOUT 1815 ; en Pologne, la formulation de l'article 6 prévoit que la reconnaissance d'une décision ouvrant une procédure étrangère ne peut pas contrevenir aux principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais, bien qu'il soit suggéré que l'objectif est le même que celui de l'article 6 de la loi sur la faillite, 1^{er} janvier 2016 [art. 392 (2)].

⁴ *États-Unis* : Millard 501 B.R. 644, 651-652 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) ; *Lavie c. Ran* 607 F.3d 1017, 1021 (5^e circuit 2010) ; *Iida c. Kitahara* (*In re Iida*), 377 B.R. 243, 257 (Bankr. 9^e circuit 2007), CLOUT 761 ; *Ephedra Prods. Liab. Litig.* 349 B.R. 333, 336 (S.D.N.Y. 2006), CLOUT 765.

⁵ *Canada* : *Hartford Computer Hardware Inc.* 2012 ONSC 964 [par. 17 et 18], CLOUT 1205. *États-Unis* : l'historique législatif du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (titre 11 de l'U.S.C.) indique cette interprétation : H.R. Rep 109-31 pt. 1, 109th Cong. 1st Sess. at 109 (2005), réimprimé dans U.S.C.C.A.N. 88, 172 ; voir également *Ephedra Prods. Liab. Litig.* 349 B.R. 333, 336 (S.D.N.Y. 2006), CLOUT 765. *Tricontinental Exchange Ltd* 349 B.R. 627, 638-9 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766 ; *Iida c. Kitahara* (*In re Iida*), 377 B.R. 243, 259 (B.A.P. 9^e circuit 2007), CLOUT 761 ; *Metcalf & Mansfield Alternative Invs.* 421 B.R. 685, 697 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1007 ; *Toft* 453 B.R. 186, 193 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1209 ; *Vitro S.A.B. de C.V.* 701 F.3d 1031, 1069-70 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310 ; *Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys* (*In re Fairfield Sentry Ltd.*), 714 F.3d 127, 139 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339 ; *Sino-Forest Corporation* 510 B.R. 655, 665 (Bankr. S.D.N.Y., 2013) suivant la décision rendue dans l'affaire *Metcalf & Mansfield Alternative Invs.* 421 B.R. 685, 697 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1007 et distinguant *Vitro S.A.B. de C.V.* 701 F.3d 1031, 1069-70 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310 sur la protection des décharges de tiers.

⁶ *Angleterre* : *Agrokor DD* [2017] EWHC 2791 (Ch) [par. 109], CLOUT 1798.

⁷ Article 33 de la Refonte du Règlement CE, qui prévoit que « Tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision rendue dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution. »

⁸ *Règlement CE* : MG Probud Gdynia sp. z o. o., C-444/07 [2010] Recueil de la jurisprudence 00.

⁹ *Règlement CE* : *Eurofood IFSC Ltd (Re)* [2006] Ch 508 (Cour de justice européenne) [par. 61 à 67].

¹⁰ *Angleterre* : *Pan Ocean Co. Ltd.*, [2014] EWHC 2124 (Ch) [par. 104], CLOUT 1482.

¹¹ *États-Unis* : *Toft* 453 B.R. 186, 193 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1209 ; *ABC Learning Centre Limited* 728 F.3d 301, 309-311 (3^e circuit 2013), CLOUT 1338 ; *Manley Toys Limited*, 580 B.R. 632, 650 (Bankr. D. N. J 2018) (notant que les lois de Hong Kong (Chine), sur les transferts frauduleux ne sont pas les mêmes que celles des États-Unis).

¹² *États-Unis* : *Iida c. Kitahara* (*In re Iida*) 377 B.R. 243, 259 (B.A.P. 9^e circuit 2007), CLOUT 761 – les débiteurs n'ont pas été à même de faire état d'une politique fondamentale qui serait enfreinte par la reconnaissance.

¹³ *États-Unis* : *Toft* 453 B.R. 186, 193 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1209 ; *ABC Learning Centre Limited* 728 F.3d 301, 309-311 (3^e circuit 2013), CLOUT 1338 ; *Manley Toys Limited*, 580 B.R. 632, 650 (Bankr. D. N. J 2018) (notant que les lois de Hong Kong (Chine), sur les transferts frauduleux ne sont pas les mêmes que celles des États-Unis).

¹⁴ *États-Unis* : Gold & Honey, Ltd., 410 B.R. 357, 371 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT 1008 – les actifs du débiteur ont été saisis dans le cadre d'une procédure en Israël, ce qui a compromis la capacité du tribunal américain à mener la procédure d'insolvabilité précédemment ouverte aux États-Unis, entravant la possibilité pour ce tribunal de donner effet à deux des objectifs les plus fondamentaux du sursis automatique, à savoir empêcher un créancier d'obtenir un avantage sur les autres créanciers et assurer une répartition efficace et méthodique des avoirs du débiteur entre tous les créanciers conformément à leur rang de priorité relatif. Voir également *Singapour* : Re : Zetta Jet Pte Ltd and Others [2018] SGHC 16, CLOUT 1815, affaire dans laquelle un moratoire émis à Singapour interdisant toute action ultérieure aux États-Unis en vertu du chapitre 11 n'a pas été respecté. Le tribunal de Singapour a déclaré qu'à tout le moins, il interpréterait l'obstacle pour motif d'ordre public à Singapour (en notant que la législation incorporant la LTI omettait le mot « manifestement ») comme exigeant le rejet d'une demande de reconnaissance par des représentants de l'insolvabilité étrangers interdite par un tribunal de Singapour. Bien que le tribunal ait déclaré qu'il serait rare, dans de telles circonstances, de ne pas refuser la reconnaissance, il l'a accordée à seule fin de permettre une demande d'annulation ou d'appel de l'injonction prononcée à Singapour, qualifiant cette reconnaissance de forme de modification en vertu de l'article 17-4 ou de mesure en vertu de l'article 21-1.

¹⁵ *États-Unis* : Toft 453 B.R. 186, 196 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1209 – Le tribunal a estimé que de tels pouvoirs dépasseraient les limites des pouvoirs traditionnellement conférés par le droit des États-Unis à des représentants de créanciers, et constituait une mesure prohibée par la loi américaine et susceptible d'exposer les personnes se chargeant de l'exécuter à des poursuites pénales. L'ordonnance accordée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité en Allemagne avait été reconnue et exécutée en Angleterre aux motifs que : a) les mesures accordées en Allemagne ne portaient pas atteinte à l'ordre public du Royaume-Uni car, selon le droit anglais, le tribunal pouvait rendre une ordonnance de réacheminement du courrier analogue à celle rendue en Allemagne, et b) il n'y avait pas d'inquiétude à avoir quant à un manque éventuel d'équité de la procédure dans l'octroi de mesures *ex parte*, car le débiteur avait eu la possibilité de s'opposer à l'ordonnance d'interception du courrier dans la procédure en Allemagne, et sa requête avait été rejetée par le tribunal allemand [Décision de la High Court of England and Wales, 16 février 2011].

¹⁶ *États-Unis* : Jaffé c. Samsung Electronics Co., Ltd., 737 F.3d 14 (4^e circuit 2013), CLOUT 1337.

¹⁷ *États-Unis* : Ephedra Prods. Liab. Litig. 349 B.R. 333, 336 (S.D.N.Y. 2006), CLOUT 765.

¹⁸ *États-Unis* : Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re Fairfield Sentry Ltd.*) 714 F.3d 127, 140 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339 – la cour a estimé que le principe de l'accès public aux archives de la justice, dans la mesure où il n'était pas absolu et pouvait facilement céder le pas à diverses considérations (notamment liées au respect de la vie privée), n'était pas fondamental au point de relever de l'exception de l'article 6.

¹⁹ *États-Unis* : Requête de Ernst & Young, Inc. 383 B.R. 773 (Bankr. D.Colo. 2008), CLOUT 790 – le tribunal a estimé que tous les investisseurs lésés devaient se partager les avoirs accumulés dans le contexte de la procédure étrangère, quels que soient leur nationalité ou leur lieu de résidence. Les parties opposantes ont également fait valoir l'argument selon lequel les coûts de la procédure étrangère épuiserait la valeur des avoirs du débiteur à tel point que les investisseurs ne recevraient qu'un montant minime et que cela était également contraire à l'ordre public. Le tribunal a observé que les coûts étaient une réalité, que la procédure soit étrangère ou locale.

²⁰ *États-Unis* : Gero Financial Group, Ltd., 482 B.R. 86, 95 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1275 – la loi étrangère autorisait le dépôt d'une demande par un seul créancier, alors que la loi de l'État requis exigeait l'intervention d'au moins 3 créanciers dès lors qu'il y avait plus de 12 créanciers au total.

²¹ *États-Unis* : Millard 501 B.R. 644, 650-51 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) – il a été soutenu que, dans la mesure où la procédure étrangère avait été engagée pour soustraire les actifs aux prétentions de créanciers légitimes (en l'occurrence une créance fiscale étrangère qui était inexécutable dans l'État d'origine) et pour obtenir une suspension sans dépôt de caution, fournir une assistance à cette procédure serait manifestement contraire à l'ordre public.

²² *Canada* : Hartford Computer Hardware (2012) ONSC 964, CLOUT 1205 – l'ordonnance de non dessaisissement du débiteur rendue dans l'État d'origine, qui comportait une clause de « roll-up » (conversion) partielle, ne serait pas admissible dans une procédure primaire dans l'État d'accueil. *États-Unis* : Metcalfe & Mansfield Alternative Invs. 421 B.R. 685, 695 à 697 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1007 – le tribunal a estimé que les mesures octroyées dans la procédure étrangère et les mesures qui pouvaient l'être dans une procédure américaine n'étaient pas nécessairement identiques. Si cela devait être une exigence, a déclaré le tribunal, l'exception d'ordre public de l'article 6 serait inutile. La question était de savoir s'il fallait donner effet aux États-Unis aux décharges de tiers confirmées dans un arrêt d'exécution de plan au Canada. Le tribunal a jugé que l'ordonnance rendue au Canada ne violait pas l'ordre public des États-Unis et devait être reconnue, même si l'on pouvait soutenir qu'une décharge similaire ne pourrait pas être exécutée dans le cadre d'une procédure menée aux États-Unis.

²³ *États-Unis* : Cozumel Caribe, S.A. de C.V. 482 B.R. 96, 112-113 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1311.

²⁴ *États-Unis* : Cozumel Caribe, S.A. de C.V. 508 B.R. 330, 337 (Bankr. S.D.N.Y. 2014) – le tribunal requis a déclaré que de sérieuses questions avaient été soulevées quant à la conduite du représentant étranger et des mandants du débiteur, mais qu'il n'appartenait pas au tribunal de revoir les décisions ou la conduite des procédures du tribunal étranger. Il a noté qu'il pouvait y avoir des circonstances extrêmes dans lesquelles le rejet d'une affaire de reconnaissance se justifiait en tant que sanction d'une conduite inappropriée.

²⁵ *États-Unis* : British American Isle of Venice, Ltd., 441 B.R. 713, 718 (Bankr. S.D.Fla. 2010).

²⁶ *États-Unis* : ABC Learning Centres Limited 728 F.3d 301, 310-311 (3^e circuit 2013), CLOUT 1338 – le droit australien permettait aux créanciers garantis de réaliser la valeur totale de leurs dettes et de remettre tout excédent aux liquidateurs, contrairement à ce qui se faisait aux États-Unis où les créanciers garantis doivent généralement remettre les actifs et demander une distribution fondée sur la masse. Le tribunal a déclaré que non seulement la reconnaissance ne contrevenait pas à l'ordre public mais que le fait de la refuser et de permettre au créancier opposant d'utiliser les tribunaux des États-Unis pour contourner la procédure de liquidation australienne porterait atteinte aux politiques fondamentales visant à des procédures ordonnées et à l'égalité de traitement en matière de faillite ; voir également *Angleterre* : Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) [par. 131], CLOUT 1798, affaire dans laquelle le tribunal a noté que les priorités en vertu du droit croate étaient différentes de celles établies en vertu du droit anglais.

²⁷ *États-Unis* : OAS S.A. 533 B.R. 83, 104 et 105 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629 – le tribunal a examiné les questions de manière assez détaillée à la lumière des faits de l'affaire et de ce qui était apparu de la procédure étrangère, ainsi que des dispositions du droit américain et des exceptions applicables. Il a estimé que les garanties d'une procédure régulière avaient été respectées, car les procédures et les ordonnances *ex parte* (y compris l'ordonnance de regroupement) étaient soumises à un contrôle a posteriori. Le tribunal a évoqué la jurisprudence des États-Unis et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation selon lequel « les différences entre régimes d'insolvabilité ne sauraient justifier le fait que l'application des lois d'un État aille à l'encontre de l'ordre public d'un autre État. » ; Irish Bank Resolution

Corporation Limited 538 B.R. 692, 698 (D. Del 2015), CLOUT 1628 – le tribunal a rejeté l’argument selon lequel la procédure étrangère serait contraire à l’ordre public parce qu’elle serait discriminatoire à l’égard des créanciers américains et les priverait des garanties d’une procédure régulière et d’autres droits constitutionnels en faveur du gouvernement irlandais. Il a estimé que les dispositions contestées étaient parallèles à celles qu’avaient adoptées les États-Unis en réponse à la crise financière mondiale.

²⁸ *Australie* : Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 [par. 144 à 148].

²⁹ *États-Unis* : Manley Toys Limited, 580 B.R. 632 (Bankr. D. N. J 2018).

³⁰ *États-Unis* : Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd., 474 B.R. 88, 95 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1208.

³¹ *États-Unis* : Creative Finance Ltd., 543 B.R. 498, 515-516 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624.

³² *Angleterre* : Ivan Cherkasov, William Browder, Paul Wrench c. Nogotkov Kirill Olegovich, The Official Receiver of Dalnyaya Step LLC (en liquidation) [2017] EWHC 3153 (Ch) [par. 89], CLOUT 1797 – on peut noter que les parties étaient convenues que la décision de reconnaissance ne devait plus être maintenue, mais qu’elles ne s’étaient pas accordées sur la question de savoir s’il convenait de l’annuler ou de déclarer qu’elle n’avait jamais été valide. En ce qui concerne la communication d’informations, le tribunal a déclaré [par. 64] que lors d’une demande de reconnaissance, elle devait être complète et sincère en ce qui concerne les conséquences de la reconnaissance sur les tiers qui n’étaient pas devant lui, y compris s’agissant de demandes futures prévues que la reconnaissance rendrait possibles.

Article 7. Assistance additionnelle en vertu d'autres lois

Aucune disposition de la présente Loi ne limite le pouvoir d'un tribunal ou d'un(e) [insérer le titre de la personne ou de l'organe administrant un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant] de fournir une assistance additionnelle à un représentant étranger en vertu d'autres lois du présent État.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 7 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 175]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).

2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs au :

Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/442 [par. 90].

3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 105].

INTRODUCTION¹

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 105]² explique que la LTI n'a pas pour objectif de prévaloir sur les dispositions du droit interne dans la mesure où elles permettent d'offrir une assistance différente ou

complémentaire de celle qu'elle-même prévoit. L'article 7 vise à préciser ce point. Le passage consacré à l'article 21 traite de la relation entre les deux articles.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 7

2. Les tribunaux se sont penchés sur les types de mesures prévues par la LTI et sur les différences entre les articles 21 et 7. Il a été avancé que les mesures additionnelles visées à l'article 7 devaient être interprétées comme différant de la catégorie « toute autre mesure » prévue à l'article 21-1 : lorsque la mesure demandée est prévue par l'article 21, soit à titre général en tant que « toute autre mesure », soit au titre de l'une des catégories spécifiques énumérées aux alinéas de l'article 21-1, le tribunal n'a pas besoin de se référer à l'article 7, mais lorsque la mesure demandée n'est pas prévue par l'article 21, que ce soit spécifiquement ou à titre général, l'article 7 fait fonction de « fourre-tout », car il prévoit des mesures « plus extraordinaires » que celles disponibles conformément aux dispositions aussi bien générales que spécifiques de l'article 21³. On considère que ce cadre empêcherait les tribunaux d'assujettir les mesures prévues à l'article 7 aux mêmes restrictions que celles imposées aux mesures prévues à l'article 21 et qu'il éviterait les « applications universelles » de l'article 7⁴. Ce dernier a été invoqué dans un État à l'appui de la reconnaissance et de l'exécution de plans approuvés par des tribunaux étrangers⁵.

Notes

¹ Le Code des faillites des États-Unis (titre 11 de l'U.S.C. sect. 1507), qui transpose l'article 7 de la LTI, prescrit que l'assistance additionnelle doit être conforme aux principes de la courtoisie internationale. Il n'est pas fait mention ici d'affaires portant sur la courtoisie internationale jugées aux États-Unis.

² Guide pour l'incorporation [par. 90].

³ *États-Unis* : Atlas Shipping A/S 404 B.R. 726, 741 (Bankr. S.D.N.Y. 2009), CLOUT 1277 ; Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (*In re* Condor Ins. Ltd.) 601 F.3d 319, 325 (5^e circuit 2010), CLOUT 1006 ; Vitro S.A.B. de C.V. 701 F.3d 1031, 1054 à 1057 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310.

⁴ *États-Unis* : Vitro S.A.B. de C.V. 701 F.3d 1031, 1057 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310 – ayant appliqué ce cadre aux faits qui lui avaient été exposés, la cour a confirmé le rejet de la demande faite par le représentant étranger pour obtenir l'*exequatur* d'une décision confirmant un plan de redressement mexicain qui novait et, de fait, éteignait les obligations des filiales du débiteur mexicain en possession d'effets garantis émis par le débiteur mais qui n'avaient pas elles-mêmes déposé leur bilan. Elle a tout d'abord estimé que l'article 21 ne prévoyait pas explicitement la possibilité de libérer les tiers garants de leurs obligations. Elle a ensuite considéré qu'en outre, l'octroi général de mesures conformément au premier paragraphe de l'article 21 ne correspondait pas aux mesures demandées, car les décharges non conventionnelles de tiers par l'intermédiaire d'une procédure de faillite « n'étaient généralement pas disponibles » dans la législation des États-Unis et étaient « explicitement interdites » dans la cinquième circonscription. S'agissant de l'article 7, elle a noté que les décharges non conventionnelles de tiers étaient parfois disponibles dans d'autres circonscriptions et elle a donc estimé que l'article n'interdisait pas ces mesures. Cependant, elle a jugé que le débiteur n'avait pas produit de preuves de l'existence de circonstances extraordinaires suffisantes pour établir le bien-fondé des décharges de tiers en vertu de la législation des circonscriptions permettant de telles décharges. Elle a conclu que le tribunal des faillites n'avait pas abusé de son pouvoir en refusant d'accorder les mesures au titre de l'article 7. Comparer avec la reconnaissance des décharges de tiers dans *Metcalf & Mansfield Alternative Invs.*, 421 B.R. 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1007 ; *Sino-Forest Corp.* 501 B.R. 655 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) ; et *Avanti Communications Group PLC*, 582 B.R. 603 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) – dans ces affaires, les dispositions étendues de l'article 7 du Code des faillites des États-Unis (titre 11 de l'U.S.C. sect. 1507) ont été invoquées.

⁵ *États-Unis* : *Agrokor d.d.*, 591 B.R. 163 (Bankr. S.D.N.Y. 2018), faisant référence à *Rede Energia S.A.*, 515 B.R. 69, 90 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), CLOUT 1630 ; voir également *CGG S.A.*, 579 B.R. 716 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) ; *Cell C Proprietary Ltd.*, 571 B.R. 542 (Bankr. S.D.N.Y. 2017).

Article 8. Interprétation de la présente Loi

Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 8 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 174]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs aux :
 - a) Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/442 [par. 91 et 92] ;
 - b) Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/715 [par. 23 à 25] ; A/CN.9/742 [par. 37 et 38] ; A/CN.9/763 [par. 26] ; A/CN.9/766 [par. 30].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 107].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 106 et 107]¹ indique qu'une disposition analogue à l'article 8 a été incluse dans plusieurs textes de la CNUDCI² afin de promouvoir la notion d'interprétation harmonisée. Cette démarche est facilitée par le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT), système de collecte et de diffusion d'informations sur les décisions judiciaires et les sentences arbitrales relatives aux conventions et aux lois types issues des travaux de la Commission qui vise à faire connaître dans le monde entier les textes juridiques formulés par la Commission et à en favoriser l'interprétation et l'application uniformes. Il est disponible à l'adresse https://uncitral.un.org/fr/case_law³.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 8

2. Les tribunaux ont constaté que l'origine internationale de la LTI et la notion de coopération et de coordination internationales sur laquelle elle repose incitaient les tribunaux à se pencher, au-delà de leur propre ressort territorial, sur les interprétations étrangères de la Loi type et d'autres éléments extrinsèques qui pourraient guider leur interprétation, en particulier lorsque les dispositions de cet instrument manquaient de clarté ou étaient ambiguës⁴. Toutefois, les États qui ont adopté une législation fondée sur la LTI n'y ont pas tous inclus l'article 8, tel que rédigé dans celle-ci⁵.

3. Dans les États qui ont adopté l'article 8, les sources auxquelles les tribunaux se réfèrent le plus souvent sont les guides pour l'incorporation de la LTI, qui sont des outils destinés aux législateurs, aux juges, aux praticiens, aux universitaires et aux autres utilisateurs de la Loi type. En vertu de certaines législations incorporant la LTI, les tribunaux sont tenus de considérer les guides pour l'incorporation comme ayant une autorité persuasive⁶ ; dans d'autres États, ils sont autorisés à consulter les guides et d'autres éléments extrinsèques, mais n'en ont pas nécessairement l'obligation, même si, comme l'a fait remarquer un tribunal, la Commission et l'Assemblée générale recommandent que ces guides « [soient] dûment pris en considération, selon qu'il convient, par [...] les juges »⁷. Certains tribunaux se référant aux guides ont relevé l'utilité des explications fournies et de l'exposé de la genèse des dispositions pertinentes de la LTI⁸.

4. Divers tribunaux ont souligné les éléments suivants : l'intention du législateur de mettre le droit national en conformité avec le droit international, qui ressort explicitement de l'article 8⁹ ; l'importance de consulter des sources internationales dans la mesure où elles contribuent à l'objectif du législateur de parvenir à l'uniformité internationale des procédures d'insolvabilité internationale¹⁰ ; et la nécessité de tenir compte de l'origine internationale du texte et d'en promouvoir une application correspondant à celle de lois similaires adoptées par des pays étrangers¹¹.

5. En ce qui concerne les sources extérieures pouvant être prises en compte, les tribunaux ont examiné :

- a) Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation¹² et le Guide pour l'incorporation¹³ ;
- b) Le Point de vue du juge¹⁴ ;
- c) Le Guide législatif¹⁵ ;
- d) Le Guide pratique¹⁶ ;
- e) Les Rapports des Colloques judiciaires multinationaux CNUDCI/INSOL/Banque mondiale¹⁷ ;
- f) Le Règlement CE, lorsqu'il utilise des termes tels qu'il sont utilisés dans la LTI, par exemple « centre des intérêts principaux » et « établissement »¹⁸ ;
- g) Le Rapport Virgos-Schmit qui, bien qu'établi pour les besoins de l'ancienne Convention européenne, fournit des éléments pertinents pour l'interprétation du Règlement CE¹⁹ ;
- h) Les interprétations étrangères de la LTI et la jurisprudence la concernant²⁰ ;
- i) Les documents relatifs à l'élaboration de la LTI provenant de la CNUDCI (par exemple, rapports de la

Commission) ou de son Groupe de travail (par exemple, documents de travail et rapports du Groupe de travail)²¹ ;

j) Les documents de travail du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) de la CNUDCI²² ;

k) Les mémoires explicatifs établis par certains États adoptants en vue de la présentation de projets de loi aux organes législatifs²³ ;

l) Les écrits spécialisés concernant la LTI²⁴.

6. Plusieurs tribunaux ont estimé que la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) faisait autorité en matière de droit international coutumier aux fins de l'interprétation de la LTI et que l'article 32 de ladite convention permettait de faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation, notamment aux travaux préparatoires de cet instrument international et aux circonstances dans lesquelles il avait été conclu, pour en confirmer ou en déterminer le sens au cas où celui-ci serait ambigu, obscur ou déraisonnable²⁵.

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 91 et 92].

² Par exemple, l'article 7-1 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (CVIM) – voir le *Précis de jurisprudence concernant la CVIM* pour des décisions interprétant l'article 7 ; l'article 2 A (adopté en 2006) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, avec les amendements adoptés en 2006 – voir l'édition 2012 du *Précis de jurisprudence concernant la Loi type sur l'arbitrage commercial international* ; et l'article 3-1 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996).

³ Le système est disponible dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et son fonctionnement est expliqué dans le document A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.3, également disponible à l'adresse https://uncitral.un.org/fr/case_law.

⁴ Le Code des faillites des États-Unis (titre 11 de l'U.S.C. sect. 1508), qui transpose l'article 8 de la LTI, impose au tribunal des faillites de « tenir compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir une application du chapitre correspondant à celle de lois similaires adoptées par des pays étrangers » : *O'Sullivan c. Loy* 432 B.R. 551, 560 (E.D. Va. 2010) ; *JSC BTA Bank* 434 B.R. 334, 340 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1211 ; *Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Ins. Ltd.)* 601 F.3d 319, 321 et 322 (5^e circuit 2010), CLOUT 1006 ; *Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (In re Fairfield Sentry Ltd.)* 714 F.3d 127, 136 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339 ; *OAS S.A.* 533 B.R. 83, 92 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629 ; *Elpida Memory, Inc., affaire n° 12-10947* (Bankr. D. Del. 16 novembre 2012), p. 5 – le tribunal a estimé que malgré l'exigence locale d'interpréter les lois selon leur sens ordinaire, dans le cas de la législation incorporant la LTI, on pouvait soutenir que le sens ordinaire devrait être subordonné à l'historique de la loi ou aux principes plus généraux de la courtoisie internationale.

⁵ Par exemple, le Canada, l'Ouganda, les Philippines, la Pologne, la République de Corée et la République dominicaine.

⁶ *États-Unis* : *Ephedra Prods. Liab. Litig.*, 349 B.R. 333, 336 (S.D.N.Y. 2006), CLOUT 765 ; *Lee*, 472 B.R. 156, 180 (Bankr. D. Mass. 2012) citant *Tri-Continental Exchange, Ltd.*, 349 B.R. 627, 633 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766 – « S'agissant de l'interprétation du chapitre 15, le Congrès [...] a appelé l'attention des tribunaux des États-Unis sur diverses sources internationales, dont il a dit qu'elles avaient une autorité persuasive » [citant H.R. Rep 109-31 pt. 1, 109th Cong. 1st Sess., 109 à 110 (2005)]. Dans l'affaire *Tri-Continental Exchange, Ltd.*, le tribunal a cité le *Guide pour l'incorporation de la LTI* parmi les sources que les juridictions des États-Unis sont tenues de considérer comme persuasives ; comparer avec *Basis Yield Alpha Fund (Master)* 381 B.R. 37, 51, CLOUT 789, où le tribunal a déclaré qu'une juridiction des États-Unis avait au moins la possibilité de considérer les guides pour l'incorporation comme persuasifs, si elle n'en avait pas également l'obligation, citant *Bear Stearns*, 374 B.R. 122, 129 (Bankr. S.D.N.Y. 2007), CLOUT 760, où le tribunal a estimé qu'une juridiction des États-Unis « [avait] la possibilité de considérer » les guides comme ayant une autorité persuasive.

⁷ *Australie* : *Kapila, Re Edelsten* [2014] FCA 1112 [par. 36], CLOUT 1475, renvoyant à la décision adoptée par la Commission à sa 973^e séance, le 18 juillet 2013, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)* [par. 198].

⁸ *Ibid.*, *Australie* : *Kapila*.

⁹ *États-Unis* : *Lavie c. Ran (Ran)*, 607 F.3d 1017, 1020 (5^e circuit 2010) ; *Betcorp Limited*, 400 B.R. 266, 283 (FN23) (Bankr. D.Nev. 2009), CLOUT 927 – appelant l'attention sur un problème d'utilisation et d'interprétation du terme « tribunal étranger » dans les définitions applicables au chapitre 15, le tribunal a déclaré que le contexte international de l'affaire et les directives du Congrès visant à interpréter les dispositions dudit chapitre conformément au consensus international selon lequel une autorité administrative devrait être considérée comme une juridiction justifiaient de s'écarter des méthodes usuelles d'interprétation des lois.

¹⁰ *Singapour* : *Re : Zetta Jet Pte Ltd. and Others* [2018] SGHC 16 [par. 34], CLOUT 1815 – le tribunal a jugé qu'accorder une reconnaissance limitée de la procédure étrangère à seule fin de permettre au représentant étranger de demander l'annulation ou l'appel d'une injonction prononcée à Singapour, ou pour des questions directement liées à ces demandes, telles que des prorogations de délais, était conforme à la philosophie et à l'objectif de la législation de Singapour et de la Loi type singapourienne, « notamment la nécessité de tenir compte de l'origine internationale de la LTI et de promouvoir l'uniformité, conformément à l'article 8 ». *États-Unis* : *Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (In re Fairfield Sentry Ltd.)*, 714 F.3d 127, 136 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339. Voir également *Australie* : *Kapila, Re Edelsten* [2014] FCA 1112 [par. 38], CLOUT 1475. *Japon* : *Think3, affaire n° (ra) 1757 de 2012* (appel), Haute Cour de Tokyo, ch. 3, 2 (1), CLOUT 1335 – affaire où il a été fait observer que la diversité des décisions concernant la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux ne favorisait pas l'uniformité de l'interprétation (voir le passage portant sur la date à retenir dans le contexte de l'article 17-2).

¹¹ *Angleterre* : *Rubin c. Eurofinance SA* [2009] EWHC 2129 [par. 39 et 40], confirmé [2012] UKSC 46, CLOUT 1270 – la juridiction inférieure a dit qu'il n'était pas raisonnable de donner à des termes employés dans la LTI [en l'occurrence, « débiteur », à l'article 2 a)] le sens qui leur était ordinairement attribué dans le contexte national. Il fallait tenir compte de l'origine internationale de la Loi type, et le terme devait prendre le sens qui lui avait été donné par le tribunal étranger dans la procédure étrangère. *États-Unis* : *Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A.*, 385 B.R. 525 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925 ; *Betcorp Limited*, 400 B.R. 266, 276 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 ; *Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Ins. Ltd.)*, 601 F.3d 319, 321 (5^e circuit 2010), CLOUT 1006 ; *AJW Offshore, Ltd.*, 488 B.R. 551 (Bankr. E.D.N.Y. 2013) ; *OAS S.A.* 533 B.R. 83, 91 et 92 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629.

¹² Par exemple, *Australie* : *Kapila, Re Edelsten* [2014] FCA 1112, [par. 36], CLOUT 1475, faisant référence au Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 159], sur la date à retenir et [par. 69] faisant référence au Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 181] ;

Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 [par. 41]. *Angleterre* : Sturgeon Central Asia Balanced Fund Limited [2019] EWHC 1215 (Ch) [par. 15], CLOUT 1819. *États-Unis* : OAS S.A., 533 B.R. 83 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629 – 95, faisant référence au Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 71] et [par. 74], 98, faisant référence au Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 86], 103, faisant référence au Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 104].

¹³ Par exemple, *Australie* : Bank of Western Australia c. Henderson (n° 3) [2011] FMCA 840, CLOUT 1216, [par. 16] faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 3, 20 et 42] ; Raithatha c. Ariel Industries PLC [2012] FCA 1526 [par. 35 et 36] faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 23 à 25], sur la « procédure étrangère » ; Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 [par. 125] faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 157], consacré à l'article 22 ; *Angleterre* : Rubin c. Eurofinance SA [2009] EWHC 2129 [par. 64] faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 15, 16, 20 et 28], consacrés aux articles 25 à 27, [2010] EWCA Civ 895 [par. 53] faisant référence, à propos du préambule, au Guide pour l'incorporation [par. 13, 14, 19 et 20] et [2012] UKSC 46, CLOUT 1270, [par. 28] faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 20 b)], [par. 138] faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 154 et 156] ; Stanford International Bank [2010] EWCA Civ 137, CLOUT 1003, [par. 6] faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 71], sur les procédures d'insolvabilité, [par. 9] faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 23], sur les procédures étrangères, [par. 37] faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 31], sur les procédures principales, et [par. 72], sur la Convention européenne ; Chesterfield United Inc. [2012] EWHC 244 (Ch), CLOUT 1271, [par. 11] faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 154], consacré à l'article 21-1 ; Pan Ocean Co Ltd. [2014] EWHC 2124 (Ch), CLOUT 1482, [par. 6] faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 24], sur la « procédure étrangère », [par. 67] faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 145 et 146] et [par. 155], consacrés aux articles 20, 21, ainsi que [par. 88 et 90] – le tribunal a noté que la version publiée en 1999 était celle à laquelle se référait l'article 2 du Règlement sur l'insolvabilité internationale, mais aussi que les passages pertinents étaient, pour l'essentiel, repris dans la version publiée en 2014 ; Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) [par. 44, 55, 79, 94 et 110], CLOUT 1798 ; Re OJSC International Bank of Azerbaijan : Bakhshiyeva c. Sberbank of Russia [2018] EWCA Civ 2802 [par. 34 à 37], CLOUT 1822 ; Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd. (en liquidation) [2019] EWHC 1215 (Ch) [par. 15 et 34], CLOUT 1819 ; *États-Unis* : Dans le rapport de la Chambre des représentants, il est question que les tribunaux s'intéressent au Guide pour l'incorporation et aux rapports qui y sont cités afin de parvenir plus aisément à une interprétation uniforme du chapitre 15 : H.R. Rep. n° 109-31, pt. 1, 109 et 110 (2005) réimprimé dans 2005 USCCAN 88, 172 et 173. Parmi les affaires, on peut citer : Tri-Continental Exchange, Ltd., 349 B.R. 627, 638 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766, faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 88], consacré à l'article 6, et [par. 161 à 163], consacrés à l'article 22 ; Ephedra Prods. Liab. Litig., 349 B.R. 333, 336 (S.D.N.Y. 2006), CLOUT 765, faisant référence à l'article 6 sur l'ordre public ; Bear Stearns, 374 B.R. 122, 129 (Bankr. S.D.N.Y. 2007), CLOUT 760, confirmé 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794, sur le centre des intérêts principaux ; Basis Yield Alpha Fund (Master), 381 B.R. 37, 51 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789, faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 122], consacré à l'article 16 ; Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A., 385 B.R. 525, 533 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925, faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 24], sur les procédures susceptibles d'être reconnues ; Betcorp Limited, 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009) CLOUT 927, 276, faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 23], 286, faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 31] et [par. 72], sur l'origine du centre des intérêts principaux ; British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005, 902, faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 23], sur la « procédure étrangère », 909, faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 31], sur l'origine du centre des intérêts principaux, 910, faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 130], sur le changement de circonstances ; Lee, 472 B.R. 156, 181 (Bankr. D. Mass. 2012), faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 161 à 163], consacrés à l'article 22 ; Elpida Memory, Inc., affaire n° 12-10947 (CSS) (Bankr. D. Del. 16 novembre 2012), 13 et 16, faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 143], consacré à l'article 20 ; Cozumel Caribe, S.A. de C.V., 482 B.R. 96, 109 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1311, faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 93], consacré à l'article 9 ; Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re* Fairfield Sentry Ltd.), 714 F.3d 127 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339, 136, faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 31 et 72], sur le centre des intérêts principaux (le tribunal a conclu que les sources internationales ne présentaient qu'une utilité limitée pour ce qui était de résoudre la question de savoir si une juridiction des États-Unis devrait déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur en se fondant sur le moment du dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure accessoire, ou selon une autre méthode) et 139, faisant référence au Guide pour l'incorporation [par. 89], consacré à l'article 6.

¹⁴ Par exemple, *Australie* : Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112 [par. 36], CLOUT 1475 ; Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 [par. 41 et 68] ; King, dans l'affaire Zetta Jet Pte Ltd. [2018] FCA 1932 [par. 38 et 39], CLOUT 1817 ; *Angleterre* : Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) [par. 46 et 47], CLOUT 1798 ; *États-Unis* : Ashapura Minechem Ltd., 480 B.R. 129, 137 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1313 ; Cozumel Caribe, S.A. de C.V., 482 B.R. 96, 110 (note de bas de page 10) (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1311.

¹⁵ Par exemple, *Angleterre* : Rubin c. Eurofinance SA [2012] UKSC 46, CLOUT 1270 [par. 96] citant le Guide législatif, deuxième partie, chap. II [par. 150 et 151] ; Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) [par. 45 et 100], CLOUT 1798 ; *Nouvelle-Zélande* : Kim and Yu c. STX Pan Ocean Co. Limited [2014] NZHC 845, CLOUT 1481, [par. 17], faisant référence au glossaire du Guide législatif [par. 12 b)], sur les « actifs du débiteur » aux fins de l'article 20-1 de la LTI.

¹⁶ Par exemple, *Australie* : Kapila, Re Edelsten (n° 2) [2016] FCA 1269 [par. 47] ; *États-Unis* : OAS S.A., 533 B.R. 83, 95 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629, faisant référence au terme « débiteur non dessaisi » et à son explication (en reproduisant les termes et explications figurant dans le glossaire du Guide législatif).

¹⁷ Par exemple, *Angleterre* : Rubin c. Eurofinance SA [2009] EWHC 2129 [par. 70], confirmé par [2012] UKSC 46, CLOUT 1270 – affaire où l'on a mentionné l'importance qu'il y avait à donner aux tribunaux la souplesse et la latitude voulues pour coopérer avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, comme cela avait été souligné au deuxième Colloque, tenu en 1997 à la Nouvelle-Orléans (le rapport est disponible à l'adresse <https://uncitral.un.org/en/colloquia/insolvency>) ; Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd. (en liquidation) [2019] EWHC 1215 (Ch) [par. 28], CLOUT 1819 et [2020] EWHC 123 [par. 59 à 89].

¹⁸ Par exemple, *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2009] EWHC 1441 (Ch) [par. 46] (confirmé [2010] EWCA Civ 137, CLOUT 1003) – affaire où il a été indiqué que les auteurs de la LTI envisageaient que l'interprétation de l'expression « centre des intérêts principaux » faite dans le Règlement CE (laquelle prendrait nécessairement en compte le considérant 13) serait également applicable à cette expression dans la LTI ; *États-Unis* : Betcorp Limited 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927, 277, sur le terme « procédure » tel qu'il est utilisé en droit international de l'insolvabilité, et 286, sur le centre des intérêts principaux.

¹⁹ Par exemple, *Nouvelle-Zélande* : Williams c. Simpson (n° 5) [2010] NZHC 1786 [2011] NZLR 380 [par. 52] (12 octobre 2010), CLOUT 1220. *États-Unis* : Jay Tien Chiang 437 B.R. 397, 403 (Bankr. C.D. Cal. 2010), CLOUT 1318 ; Betcorp Limited 400 B.R. 266, 286 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927.

²⁰ Par exemple, *Australie* : Bank of Western Australia c. Henderson (n° 3) [2011] FMCA 840 [par. 25 à 32], CLOUT 1216 ; Gainsford, dans

l'affaire *Tannenbaum c. Tannenbaum* [2012] FCA 904 [par. 36], CLOUT 1214 – le tribunal a déclaré que le Parlement avait choisi d'adopter pour l'Australie un modèle conçu sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies aux fins d'adoption multilatérale, ce qui donnait à penser – et l'examen du mémoire explicatif le confirmait – que l'intention du Parlement en ce qui concerne tant l'expression « centre des intérêts principaux » que la LTI en général était qu'elles soient interprétées conformément aux normes juridiques internationales et aux sens attribués à cette expression et à cet instrument dans d'autres pays adoptants ; *Akers c. Deputy Commissioner of Taxation* [2014] FCAFC 57 [par. 69] – dans les juridictions inférieures (*Ackers c. Saad Investments Co. Ltd.*, [2013] FCA 738 CLOUT 1332 [par. 34 et 35], *Ackers c. Saad Investments Co. Ltd.* [2010] FCA 1221 [par. 55]), il a été mentionné que trois tribunaux d'autres pays (dont l'Angleterre) avaient reconnu la présomption, conformément à l'article 16-3, selon laquelle la procédure engagée aux îles Caïmanes était la procédure principale, ce qui était « un facteur qui pourrait également être pris en compte dans la procédure en cours », mais n'avait pas été invoqué à l'appui des décisions des tribunaux.

Angleterre : *Pan Ocean Co. Ltd.*, [2014] EWHC 2124 (Ch) [par. 72 à 74], [par. 95 à 101], [par. 106 et 107], CLOUT 1482 ; *Stanford International Bank Limited* [2010] EWCA Civ 137 [par. 43 à 47], CLOUT 1003.

Japon : *Think3*, affaire n° (ra) 1757 de 2012 (appel), Haute Cour de Tokyo (2 novembre 2012), CLOUT 1335 – la cour a indiqué qu'aux fins de l'interprétation de la loi portant incorporation de la LTI dans la législation japonaise, la jurisprudence et les interprétations d'autres pays, ainsi que les débats au sein de la CNUDCI, devraient servir de références. Elle a aussi souligné qu'il était souhaitable d'éviter les incohérences entre les jugements prononcés dans différents pays.

Nouvelle-Zélande : *Williams c. Simpson* (n° 5) [2010] NZHC 1786 [2011] NZLR 380 (12 octobre 2010), CLOUT 1220, examinant les décisions rendues au Royaume-Uni et aux États-Unis en ce qui concerne la procédure « non principale ».

États-Unis : *O'Sullivan c. Loy* 432 B.R. 551, 560 (E.D. Va. 2010) – le tribunal a jugé que si une disposition textuelle du chapitre 15 manquait de clarté ou était ambiguë, les juges pouvaient alors examiner la LTI et les interprétations étrangères de celle-ci dans le cadre son interprétation. Ce faisant, ils pourraient étudier la façon dont les juridictions étrangères avaient interprété les passages de la LTI semblables au texte du chapitre 15 ; voir également *International Banking Corporation B.S.C.* 439 B.R. 614, 624 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1317.

²¹ Par exemple, *Australie* : *Bank of Western Australia c. Henderson* (n° 3) [2011] FMCA 840 [par. 19], CLOUT 1216 ; *Gainsford*, dans l'affaire *Tannenbaum c. Tannenbaum* [2012] FCA 904 [par. 37], CLOUT 1214 ; *Akers c. Deputy Commissioner of Taxation* [2014] FCAFC 57 [par. 48] sur l'accès des créanciers étrangers aux procédures et le traitement des créanciers de revenus ; *Kapila, Re Edelsten* (n° 2) [2016] FCA 1269 [par. 47].

Angleterre : *Re Pan Ocean Co. Ltd.*, [2014] EWHC 2124 (Ch), CLOUT 1482 [par. 82 à 85] faisant référence aux documents A/CN.9/WG.V/WP.42 [par. 6], A/CN.9/419 [par. 46 à 59], A/CN.9/433 et A/CN.9/435 ; *Stanford International Bank Limited* [2010] EWCA Civ 137, CLOUT 1003 [par. 37 et 53], faisant référence au document A/52/17 [par. 153] ; *Agrokor DD* [2017] EWHC 2791 (Ch) [par. 46], CLOUT 1798 ; *Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd. (en liquidation)* [2019] EWHC 1215 (Ch) [par. 29 à 33], CLOUT 1819.

Nouvelle-Zélande : *Williams c. Simpson* (n° 1) [2011] NZHC 1631 (17 septembre 2010) [par. 35].

États-Unis : *Bear Stearns* 374 B.R. 122, 129 (Bankr. S.D.N.Y. 2007), CLOUT 760, confirmé 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 ; *Betcorp Limited* 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927, faisant référence au document A/CN.9/WG.V/WP.44 au sujet du membre de phrase « ou d'une autre loi relative à l'insolvabilité » ; *Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Ins. Ltd.)* 601 F.3d 319, 326 (5^e circuit 2010), CLOUT 1006, faisant référence au document A/CN.9/419 [par. 50 à 53] ; *Vitro S.A.B. de C.V.* 701 F.3d 1031, 1048 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310, faisant référence au document A/CN.9/419 [par. 112 et 113], sur la désignation du représentant étranger, également cité dans *OAS S.A.* 533 B.R. 83, 94 et 95 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629.

²² Par exemple, *Angleterre* : *Stanford International Bank Limited* [2009] EWHC 1441 (Ch), confirmé [2010] EWCA Civ 137, CLOUT 1003 ; *Japon* : *Think3 Inc.*, affaire n°s (shou) 3 et 5 de 2011, Tribunal de district de Tokyo (31 juillet 2012) ; affaire n° (ra) 1757 de 2012 (appel), Haute Cour de Tokyo (2 novembre 2012), CLOUT 1335 ; *États-Unis* : *Gerova Financial Group, Ltd.*, 482 B.R. 86, 92 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1275, qui fait référence aux modifications apportées au Guide pour l'incorporation alors en cours d'élaboration par le Groupe de travail V de la CNUDCI, citant le Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa quarante et unième session (New York, 30 avril-4 mai 2012) (A/CN.9/742) [par. 60], selon lequel « une proposition tendant à modifier la Loi type pour préciser que le centre des intérêts principaux doit être déterminé à la date d'ouverture de la procédure étrangère d'insolvabilité "a été largement appuyée" » ; *Oi Brasil Holdings Cooperatief U.A.*, 578 B.R. 169, 242 (Bankr. S.D.N.Y. 2017), faisant référence aux objectifs des travaux entrepris par la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises.

²³ *Australie* : *Raithatha c. Ariel Industries PLC* [2012] FCA 1526 [par. 38 et 39] ; *Tucker*, dans l'affaire *Aero Inventory (United Kingdom) Limited c. Aero Inventory (United Kingdom) Limited* (n° 2) [2009] 181 FCA 1481 [par. 22], CLOUT 922 ; *Akers c. Deputy Commissioner of Taxation* [2014] FCAFC 57 [par. 41]. Voir également *États-Unis* : *Betcorp Limited* 400 B.R. 266, 282 et 283 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927, faisant référence au mémoire explicatif établi à l'intention du Parlement australien pour l'aider à comprendre l'objet et la structure des textes, et au fait que les tribunaux australiens peuvent utiliser les mémoires pour interpréter les lois ayant été adoptées. *États-Unis* : Dans le rapport de la Chambre des représentants, il est question que les tribunaux s'intéressent au Guide pour l'incorporation et aux rapports qui y sont cités afin de parvenir plus aisément à une interprétation uniforme du chapitre 15 : H.R. Rep. n° 109-31, pt. 1, 109 et 110 (2005) réimprimé dans 2005 USCCAN 88, 172 et 173.

²⁴ Par exemple, *Angleterre* : *Rubin c. Eurofinance SA* [2012] UKSC 46 [par. 167 et 168], CLOUT 1270 ; *Pan Ocean Co. Ltd.*, [2014] EWHC 2124 (Ch) [par. 92], CLOUT 1482 ; *Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd. (en liquidation)* [2019] EWHC 1215 (Ch) [par. 47 et 48], CLOUT 1819. *Canada* : *Probe Resources Ltd.* (2011), 2011 CarswellBC 1043, 79 C.B.R. (5th) 148 (B.C. S.C.) [par. 21 et 22]. *États-Unis* : *Basis Yield Alpha Fund (Master)* 381 B.R. 37, 52 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 ; *Betcorp Limited* 400 B.R. 266, 277, 286 et 287 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 ; *Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Ins. Ltd.)* 601 F.3d 319 (5^e circuit 2010), CLOUT 1006, 321, 324 et 326 ; *Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (In re Fairfield Sentry Ltd.)* 714 F.3d 127, 135 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339 ; *Lavie c. Ran (In re Ran)* 607 F.3d 1017, 1025 (5^e circuit 2010).

²⁵ *Australie* : *Gainsford*, dans l'affaire *Tannenbaum c. Tannenbaum* [2012] FCA 904 [par. 37], CLOUT 1214 – le tribunal a déclaré que les principes d'interprétation des lois applicables en Australie permettraient de tenir compte des principes généraux énoncés dans la Convention de Vienne en ce qui concerne l'interprétation des instruments internationaux de ce type, et que l'article 32 de ladite Convention permettrait de prendre en considération les travaux préparatoires de la CNUDCI sur la LTI ; *Akers c. Deputy Commissioner of Taxation* [2014] FCAFC 57 [par. 45 à 49] – le tribunal a estimé que la LTI devait être interprétée eu égard à sa qualité de convention internationale, conformément à l'article 8, qui transpose les règles d'interprétation des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Voir également *Angleterre* : *Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd. (en liquidation)* [2019] EWHC 1215 (Ch) [par. 45 et 46], CLOUT 1819.

Chapitre II. Accès des représentants et des créanciers étrangers aux tribunaux du présent État

Article 9. Droit d'accès direct

Un représentant étranger est habilité à s'adresser directement à un tribunal du présent État.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 9 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 176 à 178]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).

2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :

a) À la LTI : A/CN.9/419 [par. 77 à 79, 172 et 173] ; A/CN.9/422 [par. 144 à 151] ; A/CN.9/433 [par. 50 à 58] ; A/CN.9/435 [par. 129 à 133] ;

b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 54] ; A/CN.9/442 [par. 93] ;

c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/766 [par. 31].

3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 108].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 108]¹ indique que l'article 9 se limite à énoncer le principe de l'accès direct du représentant étranger aux tribunaux de l'État adoptant. Ledit représentant est ainsi dispensé de formalités telles que licences ou action consulaire.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 9

2. Une affaire signalée confirme que, à la suite de la reconnaissance au titre de l'article 17 (exigence incluse dans la législation de l'État concerné incorporant la Loi type), le représentant étranger a qualité pour ester en justice en vertu de l'article 9². Un autre tribunal a noté que le principe d'accès direct énoncé à l'article 9 n'imposait pas que des mesures soient accordées au représentant étranger, la question des mesures étant abordée expressément dans d'autres articles³.

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 93].

² *États-Unis* : Massa Falida Do Ban Cruzeiro Do Sul S.A., 567 B.R. 212 (Bankr. S.D.Fla. 2018). L'article 1509 du Code des faillites des États-Unis, titre 11 de l'U.S.C., incorporant l'article 9 de la LTI, inclut une exigence de reconnaissance et étend à d'autres égards la portée de l'article 9 ; les affaires signalées ne portent pour l'essentiel pas sur le simple droit d'accès prévu à l'article 9 de la LTI, tel qu'il est rédigé.

³ *États-Unis* : Cozumel Caribe, S.A., de C.V. 482 B.R. 96, 109 et 110 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1311.

Article 10. Compétence limitée

Le seul fait qu'une demande soit présentée par un représentant étranger en vertu de la présente Loi à un tribunal du présent État ne soumet pas ledit représentant ni les biens ou affaires du débiteur à l'étranger à la compétence des tribunaux du présent État pour d'autres fins que celles indiquées dans la demande.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 10 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 179 à 182]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/422 [par. 160 à 166] ; A/CN.9/433 [par. 68 à 70] ; A/CN.9/435 [par. 134 à 136] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 55 et 56] ; A/CN.9/442 [par. 94 à 96] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/763 [par. 27] ; A/CN.9/766 [par. 31].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 111].

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 94 à 96].

² *États-Unis : In re Lloyd* (La Mutuelle du Mans Assurances IARD, filiale du Royaume-Uni) affaire n° 05 60100 (Bankr. S.D.N.Y. 7 décembre 2005), CLOUT 788 – lorsqu'il a accordé la reconnaissance, le tribunal a inclus dans son ordonnance le libellé suivant : « qu'aucune action entreprise par le requérant, les conseillers du concordat, le concordat, MMA, ou chacun de leurs successeurs, agents, représentants, ou conseillers, y compris juridiques, pour préparer, diffuser, introduire une demande, exécuter, ou agir d'une autre manière aux fins de la procédure étrangère, du concordat, de la présente ordonnance ou de la présente affaire relevant du chapitre 15, ou de toute procédure contradictoire ou ultérieure engagée en rapport avec celle-ci, ne sera réputée constituer une levée de l'immunité accordée à ces personnes en application des articles 306 et 1510 du titre 11 de l'U.S.C. ». Voir également *CSL Australia c. Britannia Bulk A/S*, affaire n° 08-15187 (S.D.N.Y. 8 septembre 2009) – l'article 1509 e) du Code des faillites des États-Unis, titre 11 de l'U.S.C., prévoit que, sous réserve des dispositions de l'article 10, un représentant étranger est soumis aux dispositions juridiques applicables ne relevant pas du droit de la faillite, et doit donc se conformer aux ordonnances des tribunaux ; *SNP Boat Service SA*, 453 B.R. 446 (Bankr. S.D. Fla. 2011), CLOUT 1314 – le tribunal a menacé de révoquer la reconnaissance d'une procédure étrangère principale au motif que le représentant étranger refusait de se soumettre à la procédure de communication préalable (discovery).

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 109 à 111]¹ indique que l'article 10 constitue une « clause de sauvegarde » visant à garantir que le tribunal de l'État adoptant n'étende pas sa compétence à l'ensemble des biens du débiteur au seul motif que le représentant étranger aurait introduit une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère. Toutefois, cette limitation n'est pas absolue et a pour unique objet de protéger suffisamment le représentant étranger pour ne pas le dissuader de s'adresser aux tribunaux. D'autres motifs possibles d'exercice de la compétence sur le représentant étranger ou les biens et les affaires du débiteur en vertu des lois de l'État adoptant ne sont pas affectés ; un acte délictuel ou une inconduite du représentant étranger peut constituer un motif pour connaître des conséquences d'une telle action.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 10

2. L'immunité accordée par l'article 10 a été réaffirmée dans les ordonnances rendues par quelques tribunaux².

Article 11. Demande d'ouverture par le représentant étranger d'une procédure en vertu de
[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]

Un représentant étranger est habilité à demander l'ouverture d'une procédure en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] si les conditions d'ouverture d'une telle procédure sont par ailleurs réunies.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 11 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 183 à 187]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/422 [par. 170 à 177] ; A/CN.9/433 [par. 71 à 75] ; A/CN.9/435 [par. 137 à 146] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 57] ; A/CN.9/442 [par. 97 à 99] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/763 [par. 27] ; A/CN.9/766 [par. 31].

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 97 à 99].

² L'article 1511 du Code des faillites des États-Unis, titre 11 de l'U.S.C., incorporant l'article 11 de la LTI, prévoit que le droit d'ouvrir une procédure volontaire aux États-Unis est subordonné à la reconnaissance en vertu du chapitre 15.

3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 114].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 112 à 114]¹ indique que l'article 11 a pour objet de garantir que la loi de l'État adoptant dispose clairement que le représentant étranger a la capacité de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans cet État, sous réserve que les conditions d'ouverture applicables en vertu de cette loi soient satisfaites. La reconnaissance n'est pas une condition préalable à cette ouverture, étant donné que la procédure peut se révéler essentielle dans les cas où il est urgent de préserver les biens du débiteur. L'article n'établit pas de distinction entre le représentant étranger d'une procédure principale et celui d'une procédure non principale.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 11

2. Les affaires signalées ne portaient pas sur des questions liées à l'interprétation de l'article 11².

*Article 12. Participation du représentant étranger à une procédure ouverte en vertu de
[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]*

Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, le représentant étranger est habilité à participer à une procédure concernant le débiteur ouverte en vertu de *[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]*.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 12 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 188 et 189]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/422 [par. 114, 115, 147 et 149] ; A/CN.9/433 [par. 58] ; A/CN.9/435 [par. 147 à 150] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 58 et 59] ; A/CN.9/442 [par. 100 à 102] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/763 [par. 27] ; A/CN.9/766 [par. 31].

3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 117].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 115 à 117]¹ indique que l'article 12 vise à garantir que lorsqu'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur a lieu dans l'État adoptant, le représentant étranger d'une procédure étrangère concernant ce débiteur ait la capacité de participer à la procédure se déroulant dans l'État adoptant. L'article ne précise pas ce que recouvre la participation mais, d'après le Guide, celle-ci peut consister, par exemple, à présenter une requête, une demande ou des conclusions concernant des questions telles que la protection, la réalisation ou la répartition des biens du débiteur ou la coopération avec la procédure étrangère.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 12

2. Les affaires signalées ne portaient pas sur des questions liées à l'interprétation de l'article 12².

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 100 à 102].

² *États-Unis* : Reserve Int'l. Liquidity Fund, Ltd. c. Caxton Int'l Ltd., 09 Civ. 9021 (S.D.N.Y. 29 avril 2010) – le tribunal ne s'est pas référé à l'article 12, mais a confirmé que la reconnaissance était nécessaire pour qu'un représentant étranger puisse comparaître dans une action en entrepaille relative à la répartition des fonds du débiteur. S'il était autorisé à ce faire en l'absence de reconnaissance, cela constituerait, de l'avis du tribunal, une reconnaissance tacite du fait que la procédure étrangère était valable et que les liquidateurs contrôlaient les fonds du débiteur, questions qui devaient l'une et l'autre être tranchées dans le cadre d'une action introduite en vertu du chapitre 15.

Article 13. Accès des créanciers résidant à l'étranger à une procédure ouverte en vertu de
[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, les créanciers résidant à l'étranger ont, en ce qui concerne l'ouverture d'une procédure et la participation à cette procédure en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité], les mêmes droits que les créanciers résidant dans le présent État.

2. Le paragraphe 1 du présent article ne porte pas atteinte au rang de priorité des créances dans une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité], à ceci près que les créances du créancier résidant à l'étranger n'ont pas un rang de priorité inférieur à [identifier la catégorie des créances non préférentielles non garanties et indiquer que les créances étrangères doivent avoir un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties, si des créances locales équivalentes (par exemple, créances découlant d'une sanction pécuniaire et créances dont le paiement a été différé) ont un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties]^a.

^a L'État adoptant pourra envisager de remplacer le paragraphe 2 de l'article 13 par le texte suivant :

2. Le paragraphe 1 du présent article ne porte pas atteinte au rang de priorité des créances dans une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité], ni à l'exclusion d'une telle procédure des créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers. Néanmoins, les créances des créanciers résidant à l'étranger autres que celles qui se rapportent aux obligations fiscales et de sécurité sociale n'ont pas un rang de priorité inférieur à [identifier la catégorie des créances non préférentielles non garanties et indiquer que les créances étrangères doivent avoir un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties, si des créances locales équivalentes (par exemple, créances découlant d'une sanction pécuniaire et créances dont le paiement a été différé) ont un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties].

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 13 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)] [par. 190 à 192]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (Annuaire, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/422 [par. 179 à 187] ; A/CN.9/433 [par. 77 à 85] ; A/CN.9/435 [par. 151 à 156] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 60 et 61] ; A/CN.9/442 [par. 103 à 105].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 120].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 118 à 120]¹ explique que l'article 13 énonce le principe selon lequel les créanciers étrangers qui demandent l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant ou qui produisent des créances dans une telle procédure, ne doivent pas être moins bien traités que les

créanciers locaux. Il ressort clairement du paragraphe 2 que le principe de non discrimination consacré au paragraphe 1 n'affecte pas les dispositions relatives au classement des créances dans les procédures d'insolvabilité, y compris toutes dispositions pouvant assigner un rang spécial aux créances des créanciers étrangers. Toutefois, afin d'éviter de vider de son sens le principe de non-discrimination, le paragraphe 2 établit un rang minimum pour les créances des créanciers étrangers, à savoir celui de créances ordinaires non assorties de sûretés, hormis dans les cas où, en vertu de la loi de l'État adoptant, une créance locale équivalente aurait un rang inférieur aux créances ordinaires non assorties de sûretés (il peut s'agir, par exemple, de créances concernant des peines pécuniaires ou des amendes, ou de créances dont le paiement est différé en raison de l'existence d'une relation particulière entre le débiteur et le créancier ou encore de créances produites après l'expiration du délai fixé). L'alternative figurant dans la note de bas de page ne diffère de la disposition du texte que dans la mesure où elle propose aux États qui refusent de reconnaître les créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers, une formulation leur permettant de maintenir cette discrimination.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 13

2. Un tribunal a déclaré que la LTI reconnaissait expressément (dans la note de bas de page relative au paragraphe 2 de l'article 13), mais sans prévoir expressément, la possibilité pour une instance locale d'exclure les créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale d'États souverains étrangers de la répartition

locale des biens du débiteur insolvable. En outre, le tribunal a noté que les rapports du Groupe de travail V de la CNUDCI (Droit de l'insolvabilité) portant sur les travaux de ses dix-neuvième, vingtième et vingt et unième sessions, tenues respectivement en avril 1996, octobre 1996 et

janvier 1997, n'envisageaient pas que la LTI s'applique de manière que la reconnaissance d'une procédure étrangère entraîne la suppression ou l'inexigibilité au niveau local des dettes fiscales locales².

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 103 à 105].

² *Australie* : Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 [par. 46 et 48].

Article 14. Notification aux créanciers résidant à l'étranger d'une procédure ouverte en vertu de
[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]

1. Lorsqu'en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité], notification doit être donnée aux créanciers résidant dans le présent État, notification est également donnée aux créanciers connus qui n'y ont pas d'adresse. Le tribunal peut ordonner que des mesures appropriées soient prises pour aviser tout créancier dont l'adresse n'est pas encore connue.
2. Cette notification est adressée individuellement aux créanciers résidant à l'étranger, à moins que le tribunal ne juge, en fonction des circonstances, qu'une autre forme de notification serait plus appropriée. Aucune commission rogatoire ou autre formalité similaire n'est requise.
3. Lorsque la notification d'une procédure doit être adressée à des créanciers résidant à l'étranger, la notification doit :
 - a) Indiquer un délai raisonnable à observer pour la production des créances et spécifier le lieu où elles doivent être produites ;
 - b) Indiquer si les créanciers dont la créance est assortie d'une sûreté doivent produire ladite créance ; et
 - c) Contenir toute autre information requise pour la notification aux créanciers conformément à la loi du présent État et aux décisions du tribunal.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 14 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 193 à 198]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/419 [par. 84 à 87] ; A/CN.9/422 [par. 188 à 191] ; A/CN.9/433 [par. 86 à 98] ; A/CN.9/435 [par. 157 à 164] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 63 à 65 et 84] ; A/CN.9/442 [par. 106 à 111, 120 et 121].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 126].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 121 à 126]¹ explique que le paragraphe 1 vise à établir

le principe d'égalité de traitement des créanciers, en faisant en sorte que les créanciers étrangers soient avisés dans tous les cas où une notification est exigée pour les créanciers de l'État adoptant. Bien qu'une notification individuelle soit exigée pour les créanciers étrangers, il est laissé aux tribunaux la possibilité d'en décider autrement au cas par cas (par exemple, dans le cas où une notification individuelle entraînerait des coûts trop élevés ou ne semblerait pas réalisable au vu des circonstances). Lorsqu'une notification est requise, elle doit être adressée par tous moyens rapides que le tribunal juge appropriés, mais il n'est pas exigé de commissions rogatoires ou autres formalités. Le Guide aborde la question de la pertinence, pour les affaires d'insolvabilité internationale, des traités portant sur la coopération judiciaire et les procédures de communication d'actes judiciaires ou extrajudiciaires à des destinataires se trouvant à l'étranger, et indique que, de manière générale, le paragraphe 2 ne serait pas incompatible avec les obligations prévues par ces traités ; si un conflit apparaissait néanmoins, l'article 3 offrirait la solution. Il est donné une description du contenu de la notification, tandis que d'autres points qu'il pourrait être nécessaire d'y intégrer sont simplement mentionnés dans le Guide [par. 126].

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 14

2. Les affaires signalées ne portaient pas sur des questions liées à l'interprétation de l'article 14.

Note

¹ Guide pour l'incorporation [par. 106 à 111].

Chapitre III. Reconnaissance de la procédure étrangère et mesures disponibles

Article 15. Demande de reconnaissance de la procédure étrangère

1. Un représentant étranger peut demander au tribunal de reconnaître la procédure étrangère dans le cadre de laquelle le représentant étranger a été désigné.
2. Une demande de reconnaissance doit être accompagnée :
 - a) D'une copie certifiée conforme de la décision d'ouverture de la procédure étrangère et de désignation du représentant étranger ; ou
 - b) D'un certificat du tribunal étranger attestant l'ouverture de la procédure étrangère et la désignation du représentant étranger ; ou
 - c) En l'absence des preuves visées aux alinéas *a* et *b*, de toute autre preuve de l'ouverture de la procédure étrangère et de la désignation du représentant étranger susceptible d'être acceptée par le tribunal.
3. Une demande de reconnaissance est également accompagnée d'une déclaration identifiant toutes les procédures étrangères concernant le débiteur qui sont connues du représentant étranger.
4. Le tribunal peut exiger la traduction des documents fournis à l'appui de la demande de reconnaissance dans une langue officielle du présent État.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 15 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*) [par. 199 à 209]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/419 [par. 62 à 69, 178 à 189] ; A/CN.9/422 [par. 76 à 93, 152 à 159] ; A/CN.9/433 [par. 59 à 67, 99 à 104] ; A/CN.9/435 [par. 165 à 173] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 66 à 69] ; A/CN.9/442 [par. 112 à 121] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/742 [par. 40].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 136].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 127 à 136] explique que l'article 15, associé à l'article 16, définit les exigences procédurales essentielles relatives à une demande de reconnaissance par un représentant étranger, en mettant l'accent sur la simplicité et la rapidité¹. Le paragraphe 2 adopte une approche souple en ce qui concerne les preuves requises à l'appui de la demande, de sorte que si le demandeur n'est pas en mesure de présenter des documents qui répondent en tous points aux exigences des alinéas *a* ou *b*, l'alinéa *c* permet au tribunal de prendre en considération d'autres preuves qu'il estime acceptables. Les informations requises en vertu du paragraphe 3 sont destinées à aider le tribunal à adapter de manière appropriée les mesures de soutien à la procédure étrangère afin d'assurer la cohérence avec les autres procédures concernant le même débiteur. Le paragraphe 4 autorise, mais ne contraint pas, le tribunal à demander une traduction de certains ou de la totalité des documents accompagnant la demande de reconnaissance. Si les procédures du tribunal lui permettent d'avancer sans disposer de traductions, cela peut aider celui-ci à rendre sa décision sur la demande dans les meilleurs délais. Le Point de vue du juge [par. 41] note que la Loi type ne prévoit pas que le tribunal requis s'interroge pour savoir si la procédure étrangère a bien été ouverte conformément au droit applicable ; si la procédure étrangère satisfait aux dispositions de l'article 15, elle devrait être reconnue en vertu de l'article 17².

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 15

ARTICLE 15, PARAGRAPHE 1

2. Aucun cas signalé n'a fait référence à des questions découlant du paragraphe 1.

ARTICLE 15, PARAGRAPHES 2 ET 3

3. Les tribunaux ont indiqué que la première condition en vue de la reconnaissance est la satisfaction des éléments procéduraux de l'article 15, qui doivent être interprétés strictement^{3,4}. Le représentant étranger a la charge de la preuve de ces éléments (voir la discussion sur la charge de la preuve à l'article 16-3)⁵. Dans une affaire où la reconnaissance de procédures multiples était demandée au sein d'une unique requête, il a été jugé qu'une requête distincte devait être déposée pour chaque procédure étrangère dont la reconnaissance était demandée⁶. De même, dans un cas où la procédure pour laquelle la reconnaissance avait été demandée (et accordée) avait pris fin et une autre procédure avait été ouverte (sans que le tribunal accordant la reconnaissance en soit informé), le tribunal a estimé qu'une nouvelle demande de reconnaissance était nécessaire, car il n'était pas possible de modifier la procédure existante pour couvrir la reconnaissance de la nouvelle procédure⁷.

Interprétation de termes et de membres de phrases

« Désignation » (alinéas a à c du paragraphe 2)
[voir également art. 2 d].

4. En ce qui concerne le sens du terme « désignation » tel qu'il figure aux alinéas a à c de l'article 15-2, un tribunal a considéré qu'il était aussi ambigu que le mot « autorisé » à l'article 2 d⁸. Au mieux, a-t-il estimé, le représentant étranger doit être désigné dans le cadre ou au cours d'une procédure étrangère, mais il n'a pas précisé qui devait être à l'origine de la désignation⁹. Dans de nombreux cas signalés, le représentant étranger a été désigné par le tribunal étranger, comme l'attestent généralement les informations fournies pour se conformer à l'article 15-2 b¹⁰. Dans certains cas, le tribunal étranger a également précisé que le représentant étranger avait la faculté d'engager une procédure de reconnaissance dans un autre pays et d'agir en tant que représentant étranger dans cette procédure¹¹.

« Toute autre preuve » [alinéa 2 c]

5. En ce qui concerne les preuves requises conformément au paragraphe 2, dans un cas où aucun document certifié n'était disponible au titre des alinéas a et b du paragraphe 2, d'autres preuves ont été jugées suffisantes pour satisfaire à l'exigence, notamment : a) des copies conformes de procès-verbaux, de décisions de justice, de rapports aux créanciers et de formulaires de recherches d'informations sur des sociétés en rapport avec la nomination et les activités du représentant étranger du débiteur¹² ; b) la correspondance pertinente avec le personnel du registre des entreprises et le greffe du tribunal concerné et des recherches d'informations sur des sociétés en rapport avec une modification du statut de la procédure étrangère, les copies conformes des avis relatifs à ce changement ; et c) l'inscription du représentant étranger en tant que liquidateur du débiteur. Un document de l'organisme étranger de réglementation des entreprises montrant que des liquidateurs avaient été nommés auprès du débiteur conformément à la législation applicable a également été invoqué en vertu de l'article 15-2, au motif que l'organisme de réglementation était une « autorité » au sens de l'article 2 c de la LTI¹³. Dans une affaire où le requérant ne remplissait pas les exigences des alinéas a ou b de l'article 15-2, car il fournissait uniquement des copies de divers documents judiciaires, le conseil a renvoyé le tribunal à l'alinéa c du paragraphe 2. Bien que le tribunal ait déclaré qu'à son sens, il avait été établi qu'il existait suffisamment de preuves pour que la demande suive son cours, il a souligné qu'il devait y avoir une base qui lui permette de recourir à l'alinéa c du paragraphe 2, par exemple une explication raisonnable de la part du demandeur quant aux raisons pour lesquelles les documents mentionnés aux alinéas a ou b n'étaient pas disponibles et d'autres preuves devraient être acceptées¹⁴. La présentation d'informations supplémentaires relatives à la nature de la procédure étrangère a été autorisée après le dépôt de la demande de reconnaissance et l'ouverture de la procédure de reconnaissance¹⁵.

ARTICLE 15, PARAGRAPHE 4

6. Les cas signalés ne font pas état de questions découlant du paragraphe 4.

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 112 à 121].

² Voir également la discussion relative à la communication complète et sincère à l'article 6 ci-dessus.

³ *États-Unis* : Vitro S.A.B. de C.V. 701 F.3d 1031, 1046 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310 – le tribunal a déclaré que « ces exigences [devaient] être interprétées de manière stricte, conformément à notre position selon laquelle l'analyse requise n'est pas un exercice d'approbation automatique et que, même en l'absence d'une objection, les tribunaux doivent mener leur propre analyse juridictionnelle et accorder ou refuser la reconnaissance en vertu du chapitre 15 selon les faits de chaque affaire », citant *Lavie c. Ran* (*In re Ran*) 607 F.3d 1017, 1021 (5^e circuit 2010), *Bear Stearns*, 374 B.R. 122, 126, 130 (Bankr. S.D.N.Y. 2007), CLOUT 760, confirmé par 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 ; voir également art. 17-1.

⁴ *États-Unis* : *Lavie c. Ran* (*In re Ran*), 607 F.3d 1017, 1021 (5^e circuit Tex. 2010).

⁵ *États-Unis* : *Basis Yield Alpha Fund* (Master) 381 B.R. 37, 52 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789.

⁶ *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 889 (Bankr. S.D. Fla. 2010), CLOUT 1005.

⁷ *Australie* : Board of Directors of Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA c. Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA [2017] FCA 331, CLOUT 1799.

⁸ Voir ci-dessus chapitre 1, art. 2 d) ; Vitro S.A.B. de C.V. 701 F.3d 1031, 1069-70 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310.

⁹ *États-Unis* : Vitro S.A.B. de C.V. 701 F.3d 1031, 1047 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310.

¹⁰ Par exemple, *États-Unis* : Grand Prix Associates, Inc., (Bankr. D.N.J. 18 mai 2009) – un prétendu représentant étranger a présenté une ordonnance du tribunal étranger le désignant comme représentant étranger des entités commerciales en question.

¹¹ Par exemple, *Canada* : Probe Resources Ltd. (2011), 2011 CarswellBC 1043, 79 C.B.R. (5th) 148 (B.C. S.C.) – un tribunal des États-Unis avait autorisé le demandeur à agir en tant que représentant étranger de lui-même et de ses filiales. *États-Unis* : Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A. 385 B.R. 525, 534 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925 – le tribunal espagnol de l'insolvabilité était en droit de désigner un représentant étranger à des fins de reconnaissance ; Basis Yield Alpha Fund (Master) 381 B.R. 37, 46 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 ; Innua Canada, Ltd., affaire n° 09-16362 (Bankr. D.N.J. 15 avril 2009) p. 4 – il était indiqué dans l'ordonnance de mise sous administration judiciaire rendue par un tribunal canadien que le représentant étranger avait la faculté d'engager une procédure de reconnaissance aux États-Unis.

¹² *Australie* : Raithatha c. Ariel Industries PLC [2012] FCA 1526 [par. 47 et 48].

¹³ *États-Unis* : Betcorp Limited 400 B.R. 266, 294 et 295 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927.

¹⁴ *Canada* : Probe Resources Ltd., (2011), 2011 CarswellBC 1043, 79 C.B.R. (5th) 148 (B.C. S.C.) [par. 14 à 16].

¹⁵ *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 907 (Bankr. D.Fla. 2010), CLOUT 1005 – au moment où la demande a été présentée, on s'est posé la question de savoir si la procédure étrangère visait le redressement ou la liquidation ; des ordonnances ultérieures du tribunal étranger ont apporté la réponse : voir ci-dessus art. 2 a).

Article 16. Présomptions concernant la reconnaissance

1. Si la décision ou le certificat visés au paragraphe 2 de l'article 15 indiquent que la procédure étrangère est une procédure au sens de l'alinéa *a* de l'article 2 et que le représentant étranger est une personne ou un organe au sens de l'alinéa *d* de l'article 2, le tribunal peut présumer qu'il en est ainsi.
2. Le tribunal est habilité à présumer que les documents soumis à l'appui de la demande de reconnaissance sont authentiques, qu'ils aient ou non été légalisés.
3. Sauf preuve contraire, le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumée être le centre de ses intérêts principaux.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 16 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 204 à 206] et de sa quarante-sixième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*] [par. 197]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/52/17 [par. 204 à 206] ; A/CN.9/435 [par. 170 à 172] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/442 [par. 122 et 123] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/715 [par. 14, 15, 38 à 41, 44 à 45] ; A/CN.9/738 [par. 22 à 30] ; A/CN.9/742 [par. 41 à 56] ; A/CN.9/763 [par. 29 à 48] ; et A/CN.9/766 [par. 33 à 40].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 149].

INTRODUCTION¹

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 137 à 149] explique que l'article 16 établit des présomptions permettant au tribunal d'accélérer le processus de présentation de preuves, sans l'empêcher de demander ou d'évaluer d'autres preuves si la conclusion découlant de la présomption est mise en doute². Le paragraphe 1 crée des présomptions en ce qui concerne les définitions fournies à l'article 2 des termes « procédure étrangère » et « représentant étranger », permettant au tribunal de se fonder sur les informations contenues dans la décision étrangère (ou le certificat étranger) visée à l'article 15 lorsqu'elles sont pertinentes pour satisfaire à ces exigences. Le paragraphe 2 dispense de l'exigence de légalisation des documents, mais le

tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de refuser de se fonder sur la présomption d'authenticité ou de conclure que la preuve contraire prévaut (voir également Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 128 à 130] ; le [par. 130] traite de la relation entre la LTI et les traités pertinents relatifs à la reconnaissance mutuelle et à la légalisation des actes)³.

2. Fondamental pour la mise en œuvre de la LTI, le concept utilisé dans la présomption visée au paragraphe 3, à savoir celui de centre des intérêts principaux, n'est pas défini à l'article 2. La question de savoir ce qui constitue le centre des intérêts principaux d'un débiteur a donné lieu à maints débats, notamment en ce qui concerne la preuve requise pour renverser la présomption visée à l'article 16-3. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 143 à 149] et le Point de vue du juge [par. 93 à 125] accordent une place considérable à l'examen de l'interprétation de ce paragraphe. Ils indiquent que, de manière générale, lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve au même endroit que son lieu d'immatriculation, il est peu probable que se posent des questions en ce qui concerne la réfutation de la présomption. Toutefois, lorsque le siège statutaire du débiteur semble distinct du centre prétendu de ses intérêts principaux, la partie alléguant que le lieu d'immatriculation est différent du centre des intérêts principaux devra satisfaire le tribunal quant à l'endroit où se trouve ce dernier. Dans cette dernière situation, le Guide pour l'incorporation et l'interprétation suggère que le centre des intérêts principaux d'un débiteur sera identifié sur la base d'éléments objectifs et vérifiables par des tiers, c'est-à-dire des facteurs indiquant à ceux qui traitent avec le débiteur, en particulier les créanciers, où se trouve ce centre⁴. L'évolution de la prise en compte par les tribunaux des facteurs pertinents pour cette analyse est examinée ci-dessous.

3. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 145] estime que, dans la plupart des cas, les principaux facteurs ci-après, pris ensemble, tendront à indiquer si le lieu où la procédure étrangère a été ouverte est le centre des intérêts principaux du débiteur. Ces facteurs sont le lieu : *a*) où le débiteur a son administration centrale ; et *b*) pouvant facilement être vérifié par les créanciers. Ayant analysé les facteurs pertinents pour réfuter la présomption, plusieurs tribunaux ont réagi au débat qui a eu lieu au sein de la CNUDCI lors de la révision du Guide pour l'incorporation et l'interprétation.

4. Lorsque les principaux facteurs mentionnés ci-dessus ne permettent pas de déterminer clairement où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur, le Guide pour l'incorporation et l'interprétation propose d'examiner plusieurs autres éléments relatifs à l'activité du débiteur. Ces facteurs sont énoncés au [par. 147] du Guide⁵. Ils pourraient s'avérer pertinents dans le cadre d'affaires particulières, mais il est suggéré qu'ils ne revêtent qu'une importance secondaire et qu'ils ne devraient être pris en compte que dans la mesure où ils ont trait aux deux facteurs principaux. Le tribunal peut être amené à leur accorder plus ou moins de poids selon les circonstances de l'espèce. Tous les facteurs ne seront pas nécessairement vérifiables par des tiers (par exemple, les détails des revenus indiqués dans les déclarations fiscales). Cependant, il s'agit dans tous les cas d'un exercice global, tenant compte de la totalité des preuves, visant à déterminer que le lieu de la procédure étrangère correspond en fait au centre des intérêts principaux du débiteur tel qu'il peut facilement être vérifié par les créanciers.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 16

ARTICLE 16, PARAGRAPHE 1

5. Les tribunaux citent généralement les preuves fournies pour satisfaire aux exigences de l'article 15 et notent qu'ils sont en droit de s'appuyer sur la présomption visée au paragraphe 1 en ce qui concerne les faits prouvés, y compris lorsque les preuves invoquées sont des déclarations du tribunal étranger quant au statut de la procédure et du représentant étranger⁶.

6. Les tribunaux ont confirmé que la présomption visée au paragraphe 1 n'empêche pas le tribunal d'examiner les faits et qu'il a toujours le pouvoir de juger lui-même de la qualification en vertu de l'article 17, nonobstant la présomption visée au paragraphe 1 et l'absence d'opposition réelle⁷.

ARTICLE 16, PARAGRAPHE 2⁸

7. Les tribunaux ont indiqué quels documents ont été soumis à l'appui de la demande de reconnaissance et, s'agissant de la question de l'authenticité, ont déclaré se fier à la présomption⁹. Il a été estimé que l'affirmation d'un débiteur selon laquelle il n'avait pas été officiellement informé de la nomination du représentant étranger ne constituait pas une réfutation de la présomption du paragraphe 2¹⁰. Il a également été jugé que le recours à la présomption ne violait pas le droit des parties intéressées d'être entendues et de présenter des preuves contestant ce recours au motif que les documents étaient faux¹¹.

ARTICLE 16, PARAGRAPHE 3

But de la présomption

8. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 137] explique que la présomption visée au paragraphe 3 constitue un moyen pratique de se passer de preuves

formelles, tout en laissant la possibilité au tribunal de constater, sur la base des preuves fournies, que la conclusion était erronée¹². Comme indiqué ci-dessus dans l'introduction relative à l'article 16, la présomption a donné lieu à de nombreux débats, dans le cadre tant de la LTI que du Règlement CE, le plus souvent dans le contexte de l'insolvabilité de personnes morales plutôt que de personnes physiques (même s'il existe plusieurs affaires concernant des personnes physiques débitrices – voir ci-dessous), l'accent étant mis sur les facteurs pertinents pour réfuter la présomption – la détermination du centre des intérêts principaux est nécessairement fonction des faits dans chaque cas particulier.

Sens du terme « centre des intérêts principaux »

9. Il a été noté dans le cadre des affaires citées que le terme « centre des intérêts principaux » n'était pas défini dans la LTI. En cherchant à en établir le sens, il a été fait référence au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (et aux documents cités ci-dessus dans l'introduction relative au présent article), au Règlement CE et à ses documents interprétatifs pertinents (par exemple, le rapport Virgos-Schmit), et au Point de vue du juge [par. 93 à 104] (voir art. 8 ci-dessus). Les tribunaux ont noté l'origine du concept et le fait que les différents guides s'attachant à son interprétation montrent qu'il était prévu qu'il ait le même sens dans la LTI et le Règlement CE¹³. Dans certains pays, le centre des intérêts principaux a été décrit comme similaire au concept d'établissement principal¹⁴.

10. Il est estimé que tout débiteur a son centre des intérêts principaux dans un seul lieu et, comme il n'y a qu'un seul centre des intérêts principaux, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir qu'une seule procédure principale. Dans une affaire où un créancier s'était opposé à la reconnaissance d'une procédure étrangère au motif que le débiteur n'avait ni centre des intérêts principaux ni établissement dans l'État étranger, le tribunal a estimé qu'un débiteur devait avoir un centre des intérêts principaux et que celui-ci devait se trouver dans un pays donné¹⁵. Le débiteur ayant des sièges sociaux dans deux États, il a conclu qu'il était possible d'avoir plus d'un siège social et que la LTI ne définissait pas le siège social comme étant celui de l'État de la constitution initiale du débiteur. Ainsi, la présomption visée à l'article 16-3 ne s'appliquait pas pour présumer que le centre des intérêts principaux se trouvait dans l'un ou l'autre des États¹⁶.

Décisions rendues en application du Règlement CE

11. Dans les premières affaires jugées en application du Règlement CE, les tribunaux ont estimé que le lieu où s'exerçait les fonctions du siège social de l'entreprise était au cœur de la détermination du centre des intérêts principaux¹⁷. La présomption en faveur du lieu du siège statutaire n'était pas particulièrement forte et ne représentait qu'un des facteurs à considérer, avec l'ensemble des preuves, pour parvenir à une conclusion quant à l'emplacement du centre des intérêts principaux¹⁸. Un tribunal a déclaré que, pour prendre

sa décision, il lui fallait tenir compte du fait que le centre des intérêts principaux devait être vérifiable par les tiers et, en particulier, les créanciers et les créanciers potentiels (voir ci-après la discussion sur la vérifiabilité). Il a indiqué qu'il importait donc de s'attacher non seulement à l'activité du débiteur, mais également à l'activité qu'un observateur objectif prêterait à celui-ci¹⁹.

12. La décision la plus importante rendue en application du Règlement CE concerne l'affaire Eurofood, dans laquelle la Cour de justice européenne a considéré que, « pour la détermination du centre des intérêts principaux d'une société débitrice, la présomption simple prévue par le législateur communautaire au bénéfice du siège statutaire de cette société [...] ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter »^{20,21}. La Cour a estimé que la présomption pouvait être réfutée dans le cas d'une société « boîte aux lettres » qui n'exerçait aucune activité sur le territoire de l'État membre où était situé son siège social. En revanche, elle a considéré que « le simple fait » qu'une société mère réalise des choix économiques (par exemple pour des raisons fiscales) concernant le lieu possible du siège statutaire de sa filiale ne suffisait pas pour écarter la présomption²². L'arrêt insiste beaucoup sur la prévisibilité.

13. Dans l'arrêt rendu par la suite dans l'affaire Interedil, la Cour de justice européenne a estimé que la seconde phrase de l'article 3 du Règlement CE devait être interprétée « en ce sens que le centre des intérêts principaux d'une société débitrice doit être déterminé en privilégiant le lieu de l'administration centrale de cette société, tel qu'il peut être établi par des éléments objectifs et vérifiables par les tiers »^{23,24}. Elle a également estimé que, lorsque la gestion, y compris la prise des décisions de gestion, et le contrôle d'une société étaient exercés au même endroit que son siège statutaire, de manière vérifiable par les tiers, la présomption ne pouvait pas être renversée. Toutefois, lorsque l'emplacement de l'administration centrale d'une société différait de celui de son siège statutaire, une évaluation complète de tous les facteurs pertinents devait être réalisée en vue d'établir, de manière vérifiable par les tiers, l'emplacement du véritable centre de direction et de contrôle de la société et de gestion de ses intérêts. En l'espèce, la Cour a estimé que la présence des actifs de la société et l'existence de contrats d'exploitation financière de ces actifs dans un État membre de l'Union européenne autre que celui dans lequel se trouvait le siège statutaire ne pouvaient pas être considérés comme des facteurs suffisants pour réfuter la présomption, à moins que l'évaluation complète de tous les facteurs pertinents ne désigne cet autre État membre. L'article 3-1 de la refonte du Règlement CE fournit désormais une définition plus précise du concept de centre des intérêts principaux²⁵.

Fonctionnement de la présomption prévue dans la LTI

14. Comme il est indiqué au paragraphe 2 ci-dessus, lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve au même endroit que son lieu d'immatriculation, il est peu probable que

se posent des questions en ce qui concerne la réfutation de la présomption²⁶. En l'absence de grave controverse, la présomption est commode en ce qui concerne la preuve, permettant et encourageant des réactions rapides lorsque la vitesse peut être essentielle, en liant la présomption à l'impératif de l'article 17-3, selon lequel la décision relative à une demande de reconnaissance est rendue le plus tôt possible^{27,28}.

15. Toutefois, certains tribunaux ont déclaré qu'ils n'étaient pas tenus de « suivre aveuglément » la présomption visée à l'article 16, et qu'il appartenait au tribunal requis d'examiner chaque demande afin de déterminer si toutes les conditions requises pour la reconnaissance étaient remplies, de considérer indépendamment le lieu où se trouvait le centre des intérêts principaux du débiteur et d'analyser les facteurs pertinents^{29,30,31,32}. Dans une affaire où les personnes qui demandaient la reconnaissance s'étaient fondées sur la présomption et l'absence de toute objection, et avaient choisi de ne pas aborder ou établir les faits appuyant l'existence d'une procédure « principale », le tribunal a déclaré qu'il existait des preuves contraires et que le pouvoir qui était le sien d'examiner les faits sous-jacents à l'article 17 ne saurait être contourné ou éliminé par le choix de ne pas plaider ou de ne pas présenter les faits pertinents³³. Dans une autre affaire, le tribunal requis a estimé que le fait que trois tribunaux d'autres juridictions agissant dans le cadre de la LTI aient accepté l'application de la présomption visée à l'article 16-3 à l'égard du débiteur concerné était un facteur également susceptible d'être pris en compte dans la procédure de reconnaissance³⁴.

Charge de la preuve

16. Comme indiqué ci-dessus, dans l'introduction, le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 143] note que lorsqu'un représentant étranger demande la reconnaissance d'une procédure étrangère en tant que procédure principale et qu'il semble exister un décalage entre l'emplacement du siège statutaire du débiteur et le lieu présumé être le centre de ses intérêts principaux, la partie alléguant que le centre des intérêts principaux du débiteur ne correspond pas au lieu d'immatriculation doit convaincre le tribunal du lieu où se trouve ce centre³⁵. Un État a choisi une approche différente, dans le cadre de laquelle la charge ultime de la preuve incombe à la personne qui affirme que la procédure concernée est la procédure principale, c'est-à-dire généralement le représentant étranger, et non à la partie qui s'oppose à cette affirmation³⁶. La partie adverse peut être un créancier ou une partie intéressée ; la question peut aussi être soulevée par le tribunal lui-même. Lorsqu'il remet lui-même en cause la présomption visée à l'article 16, au motif qu'il considère que les questions sont suffisamment importantes pour justifier un examen supplémentaire, le tribunal peut demander et évaluer des informations conformément au droit procédural^{37,38}. Lorsqu'il y a un différend important, la présomption a moins de poids et il serait inapproprié de se fonder sur elle^{39,40}. Dans une affaire impliquant des faits contestés et où il n'y avait pas eu de contre-interrogatoire, le tribunal a déclaré qu'en appliquant l'article 16-3, il devait être

convaincu, ou aussi convaincu que possible, compte tenu des limitations imposées par une procédure interlocutoire, que le centre des intérêts principaux n'était pas situé dans l'État du siège social⁴¹.

Vérifiabilité

17. Comme indiqué ci-dessus dans l'introduction relative à l'article 16, les éléments pertinents pour réfuter la présomption visée à l'article 16-3 devraient être à la fois objectifs et vérifiables par les tiers⁴². Bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence spécifique de la LTI, il a été suggéré que cela ne changeait rien, dans la mesure où les auteurs de la LTI envisageaient que l'interprétation de la notion de centre des intérêts principaux conformément au Règlement CE (qui prendrait nécessairement en compte le considérant 13) serait également applicable à la LTI⁴³. Les tribunaux de différents pays ont adopté cette approche⁴⁴.

18. D'après les affaires dans lesquelles le centre des intérêts principaux du débiteur a fait l'objet d'un examen, on constate généralement que les tribunaux n'appliquent pas de formule rigide, ni n'estiment de façon constante qu'un facteur particulier est déterminant, mais qu'ils tendent plutôt à analyser divers facteurs pour déterminer objectivement l'emplacement de ce centre. Selon les tribunaux, il est important de prendre en compte non seulement ce que le débiteur faisait, mais aussi ce que l'observateur objectif percevait comme tel⁴⁵. L'examen s'attache à l'administration, à la gestion et aux opérations du débiteur, ainsi qu'aux attentes des tiers et, en particulier, à la question de savoir si des tiers raisonnables et ordinaires (y compris des créanciers et des créanciers potentiels, et des investisseurs) peuvent établir ou déterminer le lieu où le débiteur mène ces diverses activités^{46,47,48,49}. Il convient également de tenir compte de l'existence ou non d'un facteur de permanence dans l'exercice de ces activités⁵⁰.

19. Il a été dit que les facteurs vérifiables par un tiers correspondaient à des informations appartenant au domaine public et à ce qu'un tiers ordinaire pourrait apprendre lorsqu'il traitait avec le débiteur dans le cours normal des affaires⁵¹. Ces informations pouvaient provenir de diverses sources, notamment les documents devant être soumis aux autorités de réglementation des entreprises, des communiqués de presse, des présentations et des brochures, les adresses figurant sur les cartes de visite des principaux dirigeants^{52,53} ; l'adresse indiquée sur les documents d'assurance, de levée de fonds ou de garantie ; ou le site Web d'une entreprise^{54,55}. Un tribunal a estimé que les facteurs qui ne pourraient être vérifiés que moyennant une enquête seraient exclus, car ils introduiraient un élément d'incertitude dans l'analyse⁵⁶. Lorsque les activités du débiteur cessent avant ou lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité étrangère, les tribunaux ont estimé que la prise en compte, dans l'analyse visant à déterminer le centre des intérêts principaux, du lieu où s'exerce toute activité pertinente, y compris celles qui sont liées à la liquidation et aux fonctions administratives du débiteur, pourrait se justifier⁵⁷. Toutefois, comme il est indiqué ci-après, la détermination de la résidence habituelle d'une personne physique

aux fins de l'article 16-3 peut signifier la prise en compte par le tribunal de faits qui ne sont pas facilement vérifiables par les tiers.

Facteurs pertinents en ce qui concerne le centre des intérêts principaux d'entreprises débitrices

20. Les tribunaux ont jugé qu'un large éventail de facteurs étaient pertinents pour réfuter la présomption visée à l'article 16-3, qui concerne les personnes morales et physiques débitrices. Ainsi que l'indique le Point de vue du juge [par. 99], de subtiles différences d'approche ont été observées et, pour ce qui est d'établir le centre des intérêts principaux du débiteur, il se pourrait que, dans certains pays, les tribunaux recherchent des éléments de meilleure qualité ou en plus grand nombre pour réfuter la présomption. Les premières affaires jugées en application de la LTI ont permis d'établir une liste de facteurs qui a été élargie, précisée ou réduite au fil du temps.

21. Les tribunaux ont estimé que les cinq facteurs ci-après comptaient parmi les plus importants en ce qui concerne les personnes morales débitrices, et ils accordent plus de poids à l'un ou l'autre d'entre eux en fonction des circonstances de l'espèce. Certains tribunaux ont indiqué que ces facteurs n'étaient pas exclusifs et ne devaient pas tous être présents dans chaque affaire⁵⁸ :

- a) Le lieu où se trouve le siège de l'entreprise débitrice ;
- b) Le lieu où se trouvent les personnes qui gèrent réellement l'entreprise débitrice (il pourrait s'agir du siège d'une société holding) ;
- c) Le lieu où se trouvent les principaux actifs de l'entreprise débitrice ;
- d) Le lieu où se trouvent soit la majorité des créanciers de l'entreprise débitrice soit la majorité des créanciers qui seraient concernés par l'affaire ;
- e) L'État dont la législation s'appliquerait à la plupart des litiges⁵⁹.

22. Ces facteurs ont été affinés, de sorte que l'alinéa *a* représente le lieu des activités du siège social ou le « centre névralgique » de l'entreprise débitrice ; l'alinéa *b* inclut les personnes qui dirigent l'entreprise débitrice ; et l'alinéa *c* inclut le lieu où s'exercent les opérations de l'entreprise débitrice^{60,61,62,63}. Comme indiqué ci-dessus, les attentes ou la perception des tiers quant à l'emplacement du centre des intérêts principaux du débiteur et le fait que celui-ci soit vérifiable par ces tiers constituent un autre facteur clef. Il a également été reconnu que lorsque les activités de l'entreprise débitrice avaient été menées pendant une période prolongée dans le cadre de sa liquidation, les activités du liquidateur pouvaient être à la fois pertinentes et importantes pour la détermination du centre des intérêts principaux⁶⁴.

23. Les tribunaux ont également mentionné d'autres facteurs, dont :

- a) Le lieu où se trouvent les livres et les documents de l'entreprise débitrice⁶⁵ ;

b) Le lieu où le financement a été organisé ou autorisé⁶⁶ ;

c) Le lieu à partir duquel le système de gestion de la trésorerie était exploité⁶⁷ ;

d) Le lieu où se trouve la principale banque ou tout autre prêteur principal de l'entreprise débitrice⁶⁸ ;

e) Le lieu où se trouvent les employés ou le service de gestion des employés, y compris les fonctions de ressources humaines^{69,70} ;

f) Le lieu où a été définie la politique commerciale⁷¹ ;

g) Le lieu du droit applicable ou du droit qui régit les principaux contrats de l'entreprise^{72,73} ;

h) Le lieu duquel provenaient les décisions concernant la politique de vente et d'achat, le marketing, le personnel et les fonctions de gestion de la trésorerie (y compris les comptes fournisseurs)⁷⁴ ;

i) Le lieu à partir duquel les fonctions de communication/les systèmes informatiques étaient gérés⁷⁵ ;

j) Le lieu à partir duquel étaient organisés les marchés (pour l'offre)⁷⁶ ;

k) Le lieu à partir duquel se fait le redressement de l'entreprise débitrice⁷⁷ ;

l) Le lieu où l'entreprise débitrice est soumise à une supervision ou à une réglementation⁷⁸ ;

m) Le lieu dont la législation régissait l'établissement et la vérification des comptes et le lieu où les comptes ont été établis et vérifiés⁷⁹ ;

n) Le lieu à partir duquel étaient gérés le traitement des créances et les fonctions d'investissement, actuarielles et juridiques⁸⁰ ;

o) Le lieu où les factures des conseillers financiers étaient expédiées⁸¹ ;

p) Le lieu où étaient prises les décisions concernant les tarifs et les initiatives en matière de développement commercial⁸² ;

q) Le lieu où ont été menées la conception et les évaluations techniques, les préparations opérationnelles et logistiques et les tâches d'exécution⁸³ ;

r) Le lieu duquel les déclarations fiscales indiquent que l'entreprise tirait ses revenus⁸⁴.

24. Dans le contexte de groupes d'entreprises (c'est-à-dire lorsque le débiteur demandant la reconnaissance était membre d'un groupe d'entreprises), certains tribunaux ont examiné des facteurs supplémentaires, notamment⁸⁵ :

a) La gestion éventuelle de l'entreprise sur une base consolidée ;

b) Les lieux où d'autres membres du groupe d'entreprises avaient été constitués ;

c) Le degré d'intégration des opérations internationales de l'entreprise, y compris des points de vue social, stratégique et financier ainsi qu'en matière de gestion, notamment en ce qui concerne l'existence de services de gestion partagés entre les entités et au sein de l'organisation.

25. Depuis l'adoption du Guide pour l'incorporation et l'interprétation en 2013 afin de fournir de plus amples informations sur les éléments pertinents pour la détermination du centre des intérêts principaux, la jurisprudence a confirmé que les principaux facteurs étaient comme suit : a) le lieu où le débiteur a son administration centrale, et b) qui peut facilement être vérifié par les créanciers^{86,87}. Ayant analysé les facteurs pertinents pour réfuter la présomption, plusieurs tribunaux ont réagi au débat qui a eu lieu au sein de la CNUDCI lors de la révision du Guide pour l'incorporation et l'interprétation⁸⁸.

26. En ce qui concerne les éléments qui, dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, s'ajoutent aux deux facteurs clefs, il a été suggéré que, s'ils pouvaient être pertinents dans des cas spécifiques, ils devaient néanmoins être considérés comme secondaires et pris en compte uniquement dans la mesure où ils étaient liés aux deux facteurs clefs. Par ailleurs, le tribunal peut être amené à accorder plus ou moins de poids à un facteur donné, selon les circonstances de l'espèce^{89,90,91}. Il a aussi été noté que tous ces facteurs ne seraient pas nécessairement vérifiables par des tiers (par exemple, les détails des revenus indiqués dans les déclarations fiscales)⁹². Cependant, on estime qu'il s'agit dans tous les cas d'un exercice global, tenant compte de la totalité des preuves, visant à déterminer que le lieu de la procédure étrangère correspond au centre réel des intérêts principaux du débiteur, tel que les créanciers peuvent facilement le vérifier⁹³.

Centre des intérêts principaux de personnes physiques : résidence habituelle

27. S'il n'est pas défini dans la LTI, le concept de « résidence habituelle » est néanmoins utilisé depuis fort longtemps dans de nombreux instruments et conventions internationaux et il a donné lieu à la mise au point d'un ensemble de règles de droit bien établi. Pour examiner ce qui constitue la résidence habituelle d'un débiteur, certains tribunaux se sont tournés vers ces sources internationales et ont indiqué qu'ils ne voyaient aucune raison pour laquelle, en ce qui concerne les personnes physiques débitrices, la détermination de la « résidence habituelle » ne devrait pas se faire d'après la même démarche que celle suivie dans leur pays à l'égard d'autres instruments internationaux dans lesquels l'expression apparaît, tels que la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants⁹⁴. Certains tribunaux ont suggéré que la résidence habituelle pouvait s'interpréter comme celle qui était considérée comme coutumière ou ordinaire⁹⁵. Les tribunaux ont également noté que la détermination de la « résidence habituelle » pouvait exiger la prise en compte de faits qui, bien que pertinents, n'étaient pas facilement vérifiables par des tiers⁹⁶.

28. Certains tribunaux ont estimé que de très nombreuses circonstances pouvaient influencer sur la question, mais que le poids accordé à l'un ou l'autre des facteurs varierait vraisemblablement en fonction de l'importance relative de ce facteur pour le débiteur et de la situation personnelle de ce dernier^{97,98}. On citera parmi les facteurs pris en compte :

a) L'objectif établi du débiteur⁹⁹ ;

b) La durée du séjour déjà effectuée dans un État et sa durée envisagée à l'avenir, interprétées dans certains États comme correspondant à l'intention d'y demeurer pendant une période indéfinie ou dans un avenir prévisible, à moins ou jusqu'à ce que survienne un événement incitant ou contraignant à un changement (par exemple, une perte d'emploi, des besoins familiaux, des problèmes de santé, des opportunités professionnelles, la retraite)^{100,101,102} ;

c) L'objet du séjour ;

d) L'intensité des liens entretenus avec l'État concerné, ainsi qu'avec tout autre État (tant dans le passé qu'au moment considéré), qui exigeait un lien significatif et un élément de permanence et de stabilité¹⁰³ ;

e) Le degré d'assimilation dans le pays (y compris le mode de vie et la scolarisation) ;

f) L'intégration culturelle, sociale et économique, y compris l'emplacement à partir duquel la personne mène ses activités régulières, notamment l'adhésion éventuelle à un club ou l'affiliation à une organisation religieuse, ou d'autres liens reconnus avec la communauté, caractéristiques du statut de résident et de l'engagement communautaire^{104,105}.

29. La référence au passé d'une personne physique débitrice peut être essentielle pour déterminer si son lieu résidentiel du moment est ou non « habituel ». Les tribunaux ont suggéré que la portée de l'enquête sur les faits est ample et que, même si l'intention subjective d'un débiteur revêt une certaine importance, la conclusion relative à la résidence habituelle ne doit être tirée qu'après un examen objectif de l'ensemble des preuves¹⁰⁶. L'intention ne doit pas être considérée comme déterminante ; en effet, les desseins d'une personne en situation d'insolvabilité peuvent être ambigus^{107,108}.

Dans un cas, il a été estimé que la personne insolvable avait peut-être adopté son mode de vie nomade afin de ne pas avoir de résidence habituelle¹⁰⁹.

30. Faisant référence aux types de facteurs jugés pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux d'une entreprise, un tribunal a jugé que les éléments suivants pourraient être utiles lorsque le débiteur était un particulier :

a) Le lieu où se trouvent les principaux actifs du débiteur ;

b) Le lieu où se trouvent soit la majorité des créanciers du débiteur soit la majorité des créanciers qui seraient concernés par l'affaire ;

c) L'État dont la législation s'appliquerait à la plupart des litiges¹¹⁰.

31. Un autre tribunal a indiqué que certains des facteurs supplémentaires énumérés dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 147] en ce qui concerne une entreprise débitrice pourraient également être pertinents pour une personne physique et comprenaient, outre ceux cités au paragraphe précédent :

a) Le lieu où se trouvent les livres et les documents du débiteur ;

b) Le lieu où se trouve la principale banque ou tout autre prêteur principal du débiteur ;

c) Le lieu à partir duquel sont gérées les activités liées à l'administration, à la paie, aux comptes fournisseurs ou à la gestion de la trésorerie concernant les affaires du débiteur ;

d) L'autorité fiscale compétente en ce qui concerne les revenus provenant de l'activité professionnelle personnelle du débiteur et leur imposition¹¹¹.

Notes

¹ La Pologne a supprimé de sa loi de 2003 relative à l'insolvabilité et au redressement l'article 391, qui donnait effet à l'article 16 de la LTI ; la partie internationale de la loi polonaise ne permet plus de s'appuyer sur la présomption.

² Guide pour l'incorporation [par. 113 à 115, 122 et 123].

³ Guide pour l'incorporation [par. 115].

⁴ Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 145].

⁵ Ces autres facteurs, énumérés sans ordre spécial ou priorité particulière, peuvent être notamment les suivants : le lieu où se trouvent les livres et les documents du débiteur ; le lieu où le financement a été organisé et autorisé, ou à partir duquel a été administré le système de gestion de la trésorerie ; le lieu où se trouvent les principaux actifs et les principales activités du débiteur ; le lieu où se trouve la principale banque du débiteur ; le lieu où se trouvent les employés ; le lieu où a été définie la politique commerciale ; le lieu du droit applicable ou du droit qui régit les principaux contrats de la société ; le lieu depuis lequel ont été gérés la politique de vente et d'achat, le personnel, la comptabilité et le système informatique ; le lieu à partir duquel ont été organisés les marchés (pour l'offre) ; le lieu à partir duquel s'est fait le redressement du débiteur ; l'État dont la législation s'appliquerait à la plupart des litiges ; le lieu où le débiteur est soumis à une supervision ou à une réglementation ; et le lieu où les comptes ont été établis et vérifiés selon la législation y applicable.

⁶ *États-Unis* : Grand Prix Assocs, affaire n° 09-16545 (Bankr. D.N.J. 26 juin 2009), p. 5 – le tribunal a confirmé que l'article 16-1, permettait au tribunal de présumer que la procédure étrangère était telle si l'ordonnance du tribunal étranger indiquait qu'il s'agissait d'une procédure étrangère et que la personne ou l'entité désignée était un représentant étranger ; *Innua Can, Ltd.*, affaire n° 09-16362 (Bankr. D.N.J. 15 avril 2009), p. 4 – le tribunal a estimé qu'une mise sous administration judiciaire au Canada équivalait à une procédure étrangère, en se fondant, en vertu de l'article 16-1, sur la déclaration du tribunal étranger selon laquelle l'administrateur était le représentant étranger d'une procédure étrangère et était spécifiquement autorisé à demander la reconnaissance aux États-Unis en vertu de la législation pertinente (voir art. 2 a) ci-dessus pour des cas dans lesquels une mise sous administration judiciaire n'a pas été considérée comme une procédure étrangère). Voir également *Angleterre* : *Worldspreads Limited* [2012] EWHC 1263 (Ch) [par. 38] – pour faciliter la reconnaissance dans certains États étrangers, le tribunal anglais qui a ouvert la procédure d'administration spéciale a inclus dans ses ordonnances la confirmation que la procédure comptait en tant que procédure étrangère en vertu de l'article 2 a) de la LTI et de procédure principale étrangère en vertu de l'article 2 b) de la LTI, et que les administrateurs spéciaux désignés comptaient en tant que représentants étrangers en vertu de l'article 2 d) de la LTI.

⁷ *États-Unis* : Basis Yield Alpha Fund (Master) 381 B.R. 37, 52 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 ; Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A., 385 B.R. 525, 532 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925.

⁸ Certains États prévoient que le tribunal « peut » exiger la légalisation des documents fournis à l'appui de la demande de reconnaissance en vertu de l'article 15, par exemple le Chili (art. 314, 20.720 loi de 2014) et la Colombie (art. 100, loi 1116, 2006).

⁹ Par exemple, *États-Unis* : SphinX, Ltd., 351 B.R. 103, 117 (Bankr. S.D.N.Y. 2006), CLOUT 768.

¹⁰ *Australie*, Gainsford, dans l'affaire Tannenbaum c. Tannenbaum [2012] FCA 904 [par. 27], CLOUT 1214.

¹¹ *Mexique* : affaire n° 2006429, loi relative aux faillites commerciales. Dixième période. Première chambre, Hebdomadaire judiciaire fédéral, cahier 6, mai 2014, vol. 1, p. 551 [précédent judiciaire : 1^{er} CLXXXII/2014 (10^e)].

¹² Guide pour l'incorporation [par. 122].

¹³ *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137, CLOUT 1003 [53] se référant au rapport de la Commission sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [153] et au Guide pour l'incorporation ; voir également ci-dessous les affaires liées à la vérifiabilité.

¹⁴ *Australie* : Katayama c. Japan Airlines Corporation [2010] FCA 794 [25]. *Japon* : Think3, affaire n° (shou) 3 et 5 de 2011, Tribunal de district de Tokyo, ch. 3, question 2-2, (2), CLOUT 1335 – le tribunal a déclaré qu'il avait été expliqué lors de la réunion du Groupe sur le droit de l'insolvabilité du Conseil législatif du Ministère de la Justice du Japon que la notion d'« établissement principal » était utilisée dans la loi parce que la notion de centre des intérêts principaux dans la LTI était quasiment compatible avec celle d'« établissement principal » figurant dans le Code de procédure civile japonais. En outre, le document rédigé par la personne en charge de ce travail législatif explique qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre les notions de centre des intérêts principaux et d'établissement principal. Par conséquent, selon le tribunal, le terme « établissement principal », tel qu'il figure dans la loi, est considéré comme ayant, en substance, la même signification que celui de « centre des intérêts principaux » dans la LTI. *États-Unis* : Tricontinental Exchange Ltd., 349 B.R. 627, 634 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766 ; Basis Yield Alpha Fund (Master) 381 B.R. 37, 48 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 ; Tradex Swiss AG, 384 B.R. 34, 43 (Bankr. D. Mass. 2008), CLOUT 791 ; Bear Stearns, 389 B.R. 325, 336 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 – la cour d'appel a noté que la décision antérieure dans l'affaire Tri-Continental Exchange, Ltd. assimilait à juste titre le centre des intérêts principaux au concept américain d'« établissement principal » ; Betcorp Limited 400 B.R. 266, 287, 289 et 290 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 ; British American Isle of Venice, Ltd., 441 B.R. 713, 720 (Bankr. S.D. Fla. 2010) ; RHTC Liquidating Co., 424 B.R. 714, 723 (Bankr. W.D. Pa. 2010) ; comparer Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re Fairfield Sentry Ltd.*), 714 F.3d 127, 135 et 136, 138 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339 – dans la note de bas de page 10, la cour d'appel a réitéré que, puisque le Congrès avait choisi le terme « centre des intérêts principaux » plutôt que « établissement principal », ce dernier concept ne fondait pas l'analyse. Mais, citant Hertz Corporation c. Friend, 559 U.S. 77, 130 S. Ct 1181, 1192 (2010), elle a précisé que, dans la mesure où ces deux concepts étaient similaires, un tribunal pouvait assurément prendre en compte le « centre névralgique » d'un débiteur.

¹⁵ *États-Unis* : Jay Tien Chiang 437 B.R. 397, 399 (Bankr. C.D. Cal. 2010), CLOUT 1318 – si un débiteur n'a pas de centre des intérêts principaux, aucun régime juridique ne régit ses activités commerciales, et il pourrait donc ne relever d'aucune réglementation et opérer en dehors de la loi (403 et 404).

¹⁶ *Australie* : Legend International Holdings Inc. [2016] VSC 308 [par. 123], CLOUT 1619 – en dehors du respect des exigences réglementaires du Delaware et de la constitution initiale au Delaware, un certain nombre de facteurs indiquait que les activités du débiteur étaient majoritairement menées en Australie. Se fondant sur ces éléments, le tribunal a donc jugé que le centre des intérêts principaux du débiteur était situé en Australie.

¹⁷ *Règlement CE* : Collins c. Aikman [2006] B.C.C. 606.

¹⁸ *Règlement CE* : C4net.com Inc. [2005] B.C.C. 277.

¹⁹ *Règlement CE* : Shierson c. Vlieland-Boddy [2005] 1 WLR 3966 [par. 55].

²⁰ *Règlement CE* : Eurofood IFSC Ltd (Re) [2006] Ch 508 (Cour de justice européenne). L'affaire est examinée dans le Point de vue du juge [par. 100 à 104].

²¹ *Ibid*, *Règlement CE* : Eurofood [par. 34].

²² *Ibid*, *Règlement CE* : Eurofood [par. 36].

²³ *Règlement CE* : Interdil, Srl. [2011] EUECJ C-396/09.

²⁴ La seconde phrase de l'article 3-1 du Règlement CE prévoit que « Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire ».

²⁵ L'article 3-1 de la refonte du Règlement CE prévoit que « Le centre des intérêts principaux correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par des tiers. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire. Cette présomption ne s'applique que si le siège statutaire n'a pas été transféré dans un autre État membre au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. »

²⁶ *États-Unis* : Gerova Financial Group, Ltd., 482 B.R. 86, 91 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1275 – pratiquement aucune preuve du contraire n'a été fournie.

²⁷ *États-Unis* : SphinX, Ltd., 371 B.R. 10, 18 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768 citant l'historique législatif du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (11 U.S.C.) [H.R.Rep 109-31 pt. 1, 109th Cong. 1st Sess. p. 112 et 113 (2005)].

²⁸ *Australie* : Akers c. Saad Investments [2010] FCA 1221 [par. 46] (appel pour d'autres motifs), CLOUT 1219.

²⁹ *États-Unis* : Basis Yield Alpha Fund (Master) 381 B.R. 37, 51 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789.

³⁰ *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 900 (Bankr. S.D. Fla. 2010), CLOUT 1005.

³¹ *États-Unis* : Bear Stearns 389 B.R. 325, 335 et 336 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794.

³² *Canada* : Cinram International Inc. [2012] ONSC 3767, CLOUT 1269 – dans sa décision, le tribunal (d'origine) au Canada a énuméré des facteurs qui pourraient être considérés comme pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur. Il a toutefois noté que cette analyse n'était fournie qu'à titre d'information puisque, a-t-il ajouté, il appartenait au tribunal accordant la reconnaissance de déterminer le lieu du centre des intérêts principaux et si, en l'espèce, la procédure menée au Canada était la procédure étrangère principale.

États-Unis : Gero Financial Group, Ltd., 482 B.R. 86, 91 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1275 ; Betcorp Limited 400 B.R. 266, 285 et 286 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 ; Bear Stearns 389 B.R. 325, 335 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 ; Basis Yield Alpha Fund (Master) 381 B.R. 37, 47 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 – lorsque les coliquidateurs provisoires ont demandé un jugement en référé en s'appuyant uniquement sur la présomption, le tribunal a estimé qu'ils ne pouvaient pas se fonder sur celle-ci pour remplacer une preuve réelle.

³³ *États-Unis* : Basis Yield Alpha Fund (Master) 381 B.R. 37, 47 et 48 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 ; voir également Bear Stearns 389 B.R. 325, 335 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 – le tribunal a confirmé le rejet par la juridiction du degré inférieur de la position des demandeurs selon laquelle « le tribunal devrait accepter l'affirmation que la procédure étrangère est la procédure principale parce que les requérants le disent et parce que personne d'autre ne dit le contraire » : 374 B.R. 122, 129.

³⁴ *Australie* : Akers c. Saad Investments [2010] FCA 1221 [par. 55] (l'appel traite d'autres questions), CLOUT 1219 – voir ci-dessus, article 8 – utilisation d'interprétations étrangères et de précédents judiciaires.

³⁵ *Ibid*, *Australie* : Akers [par. 54] (l'appel traite d'autres questions), CLOUT 1219 ; Young c. Buccaneer Energy [2014] FCA 711 [par. 7 à 14], CLOUT 1476. *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 33], CLOUT 1003. *États-Unis* : Tricontinental Exchange Ltd., 349 B.R. 627, 635 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766 ; Bear Stearns, 389 B.R. 325, 335 et 336 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794.

³⁶ L'historique législatif du Code des faillites des États-Unis, titre 11 de l'U.S.C., art. 1516 c) (incorporant l'article 16-3 de la LTI), explique que le mot « proof » a été remplacé par « evidence » pour qu'il soit plus clair, en utilisant la terminologie des États-Unis, que la charge ultime incombe au représentant étranger [H.R. REP. n° 109-31, 112 et 13 (2005)] ; voir le Point de vue du juge (2013) [par. 99]. Tri-Continental Exchange, Ltd., 349 B.R. 627, 635 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766 – le tribunal a confirmé que la jurisprudence américaine considèrerait que la charge de la preuve incombait à la personne affirmant que la procédure concernée était une procédure « principale » et qu'elle n'incombait jamais à la partie qui s'opposait à cette affirmation. Cette dernière avait seulement l'obligation de produire des preuves montrant que le centre des intérêts principaux n'était pas situé au siège statutaire : Tradex Swiss AG, 384 B.R. 34, 43 (Bankr. D. Mass. 2008), CLOUT 791 : le siège social de Tradex était en Suisse, mais le tribunal a déclaré que cela ne mettait pas fin à l'enquête. Si une preuve du contraire était soumise, la charge d'établir l'emplacement du centre des intérêts principaux passait aux représentants étrangers, qui devaient démontrer que le centre des intérêts principaux de Tradex était en Suisse. Les créanciers requérants s'étaient acquittés de la charge de la preuve contraire en présentant des informations essentielles telles que l'emplacement de la plateforme commerciale aux États-Unis, des télécopies envoyées des États-Unis pour confirmer des opérations, l'emplacement des actifs et l'existence d'un nombre important de créanciers aux États-Unis, et le fait que le directeur du bureau situé aux États-Unis avait le droit de signature. Il incombait dès lors aux représentants étrangers de démontrer, par prépondérance de la preuve, que le centre des intérêts principaux était en Suisse. Il existait des preuves de présence en Suisse (le site suisse était plus étendu que le bureau aux États-Unis, même s'il comptait beaucoup moins d'employés ; la personne susceptible d'avoir bénéficié financièrement du système frauduleux présumé était enregistrée comme résident suisse ; il existait des projets de délivrance de visas pour faire venir certains clients en Suisse ainsi que des attentes – entièrement insatisfaites – concernant l'ouverture de bureaux dans le monde entier), mais elles ne suffisaient pas à montrer que l'établissement principal était en Suisse. Tout en reconnaissant la difficulté, en l'espèce, de fournir des preuves appropriées, le tribunal a déclaré qu'il appartenait malgré tout aux représentants étrangers d'établir le centre des intérêts principaux par prépondérance de la preuve et qu'ils ne s'étaient pas acquittés de cette obligation.

³⁷ *États-Unis* : Creative Finance Ltd., 543 B.R. 498, 517 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624 citant Basis Yield Alpha Fund (Master), 381 B.R. 37, 52 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789.

³⁸ *États-Unis* : Innua Can., Ltd., affaire n° 09-16362 (Bankr. D.N.J. 15 avril 2009), p. 5 et 6 – aucune objection n'a été formulée quant à l'emplacement du centre des intérêts principaux, mais le tribunal a néanmoins choisi d'examiner les facteurs pertinents pour déterminer ce centre ; Basis Yield Alpha Fund (Master), 381 B.R. 37, 52 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 – le tribunal a déclaré qu'il pouvait toujours prendre sa propre décision relative à la qualification en vertu de [l'article 17], malgré la présence de [l'article 16] et l'absence d'objection réelle.

³⁹ *États-Unis* : SPhinX, Ltd., 371 B.R. 10, 18 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768.

⁴⁰ *Australie* : Akers c. Saad Investments [2010] FCA 1221 [par. 31] (l'appel traite d'autres motifs), CLOUT 1219. *États-Unis* : SPhinX, Ltd., 371 B.R. 10, 18 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768 ; Creative Finance Ltd., 543 B.R. 498, 517 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624.

⁴¹ *Gibraltar* : Peabody Holdings (Gibraltar) Ltd., décision n° 2016-Comp-008, 31 mai 2016 ; *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 30], CLOUT 1003.

⁴² Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 145].

⁴³ Rapport de la Commission sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 153] ; Guide pour l'incorporation [par. 72], Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 81 à 84] ; Le considérant 13 du Règlement CE prévoit que « Le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers », point désormais couvert par le considérant 28 du texte refondu du Règlement.

⁴⁴ Par exemple, *Gibraltar* : Peabody Holdings (Gibraltar) Ltd., décision n° 2016-Comp-008, 31 mai 2016. *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 53]. Règlement CE : La logique est que les créanciers potentiels devraient être en mesure de déterminer à l'avance le système juridique qui résoudrait toute insolvabilité affectant leurs intérêts : Eurofood IFSC Ltd. (Re) [2006] Ch 508 (ECJ) [par. 33]. *États-Unis* : SPhinX, Ltd., 371 B.R. 10, 19 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768 ; Bear Stearns 389 B.R. 325, 337 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 ; British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 909 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 – il a été reconnu dans ces affaires que la décision Eurofood [Eurofood IFSC Ltd (Re) [2006] Ch 508 (Cour de justice européenne)] n'était pas incompatible avec l'interprétation par les tribunaux américains de la présomption de localisation du centre des intérêts principaux.

⁴⁵ *Australie* : Moore c. Australian Equity Investors [2012] FCA 1002 [par. 19], CLOUT 1477 ; Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112 [par. 53], CLOUT 1475. *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 48 et 49], CLOUT 1003. *États-Unis* : Tricontinental Exchange Ltd., 349 B.R. 627, 633 et 634 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766 ; Betcorp Limited, 400 B.R. 266, 291 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 ; Lavie c. Ran (*In re Ran*) 607 F.3d 1017, 1026 (5^e circuit 2010), CLOUT 1276.

⁴⁶ *Gibraltar* : Peabody Holdings (Gibraltar) Ltd., décision n° 2016-Comp-008, 31 mai 2016 [par. 27] ; *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 909 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005.

⁴⁷ *Australie* : Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112 [par. 53], CLOUT 1475.

⁴⁸ *États-Unis* : Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd., 474 B.R. 88, 93 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1208.

⁴⁹ *Australie* : Akers c. Saad Investments [2010] FCA 1221 [par. 49] (l'appel traite d'autres questions), CLOUT 1219 suivant les décisions rendues dans les affaires Eurofood IFSC Ltd. (Re) [2006] Ch 508 (Cour de justice européenne), Stanford International Bank [2010] EWCA Civ 137, CLOUT 1003 et Betcorp Limited, 400 B.R. 266, 290 et 291 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 ; cité dans Young c. Buccaneer Energy [2014] FCA 711 [par. 7], CLOUT 1476. *Canada* : Massachusetts Elephant & Castle Group Inc. [2011] ONSC 4201 [par. 30 et 31], CLOUT 1206. *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 55 et 56], CLOUT 1003. *États-Unis* : Betcorp Limited 400 B.R. 266, 290 et 291 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 ; Lavie c. Ran (*In re Ran*) 607 F.3d 1017, 1025-6 (5^e circuit 2010), CLOUT 1276.

Règlement CE : Shierston c. Vlieland-Boddy [2005] 1 WLR 3966 [par. 55] ; Le considérant 28 de la refonte du Règlement CE fournit des explications supplémentaires : « Lorsque l'on cherche à déterminer si le centre des intérêts principaux du débiteur est vérifiable par des tiers, il convient d'accorder une attention particulière aux créanciers et à la perception qu'ils ont du lieu où le débiteur gère ses intérêts. Il peut être nécessaire, dans le cas d'un déplacement du centre des intérêts principaux, d'informer les créanciers en temps utile du nouveau lieu à partir duquel le débiteur exerce ses activités, par exemple en attirant l'attention sur le changement d'adresse dans sa correspondance commerciale, ou en rendant publique la nouvelle localisation par d'autres moyens appropriés » ; voir aussi Eurofood IFSC Ltd. (Re) [2006] Ch 508 (Cour de justice européenne) [par. 33].

⁵⁰ *Australie* : Moore c. Australian Equity Investors [2012] FCA 1002 [par. 19], CLOUT 1477 ; Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112 [par. 53], CLOUT 1475.

⁵¹ *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 56.3], CLOUT 1003.

⁵² *États-Unis* : Collins c. Oilsands Quest, Inc., 484 B.R. 593, 596 (S.D.N.Y. 2012).

⁵³ Ibid.

⁵⁴ *Australie* : Young c. Buccaneer Energy [2014] FCA 711 [par. 12], CLOUT 1476.

⁵⁵ *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 912 et 913 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005.

⁵⁶ *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 56], CLOUT 1003.

⁵⁷ *États-Unis* : Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re Fairfield Sentry Ltd.*), 714 F.3d 127, 137 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339 – en l'espèce, ces activités étaient liées au fait que plus de dix-huit mois avant la demande de reconnaissance et plus de sept mois avant l'ouverture de la procédure étrangère, le débiteur avait cessé d'exploiter son entreprise, rompu ses relations avec son gestionnaire de placements à New York et entamé un processus de liquidation. Le tribunal a conclu qu'il était approprié de tenir compte de ces activités liées à la liquidation dans le cadre de la détermination du centre des intérêts principaux. Il a également estimé [note de bas de page 10] qu'un tribunal peut prendre en considération le « centre névralgique » d'un débiteur, notamment l'endroit d'où les activités de ce dernier sont dirigées et contrôlées, pour établir le centre de ses intérêts principaux [citant Hertz Corp. c. Friend, 130 S.Ct. 1181, 1193 et 94 (2010)] ; voir aussi Betcorp Limited, 400 B.R. 266, 292 et 293 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 ; British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 914 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 ; British American Isle of Venice, Ltd., 441 B.R. 713, 720 à 724 (Bankr. S.D. Fla. 2010) ; Bear Stearns 389 B.R. 325, 338 et 339 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 ; Lavie c. Ran 607 F.3d 1017, 1027 (5^e circuit 2010) – les tribunaux statuant dans ces affaires ont déclaré que les procédures de faillite sont intentionnellement temporaires et transitoires, et qu'elles ne sauraient être considérées comme correspondant à des activités industrielles ou professionnelles ; Creative Finance Ltd., 543 B.R. 498, 521 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624.

⁵⁸ *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 909 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 ; British American Isle of Venice, Ltd., 441 B.R. 713, 720 (Bankr. S.D. Fla. 2010) – le tribunal a noté que dans l'affaire dont il était saisi, plusieurs des facteurs importants n'étaient d'aucune utilité pour l'aider à déterminer le centre des intérêts principaux de l'entreprise débitrice, qui s'est finalement avéré être situé dans les bureaux du représentant étranger.

⁵⁹ *Australie* : Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112 [par. 54], CLOUT 1475 – en ce qui concerne le point *d*, et dans le contexte du centre des intérêts principaux d'une personne physique, le tribunal a déclaré qu'il pourrait être nécessaire d'évaluer l'importance relative de chaque créancier, ainsi que des variables telles que leur nombre, la valeur de leurs créances, le fait qu'ils soient garantis ou non, et qu'il s'agisse de créanciers présents, futurs, certains ou potentiels, dans la comparaison des différences relatives dans deux ou plusieurs pays ; Katayama c. Japan Airlines Corporation [2010] FCA 794 [par. 25]. *Canada* : Gyro-Trac (United States) Inc. [2010] QCCA 800. *Japon* : Think3, affaire n° (ra) 1757 de 2012, Haute Cour de Tokyo (2 novembre 2012) ch. 3, 2 (2). *États-Unis* : SPhinX, Ltd., 371 B.R. 10 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768 cité dans Bear Stearns, 389 B.R. 325, 336 et 337 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 ; Tradex Swiss AG, 384 B.R. 34, 42 et 43 (Bankr. D. Mass. 2008), CLOUT 791 ; Requête de Ernst & Young, Inc. 383 B.R. 773, 779 et 780 (Bankr. D.Colo. 2008), CLOUT 790 ; Basis Yield Alpha Fund (Master) 381 B.R. 37, 47 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 ; Betcorp Limited, 400 B.R. 266, 292 et 293 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 ; Collins c. Oilsands Quest, Inc., 484 B.R. 593, 596 (S.D.N.Y. 2012).

⁶⁰ *États-Unis* : OAS S.A. 533 B.R. 83, 101 et 102 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629 ; Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd., 474 B.R. 88, 92 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1208 ; Collins c. Oilsands Quest, Inc., 484 B.R. 593, 596 (S.D.N.Y. 2012) – lieu de la prise de décision stratégique et des fonctions de l'entreprise ; British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 911 et 12 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 – le tribunal a déclaré que le siège social d'une entreprise ne se limitait pas au lieu de situation du conseil d'administration. Le terme « siège » ou « siège social » désigne le lieu où s'exerce la gestion principale des activités de l'entreprise. Cela inclut toutes les fonctions pertinentes, notamment en ce qui concerne les activités financières, l'administration, le marketing, les technologies de l'information, l'investissement et les fonctions juridiques. D'autres fonctions peuvent entrer en ligne de compte, selon la nature de l'activité du débiteur ; Tradex Swiss AG, 384 B.R. 34, 47 (Bankr. D. Mass. 2008), CLOUT 791 ; Basis Yield Alpha Fund (Master) 381 B.R. 37, 47 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 ; Bear Stearns, 389 B.R. 325, 336 et 337 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 ; SPhinX, Ltd., 371 B.R. 10, 19 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768.

Règlement CE : Collins & Aikman Corporation Group [2005] EWHC 1754 (Ch) [par. 19].

⁶¹ *États-Unis* : OAS S.A. 533 B.R. 83, 101 et 102 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629 ; Morning Mist Holdings Ltd. C. Krys (*In re Fairfield Sentry Ltd.*), 714 F.3d 127, 138 n. 10 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339.

⁶² *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137, CLOUT 1003.

⁶³ *Canada* : Digital Domain Media Group Inc. [2012] BCSC 1565 [par. 28], CLOUT 1334 ; Massachusetts Elephant and Castle Group Inc. [2011] ONSC 4201 [par. 30 et 31], CLOUT 1206. *États-Unis* : Collins c. Oilsands Quest, Inc., 484 B.R. 593, 596 (S.D.N.Y. 2012).

⁶⁴ *États-Unis* : British American Isle of Venice, Ltd., 441 B.R. 713, 723 (Bankr. S.D.Fla. 2010) – la procédure de liquidation du débiteur dans les îles Vierges britanniques était une procédure étrangère principale – citant British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884, 914 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005, affaire dans laquelle le tribunal n'avait pas conclu que les actions d'un représentant étranger, tel que

(en l'espèce) l'administrateur judiciaire, ne pourraient jamais être considérées comme une preuve à l'appui d'une conclusion relative au centre des intérêts principaux, mais avait estimé qu'« il pouvait y avoir des cas où un représentant étranger restait en place pendant une période prolongée et transférait toutes les activités commerciales principales du débiteur vers son propre lieu de résidence (ou y mettait un terme), ce qui amenait les créanciers et les autres parties à considérer le lieu de résidence de l'administrateur judiciaire comme l'emplacement où étaient menées les activités du débiteur. Cela pouvait conduire à la conclusion que le centre des intérêts principaux du débiteur s'était confondu avec le lieu de situation du représentant étranger. » et *Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (In re Fairfield Sentry Ltd.)*, 714 F.3d 127 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339 ; *Creative Finance Ltd.*, 543 B.R. 498, 520 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624 – reconnaissant que les efforts du liquidateur dans la poursuite de ses obligations pouvaient provoquer un déplacement du centre des intérêts principaux, mais concluant qu'en l'espèce, les efforts du liquidateur dans les îles Vierges britanniques étaient si minimes qu'ils étaient insuffisants pour établir que le centre des intérêts principaux s'était déplacé de l'Espagne, de Dubaï ou éventuellement de l'Angleterre, où l'actionnaire unique de l'entreprise débitrice menait ses affaires. Le tribunal a déclaré que la décision dans l'affaire *Fairfield Sentry* permettait la reconnaissance par les États-Unis de procédures d'insolvabilité dans les pays « boîte aux lettres », à condition que les fiduciaires de la masse soient suffisamment actifs dans ces pays ; voir également ci-dessous en ce qui concerne le déplacement du centre des intérêts principaux.

⁶⁵ *États-Unis* : *British-American Insurance Co., Ltd.*, 425 B.R. 884, 913 (Bankr. S.D.Flor. 2010), CLOUT 1005.

⁶⁶ *Règlement CE* : *MPOTEC GmbH* [2006] B.C.C. 681 [Tribunal de grande instance (Nanterre)] ; *Daisytek ISA Ltd.*, Re [2003] B.C.C. 562 (Ch D (Leeds District Registry)).

⁶⁷ *Australie* : *Katayama c. Japan Airlines Corporation* [2010] FCA 794 [25]. *Canada* : *Angiotech Pharmaceuticals Ltd.*, [2011] BCSC 115 [par. 7], CLOUT 1207. *États-Unis* : *Requête de Ernst & Young, Inc.* 383 B.R. 773, 780 et 781 (Bankr. D.Colo. 2008), CLOUT 790.

⁶⁸ *Règlement CE* : *MPOTEC GmbH* [2006] B.C.C. 681 [Tribunal de grande instance (Nanterre)] ; *Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA* [2009] EWHC 3199 (Ch).

⁶⁹ *Australie* : *Katayama c. Japan Airlines Corporation* [2010] FCA 794 [par. 25]. *Canada* : *Gyro-Trac (United States) Inc.* [2010] QCCA 800 ; *Angleterre* : *Stanford International Bank Limited* [2010] EWCA Civ 137 [par. 31], CLOUT 1003. *États-Unis* : *Tradex Swiss AG*, 384 B.R. 34 (Bankr. D. Mass. 2008), CLOUT 791 ; *Gold & Honey, Ltd.*, 410 B.R. 357, 371 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT 1008 ; *British-American Insurance Co., Ltd.*, 425 B.R. 884 (Bankr. S.D.Flor. 2010), CLOUT 1005 ; *Collins c. Oilsands Quest, Inc.*, 484 B.R. 593, 596 (S.D.N.Y. 2012). *Règlement CE* : *Eurotunnel Finance Ltd.*, Tribunal de commerce de Paris, 2 août 2006.

⁷⁰ *Canada* : *Angiotech Pharmaceuticals Ltd.*, [2011] BCSC 115 [7], CLOUT 1207.

⁷¹ *Règlement CE* : *MPOTEC GmbH* [2006] B.C.C. 681 [Tribunal de grande instance (Nanterre)].

⁷² *États-Unis* : *Tradex Swiss AG*, 384 B.R. 34 (Bankr. D. Mass. 2008), CLOUT 791.

⁷³ *Règlement CE* : *MPOTEC GmbH* [2006] B.C.C. 681 [Tribunal de grande instance (Nanterre)].

⁷⁴ *Canada* : *Angiotech Pharmaceuticals Ltd.*, [2011] BCSC 115 [par. 7], CLOUT 1207.

⁷⁵ *Ibid.*, *Canada* : *Angiotech*. *États-Unis* : *British-American Insurance Co., Ltd.*, 425 B.R. 884, 911 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005.

⁷⁶ *Règlement CE* : *Daisytek-ISA Ltd.*, Re [2003] B.C.C. 562 (Ch D (Leeds District Registry)) ; *MPOTEC GmbH* [2006] B.C.C. 681 [Tribunal de grande instance (Nanterre)].

⁷⁷ *Règlement CE* : *Eurotunnel Finance Ltd.*, Tribunal de commerce de Paris, 2 août 2006 ; *Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA* [2009] EWHC 3199 (Ch).

⁷⁸ *Angleterre* : *Stanford International Bank Limited* [2010] EWCA Civ 137 [31], CLOUT 1003. *États-Unis* : *British-American Insurance Co., Ltd.*, 425 B.R. 884, 914 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005. *Règlement CE* : *Eurofood IFSC Ltd.*, (Re) [2006] Ch 508 (Cour de justice européenne).

⁷⁹ *Règlement CE* : *Eurofood IFSC Ltd.*, (Re) [2006] Ch 508 (Cour de justice européenne).

⁸⁰ *États-Unis* : *British-American Insurance Co., Ltd.*, 425 B.R. 884, 911 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005.

⁸¹ *Australie* : *Young c. Buccaneer Energy* [2014] FCA 711 [par. 12], CLOUT 1476.

⁸² *Canada* : *Angiotech Pharmaceuticals Ltd.*, [2011] BCSC 115, CLOUT 1207.

⁸³ *Australie* : *Young c. Buccaneer Energy* [2014] FCA 711 [par. 12], CLOUT 1476.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Canada* : *Fraser Papers Inc.* 56 CBR (5th) 194 [par. 37 à 42], 2009 OJ 2648 (SCJ) ; *Xerium Technologies Inc.* 2010 ONSC 3974 [par. 27] ; *Caesars Entertainment Operating Co.*, 2015 CarswellOnt 3284, 23 C.B.R. (6th) 154, 2015 ONSC 712 [par. 35], [2015] O.J. n° 1201 (Ont. S.C.J.) – outre les principaux facteurs mentionnés dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, le tribunal a noté que le groupe fonctionnait de manière intégrée des points de vue social, stratégique et financier ainsi qu'en matière de gestion et que, en dehors de l'entité constituée au Canada, les 172 autres débiteurs du groupe avaient leur siège social ou leur bureau principal aux États-Unis ; *Colt Holding Company LLC*, 2015 ONSC 3928 [par. 25 et 26] ; *Horsehead Holding Corp. et Zochem Inc.*, (2016), 2016 ONSC 958 [par. 25], ou 2016 CarswellOnt 1748 (Ont. S.C.J. [Commercial List]) ; *Payless Holdings Inc., LLC* (2017), 2017 CarswellOnt 5926, 2017 ONSC 2242 [par. 29] (Ont. S.C.J.) ; *Angiotech Pharmaceuticals Ltd.*, [2011] BCSC 115 [par. 7], CLOUT 1207 ; *États-Unis* : *Collins c. Oilsands Quest, Inc.*, 484 B.R. 593 (S.D.N.Y. 2012).

⁸⁶ Voir Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 18].

⁸⁷ *Canada* : *Massachusetts Elephant & Castle Group Inc.*, [2011] ONSC 4201 [par. 30 et 31], CLOUT 1206 ; *Digital Domain Media Group Inc.*, [2012] BCSC 1565, CLOUT 1334. *Angleterre* : *Videology Limited* [2018] EWHC 2186 (Ch) [par. 47 à 73], CLOUT 1823. *États-Unis* : *SphinX, Ltd.*, 371 B.R. 10 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768 ; *Bear Stearns* 389 B.R. 325, 336 et 337 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 ; *Betcorp Limited*, 400 B.R. 266, 290 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 ; *Collins c. Oilsands Quest, Inc.*, 484 B.R. 593 (S.D.N.Y. 2012) ; *Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd.*, 474 B.R. 88 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1208.

⁸⁸ Par exemple, *Canada* : *Caesars Entertainment Operating Co.*, 2015 CarswellOnt 3284, 23 C.B.R. (6th) 154, 2015 ONSC 712 [2015] O.J. n° 1201 (Ont. S.C.J.) ; *Massachusetts Elephant and Castle Group Inc.*, [2011] ONSC 4201 [par. 30], CLOUT 1206 ; *Lightsquared LP* [2012] ONSC 2994 [par. 28], CLOUT 1204. *Japon* : *Think3*, Haute Cour de Tokyo, affaire n° (ra) 1757 de 2012 (2 novembre 2012) (appel).

⁸⁹ Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 147], voir ci-dessus, note de bas de page du paragraphe 4 de l'introduction à l'article 16.

⁹⁰ *Canada* : Massachusetts Elephant & Castle Group Inc., [2011] ONSC 4201, CLOUT 1206.

⁹¹ *Canada* : Lightsquared LP [2012] ONSC 2994 [par. 25 et 26], CLOUT 1204.

⁹² *Australie* : Young c. Buccaneer Energy [2014] FCA 711, CLOUT 1476.

⁹³ *Canada* : Massachusetts Elephant and Castle Group Inc., [2011] ONSC 4201 [30], CLOUT 1206 ; Lightsquared LP [2012] ONSC 2994 [par. 25, 26, 28, 31], CLOUT 1204.

⁹⁴ *Nouvelle-Zélande* : Williams c. Simpson (n° 5) [2010] NZHC 1786 [2011] 2 NZLR 380 (12 octobre 2010) [par. 42], CLOUT 1220 ; *Australie* : Gainsford, dans l'affaire Tannenbaum c. Tannenbaum [2012] FCA 904 [par. 41], CLOUT 1214.

⁹⁵ *États-Unis* : Loy, 380 B.R. 154, 162 (Bankr. E.D. Va. 2007), CLOUT 924.

⁹⁶ *Australie*, Gainsford, dans l'affaire Tannenbaum c. Tannenbaum [2012] FCA 904 [par. 46], CLOUT 1214.

⁹⁷ *Australie* : Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112 [par. 46], CLOUT 1475.

⁹⁸ *États-Unis* : Kemsley, 489 B.R. 346, 360 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), CLOUT 1274.

⁹⁹ *États-Unis* : Pirogova, 593 B.R. 402, 409 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) – l'intention déclarée de la débitrice, qui avait obtenu le statut de résidente permanente aux États-Unis, était de quitter définitivement la Fédération de Russie et de ne plus jamais y résider.

¹⁰⁰ Ibid. citant Ran 607 F.3d 1017, 1022 et 1023 (5^e circuit 2010).

¹⁰¹ *États-Unis* : Kemsley, 489 B.R. 346, 352 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), CLOUT 1274 citant Ran, 607 F.3d 1017 (5^e circuit 2010).

¹⁰² Ibid. *États-Unis* : Kemsley.

¹⁰³ Ibid. *États-Unis* : Kemsley.

¹⁰⁴ *Nouvelle-Zélande* : Williams c. Simpson (n° 5) [2010] NZHC 1786 [2011] NZLR 380 [par. 42] (12 octobre 2010), CLOUT 1220 citant Basingstoke c. Groot [2007] NZFLR 363 (CA).

¹⁰⁵ *États-Unis* : Kemsley, 489 B.R. 346, 360 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), CLOUT 1274.

¹⁰⁶ *Australie*, Gainsford, dans l'affaire Tannenbaum c. Tannenbaum [2012] FCA 904 [par. 44], CLOUT 1214.

¹⁰⁷ *Australie* : Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112 [par. 46], CLOUT 1475.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Idem *Australie* : Kapila [par. 47].

¹¹⁰ *États-Unis* : Kemsley, 489 B.R. 346, 360 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), CLOUT 1274 citant Loy, 380 B.R. 154, 162 (Bankr. E.D. Va. 2007), CLOUT 924 et SPhinX, Ltd., 351 B.R. 103, 117 (Bankr. S.D.N.Y. 2006), CLOUT 768.

¹¹¹ *Australie* : Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112 [par. 54], CLOUT 1475.

Article 17. Décision de reconnaître une procédure étrangère

1. Sans préjudice des dispositions de l'article 6, une procédure étrangère est reconnue si :
 - a) La procédure étrangère est une procédure au sens de l'alinéa *a* de l'article 2 ;
 - b) Le représentant étranger demandant la reconnaissance est une personne ou un organe au sens de l'alinéa *d* de l'article 2 ;
 - c) La demande satisfait aux exigences du paragraphe 2 de l'article 15 ; et
 - d) La demande a été soumise au tribunal visé à l'article 4.
2. La procédure étrangère est reconnue :
 - a) En tant que procédure étrangère principale si elle a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux ; ou
 - b) En tant que procédure étrangère non principale si le débiteur a un établissement au sens de l'alinéa *f* de l'article 2 dans l'État étranger.
3. La décision relative à une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère est rendue le plus tôt possible.
4. Les dispositions des articles 15, 16, 17 et 18 n'empêchent pas la modification ou la cessation de la reconnaissance s'il apparaît que les motifs de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu'ils ont cessé d'exister.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 17 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 29 à 33, 201 et 202]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/419 [par. 62 à 69] ; A/CN.9/422 [par. 76 à 93] ; A/CN.9/433 [par. 99 à 104] ; A/CN.9/435 [par. 167 et 173] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 68 et 69] ; A/CN.9/442 [par. 124 à 131] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/715 [par. 14, 15 et 32 à 35] ; A/CN.9/738 [par. 33 à 35] ; A/CN.9/742 [par. 57 à 62] ; A/CN.9/763 [par. 49 à 55] ; A/CN.9/766 [par. 41 à 44].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 167].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 150 à 167]¹ explique que l'article 17 indique que la

reconnaissance doit être accordée d'office à la procédure étrangère, à condition qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public de l'État conformément à l'article 6 et que la demande soit conforme aux conditions énoncées au paragraphe 1. En prenant sa décision de reconnaissance, le tribunal requis doit se limiter aux conditions préalables énoncées au paragraphe 1 ; en particulier, on notera que la Loi type ne prévoit pas que le tribunal requis s'interroge sur le point de savoir si la procédure étrangère a été ouverte régulièrement conformément au droit applicable (voir le Point de vue du juge [par. 41])². Pour prendre sa décision, le tribunal peut se fonder sur les présomptions visées à l'article 16.

2. Le paragraphe 2 prévoit que le tribunal doit décider de reconnaître la procédure en tant que procédure principale ou non principale ; la reconnaissance d'une procédure ouverte dans un État étranger dans lequel le débiteur a des biens, mais pas d'établissement au sens de l'article 2, n'est pas envisagée (voir le Point de vue du juge [par. 44 à 46]). L'utilisation du présent à l'article 17-2 *a*), dans le membre de phrase « si elle a lieu [...] », exige que la procédure étrangère soit en cours ou en instance au moment de la décision de reconnaissance ; si la procédure visée par la demande de reconnaissance n'est plus en cours ou en instance dans l'État d'origine au moment donné (c'est-à-dire qu'elle n'a plus « lieu » parce qu'elle a été close), elle ne peut pas être reconnue en vertu de la LTI. Cet aspect est également examiné dans le Point de vue du juge [par. 129 à 134].

3. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 157 à 160] traite de la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux (ou l'établissement) du

débiteur, question qui n'est pas spécifiquement abordée par la LTI. Selon lui, la date à retenir est celle de l'ouverture de la procédure étrangère. Il note [par. 159] que, compte tenu des éléments qui doivent accompagner une demande de reconnaissance en vertu de l'article 15 et de l'importance accordée à la décision portant ouverture de la procédure étrangère et désignation du représentant étranger, la date d'ouverture de cette procédure est la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux. Lorsque les activités du débiteur cessent après l'ouverture de la procédure étrangère, les seuls éléments qui, au moment de la demande de reconnaissance, pourraient indiquer le lieu où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur sont cette procédure étrangère et l'activité menée par le représentant étranger pour administrer la masse de l'insolvabilité. Dans ce cas, il serait facile de déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur en se fondant sur la date d'ouverture de cette procédure. Le même raisonnement peut être adopté en cas de redressement puisque, selon certaines législations, ce n'est pas le débiteur qui continue d'avoir un centre des intérêts principaux, mais l'entité chargée du redressement. Dans ce cas, la condition selon laquelle une procédure étrangère doit avoir lieu, énoncée à l'article 17-2 *a*), est clairement remplie et la procédure étrangère devrait pouvoir être reconnue. Par ailleurs, en retenant la date d'ouverture de la procédure pour déterminer le lieu où se trouve le centre des intérêts principaux, on obtient un critère qui peut être appliqué de manière sûre à toutes les procédures d'insolvabilité.

4. Le paragraphe 3 souligne qu'il importe d'obtenir rapidement la reconnaissance ; il convient de noter que des mesures provisoires devraient être disponibles en vertu de l'article 19 pendant que la demande de reconnaissance est en cours.

5. Le paragraphe 4 précise que la décision de reconnaissance peut être réexaminée s'il apparaît que les motifs de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu'ils ont cessé d'exister. La possibilité, pour le tribunal, de réexaminer sa décision est appuyée par l'obligation énoncée à l'article 18, qui prévoit que le représentant étranger est tenu d'informer le tribunal de tout changement de circonstances. Le Point de vue du juge [par. 56 à 58] traite également de cet aspect.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 17

ARTICLE 17, PARAGRAPHE 1

6. L'article 17-1 prévoit la reconnaissance d'une procédure étrangère ; il ne traite pas en soi de la reconnaissance d'un représentant étranger mais, pour pouvoir reconnaître la procédure étrangère, le tribunal doit être convaincu, conformément à l'article 17-1 *b*), que le représentant étranger qui demande la reconnaissance est une personne au sens de l'article 2 *d*)³. Il a été noté dans une affaire que si la reconnaissance d'une procédure étrangère fondait le représentant étranger, entre autres, à demander des mesures au tribunal accordant la reconnaissance, elle ne faisait pas de cette personne un auxiliaire de ce tribunal, et celui-ci ne pouvait

donc pas exercer à son endroit d'une autorité punitive ou disciplinaire⁴.

7. Les tribunaux ont souligné que les exigences énoncées aux articles 15⁵ et 17⁶ devaient être interprétées de manière stricte : le tribunal doit déterminer de manière indépendante si la procédure satisfait aux exigences prévues dans les définitions des articles 2 et 17 et, s'il en est convaincu, la reconnaissance doit suivre. Ce résultat est mis en exergue par les termes utilisés à l'article 17-1, qui précisent la seule réserve applicable à la reconnaissance – « sans préjudice des dispositions [...] », ce qui indique clairement aux juges que celle-ci n'est pas soumise à d'autres éléments non inclus dans la disposition⁷. Il a été indiqué que le tribunal ne disposait d'aucun pouvoir discrétionnaire à cet égard et qu'il serait inapproprié de ne pas tenir compte de la nature de la procédure étrangère ou de remettre en question le jugement du tribunal étranger⁸. En outre, le pouvoir du tribunal d'examiner les faits qui sous-tendent une demande de reconnaissance au titre de l'article 17 ne peut être écarté ou éliminé par le choix qui est fait de ne pas invoquer ou introduire des faits pertinents ou par le fait qu'une partie ne s'oppose pas à la reconnaissance ; le tribunal peut prendre en considération tous les faits pertinents (y compris ceux qui n'ont pas encore été présentés)⁹. Dans une affaire qui a été abondamment citée¹⁰, le tribunal a déclaré que l'analyse à effectuer ne constituait pas un « exercice d'approbation automatique » qui permettrait d'accorder la reconnaissance au motif qu'aucune objection n'avait été soulevée et qu'aucune procédure n'avait été engagée à un autre endroit.

ARTICLE 17, PARAGRAPHE 2 (voir aussi l'article 2, alinéa f)

8. Une fois que les conditions de la reconnaissance énoncées à l'article 17-1 sont remplies, le tribunal doit décider si la procédure étrangère doit être reconnue comme une procédure principale ou non principale en vertu de l'article 17-2¹¹. Même s'il y a eu des cas dans lesquels le tribunal a reconnu une procédure comme « procédure étrangère » sans déterminer s'il s'agissait d'une procédure principale ou non principale¹², les affaires tranchées ultérieurement ont souligné la nécessité de faire la distinction, comme le prévoit l'article 17 et en raison des conséquences différentes qui découlent de la reconnaissance des deux types de procédure¹³. Il n'existe pas d'autres exceptions à la reconnaissance que celles prévues par la LTI. Par exemple, dans un cas où les actifs du débiteur étaient entièrement nantis, le tribunal a jugé qu'il n'y avait pas d'exception à la reconnaissance fondée sur le ratio d'endettement du débiteur au moment de l'insolvabilité¹⁴.

9. Lorsqu'une procédure non principale a lieu, celle-ci peut être reconnue en tant que telle sans qu'une procédure principale ne doive nécessairement avoir lieu ; un tribunal a estimé qu'il serait contraire à la logique, ainsi qu'à la formulation sans équivoque et à l'objectif de la loi, de forcer le tribunal à reconnaître une procédure étrangère en tant que procédure « principale » au simple motif qu'elle était la seule procédure en cours¹⁵.

Moment où le centre des intérêts principaux et la résidence habituelle sont déterminés

10. En examinant la question du centre des intérêts principaux du débiteur, les tribunaux ont mentionné plusieurs dates qui, à leur avis, étaient pertinentes pour déterminer ce centre, notamment¹⁶ :

- a) La date d'ouverture de la procédure étrangère dont la reconnaissance est demandée ;
- b) La date de la demande de reconnaissance ;
- c) La date à laquelle le tribunal est appelé à statuer sur la demande ;
- d) Une date déterminée par référence à l'historique des opérations du débiteur.

a) La date d'ouverture de la procédure étrangère¹⁷ dont la reconnaissance est demandée¹⁸

11. Selon un point de vue, étant donné que la date de la demande de reconnaissance est arbitraire ou aléatoire¹⁹ et que la procédure de reconnaissance est accessoire ou secondaire à la procédure étrangère, il convient de se référer à la date figurant à l'alinéa a²⁰. Il a également été estimé que l'utilisation du présent à l'article 17-2 (à savoir les mots « elle a lieu »), pouvait être considérée comme exigeant que la procédure étrangère soit en cours au moment de la procédure de reconnaissance, mais qu'il ne fallait pas surinterpréter ce que l'on pouvait aussi simplement considérer comme un temps neutre²¹. Le fait de retenir la date d'ouverture de la procédure étrangère permettrait d'éviter d'avoir des résultats différents dans différents pays lorsque des demandes de reconnaissance étaient présentées à différents moments et que le débiteur avait déménagé entre ces moments (en particulier dans le cas d'un débiteur personne physique)²². Il a également été estimé que la pluralité de résultats ne promouvait pas les objectifs du préambule de la LTI ni l'uniformité de l'interprétation au sens de l'article 8²³. Un autre tribunal a noté que la date d'ouverture de la procédure étrangère était fixe et facilement vérifiable, alors que la date de dépôt d'une demande de reconnaissance pouvait sensiblement varier en fonction des circonstances et de la diligence dont faisait preuve le représentant étranger²⁴.

b) La date de la demande de reconnaissance²⁵

12. Les tribunaux favorables au moment visé à l'alinéa b ont invoqué l'utilisation du présent (« a » le centre de ses intérêts principaux), au paragraphe 2, pour conclure qu'une interprétation au sens strict conduirait à la conclusion selon laquelle le centre des intérêts principaux devait être déterminé à partir des faits existants à la date du dépôt de la demande de reconnaissance²⁶. Il a également été estimé que cette approche permettait d'harmoniser les procédures d'insolvabilité transnationales, car en limitant l'enquête au moment du dépôt de la demande, on évitait de devoir examiner de près l'historique des opérations du demandeur, et de s'exposer ainsi à des décisions contradictoires rendues par différents tribunaux en ce qui concerne le centre des intérêts

principaux²⁷. Un autre argument en faveur de cette approche était qu'elle permettait au tribunal de tenir compte des éventuels déplacements du centre des intérêts principaux du débiteur au cours de la période comprise entre l'ouverture de la procédure d'insolvabilité étrangère et la date de la demande de reconnaissance, ce qui pouvait se justifier, car cela donnait aux entreprises la possibilité de choisir le pays qui offrirait les meilleures perspectives de restructuration et pouvait être particulièrement pertinent lorsque les mesures nécessaires n'étaient pas toutes en place au moment de l'ouverture de la procédure, date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux dans certains États²⁸. Un tribunal a estimé que, face au risque de manipulation du centre des intérêts principaux par le débiteur, rien n'empêchait de prendre en compte la période comprise entre l'ouverture de la procédure d'insolvabilité étrangère et le dépôt de la demande de reconnaissance²⁹.

c) La date à laquelle le tribunal est appelé à statuer sur la demande³⁰

13. À l'appui de cette date, on s'est fondé sur les dispositions de la LTI relatives à la notification de toute modification du statut de la procédure conformément à l'article 18 et à la modification ou à l'annulation de la décision de reconnaissance en raison d'un changement de circonstances³¹. Il a été estimé que ces dispositions portaient du principe selon lequel le processus de reconnaissance devait être souple et qu'il fallait tenir compte des faits réels qui auraient une influence sur la décision du tribunal, plutôt que fixer un moment arbitraire où le centre des intérêts principaux serait déterminé. À la lumière de ces dispositions, il a été estimé que si l'emplacement du centre des intérêts principaux du débiteur changeait entre la date du dépôt de la demande de reconnaissance et la date à laquelle un tribunal se prononçait sur la reconnaissance, celui-ci pourrait se baser sur les faits existants à cette dernière date pour déterminer le centre des intérêts principaux.

d) Une date déterminée par référence à l'historique des opérations du débiteur

14. Si cette approche a été défendue dans plusieurs affaires³², elle a été rejetée au motif qu'elle augmenterait le risque de décisions contradictoires concernant le centre des intérêts principaux et de procédures principales concurrentes, ce qui irait à l'encontre des objectifs d'uniformité et d'harmonisation. Il a été estimé que si cette approche était suivie, les tribunaux auraient peut-être tendance à accorder une plus grande importance aux activités menées dans leur propre pays, ou à évaluer ou analyser les preuves différemment. Cette approche pouvait également avoir des incidences sur la question de savoir si le centre des intérêts principaux pouvait être vérifié par les tiers. Un tribunal a estimé que le centre des intérêts principaux devait être déterminé au vu des circonstances existant au moment pertinent pour la détermination, mais que ces circonstances pouvaient inclure des faits historiques ayant concouru à la situation existant au moment de la détermination³³.

Déplacement du centre des intérêts principaux et date de détermination du centre des intérêts principaux
(voir également ci-dessous, abus de procédure)

15. Le Point de vue du juge [par. 126 à 128] note que le centre des intérêts principaux d'un débiteur peut être déplacé avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, dans certains cas peu de temps avant, voire entre le moment de la demande d'ouverture et l'ouverture même de la procédure. Dès lors qu'il apparaît que le centre des intérêts principaux a été déplacé peu avant l'ouverture de la procédure étrangère, le Point de vue du juge [par. 119 à 121] indique qu'il peut être souhaitable que le tribunal requis, en décidant s'il convient de reconnaître ou non cette procédure, examine plus attentivement les autres facteurs recensés dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 147] (voir l'introduction à l'article 16) et envisage plus globalement la situation du débiteur. En particulier, le critère selon lequel le centre des intérêts principaux doit pouvoir être facilement vérifié par les tiers peut être plus difficile à respecter si le déplacement du centre des intérêts principaux se produit peu avant l'ouverture de la procédure. En d'autres termes, un centre qui est régulier et vérifiable par les tiers ne peut facilement faire l'objet d'un déplacement tactique³⁴.

16. Le moment où le centre des intérêts principaux doit être déterminé peut également avoir des incidences sur l'emplacement de celui-ci lorsqu'il a été déplacé après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Comme on l'a noté ci-dessus³⁵, la détermination du centre des intérêts principaux par rapport à la date de la demande de reconnaissance, par exemple, peut donner au débiteur la possibilité de choisir le pays qui offrira les meilleures perspectives de restructuration, et peut constituer une approche particulièrement pertinente lorsque les mesures nécessaires ne sont pas toutes en place au moment de l'ouverture de la procédure, qui est la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux dans certains États³⁶.

17. Conformément au Règlement CE, il a été estimé qu'un tribunal devrait hésiter à accepter un changement du centre des intérêts principaux en raison d'activités qui pourraient se révéler de nature temporaire ou provisoire³⁷. Dans une affaire tranchée plus tardivement, la Cour de justice européenne a considéré que lorsque le siège statutaire d'un débiteur était transféré avant que ne soit déposée une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le centre des intérêts principaux était présumé être le lieu où se situait le nouveau siège statutaire³⁸. La présomption énoncée dans la refonte du Règlement CE selon laquelle le siège statutaire du débiteur est le centre de ses intérêts principaux ne s'applique que si ce siège n'a pas été transféré dans un autre État membre de l'Union européenne au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Dans le cas de la résidence habituelle, ce délai est de six mois³⁹.

Moment où l'établissement est déterminé

18. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 160] et le Point de vue du juge [par. 143] indiquent

que les mêmes considérations s'appliquent à la date à retenir pour déterminer l'existence d'un établissement du débiteur. En conséquence, la date d'ouverture de la procédure étrangère est celle qui doit être prise en compte à cet égard.

ARTICLE 17, PARAGRAPHE 3

19. Comme indiqué ci-dessus⁴⁰, les tribunaux ont noté que l'objectif du paragraphe 3 était servi par les présomptions énoncées à l'article 16⁴¹. Les États adoptants n'ont pas tous adopté le paragraphe 3 de l'article 17 ; certains ont précisé un délai dans lequel la décision de reconnaissance devait être rendue⁴².

ARTICLE 17, PARAGRAPHE 4

20. Le tribunal peut revoir la question, comme le prévoit le paragraphe 4 de l'article 17, lorsque les motifs initiaux de la reconnaissance sont totalement ou partiellement absents ou ont cessé d'exister. Les tribunaux ont qualifié la décision de reconnaissance de simple « décision sommaire », qui n'est ni complète ni définitive et peut donc faire l'objet d'un réexamen⁴³, ce dernier n'étant pas obligatoire et relevant du pouvoir discrétionnaire du tribunal⁴⁴. Le Point de vue du juge [par. 57] donne quelques exemples de circonstances dans lesquelles un réexamen de cette décision pourrait être approprié, notamment lorsque : l'ordonnance ouvrant la procédure étrangère a été infirmée en appel ; la procédure étrangère reconnue a pris fin⁴⁵ ; la nature de la procédure reconnue a changé ; ou des faits nouveaux exigeant ou justifiant un changement de la décision du tribunal sont intervenus.

21. Il a été estimé que les facteurs pertinents pour déterminer s'il y avait lieu de mettre fin à la reconnaissance étaient identiques à ceux à prendre en compte pour l'octroi de la reconnaissance⁴⁶, et noté que l'une ou l'autre des conditions énoncées à l'article 17-4 était suffisante pour permettre au tribunal de modifier la reconnaissance ou d'y mettre fin. Il a également été estimé que le tribunal qui évaluait la présence ou l'absence de l'une ou l'autre de ces conditions ne devait pas se limiter à prendre en compte les preuves qui étaient ou auraient dû être disponibles au moment où la reconnaissance avait été accordée, mais pouvait aussi prendre en compte de nouvelles preuves⁴⁷. Ainsi, par exemple, s'il ressortait d'une enquête et de preuves réunies ultérieurement que le tribunal avait appliqué la présomption relative au centre d'intérêts principaux visée à l'article 16-3 alors que le centre des intérêts principaux était situé ailleurs, ce tribunal pouvait réexaminer l'ordonnance de reconnaissance rendue précédemment, conformément à l'article 17-4⁴⁸.

22. Dans une affaire où il est apparu, à la lumière de développements ultérieurs, que les déclarations faites par le débiteur au sujet du centre de ses intérêts principaux n'étaient pas tout à fait exactes, le tribunal saisi a déclaré que le fait de réexaminer l'ordonnance de reconnaissance, qui avait été rendue plus de deux ans auparavant, non seulement abrogerait pour l'essentiel la décision pourtant méticuleusement motivée du tribunal, mais pourrait également entraver

l'exécution du jugement rendu dans le pays d'origine et saper l'un des objectifs de la LTI, à savoir la coopération. Il a conclu qu'il ne réexaminerait la question de la reconnaissance que s'il disposait de données complètes, exactes et transparentes à tous égards importants⁴⁹.

23. Dans une affaire où il a été soutenu que la reconnaissance ne devait pas être accordée ou devait l'être uniquement à titre conditionnel parce que la décision d'ouverture de la procédure étrangère était susceptible d'appel, le tribunal a fait remarquer que rien dans les articles 15 ou 17 n'exigeait que la décision étrangère soit définitive ou non susceptible d'appel⁵⁰. Il a ensuite indiqué que la décision rendue par le tribunal étranger était suffisante pour permettre aux représentants étrangers d'accomplir leurs tâches et que, si celle-ci devait être infirmée en appel, l'article 18 les obligeait à informer le tribunal en conséquence⁵¹.

AUTRES QUESTIONS APPLICABLES À LA RECONNAISSANCE

Abus de procédure, mauvaise foi, fraude, motivation inappropriée (voir aussi l'article 6)

24. Plusieurs affaires signalées impliquaient différents aspects de la mauvaise foi ou de l'abus de procédure affectant, par exemple, l'ouverture de la procédure étrangère, la motivation sous-tendant la demande de reconnaissance ou l'emplacement du centre des intérêts principaux du débiteur.

25. En ce qui concerne l'ouverture de la procédure étrangère, il a été estimé qu'un tribunal pouvait refuser d'accorder la reconnaissance s'il était convaincu qu'une décision étrangère était entachée de corruption⁵².

26. En ce qui concerne la motivation sous-tendant la demande de reconnaissance, il a été estimé que la reconnaissance ne devait pas être utilisée par un débiteur qui cherchait à échapper à ses créanciers étrangers légitimes⁵³ et que, s'il apparaissait que la recherche abusive du for le plus avantageux et les tentatives d'entrave à l'exécution d'un jugement existant étaient les seules raisons justifiant cette demande, ces circonstances justifiaient que la reconnaissance de la procédure étrangère en tant que procédure étrangère principale soit refusée au motif que celle-ci était demandée dans un but inapproprié⁵⁴. Selon un autre point de vue, une

allégation de mauvaise foi ne constituait pas un fondement juridique suffisant pour passer outre aux exigences relatives à la reconnaissance prévues à l'article 17⁵⁵.

27. En ce qui concerne la mauvaise foi ou l'abus de procédure relatifs au centre des intérêts principaux, des tribunaux ont dit que le versement de pots-de-vin à l'endroit où le débiteur était contrôlé ou réglementé pouvait certes affecter l'exactitude de l'audit ou l'efficacité de la réglementation en question, mais ne permettait pas de dire que le débiteur était contrôlé ou réglementé ailleurs aux fins de la détermination du centre des intérêts principaux. De plus, étant donné que l'existence de ces pots-de-vin était secrète, elle ne pouvait être vérifiée par des tiers⁵⁶. Dans une autre affaire concernant le moment où le centre des intérêts principaux devait être déterminé (voir le passage relatif au déplacement du centre des intérêts principaux ci-dessus), un tribunal a déclaré que compte tenu du Règlement CE et d'autres interprétations données à l'échelle internationale, qui mettaient l'accent sur la régularité et le caractère vérifiable du centre des intérêts principaux du débiteur, un tribunal pouvait prendre en compte la période comprise entre l'ouverture de la procédure d'insolvabilité étrangère et le dépôt de la demande de reconnaissance pour déterminer si le débiteur avait manipulé le centre de ses intérêts principaux de mauvaise foi⁵⁷. Dans une autre affaire concernant le centre des intérêts principaux, le tribunal a déclaré que, dans certains cas, le lieu où se trouvait le débiteur n'était pas essentiel, par exemple lorsque ce dernier n'exerçait aucune activité commerciale réelle à cet endroit et n'était qu'un instrument de fraude⁵⁸. Il a également été estimé qu'un centre des intérêts principaux manipulé de mauvaise foi ne constituait pas un centre valide susceptible d'être invoqué⁵⁹.

28. Il a été noté que les faits qui apparaissaient ou étaient découverts ultérieurement, comme l'existence d'un montage pyramidal à la Ponzi, n'étaient pas nécessairement connus du grand public ou apparents pour un tiers ordinaire qui faisait des affaires avec le débiteur pendant la période considérée, et qu'il se pouvait donc qu'ils ne soient pas pertinents pour réfuter la présomption visée à l'article 16-3⁶⁰. L'argument selon lequel il était possible de déterminer le centre des intérêts principaux en référence à une entité comprenant tous ceux qui étaient impliqués dans un montage à la Ponzi a été rejeté au motif qu'il n'était pas possible de déterminer le centre des intérêts principaux d'un ensemble sans cohésion de sociétés et de particuliers⁶¹.

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 124 à 132].

² *États-Unis* : Creative Finance Ltd, 543 B.R. 498, 515 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624 – le tribunal a dit que la reconnaissance dépendait du respect des exigences prévues à l'article 17 uniquement, nonobstant les éléments de mauvaise foi ; Millard 501 B.R. 644, 650 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) ; voir ci-dessous les commentaires relatifs à l'article 17-4 en ce qui concerne les incidences de la mauvaise foi sur la reconnaissance, ainsi que la partie relative à l'article 6.

³ *Australie* : Pink c. MF Global UK Limited [2012] FCA 260 [par. 16] – le demandeur a demandé la reconnaissance de la procédure étrangère et du représentant étranger. Le tribunal a indiqué que la reconnaissance de ce dernier n'était pas envisagée par la LTI et qu'elle dépassait ses prérogatives ; il a toutefois été convaincu que les administrateurs étaient les représentants étrangers et qu'ils avaient qualité pour introduire la demande de reconnaissance.

⁴ *Angleterre* : Brian Glasgow (représentant des créanciers de Harlequin Property (SVG) Ltd.) c. ELS Law Ltd. [2017] EWHC 3004 (Ch)

[par. 85] ; voir également *Candey Ltd c. Crumpler* [2020] EWHC Civ 26 [par. 18 et 29] – le tribunal a déclaré que l'ordonnance de reconnaissance n'avait pas pour effet que le représentant étranger soit, à la suite de la reconnaissance, traité comme agissant en tant que, ou en qualité de, liquidateur anglais.

⁵ Voir la jurisprudence relative à l'article 15-3.

⁶ *Nouvelle-Zélande* : *Williams c. Simpson* (n° 5) [2010] NZHC 1786 [2011] NZLR 380 (12 octobre 2010) [par. 26], CLOUT 1220 – si les conditions ne sont pas remplies et que la procédure étrangère n'est ni principale, ni non principale, le tribunal n'est pas compétent pour accorder la reconnaissance en vertu de l'article 17. *États-Unis* : *Bear Stearns*, 389 B.R. 325, 333 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 – expliquant que la reconnaissance « repose sur la stricte application de critères objectifs » ; *Basis Yield Alpha Fund (Master)*, 381 B.R. 37, 45 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 ; *Atlas Shipping A/S*, 404 B.R. 726, 738 (Bankr. S.D.N.Y. 2009), CLOUT 1277 ; *British-American Insurance Co., Ltd.*, 425 B.R. 884, 900 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 ; *Metcalf & Mansfield Alternative Invs.*, 421 B.R. 685, 697 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1007 ; *Ashapura Minechem Ltd.*, 480 B.R. 129, 136 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1313.

⁷ *États-Unis* : *Millard* 501 B.R. 644, 654 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) ; *Loy*, 380 B.R. 154, 168 (Bankr. E.D.Va. 2007), CLOUT 924 – le tribunal a dit que le Congrès n'avait pas inclus de dispositions dans les sections 1509, 1515, ou 1517 du chapitre 15 suggérant qu'un tribunal serait autorisé à inclure des considérations d'équité dans son évaluation du respect des conditions préalables à la reconnaissance d'une procédure étrangère, cité dans *Ran*, 406 B.R. 277, 288 (S.D.Tex.2009), CLOUT 929, confirmé pour d'autres motifs, 607 F.3d 1017 (5^e circuit 2010), CLOUT 1276 ; dans l'affaire *Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd.*, 458 B.R. 63, 78 (Bankr. S.D.N.Y. 2011) confirmé par 474 B.R. 884 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1208, le tribunal des faillites a adopté un point de vue différent de celui du tribunal dans l'affaire *Loy*, en observant que si certaines décisions affirmaient avec certitude que les facteurs d'équité ne devaient jouer aucun rôle lors de la phase de reconnaissance d'une demande de reconnaissance en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, la décision relative à la reconnaissance et au centre des intérêts principaux d'une entreprise devait tenir compte de l'existence d'un système judiciaire équitable et impartial et d'un corpus juridique très élaboré, en tant qu'aspects de la bonne foi de la procédure.

⁸ *Idem États-Unis* : *Millard* 650.

⁹ *États-Unis* : *Basis Yield Alpha Fund (Master)*, 381 B.R. 37, 47, 48 et 52 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 ; voir également *Bear Stearns* 389 B.R. 325, 335 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 – le tribunal a confirmé le rejet, par la juridiction inférieure, de l'argument des appelants selon lequel « ce tribunal [devait] accepter le point de vue selon lequel les procédures étrangères [étaient] des procédures principales parce que les requérants le [disaient] et que personne d'autre ne [disait] le contraire » : 374 B.R. 122, 129.

¹⁰ *États-Unis* : *Bear Stearns* 374 B.R. 122, 130 (Bankr. S.D.N.Y. 2007), CLOUT 760 confirmé par 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794, s'écartant de la décision rendue dans *SPhinX Ltd* 351 B.R. 103, 117 (Bankr. S.D.N.Y. 2006) confirmé par 371 B.R. 10 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768 ; cité dans *Basis Yield Alpha Fund (Master)*, 381 B.R. 37 et 52 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 ; *Gold & Honey, Ltd* 410 B.R. 357 et 366 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT 1008 ; *Lavie c. Ran*, 607 F.3d 1017, 1021 (5^e circuit 2010).

¹¹ *République de Corée* : la législation incorporant la LTI dans le droit interne coréen (loi sur la faillite et le redressement des débiteurs de 2005) ne fait aucune distinction entre les procédures principales et non principales, et se réfère uniquement aux « procédures de faillite étrangères » (article 632 de la loi).

¹² Dans plusieurs des premières affaires tranchées en vertu de la législation incorporant la LTI en droit américain, la reconnaissance a été accordée à une « procédure étrangère » sans que le tribunal ne détermine s'il s'agissait d'une procédure principale ou non principale : *Spencer Partners Limited*, affaire n° 07 02356, Bankr. D.S.C. 29 mai 2007, CLOUT 759 – le tribunal a reporté cette décision à une date ultérieure, mais a jugé que le représentant étranger avait droit aux mesures visées au paragraphe 1521, titre 11 de l'U.S.C. [article 21 de la LTI] ; *Scheffenacker Plc*, affaire n° 07-11482, ordonnance du 14 juin 2007, non communiquée, CLOUT 767 – le tribunal a accordé la reconnaissance à une procédure étrangère sans préciser s'il s'agissait d'une procédure principale ou non principale, estimant que la procédure étrangère devait manifestement être considérée comme l'une ou l'autre et que les mesures demandées pouvaient être accordées de manière adéquate dans un cas comme dans l'autre. Le tribunal s'est montré particulièrement réticent à trancher la question, car cela impliquait de devoir revoir la décision prise par un tribunal étranger sur cette question ; *SPhinX, Ltd.*, 351 B.R. 103 (Bankr. S.D.N.Y. 2006), CLOUT 768 – le tribunal avait estimé qu'il y avait une séparation au chapitre 15 entre la notion de reconnaissance au titre de l'article 17-1, et l'obligation de déterminer s'il s'agissait d'une procédure principale ou non principale en vertu de l'article 17-2. S'il a poursuivi en indiquant que, dans certains cas, il pouvait être approprié de différer l'examen de la qualification de procédure principale ou non principale, étant donné qu'aucune conséquence négative ne découlait de cette distinction en termes de mesures disponibles dans une affaire donnée, le tribunal a jugé que la procédure concernée était une procédure non principale, cette conclusion étant confirmée en appel 371 B.R. (S.D.N.Y. 2007).

¹³ Par exemple, *États-Unis* : *Loy* 380 B.R. 154, 162 (Bankr. E.D.Va. 2007), CLOUT 924 – le tribunal a déclaré que la simple reconnaissance d'une procédure étrangère en tant que « procédure étrangère, sans autre précision (c'est-à-dire sans indication quant à son caractère « principal ou non principal ») était insuffisante, car il existait des distinctions importantes en matière d'admissibilité, avec leurs conséquences respectives », citant *Bear Stearns*, 374 B.R. 122, 125 (Bankr. S.D.N.Y. 2007), CLOUT 760, confirmé par 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794. *Nouvelle-Zélande* : *Batty* (en tant que représentant des créanciers de *Reeves*) c. *Reeves* [2015] NZHC 908, CLOUT 1801 ; *Leeds c. Richards* [2016] NZHC 2314, CLOUT 1800.

¹⁴ *États-Unis* : *ABC Learning Centres Ltd.*, 728 F.3d 301 (3^e circuit 2013), CLOUT 1338 – une telle exception, selon le tribunal, pourrait être contraire aux objectifs déclarés du chapitre 15 et aux dispositions contraignantes relatives à la reconnaissance en vertu de ce chapitre.

¹⁵ *États-Unis* : *SPhinX, Ltd.*, 351 B.R. 103, 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2006) confirmé par 371 B.R. 10 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768 ; le Code des faillites des États-Unis, titre 11 de l'U.S.C., sect. 1517 (b), qui incorpore l'article 17-2 a) de la LTI dans le droit interne, a remplacé les mots « a lieu » (« taking place ») par les mots « en cours » (« pending ») ; le même terme est utilisé dans les sect. 1502 (4) et 1502 (5), qui incorporent l'article 2, alinéas d) et e) de la LTI dans le droit interne (voir les notes relatives à l'article 2 b) ci-dessus).

¹⁶ On trouvera un résumé des différentes approches et une analyse de leurs avantages et inconvénients respectifs dans *Singapour* : *Re : Zetta Jet Pte Ltd et autres (Asia Aviation Holdings Pte Ltd, intervenant)* [2019] SGHC 53 [39 à 61], CLOUT 1816.

¹⁷ On notera que, dans certains États, la date de la demande d'ouverture peut coïncider avec celle de l'ouverture, raison pour laquelle certaines affaires peuvent faire référence à la date du dépôt de la demande plutôt qu'à celle de l'ouverture de la procédure – p. ex., *États-Unis* : *Kemsley*, 489 B.R. 346, 359 et 360 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), CLOUT 1274. Lorsque les dates sont différentes, l'accent doit être mis sur la date d'ouverture, compte tenu des mots employés à l'article 17, alinéa 2 a), à savoir « si elle a lieu ». En effet, avant que la procédure ne soit effectivement ouverte, celle-ci ne peut avoir lieu, voir *États-Unis* : *Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (In re Fairfield Sentry Ltd.)*, 714 F.3d 127, 134 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339.

¹⁸ *Australie* : Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112 [par. 35 à 39], CLOUT 1475 ; King, dans l'affaire Zetta Jet Pte Ltd [2018] FCA 1932, CLOUT 1817 – le tribunal a déclaré que l'affaire montrait que si l'on suivait d'autres approches, le débiteur aurait pu ne pas exercer d'activités du tout, comparer avec Gainsford, dans l'affaire Tannenbaum c. Tannenbaum [2012] FCA 904 [par. 44], CLOUT 1214 et Moore c. Australian Equity Investors [2012] FCA 1002 [par. 18], CLOUT 1477. *Japon* : Think3, affaire n° (ra) 1757 de 2012 (appel), Haute Cour de Tokyo, ch. 3, 1 (2), fondé sur le raisonnement retenu par le tribunal de district dans les affaires n°s (shou) 3 et 5 de 2011, CLOUT 1335. La Haute Cour a également estimé que lorsqu'un laps de temps important s'écoulait entre le dépôt de la demande d'ouverture et la demande de reconnaissance, ou lorsque l'établissement principal était transféré juste avant la demande d'ouverture, il pouvait être nécessaire de prendre en compte des circonstances particulières : ch. 3, 2 (5). *États-Unis* : Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd, 458 B.R. 63, 72 (Bankr. S.D.N.Y. 2011) (décision non frappée d'appel sur ce point, CLOUT 1208) – le tribunal a déclaré que la date de la demande de reconnaissance était le fruit du hasard ; dans le cas d'espèce, la demande de reconnaissance avait été faite trois ans après la demande de liquidation introduite aux Bermudes, et était apparemment motivée par l'éventuelle introduction de prescriptions applicables aux actions visant la masse de l'insolvabilité ; Gerova Financial Group, Ltd, 482 B.R. 86, 92 et 93 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1275 ; Kemsley, 489 B.R. 346, 354, 359 et 360 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1274 – le tribunal a approuvé l'approche suivie dans l'affaire Gerova Financial Group, Ltd, 482 B.R. 86, 92 et 93 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1275 et dans l'affaire Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd, 458 B.R. 63, 72 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1208, où il avait été estimé que la date de la demande d'ouverture de la procédure étrangère était la première date à laquelle l'occasion d'une coopération internationale se présentait, qu'il s'agissait d'une date fixe et facilement vérifiable, contrairement à la date de la demande de reconnaissance, qui pouvait considérablement varier en fonction des circonstances et de la diligence dont faisaient preuve les représentants étrangers.

¹⁹ *Japon* : Think3, Tribunal de district, affaires n°s (shou) 3 et 5 de 2011 au ch. 3, 2 (3), CLOUT 1335.

²⁰ *États-Unis* : Kemsley, 489 B.R. 346, 359 et 360 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), CLOUT 1274 citant Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd, 458 B.R. 63, 72 (Bankr. S.D.N.Y. 2011) confirmé par 474 B.R. 88 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1208.

²¹ Guide pour l'incorporation et l'interprétation [158] ; *Australie* : Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112 [par. 35], CLOUT 1475. *États-Unis* : Kemsley, 489 B.R. 346, 359 et 360 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), CLOUT 1274.

²² Ibid. *Australie* : Kapila [par. 37]. *Japon* : Think3, affaires n°s (shou) 3 et 5 de 2011, Tribunal de district de Tokyo, ch. 3, question 2-1, (1)–(5) confirmé par affaire n° (ra) 1757 de 2012 (appel), Haute Cour de Tokyo, ch. 3, 2 (3), (5), CLOUT 1335.

²³ Ibid. *Australie* : Kapila [par. 38]. *Japon* : Think3, affaire n° (ra) 1757 de 2012 (appel), Haute Cour de Tokyo, ch. 3, 2 (1), CLOUT 1335.

²⁴ *États-Unis* : Kemsley, 489 B.R. 346, 354 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), CLOUT 1274.

²⁵ *Australie* : Gainsford, dans l'affaire Tannenbaum c. Tannenbaum [2012] FCA 904 [par. 44], CLOUT 1214. *États-Unis* : Ran, 607 F.3d 1017, 1025 (5^e circuit 2010) citant Betcorp Limited 400 B.R. 266, 290 et 291 (Bankr. D.Nev.2009), CLOUT 927 ; British American Isle of Venice (BVI), Ltd. 441 B.R. 713, 720 et 721 (Bankr. S.D. Fla. 2010) ; British-American Insurance Co., Ltd. 425 B.R. 884, 909 et 910 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 ; Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re* Fairfield Sentry Ltd.), 714 F.3d 127, 133 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339.

²⁶ *États-Unis* : Lavie c. Ran (*In re* Ran) 607 F.3d 1017, 1025 (5^e circuit 2010) ; Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re* Fairfield Sentry Ltd.), 714 F.3d 127, 133 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339 – le tribunal a examiné à la fois le Règlement CE et le *Guide de la CNUDCI pour l'incorporation de la LTI*, mais a conclu que les sources internationales étaient de manière générale d'une utilité limitée pour résoudre la question de savoir si les tribunaux américains devaient déterminer le centre des intérêts principaux à la date de la demande de reconnaissance au titre du chapitre 15, ou d'une autre manière.

²⁷ *États-Unis* : Lavie c. Ran (*In re* Ran) 607 F.3d 1017, 1025 et 1026 (5^e circuit 2010) ; Ocean Rig UDW Inc, 570 B.R. 687, 704 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) suivi dans *Singapour* : Re : Zetta Jet Pte Ltd et autres (Asia Aviation Holdings Pte Ltd, intervenant) [2019] SGHC 53 [par. 53 et 61], CLOUT 1816.

²⁸ *Singapour* : Re : Zetta Jet Pte Ltd et autres (Asia Aviation Holdings Pte Ltd, intervenant) [2019] SGHC 53 [par. 57], CLOUT 1816.

²⁹ *États-Unis* : Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re* Fairfield Sentry Ltd.), 714 F.3d 127, 133 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339.

³⁰ *Australie* : Moore c. Australian Equity Investors [2012] FCA 1002 [par. 18], CLOUT 1477 ; *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd. 425 B.R. 884, 910 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005.

³¹ *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd. 425 B.R. 884, 910 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005.

³² *États-Unis* : Betcorp Limited 400 B.R. 266, 291 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 citant Lavie c. Ran, 390 B.R. 257, 300 (Bankr. S.D.Tex. 2008), affaire dans laquelle le tribunal a rejeté cette approche au motif qu'elle augmentait le risque de décisions contradictoires concernant le centre des intérêts principaux et de procédures principales concurrentes, car les tribunaux auraient peut-être tendance à accorder une plus grande importance aux activités menées dans leur propre pays, ou à évaluer les preuves différemment. En outre, elle pouvait avoir des incidences sur la question de savoir si le centre des intérêts principaux pouvait être vérifié par les tiers ; cette question a également été soulevée, mais rejetée par le tribunal, dans l'affaire British-American Insurance Co., Ltd. 425 B.R. 884, 909 et 910 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 et Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re* Fairfield Sentry Ltd.), 714 F.3d 127, 133 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339.

³³ *Australie* : Moore c. Australian Equity Investors [2012] FCA 1002 [par. 19], CLOUT 1477.

³⁴ *États-Unis* : Creative Finance Ltd, 543 B.R. 498, 517 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624 – le tribunal a déclaré que si le centre des intérêts principaux pouvait être déplacé du pays dans lequel le débiteur étranger faisait effectivement des affaires vers un territoire « boîte aux lettres », ce n'était possible que si des activités importantes étaient entreprises dans le pays où la demande d'ouverture de la procédure étrangère avait été présentée, ce qui fournirait un fondement solide face aux attentes des tiers. Le tribunal a conclu (à la page 501), conformément aux principes énoncés dans l'arrêt Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re* Fairfield Sentry Ltd.), 714 F.3d 127 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339, que les activités minimales entreprises par le liquidateur étaient insuffisantes pour modifier le centre des intérêts principaux et que celui-ci n'avait jamais établi de centre des intérêts principaux dans le territoire dans lequel il avait été nommé. Le tribunal a jugé (à la page 511) que les actions menées par le liquidateur étaient loin de pouvoir être légitimement considérées comme constituant des « efforts importants ».

³⁵ Voir le moment où le centre des intérêts principaux et la résidence habituelle sont déterminés, point b.

³⁶ Voir également *États-Unis* : Ocean Rig UDW Inc, 570 B.R. 687 (Bankr. S.D.N.Y. 2017).

³⁷ *Règlement CE/Angleterre* : Shierson c. Vlieland-Boddy [2005] EWCA Civ 974 [2005] 1 WLR 3966 [par. 55] cité en *Australie* : Moore c. Australian Equity Investors [2012] FCA 1002 [par. 20], CLOUT 1477.

³⁸ *Règlement CE* : Interedil, Srl c. Fallimento Interedil, Srl [2011] EUECJ C-396/09 [par. 59], [2012] Bus LR 1582.

³⁹ Refonte du Règlement CE, art. 3-1.

⁴⁰ Introduction à l'article 16, paragraphe 1, et fonctionnement de la présomption prévue dans la LTI.

⁴¹ *Australie* : Akers c. Saad Investments [2010] FCA 1221 [par. 46] (appel pour d'autres motifs), CLOUT 1219.

⁴² Par exemple, le Canada, la Colombie, l'Ouganda et la Pologne n'ont pas adopté cette disposition ; la République dominicaine prévoit un délai de 15 jours, les Philippines de 30 jours et la République de Corée d'un mois.

⁴³ *États-Unis* : Requête de Ernst & Young, Inc. 383 B.R. 773, 781 (Bankr. D. Colo. 2008), CLOUT 790 ; British-American Insurance Co., Ltd. 425 B.R. 884 884, 901 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005.

⁴⁴ *Angleterre* : Sturgeon Central Asia Balanced Fund [2020] EWHC [par. 34 à 47] – le tribunal a pris en compte tant la LTI que les règles de procédure locales dans le cadre du réexamen d'une décision antérieure. *États-Unis* : Oi Brasil Holdings Cooperatief U.A., 578 B.R. 169 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) citant Loy 448 B.R. 420, 439 (Bankr. E.D.Va. 2011), qui a confirmé le caractère discrétionnaire de l'article 17-4.

⁴⁵ *Angleterre* : Sanko Steamship Co. Ltd [2015] EWHC 1031 (Ch) : la procédure étrangère avait pris fin lorsqu'un certain pourcentage de la répartition avait été atteint.

⁴⁶ *États-Unis* : Cozumel Caribe, S.A. de C.V., 508 B.R. 330, 335 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), voir aussi Cozumel Caribe, S.A., de C.V., 482 B.R. 96 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1311, affaire connexe.

⁴⁷ *Australie* : Akers c. Saad Investments [2010] FCA 1221 [par. 53], CLOUT 1219 (appel pour d'autres motifs). *États-Unis* : Oi Brasil Holdings Cooperatief U.A., 578 B.R. 169, 225 à 235 (Bankr. S.D.N.Y. 2017).

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ *États-Unis* : Loy, 448 B.R. 420, 443 (Bankr. E.D. Va. 2011).

⁵⁰ *États-Unis* : Gerova Financial Group, Ltd, 482 B.R. 86, 94 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1275 ; Le Point de vue du juge [par. 57].

⁵¹ Ibid.

⁵² *États-Unis* : Perry H. Koplik & Sons, Inc, 357 B.R. 213 (Bankr. S.D.N.Y. 2006) ; en ce qui concerne la question des facteurs d'équité à prendre en compte dans la reconnaissance, voir le passage ci-dessus résumant la jurisprudence relative à l'article 17-1, note de bas de page concernant la troisième phrase.

⁵³ *États-Unis* : Octaviar Administration Pty Ltd, 511 B.R. 361, 374 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), CLOUT 1483 – citant Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re* Fairfield Sentry Ltd.), 714 F.3d 127, 132 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339.

⁵⁴ *États-Unis* : SPHinx, Ltd, 371 B.R. 10, 19 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768. *Angleterre* : OGX Petroleo E Gas S.A. [2016] EWHC 25 (Ch) [par. 60], CLOUT 1622 – le tribunal a déclaré qu'il était tout à fait possible d'arguer que, nonobstant le fait que l'article 6 doive être interprété de manière restrictive, le tribunal devait avoir le pouvoir discrétionnaire de refuser la reconnaissance s'il était convaincu que la personne la demandant abusait de la procédure dans un but inapproprié. Le demandeur n'avait pas révélé le fait, pourtant essentiel, que l'arbitrage qu'il cherchait à suspendre par le biais de la demande de reconnaissance n'était pas couvert par la procédure étrangère et ne pouvait donc pas faire l'objet de la suspension automatique prévue à l'article 20 ; voir également les affaires relatives à la communication complète et sincère des faits évoquées en relation avec l'article 6 ci-dessus.

⁵⁵ *États-Unis* : Millard 501 B.R. 644, 647 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) – le tribunal a poursuivi en disant qu'un tel comportement pourrait ultérieurement justifier l'octroi de mesures en vertu d'autres sections du Code des faillites des États-Unis (y compris un aménagement de l'arrêt des poursuites), ce qui pourrait entraîner l'annulation de la reconnaissance ; Creative Finance Ltd, 543 B.R. 498, 515-516, 522 et 23 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624 – le tribunal a estimé que, même s'il désapprouvait la conduite des débiteurs, la question de la reconnaissance tournait, dans le cas d'espèce, autour du respect des exigences de l'article 17, et non de l'application de l'article 6.

⁵⁶ *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 61], CLOUT 1003.

⁵⁷ *États-Unis* : Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re* Fairfield Sentry Ltd.), 714 F.3d 127, 138 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339 cité dans Creative Finance Ltd, 543 B.R. 498, 522 et 23 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624.

⁵⁸ *États-Unis* : Requête d'Ernst & Young, Inc, 383 B.R. 773, 780 (Bankr. D. Colo. 2008), CLOUT 790.

⁵⁹ *États-Unis* : Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (*In re* Fairfield Sentry Ltd.), 714 F.3d 127, 138 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339 ; Creative Finance Ltd, 543 B.R. 498, 524 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624.

⁶⁰ *Angleterre* : Stanford International Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 [par. 56 et 60], CLOUT 1003.

⁶¹ Ibid. *Angleterre* : Stanford [par. 56]. *États-Unis* : Requête de Ernst & Young, Inc. 383 B.R. 773 (Bankr. D. Colo. 2008), CLOUT 790.

Article 18. Informations ultérieures

À compter de la présentation de la demande de reconnaissance de la procédure étrangère, le représentant étranger informe rapidement le tribunal :

- a) De toute modification substantielle du statut de la procédure étrangère reconnue ou du statut de la nomination du représentant étranger ; et
- b) De toute autre procédure étrangère concernant le débiteur qui a été portée à sa connaissance.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 18 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 113 à 116, 201, 202 et 207]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs aux :
 - a) Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/442 [par. 133 et 134] ;
 - b) Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/742 [par. 63] ; A/CN.9/763 [par. 56] ; A/CN.9/766 [par. 45].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 169].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 168 et 169]¹ note qu'il se peut qu'après que la demande de reconnaissance a été déposée ou la décision de reconnaissance rendue, des changements surviennent dans la procédure étrangère qui auraient eu une incidence sur la décision relative aux mesures ou à la reconnaissance si ces faits avaient été connus au moment où la demande a été présentée ou la décision rendue. Afin de garantir que le tribunal soit tenu pleinement informé des changements importants, l'article 18 impose au représentant étranger l'obligation de l'informer de ces changements, y compris de toute modification du statut de la procédure ou du statut de sa nomination, et de toute autre procédure concernant le débiteur dont il pourrait prendre connaissance après la déclaration faite au tribunal conformément à l'article 15-3 identifiant les procédures étrangères concernant le débiteur dont il a connaissance. L'obligation visée à l'alinéa b permettrait au tribunal de déterminer si les mesures déjà accordées doivent être coordonnées avec une éventuelle procédure d'insolvabilité ouverte après que la décision relative à la reconnaissance a

été rendue (voir article 30) et faciliterait la coopération au titre du chapitre IV.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 18

2. Dans le cas où un changement intervenait dans la procédure étrangère – par exemple la suspension de celle-ci – et où l'on ne connaissait pas exactement les incidences de ce changement, notamment sur la reconnaissance, un tribunal a indiqué qu'il pouvait ordonner la présentation d'un rapport de situation conformément à l'obligation visée à l'article 18². Lorsqu'une procédure prend fin à la suite de la reconnaissance, l'article 18 prévoit que le tribunal doit être informé, car il n'existe à ce moment plus de procédure étrangère qui pourrait continuer d'être reconnue, et en vertu de laquelle on pourrait maintenir l'arrêt des poursuites conformément à l'article 20 ou autoriser les demandes de mesures supplémentaires³. Il a toutefois été noté que dans cette situation, un obstacle apparaissait, car l'obligation d'informer visée à l'article 18 incombait au représentant étranger, qui n'était plus en fonction⁴. Dans une affaire, il a été jugé qu'il serait peut-être approprié, dans de telles circonstances, que l'obligation d'informer le tribunal incombe au débiteur⁵.

3. Dans une affaire, il a été jugé que l'approbation d'un plan de redressement et la restitution de la gestion et du contrôle quotidien au débiteur ne constituaient pas nécessairement une modification substantielle de statut, au sens de l'article 18, signifiant que la procédure cessait d'être une procédure étrangère⁶. En rendant sa décision, le tribunal a noté que le débiteur devait continuer d'effectuer des paiements dans le cadre du plan pendant deux ans et que le tribunal étranger conservait le contrôle de ces paiements, ainsi que le pouvoir de résoudre tout litige relatif au plan. Dans une autre affaire dans laquelle le plan de redressement avait été accepté par le tribunal étranger de sorte qu'il liait les créanciers et que, par conséquent, le représentant étranger avait cessé d'exercer ses fonctions, le tribunal accordant la reconnaissance a indiqué que le retrait de fonctions constituait une modification substantielle au sens de l'article 18. Le tribunal a indiqué que l'alinéa a tenait compte du fait que les modifications techniques affectant le statut de la procédure ou la nomination du représentant étranger étaient fréquentes, mais que seules certaines modifications influeraient sur la décision d'accorder des mesures ou la décision de reconnaître la procédure⁷. Il a également déclaré qu'il était particulièrement important que le tribunal soit informé des éventuelles modifications survenues lorsqu'il s'agissait de reconnaître une procédure étrangère « provisoire ».

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 133 et 134].

² *États-Unis* : Cozumel Caribe, S.A., de C.V., 482 B.R. 96, 107-108 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1311 ; en ce qui concerne l'obligation d'informer en vertu de l'article 18, voir également Daewoo Logistics Corp. 461 B.R. 175, 179-180 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1315.

³ *Angleterre* : Re OJSC International Bank of Azerbaijan ; Bakhshiyeva c. Sberbank of Russia [2018] EWCA Civ 2802 [par. 97], CLOUT 1822 – le tribunal a noté que le devoir d'informer le tribunal en vertu de l'article 18 incombait au représentant étranger et qu'il ne pouvait être exercé que tant que la procédure étrangère était en cours et que le représentant étranger était encore en fonction. Selon le tribunal, il en résultait qu'une fois que la procédure étrangère avait pris fin et que le représentant étranger cessait ses fonctions, il n'était plus possible de rendre d'autres ordonnances à l'appui de la procédure étrangère, et toutes les mesures précédemment accordées en vertu de la LTI devaient prendre fin. Le tribunal a également indiqué que si la LTI avait envisagé le maintien de telle ou telle mesure après la fin de la procédure étrangère concernée, elle aurait expressément traité la question et aurait prévu un mécanisme approprié à cette fin.

⁴ *Australie* : Conseil d'administration de Rizzo-Bottiglieri-De-Carlino Armatori SpA c. Rizzo Bottiglieri-De-Carlino Armatori SpA [2017] FCA 331 [13 et 14], CLOUT 1799 et [2018] FCA 153, affaire dans laquelle la cour a conclu ce qui suit [par. 27 à 29] : le problème est qu'une fois que la procédure étrangère dont le représentant étranger a demandé la reconnaissance auprès de l'instance locale a pris fin ou a été abandonnée, cet événement éteint nécessairement aussi le statut ou le pouvoir du représentant étranger d'agir à l'égard du débiteur et de ses affaires. En réalité, il est très peu probable que le représentant étranger soit ensuite en mesure financièrement (ou se sente responsable) d'informer le tribunal local qui a agi précédemment en reconnaissant la procédure étrangère de ce fait conformément à l'article 18 de la LTI [par. 28]. Logiquement, une fois que le représentant étranger cesse d'exercer ses fonctions relevant de la juridiction du tribunal étranger qui l'a nommé (comme le tribunal italien dans le cas d'espèce), il n'aura plus aucun moyen d'accéder aux fonds du débiteur et estimera n'avoir aucune responsabilité envers un autre tribunal, comme le présent tribunal, auquel il n'y aura peut-être aucune chance qu'il doive rendre des comptes s'il n'agit pas conformément à l'article 18 *a*) pour appeler l'attention sur une modification substantielle de son statut ou de celui de la procédure étrangère reconnue [par. 29]. D'un point de vue pratique, cela signifie que toute ordonnance de reconnaissance provisoire ou définitive rendue par le tribunal local [...] restera en vigueur dans sa juridiction même si le changement de statut intervenu dans la juridiction du tribunal étranger a supprimé le fondement même ou le maintien de la justification des ordonnances rendues par le tribunal local en vertu de la LTI. Par conséquent, l'arrêt provisoire des poursuites et les autres ordonnances rendues le 17 juin 2015 sont restés en vigueur en Australie pendant la période comprise entre l'abandon de la seconde procédure en Italie, le 28 avril 2016, et le 3 février 2017, date à laquelle des ordonnances annulant ces ordonnances (avec effet rétroactif) ont été rendues, alors que la procédure même que les ordonnances rendues par le tribunal australien étaient censées continuer de reconnaître avait déjà été abandonnée en Italie : [2017] FCA 331, [par. 13 à 19].

⁵ *Australie* : Yakushiji (n° 2) [2016] FCA 1277 [par. 17 et 20 à 22] – le tribunal a noté que, puisque la personne précédemment nommée comme représentant étranger n'était plus en mesure de remplir cette obligation, les débiteurs étaient les mieux placés pour fournir au tribunal accordant la reconnaissance les informations relatives aux ordonnances de clôture rendues dans la procédure étrangère et au retrait du représentant étranger.

⁶ *États-Unis* : Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A., 385 B.R. 525, 536 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925.

⁷ *Australie* : Yakushiji (n° 2) [2016] FCA 1277 [par. 17 et 20 à 22].

*Article 19. Mesures disponibles dès la demande de reconnaissance
d'une procédure étrangère*

1. Entre l'introduction d'une demande de reconnaissance et le prononcé de la décision relative à la reconnaissance, lorsqu'il est urgent de prendre des mesures pour protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers, le tribunal peut, à la demande du représentant étranger, prendre les mesures provisoires suivantes :

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur ;

b) Confier l'administration ou la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur situés dans le présent État au représentant étranger ou à une autre personne nommée par le tribunal, afin de protéger et préserver la valeur de ces biens lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, ils sont périssables, susceptibles de se dévaluer, ou autrement menacés ;

c) Accorder toutes mesures visées aux alinéas *c*, *d* et *g* du paragraphe 1 de l'article 21.

2. *[Insérer les dispositions (ou mentionner les dispositions en vigueur dans l'État adoptant) relatives à la notification].*

3. À moins qu'elles ne soient prolongées en vertu de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 21, les mesures accordées conformément au présent article cessent dès qu'il est statué sur la demande de reconnaissance.

4. Le tribunal peut refuser d'accorder les mesures visées au présent article si ces mesures risquent d'entraver l'administration de la procédure étrangère principale.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 19 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 34 à 46]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).

2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :

a) À la LTI: A/CN.9/419 [par. 174 à 177] ; A/CN.9/422 [par. 116, 119, 122 et 123] ; A/CN.9/433 [par. 110 à 114] ; A/CN.9/435 [par. 17 à 23] ;

b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 71 à 75] ; A/CN.9/442 [par. 135 à 140] ;

c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/763 [par. 57] ; A/CN.9/766 [par. 46].

3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 175].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 170 à 175]¹ explique que l'article 19 autorise le tribunal,

à la demande du représentant étranger, à accorder le type de mesures habituellement disponibles uniquement dans le cadre des procédures d'insolvabilité collectives, par opposition aux mesures de caractère « individuel » qui peuvent être accordées avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité conformément aux règles de procédure civile (c'est-à-dire les mesures visant des biens particuliers identifiés par un créancier). Il peut être nécessaire d'accorder des mesures collectives avant que la décision de reconnaissance ne soit rendue afin de protéger les biens du débiteur et les intérêts des créanciers, mais celles-ci ne sont disponibles qu'à titre urgent et provisoire, en attendant le prononcé de la décision. Le paragraphe 2 traite des questions relatives à la notification. Le paragraphe 3 prévoit que les mesures provisoires ordonnées en vertu de l'article 19 cessent dès qu'il est statué sur la demande de reconnaissance, bien qu'elles puissent être prolongées en vertu de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 21. Le paragraphe 4 poursuit le même objectif que l'alinéa *a* de l'article 30, à savoir favoriser la coordination des mesures préalables à la reconnaissance avec toute procédure étrangère principale, dont l'existence devrait être mentionnée dans la déclaration fournie par le représentant étranger conformément à l'article 15, paragraphe 3. Le Point de vue du juge [par. 146, 147 et 150 à 156] fournit également une explication de l'article 19.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 19

2. Le chapeau du paragraphe 1 renvoie à la demande de mesures présentée par le représentant étranger en vertu de l'article 19². Dans une affaire où le débiteur avait demandé de telles mesures, le tribunal a jugé qu'il n'y avait pas

suffisamment d'éléments permettant de prouver que le débiteur était le représentant étranger aux fins de l'article 19³.

3. L'article 19 prévoit également une seconde condition, à savoir qu'une demande de reconnaissance doit avoir été présentée. Dans un cas où un représentant étranger avait cherché à obtenir l'arrêt des poursuites sans demander la reconnaissance, le tribunal a confirmé qu'il n'était pas compétent pour connaître d'une telle demande en vertu de la LTI ; il fallait soit qu'une demande de reconnaissance soit présentée pour que de telles mesures soient ordonnées en vertu de l'article 19, soit que la procédure soit reconnue pour qu'elles soient ordonnées en vertu de l'article 21⁴.

4. Les tribunaux ont confirmé que l'article 19 avait pour objectif de prévoir un mécanisme permettant au tribunal d'ordonner des mesures requises d'urgence lorsqu'une demande de reconnaissance présentée était en instance⁵, afin de protéger les biens ou les intérêts des créanciers, lorsqu'il s'agissait de biens périssables, susceptibles de se dévaluer ou autrement menacés pendant la période précédant l'examen de la demande de reconnaissance. Il a été dit que cette menace pouvait inclure des circonstances dans lesquelles les efforts déployés par certains créanciers pour contrôler ou prendre possession des biens, résilier des contrats défavorables, exiger des dépôts de garantie, resserrer les conditions de crédit ou prendre d'autres mesures commerciales défavorables au débiteur interféraient avec le mandat juridictionnel du tribunal en vertu de la LTI, portaient préjudice

aux efforts consentis par le débiteur pour administrer ses biens dans le cadre de la procédure étrangère et sapaient les efforts déployés par le représentant étranger pour obtenir un résultat équitable au profit de l'ensemble des créanciers du débiteur, causant ainsi un préjudice immédiat et irréparable⁶. Dans une affaire où la mesure provisoire demandée était la suspension des actions judiciaires, le tribunal a noté que la reconnaissance était nécessaire pour qu'une telle mesure soit ordonnée ; il s'agissait d'un type de mesures disponible en vertu de l'article 21, plutôt que de l'article 19⁷. Il a été dit que les mesures provisoires avaient un autre objectif, à savoir garantir que l'article 20, lorsque la reconnaissance était accordée, ne serait pas privé d'effets, en particulier lorsque les mesures demandées concernaient le droit de transférer les biens du débiteur, de les grever ou d'en disposer autrement⁸.

5. Des tribunaux ont fait remarquer qu'étant donné que les auteurs de la LTI ne pouvaient pas prévoir les multiples circonstances dans lesquelles des mesures provisoires pourraient s'avérer nécessaires, l'article 19 était exprimé en termes non exhaustifs, et utilisait le mot « including » dans la version anglaise avant de préciser les types particuliers de mesures qui pouvaient être ordonnés⁹. L'accent a été mis sur la souplesse de l'approche¹⁰. Cette souplesse a été considérée comme justifiant la délivrance, en vertu de l'article 19, d'un mandat de perquisition visant à déterminer s'il existait des biens dissimulés qui risquaient d'être menacés si des mesures provisoires n'étaient pas prises à leur égard¹¹.

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 170 à 174].

² *République de Corée* : Des mesures peuvent être accordées d'office par le tribunal : (2017) GOOKSEUNG 100001 (10 mars 2017) – le tribunal des faillites de Séoul a ordonné d'office des mesures en vertu de la disposition locale équivalente à l'article 19 (loi sur la faillite et le redressement des débiteurs, 2005, sect. 635) le jour suivant le dépôt d'une demande de reconnaissance, afin de protéger rapidement les biens du débiteur, en tenant compte de l'origine de la procédure étrangère (États-Unis) ; des mesures au titre de l'article 19 ont été accordées pour la première fois en République de Corée dans l'affaire (2012) GOOKJI 1 (10 août 2012), Tribunal de district central de Séoul.

³ *États-Unis* : Daymonex Limited (Bankr. S.D. Ind., 7 févr. 2007), CLOUT 757 – le débiteur avait demandé des mesures en vertu de l'article 19 et le tribunal a jugé qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour démontrer que le débiteur était le représentant étranger, notant que seul ce représentant pouvait demander des mesures au titre de l'article 19.

⁴ *États-Unis* : États-Unis c. J.A. Jones Const. Group, LLC 333 B.R. 637, 638 (E.D.N.Y. 2005), CLOUT 763.

⁵ *Australie* : Chow Cho Poon (Private Limited) [2011] NSWSC 300 [par. 64], CLOUT 1218 ; Yu c. STX Pan Ocean Co Ltd (République de Corée) [2013] FCA 680 [par. 17], CLOUT 1333 – le tribunal a noté que, même si l'article 19 mentionnait la possibilité que « les mesures visées à » l'article 21 puissent être accordées à titre provisoire, le pouvoir d'accorder des mesures provisoires de ce type trouvait sa source à l'article 19, et non à l'article 21. Par conséquent, les ordonnances provisoires cesseraient complètement de s'appliquer lorsque la reconnaissance était accordée. À partir de ce moment, ce serait l'article 20 qui s'appliquerait et si l'on visait des conséquences en sus de celles produites par l'article 20, il faudrait rendre des ordonnances supplémentaires en vertu de l'article 21.

⁶ *États-Unis* : Japan Airlines Corp. (Bankr. S.D.N.Y. 28 janvier 2010), p. 1 et 2.

⁷ *États-Unis* : Halo Creative & Design Limited c. Comptoir des Indes Inc., affaire n° 14C 8196 (N.D. Ill 2 octobre 2018) ; États-Unis c. J.A. Jones Const. Group, LLC 333 B.R. 637 (E.D.N.Y. 2005), CLOUT 763.

⁸ *Australie* : Tucker (2009) FCA 1354 [par. 22], CLOUT 922 – le tribunal a fait référence aux mesures disponibles en vertu du par. 1 c) de l'article 20.

⁹ *Nouvelle-Zélande* : Williams c. Simpson (n° 1) [2011] NZHC 1631 (17 septembre 2010) [par. 44].

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid., *Nouvelle-Zélande* : Williams [par. 47] – dans la même affaire, une deuxième demande de mesures provisoires a été présentée pour obtenir l'examen de certaines personnes afin de déterminer la propriété des articles qui avaient été saisis dans le cadre du mandat de perquisition. Le tribunal a refusé de faire droit à cette demande au motif que les mesures demandées n'étaient pas urgentes, comme l'exigeait l'article 19-1. Il a estimé que, puisque les biens dont la propriété était en cause avaient déjà été saisis et que la question de la propriété deviendrait pertinente après qu'il serait statué sur la reconnaissance de la procédure étrangère, il n'était pas nécessaire de rendre une ordonnance en ce sens.

Article 20. Effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale

1. Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère qui est une procédure étrangère principale,
 - a) L'ouverture des actions ou des procédures individuelles visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur est interdite et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue ;
 - b) Les mesures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites ou suspendues ; et
 - c) Le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement, est suspendu.
2. La portée et la modification ou la cessation des mesures d'interdiction et de suspension visées au paragraphe 1 du présent article sont subordonnées *[se référer à toutes dispositions de la loi de l'État adoptant relative à l'insolvabilité applicables aux exceptions ou restrictions concernant les mesures d'interdiction et de suspension visées au paragraphe 1 du présent article, ainsi qu'à la modification ou à la cessation desdites mesures]*.
3. L'alinéa a du paragraphe 1 du présent article n'affecte pas le droit d'engager des actions ou procédures individuelles, dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur.
4. Le paragraphe 1 du présent article n'affecte pas le droit de demander l'ouverture d'une procédure *[en vertu des lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]* ou le droit de produire des créances dans une telle procédure.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 20 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 47 à 60]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/419 [par. 137 à 143] ; A/CN.9/422 [par. 94 à 110] ; A/CN.9/433 [par. 115 à 126] ; A/CN.9/435 [par. 24 à 48] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 76 à 79] ; A/CN.9/442 [par. 141 à 153] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/742 [par. 64] ; A/CN.9/763 [par. 58] ; A/CN.9/766 [par. 47].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 188].

INTRODUCTION¹

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 176 à 188]² note qu'il existe plusieurs différences entre les mesures disponibles au titre des articles 19 et 21 et celles visées à l'article 20. Premièrement, l'article 20 prévoit des

effets ou un état de fait, énoncés au paragraphe 1, qui sont applicables par la loi, et non par une ordonnance du tribunal, et découlent automatiquement de la reconnaissance d'une procédure principale étrangère³. Deuxièmement, l'étendue de ces effets ou état de fait (« la portée et la modification ou la cessation des mesures d'interdiction et de suspension ») peut être affectée par l'application des lois mentionnées dans le texte qui incorpore l'article 20-2 dans chaque État. Ainsi, l'article 20 n'importe pas la loi étrangère, mais précise plutôt les effets jugés nécessaires à la conduite ordonnée et équitable d'une procédure d'insolvabilité internationale. Les mesures automatiquement applicables en vertu de l'article 20 ne sont pas soumises aux exigences de protection suffisante des intérêts visées à l'article 22 qui s'appliquent à toute mesure discrétionnaire accordée en vertu des articles 19 et 21. Par ailleurs, le tribunal ne peut modifier ou faire cesser les mesures applicables au titre de l'article 20 en vertu du paragraphe 3 de l'article 22. Ces mesures peuvent toutefois être affectées en présence de procédures concurrentes, conformément à l'article 29, alinéas a ii et b ii. Le Point de vue du juge [par. 161 à 167] donne également des précisions sur l'article 20.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 20**ARTICLE 20, PARAGRAPHE 1****Interprétation de mots ou expressions**

« L'ouverture des actions ou des procédures individuelles... et la poursuite desdites actions ou procédures »

2. Pour interpréter les formules allant dans ce sens [la question est également pertinente pour l'article 21-1 a)], les tribunaux ont tenu compte de la jurisprudence locale,

de la jurisprudence étrangère et du Guide pour l'incorporation [par. 145 et 146]⁴, qui indiquent que le mot « actions » engloberait une action engagée auprès d'un tribunal arbitral et que le mot « procédure » pourrait s'étendre aux « mesures d'exécution prises par les créanciers en dehors des procédures judiciaires ». Dans une affaire, le tribunal a également fait référence à plusieurs affaires jugées au niveau local⁵, estimant que le mot « procédure » utilisé avec les mots « ouverture » et « poursuite » renvoyait bien davantage à une procédure judiciaire qu'à l'accomplissement d'un acte de nature plus générale. Il a indiqué que mis ensemble, ces mots recouvraient toutes les étapes d'une procédure judiciaire, depuis l'initiation du processus jusqu'à sa conclusion finale dans le cadre du processus d'exécution ou des autres moyens employés pour exécuter le jugement. Les mots « ouvrir » ou « poursuivre » indiquaient un processus qui avait sa propre existence, indépendante de l'étape par laquelle il avait été ouvert ou poursuivi ; le processus se poursuivait après, ou existait avant, l'étape concernée. Le tribunal a conclu que la signification d'un avis de résiliation du contrat faite conformément aux conditions de celui-ci ne constituait ni le début ni la poursuite d'une action ou d'une procédure individuelle⁶. Dans un autre État⁷, un tribunal a déclaré que le terme « procédure » n'était pas limité aux procédures judiciaires, car le texte ne le disait pas et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation envisageait « les mesures prises par les créanciers en dehors des procédures judiciaires »⁸.

« Biens du débiteur »

3. La question de savoir ce qui constitue « les biens du débiteur », à l'article 20-1 (la question est également pertinente pour l'article 21), a été examinée par les tribunaux en référence à la définition de ce terme figurant dans le Guide législatif⁹. Un tribunal a conclu que les droits du débiteur sur le navire en question (qui était affrété en coque-nue) constituaient un bien aux fins de la législation incorporant la LTI et que la procédure maritime visant ce navire concernait les « droits, obligations ou responsabilités » du débiteur au sens de l'article 20-1 a).

Portée de la suspension automatique

4. Dans une affaire impliquant un arbitrage mené dans un État étranger après l'ouverture de la procédure de reconnaissance, le tribunal accordant la reconnaissance a jugé que la portée de la suspension automatique prévue dans la disposition incorporant l'article 20 dans cet État¹⁰ était limitée aux procédures susceptibles d'avoir un impact sur les biens du débiteur situés dans cet État ou relevant de sa compétence territoriale¹¹. La suspension automatique liée à la procédure de reconnaissance ne s'appliquait pas de manière globale à toutes les procédures visant le débiteur et l'arbitrage n'était donc pas affecté. Dans un autre État, alors qu'une audience arbitrale devait se tenir dans cet État (l'État requis) le jour suivant l'examen par le tribunal de la demande de reconnaissance, il a été jugé que l'arbitrage était automatiquement suspendu en raison de la décision de reconnaissance¹². Un tribunal a également indiqué que la suspension automatique

n'était pas censée avoir pour effet, en cas de reconnaissance d'une procédure collective étrangère, d'empêcher les personnes dont les créances ne faisaient pas l'objet de cette procédure collective de faire valoir celles-ci contre le débiteur¹³.

5. La portée de la suspension automatique prévue à l'article 20 a fait l'objet de demandes de modification au titre de l'article 21-1 a), notamment dans le cadre de procédures de redressement dans lesquelles le débiteur devait pouvoir poursuivre son activité ; certains tribunaux ont estimé que la suspension prévue à l'article 20 n'était peut-être pas appropriée dans ces circonstances, car elle était principalement conçue pour les liquidations étrangères¹⁴. Une levée de la suspension a été demandée pour permettre la poursuite d'un arbitrage dans des circonstances dans lesquelles une partie s'était précédemment engagée à ne pas poursuivre la procédure d'arbitrage jusqu'à ce qu'il soit « définitivement statué sur la demande de reconnaissance ». Le tribunal a fait observer que la possibilité d'une décision provisoire n'existait pas dans la LTI ni dans la législation locale incorporant la Loi type et que le mot « définitif » (tel qu'il figurait dans l'engagement pris par les parties) devait renvoyer à un stade où la décision de reconnaissance n'était plus susceptible d'appel¹⁵.

Durée de la suspension automatique

6. La LTI ne précise pas la durée de la suspension automatique. La plupart des affaires tournent autour de la question du moment où la suspension cesse de s'appliquer, même si l'une d'entre elles concerne une demande d'effet rétroactif à la date d'ouverture de la procédure étrangère¹⁶. Il a été estimé que les mesures s'appliquant automatiquement dès la reconnaissance d'une procédure étrangère principale coïncidaient normalement avec la suspension applicable dans la procédure étrangère correspondante. Par conséquent, en l'absence de circonstances exceptionnelles, la suspension automatique prévue par la LTI prenait fin lorsque la procédure étrangère était close¹⁷, puisque l'objectif de la suspension, à savoir donner au débiteur le temps d'élaborer un plan et empêcher les créanciers d'exercer d'autres voies de recours, n'était plus applicable. Il convient de noter qu'à l'issue de la procédure étrangère, il se peut qu'aucun représentant étranger n'ait qualité pour demander des mesures en vertu de la LTI (voir également la section relative à l'article 18 ci-dessus)¹⁸. La LTI ne traite pas expressément de la clôture de la procédure de reconnaissance ; dans une affaire dans laquelle les biens dans la procédure non principale avaient été entièrement liquidés et où le représentant étranger demandait une ordonnance mettant fin à l'affaire, le tribunal a noté qu'il n'existait guère de précédents traitant du prononcé d'une ordonnance finale dans des affaires ayant trait à la reconnaissance. Toutefois, comme les biens situés dans l'État ayant accordé la reconnaissance avaient été pleinement liquidés sans que cela ne suscite de différend, le tribunal a considéré qu'il était approprié de clore l'affaire en question¹⁹.

7. Il a été estimé qu'il était possible, dans certaines circonstances, de maintenir la suspension après la clôture de la procédure étrangère, par exemple en cas de violation de

la suspension avant ladite clôture²⁰, ou pour permettre que la répartition des biens du débiteur se fasse conformément au plan approuvé dans le cadre de la procédure étrangère et empêcher les créanciers de chercher à recouvrer des montants supérieurs à ceux prévus dans ledit plan²¹.

ARTICLE 20, PARAGRAPHE 2

8. Comme l'indique le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 183]²², nonobstant la nature « automatique » ou « obligatoire » des effets prévus au paragraphe 1 de l'article 20, il est expressément prévu au paragraphe 2 que la portée de ces effets dépend des exceptions ou restrictions qui peuvent exister dans la loi de l'État adoptant afin de protéger les catégories de personnes qui bénéficieraient normalement d'une protection dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans cet État. Parmi les exceptions ou restrictions qui ont été adoptées, citons : la préservation du droit de prendre des mesures pour réaliser une garantie sur les biens du débiteur ou reprendre possession de biens en la possession du débiteur en vertu d'un contrat de location-vente, ou pour exercer un droit de compensation sur une créance du débiteur²³.

9. Certaines lois d'incorporation confèrent par ailleurs au tribunal le pouvoir discrétionnaire de modifier ou de mettre fin – en tout ou en partie – à l'interdiction et à la suspension visées à l'article 20-1 *a*), soit en général, soit pour une durée limitée, selon les termes et conditions que le tribunal juge appropriés²⁴.

ARTICLE 20, PARAGRAPHE 3

10. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 186 et 187] note que le paragraphe 3 a été ajouté à l'article 20 pour protéger les créanciers contre la perte de leurs créances en raison d'une suspension découlant de l'application du paragraphe 1 *a*), afin d'autoriser l'introduction

d'actions individuelles dans la mesure nécessaire pour préserver ces créances²⁵. Une fois les créances préservées, la suspension régirait l'introduction de nouvelles actions²⁶.

11. L'introduction d'actions individuelles de ce type peut être soumise, selon la loi de l'État requis, à certaines exceptions. Une loi, par exemple, comporte une exception relative aux unités gouvernementales exerçant des fonctions de réglementation ou de maintien de l'ordre. Le tribunal, tranchant en vertu de ladite disposition, a conclu qu'en cherchant à engager une procédure relative à un déficit de financement de la caisse de retraite du débiteur dans un autre État, l'autorité de réglementation des pensions de cet autre État agissait en tant que fiduciaire pour le compte de créanciers privés à des fins pécuniaires, et non en tant qu'autorité de réglementation préservant l'intérêt ou le bien-être du public. Par conséquent, l'action envisagée par l'autorité de réglementation étrangère constituerait une violation de la suspension automatique²⁷.

ARTICLE 20, PARAGRAPHE 4

12. Ce paragraphe précise que la suspension automatique prévue à l'alinéa *a* du paragraphe 1 n'affecte pas le droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale ni ne restreint la participation à une telle procédure. Tout en observant que les procédures multiples devaient rester l'exception, un tribunal a noté que l'ouverture d'une procédure complète dans l'État requis conformément à l'article 20-4 pouvait être appropriée, nonobstant la reconnaissance de la procédure étrangère, lorsque les créanciers pouvaient démontrer qu'il existait un besoin de protection supplémentaire²⁸. Lorsque la reconnaissance d'une procédure étrangère, principale ou non, avait lieu après l'ouverture d'une procédure locale, un autre tribunal a indiqué que la reconnaissance n'entraînerait pas nécessairement l'abandon de cette procédure locale antérieure²⁹.

Notes

¹ Certains États n'ont pas adopté l'article 20 de la LTI, p. ex. la République de Corée (loi sur la faillite et le redressement des débiteurs de 2005) et le Japon (loi sur la reconnaissance et l'assistance pour les procédures d'insolvabilité étrangères de 2001). Dans ces États, des mesures peuvent être accordées en vertu des dispositions équivalant aux art. 19 et 21 de la Loi type.

² Guide pour l'incorporation [par. 141 à 153].

³ Noté dans *Australie* : Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 [par. 55 et 56].

⁴ Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 180 et 181].

⁵ *Angleterre* : Fibria Cellulose S/A c. Pan Ocean Co. Ltd [2014] EWHC 2124 (Ch) [par. 67 à 70], CLOUT 1482 se référant à Bristol Airport plc c. Powdrill [1990] Ch 744, 765 ; Re Olympia & York Canary Wharf Ltd [1993] BCC 154, 157 et 158.

⁶ Ibid, *Angleterre* : Fibria Cellulose S/A [par. 75].

⁷ *Australie* : Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112 [par. 69], CLOUT 1475.

⁸ Renvoyant au Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 181] ; Guide pour l'incorporation [par. 146] ; *Australie* : Pink c. MF Global UK Limited [2012] FCA 260 [par. 20] – le tribunal a, en vertu de l'article 21-1 *a*), étendu la suspension visée à l'article 20-1 *a*) pour couvrir « toute action individuelle ou procédure judiciaire, y compris, mais non exclusivement, tout arbitrage, médiation ou autre action administrative, procédure ou processus quasi judiciaire ».

⁹ L'analyse a été faite en référence à l'article 8 et aux dispositions de la loi incorporant la LTI qui en autorisent l'interprétation en référence à la LTI et à tout document mentionnant que celle-ci émane de la CNUDCI ou du groupe de travail ayant contribué à l'élaboration de la Loi type. Voir par exemple : *Nouvelle-Zélande* : Kim and Yu v STX Pan Ocean Co. Ltd [2014] NZHC 845 [par. 16 à 18], CLOUT 1481 ; voir également *Angleterre* : Fibria Cellulose S/A c. Pan Ocean Co. Ltd [2014] EWHC 2124 (Ch) [par. 61], CLOUT 1482 – même si celles-ci n'ont pas été examinées à l'audience, la cour a posé deux questions : *a*) si le contrat en question avait cessé d'être un bien du débiteur en raison de sa cession ; et *b*) si l'actif en question du débiteur dans ce cas était lié à un contrat qui n'était pas sujet à résiliation ou s'il était le contrat

susceptible d'être résilié. Dans ce dernier cas, par exemple, le tribunal a estimé que le fait d'empêcher l'exercice du droit de résiliation permettrait non seulement de protéger, mais aussi de valoriser les biens du débiteur. En ce qui concerne la définition des actifs du débiteur donnée dans le Guide législatif, voir glossaire, par. 12 b) : « Actifs du débiteur : biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers. »

¹⁰ Le Code des faillites des États-Unis, Titre 11 de l'U.S.C. sect. 1520 (a) (incorporant l'article 20 a) de la LTI), prévoit que, dès la reconnaissance d'une procédure étrangère principale : « les articles 361 et 362 [suspension automatique] s'appliquent au débiteur et aux biens du débiteur qui relèvent de la compétence territoriale des États-Unis ».

¹¹ *États-Unis* : JSC BTA Bank 434 B.R. 334, 337 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1211 ; voir également Gold & Honey, Ltd, 410 B.R. 357, 373 n. 19 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT 1008 ; Pro-Fit Holdings Ltd, 391 B.R. 850, 863 (Bankr. C.D. Cal 2008), CLOUT 926.

¹² *Angleterre* : Samsun Logix Corporation [2009] EWHC 576 (Ch) [par. 11] ; dans une affaire ultérieure – H & CS Holdings Pte. Ltd c. Glencore International AG [2019] EWHC 1459 (Ch), CLOUT 1820 – on a demandé une modification de la suspension pour permettre la poursuite de la procédure d'arbitrage, au motif que celle-ci était terminée à l'exception du prononcé de la décision et de la fixation des frais ; des frais supplémentaires seraient encourus si l'arbitrage était suspendu. Le tribunal a modifié la suspension automatique pour permettre à l'arbitrage de se poursuivre jusqu'au prononcé de la sentence, mais pas à l'exécution.

¹³ *Angleterre* : OGX Petroleo E Gas S.A. [2016] EWHC 25 (Ch) [par. 53], CLOUT 1622 – la procédure d'arbitrage était menée en vertu d'un contrat conclu après l'approbation du plan de redressement et n'était pas couverte par ce plan.

¹⁴ Dans de tels cas, les tribunaux du Royaume-Uni ont pour pratique de remplacer la suspension automatique par la suspension applicable en vertu de la loi sur l'insolvabilité (*Insolvency Act*) de 1986, annexe B1, par. 43 : Pan Oceanic Maritime Inc [2010] EWHC 1734 (Comm) ; Transfield ER Cape Ltd [2010] EWHC 2851 (Ch) [par. 5 et 6] ; Ronelp Marine Ltd [2016] EWHC 2228 (Ch) [par. 15 et 16] ; 19 Entertainment Ltd [2017] BCC 347 [par. 20 à 22], CLOUT 1621 ; OJSC International Bank of Azerbaijan [2017] EWHC 2075 (Ch), CLOUT 1821 ; Videology Limited [2018] EWHC 2186 (Ch) [par. 19], CLOUT 1823.

¹⁵ *Angleterre* : Sberbank of Russia c. Ante Ramljak [2018] EWHC 348 (Ch), CLOUT 1796 – le tribunal a rejeté la demande de levée de la suspension, car le délai d'appel de la décision de reconnaissance courait encore ; voir également United Drug (UK) Holdings Ltd c. Bilcare Singapore Pte Ltd [2013] EWHC 4335 (Ch) [par. 24] – s'agissant d'un arbitrage engagé avant la reconnaissance, le tribunal a déclaré que, compte tenu des raisons claires que le demandeur avait évoquées pour souhaiter la levée de la suspension et de l'absence de preuves réelles permettant de mesurer la charge pesant sur les administrateurs judiciaires, la balance penchait nettement en faveur de la levée de la suspension.

¹⁶ *Canada* : Hanjin Shipping Co., 2016 BCSC 2213 [par. 24 à 30] – le tribunal a refusé d'ordonner que la suspension automatique prenne effet rétroactivement à la date d'ouverture de la procédure étrangère afin de promouvoir le traitement équitable des créanciers ainsi que la coopération et la courtoisie internationales, notant qu'il n'avait pas été fourni de précédents justifiant la nécessité d'une telle ordonnance, et qu'aucune preuve ou jurisprudence émanant d'autres pays n'avait été présentée à l'appui de la demande.

¹⁷ *Australie* : Yakushiji (n° 2) [2016] FCA 1277 [par. 21 et 22] ; Conseil d'administration de Rizzo Bottiglieri-De-Carlino Armatori SpA c. Rizzo-Bottiglieri-De-Carlino Armatori SpA [2017] FCA 331 [par. 17 à 19], CLOUT 1799. *États-Unis* : Daewoo Logistics Corp, 461 B.R. 175, 179 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1315. Le Guide législatif (deuxième partie, chapitre VI, par. 16 à 19) note que les États adoptent des approches différentes en matière de clôture des procédures.

¹⁸ *Angleterre* : Sanko Steamship Co. Ltd [2015] EWHC 1031 (Ch) [par. 38 à 50] ; *In re* OJSC International Bank of Azerbaijan ; Bakhshiyeva c. Sberbank of Russia [2018] EWCA Civ 2802 [par. 97] CLOUT 1822 – le représentant étranger a demandé la prolongation du moratoire existant pendant une période indéterminée après la clôture de la procédure étrangère, afin d'empêcher les créanciers dont les créances étaient régies par le droit anglais, qui n'étaient pas liés par le plan approuvé dans le cadre de la procédure étrangère, de faire valoir leurs créances en Angleterre. Le rejet de la requête a été confirmé en appel, la cour d'appel notant [98] que si la LTI avait envisagé le maintien de la suspension après la fin de la procédure étrangère concernée, elle aurait expressément traité la question et prévu un mécanisme approprié à cette fin.

¹⁹ *États-Unis* : Three Estates Company Limited, affaire n° 07-23597 (Bankr. E D Cal 31 mars 2008), CLOUT 793.

²⁰ *États-Unis* : Daewoo Logistics Corp, 461 B.R. 175, 180 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1315 citant Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A., 385 B.R. 525, 533-34 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925 – le tribunal a accordé la reconnaissance après l'approbation d'un plan dans le cadre de la procédure étrangère afin de pouvoir statuer sur une violation de la suspension survenue avant l'approbation. Par ailleurs, il a indiqué que des mesures supplémentaires pourraient être disponibles après la clôture de la procédure étrangère en vertu de l'article 7 de la LTI, qui autorise l'octroi d'une assistance additionnelle aux représentants étrangers. Voir aussi *Angleterre* : *In re* OJSC International Bank of Azerbaijan ; Bakhshiyeva c. Sberbank of Russia [2018] EWCA Civ 2802 [par. 97] CLOUT 1822 – la cour d'appel, prenant acte des décisions rendues par les tribunaux américains dans l'affaire Daewoo et Ho Seok Lee, 348 B.R. 799, 803 (Bankr. W.D. Wash., 2006), CLOUT 754, a fait remarquer [par. 100] que les circonstances ayant présidé à l'incorporation de la LTI dans le droit américain différaient sensiblement de celles ayant prévalu en Grande-Bretagne ou en Australie et que l'on pouvait donc s'attendre à une interprétation et à une application différentes de la Loi type.

²¹ *États-Unis* : Ho Seok Lee, 348 B.R. 799, 803 (Bankr. W.D. Wash., 2006), CLOUT 754 – le tribunal a rejeté la solution consistant à ne pas mettre fin à la procédure ouverte au titre du chapitre 15 afin que la suspension continue de s'appliquer, estimant que celle-ci n'était pas économique, alors qu'il pouvait accorder une injonction permanente au titre de l'article 21.

²² Guide pour l'incorporation [par. 148].

²³ Par exemple, *Angleterre* : CBIR art. 20.2 : « L'interdiction et la suspension visées au paragraphe 1 de cet article : a) ont la même portée et le même effet que si le débiteur, dans le cas d'un particulier, avait été déclaré en faillite en vertu du *Insolvency Act* de 1986 (loi sur l'insolvabilité) ; ou s'était vu séquestrer ses biens en vertu du *Bankruptcy (Scotland) Act* de 1985 (loi sur la faillite écossaise) ; ou, dans le cas d'un débiteur qui ne serait pas un particulier, avait fait l'objet d'une ordonnance de liquidation en vertu de la loi sur l'insolvabilité de 1986 ; et b) font l'objet des mêmes pouvoirs du tribunal et des mêmes interdictions, restrictions, exceptions et conditions que celles qui s'appliqueraient en vertu du droit britannique dans un tel cas, et les dispositions du paragraphe 1 du présent article sont interprétées en conséquence. »

²⁴ Par exemple, *Angleterre* : CBIR art. 20-6 ; *Nouvelle-Zélande* : *Cross-Border Insolvency Act* (Loi sur l'insolvabilité internationale), art. 20-2. Sur la base d'une disposition de ce type, des tribunaux ont accordé un aménagement de l'arrêt, après la reconnaissance de la procédure, par exemple pour a) permettre la poursuite d'une procédure maritime engagée avant le début de la procédure étrangère : *Nouvelle-Zélande* :

Kim and Yu c. STX Pan Ocean Co. Ltd [2014] NZHC 845, CLOUT 1481 ; b) permettre la poursuite d'une action pour manquement aux obligations fiduciaires dans une situation dans laquelle l'ouverture de la procédure étrangère concernée n'avait pas conduit à l'imposition d'une suspension de ce type d'actions : *Nouvelle-Zélande* : Downey c. Holland [2015] NZHC 595, CLOUT 1480 ; c) empêcher que des mesures ne soient prises pour réaliser une garantie dans des circonstances dans lesquelles la législation incorporant la LTI exemptait ces mesures de la suspension automatique visée à l'article 20 : *Angleterre* : Pan Oceanic Maritime Inc [2010] EWHC 1734 (Comm) ; d) autoriser un créancier à exercer ses droits à compensation ou à récupération de fonds, plutôt que de l'envoyer devant le tribunal étranger pour demander la même mesure : *États-Unis* : Sivec SRL, 476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla. 2012), CLOUT 1312 ; e) permettre à un tribunal étatique de continuer à administrer et à statuer sur les droits relatifs des parties sur les fonds détenus par ce tribunal : Comercial V.H., S.A. de C.V. (Bankr. D. Ariz. 13 septembre 2012) – le représentant étranger d'une procédure d'insolvabilité ouverte au Mexique a obtenu la reconnaissance de celle-ci en tant que procédure principale étrangère afin de pouvoir être entendu par un tribunal de l'État d'Arizona pour faire valoir les droits de la procédure étrangère sur les fonds détenus sous la garde de la loi par ce tribunal. Les défendeurs dans l'action engagée devant le tribunal étatique, craignant que le représentant n'emporte les fonds au Mexique, se sont opposés à la reconnaissance et ont demandé un aménagement de l'arrêt. Le tribunal a refusé, estimant que les fonds, placés sous sa garde, étaient adéquatement protégés ; f) faire valoir des créances contractuelles dans un arbitrage engagé dans l'État ayant accordé la reconnaissance, dont la loi régissait le différend : *Angleterre* : Re Pan Ocean Co. Ltd ; Seawolf Tankers Inc. c. Pan Ocean Co. Ltd [2015] EWHC 1500 (Ch) [par. 59 et 60] – le tribunal a mis en balance un certain nombre de facteurs, notamment le fait qu'il n'y avait aucune preuve indiquant que l'arbitrage aurait des incidences négatives sur la procédure étrangère, ni qu'il en résulterait un coût ou autre préjudice équivalent pour le représentant étranger, et le fait que les questions en litige étaient loin d'être simples au regard de la loi applicable et qu'il importait de reconnaître que les parties avaient choisi l'arbitrage, la loi applicable et le lieu de règlement du litige. Voir aussi *Angleterre* : Ronelp Marine Ltd. c. STX Offshore & Shipbuilding Co. Ltd. [2016] DEWHC 2228 (Ch) [par. 29] – le tribunal a dit que le créancier demandant la poursuite de la procédure existante (pour rupture de contrat) devait identifier la nature des intérêts à défendre par le biais de la mesure demandée, déterminer si l'aménagement de l'arrêt risquait de nuire à l'objectif de la procédure d'insolvabilité, et lui permettre de mettre en balance ses intérêts légitimes avec ceux des autres créanciers, en tenant compte des éventuels préjudices qui pourraient en résulter pour l'une ou l'autre partie.

²⁵ Voir par exemple *États-Unis* : Sivec SRL, 476 B.R. 310, 315 et 319 (Bankr. E.D. Okla. 2012), CLOUT 1312, affaire fondée sur la nécessité de protéger les intérêts des créanciers conformément aux articles 6, 19 et 21 ; Cozumel Caribe, S.A., de C.V., 482 B.R. 96 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1311 – le tribunal des faillites a fait droit, sous certaines conditions, à la demande de mesures postérieures à la reconnaissance introduite par le représentant étranger, à savoir la suspension temporaire d'une action intentée par un créancier afin d'exercer ses droits sur les fonds de sociétés affiliées non débitrices supposés se trouver sur le même compte, tenu aux États-Unis, que les fonds du débiteur étranger, en attendant que le tribunal d'origine mexicain tranche certaines questions relatives à la propriété des fonds.

²⁶ Guide pour l'incorporation [par. 151 et 152].

²⁷ *États-Unis* : Nortel Networks Corp, 669 F.3d 128 (3^e circuit 2011).

²⁸ *États-Unis* : Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd, 458 B.R. 63, 82 (Bankr. S.D.N.Y. 2011) confirmé par 474 B.R. 88 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1208.

²⁹ *États-Unis* : Tradex Swiss AG, 384 B.R. 34, 44 (Bankr. D. Mass. 2008), CLOUT 791 – dans une affaire dans laquelle une procédure ouverte en Suisse avait été reconnue en tant que procédure non principale, le tribunal a conclu que les objectifs du chapitre 15 étaient au mieux servis par la poursuite de la procédure locale et qu'il n'était pas justifié d'abandonner celle-ci. Le représentant de l'insolvabilité avait commencé à rassembler les avoirs et devait être autorisé à continuer d'administrer l'affaire, d'autant plus que la procédure ouverte en Suisse était suspendue en attendant qu'il soit statué sur un appel en cours. La grande majorité des créanciers se trouvaient à l'extérieur de la Suisse, dont un grand nombre aux États-Unis ; RHTC Liquidating Co., 424 B.R. 714, 724-729 (Bankr. W.D. Pa. 2010) – dans une affaire dans laquelle la procédure ouverte au Canada avait été reconnue en tant que procédure étrangère principale, une demande de classement de l'affaire locale aux États-Unis a été rejetée au motif que ce classement ne servait pas au mieux les objectifs déclarés de la législation internationale (reflétant le préambule de la LTI).

Article 21. Mesures disponibles dès la reconnaissance d'une procédure étrangère

1. Lorsqu'il est nécessaire de protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers, le tribunal peut, dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, principale ou non principale, accorder, à la demande du représentant étranger, toute mesure appropriée, notamment :

a) Interdire l'ouverture des actions individuelles ou des procédures individuelles concernant les biens, les droits ou les obligations du débiteur ou suspendre lesdites actions ou procédures, dans la mesure où cette interdiction ou suspension n'est pas intervenue en application de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 20 ;

b) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les biens du débiteur, si cette interdiction ou suspension n'est pas intervenue en application de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 20 ;

c) Suspendre le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement, dans la mesure où ce droit n'a pas été suspendu en application de l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 20 ;

d) Faire interroger des témoins, recueillir des preuves ou fournir des renseignements concernant les biens, les affaires, les droits ou les obligations du débiteur ;

e) Confier l'administration ou la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur, situés dans le présent État, au représentant étranger ou à une autre personne nommée par le tribunal ;

f) Prolonger les mesures accordées en application du paragraphe 1 de l'article 19 ;

g) Accorder toute autre mesure dont peut bénéficier [insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant] en vertu des lois du présent État.

2. Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, principale ou non principale, le tribunal peut, à la demande du représentant étranger, confier la distribution de tout ou partie des biens du débiteur situés dans le présent État au représentant étranger ou à une autre personne nommée par le tribunal, si le tribunal estime que les intérêts des créanciers se trouvant dans le présent État sont suffisamment protégés.

3. Lorsqu'il accorde une mesure en vertu du présent article au représentant d'une procédure étrangère non principale, le tribunal doit s'assurer que la mesure accordée se rapporte à des biens qui, en vertu de la loi du présent État, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale, ou que la mesure a trait à des renseignements requis dans cette procédure.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 21 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*) [par. 61 à 73]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).

2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :

a) À la LTI : A/CN.9/419 [par. 148 à 152, 154 à 166] ; A/CN.9/422 [par. 111 à 113] ; A/CN.9/433 [par. 127 à 134, 138 et 139] ; A/CN.9/435 [par. 49 à 61] ;

b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 80 à 83] ; A/CN.9/442 [par. 154 à 159] ;

c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/742 [par. 65] ; A/CN.9/763 [par. 59] ; A/CN.9/766 [par. 48].

3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 195].

INTRODUCTION¹

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 189 à 195]² note que l'article 21 a une portée plus large que l'article 20 et s'applique à la fois aux procédures principales et non principales reconnues. Les mesures prévues à l'article 21 sont de nature discrétionnaire (comme celles qui sont prévues à l'article 19) et font partie des mesures les plus fréquemment accordées dans les procédures d'insolvabilité. La liste des mesures disponibles énumérées au paragraphe 1 n'est pas exhaustive (comme l'indique l'emploi du mot « notamment »), afin de ne pas restreindre inutilement le pouvoir qu'a le tribunal d'accorder, à la demande du représentant étranger³, toute mesure disponible en vertu de la loi de l'État adoptant. Selon l'article 22, le tribunal peut subordonner toute mesure accordée au titre de l'article 21 aux conditions qu'il juge appropriées. La remise d'actifs au représentant étranger visée au paragraphe 2 est soumise à la condition que les intérêts des créanciers locaux soient adéquatement protégés, ainsi qu'à la protection plus

large prévue à l'article 22-1 et à la possibilité que le tribunal soumette cette remise à certaines autres conditions en vertu de l'article 22-2. Le Point de vue du juge [par. 168 à 182] fournit également des informations sur l'article 21.

2. Voir la jurisprudence relative à l'article 20 ci-dessus sur le sens des mots « les biens du débiteur » et « l'ouverture ou la poursuite d'actions ou de procédures individuelles ».

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 21

3. Certains tribunaux ont dit de l'article 21 qu'il constituait un très large réservoir de pouvoir⁴ qui permettait aux tribunaux d'accorder toute mesure appropriée pour remplir l'objectif de la LTI et protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers⁵. Il a été souligné que la question des mesures susceptibles d'être ordonnées devrait être traitée séparément de celle de la reconnaissance ; la reconnaissance repose sur l'application stricte de critères objectifs en vertu de l'article 17, ce qui favorise la prévisibilité et la fiabilité, tandis que l'octroi de mesures est largement discrétionnaire et repose sur des facteurs qui restent souples et pragmatiques afin de favoriser la coopération dans les cas appropriés⁶. La question de savoir si l'octroi de mesures en vertu de l'article 21 se justifie doit être tranchée par le tribunal, à sa discrétion et après que la reconnaissance a été ordonnée.

4. Les tribunaux ont souligné la distinction entre les mesures découlant automatiquement de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale et la nature discrétionnaire des mesures disponibles lors de la reconnaissance d'une procédure étrangère non principale, en observant que les mesures susceptibles d'être accordées en vertu de l'article 21-1 sont délimitées de plusieurs façons : il faut qu'il soit besoin de protéger les intérêts des créanciers (c'est-à-dire les intérêts de la masse des créanciers) ou, à défaut, les biens du débiteur ; il faut que cela soit conforme à l'ordre public conformément à l'article 6 ; et il faut tenir compte de l'article 22-1, qui fait ressortir la nécessité d'adapter les mesures et les conditions afin de trouver un équilibre entre les mesures accordées au représentant étranger et les intérêts des personnes touchées par ces mesures, sans favoriser indûment un groupe de créanciers par rapport à un autre^{7,8,9,10}. En vertu de l'article 22-2, le tribunal peut subordonner toute mesure discrétionnaire à certaines conditions, par exemple en exigeant le dépôt d'une garantie ou d'une caution¹¹.

ARTICLE 21, PARAGRAPHE 1

5. Les tribunaux ont estimé que les mots « dès la reconnaissance », dans le chapeau de l'article 21, définissaient la date à partir de laquelle les mesures pouvaient être accordées, mais pas nécessairement la date par référence à laquelle les droits (pour lesquels les mesures devaient être accordées) devaient être établis¹².

6. S'agissant de l'étendue des mesures susceptibles d'être ordonnées en vertu de l'article 21-1, les tribunaux ont adopté des points de vue différents. Dans certains États, il a été

estimé que le tribunal accordant la reconnaissance pouvait donner effet à la position existant dans la procédure principale étrangère, ce qui pourrait signifier que les mesures susceptibles d'être ordonnées dans l'État de reconnaissance ne se limitent pas à celles qui seraient disponibles dans une hypothétique procédure d'insolvabilité nationale¹³. Dans d'autres États, les tribunaux ont déclaré que l'expression « toute mesure appropriée » ne permettait pas à une juridiction d'accorder des mesures qui ne seraient pas disponibles dans le cadre d'une insolvabilité nationale¹⁴. Certains tribunaux ont également déclaré que, s'il n'était pas nécessaire que les mesures accordées dans la procédure étrangère et celles qui étaient disponibles en vertu de l'article 21 soient identiques, elles devaient néanmoins être d'un type connaissable en vertu de la législation du tribunal accordant la reconnaissance et ne pas être manifestement contraires à l'ordre public en vertu de l'article 6^{15,16}.

7. Dans un État où le régime législatif incorporant la LTI fait expressément référence à la courtoisie, les tribunaux ont estimé qu'une fois une procédure principale étrangère reconnue, la législation promulguée prévoyait expressément que le tribunal userait de ses pouvoirs discrétionnaires pour ordonner les mesures de protection appropriées conformément aux principes de la courtoisie internationale^{17,18}. Il a été estimé que cela incluait l'exécution de certaines décisions relatives à des mesures ordonnées dans le cadre de la procédure étrangère, mesures de portée plus large que ne l'aurait permis le droit de l'État de reconnaissance¹⁹. Selon le tribunal, l'élément déterminant était de savoir si la procédure étrangère répondait aux normes fondamentales d'équité dans l'État de reconnaissance²⁰. Un autre tribunal du même État a rendu sa propre décision en vertu de l'article 21 dans les mêmes termes que l'ordonnance étrangère interdisant la résiliation des contrats exécutoires sans l'autorisation du tribunal, tandis que dans une autre affaire, le tribunal a estimé qu'il pouvait appliquer la loi de la procédure étrangère pour éviter les transferts frauduleux dans l'État de reconnaissance, puisque l'article 21 donnait au tribunal le pouvoir d'accorder toute mesure en vertu de la législation sur l'évasion fiscale en tant que « mesure appropriée »^{21,22}. Dans une affaire où il s'était interrogé quant à savoir si les mesures demandées pouvaient être considérées comme « appropriées » conformément à l'article 21-1, le tribunal a déclaré que le pouvoir général d'accorder « toute mesure appropriée » faisait référence à des mesures qui auraient pu être accordées en vertu du droit en vigueur ou du droit précédemment applicable. Le type de mesures demandé dans l'affaire en question (concernant les décharges de tiers) ne relevait ni de l'une ni de l'autre de ces catégories et elles ne pouvaient donc pas être accordées. Le tribunal a précisé que l'octroi de ces mesures s'était fait en vertu de l'article 7, et non de l'article 21²³.

8. Les tribunaux d'un autre État ont adopté une approche similaire. Dans une affaire, le tribunal a déclaré que le fait de donner effet à la décision relative au mécanisme de financement du débiteur non dessaisi rendue dans le cadre de la procédure étrangère ne soulevait aucune question d'ordre public dans l'État de reconnaissance, même si elle était, en partie,

inadmissible en vertu du droit local dans la mesure où ce type de charge ne pouvait garantir une obligation qui existait avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité²⁴. Il a toutefois estimé qu'il n'y aurait pas de préjudice important pour les créanciers locaux et le fait que la décision ait été rendue par le tribunal étranger en question a été considéré comme important ; le tribunal accordant la reconnaissance a déclaré qu'il n'y avait aucune raison de remettre en cause la décision de cette juridiction. Le tribunal accordant la reconnaissance a conclu que la reconnaissance de la décision étrangère était nécessaire pour protéger les biens de l'entreprise débitrice et les intérêts des créanciers²⁵.

9. Selon une interprétation différente, cette approche va trop loin et, même si les mots « toute mesure appropriée » peuvent être entendus au sens large, les mesures susceptibles d'être ordonnées en vertu de l'article 21 ne peuvent que refléter celles qui pourraient être octroyées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité nationale²⁶. Dans une affaire, le tribunal a observé que, puisque les parties étaient convenues que le contrat en jeu serait régi par la législation de l'État de reconnaissance (dans lequel une clause de résiliation en cas d'insolvabilité serait valable), il ne devait pas chercher à passer outre à cet accord et a donc refusé d'empêcher la signification d'un avis de résiliation²⁷. D'autres tribunaux du même État ont également estimé qu'aucune disposition de l'article 21 ne suggérerait son application à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers à l'encontre des tiers²⁸. Dans un autre État, une cour d'appel a estimé que les mesures susceptibles d'être accordées lors de la reconnaissance d'une procédure étrangère fournissaient un soutien procédural à cette procédure et ne pourraient pas modifier substantiellement la créance d'un créancier. Elle a ajouté que la reconnaissance d'une ordonnance de décharge étrangère dépassait la portée des mesures disponibles en vertu de la LTI²⁹.

ARTICLE 21, PARAGRAPHE 1, ALINÉA a

a) Interdire l'ouverture des actions individuelles ou des procédures individuelles concernant les biens, les droits ou les obligations du débiteur ou suspendre lesdites actions ou procédures, dans la mesure où cette interdiction ou suspension n'est pas intervenue en application de l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article 20 ;

10. Une interdiction en vertu de l'article 21-1 a) a été jugée applicable à une action du débiteur pour contravention au contrat. Afin de trancher cette demande, le tribunal a déclaré qu'il devrait constater que certains fonds actuellement détenus sur le compte du débiteur dans la banque des défendeurs ne faisaient pas partie de la masse de l'insolvabilité du débiteur et appartenaient en fait au demandeur. Étant donné qu'une telle constatation aurait un impact négatif sur la masse, les demandes étaient interdites par l'article 21-1 a)³⁰. Dans une autre affaire, deux arbitrages avaient été engagés, dont seul le second impliquait directement l'entreprise insolvable et était donc automatiquement suspendu en vertu de

l'article 20 sur la reconnaissance de procédures étrangères. Le tribunal s'est demandé si le premier arbitrage devait également être suspendu, estimant que l'on pouvait au moins soutenir que le litige sous-jacent avait à voir avec les biens de l'entreprise débitrice, ou du moins avec des biens dont le débiteur pouvait prétendre être un bénéficiaire effectif, le tribunal devant dès lors s'assurer, en vertu de l'article 22-1, que les intérêts de ce dernier étaient suffisamment protégés. Le tribunal a autorisé la poursuite du premier arbitrage, mais l'exécution de toute sentence arbitrale devait être suspendue jusqu'à ce que le débiteur ait la possibilité de saisir à nouveau le tribunal au cas où un aspect des intérêts de ses créanciers ou administrateurs n'aurait pas été traité par les arbitres, ou en appel³¹. Dans une affaire qui concernait une demande de prolongation indéfinie de l'interdiction ou de la suspension applicable en vertu de l'article 20, le tribunal a rejeté la demande au motif que l'effet recherché touchait au fond plutôt qu'à la procédure ; et empêcherait à jamais certains créanciers d'exercer leurs droits en vertu de la loi de l'État de reconnaissance (qui était également la loi du contrat) afin de conformer leur position à la loi de l'État dans lequel l'insolvabilité avait lieu. Le tribunal a indiqué que, même s'il était compétent pour accorder cette mesure, il était peu probable qu'il le ferait étant donné l'équilibre requis par l'article 22³².

ARTICLE 21, PARAGRAPHE 1, ALINÉA b

b) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les biens du débiteur, si cette interdiction ou suspension n'est pas intervenue en application de l'alinéa b du paragraphe 1 de l'article 20 ;

11. Aucune affaire portant sur l'interprétation de cet alinéa n'a été signalée.

ARTICLE 21, PARAGRAPHE 1, ALINÉA c

c) Suspendre le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement, dans la mesure où ce droit n'a pas été suspendu en application de l'alinéa c du paragraphe 1 de l'article 20 ;

12. Aucune affaire portant sur l'interprétation de cet alinéa n'a été signalée.

ARTICLE 21, PARAGRAPHE 1, ALINÉA d

d) Faire interroger des témoins, recueillir des preuves ou fournir des renseignements concernant les biens, les affaires, les droits ou les obligations du débiteur ;

13. L'article 21-1 d), comporte à la fois une composante juridictionnelle et une composante discrétionnaire. Le tribunal doit avoir apprécié que les informations demandées concernent les biens, les affaires, les droits ou les obligations du débiteur et, lorsqu'il en est convaincu, il a le pouvoir

discrétionnaire d'ordonner que ces renseignements soient fournis. Selon un tribunal, il convient, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, de tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et de veiller à ce que les intérêts de la personne contre laquelle l'ordonnance a été demandée soient suffisamment protégés³³.

14. Il a été suggéré que l'article 21-1 *d*) visait à établir une norme minimale commune. Le représentant étranger était en droit de demander des mesures en vertu de cet alinéa, indépendamment de la question de savoir si un agent local aurait droit à ces mesures en vertu du droit interne. Si le droit interne prévoyait des mesures supplémentaires, le représentant étranger pourrait les demander en vertu de l'article 21-1 *g*). Dans l'affaire en question, le tribunal a déclaré que la portée précise de l'article 21-1 *d*) était sans importance puisque le représentant étranger pouvait se fonder sur l'article 21-1 *g*) ; le fait que l'alinéa *d* ait une portée plus étroite que l'alinéa *g* n'avait aucune incidence dans ce cas³⁴.

15. Un représentant étranger ayant demandé la production forcée de pièces se rapportant au litige, le tribunal a jugé que la portée de cette demande était limitée par l'exigence selon laquelle elle devait concerner « les biens, les affaires, les droits ou les obligations du débiteur ». La demande a été rejetée, car certaines informations privées recherchées ne concernaient pas « les biens, les affaires, les droits ou les obligations du débiteur » (mais plutôt les biens de la personne qui aurait contrôlé le débiteur). D'autres demandes étaient en revanche clairement liées aux biens, aux affaires, aux droits ou aux obligations du débiteur et elles ont été autorisées³⁵. Dans une autre affaire, où la production forcée de pièces était demandée à l'encontre de tiers non débiteurs, le tribunal a distingué les entités ayant des relations économiques avec le débiteur de celles qui n'étaient pas liées à ce dernier. Il a jugé que le représentant étranger n'était habituellement pas autorisé à obtenir la production forcée de pièces visant des entités non débitrices tierces, à moins *a*) que les documents demandés ne concernent des opérations réalisées avec des entités débitrices, ou *b*) que les demandes de production forcée de pièces ne visent des entités dont une entité débitrice était actionnaire majoritaire. En ce qui concerne ce dernier type de demande, le tribunal a jugé qu'une production forcée de grande ampleur de pièces financières pouvait être autorisée parce que les participations au capital de ces entités non débitrices représentaient des actifs de la masse du débiteur³⁶. La production forcée a été ordonnée dans un État de reconnaissance dans une situation où elle n'aurait pas été disponible en vertu du droit applicable à la procédure principale³⁷. Dans certains États, la production forcée de pièces se rapportant au litige peut également être accordée à titre de « mesure supplémentaire » en vertu des dispositions de l'article 7 relatives à l'assistance supplémentaire³⁸.

16. Après la reconnaissance de la procédure étrangère comme procédure principale, l'interrogatoire d'un ancien dirigeant du débiteur, résidant apparemment dans l'État de reconnaissance, a été ordonné en vertu de l'article 21-1 *d*), au motif que cette personne serait vraisemblablement très au

fait des affaires du débiteur. Bien que la personne ait affirmé avoir démissionné de ses fonctions d'administrateur du débiteur, le tribunal a indiqué qu'il n'était pas nécessaire de déterminer son statut vis-à-vis de l'entreprise (par exemple, en tant qu'administrateur occulte ou de fait), car l'article 21-1 *d*) s'étendait à toute personne pouvant être considérée en tant que « témoin »³⁹. On a considéré que le désir d'interroger des témoins en vertu de l'article 21-1 *d*) pouvait à juste titre être vu comme une tentative de « protéger » ou de préserver la valeur d'un bien incomplet, indéfini ou non encore matériel (« *inchoate asset* »), et que, même si un motif d'action potentiel ne risquait pas de se périmer, les délais de prescription pertinents pouvaient limiter le temps dont disposait un liquidateur pour s'informer pleinement des faits pertinents avant de décider d'engager une procédure⁴⁰.

ARTICLE 21, PARAGRAPHE 1, ALINÉA *e*

e) Confier l'administration ou la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur, situés dans le présent État, au représentant étranger ou à une autre personne nommée par le tribunal ;

17. Le pouvoir de mandatement prévu à l'article 21-1 *e*) répond à l'impératif selon lequel le représentant étranger doit obtenir le contrôle des biens et est donc accessoire à la tâche d'administration et de réalisation des biens du débiteur dans la procédure reconnue, mais il n'autorise pas la répartition de ces biens. La répartition de l'actif du débiteur est liée au pouvoir qu'a le tribunal, en vertu de l'article 21-2, de la confier au représentant étranger, et plusieurs tribunaux ont noté la distinction entre ces deux dispositions⁴¹. Il a été fait observer que l'octroi de mesures au titre de l'alinéa 1 *e*) permettait à tous les créanciers, où qu'ils soient dans le monde, de faire valoir leurs droits devant un seul et même tribunal compétent et constituait donc la démarche la plus économique et la plus efficace⁴².

18. Les tribunaux ont souligné la restriction présente à l'article 21-1 *e*), à savoir que les biens devaient se trouver dans l'État de reconnaissance. Il a été estimé qu'une action visant à récupérer certains biens en contestant les virements des débiteurs étrangers ne tombait pas sous le coup de la limitation territoriale spécifique visée à l'article 21-1 *e*), puisque ce dernier se réfère aux biens corporels situés sur le territoire de l'État de reconnaissance et aux biens incorporels réputés se trouver sur ce territoire en vertu de la législation (autre que sur les faillites) applicable, et que, dans l'affaire en question, il n'existait pas de tels biens⁴³. Dans une affaire ultérieure dans le même État, le tribunal a refusé de suivre cette décision, estimant que l'article 21-1 *e*) ne limitait pas la compétence matérielle du tribunal sur un actif incorporel situé dans un État étranger⁴⁴.

19. L'administration et la réalisation des biens en vertu de l'article 21-1 *e*) ont été subordonnées à certaines conditions. Dans une affaire concernant la question de savoir si le fait de confier au représentant étranger l'administration ou la réalisation de participations détenues par le débiteur

déclencherait des défauts de paiement en vertu de conventions de prêt et d'autres accords, le tribunal a rendu sa décision en suivant l'article 21-1 *e*), avec une réserve : dans la mesure où les représentants étrangers « se mettaient à la place » du débiteur, toutes les mesures qu'ils prendraient dans l'exercice de leurs fonctions devaient être conformes aux obligations de diligence et de loyauté (« fiduciary duties ») imposées par la loi applicable. S'ils ne respectaient pas ces obligations, le tribunal serait là pour traiter tout litige qui pourrait survenir⁴⁵. Dans une autre affaire, le tribunal a confié aux représentants étrangers l'administration et la réalisation de certains actifs situés sur le territoire de l'État de reconnaissance en vertu de l'article 21-1 *e*), et leur a permis de demander que ces actifs leur soient remis en vertu d'autres sections de la législation sur la faillite, en présentant une requête avec notification donnant aux parties adverses la possibilité d'être entendues. Cela permettrait au tribunal de veiller à la protection des intérêts des créanciers et des parties concernées conformément à l'article 22⁴⁶.

20. Dans une affaire où les seuls biens du débiteur pouvant faire l'objet d'une décision en vertu de l'article 21-1 *e*) étaient des navires entrant dans les eaux de l'État de reconnaissance, le tribunal a noté que si l'article 20, en vertu de son paragraphe 2, préservait l'application du droit local (qui, dans ce cas, incluait le droit des créanciers garantis de réaliser ou de traiter autrement leur sûreté), les décisions supplémentaires en vertu de l'article 21 ne le faisaient pas⁴⁷. Il a refusé la mesure demandée, mais a ordonné que toute demande d'émission d'un mandat d'arrêt dans l'État d'immatriculation de tout navire appartenant au débiteur ou affrété par lui soit traitée par un juge du même tribunal et que les motifs du présent jugement soient portés à l'attention de ce tribunal au moment où la demande pourrait être faite.

ARTICLE 21, PARAGRAPHE 1, ALINÉA *f*

f) Prolonger les mesures accordées en application du paragraphe 1 de l'article 19 ;

21. Les mesures accordées en vertu de l'article 19-1 *c*) (qui renvoie aux alinéas *c*, *d* et *g* de l'article 21) ont été prolongées lors de la reconnaissance de la procédure principale étrangère, en raison du non-respect par le débiteur et ses dirigeants des mesures ordonnées en vertu de l'article 19 et de l'impossibilité pour le représentant étranger de s'acquitter de ses fonctions sauf à ce que ces mesures soient prolongées⁴⁸.

ARTICLE 21, PARAGRAPHE 1, ALINÉA *g*

g) Accorder toute autre mesure que pourrait prendre [insérer le titre d'une personne ou d'un organe administrant un redressement ou une liquidation en vertu des lois de l'État adoptant] en vertu des lois du présent État.

22. Il convient de noter que certains États ont omis l'article 21-1 *g*) dans leur législation incorporant la LTI⁴⁹.

ARTICLE 21, PARAGRAPHE 2

(voir également la discussion relative à la protection suffisante en vertu de l'article 22)

23. Le recouvrement des biens est autorisé par l'article 21-1 *e*), tandis que l'article 21-2 permet au représentant étranger de répartir les biens dans la procédure étrangère, sous réserve que les créanciers situés dans l'État de reconnaissance soient suffisamment protégés en vertu des articles 21-2 et 22-1. Dans un État, la notion de protection suffisante (« adequate protection » dans la version anglaise de la LTI)⁵⁰ dans le contexte de la LTI a été décrite comme englobant trois principes fondamentaux : « [a)] le traitement équitable de tous les titulaires de créances visant la masse de l'insolvabilité ; [b)] la protection des requérants locaux contre les préjudices et les inconvénients liés au traitement des créances dans la procédure [étrangère] ; et [c)] la répartition du produit de la masse [étrangère] de l'insolvabilité essentiellement conformément à l'ordre prescrit par la législation locale »⁵¹. La relation entre les articles 21-2 et 22-1 a été notée, à savoir que la notion de protection suffisante faisait intervenir une évaluation de la protection accordée aux créanciers concernés. Selon le tribunal, l'équilibre entre la protection des créanciers locaux en vertu de l'article 21-2 et la protection de tous les créanciers en vertu de l'article 22-1 était donc atteint en reconnaissant l'égalité de tous les créanciers, lorsqu'il s'agissait d'accéder aux fonds de la société et de les manier⁵².

24. Un tribunal a rejeté une demande de remise de fonds au représentant étranger au motif que le créancier ne serait pas protégé de manière adéquate dans la procédure étrangère, notant que les garanties élémentaires de régularité faisaient défaut dans cette procédure et que le statut du créancier serait très différent de celui qu'il aurait dans l'État de reconnaissance⁵³. Dans une autre affaire, le tribunal accordant la reconnaissance a estimé que les créanciers locaux étaient protégés de manière adéquate au vu de la législation étrangère et des dispositions établies dans un accord visant à protéger les intérêts des créanciers qui avaient soumis des preuves de leurs créances dans le cadre de la liquidation locale. Ces dispositions comprenaient l'examen par les liquidateurs locaux de toute preuve rejetée par les liquidateurs étrangers, et la préservation pour ces créanciers des droits de compensation en vertu du droit local⁵⁴.

25. Un tribunal a noté que, si le Guide pour l'incorporation qualifiait l'article 22-1 d'énoncé général du principe de protection des intérêts locaux, il reconnaissait ensuite [au paragraphe 163]⁵⁵ que si, très souvent, les créanciers « locaux » étaient ceux qui se trouvaient lésés en vertu de l'article 22-1, il n'était pas souhaitable de tenter de limiter la portée de l'article aux créanciers locaux, étant donné la difficulté d'élaborer une définition appropriée et le fait qu'il n'était pas justifié de faire une différence entre les créanciers sur la base de critères tels que l'établissement ou la nationalité⁵⁶. Il a conclu qu'il devait s'assurer que les intérêts des créanciers locaux étaient suffisamment protégés avant de permettre à un représentant étranger de distribuer des biens dans le cadre

d'une procédure étrangère et, sans que ce soit une exigence expresse, que rien ne l'empêchait de s'assurer que les intérêts des créanciers étrangers étaient également suffisamment protégés avant de permettre une telle distribution⁵⁷.

ARTICLE 21, PARAGRAPHE 3

26. Les tribunaux ont noté que la restriction prévue par ce paragraphe de l'article 21 ne s'appliquait que dans le cas d'une procédure non principale⁵⁸ et que, puisqu'une procédure non principale n'avait pas nécessairement une portée globale, la portée de la procédure étrangère devait être prise en compte dans la mise en place de mesures appropriées⁵⁹.

27. Un tribunal accordant la reconnaissance a estimé que les biens locaux devaient être administrés dans le cadre de la procédure étrangère, au motif qu'il était efficace de disposer d'un mécanisme unique pour la répartition des actifs du débiteur conformément à la loi étrangère, lorsque ce mécanisme était conçu de façon à traiter de la même manière tous les créanciers se trouvant dans une situation similaire, hormis s'agissant de la « règle sur le revenu » (selon laquelle les créances fiscales ne sont généralement pas reconnues ou mises à exécution dans des pays étrangers). Le tribunal étranger a rendu des décisions permettant aux créanciers étrangers, y compris l'autorité fiscale de l'État de reconnaissance, de produire et de prouver des créances et de participer à la procédure étrangère⁶⁰.

RELATION ENTRE LES ARTICLES 21 ET 7

28. Pour analyser les demandes de mesures en application des articles 7 et 21, une cour d'appel d'un État⁶¹ a établi une démarche exigeant que le tribunal requis détermine en premier lieu si les mesures demandées par un représentant étranger relèvent de l'une des catégories énumérées à l'article 21⁶². Si ce n'est pas le cas, le tribunal doit déterminer si les mesures demandées peuvent être considérées comme « appropriées » conformément à l'article 21-1, ce qui implique, entre autres, de voir si elles seraient disponibles de toute autre manière en application de la législation de l'État requis. Si les mesures demandées ont une portée plus large que celles qui sont à ce moment donné disponibles en vertu de la législation du pays en question, l'article 7 fait alors fonction de « fourre-tout », car il prévoit des mesures « plus extraordinaires » que celles disponibles conformément aux dispositions aussi bien générales que spécifiques de l'article 21. La cour a considéré qu'un tel cadre empêcherait les tribunaux d'assujettir les mesures prévues à l'article 7 aux mêmes restrictions que celles imposées aux mesures prévues à l'article 21, à moins que ces restrictions ne soient expressément applicables, et qu'il éviterait les « applications universelles » au titre de l'article 7 et l'élargissement de la portée de la loi incorporant la LTI « au-delà du droit de l'insolvabilité internationale en vigueur ».

Notes

¹ *République de Corée* : La législation incorporant la LTI (à savoir la loi sur la faillite et le redressement des débiteurs) ne comporte aucun équivalent de l'article 20 de la LTI et les mesures doivent donc être demandées en vertu des équivalents des articles 19 et 21 (sect. 635 et 636 de la loi sur la faillite et le redressement des débiteurs). L'article 22 n'a pas été mis en œuvre non plus, mais l'article 21-2 a été incorporé (sect. 636-2 de la loi sur la faillite et le redressement des débiteurs). (2014) GOOKJI 1 (26 mai 2014) – après avoir examiné les mesures susceptibles de protéger les créanciers de la République de Corée, notamment les possibilités de participation à la procédure étrangère, le tribunal a fait droit à une demande de rapatriement des actifs aux États-Unis. (2010) GOOKJI 1 (7 février 2011) – le tribunal a ordonné la suspension de la saisie avant jugement d'un bien du débiteur se trouvant dans le pays.

² Guide pour l'incorporation [par. 154 à 160].

³ Certains États ont élargi la portée de l'article pour permettre l'octroi de mesures à la demande d'autres parties. Par exemple, au Japon, l'article 25 de la loi sur la reconnaissance et l'assistance relatives aux procédures d'insolvabilité étrangères de 2001 (mesures similaires à celles prévues à l'article 21 de la LTI) permet au tribunal d'accorder des mesures au moment de la reconnaissance ou par la suite, de sa propre initiative ou à la demande de toute partie intéressée.

⁴ *États-Unis* : Atlas Shipping A/S, 404 B.R. 726, 739 (Bankr. S.D.N.Y. 2009), CLOUT 1277 citant Leif M. Clark, « Ancillary and other cross-border insolvency cases under Chapter 15 of the Bankruptcy Code » (2008), p. 70 ; *Angleterre* : Larsen c. Navios International Inc [2011] EWHC 878 (Ch) [par. 23 b)], CLOUT 1273 – le tribunal a déclaré qu'il y avait toutes les raisons de donner à l'article 21 une large portée.

⁵ *États-Unis* : AJW Offshore, Ltd, 488 B.R. 551, 559 (Bankr. E.D.N.Y. 2013) ; voir également Rede Energia, S.A., 515 B.R. 69, 91 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), CLOUT 1630.

⁶ *États-Unis* : Bear Stearns 389 B.R. 325, 333 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 ; le Point de vue du juge [par. 149].

⁷ *Angleterre* : Larsen c. Navios International Inc [2011] EWHC 878 (Ch) [par. 23 a)], CLOUT 1273.

⁸ *Angleterre* : Pan Ocean Co Ltd [2014] EWHC 2124 (Ch) [par. 61], CLOUT 1482 ; *États-Unis* : Atlas Shipping A/S, 404 B.R. 726, 739 (Bankr. S.D.N.Y., 2009), CLOUT 1277.

⁹ Voir art. 6 ci-dessus ; Ibid. *Angleterre* : Pan Ocean [par. 104] – le tribunal a examiné des conclusions différentes aux États-Unis et en Angleterre à propos de mesures demandées dans le cas du docteur Juergen Toft, voir *États-Unis* : Toft, 453 B.R. 186, 192 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1209.

¹⁰ *États-Unis* : Lavie c. Ran (*In re Ran*), 607 F.3d 1017, 1026 (5^e circuit 2010) ; Atlas Shipping A/S, 404 B.R. 726, 739 (Bankr. S.D.N.Y., 2009), CLOUT 1277 et Toft, 453 B.R. 186, 196 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1209 citant Tri-Continental Exchange, Ltd., 349 B.R. 627, 637 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766.

¹¹ *États-Unis* : Tricontinental Exchange Ltd 349 B.R. 627, 636 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766.

¹² *Angleterre* : Larsen c. Navios International Inc. [2011] EWHC 878 (Ch) [par. 22 et 24], CLOUT 1273 – le tribunal a jugé que les droits de compensation devaient être déterminés à compter de la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité étrangère, et non à compter de la date de reconnaissance de cette procédure.

¹³ *États-Unis* : Sino-Forest Corporation, 501 B.R. 655, 665 et 666 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) – suivant l'approche adoptée dans Metcalfe & Mansfield Alternative Invs., 421 B.R. 685, 697 à 699 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1007, sur les décharges de tiers ; Vitro S.A.B. de C.V., 701 F.3d 1031, 1044 n. 42, 1053 et 1054 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310 ; Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (*In re* Condor Ins. Ltd.), 601 F.3d 319, 322 à 329 (5^e circuit 2010), CLOUT 1006.

¹⁴ *Angleterre* : Fibria Cellulose S/A c. Pan Ocean Co. Ltd [2014] EWHC 2124 [par. 107 et 108] (30 juin 2014), CLOUT 1482.

¹⁵ *États-Unis* : Metcalfe & Mansfield Alternative Invs., 421 B.R. 685, 697 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1007 ; CT Inv. Management Co., LLC c. Carbonell, 10 Civ. 6872 (S.D.N.Y. 11 janvier 2012), p. 5 ; Rede Energia, S.A., 515 B.R. 69, 91 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), CLOUT 1630.

¹⁶ *États-Unis* : Toft, 453 B.R. 186, 192 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1209.

¹⁷ Le Code des faillites des États-Unis, titre 11 de l'U.S.C. sect. 1509 b) 3), prévoit que les mécanismes de la courtoisie seront mis en œuvre après la reconnaissance par les États-Unis d'une procédure étrangère en vertu du chapitre 15, sous réserve que cette mesure ne soit pas accordée lorsque cela contreviendrait à l'ordre public fondamental des États-Unis en vertu de l'article 1506.

¹⁸ *États-Unis* : Atlas Shipping A/S, 404 B.R. 726, 739 (Bankr. S.D.N.Y., 2009), CLOUT 1277.

¹⁹ *États-Unis* : Metcalfe & Mansfield Alternative Invs., 421 B.R. 685, 698 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1007 – le tribunal a fait observer que les États-Unis et le Canada partageaient les mêmes traditions de *common law* et les mêmes principes de droit fondamentaux, que les tribunaux canadiens offraient aux créanciers l'occasion complète et équitable d'être entendus d'une manière conforme aux normes américaines en matière de régularité des procédures et que les tribunaux fédéraux américains avaient à plusieurs reprises accordé l'exercice de la courtoisie internationale aux procédures canadiennes ; voir également Sino-Forest Corporation, 501 B.R. 655 (Bankr. S.D.N.Y. 2013).

²⁰ *États-Unis* : Metcalfe & Mansfield Alternative Invs., 421 B.R. 685, 697 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1007, cité dans Sino-Forest Corporation, 501 B.R. 655, 662 et 663 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) – le tribunal a estimé que les procédures étrangères répondaient à ce critère. Pour analyser l'équité procédurale, les tribunaux se sont notamment demandé si : a) les créanciers de même catégorie étaient traités sur un pied d'égalité pour ce qui concernait la distribution des actifs ; b) les liquidateurs étaient considérés comme des fiduciaires et tenus de rendre des comptes au tribunal ; c) les créanciers avaient le droit de présenter des créances qui, si elles étaient rejetées, pouvaient être présentées à un tribunal des faillites pour qu'il tranche ; d) les liquidateurs étaient tenus d'aviser les demandeurs potentiels ; e) il existait des dispositions relatives aux assemblées de créanciers ; f) les lois sur l'insolvabilité d'un pays étranger favorisaient ses propres citoyens ; g) tous les actifs étaient rassemblés auprès d'un seul organisme en vue d'une distribution centralisée ; et h) il existait des dispositions relatives à l'arrêt automatique des poursuites et à la levée de ce type d'arrêt pour faciliter la centralisation des demandes.

²¹ *États-Unis* : Gandi Innovations Holdings, LLC (Bankr. W.D. Tex. 2009) ; également W.C. Wood Corp., Ltd., affaire n° 09-11893 (Bankr. D. Del. 1^{er} juin 2009) – le tribunal accordant la reconnaissance a rendu une décision en vertu de l'article 21 interdisant expressément la résiliation des contrats exécutoires ; voir également *Canada* : Lightsquared LP (2012) ONSC 2994 [par. 38 et 39], CLOUT 1204 – le tribunal accordant la reconnaissance a rendu une décision restreignant le droit d'interrompre toute fourniture de produits ou de services aux débiteurs américains, ou d'y mettre fin.

²² *États-Unis* : Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (*In re* Condor Ins. Ltd.), 601 F.3d 319, 329 (5^e circuit 2010), CLOUT 1006 – le tribunal a appliqué la loi de Nevis.

²³ *États-Unis* : Vitro S.A.B. de C.V., 701 F.3d 1031, 1056–1058 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310 ; voir la note sous l'article 7 en ce qui concerne l'adoption de cette disposition par les États-Unis et l'orientation en matière de courtoisie ; voir également CGG S.A., 579 B.R. 716 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) – le tribunal a estimé que la reconnaissance et l'exécution de la décision sanctionnant un plan de sauvegarde en France constituaient une « mesure appropriée » en vertu de l'article 1521 a) du Code des faillites, et également une « assistance supplémentaire » en vertu de l'article 1507 ; Cell C Proprietary Ltd., 571 B.R. 542 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) et Rede Energia S.A., 515 B.R. 69 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), CLOUT 1630.

²⁴ *Canada* : Hartford Computer Hardware, 2012 ONSC 964, CLOUT 1205.

²⁵ *Canada* : Voir aussi Massachusetts Elephant and Castle Group Inc. 2011 ONSC 4201, CLOUT 1206 – reconnaissance d'un certain nombre de décisions rendues dans le cadre de la procédure aux États-Unis, nomination d'un courtier d'information et octroi d'une charge administrative ; LightSquared LP [2012] ONSC 2994, CLOUT 1204 – après avoir accordé la reconnaissance initiale, le tribunal a également dû examiner une demande de mesures discrétionnaires supplémentaires en vertu de l'article 49 de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, notamment en ce qui concernait la nomination d'un courtier d'information, l'octroi d'une charge administrative et la reconnaissance des « décisions du premier jour » prises aux États-Unis. Il a estimé que les mesures demandées étaient appropriées dans les circonstances données – [par. 35 et 37], dans la mesure où elles étaient nécessaires pour protéger les biens de l'entreprise débitrice ou les intérêts d'un créancier ou des créanciers, et qu'elles faciliteraient cette procédure et la diffusion d'informations concernant la procédure aux États-Unis.

²⁶ *Angleterre* : Fibria Cellulose S/A c. Pan Ocean Co. Ltd [2014] EWHC 2124 (Ch.) [par. 107 et 108], CLOUT 1482 ; Larsen c. Navios International Inc. [2011] EWHC 878 (Ch) [par. 23 f), 31 et 32], CLOUT 1273 ; Rubin c. Eurofinance SA [2010] EWCA Civ 895 [par. 62].

²⁷ *Angleterre* : Pan Ocean Co Ltd [2014] EWHC 2124 (Ch), CLOUT 1482 – la cour a signalé l'interprétation donnée dans l'affaire Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (*In re* Condor Ins. Ltd.), 601 F.3d 319 (5^e circuit 2010) [par. 106, 114], CLOUT 1006, qui semblait appuyer une interprétation de ces mots qui permettrait au tribunal accordant la reconnaissance de donner effet à une ordonnance de la juridiction étrangère, même s'il n'aurait pas lui-même pu rendre une telle ordonnance dans le cadre d'une procédure interne. Tout en notant que l'article 8 de la LTI imposait au tribunal de tenir compte de la nécessité de promouvoir l'uniformité dans son application, le tribunal a donné plusieurs raisons de ne pas suivre la démarche adoptée aux États-Unis. Il a notamment expliqué que, si l'historique législatif du chapitre 15, et en particulier les termes « toute mesure appropriée », semblaient permettre aux tribunaux des États-Unis d'appliquer le droit de la procédure étrangère, il n'y avait pas d'historique législatif comparable en Grande-Bretagne et il était loisible au tribunal de conclure que la LTI n'était pas mise en œuvre de la même manière aux États-Unis et en Grande-Bretagne.

²⁸ *Angleterre* : Rubin c. Eurofinance SA [2012] UKSC 46 [par. 143], CLOUT 1270. Sur la question de l'exécution des jugements, voir la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité et le Guide pour son incorporation, disponibles à l'adresse <https://uncitral.un.org>.

²⁹ *République de Corée* : (2006) GOOKSEUNG 1 (22 janvier 2007), tribunal du district central de Séoul, CLOUT 1002 ; (2007) GOOKSEUNG 2 (12 février 2008), tribunal du district central de Séoul ; (2008) HAHAP 20 (28 août 2008) tribunal du district central de

Séoul ; RA 1524, Haute Cour de Séoul, CLOUT 1000 ; (2009) Ma 1600 (25 mars 2010), Cour suprême de Corée. Voir également *Japon* : Azabu Building Company Ltd, affaire n° (shou) 1 de 2006 ; affaire n° (mi) 5 de 2007, tribunal de district de Tokyo, CLOUT 1478 – l'effet d'une décharge de dette dans la procédure étrangère ne peut être reconnu au Japon que si la décharge satisfait aux conditions de reconnaissance de l'effet d'un jugement étranger en vertu de l'article 118 du code de procédure civile.

³⁰ *États-Unis* : Capitaliza-T Sociedad De Responsabilidad Limitada De Capital Variable c. Wachovia Bank of Del. N.A., 10 Civ.520 (D. Del. 20 déc. 2011) – après la reconnaissance de la procédure principale étrangère se déroulant au Mexique, le tribunal a rendu une ordonnance en vertu de l'équivalent de l'article 21-1 a), suspendant l'ouverture ou la poursuite de procédures concernant les biens, les droits ou les obligations du débiteur. Une action a été engagée devant une autre juridiction pour, entre autres, violation de contrat par le débiteur. Afin de trancher cette demande, le tribunal a déclaré qu'il devrait constater que certains fonds actuellement détenus sur le compte du débiteur dans la banque des défendeurs ne faisaient pas partie de la masse de l'insolvabilité du débiteur et appartenaient en fait au demandeur. Il a conclu que, puisque le débiteur était la véritable partie intéressée et qu'une décision à l'encontre des défendeurs non débiteurs aurait un impact négatif sur les biens de la masse de l'insolvabilité du débiteur, les demandes étaient interdites par l'ordonnance en vertu de l'article 21-1 a). Il a toutefois autorisé les demandeurs à modifier l'une de leurs demandes, mais a indiqué qu'elle serait alors suspendue conformément à l'ordonnance rendue en vertu de l'article 21-1 a).

³¹ *Angleterre* : Dans l'affaire Armada Shipping SA [2011] EWHC 216 (Ch) [par. 64].

³² *Angleterre* : Re OJSC International Bank of Azerbaijan ; Bakhshiyeva c. Sberbank of Russia [2018] EWHC 59 (Ch) [par. 142-3, 158-4], refus de mesures confirmé en appel. La cour d'appel a déclaré qu'une interdiction ou une suspension indéfinie ne pouvait être ordonnée que si deux conditions étaient remplies, à savoir si la mesure était indispensable pour protéger les créanciers du débiteur et si elle constituait un moyen approprié d'assurer cette protection. Elle a également déclaré que si le pouvoir d'accorder une suspension en vertu de l'article 21 avait été conçu pour l'emporter sur les droits matériels des créanciers en vertu de la loi applicable à leurs dettes, on se serait attendu à ce que cela soit explicitement mentionné ou, à tout le moins, à ce que cela fasse l'objet d'une discussion et d'une recommandation positive au stade préparatoire. En l'absence de ces éléments, la cour n'a trouvé aucune raison de considérer le pouvoir conféré par l'article 21 comme autre chose qu'un pouvoir de nature procédurale ayant pour objet principal de fournir un répit du type envisagé par le Guide pour l'incorporation : Re OJSC International Bank of Azerbaijan ; Bakhshiyeva c. Sberbank of Russia [2018] EWCA Civ 2802 [par. 89, 97].

³³ *Angleterre* : Picard c. FIM Advisers LLP [2010] EWHC 1299 (Ch) [par. 23] – le tribunal a exercé sa discrétion pour examiner de manière relativement détaillée la période qui serait couverte par l'ordonnance, les lieux à perquisitionner et plusieurs catégories de documents contestés. Il a estimé que l'impératif pour l'administrateur de s'acquitter de ses fonctions (notamment d'enquêter sur la conduite, les biens, le passif et la situation financière du débiteur) l'emportait sur la contrainte imposée au défendeur. *Nouvelle-Zélande* : ANZ National Bank Ltd c. Sheahan and Lock [2012] NZHC 3037 (15 novembre 2012) [par. 111 à 114].

³⁴ *Angleterre* : Chesterfield United Inc. [2012] EWHC 244 (Ch) [par. 11 et 12], CLOUT 1271.

³⁵ *États-Unis* : Glitnir banki hf, affaire n° 08-14757, 21 (Bankr. S.D.N.Y. 19 août 2011).

³⁶ *États-Unis* : Petroforte Brasileiro de Petroleo Ltda., 542 B.R. 899, 903 (S.D. Fla 2015), CLOUT 1625 – le tribunal a déclaré que si un débiteur détenait une participation majoritaire dans une entreprise tierce, l'administrateur était en droit d'obtenir toutes les informations financières de cette tierce partie afin d'évaluer la participation.

³⁷ *États-Unis* : Platinum Partners Value Arbitrage Fund L.P., 583 B.R. 803 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) – la production forcée concernait des documents de travail des anciens comptables du débiteur. Le tribunal a déclaré que la portée de la production forcée de pièces autorisable dans l'État étranger ne constituait pas une base valide sur laquelle le tribunal de reconnaissance, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, devait limiter les mesures dont pouvait bénéficier le représentant étranger. Il a rejeté les arguments selon lesquels, d'une part, la production forcée devrait d'abord être demandée dans la juridiction d'origine et, d'autre part, le différend relatif à la production forcée était soumis à l'arbitrage en vertu des termes de la lettre de mission du comptable.

³⁸ *États-Unis* : Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd, 471 B.R. 342 (Bankr. S.D.N.Y. 2012) ; Le Code des faillites des États-Unis, titre 11 de l'U.S.C. sect. 1507 qui incorpore l'article 7 de la LTI, donne effet au principe de l'article 7 de la LTI, mais il est beaucoup plus détaillé, précisant les conditions qui doivent être remplies pour que cette mesure soit accordée.

³⁹ *Australie* : Crumpler c. Global Tradewaves [2013] FCA 1127 [par. 23], CLOUT 1331.

⁴⁰ *Nouvelle-Zélande* : ANZ National Bank Ltd c. Sheahan and Lock [2012] NZHC 3037 (15 novembre 2012) [par. 105, 112].

⁴¹ La distinction est notée dans *États-Unis* : Atlas Shipping A/S, 404 B.R. 726, 740 (Bankr. S.D.N.Y., 2009), CLOUT 1277 ; Tri-Continental Exchange Ltd. 349 B.R. 627, 636 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766.

⁴² *États-Unis* : Atlas Shipping A/S, 404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. 2009), CLOUT 1277 – des mesures ont été accordées en vertu des paragraphes 1 e) et 2 de l'article 21 en ce qui concerne des fonds détenus sur des comptes bancaires aux États-Unis et soumis aux ordonnances de saisie conservatoire maritime rendues avant et après l'ouverture de la procédure étrangère.

⁴³ *États-Unis* : *In re* Fairfield Sentry Ltd. Litigation, 458 B.R. 665 (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁴ *États-Unis* : British-Am. Ins. Co. c. Fullerton, 488 B.R. 205, 233-36 (Bankr. S.D. Fla. 2013), CLOUT 1309.

⁴⁵ *États-Unis* : Lee, 472 B.R. 156, 186 (Bankr. D. Mass. 2012).

⁴⁶ *États-Unis* : AJW Offshore, Ltd, 488 B.R. 551, 561 (Bankr. E.D.N.Y. 2013) – le tribunal a déclaré que la même protection s'appliquerait à la production forcée des pièces se rapportant au litige en vertu de l'article 21-1 d), c'est-à-dire par une requête avec notification donnant aux parties adverses la possibilité d'être entendues et en permettant les auditions et la communication de pièces, toute production forcée autorisée devant être soumise aux conditions imposées conformément à l'article 22 ; International Banking Corporation B.S.C., 439 B.R. 614, 627 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1317 – le tribunal a refusé de remettre au représentant étranger des fonds qui faisaient l'objet d'une décision de saisie en faveur d'une banque étrangère, cette décision ayant été émise et rendue exécutoire avant le début de la procédure étrangère. Il a engagé les parties à demander au tribunal étranger de se prononcer sur l'annulation des décisions de saisie en vertu du droit étranger applicable ; dans l'intervalle, les fonds devaient demeurer aux États-Unis ; Tri-Continental Exchange Ltd, 349 B.R. 627, 636 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766 – le tribunal a accordé le mandat en vertu de l'article 21-1 e), sans conditions, en notant que s'il devait par la suite avoir des raisons de ne plus être satisfait de sa conclusion, il serait autorisé par l'article 22-3 à revoir sa position et à exercer le pouvoir que lui conférait l'article 22-2 de soumettre à certaines conditions le mandat confié aux représentants étrangers, par exemple en exigeant la constitution d'une sûreté ou d'une caution.

⁴⁷ *Australie* : Yu c. STX Pan Ocean Co Ltd [2013] FCA 680 [par. 41], CLOUT 1333 – l'une des mesures demandées était comme suit : « 5. Conformément à l'article 21-1 e) de la Loi type, que l'administration et la réalisation de tous les biens du défendeur situés en Australie soient confiées au représentant étranger », ce que le tribunal a refusé.

⁴⁸ *Australie* : Lawrence c. Northern Crest [2011] FCA 925, CLOUT 1217.

⁴⁹ Par exemple, l'Afrique du Sud, la Colombie, Maurice, la Roumanie et les Seychelles.

⁵⁰ Alors que la LTI exige, dans sa version anglaise, une « protection adéquate » (« adequate protection »), la législation des États-Unis utilise le terme « protection suffisante » (« sufficient protection »).

⁵¹ *États-Unis* : Atlas Shipping (2009) 404 B.R. 726, 740, CLOUT 1277, citant *In re Artimm*, 335 B.R. à la section 160, où est analysée la législation antérieure, dont il est noté que les dispositions étaient essentiellement les mêmes que celles de l'article 21-2 – dans l'affaire Atlas, il n'y avait pas de requérants américains, les créanciers s'opposant aux mesures étaient étrangers, et les demandes n'avaient aucun lien avec les États-Unis autre que le succès de la saisie-arrêt des fonds du débiteur à New York pour appuyer l'arbitrage à Londres contre le débiteur.

⁵² *Australie* : Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 [par. 139 à 141] – le tribunal s'est intéressé à la façon dont un tribunal local (accordant la reconnaissance) devrait aborder la question de la position d'un créancier ayant des droits exécutoires dans le pays de reconnaissance, mais qui serait dépouillé de tout le bénéfice de ces droits si les biens étaient transférés vers la procédure principale étrangère, dans la mesure où la législation de ce pays ne permettait pas le recouvrement d'une telle dette (en l'occurrence une créance fiscale).

⁵³ *États-Unis* : Sivec SRL, 476 B.R. 310, 328 et 329 (Bankr. E.D.Okla. 2012), CLOUT 1312 – aux États-Unis, le créancier était un créancier garanti, tandis que dans la procédure étrangère en Italie, le créancier n'étant pas reconnu en tant que créancier, il serait traité au mieux comme un demandeur à titre chirographaire et ne recevrait probablement rien sur sa créance.

⁵⁴ *Angleterre* : Swissair Schweizerische Luftverkehrsengesellschaft [2009] EWHC 2099 (Ch) [par.14].

⁵⁵ Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 198].

⁵⁶ *États-Unis* : SNP Boat Service S.A. c. Hotel Le St. James, 483 B.R. 776, 783 et 784 (S.D. Fla. 2012), CLOUT 1314.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ *Angleterre* : Swissair Schweizerische Luftverkehrsengesellschaft [2009] EWHC 2099 (Ch) [par. 14].

⁵⁹ *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd. 425 B.R. 884 (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005 – la procédure dont la reconnaissance était demandée concernait l'insolvabilité d'une succursale du débiteur et il a été soutenu que cette procédure ne pouvait pas être considérée comme ayant pour objet la liquidation ou le redressement du débiteur [comme l'exigeait l'article 2 a)] puisqu'elle n'avait pas d'effet global sur la masse de l'insolvabilité.

⁶⁰ *Australie* : Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112 [par. 61], CLOUT 1475.

⁶¹ *États-Unis*. Voir le Point de vue du juge [181] faisant référence à *Vitro S.A.B. de C.V.* 701 F.3d 1031, 1056-1058 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310, affaire n° 29 dans le Point de vue du juge. Ayant appliqué ce cadre aux faits qui lui avaient été exposés, la cour d'appel a confirmé le rejet de la demande faite par le représentant étranger pour obtenir l'*exequatur* d'une décision confirmant le plan de redressement étranger qui novait et, de fait, éteignait les obligations des filiales du débiteur étranger qui étaient en possession d'effets garantis émis par le débiteur mais qui n'avaient pas elles-mêmes demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Elle a tout d'abord estimé que les paragraphes 1 et 2 de l'article 21 ne prévoyaient pas l'exécution des obligations des garants non-débiteurs. Elle a ensuite estimé que l'octroi général de mesures conformément au premier paragraphe de l'article 21 ne correspondait pas aux mesures demandées, car les décharges non conventionnelles de non-débiteurs par l'intermédiaire d'une procédure de faillite « n'étaient généralement pas disponibles » dans la législation locale et étaient « explicitement interdites » par la juridiction en question. S'agissant de l'article 7, elle a noté que de telles décharges étaient parfois disponibles dans d'autres juridictions et que l'article n'interdisait donc pas les mesures demandées. Cependant, elle a jugé que, puisque le débiteur n'avait pas pu produire de preuves de l'existence de circonstances extraordinaires suffisantes pour établir le bien-fondé des décharges de non-débiteurs en vertu de la législation des tribunaux permettant de telles décharges, le tribunal de première instance n'avait pas excédé son pouvoir en refusant d'accorder les mesures au titre de l'article 7.

⁶² *États-Unis* : Cozumel Caribe, S.A., de C.V., 482 B.R. 96 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1311 – le tribunal a jugé qu'il était inutile de se référer à l'article 7 puisque l'article 21 autorisait la mesure demandée, qui était la suspension d'une action en jugement déclaratoire intentée dans l'État de reconnaissance. S'agissant de l'article 22-1, il a conclu qu'au moins en ce qui concernait les fonds appartenant aux entreprises affiliées non débitrices qui restaient sur le compte de gestion de trésorerie, le demandeur était suffisamment protégé à titre temporaire tant que ces fonds restaient aux États-Unis. Il a observé qu'il était possible que le requérant soit mécontent de la situation ou de l'allure de la procédure étrangère ou d'une décision qui y avait été prise, mais cela ne justifiait pas en soi qu'on lui permette de poursuivre la procédure devant la juridiction accordant la reconnaissance, car cette procédure portait sur les mêmes questions juridiques que la procédure étrangère.

Article 22. Protection des créanciers et des autres personnes intéressées

1. Lorsqu'il accorde ou refuse toute mesure conformément à l'article 19 ou 21, ou lorsqu'il modifie ou fait cesser les mesures accordées en application du paragraphe 3 du présent article, le tribunal doit s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont suffisamment protégés.
2. Le tribunal peut subordonner aux conditions qu'il juge appropriées toute mesure accordée conformément à l'article 19 ou 21.
3. Le tribunal, statuant à la demande du représentant étranger ou de toute personne physique ou morale lésée par toute mesure accordée en vertu de l'article 19 ou 21, ou statuant d'office, peut modifier ou faire cesser ladite mesure.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 22 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 82 à 93]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/422 [par. 113] ; A/CN.9/433 [par. 140 à 146] ; A/CN.9/435 [par. 72 à 78] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 85] ; A/CN.9/442 [par. 161 à 164] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/715 [par. 39] ; A/CN.9/763 [par. 60] ; A/CN.9/766 [par. 49].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 199].

INTRODUCTION¹

1. L'article 22-1 prévoit la protection obligatoire des intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées lorsque des mesures sont accordées ou refusées en vertu de l'article 19 ou 21. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 196 à 199]² et le Point de vue du juge [par. 157 à 159] notent que l'idée qui sous-tend l'article 22 est qu'il devrait y avoir un équilibre entre les mesures pouvant être accordées au représentant étranger et les intérêts des personnes susceptibles d'être lésées par ces mesures, telles que les créanciers, le débiteur et les autres personnes intéressées. L'article 22-2 renforce l'idée que les mesures discrétionnaires (c'est-à-dire celles qui sont accordées en vertu des articles 19 et 21) sont par nature susceptibles d'être modulées par le tribunal en fonction de l'affaire jugée. Dans chaque cas, le juge devra déterminer les mesures les plus appropriées aux circonstances de l'espèce et les conditions auxquelles elles devront satisfaire. L'article

traite également de la nécessité de protéger adéquatement les intérêts des personnes susceptibles d'être affectées par ces mesures lorsque le tribunal les accorde, les modifie ou les fait cesser. L'exigence de protection suffisante prévue à l'article 22 est plus large que celle de l'article 21-2, qui ne vise que la protection suffisante des créanciers de l'État de reconnaissance. L'article 22-3 prévoit la modification ou la cessation des mesures accordées en vertu des articles 19 ou 21.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 22

2. Plusieurs tribunaux ont dit que l'article 22 donnait effet au préambule de la LTI en mettant en œuvre des procédures équitables, efficaces et coopératives visant à maximiser la valeur des actifs du débiteur en vue de leur répartition entre les créanciers³.

ARTICLE 22, PARAGRAPHE 1**Interprétation des mots et des expressions****« Personnes intéressées »**

3. Au paragraphe 1, les mots « personnes intéressées » ont été interprétés comme désignant toute personne potentiellement affectée par les mesures⁴ ; il s'agirait notamment des personnes contre lesquelles, par exemple, une décision relative à la communication d'informations en vertu de l'article 21-1 *d*) a été demandée⁵. Les tribunaux se sont également penchés sur l'interprétation de termes similaires, tels que « partie intéressée », dont il a été jugé qu'ils devaient être interprétés de manière large afin de protéger les intérêts des parties concernées et de donner aux tribunaux une grande latitude pour déterminer les mesures à accorder⁶.

« Suffisamment protégés »⁷

4. Les tribunaux ont souligné que, lorsque des mesures étaient ordonnées en vertu des articles 19 et 21, il fallait parvenir à un équilibre entre les différents intérêts visés à l'article 22-1, sans favoriser indûment un groupe de créanciers par rapport à un autre⁸, afin que la protection puisse être considérée comme « adéquate » (« suffisante » dans la version française de la LTI) aux fins aussi bien de l'article 22 que de l'article 21-2⁹. S'agissant de cet équilibre, il a été noté que les

intérêts des créanciers et ceux du débiteur étaient souvent opposés et que la protection de l'un pouvait entraîner des dépenses pour l'autre¹⁰. Outre les intérêts à mettre en balance conformément à l'article 22-1, il a été suggéré qu'il pourrait être nécessaire de trouver un équilibre entre ces intérêts et la protection des créanciers locaux en vertu de l'article 21-2. Il a été estimé que cela pourrait se faire en reconnaissant l'égalité de tous les créanciers du point de vue de l'accès aux fonds disponibles du débiteur et du traitement de ces fonds¹¹. Cependant, une cour d'appel a suggéré que si la question de savoir si les intérêts des créanciers étrangers en général étaient adéquatement protégés pouvait être examinée avant de remettre des biens à la juridiction étrangère, cet examen n'impliquerait pas une enquête sur le traitement individuel qu'un créancier particulier recevrait dans la procédure étrangère spécifique, car cela exigerait que le tribunal juge la procédure étrangère¹².

5. Comme indiqué ci-dessus (voir l'analyse relative à l'article 21-2), un tribunal a identifié trois principes fondamentaux régissant la notion de protection adéquate : *a)* le traitement équitable de tous les titulaires de créances visant la masse de l'insolvabilité ; *b)* la protection des requérants locaux contre les préjudices et les inconvénients liés au traitement des créances dans la procédure étrangère ; et *c)* la répartition du produit de la masse étrangère de l'insolvabilité essentiellement conformément à l'ordre prescrit par la législation locale¹³. Selon un autre tribunal, qu'il faille ou non adopter les principes ci-dessus, la protection adéquate exige l'évaluation de la protection accordée aux créanciers concernés¹⁴. Dans une affaire, il avait été estimé que les intérêts des créanciers étaient adéquatement protégés puisque ces derniers avaient pu produire leurs créances dans la procédure étrangère, qui leur assurait un traitement égal à celui des autres créanciers chirographaires¹⁵.

6. On peut citer d'autres exemples de circonstances ayant donné lieu à un examen de la notion de protection adéquate :

a) Dans une affaire où le débiteur ne pouvait pas faire l'objet d'une procédure de liquidation dans l'État de reconnaissance et le créancier local ne pouvait prétendre à aucune distribution dans le cadre de la procédure étrangère (il détenait en effet une créance fiscale qui était exclue en vertu de la loi de l'État d'origine) et ne pouvait pas se prévaloir des recours légaux en vertu de la loi de l'État de reconnaissance en raison de la mesure existante ordonnée en vertu de l'article 21 qui conférerait un avantage à tous les autres créanciers du débiteur¹⁶ ;

b) Dans une affaire où le représentant étranger avait cherché à obtenir le contrôle économique des participations détenues par le débiteur étranger dans l'État de reconnaissance, ce qui, selon les débiteurs, aurait mis en jeu leur responsabilité¹⁷ ;

c) Dans une affaire où la mesure demandée (suspension permanente d'une action en justice intentée par un créancier garanti dans l'État de reconnaissance et obligation pour les parties d'essayer de produire leurs créances dans l'État d'origine) aurait empêché le créancier de compenser sa créance puisque les droits de compensation n'étaient pas autorisés dans la procédure étrangère et que le créancier aurait été privé de notification dans la procédure étrangère puisqu'il n'était pas considéré en tant que créancier en vertu de la loi de l'État d'origine¹⁸ ;

d) Dans une affaire où le requérant dans l'État de reconnaissance avait demandé le déblocage de certains fonds détenus dans cet État, au motif qu'il n'était pas satisfait de la situation ou de l'allure de la procédure étrangère ou d'une décision qui y avait été prise, le tribunal a estimé qu'il serait suffisamment protégé si les fonds restaient dans l'État de reconnaissance¹⁹ ;

e) Dans une affaire où les créanciers avaient cherché à la fois à liquider leurs créances et à en déterminer la priorité devant les tribunaux locaux plutôt que dans le cadre de la procédure étrangère et où le représentant étranger avait accepté que les créanciers liquident leurs créances devant tout tribunal compétent, y compris un tribunal local, le tribunal a estimé qu'un équilibre approprié avait été atteint²⁰.

ARTICLE 22, PARAGRAPHE 2

7. On a présumé qu'étant donné son ampleur, le libellé de l'article 22 autorisait le tribunal à exiger le dépôt d'une garantie ou d'une caution dans les cas où cela se justifiait, à titre discrétionnaire²¹.

ARTICLE 22, PARAGRAPHE 3

8. Il a été noté que si l'article 22-3 faisait état de la modification et de la cessation de mesures accordées en vertu des articles 19 ou 21, il ne faisait aucune référence à la modification de l'effet juridique de la reconnaissance de la procédure étrangère principale découlant de l'article 20²². Dans une affaire où un arrêt général des poursuites ordonné dans l'État d'origine avait été reconnu dans l'État requis, la levée de cet arrêt avait été demandée dans l'État de reconnaissance afin de faire valoir des créances nées uniquement du droit du travail de l'État de reconnaissance pour la protection des employés dans l'État de reconnaissance. Ayant soupesé les intérêts des parties intéressées, le tribunal a modifié l'arrêt en vertu de l'article 22-3, dans le but spécifique de préserver ces créances, notant qu'il serait déraisonnable d'exiger des requérants qu'ils demandent l'aménagement de l'arrêt dans l'État d'origine compte tenu de la nature des créances²³.

Notes

¹ La législation incorporant la LTI en République de Corée (loi sur la faillite et le redressement des débiteurs de 2005) ne comprend pas l'article 22 de la LTI. Elle comporte toutefois l'équivalent de l'article 21-2 (art. 636-2 de la loi) et le tribunal a examiné les mesures de protection auxquelles les créanciers pouvaient prétendre avant de rendre une décision de rapatriement des actifs en vertu de cet article : (2014) GOOKJI 1 (26 mai 2014), Tribunal de district central de Séoul. De même, la loi japonaise sur la reconnaissance et l'assistance relatives aux procédures d'insolvabilité étrangères ne contient pas d'équivalent de l'article 22, mais prévoit que les créanciers soient protégés de manière adéquate par le biais du contrôle exercé par les tribunaux et des jugements que rendent ces derniers.

² Guide pour l'incorporation [par. 161 à 167].

³ *États-Unis* : SPhinX, Ltd., 351 B.R. 103, 113 (Bankr. S.D.N.Y. 2006) confirmé en appel 371 B.R. 10 (S.D.N.Y. 2007), CLOUT 768 ; *Australie* : Akers c. Saad Investments [2013] FCA 738 [par. 38], CLOUT 1332, confirmé en appel [2014] FCAFC 57, CLOUT 1332.

⁴ *États-Unis* : Cozumel Caribe, S.A. de C.V., 482 B.R. 96, 108 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1311, International Banking Corporation B.S.C. 439 B.R. 614, 626 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1317.

⁵ *Angleterre* : Picard (représentant étranger de Bernard Madoff Investment Securities LLC) c. FIM Advisers LLP [2010] EWHC 1299 [par. 22] (Ch).

⁶ *États-Unis* : International Banking Corporation, B.S.C., 439 B.R. 614, 626 (Bankr. S.D.N.Y. 2010) ; Cozumel Caribe, S.A. de C.V., 482 B.R. 96, 108 (Bankr. S.D.N.Y. 2012) ; Affaire Zhejiang Topoint Photovoltaic Co., Ltd. affaire n° 14-24549 (Bankr. D.N.J. 12 mai 2015) p. 3.

⁷ Voir Code des faillites des États-Unis, titre 11 de l'U.S.C. sect. 1522 (incorporant l'article 22 de la LTI). Le Code des faillites substitue l'expression « sufficient protection » (protection suffisante) à l'expression « adequate protection » (protection adéquate) qui est utilisée dans la version anglaise de la LTI ; en effet, l'expression « adequate protection » est utilisée ailleurs dans le Code. Les rédacteurs ont cherché à éviter d'importer le vaste corpus de jurisprudence interprétant la notion de « adequate protection » dans le chapitre 15, permettant ainsi le développement d'un recueil juridique distinct, conforme aux principes du droit international et favorisant l'uniformité, comme le prévoit l'article 8 de la LTI.

⁸ *États-Unis* : Tri-Continental Exchange, Ltd., 349 B.R. 627, 637 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766 cité dans Sivec SRL, 476 B.R. 310, 323 (Bankr. E.D. Okla. 2012), CLOUT 1312 ; Jaffé c. Samsung Electronics Co., Ltd., 737 F.3d 14, 29 (4^e circuit 2013), CLOUT 1337 – la cour d'appel a estimé que le tribunal de district avait correctement interprété l'obligation de protection suffisante de l'article 1522 a) comme exigeant une analyse qui permette de prendre en compte de manière équilibrée les « intérêts des créanciers et des autres entités intéressées, y compris le débiteur » [titre 11 de l'U.S.C. sect. 1522 a)] et, en l'espèce en particulier, de confronter les intérêts qu'aurait le représentant étranger (le débiteur) à se voir accorder la mesure demandée avec les intérêts concurrents de ceux qui seraient lésés par l'octroi de cette mesure (en l'occurrence, les détenteurs de licences). Elle est aussi convenue que l'article 1506 constituait une protection supplémentaire et plus générale des intérêts des États-Unis, susceptibles d'être évalués indépendamment de l'analyse particulière à mener en vertu de l'article 1522 a).

⁹ *États-Unis* : Vitro S.A.B. de C.V., 701 F.3d 1031, 1060 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310 – la cour d'appel a déclaré que le tribunal des faillites n'avait pas abusé de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il avait estimé que le plan de redressement étranger ne prévoyait pas un équilibre approprié entre les intérêts du débiteur, de ses créanciers et de certains garants en vertu des articles 21 et 22 et qu'il n'offrait donc pas aux créanciers la « protection suffisante » qu'exigeait spécifiquement l'article 21 ; AJW Offshore, Ltd., 488 B.R. 551, 561 (Bankr. E.D.N.Y. 2013) – le tribunal a déclaré qu'il était inutile d'accompagner l'octroi de la mesure demandée (relative à la réalisation et à l'administration de biens aux États-Unis) d'une quelconque mesure de protection au titre de l'article 22 ; en effet, les représentants étrangers s'étaient vu accorder des pouvoirs étendus dans la procédure étrangère et aucune demande de transfert des biens situés aux États-Unis n'avait été formulée.

¹⁰ *États-Unis* : Jaffé c. Samsung Electronics Co., Ltd., 737 F.3d 14, 27 (4^e circuit 2013), CLOUT 1337.

¹¹ *Australie* : Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 [par. 139] – le tribunal a cité une affaire antérieure (Debis Financial Services (Aust) Pty Limited c. Allied Bellambi Collieries Pty Limited [1999] NSWSC 935 [par. 14] ; 17 ACLC 1636), dans laquelle le tribunal avait examiné la signification de l'expression « adequate protection » et avait précisé que l'adjectif « adequate » comportait une notion de relativité. Le dictionnaire Macquarie le définissait comme suit : « equal to the requirement or occasion; fully sufficient, suitable, or fit [...] » (adapté à l'exigence ou à l'occasion donnée ; pleinement suffisant, approprié ou congru [...]). Autrement dit, il fallait que le tribunal veille à une protection adéquate ou appropriée au vu des circonstances du moment, et non à une protection absolue ou complète en toutes circonstances. Le tribunal avait également examiné l'examen mené dans l'affaire Atlas Shipping A/S, 404 B.R. 726, 740 (Bankr. S.D.N.Y., 2009), CLOUT 1277.

¹² *États-Unis* : SNP Boat Service S.A. c. Hotel Le St. James, 483 B.R. 776, 786 (S.D. Fla. 2012), CLOUT 1314.

¹³ *États-Unis* : Atlas Shipping A/S, 404 B.R. 726, 740 (Bankr. S.D.N.Y., 2009), CLOUT 1277 citant Artimm S.r.L. 335 B.R. 149, 160 (Bankr. C.d. Cal 2005) [analysant le concept en vertu de l'article 304 c) de l'ancien Code, mais notant que l'analyse serait « essentiellement identique » en vertu du Code des faillites des États-Unis, 11 U.S.C. sect. 1521 b)].

¹⁴ *Australie* : Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 [par. 128 à 138] – le tribunal a ensuite dit que le principe le plus éclairant était la notion de traitement équitable et égalitaire des créanciers et de répartition *pari passu* des actifs du débiteur.

¹⁵ *États-Unis* : Daebio Int'l Shipping Co., Ltd., 543 B.R. 47, 54 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1626.

¹⁶ *Australie* : Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 – le tribunal a considéré que l'article 22-1 donnait à la juridiction locale compétence pour rendre des décisions permettant que les obligations en matière de fiscalité et les pénalités soient acquittées sur les actifs du débiteur détenus par ce dernier ou par un représentant étranger désigné en vertu des articles 19 ou 21 avant que ces actifs ne soient délocalisés et transférés vers le centre des intérêts principaux du débiteur ou ailleurs sur les ordres du représentant étranger.

¹⁷ *États-Unis* : Lee, 472 B.R. 156, 182 (Bankr. D. Mass. 2012)], le représentant étranger a témoigné qu'il lui appartenait, au titre de la législation étrangère, de prendre possession des biens en question, et qu'il était habilité à intervenir, en vue de protéger et de maximiser la valeur des biens et d'assurer le respect des restrictions applicables à leur transfert. Le tribunal a estimé que le représentant étranger s'était acquitté de la charge de prouver que les créanciers et le débiteur seraient suffisamment protégés si l'ordonnance de remise de biens était accordée, et que les débiteurs ne s'étaient pas acquittés de la charge ultime d'établir l'absence de protection suffisante.

¹⁸ *États-Unis* : Sivec SRL, 476 B.R. 310, 328 et 329 (Bankr. E.D. Okla. 2011), CLOUT 1312.

¹⁹ *États-Unis* : Cozumel Caribe, S.A. de C.V., 482 B.R. 96, 111 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1311.

²⁰ *États-Unis* : Energy Coal S.P.A., 582 B.R. 619 (Bankr. D. Del. 2 janvier 2018) [par. 28].

²¹ *États-Unis* : Tri-Continental Exchange Ltd., 349 B.R. 627, 636 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766 ; Millard 501 B.R. 644 – le tribunal a déclaré qu'il ne semblait pas y avoir d'affaire [...] où un représentant étranger aurait été tenu de déposer une caution (en l'occurrence en faveur d'une autorité fiscale étrangère dont les représentants étrangers cherchaient à contester le jugement par défaut de 18 millions de dollars) pour obtenir la reconnaissance ou pour bénéficier des fruits de la reconnaissance et, par conséquent, il a refusé de trancher dans ce sens. On peut noter que le Code des faillites des États-Unis, 11 U.S.C. sect. 1522 (b) (qui incorpore l'article 22 de la LTI), ajoute les mots « y compris la constitution d'une sûreté ou le dépôt d'une caution » au libellé de l'article 22-2, tel que rédigé à l'origine.

²² *Australie* : Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 [par. 60 et 80] – le tribunal a noté que cet effet, s'il devait se produire, proviendrait des résultats d'une demande au titre de l'article 20-2.

²³ *États-Unis* : Sanjel (USA) Inc. (Bankr. W.D. Tex. 28 juillet 2016), CLOUT 1623.

Article 23. Actions visant à annuler les actes préjudiciables aux créanciers

1. Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, le représentant étranger a capacité pour engager [indiquer les types d'actions que peut engager une personne ou un organe administrant un redressement ou une liquidation dans le présent État pour annuler ou rendre sans effet de toute autre manière les actes préjudiciables aux créanciers].

2. Lorsque la procédure étrangère est une procédure étrangère non principale, le tribunal doit s'assurer que l'action se rapporte à des biens qui, en vertu de la loi du présent État, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 23 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 210 à 216] et de sa quarante-sixième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*] [par. 197]. Voir également les comptes rendus analytiques de la trentième session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).

2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :

a) À la LTI : A/CN.9/433 [par. 134] ; A/CN.9/435 [par. 62 à 66] ;

b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 86 à 88] ; A/CN.9/442, [par. 165 à 167] ;

c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/742 [par. 66] ; A/CN.9/763 [par. 61] ; A/CN.9/766 [par. 50].

3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 203].

INTRODUCTION¹

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 200 à 203]² et le Point de vue du juge [par. 183 à 186] notent que l'article 23 a pour objet de prévoir que, dès qu'il y a reconnaissance, le représentant étranger a capacité pour engager des actions en vertu de la loi de l'État adoptant en vue d'annuler ou rendre sans effet de toute autre manière les actes préjudiciables aux créanciers. Cette disposition a une portée restreinte dans la mesure où elle ne crée aucun droit substantiel concernant de telles actions et n'offre aucune solution pour ce qui est des conflits de lois ; la LTI ne régit pas le droit d'un représentant étranger d'engager

une telle action dans l'État adoptant en vertu du droit de l'État où a lieu la procédure étrangère. Par conséquent, il n'est pas interdit au représentant étranger d'introduire de telles actions au seul motif qu'il n'est pas le représentant de l'insolvabilité nommé dans l'État adoptant. Selon le paragraphe 2, le tribunal doit examiner la question de savoir si l'action qui doit être engagée en vertu de l'article 23 se rapporte à des biens qui devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 203]³ note également que si l'octroi de la capacité visée à l'article 23 peut poser des difficultés, le droit d'engager de telles actions est jugé essentiel pour protéger l'intégrité des biens du débiteur et constitue souvent le seul moyen réaliste d'assurer cette protection.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 23

2. Un tribunal a estimé que l'article 23, qui se contentait de donner qualité au représentant étranger, n'abordait pas la question du choix de la loi et du for. Il ne créait pas ni n'établissait aucun droit légal d'annulation, et ne créait pas ni n'impliquait aucune règle juridique concernant le choix de la loi applicable à l'annulation d'un transfert d'obligation⁴. Toutefois, dans une décision rendue en appel, le tribunal a jugé que cette restriction ne s'appliquait pas à l'engagement, par le représentant étranger, d'une action en annulation qu'il était susceptible d'engager en vertu de la loi de l'État dans lequel la procédure étrangère était en cours⁵.

3. Dans un État dans lequel les tribunaux accordant la reconnaissance ordonnent généralement que le représentant étranger ait les mêmes pouvoirs que s'il avait été nommé liquidateur de la société débitrice en vertu de la loi locale pertinente, le représentant étranger aurait donc, conformément à l'article 23 de la LTI, qualité pour engager des actions visant à annuler ou à rendre sans effet les actes préjudiciables aux créanciers de la société débitrice que la personne nommée comme liquidateur de la société est susceptible d'effectuer dans l'État concerné en vertu de la législation locale⁶.

Notes

¹ Il convient de noter que l'article 23 n'a pas été adopté en République de Corée. Le Code des faillites des États-Unis, titre 11 de l'U.S.C., sect. 1523 (qui incorpore l'article 23 de la LTI) a modifié l'article 23 pour tenir compte du principe selon lequel les dispositions d'annulation du Code des faillites devaient uniquement être accessibles à un représentant étranger dans le cadre d'une procédure complète lors de laquelle le tribunal avait pu pleinement examiner les questions pertinentes relatives au choix de la loi. Voir également le titre 11 de l'U.S.C., sect. 1521 (a) (7) (qui incorpore l'article 21 de la LTI), qui interdit à un représentant étranger d'utiliser les dispositions d'annulation énumérées dans la section ; une telle action peut uniquement être engagée si une procédure complète de faillite est engagée en vertu d'un autre chapitre du Code. Voir le Point de vue du juge (2014) [par. 186]. Pour cette raison, il a été estimé que l'on ne pouvait se fonder sur l'article 23 de la LTI pour interpréter la législation des États-Unis : O'Sullivan c. Loy (*In re Loy*), 432 B.R. 551 (E.D. Va. 2010).

² Guide pour l'incorporation [par. 165 à 167].

³ Guide pour l'incorporation [par. 167].

⁴ *États-Unis* : Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (*In re Condor Ins. Ltd.*), 601 F.3d 319, 325 (5^e circuit 2010), CLOUT 1006. En jugeant qu'une action en annulation pouvait être engagée en vertu d'une loi étrangère, le tribunal a déclaré, à la page 327, que « l'application d'une loi étrangère en matière d'annulation [...] soul[evait] moins de questions relatives au choix de la loi, car le tribunal n'[était] pas tenu de créer une masse de faillite distincte ». Voir également Massa Falida do Ban Cruzeiro do Sul S.A., 567 B.R. 212 (Bankr. S.D.Fla. 2018).

⁵ *Ibid.*, *États-Unis* : Fogerty 324 – la cour d'appel a déclaré que « si le Congrès avait souhaité interdire toutes les actions en annulation, quelle que soit leur source, il aurait pu l'indiquer, mais il ne l'avait pas fait ». Avant cette décision rendue en appel, une interprétation similaire avait été approuvée dans l'affaire Atlas Shipping A/S, 404 B.R. 726, 744 (Bankr. S.D.N.Y. 2009), CLOUT 1277, dans laquelle le tribunal avait jugé que les saisies maritimes obtenues après le dépôt de la demande d'insolvabilité étrangère, mais avant la présentation de la demande au titre du chapitre 15, étaient nulles en vertu du droit des États-Unis [citant Cunard Steamship Co. Ltd. c. Salen Reefer Svcs. AB., 773 F.2d 452, 460 (2^e circuit 1985)]. Il a ordonné la remise des fonds au tribunal étranger au Danemark et indiqué qu'il appartenait à ce dernier de se prononcer sur l'annulabilité des saisies postérieures au dépôt. Le tribunal américain était parvenu à la conclusion que la décision rendue par le tribunal dans l'affaire Condor Insurance était discutable : la conclusion selon laquelle il était interdit à un représentant étranger d'introduire une action en annulation en se fondant sur un droit étranger n'était « étayée par aucun élément dans l'historique législatif » du chapitre 15. Dans une autre décision concernant des saisies maritimes, CSL Australia Pty. Ltd. c. Britannia Bulk A/S, affaire n° 08-15187 (S.D.N.Y. 8 septembre 2009), la procédure étrangère avait été reconnue et le tribunal américain compétent pour connaître de la procédure maritime a annulé la saisie et ordonné que les fonds soient remis à l'Australie afin que le tribunal australien puisse déterminer si la saisie était valable ou annulable selon le droit australien. Dans l'affaire International Banking Corporation B.S.C., 439 B.R. 614, 628 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1317, le tribunal a refusé de libérer des fonds dans le cas d'une saisie menée à bien avant l'ouverture de la procédure étrangère à Bahreïn. Afin de protéger les intérêts des créanciers américains, il a jugé que la saisie ne serait pas annulée tant que le tribunal bahreïni n'aurait pas rendu certaines décisions, et se serait notamment prononcé sur l'annulabilité de la saisie et de toute sûreté constituée ; voir également Awal Bank, BSC c. HSBC Bank United States, 455 B.R. 73 (Bankr. S.D.N.Y. 2011).

⁶ *Australie* : Wild c. Coin Co International PLC [2015] FCA 354 [par. 71 à 73], CLOUT 1473 – le tribunal a également indiqué qu'aucune disposition de l'article 21-1 g) ou de l'article 23 de la LTI ne l'autorisait à rendre une décision précisant la date du début de l'administration en Australie (afin de calculer la date à retenir aux fins de l'engagement d'actions en annulation en vertu de l'article 23) à un stade où aucune action de ce type n'avait été engagée. Le tribunal a estimé qu'une telle décision affecterait les droits des parties qui n'avaient pas eu l'occasion d'être entendues ; voir également King (Trustee), dans l'affaire Zetta Jet Pte Ltd. c. Linkage Access Limited [2018] FCA 1979, CLOUT 1818 – le tribunal a déclaré que l'article 23 de la LTI se contentait d'énoncer une règle relative à la qualité procédurale et ne modifiait pas le droit matériel de l'Australie. Par conséquent, l'article 23 ne créait aucune cause d'action que le représentant étranger pourrait faire valoir si d'autres lois internes ne donnaient pas compétence au tribunal.

*Article 24. Intervention du représentant étranger dans les procédures
ouvertes dans le présent État*

Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, le représentant étranger peut, si les conditions prévues par la loi du présent État sont réunies, intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur est partie.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 24 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 117 à 123]. Voir également les comptes rendus analytiques de la trentième session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/422 [par. 148 et 149] ; A/CN.9/433, [par. 51, 58] ; A/CN.9/435 [par. 79 à 84] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 89 et 90] ; A/CN.9/442, [par. 168 à 172] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/763 [par. 62] ; A/CN.9/766 [par. 51].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 208].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 204 à 208]¹ explique que l'article 24 a pour objet d'éviter que le représentant étranger, dans une procédure principale ou non principale, se voie dénier la capacité « d'intervenir » dans une procédure du simple fait que la législation procédurale peut ne pas l'avoir inclus parmi les personnes ayant cette capacité. Il précise également que le mot « intervenir » dans le contexte de l'article 24 vise les cas où le représentant étranger intervient devant le tribunal et présente ses arguments dans la procédure, qu'il s'agisse d'actions individuelles ou d'autres types de procédures engagées par le débiteur à l'encontre d'un tiers ou par un tiers à l'encontre du débiteur. Les procédures dans lesquelles le représentant étranger est susceptible d'intervenir sont celles qui n'ont pas été suspendues ou interdites en vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 20 ou de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 21. L'article précise que les conditions de la législation locale demeurent applicables. L'intervention dans une procédure individuelle au titre de l'article 24 se distingue de la participation à une procédure collective au titre de l'article 12.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 24

2. La jurisprudence confirme le droit du représentant étranger d'intervenir dans une procédure à laquelle le débiteur est partie une fois la procédure étrangère reconnue².

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 168 à 172].

² Les affaires tranchées aux États-Unis qui mentionnent l'octroi de ce pouvoir en vertu de l'article 24 de la LTI ont tendance à soulever des questions d'interprétation de l'article 1509 (incorporant l'article 9 de la LTI) du Code des faillites des États-Unis, titre 11 de l'U.S.C., qui a une portée plus étendue que l'article 9 de la LTI, par exemple, *CT Inv. Mgmt. Co., LLC c. Carbonell*, 10 Civ. 6872 (S.D.N.Y. 6 janvier 2012) ; *Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (In re Condor Ins. Ltd.)*, 601 F.3d 319 (5^e circuit 2010), CLOUT 1006 ; *Reserve Int'l Liquidity Fund, Ltd. c. Caxton Int'l Ltd.*, 09 Civ. 9021 (S.D.N.Y. 2010) ; *États-Unis c. J.A. Jones Constr. Group, LLC*, 333 B.R. 637 (E.D.N.Y. 2005), CLOUT 763.

Chapitre IV. Coopération avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers

Article 25. Coopération et communication directe entre le tribunal du présent État et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers

1. En ce qui concerne les questions visées à l'article premier, le tribunal coopère dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un(e) [insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant].
2. Le tribunal est habilité à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, ou à leur demander directement des informations ou une assistance.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs au chapitre IV sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 124 à 129]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/419 [par. 75, 76, 80 à 83 et 118 à 133] ; A/CN.9/422 [par. 129 à 143] ; A/CN.9/433, [par. 164 à 172] ; A/CN.9/435 [par. 85 à 94] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 91 à 95] ; A/CN.9/442, [par. 173 à 183] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/742 [par. 67 et 68] ; A/CN.9/763 [par. 6] ; A/CN.9/766 [par. 52].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 223].

INTRODUCTION¹

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 209 à 223]² indique que l'absence d'un cadre législatif, ou les incertitudes quant à la portée des pouvoirs législatifs à l'appui de la coopération et de la coordination ont pour conséquence de limiter très souvent la coopération et la coordination entre juges de différentes juridictions dans les cas d'insolvabilité internationale. Le chapitre IV vise

spécifiquement à prévoir ces pouvoirs, tout en laissant aux tribunaux et aux représentants de l'insolvabilité le soin de déterminer quand et comment coopérer. Cette coopération n'est pas subordonnée à une décision formelle de reconnaissance de la procédure étrangère. L'accent mis sur la communication directe (art. 25, par. 2) vise à éviter le recours aux longues procédures traditionnellement suivies, telles que les commissions rogatoires. L'article 26 reflète le rôle important que peuvent jouer les représentants de l'insolvabilité dans la conception et l'exécution d'arrangements de coopération, dans les limites de leur autorité. L'article 27 fournit une liste indicative des formes de coopération autorisées par les articles 25 et 26. Le Guide pratique³ développe les formes de coopération mentionnées à l'article 27 et réunit des données pratiques et concrètes sur l'utilisation d'accords concernant la coordination des procédures en vertu de l'alinéa d, qui sont désignés dans le Guide pratique par l'expression « accords ou protocoles de coopération internationale ».

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 25

2. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 212] indique que la coopération n'est pas subordonnée à une décision formelle de reconnaissance⁴. Rares sont les affaires qui traitent de cette situation, mais dans l'une d'entre elles, le tribunal a confirmé que dans les cas où la procédure étrangère n'était pas susceptible d'être reconnue, les articles 25 et 26 n'entendaient pas limiter la compétence que pourrait autrement avoir le tribunal en matière d'octroi d'une assistance⁵.

3. Pour que l'article 25 s'applique, un tribunal a déclaré qu'il devait y avoir un « représentant étranger » d'une « procédure étrangère » (peu importe qu'elle soit principale ou non), tels que ces termes étaient définis à l'article 2⁶. Il a été indiqué que l'article 25 envisageait une certaine forme de collaboration, d'entreprise commune ou d'action parallèle ou complémentaire convenue entre deux

ou plusieurs tribunaux, en rapport avec l'exercice de la compétence indépendante de chacun, dans le cadre de la législation des États concernés, et ne prévoyait pas qu'un État devrait ignorer des dispositions importantes de son propre système juridique⁷. Les formes de coopération énumérées à l'article 27 confortaient cette interprétation. Selon ce tribunal, il n'était pas possible de penser qu'un tribunal pouvait « coopérer » avec un autre sans que celui-ci en soit informé⁸. En outre, le fait d'accorder les mesures demandées par un représentant étranger ou d'instruire et de juger une affaire introduite par celui-ci ne relevait pas d'une coopération avec ce représentant étranger au titre du chapitre IV ; l'article 25 ne prévoyait pas un moyen de contourner les articles 19 et 21⁹.

4. Il a été estimé que la coopération au titre de l'article 25 était principalement de nature administrative et n'exigerait pas du tribunal qu'il refuse tout type de modification d'une ordonnance de reconnaissance déjà rendue¹⁰, ou n'empêcherait pas un tribunal de prendre en compte les questions relatives à la protection des créanciers locaux au moment de rendre une décision en vertu des articles 20-2 ou 22-3¹¹.

5. Il a également été estimé que les objectifs des articles 25 et 27 seraient promus par l'approbation d'un accord de règlement qui résoudrait les questions de la procédure de reconnaissance, de la procédure étrangère et des créances et problèmes opposant les parties¹². Ces objectifs seraient également promus si le tribunal ne se mettait pas en position d'entraver le déroulement de la procédure principale, principal moyen par lequel on prévoyait d'assurer la répartition des fonds entre tous les créanciers (y compris ceux de l'État ayant accordé la reconnaissance).¹³

ARTICLE 25, PARAGRAPHE 2

6. Des conditions locales peuvent s'appliquer aux modalités de la communication entre les tribunaux¹⁴. Les tribunaux peuvent hésiter à communiquer si cette communication peut être considérée, par exemple, comme influençant la décision du tribunal étranger sur certains points ou bafouant le principe de la courtoisie internationale, qui est basé sur la courtoisie réciproque et le respect mutuel, ou comme constituant une ingérence abusive¹⁵. Des craintes particulières peuvent se faire jour lorsqu'une demande a été faite *ex parte* et que les parties intéressées n'ont pas toutes été entendues¹⁶.

Notes

¹ Il convient de noter que dans la législation de certains États, par exemple de la Grande-Bretagne, on a remplacé le verbe « coopère » au présent, figurant à l'article 25 de la LTI, par les mots « peut coopérer », qui confèrent un pouvoir discrétionnaire : Règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (Cross Border Insolvency Regulations), annexe 1, art. 25.

² Guide pour l'incorporation [173 à 178, 179 et 180].

³ Guide pratique [art. 27, par. 1 à 21] ; voir également le Point de vue du juge [par. 187 à 204].

⁴ Guide pour l'incorporation [par. 177].

⁵ Voir *Australie* : Gainsford, dans l'affaire Tannenbaum c. Tannenbaum (2012) FCA 904 [par. 55], CLOUT 1214.

⁶ *Australie* : Chow Cho Poon (Private) Limited [2011] NSWSC 300 [par. 33 à 37], CLOUT 1218.

⁷ Ibid, *Australie* : Chow Cho Poon [par. 57] citant Rubin c. Eurofinance SA [2009] EWHC 2129 (Ch) [par. 71] ; *République de Corée* : (2014) GOOKJI 1 (26 mai 2014), suite à la reconnaissance de la procédure étrangère dans l'affaire (2014) GOOKSEUNG 1 (8 mai 2014), le tribunal de district central de Séoul a nommé le représentant étranger en tant qu'« administrateur de l'insolvabilité internationale » (un rôle qui n'existe pas dans la LTI), qui a ensuite cherché à rapatrier aux États-Unis le produit de la vente des biens immobiliers du débiteur situés en République de Corée. Dans la première affaire tranchée par les tribunaux de la République de Corée sur le fondement de l'article 25 de la LTI (loi sur la faillite et le redressement des débiteurs, sect. 641), le tribunal a activement coopéré avec le tribunal d'origine (Eastern District of Virginia, États-Unis) et a fait droit à la demande après s'être assuré que les créanciers coréens seraient protégés (la loi sur la faillite et le redressement des débiteurs ne comprend pas d'équivalent de l'article 22 de la LTI) et se verraient offrir les mêmes possibilités de participation à la procédure américaine que les créanciers américains.

⁸ Ibid., *Australie* : Chow Cho Poon [par. 59].

⁹ Ibid., *Australie* : Chow Cho Poon [par. 65].

¹⁰ *Australie* : Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 [par. 153], CLOUT 1332.

¹¹ Ibid., *Australie* : Chow Cho Poon [par. 156].

¹² *États-Unis* : Grand Prix Assocs, affaire n° 09-16545 (Bankr. D.N.J. 26 juin 2009).

¹³ *États-Unis* : Tri-Continental Exchange, Ltd. 349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006) [CLOUT 766].

¹⁴ *Australie* : Lehman Brothers Australia Limited [Parbery ; dans l'affaire Lehman Brothers Australia Limited (en liq.) [2011] FCA 1449 [par. 59 et 62], CLOUT 1215 – le tribunal a fait remarquer que la coopération entre le tribunal australien et tout tribunal étranger intervenait généralement dans un cadre ou en application d'un protocole qui avait été préalablement approuvé par le tribunal et était connu des parties à la procédure en cause [conformément à une note pratique de la Cour fédérale]. Ce protocole devrait prévoir la notification des communications qu'il serait proposé de fournir aux parties directement concernées.

¹⁵ *Angleterre* : Perpetual Trustee Corp. Limited [2009] EWHC 2953.

¹⁶ *Australie* : Parbery ; dans l'affaire Lehman Brothers Australia Limited [2011] FCA 1449 [par. 53, 59 et 62], CLOUT 1215.

*Article 26. Coopération et communication directe entre le
[insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement
ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant] et les tribunaux
étrangers ou les représentants étrangers*

1. En ce qui concerne les questions visées à l'article premier, un(e) *[insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant]*, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, coopère dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers.

2. Dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, le (la) *[insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant]* est habilité(e) à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Voir plus haut les références mentionnées en relation avec l'article 25.

INTRODUCTION

Voir plus haut l'introduction relative à l'article 25.

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 26

1. Si aucune affaire portant expressément sur l'interprétation de l'article 26 n'a été signalée, un tribunal a noté que puisque la LTI, telle qu'elle avait été incorporée dans le droit national, ne visait pas à limiter la compétence du tribunal d'offrir une assistance aux tribunaux d'autres pays [art. 8, 25 et 26], le tribunal pouvait accorder les mesures demandées en vertu d'une autre loi, même s'il était dans l'incapacité de reconnaître la procédure étrangère en vertu de la LTI¹.

Note

¹ Voir *Australie* : Gainsford, dans l'affaire Tannenbaum c. Tannenbaum (2012) FCA 904, CLOUT 1214.

Article 27. Formes de la coopération

La coopération visée aux articles 25 et 26 peut être assurée par tout moyen approprié, notamment :

- a) La nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du tribunal ;
- b) La communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal ;
- c) La coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du débiteur ;
- d) L'approbation ou l'application par les tribunaux des accords concernant la coordination des procédures ;
- e) La coordination des procédures concurrentes concernant le même débiteur ;
- f) [L'État adoptant voudra peut-être énumérer des formes supplémentaires ou des exemples de coopération].

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Voir plus haut les références mentionnées en relation avec l'article 25.

INTRODUCTION

Voir plus haut l'introduction relative à l'article 25.

**RÉFÉRENCES SUPPLÉMENTAIRES RELATIVES
À L'ARTICLE 27**

1. Le Guide pratique aborde les différents alinéas de l'article 27. Voir le chapitre II [par. 2 et 3] sur l'alinéa *a* ; [par. 4 à 10] sur l'alinéa *b* ; [par. 11] sur l'alinéa *c* ; [par. 12 et 13] sur l'alinéa *d* ; [par. 14 à 16] sur l'alinéa *e* ; et [par. 18 à 21] sur l'alinéa *f* ; et le chapitre III [par. 148 à 181].

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 27

2. Un tribunal a estimé qu'il ressortait des formes de coopération mentionnées à l'article 27 que la LTI envisageait une coopération pratique et une communication dans le cadre de la loi des deux États, mais ne prévoyait pas que l'un des États ne devrait pas tenir compte des dispositions

importantes de son propre système juridique¹. On notera que les types de coopération visés à l'article 27 prévoient la coordination des procédures, et non l'assimilation d'une procédure engagée dans un pays à une procédure dans l'autre pays.² Il a été jugé que l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal étranger directement dans l'État requis ne relevait pas de la coopération au sens de l'article 27 ; le tribunal requis a déclaré que l'on aurait utilisé des termes beaucoup plus clairs si telle avait été l'intention sous-tendant ces dispositions³.

3. Dans une affaire impliquant un protocole de coopération, le représentant étranger devait demander la reconnaissance de ce qu'il avait été convenu de considérer comme la procédure étrangère principale, et un administrateur nommé au niveau local devait exercer, dans l'État accordant la reconnaissance, les pouvoirs octroyés au représentant étranger par le tribunal étranger, pour autant qu'il agisse de bonne foi et en collaboration avec le représentant étranger. Le tribunal a indiqué que, même s'il était très inhabituel que la procédure étrangère principale ne dirige pas la restructuration de la filiale locale, il hésitait à rompre l'équilibre trouvé dans le protocole de coopération, et il a donc déclaré que la procédure étrangère constituait la procédure principale⁴.

Notes

¹ *Australie* : Chow Cho Poon (Private Limited) [2011] NSWSC 300 [par. 57], CLOUT 1218 citant *Angleterre* : Rubin c. Eurofinance SA [2009] EWHC 2129 (Ch) [par. 71], CLOUT 1270.

² *Angleterre* : Rubin c. Eurofinance SA [2009] EWHC 2129 (Ch) [par. 71], confirmé par [2012] UKSC 46, CLOUT 1270.

³ *Angleterre* : Rubin c. Eurofinance SA [2012] UKSC 46, CLOUT 1270 – la Cour suprême a rejeté l'avis (pas une conclusion) de la Cour d'appel [2010] EWCA Civ 895 [par. 31] selon lequel la coopération « dans toute la mesure possible » devait sûrement englober l'exécution d'un jugement, même si celle-ci n'était pas expressément mentionnée dans la LTI ou le Guide pour l'incorporation. La Cour suprême a déclaré que rien dans les articles 21, 25 et 27 ne laissait entendre que ceux-ci s'appliquaient à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers à l'encontre de tiers. Voir de manière générale la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (2018).

⁴ *Canada* : Urbancorp Toronto Management Inc., 2016 CarswellOnt 8410, 37 C.B.R. (6th) 44, 2016 ONSC 3288 [par. 27 à 32] (Ont. S.C.J. [Rôle commercial]).

Chapitre V. Procédures concurrentes

*Article 28. Ouverture d'une procédure en vertu de
[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]
après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale*

Après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale, une procédure ne peut être ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] que si le débiteur a des biens dans le présent État ; les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur qui sont situés dans le présent État et, dans la mesure nécessaire pour donner effet aux mesures de coopération et de coordination visées aux articles 25, 26 et 27, aux autres biens du débiteur qui, en vertu de la loi du présent État, devraient être administrés dans cette procédure.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 28 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 94 à 101]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/422 [par. 192 à 197] ; A/CN.9/433, [par. 173 à 181] ; A/CN.9/435 [par. 180 à 183] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 96] ; A/CN.9/442, [par. 184 à 187] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/742 [par. 69] ; A/CN.9/763 [par. 64] ; A/CN.9/766 [par. 53].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 228].

INTRODUCTION¹

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation note que l'article 28 prévoit, conjointement avec l'article 29, que la reconnaissance d'une procédure étrangère principale n'empêche pas l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale visant le même débiteur, à condition que ce dernier ait des biens dans l'État en question^{2,3}. Si la procédure locale est habituellement limitée aux biens situés dans cet État, elle doit, dans certains cas, pour prendre tout son sens, englober certains biens situés à l'étranger, en particulier

lorsque aucune procédure étrangère n'est nécessaire ou disponible dans l'État où se trouvent lesdits biens. L'article 28 permet d'étendre les effets de la procédure engagée dans l'État adoptant, dans la mesure nécessaire, à d'autres biens du débiteur qui devraient être administrés dans cette procédure. Cette extension est soumise à deux restrictions : elle est autorisée dans la mesure nécessaire pour donner effet aux mesures de coopération et de coordination visées aux articles 25 à 27, et les biens étrangers doivent être administrés dans l'État adoptant en vertu de la loi de l'État adoptant. L'article 28 est également examiné dans le Point de vue du juge [par. 205 à 209].

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 28

2. Si l'article 28 étendait la compétence du tribunal à certains biens étrangers du débiteur en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure complète de faillite, un tribunal a indiqué qu'il n'étendait pas cette compétence au débiteur lui-même, confirmant ainsi la nature partagée et coopérative de la compétence à l'égard d'un débiteur qui était déjà soumis à la compétence d'au moins un tribunal étranger⁴. Dans une autre affaire, le tribunal a fait remarquer qu'en cas de procédures concurrentes, le tribunal local devait coopérer avec la procédure étrangère, mais que cela ne signifiait pas pour autant que ce tribunal ne pouvait pas engager de procédure locale. Il a dit qu'il ressortait clairement de la LTI que des procédures locales pouvaient être engagées indépendamment de l'existence de procédures étrangères non reconnues⁵.

3. Suite à la décharge du débiteur dans l'État d'origine, la procédure a été réouverte et la reconnaissance a été demandée. Une fois la procédure étrangère reconnue, une procédure locale a été engagée dans l'État ayant accordé la reconnaissance pour permettre à un créancier local de faire valoir sa créance. En appel, le tribunal a estimé que la procédure locale avait été engagée dans les règles dans

l'État ayant accordé la reconnaissance, au motif que les mesures susceptibles d'être accordées une fois la procédure étrangère reconnue fournissaient un appui procédural à cette procédure et ne pouvaient pas modifier substantiellement la créance du créancier. La reconnaissance d'une

décision de décharge allait au-delà de la portée des mesures disponibles au titre de la LTI, la créance du créancier n'avait pas été acquittée par la décision de décharge étrangère et le créancier était donc fondé à engager une procédure locale⁶.

Notes

¹ *Mexique* : La législation incorporant la LTI dans le droit interne, la loi de 2000 relative aux faillites commerciales (*Ley de concursos mercantiles*), comprend deux dispositions (art. 293 et 294) ne figurant pas dans la LTI qui exigent que, lorsque le débiteur a un établissement au Mexique, une procédure d'insolvabilité doive être engagée à son encontre au Mexique pour qu'une procédure étrangère le concernant puisse être reconnue. Un tribunal a indiqué que cette exigence était cohérente et conforme au principe d'égalité des créanciers nationaux et étrangers ; si une telle procédure n'était pas engagée, il y aurait un risque que les créanciers mexicains ne soient pas entendus dans la procédure étrangère et que le débiteur rembourse uniquement les créanciers étrangers : affaire n° 171137, loi relative aux faillites commerciales. Conditions de la reconnaissance de procédures étrangères au Mexique. Neuvième période. Tribunaux collégiaux de circuit, Hebdomadaire judiciaire fédéral, vol. XXVI, octobre 2007, p. 3210 (précédent : I.11o.C.176C).

² Guide pour l'incorporation [par. 184 à 187].

³ *États-Unis* : Toft, 453 B.R. 186, 192 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1209 – le tribunal a indiqué que le fait que l'article 28 envisageait uniquement l'ouverture d'une procédure locale après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale lorsque le débiteur avait des actifs laissait entendre que la LTI n'exigeait pas l'existence de biens en relation avec une demande de reconnaissance.

⁴ *États-Unis* : JSC BTA Bank, 434 B.R. 334, 343 et 344 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1211.

⁵ *Australie* : Bank of Western Australia c. Henderson (n° 3) [2011] FMCA 840 [12, 17, 19], CLOUT 1216.

⁶ *République de Corée* : (2006) GOOKSEUNG 1 (22 janvier 2007), Tribunal de district central de Séoul, CLOUT 1002 ; (2007) GOOKSEUNG 2 (12 février 2008), Tribunal de district central de Séoul ; (2008) HAHAP 20 (28 août 2008), Tribunal de district central de Séoul ; RA 1524, Haute Cour de Séoul, CLOUT 1000 ; (2009) Ma 1600 (25 mars 2010), Cour suprême de Corée. Voir également *Japon* : Azabu Building Company Ltd, affaire n° (shou) 1 de 2006 ; affaire n° (mi) 5 de 2007, Tribunal de district de Tokyo, CLOUT 1478 – les effets d'une remise de dette dans la procédure étrangère ne peuvent être reconnus au Japon que si la remise satisfait aux conditions de reconnaissance des effets d'un jugement étranger visées à l'article 118 du Code de procédure civile.

*Article 29. Coordination d'une procédure ouverte en vertu de
[indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]
et d'une procédure étrangère*

Lorsqu'une procédure étrangère et une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] ont lieu concurrentement à l'encontre du même débiteur, le tribunal s'efforce d'assurer la coopération et la coordination visées aux articles 25, 26 et 27, aux conditions suivantes :

- a) Lorsque la procédure ouverte dans le présent État est en cours au moment où est introduite la demande de reconnaissance de la procédure étrangère,
 - i) Toute mesure prise en vertu des articles 19 ou 21 doit être conforme à la procédure ouverte dans le présent État ; et
 - ii) Si la procédure étrangère est reconnue dans le présent État en tant que procédure étrangère principale, l'article 20 ne s'applique pas ;
- b) Lorsque la procédure ouverte dans le présent État est entamée après la reconnaissance de la procédure étrangère ou après l'introduction de la demande de reconnaissance de ladite procédure,
 - i) Toute mesure prise en vertu des articles 19 ou 21 est réexaminée par le tribunal et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure ouverte dans le présent État ; et
 - ii) la procédure étrangère est une procédure étrangère principale, les mesures d'interdiction et de suspension visées au paragraphe 1 de l'article 20 sont modifiées ou levées conformément au paragraphe 2 de l'article 20 si elles ne sont pas conformes à la procédure ouverte dans le présent État ;
- c) Lorsqu'il octroie, prolonge ou modifie une mesure accordée au représentant d'une procédure étrangère non principale, le tribunal doit s'assurer que la mesure porte sur des biens qui, en vertu de la loi du présent État, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale, ou que la mesure a trait à des renseignements requis dans cette procédure.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 29 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 106 à 110]. Voir également les comptes rendus analytiques de la trentième session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/435, [par. 190 et 191] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/442 [par. 188 à 191] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/742 [par. 70] ; A/CN.9/766 [par. 53].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 232].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 229 à 232]¹ note que l'article 29 donne des indications au tribunal ayant à connaître d'affaires où le débiteur fait l'objet à la fois d'une procédure étrangère et d'une procédure locale. Le principe à retenir est que l'ouverture d'une procédure locale n'empêche pas ni ne fait cesser la reconnaissance d'une procédure étrangère, mais l'article 29 consacre la prééminence de la procédure locale sur la procédure étrangère, et ce, de plusieurs façons : *a*) toute mesure pouvant être accordée en faveur de la procédure étrangère doit être conforme à la procédure locale ; *b*) toute mesure qui a déjà été accordée en faveur de la procédure étrangère doit être réexaminée et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure locale ; *c*) si la procédure étrangère est une procédure principale, les effets automatiques découlant de l'article 20 doivent être modifiés ou levés s'ils ne sont pas conformes à la procédure locale ; et *d*) lorsqu'une procédure locale est en cours au moment où la procédure étrangère est reconnue comme procédure principale, la procédure étrangère ne bénéficie pas des effets automatiques de l'article 20. Le principe énoncé au paragraphe 3 de l'article 21, selon lequel une mesure accordée au représentant d'une procédure étrangère non principale doit être limitée aux biens qui devraient être administrés dans cette procédure non principale ou doit avoir trait à des renseignements requis dans cette procédure, est repris à l'alinéa *c* de l'article 29. L'article 29 est également examiné dans le Point de vue du juge [par. 210 à 213].

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 29

2. Dans une affaire dans laquelle le débiteur faisait déjà l'objet d'une procédure de liquidation locale lorsque le représentant étranger a demandé la reconnaissance d'une procédure étrangère, le tribunal a déclaré que l'alinéa *a* i de l'article 29 exigeait que la décision recherchée à travers la procédure de reconnaissance (à savoir la remise des fonds) soit conforme à la procédure de liquidation locale. Il a poursuivi en disant qu'il n'était pas nécessaire d'examiner le sens précis ou les limites de cette exigence car, dans les circonstances de l'espèce, il ne faisait aucun doute que la remise envisagée était compatible avec la liquidation².

3. Une autre affaire concernait la question de savoir si une ordonnance d'insolvabilité pouvait être rendue dans un État à l'encontre d'un débiteur qui faisait déjà l'objet d'une administration dans le cadre de l'insolvabilité dans un autre État, sans que la reconnaissance de cette administration n'ait été demandée. Le tribunal a dit qu'il ressortait clairement de la LTI que des procédures locales pouvaient être engagées indépendamment de l'existence de procédures étrangères non reconnues. Le tribunal a fait remarquer que l'article 29 exigeait que le représentant de l'insolvabilité étranger prenne des mesures ; il ne prévoyait pas de voie de droit pouvant être exercée par un créancier individuel. Si le représentant étranger refusait de prendre de telles mesures, le créancier individuel pouvait chercher à engager une procédure locale³.

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 188 à 191].

² *Angleterre* : Swissair Société anonyme suisse pour la navigation aérienne [2009] EWHC 2099 [par. 14] (Ch).

³ *Australie* : Bank of Western Australia c. Henderson (n° 3) [2011] FMCA 840 [par. 44], CLOUT 1216.

Article 30. Coordination de plusieurs procédures étrangères

Pour les questions visées à l'article premier, lorsque plusieurs procédures étrangères ont été ouvertes à l'encontre du même débiteur, le tribunal s'efforce d'assurer la coopération et la coordination visées aux articles 25, 26 et 27, aux conditions suivantes :

- a) Toute mesure accordée en vertu des articles 19 ou 21 au représentant d'une procédure étrangère non principale après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale doit être conforme à la procédure étrangère principale ;
- b) Si une procédure étrangère principale est reconnue après la reconnaissance d'une procédure étrangère non principale ou après l'introduction d'une demande de reconnaissance d'une telle procédure, toute mesure prise en vertu des articles 19 ou 21 est réexaminée par le tribunal et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure étrangère principale ;
- c) Si, après la reconnaissance d'une procédure étrangère non principale, une autre procédure étrangère non principale est reconnue, le tribunal accorde, modifie ou fait cesser les mesures accordées, dans le but de faciliter la coordination des procédures.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 30 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 111 et 112]. Voir également les comptes rendus analytiques de la trentième session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs au :
Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/442 [par. 192 et 193].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 234].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 233 et 234] note que l'objectif de l'article 30 est similaire à celui de l'article 29 en ce qu'il vise à favoriser la coopération à travers la coordination et la cohérence des

mesures accordées.¹ Il envisage les cas dans lesquels le débiteur fait l'objet de procédures d'insolvabilité dans plusieurs États étrangers et où les représentants étrangers de plus d'une procédure étrangère demandent la reconnaissance ou des mesures dans l'État adoptant. La disposition s'applique, qu'une procédure soit ou non en cours dans l'État adoptant. Si, en plus de deux procédures étrangères ou plus, il y a une procédure dans l'État adoptant, le tribunal doit se conformer aux articles 29 et 30. L'article 30 exige que toute mesure accordée en faveur d'une procédure étrangère non principale soit conforme à la procédure étrangère principale, accordant ainsi la préférence à la procédure étrangère principale, s'il y en a une. Lorsqu'il n'y a que des procédures étrangères non principales, les mesures accordées doivent être coordonnées. Les mesures accordées au titre de l'article 30 peuvent être levées ou modifiées afin d'assurer cette conformité. L'article 30 est également examiné dans le Point de vue du juge [par. 214 à 218].

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 30

2. L'article 30 a fait l'objet de très peu de jurisprudence. Dans une affaire, une demande de reconnaissance visait à assurer la coordination visée à l'article 30, mais étant donné qu'une seule procédure étrangère non principale avait été reconnue, le tribunal a refusé d'accorder les mesures demandées en vertu de l'article 30².

Notes

¹ Guide pour l'incorporation [par. 192 et 193].

² *États-Unis* : British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884 (Bankr. S.D. Fla. 2010), CLOUT 1005.

*Article 31. Présomption de l'insolvabilité du débiteur fondée
sur la reconnaissance d'une procédure étrangère principale*

Sauf preuve contraire, la reconnaissance d'une procédure étrangère principale atteste, aux fins de l'ouverture d'une procédure en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité], que le débiteur est insolvable.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 31 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 94 et 102 à 105]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/422 [par. 196] ; A/CN.9/433, [par. 173, 180 et 181] ; A/CN.9/435 [par. 180 et 184] ;
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 97] ; A/CN.9/442, [par. 194 à 197] ;
 - c) Au Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013) : A/CN.9/742 [par. 71] ; A/CN.9/766 [par. 53].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 238].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 235 à 238] explique que lorsque l'insolvabilité est une condition préalable à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'article 31 établit, après reconnaissance d'une procédure étrangère principale, une présomption réfragable d'insolvabilité du débiteur, aux fins de l'ouverture d'une procédure dans l'État adoptant. Cette présomption ne s'applique pas si la procédure étrangère est une procédure non principale. Le tribunal de l'État adoptant n'est pas lié par la décision du tribunal étranger, et les critères locaux concernant l'établissement de la preuve de l'insolvabilité demeurent applicables, comme le précisent les mots « sauf preuve contraire ».

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 31

2. Il n'existe pas de jurisprudence faisant autorité concernant l'article 31.

Article 32. Règle de paiement en cas de pluralité de procédures

Sans préjudice des droits des titulaires de créances assorties de sûretés ou des droits réels, un créancier ayant obtenu satisfaction partielle en ce qui concerne sa créance dans une procédure ouverte conformément à une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger ne peut être payé pour la même créance dans une procédure concernant le même débiteur ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] tant que le paiement accordé aux créanciers de même rang est proportionnellement inférieur au paiement que ledit créancier a déjà obtenu.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 32 sont consignés dans les documents suivants :

1. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trentième session [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*] [par. 130 à 134]. Voir également les comptes rendus analytiques de cette session (*Annuaire*, vol. XXVIII : 1997, troisième partie, annexe III).
2. Rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) relatifs :
 - a) À la LTI : A/CN.9/419 [par. 89 à 93] ; A/CN.9/422 [par. 198 et 199] ; A/CN.9/433, [par. 182 et 183] ; A/CN.9/435, [par. 96, 197 et 198].
 - b) Au Guide pour l'incorporation (1997) : A/CN.9/436 [par. 98] ; A/CN.9/442, [par. 198 à 200].
3. Les documents de travail pertinents sont mentionnés dans les rapports et dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation à partir du [par. 241].

INTRODUCTION

1. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 239 à 241] explique que la règle énoncée à l'article 32 (parfois appelée règle du « hotchpot ») constitue une garantie utile dans un régime juridique pour la coordination et la coopération dans l'administration des procédures d'insolvabilité internationale. L'objectif est d'éviter le cas où un créancier pourrait bénéficier d'un traitement plus favorable que les autres créanciers de même rang en obtenant paiement de sa créance dans plusieurs procédures menées simultanément dans différentes juridictions à l'encontre du même débiteur. On trouvera un exemple du fonctionnement de cette règle dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation [par. 239]. L'article 32 n'influe pas sur le rang des créances fixé par la loi de l'État adoptant et vise uniquement à établir une égalité de traitement entre les créanciers de même rang. Dans la mesure où les créances des créanciers garantis ou des créanciers titulaires de droits réels sont remboursées en totalité, elles ne sont pas affectées par la disposition. L'article 32 est également examiné dans le Point de vue du juge [par. 219 à 222].

JURISPRUDENCE CONCERNANT L'ARTICLE 32

2. Le fonctionnement de la règle du « hotchpot » a été examiné de manière générale¹ en relation avec la protection suffisante visée à l'article 22 ; le principe du « hotchpot » repose sur l'équité et l'égalité.

Note

¹ *Australie* : Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57 [par. 139], CLOUT 1332.

Annexe

Liste des décisions par pays

ANGLETERRE ET PAYS DE GALLES

Re Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch) (9 novembre 2017), CLOUT 1798 : articles 2 *a*) (groupes d'entreprises) ; 6 ; 8

Dans l'affaire Armada Shipping SA [2011] EWHC 216 (Ch) : article 21-1 *a*)

Candey Ltd. c. Crumpler [2020] EWHC Civ 26 : article 17-1

Ivan Cherkasov, William Browder, Paul Wrench c. Nogotkov Kirill Olegovich, Syndic de faillite de Dalnyaya Step LLC (en liq.) [2017] EWHC 3153 (Ch) (5 décembre 2017), CLOUT 1797 : article 6

Dans l'affaire Chesterfield United Inc. & Partridge Management Group SA [2012] EWHC 244 (Ch) (1^{er} février 2012), CLOUT 1271 : articles 8 ; 21-1 *a*)

Dans l'affaire European Insurance Agency AS, High Court (Ch), affaire n° 6 BS30434 (7 septembre 2006), *CLOUT 769¹

Fibria Cellulose S/A c. Pan Ocean Co. Ltd (dans l'affaire Pan Ocean Co. Ltd.) [2014] EWHC 2124 (Ch) (30 juin 2014), CLOUT 1482 : articles 20-1 ; 21-1

Brian Glasgow (Syndic de faillite de Harlequin Property (SVG) Ltd.) c. ELS Law Ltd. [2017] EWHC 3004 (Ch) : article 17-1

H & CS Holdings Pte. Ltd. c. Glencore International AG [2019] EWHC 1459 (Ch) (25 mars 2019), CLOUT 1820 : article 20-1

Larsen & Anor (Représentants étrangers de Atlas Bulk Shipping AS) & Anor c. Navios International Inc, [2011] EWHC 878 (Ch) (13 avril 2011), CLOUT 1273 : articles 2 *a*), 21-1

In re Namirei Showa Co. Ltd., High Court (Ch) 16 octobre 2008, 7542/08, *CLOUT 1004

In re New Paragon Investments Limited [2011] BCC 371 (25 novembre 2011), CLOUT 1272 : article 2 *a*)

Dans l'affaire 19 Entertainment Ltd. [2016] EWHC 1545 (Ch) (29 avril 2016), CLOUT 1621 : article 20-1

Dans l'affaire OGX Petróleo E Gás S.A. [2016] EWHC 25 (Ch) (12 janvier 2016), CLOUT 1622 : articles 17 (motivation inappropriée) ; 20-1

Dans l'affaire OJSC International Bank of Azerbaijan [2017] EWHC 2075 (Ch) (6 juin 2017), CLOUT 1821 : article 20-1

Re OJSC International Bank of Azerbaijan ; Bakhshiyeva c. Sberbank of Russia [2018] EWHC 59 (Ch) (18 janvier 2018) ; [2018] EWCA Civ 2802 (18 décembre 2018), CLOUT 1822 : articles 8 ; 18 ; 20-1 ; 21-1 *a*)

Re Pan Ocean Co. Ltd. ; Seawolf Tankers Inc. c. Pan Ocean Co. Ltd. [2015] EWHC 1500 (Ch) : article 20-2

Dans l'affaire Pan Oceanic Maritime Inc. [2010] EWHC 1734 (Comm), (14 mai 2010) : articles 20-1, 20-2

Picard (Représentant étranger de Bernard Madoff Investment Securities LLC) c. FIM Advisers LLP [2010] EWHC 1299 (Ch) (27 mai 2010) : articles 21-1 *d*) ; 22-1

In re Rajapakse [2007] B.P.I.R 99 (28 novembre 2006), *CLOUT 787

Ronelp Marine Ltd. & Others c. STX Offshore & Shipbuilding Co. Ltd. [2016] EWHC 2228 (Ch) (7 septembre 2016) : articles 20-1 ; 20-2

¹ Les décisions marquées d'un astérisque (*) n'ont pas donné lieu à des questions d'interprétation des articles de la LTI. Elles sont mentionnées dans la note de bas de page 17 (relative à l'Introduction au Précis de jurisprudence), mais pas sous les différents articles. Elles sont signalées en tant qu'exemples d'application de la LTI.

Rubin and another c. Eurofinance SA and others [2012] UKSC 46 (24 octobre 2012), CLOUT 1270, infirmant [2010] EWCA CIV 895 (30 juillet 2010), infirmant [2009] EWHC 2129 (31 juillet 2009) : articles 21-1 ; 25 ; 27

Samsun Logix Corporation c. DEF [2009] EWHC 576 (Ch) (12 mars 2009) : article 20-1

Dans l'affaire Sanko Steamship Co. Ltd [2015] EWHC 1031 (Ch) (16 avril 2015) : articles 17-4 ; 20-1

Sberbank of Russia c. Ante Ramljak [2018] EWHC 348 (Ch) (21 février 2018), CLOUT 1796 : article 20-1

Dans l'affaire Stanford Int'l Bank Limited [2010] EWCA Civ 137 (25 février 2010), CLOUT 1003 confirmant Stanford International Bank Limited [2009] EWHC 1441 (Ch) (3 juillet 2009), CLOUT 923 : préambule ; articles 2 a), 2 d) ; 8 ; 16-3 ; 17 (mauvaise foi)

Dans l'affaire Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd. (en liq.) [2019] EWHC 1215 (Ch) (17 mai 2019), CLOUT 1819 et [2020] EWHC 123 : préambule, articles 2 a), 8 ; 17-4

Dans l'affaire Swissair Schweizerische Luftverkehrs-Gesellschaft [2009] EWHC 2099 (Ch) (6 août 2009) : articles 21-2, 21-3 ; 29

Transfield ER Cape Ltd. [2010] EWHC 2851 (Ch) (1^{er} novembre 2010) : article 20-1

United Drug (UK) Holdings Ltd. c. Bilcare Singapore Pte. Ltd. [2013] EWHC 4335 (Ch) : article 20-1

Re Videology Limited [2018] EWHC 2186 (Ch) (16 août 2018), CLOUT 1823 : articles 2 c), 2 f) ; 16-3 ; 20-1 ; 25-2

Worldspreads Limited [2012] EWHC 1263 (Ch) : article 16-1

AUSTRALIE

Akers c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] FCAFC 57, confirmant Akers (en tant que représentant étranger conjoint) c. Saad Investments Company Ltd [2013] FCA 738, CLOUT 1332, confirmant Akers c. Saad Investments Co Limited (en liq. officielle) [2010] FCA 1221 (également 190 FCR 285), CLOUT 1219 ; également Akers & Ors c. Deputy Commissioner of Taxation [2014] HCA Trans 231, CLOUT 1474 refusant l'autorisation d'interjeter appel devant la Haute Cour : articles 16-3 ; 17-3 et 17-4 ; 20 ; 21-2 ; 22-3 ; 25-1 ; 32

Bank of Western Australia c. Henderson (n° 3) [2011] FMCA 840, CLOUT 1216 : préambule, articles 1 ; 8 ; 28

Chow Cho Poon (Private Limited), Re [2011] NSWSC 300, CLOUT 1218 : articles 1, 2 a), 2 (débiteur) ; 16-2, 16-3 ; 17-2 ; 25 ; 26

Conseil d'administration de Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA c. Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA [2017] FCA 331, CLOUT 1799 ; Conseil d'administration de Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA c. Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA [2018] FCA 153 : articles 15-2, 15-3 ; 18 ; 20

Crumpler (en tant que liquidateur et représentant conjoint) de Global Tradewaves Ltd c. Global Tradewaves (en liq.) ; dans l'affaire Global Tradewaves (en liq.) [2013] FCA 1127, CLOUT 1331 : article 21-1 d)

Gainsford, dans l'affaire Tannenbaum c. Tannenbaum [2012] FCA 904, CLOUT 1214 : articles 8 ; 16-2, 16-3 ; 17-2 ; 25 ; 26

Hur (en sa qualité de représentant étranger de Samsun Logix Corporation) c. Samsun Logix Corporation [2009] FCA 372, *CLOUT 921

Kapila, Re Edelsten [2014] FCA 1112, CLOUT 1475 ; Kapila (Syndic de faillite), dans l'affaire Edelsten (Failli) (n° 2) [2016] FCA 1269 : préambule ; articles 2 c), 2 f) ; 8 ; 16-3 ; 17-2 ; 20-1, 20-3

Katayama c. Japan Airlines Corporation [2010] FCA 794 : articles 2 a), 2 d) ; 16-3

King, dans l'affaire Zetta Jet Pte Ltd [2018] FCA 1932, CLOUT 1817 ; King (Syndic de faillite), dans l'affaire Zetta Jet Pte Ltd c. Linkage Access Limited [2018] FCA 1979, CLOUT 1818 : articles 8 ; 17-2

Lawrence c. Northern Crest Investments Limited (en liq.) [2011] FCA 672, CLOUT 1217 : article 21-1 f)

Dans l'affaire Legend International Holdings Inc. [2016] VSC 308, CLOUT 1619 : article 16-3

Moore, en tant que débiteur non dessaisi de Australian Equity Investors [2012] FCA 1002, CLOUT 1477 : articles 16-3 ; 17-2 (déplacement du centre des intérêts principaux)

Parbery, dans l'affaire Lehman Brothers Australia Limited (en liq.) [2011] FCA 1449, CLOUT 1215 : article 25-2

Pink c. MF Global UK Limited (sous administration spéciale) [2012] FCA 260 : articles 17-1 ; 20-1

Raithatha [en tant que liquidateur de Ariel Industries PLC (en liquidation volontaire par les créanciers) et de Ariel Fasteners Ltd (en liquidation volontaire par les créanciers)] c. Ariel Industries PLC (en liquidation volontaire par les créanciers) et Anor [2012] FCA 1526 : articles 2 a) ; 8 ; 15-2 c)

Tucker, Aero Inventory (UK) Ltd c. Aero Inventory (UK) Limited (n° 2), Re [2009] FCA 1354, et [2009] FCA 1481, CLOUT 922 : articles 2 a), 2 d) ; 8 ; 19

Wild c. Coin Co International PLC (Administrateurs nommés [2015] FCA 354, CLOUT 1473 : article 23

Winter c. Winter and Ors [2010] FamCA 933 : article premier

Yakushiji (en sa qualité de représentant étranger de Kaisha) c. Kaisha [2015] FCA 1170, CLOUT 1620 ; Yakushiji (en sa qualité de représentant étranger de Kaisha) c. Kaisha (n° 2) [2016] FCA 1277 : articles 18 ; 20

Young, Jr (pour le compte du débiteur non dessaisi de Buccaneer Energy Ltd) c. Buccaneer Energy Ltd [2014] FCA 711, CLOUT 1476 : article 16-3

Yu c. STX Pan Ocean Co Ltd (Corée du Sud) ; dans l'affaire STX Pan Ocean Co Ltd (administrateurs judiciaires désignés en République de Corée) [2013] FCA 680, CLOUT 1333 : articles 19 ; 21-1 e)

CANADA

Re Angiotech Pharmaceuticals Limited, 2011 BCSC 115, CLOUT 1207 : article 16-3

Re Caesars Entertainment Operating Co., 2015 CarswellOnt 3284 ; 23 C.B.R. (6th) 154 ; 2015 ONSC 712 ; [2015] O.J. n° 1201 (Ont. S.C.J.) : article 16-3

Re Cinram International Inc., 2012 ONSC 3767 ; 91 CBR (5th) 46, CLOUT 1269 : article 16-3

Colt Holding Company LLC, 2015 ONSC 3928 : article 16-3

Re Digital Domain Media Group Inc., 2012 BCSC 1565, CLOUT 1334 : article 16-3

Fraser Papers Inc., 56 C.B.R. (5th) 194 ; 2009 OJ 2648 (SCJ) : article 16-3

Gyro-Trac (USA) Inc., 2010 QCCS 1311 ; 2010 QCCA 800 ; 66 C.B.R. (5th) 159 (Que CA) : article 16-3

Re Hanjin Shipping Co., 2016 CarswellBC 3287 ; 42 C.B.R. (6th) 120 ; 2016 BCSC 2213 : article 20

Re Hartford Computer Hardware Inc., 2012 ONSC 964 ; 212 A.C.W.S. (3d) 315, CLOUT 1205 : articles 6 ; 21-1

Re Horsehead Holding Corp and Zochem Inc. (2016), 2016 ONSC 958 ; 2016 CarswellOnt 1748 (Ont. S.C.J. [Rôle commercial]) : article 16-3

Re Lightsquared LP *et al.*, 2012 ONSC 2994, CLOUT 1204 (art. 21 aux paragraphes 38 et 39) : articles 16-3 ; 21-1

Re Massachusetts Elephant and Castle Group Inc., 2011 ONSC 4201 ; (2011) 81 C.B.R. (5th), CLOUT 1206 : article 16-3

Re Payless Holdings Inc. LLC, 2017 CarswellOnt 5926 ; 2017 ONSC 2242 (Ont. S.C.J.) : article 16-3

Re Probe Resources Ltd., 2011 CarswellBC 1043 ; 79 C.B.R. (5th) 148 (B.C. S.C.) : articles 8 ; 15-2, 15-3

Re Syncreon Group B.V., 2019 ONSC 5774 : articles 2 a), 2 (débiteur)

Re Urbancorp Toronto Management Inc., 2016 CarswellOnt 8410 ; 37 C.B.R. (6th) 44 ; 2016 ONSC 3288 (Ont. S.C.J. [Rôle commercial]) : article 16-3

Xerium Technologies Inc., 2010 ONSC 3974 : article 16-3

CHILI

Onix Capital SA (cité dans *Cross-Border Insolvency: A Commentary on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, 4^e édition, vol. 1, *Globe Law and Business*, 2017, p. 136) : article 5

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

In re ABC Learning Centres Limited, 728 F.3d 301 (3^e circuit 2013), requête rejetée. 134 S. Ct 1283 (2014) CLOUT 1338, confirmant *In re ABC Learning Centres Limited*, 445 B.R. 318 (Bankr. D. Del. 2010), CLOUT 1210 : préambule ; articles 2 a) ; 6 ; 17-2

In re Agrokro d.d., 591 B.R. 163 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) : articles 2 (groupes d'entreprises) ; 7

In re AJW Offshore, Ltd., 488 B.R. 551 (Bankr. E.D.N.Y. 2013) : articles 8 ; 21-1, 21-1 e) ; 22-1

In re Amerindo Internet Growth Limited, affaire n° 07-10327 (Bankr. S.D.N.Y. 6 mars 2007), *CLOUT 758

Paul Andrus c. Digital Fairway Corp, action civile n° 3-08-CV-119-O (N.D. Tex. 26 juin 2009) : article premier

In re Ashapura Minechem Ltd., 480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1313 confirmant *In re Ashapura Minechem Ltd.*, affaire n° 11-14668 (Bankr. S.D.N.Y. 22 novembre 2011) : articles 2 a), 2 e) ; 8 ; 17-1

In re Atlas Shipping A/S, 404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. 2009), CLOUT 1277 : articles 7 ; 17-1 ; 21-1, 21-1 e), 21-2 ; 22-1 ; 23

In re Avanti Communications Group PLC, 582 B.R. 603 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) : article 7

Awal Bank, BSC c. HSBC Bank USA, 455 B.R. 73 (Bankr. S.D.N.Y. 2011) : article 23

In re Basis Yield Alpha Fund (Master), 381 B.R. 37 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 789 : articles 8 ; 15-2, 15-3 ; 16-1, 16-3

In re B.C.I. Finances Pty Ltd. 583 B.R. 288 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) : article 2 (débiteur)

In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794, confirmant *In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd.*, 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2007), CLOUT 760 : articles 2 c), 2 f), 8 ; 15-2, 15-3 ; 16-3 ; 17-1, 17-2 ; 21

In re Berau Capital Resources Pte Ltd., 540 B.R. 80 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1627 : article 2 (débiteur)

Bemarmara Consulting A.S., affaire n° 13-13037 (KG) (Bankr. D.Del. 17 décembre 2013) : article 2 (débiteur)

In re Betcorp Limited (en liq.), 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927 : articles 2 a) ; 8 ; 15-2 ; 16-3 ; 17-2

In re British-American Insurance Co., Ltd., 425 B.R. 884 (Bankr. S.D. Fla. 2010), CLOUT 1005 : articles 1-2 ; 2 a), 2 c), 2 f) ; 8 ; 15-2 c) ; 16-3 ; 21-3 ; 30

British Am. Ins. Co. Ltd. c. Fullerton (*In re British Am. Ins. Co. Ltd.*), 488 B.R. 205 (Bankr. S.D. Fla. 2013), CLOUT 1309 : articles 2 c), 2 f) ; 21-1 e)

British American Isle of Venice, Ltd., 441 B.R. 713 (Bankr. S.D. Fla. 2010) : articles 2 a) ; 16-3 ; 17-1, 17-2, 17-4

Capitaliza-T Sociedad De Responsabilidad Limitada De Capital Variable c. Wachovia Bank of Del. Nat. Ass'n, action civile n° 10-520 (D. Del. 20 décembre 2011) : article 21-1 a)

In re Cell C Proprietary Ltd., 571 B.R. 542 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) : articles 2 d), 2 (débiteur) ; 7 ; 21-1

In re CGG S.A., 579 B.R. 716 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) : articles 7 ; 21-1

Collins c. Oilsands Quest, Inc., 484 B.R. 593 (S.D.N.Y. 2012) : article 16-3

In re Comercial V.H., S.A. de C.V., affaire n° 4:12-bk-10933 (Bankr. D. Ariz., 13 septembre 2012) : article 20-2

In re Compania Mexicana de Aviacion S.A. de C.V., affaire n° 10-14182 (Bankr. S.D.N.Y., 8 novembre 2010) : article 2 d)

In re Cozumel Caribe, S.A. de C.V., 508 B.R. 330 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), *In re Cozumel Caribe, S.A., de C.V.*, 482 B.R. 96 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1311 et 482 B.R. 614 (Bankr. S.D.N.Y. 2012) : articles 2 d) ; 8 ; 9 ; 17-4 ; 18 ; 20-3 ; 21 (relation avec l'art. 7) ; 22-1

In re Creative Finance Ltd., 543 B.R. 498 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624 : articles 2 c), 2 f) ; 6 (mauvaise foi) ; 16-3 ; 17 (déplacement du centre des intérêts principaux) ; 19

CSL Australia Ltd. c. Britannia Bulk A/S, affaire n° 08-15187 (S.D.N.Y. 8 septembre 2009) : articles 10 ; 23

CT Inv. Management Co., LLC c. Carbonell, affaire n° 10-Civ. 6872 (S.D.N.Y. 11 janvier 2012), Bankr. L. Rep. p. 82 : articles 21-1 ; 24

In re Daebo Int'l Shipping Co., Ltd., 543 B.R. 47 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1626 : préambule ; article 22-1

- In re Daewoo Logistics Corp.*, 461 B.R. 175 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1315 : articles 18 ; 20-1
- In re Daymonex Limited*, affaire n° 07-90171-BHL-15 (Bankr. SD Ind, 7 février 2007), CLOUT 757 : article 19
- Drawbridge Special Opportunities Fund LP c. Barnet (*In re Barnet*) 737 F.3d 238, CLOUT 1336 ; sur renvoi, *In re Octaviar Administration Pty. Ltd.*, 511 B.R. 361 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), CLOUT 1483 : préambule ; article 2 (débiteur)
- In re Elpida Memory, Inc.*, affaire n° 12-10947 (Bankr. D. Del. 16 novembre 2012) : article 8
- In re Energy Coal S.P.A.*, 582 B.R. 619 (Bankr. D. Del. 2 janvier 2018) : article 22-1
- In re ENNIA Caribe Holdings N.V.*, 594 B.R. 631 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) : article 2 a)
- In re Ephedra Prods. Liab. Litig.*, 349 B.R. 333 (S.D.N.Y. 2006), CLOUT 765 : articles 6 ; 8
- In re Requête de Ernst & Young, Inc.*, 383 B.R. 773 (Bankr. D. Colo. 2008), CLOUT 790 : articles 2 d) ; 16-3 ; 17-4 ; 17 (mauvaise foi)
- Re Europäische Rückversicherungsgesellschaft in Zürich (European Reinsurance Co. Zurich), affaire n° 06-13061 (Bankr. S.D.N.Y. 22 janvier 2007), *CLOUT 755
- Fogerty c. Petroquest Resources, Inc. (*In re Condor Ins. Ltd.*), 601 F.3d 319 (5^e circuit 2010), CLOUT 1006, infirmant 411 B.R. 314, *In re Condor Insurance Limited*. (D.C.S.D. Miss, 9 février 2009), CLOUT 928 : préambule ; articles 7 ; 8 ; 21-1 ; 23 ; 24
- In re Fairfield Sentry Ltd. Litigation*, 458 B.R. 665 (S.D.N.Y. 2011) : articles 1-2 ; 6 ; 8 ; 16-3 ; 17-2 ; 17 (déplacement du centre des intérêts principaux) 17 (mauvaise foi) ; 21-1 e)
- Gandi Innovations Holdings, LLC (Bankr. W.D. Texas 5 juin 2009) : article 21-1
- In re Gerova Financial Group, Ltd. et al.*, 482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), CLOUT 1275 : articles 6 ; 8 ; 16-3 ; 17-2, 17-4
- In re Glitnir banki hf*, affaire n° 08-14757 (Bankr. S.D.N.Y. 19 août 2011) : article 21-1 d)
- In re Gold & Honey, Ltd.*, 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT 1008 : articles 2 a) ; 6 ; 16-3 ; 17-1 ; 20-1
- In re Grand Prix Assocs.*, affaire n° 09-16545 (Bankr. D.N.J. 26 juin 2009) : articles 2 d), 15-2 ; 16-1 ; 25
- Halo Creative & Design Limited c. Comptoir des Indes Inc., affaire n° 14C 8196 (ND Ill 2 octobre 2018) : article 19
- In re Ho Seok Lee*, 348 B.R. 799 (Bankr. W.D. Wash. 2006), CLOUT 754 : article 20-1
- Iida c. Kitahara (*In re Iida*), 377 B.R. 243 (B.A.P. 9^e circuit 2007), CLOUT 761 : article 6
- Innua Can. Ltd., affaire n° 09-16362 (Bankr. D.N.J. 15 avril 2009) : articles 2 a), 2 d) ; 15 ; 16-1, 16-3
- In re International Banking Corporation B.S.C.*, 439 B.R. 614 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1317 : articles 8 ; 21-1 e) ; 22-1 ; 23
- In re Irish Bank Resolution Corporation Limited* (en liquidation spéciale) 538 B.R. 692 (D. Del 2015), CLOUT 1628, confirmant (Bankr. D. Del. 30 avril 2014) et 559 B.R. 627 (Bankr. D. Del. 2016) : articles 1-2 ; 2 a) ; 6
- Jaffé c. Samsung Electronics Co., Ltd., 737 F.3d 14 (4^e circuit 2013) CLOUT 1337 et CLOUT 1212
- In re Japan Airlines Corp.* (Bankr. S.D.N.Y. 28 janvier 2010) (mesures provisoires) et 425 B.R. 732 (Bankr. S.D.N.Y. 2010) : articles 6 ; 22-1
- In re Jay Tien Chiang*, 437 B.R. 397 (Bankr. C.D. Cal. 2010), CLOUT 1318 : articles 8 ; 16-3
- In re JSC BTA Bank*, 434 B.R. 334 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1211 : articles 8 ; 20-1 ; 28
- In re Kemsley*, 489 B.R. 346 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), CLOUT 1274 : articles 2 c), 2 f) ; 16-3 ; 17-2
- In re Perry H. Koplik & Sons, Inc.*, 357 B.R. 231 (Bankr. S.D.N.Y. 2006) : article 17 (mauvaise foi)
- In re Lee*, 472 B.R. 156 (Bankr. D. Mass. 2012) : articles 8 ; 21-1 e) ; 22-1
- In re Lloyd* (La Mutuelle du Mans Assurances IARD), affaire n° 05-60100 (Bankr. S.D.N.Y. 7 décembre 2005), CLOUT 788 : article 10
- Loy c. O'Sullivan (*In re Loy*), 537 Fed. Appx. 242 (4^e circuit 2013) confirmant tous les appels en instance ; voir également O'Sullivan c. Loy (*In re Loy*), 432 B.R. 551 (E.D. Va. 2010) et *In re Loy*, 448 B.R. 420 (Bankr. E.D. Va. 2011), et *In re Loy*, 380 B.R. 154 (Bankr. E.D. Va. 2007), CLOUT 924 : articles 2 d) ; 8 ; 16-3 ; 17-1, 17-2, 17-4 ; 23

- In re Manley Toys Limited*, 580 B.R. 632 (Bankr. D. N. J 2018) : articles 2 a) ; 6
- In re Massa Falida do Ban Cruzeiro do Sul S.A.*, 567 B.R. 212 (Bankr. S.D.Fla. 2018) : articles 9 ; 23
- In re Metcalfe & Mansfield Alternative Invs.*, 421 B.R. 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1007 : articles 6 ; 7 ; 17-1 ; 21-1
- In re Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd.*, 474 B.R. 88 (S.D.N.Y. 2011) ; confirmant 458 B.R. 63 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), voir également 471 B.R. 342 (Bankr. S.D.N.Y. 2012) : articles 6 ; 16-3 ; 17-1, 17-2 ; 20-1, 20-4 ; 21-1 d)
- In re Millard*, 501 B.R. 644 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) : articles 2 a) ; 6 ; 17-1 (mauvaise foi) 22-2
- In re Mood Media Corp.*, 569 B.R. 556 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) : article 2 (débiteur) (groupes d'entreprises)
- Morning Mist Holdings Ltd. c. Krys (In re Fairfield Sentry Ltd.)*, 714 F.3d 127 (2^e circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339 et CLOUT 1316 : articles 6 ; 8 ; 16-3 ; 17-2
- In re Nortel Networks Corp.*, 669 F.3d 128 (3^e circuit 2011) : article 20-3
- In re North American Steamships Ltd.*, affaire n° 06-13077, Bankr. S.D.N.Y. 25 janvier 2007, *CLOUT 756
- In re OAS S.A. et al.*, 533 B.R. 83 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), CLOUT 1629 : articles 2 a), 2 d) ; 6 ; 8 ; 16-3
- In re Ocean Rig UDW Inc.* 570 B.R. 687 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) : article 17-2 (déplacement du centre des intérêts principaux)
- In re Octaviar Administration Pty. Ltd.*, 511 B.R. 361 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), CLOUT 1483, voir Drawbridge Special Opportunities Fund LP : préambule ; article 2 (débiteur)
- In re Oi Brasil Holdings Cooperatief U.A.*, 578 B.R. 169 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) : articles 8 ; 17-4
- In re Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A.*, 385 B.R. 525 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925 : préambule ; articles 2 a), 2 b), 2 d) ; 8 ; 15-2
- In re Petroforte Brasileiro de Petroleo Ltda.*, 542 B.R. 899 (S.D. Fla 2015), CLOUT 1625 : article 21-1 d)
- In re Pirogova*, 593 B.R. 402 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) : articles 2 c), 2 f), 16-3
- In re Platinum Partners Value Arbitrage Fund L.P.*, 583 B.R. 803 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) : article 21-1 d)
- In re Poymanov*, 580 B.R. 55 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) : articles 2 a), 2 d)
- In re Pro-Fit Holdings Ltd.*, 391 B.R. 850 (Bankr. C.D. Cal. 2008), CLOUT 926 : article 20-1
- Lavie c. Ran (In re Ran)* 607 F.3d 1017 (5^e circuit 2010), CLOUT 1276 confirmant *Lavie c. Ran*, 390 B.R. 257 (Bankr. S.D.Tex. 2008) et 406 B.R. 277 (S.D. Tex. 2009), CLOUT 929 : articles 2 c), 2 f) ; 6 ; 8 ; 15-2, 15-3 ; 16-3 ; 17-2 ; 21
- In re Rede Energia S.A.*, 515 B.R. 69 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), CLOUT 1630 : articles 7 ; 21-1
- Reserve Int'l Liquidity Fund, Ltd. c. Caxton Int'l Ltd.*, affaire n° 09 Civ. 9021 (S.D.N.Y. 29 avril 2010) : articles 12 ; 24
- In re RHTC Liquidating Co.*, 424 B.R. 714 (Bankr. W.D. Pa. 2010) : préambule ; articles 16-3 ; 20-4
- In re Sanjel (USA) Inc.*, affaire n° 16-50778 (Bankr. W.D. Tex. 28 juillet 2016), CLOUT 1623 : article 22-3
- In re Schefenacker Plc*, affaire n° 07-11482, décision du 14 juin 2007, CLOUT 767 : articles 2 f) ; 17-2
- In re Sino-Forest Corporation*, 501 B.R. 655 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) : articles 6 ; 7
- In re Sivec SRL*, 476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla. 2012), CLOUT 1312 : préambule ; articles 20-2, 20-3 ; 21-2 ; 22-1
- In re Spencer Partners Limited*, affaire n° 07-02356, Bankr. D.S.C. 29 mai 2007, CLOUT 759 : article 17-2
- In re SPhinX, Ltd.*, 371 B.R. 10 (S.D.N.Y. 2007) confirmant *In re SPhinX, Ltd.*, 351 B.R. 103 (Bankr. S.D.N.Y. 2006), CLOUT 768 : préambule ; articles 2 c), 2 f) ; 16-2 ; 17-1, 17-2 (mauvaise foi) ; 22
- SNP Boat Service S.A. c. Hotel Le St. James*, 483 B.R. 776 (S.D. Fla. 2012), CLOUT 1324 : articles 2 d) ; 10 ; 21-2 ; 22-1
- In re Stanford International Bank Limited*, action civile n° 3:09-CV-0721-N (N. D. Tex., 30 juillet 2012) : article 2 a)

In re Steadman, 410 B.R. 397 (Bankr. D.N.J. 2009), CLOUT 1213 : article 1-2

In re Suntech Power Holdings Co. Ltd., 520 B.R. 399 (Bankr. S.D.N.Y. 2014) : article 2 (groupes d'entreprises)

In re Thow, affaire n° 05-30432 (Bankr. W.D. Wash, 10 novembre 2005), *CLOUT 762

In re Three Estates Company Limited, affaire n° 07-23597 (Bankr. E D Cal 31 mars 2008), CLOUT 793 : article 20-1

In re Toft, 453 B.R. 186 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1209 : articles 6 ; 21-1 ; 28

In re Tradex Swiss AG, 384 B.R. 34 (Bankr. D. Mass. 2008), CLOUT 791 : articles 2 *e*) ; 16-3 ; 20-4

In re Tri-Continental Exchange, Ltd., 349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766 : articles 1-2 ; 6 ; 8 ; 16-3 ; 21, 21-1 *e*) ; 22-1, 22-2 ; 25

In re TriGem Computer Inc, affaire n° 07-11482 (Bankr. C.D. Cal, 7 décembre 2005), *CLOUT 764

Trikona Advisers, Ltd. c. Chugh, 846 F.3d 22 (2^e circuit 2017) : article premier

États-Unis c. J.A. Jones Constr. Group, LLC, 333 B.R. 637 (E.D.N.Y. 2005), CLOUT 763 : articles premier ; 19 ; 24

Ad Hoc Group of Vitro Noteholders c. Vitro S.A.B. de C.V. (In re Vitro S.A.B. de C.V.), 701 F.3d 1031 (5^e circuit 2012), CLOUT 1310, requête rejetée, 183 S.Ct. 1862 (2013) : articles 2 *d*) ; 6 ; 7 ; 8 ; 15-2 ; 21-1 (relation avec l'art. 7) ; 22-1

W.C. Wood Corp., Ltd., affaire n° 09-11893 (Bankr. D. Del. 1^{er} juin 2009) : article 21

In re Zhejiang Topoint Photovoltaic Co., Ltd. affaire n° 14-24549 (Bankr. D.N.J. 19 décembre 2017) : article 22-1

GIBRALTAR

Dans l'affaire *Peabody Holdings (Gibraltar) Ltd.*, décision n° 2016-Comp-008, 31 mai 2016 : article 16-3

JAPON

Azabu Building Company Ltd., affaire n° (shou) 1 de 2006 ; affaire n° (mi) 5 de 2007, Tribunal de district de Tokyo, CLOUT 1478 : articles 21-1 ; 28

Lehman Brothers Asia Holdings Ltd., Tribunal de district de Tokyo, 1 de 2007 (1^{er} juin 2009) ; 2 de 2007, *Lehman Brothers Asia Capital Company* ; 3 de 2007, *Lehman Brothers Commercial Corporation Asia Ltd.* ; 4 de 2007, *Lehman Brothers Securities Asia Ltd.* (30 septembre 2009), *CLOUT 1479

Think3 Inc., affaire n° (shou) 3 et 5 de 2011, Tribunal de district de Tokyo (31 juillet 2012) ; affaire n° (ra) 1757 de 2012 (appel), Haute Cour de Tokyo (2 novembre 2012), CLOUT 1335 : préambule ; articles 8 ; 16-3 ; 17-2

MEXIQUE

Procédure n° 29/2001, *Re Jacobo Xacur Eljure, Felipe Xacur Eljure et Jose Maria Xacur Eljure*, Tribunal fédéral de district de Mexico, 19 décembre 2002, *CLOUT 693

Affaire n° 2006429, Loi relative aux faillites commerciales. Conditions de la reconnaissance de procédures étrangères au Mexique. Neuvième période. Première chambre, Hebdomadaire judiciaire fédéral, livre 6, mai 2014, vol. 1, p. 551 [précédent : 1^{er} CLXXXII/2014 (10^e)] : article 16-2

NOUVELLE-ZÉLANDE

ANZ National Bank Ltd. c. Sheahan and Lock, dans l'affaire *Ex Ced Foods* (anciennement *Cedenco Foods*) (en liq.) et *Cedenco Ohakune* (en liq.) [2012] NZHC 3037 : article 21-1 *d*)

Batty (en tant que syndic de faillite de *Reeves*) *c. Reeves* [2015] NZHC 908, CLOUT 1801 : article 17-2

Downey c. Holland [2015] NZHC 595, CLOUT 1480 : articles 2 *a*) ; 20-2

Jeong c. TPC Korea Company Ltd. [2009] NZHC 1431, *CLOUT 1221

Kim and Yu c. STX Pan Ocean Co. Ltd. [2014] NZHC 845, CLOUT 1481 : articles 8 ; 20-1, 20-2

Leeds c. Richards [2016] NZHC 2314, CLOUT 1800 : article 17-2

Williams c. Simpson (n° 5) [2010] NZHC 1786 [2011] NZLR 380 (12 octobre 2010), CLOUT 1220 ; voir également (n° 1) [2011] NZHC 1631 (17 septembre 2010) ; (n° 3) [2010] NZHC 1722 (22 septembre 2010) ; (n° 4) [2010] NZHC 1817 (29 septembre 2010) : articles 2 c), 2 f) ; 8 ; 16-3 ; 17-1 ; 19

RÉPUBLIQUE DE CORÉE²

(2006) GOOKSEUNG 1 (22 janvier 2007), Tribunal de district central de Séoul, CLOUT 1002 ; (2007) GOOKSEUNG 2 (12 février 2008), Tribunal de district central de Séoul ; (2008) HAHAP 20 (28 août 2008), Tribunal de district central de Séoul ; RA 1524, Haute Cour de Séoul, CLOUT 1000 ; (2009) Ma 1600 (25 mars 2010), Cour suprême de la République de Corée : articles 21-1 ; 29

(2007) GOOKSEUNG 1 (18 octobre 2007), Tribunal de district central de Séoul, *CLOUT 1001 ; (2007) GOOKJI 1 (18 octobre 2007), Tribunal de district central de Séoul ; (2008) HAHAP 8 (20 février 2009), Tribunal de district central de Séoul

(2012) GOOKSEUNG 1 (30 août 2012), Tribunal de district central de Séoul ; (2012) GOOKJI 1 (10 août 2012), Tribunal de district central de Séoul : article 19

(2014) GOOKSEUNG 1 (8 mai 2014), Tribunal de district central de Séoul ; (2014) GOOKJI 1 (26 mai 2014), Tribunal de district central de Séoul : article 25

(2017) GOOKSEUNG 100001 (10 mars 2017), Tribunal des faillites de Séoul : article 19

SINGAPOUR

Re : Zetta Jet Pte Ltd. and Others [2018] SGHC 16, 24 janvier 2018, CLOUT 1815 ; Re : Zetta Jet Pte Ltd. and Others (Asia Aviation Holdings Pte Ltd., intervenant) [2019] SGHC 53, 4 mars 2019, CLOUT 1816 : articles 2 (groupes d'entreprises) ; 6 ; 8 ; 17-2

DÉCISIONS RENDUES EN APPLICATION DU RÈGLEMENT CE CONCERNANT LE CENTRE DES INTÉRÊTS PRINCIPAUX OU L'ÉTABLISSEMENT²

BenQ Mobile GmbH & Co, rôle n° 1503 IE 4371/06 Munich (5 février 2007)

Ci4net.com Inc. [2005] B.C.C. 277

Collins & Aikman Corp. Group [2005] EWHC (Ch) 1754

In re Daisy Tek-ISA Ltd [2003] B.C.C. 562 (Ch D) (Leeds District Registry)

In re Eurofood IFSC Ltd. [2006] Ch 508 (CJCE 2 mai 2006)

Eurotunnel Finance, Ltd Tribunal de commerce de Paris, 2 août 2006

Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA [2009] EWHC 3199 (Ch)

Interdil, Srl c. Fallimento Interdil, Srl [2011] EUECJ C-396/09 [2012] Bus LR 1582

MG Probud Gdynia sp. z o. o., C-444/07 [2010] ECR 00

MPOTEC GmbH [2006] B.C.C. 681 (Tribunal de grande instance de Nanterre)

Dans l'affaire Office Metro Limited ; Trillium (Nelson) Properties Ltd. c. Office Metro Ltd. [2012] EWHC 1191 (Ch)

Olympic Airlines SA Pension and Life Assurance Scheme c. Olympic Airlines SA [2012] EWHC 1413 (Ch)

Shierson c. Vlieland-Boddy [2005] 1 WLR 3966

² La République de Corée gère séparément les demandes de reconnaissance et les demandes de mesures relatives à une même procédure étrangère, d'où les nombreuses références relatives à la même demande de reconnaissance.

