

# La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge



*Pour obtenir des informations complémentaires, s'adresser à:*  
Secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne,  
Boîte postale 500, 1400 Vienne (Autriche)

Téléphone: (+43-1) 26060-4060  
Site Web: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

Fax: (+43-1) 26060-5813  
Courrier électronique: [uncitral@uncitral.org](mailto:uncitral@uncitral.org)

La Loi type de la  
CNUDCI sur l'insolvabilité  
internationale:  
le point de vue du juge

(version mise à jour en 2013)



NATIONS UNIES  
New York, 2014

## 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, juin 2014. Tous droits réservés.

Les appellations employées dans le présent document 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, ainsi qu'au tracé de leurs frontières ou limites.

Publication réalisée par la Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais de l'Office des Nations Unies à Vienne.

## *Préface*

Le texte intitulé *La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge* a été finalisé et adopté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) le 1<sup>er</sup> juillet 2011. Le projet est né d'une demande des juges participant au Huitième Colloque judiciaire multinational CNUDCI/INSOL/Banque mondiale, tenu à Vancouver (Canada) en 2009<sup>1</sup>, tendant à ce qu'il soit envisagé de fournir aux juges une assistance sur les questions découlant de la loi type. En 2010, la Commission est convenue que les travaux en vue d'une telle assistance devraient être menés de manière informelle, au moyen de consultations avec des juges mais aussi des praticiens de l'insolvabilité et d'autres experts, comme lors de l'élaboration du *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale* (2009).

L'avant-projet de texte sur le point de vue des juges a été établi par le juge Paul Heath, de la Haute Cour de Nouvelle-Zélande, et affiné lors de consultations avec des juges. Il a été présenté au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) pour examen en décembre 2010 et distribué aux Gouvernements pour observations au début de 2011. Il a également été présenté aux participants au neuvième Colloque judiciaire multinational CNUDCI/INSOL/Banque mondiale, tenu à Singapour en mars 2011. Une version révisée du texte, tenant compte des observations du Groupe de travail, des Gouvernements et des participants au colloque, a été présentée à la Commission pour finalisation et adoption à sa quarante-quatrième session, en 2011. Le texte a été adopté par consensus le 1<sup>er</sup> juillet 2011; le 9 décembre 2011, l'Assemblée générale a adopté la résolution A/RES/66/96, dans laquelle elle a remercié la CNUDCI d'avoir achevé et adopté le texte sur *le point de vue du juge* (voir annexe II).

*Le point de vue du juge* a été actualisé en 2013 afin de tenir compte des révisions du Guide pour l'incorporation de la Loi type adopté par la Commission en 2013 sous le libellé "Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale"<sup>2</sup> et d'intégrer la jurisprudence rendue entre juillet 2011 et le 15 avril 2013 dans l'application et l'interprétation de ladite Loi (les décisions rendues après cette date seront intégrées dans la prochaine mise à jour du texte). Les mises à jour du texte ont été effectuées par le secrétariat, en consultation avec un comité d'experts établi en application de la décision prise par la Commission le 1<sup>er</sup> juillet

---

<sup>1</sup>Ce colloque fait partie d'une série de colloques organisés conjointement par la CNUDCI, INSOL et la Banque mondiale. Les rapports correspondants peuvent être consultés à l'adresse suivante: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia\\_insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html).

<sup>2</sup>Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type peut être consulté à l'adresse suivante: [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html).

2011<sup>3</sup>. Ce comité était composé des experts suivants: Leif Clark (États-Unis d'Amérique), Miodrag Dordević (Slovénie), Allan Gropper (États-Unis d'Amérique), Min Han (République de Corée), Paul Heath (Nouvelle-Zélande), Geoffrey Morawetz (Canada), Alastair Norris (Royaume-Uni), Diana Talero Castro (Colombie) et Jean-Luc Vallens (France). Avant d'être examinées par la Commission, les mises à jour du texte ont été soumises au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), à sa quarante-troisième session (avril 2013), et aux juges participant au dixième Colloque judiciaire multinational, tenu à La Haye en mai 2013. La Commission a pris note de ces mises à jour et autorisé la publication de la version ainsi actualisée<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup>Voir annexe II, par. 1.

<sup>4</sup>*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*, par. 209.

# Table des matières

	<i>Pages</i>
I. Introduction . . . . .	1
A. Objet et portée . . . . .	1
B. Glossaire . . . . .	2
II. Contexte . . . . .	4
A. Portée et application de la Loi type de la CNUDCI . . . . .	4
B. Le point de vue du juge . . . . .	7
C. Objet de la Loi type de la CNUDCI . . . . .	10
III. Interprétation et application de la Loi type de la CNUDCI . . . . .	12
A. Le principe d’“accès” . . . . .	12
B. Le principe de “reconnaissance” . . . . .	15
C. Le processus de reconnaissance . . . . .	23
D. Octroi de mesures . . . . .	52
E. Coopération et coordination . . . . .	70
 <i>Annexes</i>	
I. Résumés des affaires . . . . .	85
II. Décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et résolution 66/96 de l’Assemblée générale . . . . .	113
A. Décision de la Commission . . . . .	113
B. Résolution 66/96 de l’Assemblée générale . . . . .	114



## I. Introduction

### A. Objet et portée

1. Le présent texte est une analyse de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale effectuée du point de vue du juge. Certains États adoptants ayant modifié la Loi type pour l'adapter à la situation locale, différentes approches peuvent être nécessaires si un juge conclut qu'il convient d'omettre ou de modifier tel ou tel article du texte adopté<sup>1</sup>. Le présent texte se fonde sur la Loi type telle qu'elle a été approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 1997 et sur son Guide pour l'incorporation<sup>2</sup>. Le Guide a été révisé afin d'y faire figurer des orientations supplémentaires sur l'interprétation et l'application de certains aspects de la Loi type concernant le "centre des intérêts principaux", à la lumière de la jurisprudence récente dans l'interprétation de la Loi type dans les États qui avaient adopté une législation fondée sur elle. Les révisions ont été adoptées par la Commission en juillet 2013 sous le libellé "Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale"<sup>3</sup>.

2. Le présent texte renvoie à des décisions rendues dans plusieurs pays sans pour autant en faire un examen critique, sauf à mettre en relief des questions qu'un juge voudra peut-être prendre en considération s'il est saisi d'une affaire semblable. Il ne vise pas non plus à faire référence à toutes les décisions pertinentes qui touchent aux questions d'interprétation que pose la Loi type, mais à utiliser la jurisprudence uniquement pour illustrer des modes de raisonnement particuliers qui pourraient être suivis pour traiter des questions spécifiques. Dans chaque cas, le juge tranchera l'affaire dont il est saisi sur la base du droit interne et notamment des dispositions de la législation incorporant la Loi type.

3. Le présent texte n'entend aucunement dire au juge comment il doit traiter les demandes de reconnaissance et de mesures présentées en vertu de

---

<sup>1</sup> Le présent texte ne mentionne pas les diverses adaptations à la Loi type faites dans certains États adoptants, ni n'exprime d'opinion à leur sujet.

<sup>2</sup> Résolution 52/158 de l'Assemblée générale.

<sup>3</sup> Consultable à l'adresse: [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts.html).

la législation incorporant la Loi type. En effet, une telle approche serait contraire aux principes de l'indépendance judiciaire. En outre, d'un point de vue pratique, une approche unique n'est ni possible ni souhaitable. La souplesse est primordiale dans un domaine où la dynamique économique d'une situation peut soudainement changer. Le texte se limite donc à donner des indications générales sur les questions que le juge devra peut-être prendre en considération, faisant fond sur les intentions des auteurs de la Loi type et l'expérience de ceux qui y ont eu recours dans la pratique.

4. Le texte ne consiste pas en un examen par article. Il suit délibérément l'ordre dans lequel le tribunal requis serait généralement amené à prendre certaines décisions conformément à la Loi type.

## **B. Glossaire**

### *1. Termes et explications*

5. On trouvera dans les paragraphes qui suivent une explication du sens et de l'emploi de certaines expressions qui reviennent fréquemment dans le présent document. Nombre de ces termes se trouvent dans la Loi type de la CNUDCI mais aussi dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale<sup>4</sup>. Ils sont utilisés dans le présent document de la même manière que dans les textes en question:

a) Le terme "système CLOUT" désigne le système du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI. Des résumés de décisions traitant de la Loi type de la CNUDCI peuvent être consultés dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies à l'adresse: [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case\\_law/abstracts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/abstracts.html);

b) Le terme "accord de coopération internationale" désigne un accord verbal ou écrit visant à faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité internationale et la coopération entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité, faisant parfois intervenir aussi d'autres parties intéressées<sup>5</sup>;

c) Le terme "État adoptant" désigne un État ayant adopté une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI;

---

<sup>4</sup> Ces textes de la CNUDCI sont disponibles à l'adresse: [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts.html).

<sup>5</sup> Ces accords sont examinés en détail dans le Guide pratique de la CNUDCI.

d) Le terme “représentant de l’insolvabilité” désigne une personne ou un organe, même nommé à titre provisoire, habilité dans une procédure d’insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l’insolvabilité;

e) Le terme “juge” désigne un magistrat ou une autre personne désignée pour exercer les pouvoirs d’un tribunal ou d’une autre autorité ayant compétence en vertu de la législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI;

f) Le terme “tribunal requis” est le tribunal de l’État adoptant qui est saisi d’une demande de reconnaissance et de mesures.

## 2. *Références*

### a) *Jurisprudence*

6. On trouvera tout au long du présent texte des références à des affaires particulières. Ces références étant généralement résumées en annexe, elles figurent dans le corps du texte sous une forme abrégée. Par exemple, *Bear Stearns* désigne l’affaire *In Re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd* (affaire n° 4 dans l’annexe I). Les numéros de page ou de paragraphe suivant le nom de l’affaire désignent les parties pertinentes de la version de la décision citée dans l’annexe.

### b) *Textes*

7. Le présent texte renvoie à plusieurs textes relatifs à l’insolvabilité internationale, notamment:

a) La “Loi type de la CNUDCI”: Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale (1997);

b) Le “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 que révisé et adopté par la Commission le 18 juillet 2013<sup>2</sup>;

c) Le “Guide législatif de la CNUDCI”: Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l’insolvabilité (2004), y compris les troisième (2010) et quatrième parties (2013);

d) Le “Guide pratique de la CNUDCI”: Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d’insolvabilité internationale (2009);

e) Le “Règlement CE”: Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil de l’Europe du 29 mai 2000 relatif aux procédures d’insolvabilité;

f) La “Convention européenne”: Convention de l’Union européenne relative aux procédures d’insolvabilité (1995);

g) Le “Rapport Virgos-Schmit”: M. Virgos et E. Schmit, Report on the Convention on Insolvency Proceedings, Bruxelles, 3 mai 1996, disponible (en anglais seulement) à l’adresse: [http://globalinsolvency.com/sites/globalinsolvency.com/files/insolvency\\_report.pdf](http://globalinsolvency.com/sites/globalinsolvency.com/files/insolvency_report.pdf) [page consultée pour la dernière fois le 2 janvier 2014].

## II. Contexte

### A. Portée et application de la Loi type de la CNUDCI

8. En décembre 1997, l’Assemblée générale a approuvé la Loi type sur l’insolvabilité internationale élaborée et adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). La Loi type était accompagnée d’un Guide pour l’incorporation qui donnait des informations générales et des explications pour aider ceux qui rédigeaient les textes de loi nécessaires en vue de mettre en œuvre la Loi type, ainsi que les juges et autres responsables chargés de son application et de son interprétation. Comme indiqué ci-dessus, le Guide pour l’incorporation a été révisé afin d’y faire figurer des orientations supplémentaires sur l’interprétation et l’application de certains aspects de la Loi type concernant le “centre des intérêts principaux” et a été adopté par la Commission le 18 juillet 2013 sous le libellé “Guide pour l’incorporation et l’interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale”<sup>6</sup>.

9. La Loi type ne traite pas de questions de fond relevant du droit interne de l’insolvabilité mais propose des mécanismes procéduraux propres à faciliter un règlement plus efficace des affaires où un débiteur insolvable a des biens ou des dettes dans plusieurs États. Au 1<sup>er</sup> décembre 2013, 20 États et territoires avaient adopté une législation fondée sur la Loi type<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> *Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*, par. 198.

<sup>7</sup> Afrique du Sud (2000), Australie (2008), Canada (2005), Colombie (2006), Érythrée (1998), États-Unis d’Amérique (2005), Grande-Bretagne (2006), Grèce (2010), îles Vierges britanniques [territoire d’outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord (2003)], Japon (2000), Maurice (2009), Mexique (2000), Monténégro (2002), Nouvelle-Zélande (2006), Ouganda (2011), Pologne (2003), République de Corée (2006), Roumanie (2002), Serbie (2004) et Slovénie (2007). L’année d’adoption indiquée ci-avant est celle de l’adoption du texte législatif par l’organe législatif compétent selon les indications fournies au secrétariat; il ne s’agit pas de la date de son entrée en vigueur qui, fixée selon des procédures qui varient d’un État à l’autre, peut intervenir un certain temps après l’adoption.

## 10. La Loi type s'applique<sup>8</sup>:

a) Lorsqu'une assistance est demandée dans un État (l'État adoptant) par un tribunal étranger ou un représentant étranger en ce qui concerne une procédure d'insolvabilité étrangère;

b) Lorsqu'une assistance est demandée dans un État étranger en ce qui concerne une procédure d'insolvabilité particulière ouverte en vertu des lois de l'État adoptant;

c) Lorsqu'une procédure étrangère et une procédure d'insolvabilité ouverte en vertu des lois de l'État adoptant visent concurremment le même débiteur;

d) Lorsque des créanciers ou d'autres parties sont intéressées à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou à participer à une procédure en vertu des lois de l'État adoptant.

11. La Loi type prévoit qu'un représentant (le représentant étranger) aura été désigné pour administrer les biens du débiteur insolvable dans un ou plusieurs États ou pour agir en qualité de représentant de la procédure étrangère au moment où une demande est présentée en vertu de la Loi type<sup>9</sup>.

12. La Loi type exige de l'État adoptant qu'il indique le tribunal ou autre autorité compétente ayant pouvoir de connaître des questions qui découlent de ses dispositions<sup>10</sup>. Comme certains États désigneront des organes administratifs plutôt que des tribunaux, la définition du terme "tribunal étranger" englobe les autorités judiciaires et les autres autorités compétentes pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère<sup>11</sup>.

13. La Loi type prévoit la possibilité d'exclure de son champ d'application certaines entités, telles que les banques ou les compagnies d'assurance, dont la faillite pourrait créer des risques systémiques dans l'État adoptant<sup>12</sup>.

14. La Loi type repose sur quatre principes, qui sont les suivants:

a) *Le principe d'"accès"*: ce principe établit les circonstances dans lesquelles un "représentant étranger"<sup>13</sup> a un droit d'accès au tribunal (tribunal

---

<sup>8</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 1-1.

<sup>9</sup>Ibid., art. 2 d; voir également Loi type de la CNUDCI, art. 5, concernant la possibilité donnée à l'État adoptant d'indiquer les représentants autorisés à demander une reconnaissance et des mesures devant un tribunal étranger.

<sup>10</sup>Ibid., art. 4.

<sup>11</sup>Ibid., art. 2 e; définition du terme "tribunal étranger".

<sup>12</sup>Ibid., art. 1-2; voir également les paragraphes 55 à 60 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation, qui examinent la question plus avant.

<sup>13</sup>Défini à l'article 2 d de la Loi type de la CNUDCI.

requis) de l'État adoptant auquel sont demandées une reconnaissance et des mesures<sup>14</sup>;

b) *Le principe de "reconnaissance"*: en vertu de ce principe, le tribunal requis peut décider de reconnaître la procédure étrangère comme procédure étrangère "principale" ou "non principale"<sup>15</sup>;

c) *Le principe de "prononcé de mesures"*: ce principe se réfère à trois situations distinctes. Lorsqu'une demande de reconnaissance est en instance, des mesures provisoires peuvent être accordées pour protéger des biens relevant de la compétence du tribunal requis<sup>16</sup>. Si une procédure est reconnue comme procédure "principale", certaines mesures s'appliquent automatiquement<sup>17</sup>. Des mesures discrétionnaires supplémentaires peuvent être prononcées dans le cas d'une procédure "principale" et des mesures de même ordre peuvent l'être dans le cas d'une procédure reconnue comme "non principale"<sup>18</sup>;

d) *Le principe de "coopération et coordination"*: ce principe oblige les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité des différents États à communiquer et coopérer dans toute la mesure possible pour que la masse de l'insolvabilité du débiteur soit administrée efficacement et équitablement afin d'en maximiser la valeur pour les créanciers<sup>19</sup>.

15. Ces principes visent à promouvoir la réalisation des objectifs d'ordre public suivants<sup>20</sup>:

a) Garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements;

b) 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;

c) Protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur en vue d'une répartition entre les créanciers dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation;

d) Permettre aux tribunaux et autres autorités compétentes de communiquer et de coopérer dans le cadre de procédures d'insolvabilité dans plusieurs États; et

e) Faciliter le redressement des entreprises en difficulté financière de manière à protéger les investissements et préserver les emplois.

<sup>14</sup> Ibid., art. 9.

<sup>15</sup> Ibid., art. 17.

<sup>16</sup> Ibid., art. 19.

<sup>17</sup> Ibid., art. 20.

<sup>18</sup> Ibid., art. 21.

<sup>19</sup> Ibid., art. 25, 26, 27, 29 et 30.

<sup>20</sup> Préambule de la Loi type de la CNUDCI; voir également le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 3.

16. En décembre 2009, l'Assemblée générale a approuvé le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale<sup>21</sup>, qui examine, en se référant à des affaires concrètes, les différents moyens de resserrer la coopération entre les représentants de l'insolvabilité et les tribunaux ou autres organes compétents en vue d'une administration plus équitable et plus efficace de la masse du débiteur insolvable ayant des biens ou des créanciers dans plusieurs pays. Les accords de coopération internationale, qui sont l'un des mécanismes utilisés pour faciliter cette coopération, sont examinés en détail dans le Guide pratique. En fonction du droit interne applicable et de l'objet de l'accord international en question, ce dernier devra parfois être approuvé par un tribunal (ou une autre autorité compétente). Le Guide pratique contient des exemples de tels accords<sup>22</sup>.

## **B. Le point de vue du juge**

17. La Loi type de la CNUDCI souligne qu'il est souhaitable d'en adopter une interprétation uniforme qui tienne compte de son origine internationale<sup>23</sup>. Il est cependant probable que le droit interne de la plupart des États exigera une interprétation conforme à la législation nationale, à moins que l'État adoptant n'ait suivi l'approche "internationale" dans sa propre législation<sup>24</sup>. Même dans ce cas, un tribunal examinant une législation fondée sur la Loi type jugera probablement la jurisprudence internationale utile pour son interprétation.

18. Lorsqu'il aborde les tâches qui lui incombent, le juge<sup>25</sup> a nécessairement un point de vue différent de celui du représentant de l'insolvabilité. Le magistrat a l'obligation de trancher en toute impartialité les questions qui lui sont soumises par une partie sur la base des informations (preuves) produites. Il est tenu d'agir judiciairement, ce qui signifie que toutes les parties intéressées doivent, sauf circonstances exceptionnelles, se voir donner la possibilité d'être entendues sur tous les points pouvant substantiellement influencer sur la décision finale, afin d'assurer la régularité de la procédure. Dans certains États, il est possible que les personnes présidant des autorités

---

<sup>21</sup>Résolution 64/112 de l'Assemblée générale; le texte du Guide pratique de la CNUDCI est disponible à l'adresse: [www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts.html).

<sup>22</sup>Voir, d'une façon générale, le chapitre III du Guide pratique de la CNUDCI et les résumés d'affaires figurant à l'annexe I de celui-ci.

<sup>23</sup>Dans les États adoptant la Loi type telle quelle, celle-ci doit être interprétée compte tenu "de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi" (Loi type de la CNUDCI, art. 8).

<sup>24</sup>En effet, la Loi type de la CNUDCI indique elle-même clairement que les dispositions de tout traité ou accord pertinent auquel est partie l'État adoptant prévalent sur ses propres dispositions (art. 3 et par. 91 à 93 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation).

<sup>25</sup>Voir, dans le glossaire, la définition étendue du terme "juge", au par. 5 *e* ci-dessus.

administratives compétentes<sup>26</sup> ne soient pas soumises aux mêmes contraintes. Alors que dans certains États le droit interne applicable peut obliger le juge à s'assurer de façon indépendante que la décision demandée doit effectivement être rendue, il se peut que dans d'autres la législation nationale autorise le tribunal à donner simplement effet aux souhaits des parties.

19. 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 Loi type. Bien qu'on puisse difficilement généraliser, l'attention se concentrera davantage sur le texte de la Loi type 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<sup>27</sup> ou sont habilitées à développer des aspects particuliers du droit pour lesquels il n'existe pas de règle codifiée<sup>28</sup>.

20. Ces différentes approches pourraient influencer sur la volonté du tribunal requis d'appliquer le principe de coopération entre les tribunaux et de coordination de procédures multiples énoncé dans la Loi type<sup>29</sup>. Si les dispositions de la Loi type relatives à la coopération et à la coordination ont été incorporées au droit interne de l'État adoptant, les mesures pouvant être adoptées à cet égard seront reconnues de manière codifiée.

21. En revanche, lorsque de telles dispositions n'ont pas été expressément adoptées<sup>30</sup>, il peut être difficile de savoir si le droit interne autorise le tribunal à dialoguer avec un tribunal étranger ou à approuver un accord international conclu par des représentants de l'insolvabilité de pays différents et d'autres parties intéressées. La compétence du tribunal dans ce domaine dépendra d'autres dispositions du droit interne applicable. D'un autre côté, les tribunaux investis d'une compétence propre jouiront probablement d'une plus grande marge de manœuvre pour déterminer les mesures pouvant être prises entre tribunaux afin de donner effet au principe de coopération et de coordination auquel la Loi type attache de l'importance.

---

<sup>26</sup> C'est-à-dire les autorités visées par la définition du "tribunal étranger" (Loi type de la CNUDCI, art. 2 e).

<sup>27</sup> Pour un examen de cette compétence propre, voir I.H. Jacob dans "The Inherent Jurisdiction of the Court" *Current Legal Problems* 23 (1970).

<sup>28</sup> Voir par exemple le développement de l'*equity* et du droit de la négligence (*negligence law*) dans les systèmes de *common law*.

<sup>29</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 25 à 27, 29 et 30; voir aussi les paragraphes 187 à 222 ci-dessous.

<sup>30</sup> Par exemple, dans les affaires entre États membres de l'Union européenne (sauf le Danemark), le Règlement CE, qui exige la coopération internationale entre représentants de l'insolvabilité, ne contient aucune référence à la coopération entre les tribunaux.

22. La régularité de la procédure est un concept bien compris par les pays de toutes traditions juridiques. Les normes minimales exigent un processus transparent, la notification aux parties de toutes les communications pouvant être échangées entre les tribunaux compétents et la possibilité pour les parties d'être entendues sur les questions qui se posent, que ce soit en personne ou par le biais de déclarations écrites. Quelle que soit la tradition juridique, il est souhaitable que des garanties soient en place pour assurer la régularité de la procédure<sup>31</sup>. Ces principes revêtent une importance plus grande encore en cas de communications entre les tribunaux.

23. À la différence du représentant de l'insolvabilité participant directement à l'administration de la masse de l'insolvabilité, il est peu probable que le juge ait précisément connaissance des questions soulevées dans une demande initiale présentée au tribunal, même si l'urgence caractérise souvent les affaires d'insolvabilité portant sur des questions complexes et d'importantes sommes d'argent<sup>32</sup>. Le juge qui n'a pas déjà l'expérience de ce type de procédure pourrait avoir besoin de l'assistance du représentant étranger<sup>33</sup>, généralement par l'intermédiaire de son conseil. Cette assistance pourrait revêtir la forme d'éléments de preuve et de mémoires succincts mais informatifs.

24. D'un point de vue institutionnel, il faut que le juge ait suffisamment de temps pour lire et assimiler les informations qui lui sont fournies avant de convoquer une audience, le délai requis dépendant dans chaque cas de l'urgence avec laquelle il doit statuer sur la demande, de l'ampleur et de la complexité de l'administration de la masse de l'insolvabilité, du nombre d'États concernés, des conséquences économiques des décisions pouvant être adoptées et des facteurs intéressant l'ordre public.

25. Lors du colloque judiciaire tenu à Vancouver en juin 2009<sup>34</sup>, plus de 80 juges d'une quarantaine de pays ont exprimé l'opinion qu'il faudrait envisager de fournir une assistance aux juges (sous réserve de la nécessité essentielle de préserver l'indépendance judiciaire et l'intégrité du système judiciaire de l'État concerné) sur les façons d'aborder les questions découlant de la Loi type. Le présent texte vise précisément à fournir cette assistance. Sa forme finale a évolué à la suite d'une série de consultations informelles menées essentiellement avec des juges mais aussi avec des praticiens de l'insolvabilité et d'autres experts, avec le Groupe de travail V (droit de l'insolvabilité) et avec les participants au neuvième Colloque judiciaire

---

<sup>31</sup> Voir également les paragraphes 187 à 222 ci-dessous.

<sup>32</sup> L'article 17-3 de la Loi type de la CNUDCI insiste sur la nécessité de statuer rapidement sur les demandes de reconnaissance d'une procédure étrangère.

<sup>33</sup> Tel que défini à l'article 2 d de la Loi type de la CNUDCI.

<sup>34</sup> Pour ce qui est des rapports des colloques judiciaires, voir note 1.

multinational, tenu à Singapour en mars 2011. Il a également été transmis aux gouvernements pour observations avant son examen par la Commission en juillet 2011<sup>35</sup>. Le texte a été actualisé en 2013, comme il est noté dans la préface. Avant d'être examinées par la Commission en juillet 2013, les mises à jour du texte ont été soumises au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), à sa quarante-troisième session (avril 2013), et aux participants au dixième Colloque judiciaire multinational, tenu à La Haye en mai 2013.

### **C. Objet de la Loi type de la CNUDCI**

26. La Loi type de la CNUDCI reflète, en matière d'insolvabilité internationale, les pratiques caractéristiques de systèmes d'insolvabilité modernes et efficaces. Les États adoptants sont encouragés à l'utiliser pour introduire certains ajouts et améliorations utiles à leurs régimes nationaux d'insolvabilité, afin de résoudre plus facilement les problèmes qui se posent dans les affaires d'insolvabilité internationale.

27. Comme indiqué ci-dessus, la Loi type respecte les différences entre les règles de procédure nationales et ne tente pas d'unifier quant au fond les législations sur l'insolvabilité. Elle constitue plutôt un cadre de coopération entre les pays, en proposant des solutions utiles à plusieurs titres, modestes mais importants:

*a)* En donnant au représentant étranger le droit d'accéder aux tribunaux de l'État adoptant, ce qui lui permet de demander des mesures apportant un "répit" et donne au tribunal requis la possibilité de déterminer quelle coordination assurer entre les juridictions ou quelles autres mesures accorder pour régler au mieux l'insolvabilité;

*b)* En déterminant dans quels cas une procédure d'insolvabilité étrangère doit se voir accorder la "reconnaissance" et quelles peuvent être les conséquences de cette reconnaissance;

*c)* En prévoyant un régime transparent pour ce qui est du droit des créanciers étrangers d'engager une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant ou d'y participer;

*d)* En autorisant les tribunaux de l'État adoptant à coopérer efficacement avec les tribunaux et les représentants participant à une procédure d'insolvabilité étrangère;

---

<sup>35</sup>Voir à l'annexe II la décision prise par la Commission le 1<sup>er</sup> juillet 2011, portant adoption du texte intitulé "Le point de vue du juge".

e) En autorisant les tribunaux de l'État adoptant et les personnes administrant une procédure d'insolvabilité dans cet État à demander une assistance à l'étranger;

f) En établissant des règles de coordination lorsque deux procédures d'insolvabilité se déroulent simultanément dans l'État adoptant et dans un autre État;

g) En établissant des règles pour la coordination des mesures accordées dans l'État adoptant en faveur de deux procédures d'insolvabilité ou plus pouvant être ouvertes dans plusieurs États concernant le même débiteur.

28. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type de la CNUDCI insiste sur l'importance de la coopération dans les procédures d'insolvabilité internationale pour ce qui est d'assurer le bon déroulement de ces procédures et d'obtenir des résultats optimaux. Un des éléments clefs est la coopération entre les tribunaux participant aux diverses procédures et entre ces tribunaux et les représentants de l'insolvabilité nommés dans ces procédures<sup>36</sup>. Un aspect essentiel de la coopération peut consister à encourager la communication entre les représentants de l'insolvabilité et/ou d'autres autorités chargées d'administrer les procédures d'insolvabilité dans les États concernés<sup>37</sup>. La Loi type prévoit que les tribunaux sont autorisés à coopérer et à communiquer au niveau international mais ne précise pas les modalités de cette coopération et de cette communication, laissant le soin à chaque État d'appliquer ses propres lois ou pratiques à cette fin. Elle propose toutefois plusieurs moyens d'assurer cette coopération<sup>38</sup>.

29. La faculté donnée aux tribunaux, avec une participation appropriée des parties, de communiquer "directement" avec les tribunaux ou les représentants étrangers et de leur demander "directement" information et assistance vise à éviter les longues procédures traditionnelles telles que les commissions rogatoires. Étant donné que les procédures d'insolvabilité sont par nature chaotiques et que la valeur des actifs diminue rapidement à mesure que le temps passe, cette faculté est fondamentale lorsque les tribunaux doivent agir très vite.

---

<sup>36</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 25 et 26. Voir aussi le Guide pratique de la CNUDCI.

<sup>37</sup>Voir par exemple au chapitre III du Guide pratique de la CNUDCI la discussion concernant l'utilisation d'accords internationaux.

<sup>38</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 27; voir aussi le Guide pratique de la CNUDCI, chap. II.

### III. Interprétation et application de la Loi type de la CNUDCI

#### A. Le principe d'“accès”

30. La Loi type de la CNUDCI prévoit qu'une procédure est ouverte sur présentation d'une demande au tribunal requis par un représentant de l'insolvabilité d'un débiteur nommé dans un autre État, à savoir le “représentant étranger”. Ce dernier peut demander:

a) L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu des lois de l'État adoptant<sup>39</sup>;

b) La reconnaissance de la procédure étrangère dans l'État adoptant<sup>40</sup>, pour pouvoir:

- i) Participer à une procédure d'insolvabilité en cours dans cet État<sup>41</sup>;
- ii) Demander des mesures en vertu de la Loi type<sup>42</sup>; ou
- iii) Si le droit interne l'autorise, intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur est partie<sup>43</sup>.

31. L'article 2 de la Loi type de la CNUDCI définit les termes “procédure étrangère” et “représentant étranger”.

#### *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;

<sup>39</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 11, et Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 112 à 114.

<sup>40</sup>Ibid., art. 15, et par. 127 à 136.

<sup>41</sup>Ibid., art. 12, et par. 115 à 117, où il est précisé que l'objet de l'article 12 est de donner au représentant étranger la capacité de “participer” à la procédure en présentant 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. Si la loi de l'État adoptant utilise un terme autre que “participer” pour exprimer cette notion, cet autre terme pourra être utilisé dans la loi donnant effet à la Loi type. Il convient de noter que le terme “intervenir” est employé à l'article 24, pour viser le cas où le représentant étranger prend part à une action individuelle intentée par ou contre le débiteur (par opposition à une procédure d'insolvabilité collective).

<sup>42</sup>Ibid., art. 19 et 21, par. 170 à 175 et 189 à 195.

<sup>43</sup>Ibid., art. 24 et par. 204 à 208; voir note 41 ci-avant sur l'utilisation du terme “intervenir”.

...

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;

32. Les définitions des termes “représentant étranger” et “procédure étrangère” sont liées. Pour être considérée comme un “représentant étranger”, une personne doit administrer “une procédure collective judiciaire ou administrative, ... régie par une loi relative à l’insolvabilité..., 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”, ou agir en qualité de représentant de la procédure étrangère<sup>44</sup>. Un “représentant étranger” a le droit de s’adresser directement au tribunal requis<sup>45</sup>.

33. Dans certaines circonstances, on pourrait faire valoir qu’une entité administrée par un “représentant étranger” n’est pas un “débiteur” aux fins du droit interne devant être appliqué par le tribunal requis<sup>46</sup>. Une question de cette nature s’est posée dans l’affaire *Rubin c. Eurofinance* (affaire n° 23)<sup>47</sup>. Un tribunal aux États-Unis avait nommé des administrateurs judiciaires et des gérants pour un débiteur désigné sous le nom de “The Consumers Trust”. Une fiducie répondant à cette description est reconnue comme personne morale — une “fiducie commerciale” — par le droit américain mais pas par le droit anglais. Lorsqu’une demande de reconnaissance a été soumise au tribunal anglais, on a argué que la loi anglaise ne considérait pas une telle fiducie comme un “débiteur”. Le juge a rejeté cet argument au motif que, compte tenu des origines internationales de la Loi type de la CNUDCI, il serait pernicieux de donner une interprétation locale au terme “débiteur”<sup>48</sup>. Le juge a soulevé une autre question qui était de savoir si les dispositions de la Loi type concernant les mesures disponibles pouvaient s’appliquer à un débiteur non reconnu en tant que tel par le droit anglais, mais a déterminé qu’en l’espèce, il n’était pas nécessaire de régler cette question<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> La définition du terme “tribunal étranger” est examinée au paragraphe 12 ci-dessus.

<sup>45</sup> Ibid., art. 9.

<sup>46</sup> Le terme “débiteur” n’est pas défini dans la Loi type.

<sup>47</sup> On trouvera à l’annexe I les références complètes des affaires mentionnées dans le texte.

<sup>48</sup> *Rubin c. Eurofinance* (première instance), par. 39 et 40.

<sup>49</sup> Ibid., par. 41.

34. La question de savoir si le “représentant étranger” est autorisé à agir comme représentant de la liquidation ou du redressement d’un débiteur est régie par la loi applicable de l’État dans lequel a été ouverte la procédure d’insolvabilité<sup>50</sup>. Dans certains cas, il peut être souhaitable d’avoir l’avis d’experts sur la loi applicable pour déterminer si une procédure particulière entre dans le champ des définitions. Dans d’autres cas, lorsque le tribunal requis connaît bien la procédure en question, l’avis d’experts peut ne pas être nécessaire. Lorsqu’il ressort de la décision de nomination du représentant étranger que cette personne satisfait à la définition de l’article 2 *d*, le tribunal peut faire fond sur la présomption établie par l’article 16-1 de la Loi type.

35. Dans l’affaire *Stanford International Bank* (affaire n° 26), le tribunal anglais de première instance a estimé qu’un administrateur judiciaire nommé aux États-Unis 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 débitrice<sup>51</sup>. Cette observation a été faite dans le contexte d’une administration dont le tribunal anglais a finalement jugé qu’il ne s’agissait pas d’une procédure collective au sens de la loi relative à l’insolvabilité<sup>52</sup>.

36. Selon la Loi type de la CNUDCI, un “représentant étranger” peut être une personne désignée “à titre provisoire” mais non une personne qui n’a pas encore été nommée, par exemple en raison d’un sursis à l’exécution d’une ordonnance désignant le représentant de l’insolvabilité dans l’attente d’une décision en appel<sup>53</sup>. Si le statut du représentant étranger est modifié après sa nomination, cette question serait traitée conformément à l’alinéa *a* de l’article 18. Une solution pour déterminer si un “représentant étranger” a capacité pour agir consiste à examiner si les critères de la définition de la “procédure étrangère” sont réunis avant de décider si le demandeur a été autorisé<sup>54</sup> à administrer un redressement ou une liquidation des biens ou des affaires du débiteur conforme aux conditions requises ou à agir en qualité de représentant de la procédure étrangère.

---

<sup>50</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 5.

<sup>51</sup>*Stanford International Bank* (première instance), par. 85.

<sup>52</sup>Cf. par. 77 ci-dessous.

<sup>53</sup>Voir la définition du terme “représentant étranger” à l’article 2 *d* de la Loi type de la CNUDCI. Un représentant étranger qui a déjà été nommé, mais dont le statut pourrait faire l’objet d’un nouvel examen par le tribunal d’origine, pourrait être considéré comme un représentant étranger aux fins de l’article 2 (voir l’affaire *Lightsquared* (affaire n° 18), par. 19 et 20). Toutefois, si le statut du représentant étranger venait à être modifié à la suite de ce nouvel examen, le tribunal requis devrait revoir la question à la lumière de l’article 18 de la Loi type.

<sup>54</sup>Aux fins de la Loi type de la CNUDCI, art. 2 *d*.

37. Dans le cadre de cette solution, le juge devrait s'assurer que:

a) La "procédure étrangère" dont la reconnaissance est demandée est une procédure judiciaire ou administrative (y compris provisoire) dans un État étranger<sup>55</sup>;

b) La procédure a un caractère "collectif"<sup>56</sup>;

c) La procédure judiciaire ou administrative découle d'une loi relative à l'insolvabilité et que dans cette procédure, 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;

d) Le contrôle ou la surveillance sont assurés par un "tribunal étranger", c'est-à-dire une "autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère"<sup>57</sup>; et

e) Le demandeur a été autorisé dans la 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"<sup>58</sup>.

38. Il est souvent essentiel que le représentant étranger puisse obtenir rapidement la reconnaissance (et donc des mesures)<sup>59</sup> pour protéger efficacement les biens du débiteur de la dispersion et de la dissimulation. Pour cette raison, le tribunal requis est tenu de se prononcer sur la demande "le plus tôt possible"<sup>60</sup>. L'expression "le plus tôt possible" est relativement souple. Certaines affaires peuvent être si simples que la procédure de reconnaissance ne prendra que quelques jours. Dans d'autres cas, surtout si la reconnaissance est contestée, "le plus tôt possible" peut signifier plusieurs mois. Des mesures provisoires peuvent être prononcées au besoin pendant que la demande de reconnaissance est en instance<sup>61</sup>.

## B. Le principe de "reconnaissance"

### 1. Observations liminaires

39. Le principe de "reconnaissance" a pour objet d'éviter de longues procédures en assurant un règlement rapide des demandes de reconnaissance,

---

<sup>55</sup> Voir la discussion sur les décisions provisoires et définitives dans *Gerova* (affaire n° 14), note 81 ci-dessous.

<sup>56</sup> Voir les paragraphes 71 à 78 ci-dessous.

<sup>57</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 2 e, et par. 12 ci-dessus.

<sup>58</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 2 d.

<sup>59</sup> Ibid., voir en particulier les articles 20, 21, 23 et 24. Pour ce qui est des mesures provisoires disponibles pendant que la demande de reconnaissance est en instance, voir art. 19.

<sup>60</sup> Ibid., art. 17-3.

<sup>61</sup> Voir les paragraphes 150 à 159 ci-dessous.

ce qui sécurise le processus et permet au tribunal requis, une fois la reconnaissance accordée, de statuer en temps voulu sur les mesures pouvant être accordées.

40. On trouvera ci-après un aperçu général du principe de reconnaissance. Une discussion plus détaillée de ses éléments constitutifs figure aux paragraphes 59 à 143 ci-dessous.

## 2. Règles de preuve

41. Pour obtenir la reconnaissance de la procédure étrangère, le représentant étranger doit présenter une demande conformément à la Loi type de la CNUDCI. L'article 15 de la Loi type énonce les conditions auxquelles doit répondre cette demande. Pour déterminer si une procédure étrangère doit être reconnue, le tribunal requis se limite à examiner les conditions de compétence posées dans la définition<sup>62</sup>. 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; si la procédure satisfait aux dispositions de l'article 15, elle devrait être reconnue en vertu de l'article 17.

### *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.

<sup>62</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 2 *a*.

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.

### ***3. Pouvoir de reconnaître une procédure étrangère***

42. Le pouvoir du tribunal requis de reconnaître une procédure étrangère découle de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI.

#### *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.

43. Pour faciliter la reconnaissance, l'article 16 crée certaines présomptions concernant l'authenticité des documents et le contenu de la décision d'ouverture de la procédure étrangère et de désignation du représentant étranger.

*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 présumé être le centre de ses intérêts principaux.

44. Le représentant étranger est soumis à une obligation continue d'information. Il doit rapidement informer le tribunal requis de toute modification substantielle du statut de la procédure étrangère reconnue ou du statut de sa nomination, et de toute autre procédure étrangère concernant le même débiteur dont il a pris connaissance<sup>63</sup>.

45. Le paragraphe 2 de l'article 17 détermine le statut de la procédure étrangère aux fins de sa reconnaissance. Il dispose que la procédure ne peut être reconnue que comme "procédure étrangère principale" ou "procédure étrangère non principale"<sup>64</sup>. La première est une procédure étrangère qui a lieu dans l'État où le débiteur a "le centre de ses intérêts principaux"<sup>65</sup>, tandis que la seconde est une procédure étrangère qui a lieu dans un État où le débiteur a "un établissement". 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"<sup>66</sup>. Implicitement, la Loi type de la CNUDCI ne prévoit pas la reconnaissance d'autres types de procédures d'insolvabilité, par exemple celles ouvertes en raison de la seule présence de biens dans un État<sup>67</sup>. Toutefois, on pourra noter que certains États ayant adopté la Loi type accordent des pouvoirs supplémentaires aux tribunaux en vertu d'autres lois<sup>68</sup> pour appuyer les procédures étrangères qui pourraient comprendre des procédures non sujettes à reconnaissance en vertu de la Loi type.

<sup>63</sup> Ibid., art. 18.

<sup>64</sup> Ibid., voir la définition de ces termes à l'article 2 *b* et *c*.

<sup>65</sup> Ce terme n'est pas défini dans la Loi type de la CNUDCI; voir la discussion aux paragraphes 93 à 135 ci-dessous.

<sup>66</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 2 *f*, voir par. 136 à 142 ci-dessous.

<sup>67</sup> Voir le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, paragraphes 85 et 156.

<sup>68</sup> Voir par exemple l'article 8 de la Loi de la Nouvelle-Zélande sur l'insolvabilité internationale (*Insolvency (Cross-Border) Act*), de 2006, et l'article 426 de la Loi du Royaume-Uni sur l'insolvabilité (*Insolvency Act*), de 1986.

46. L'affaire *Bear Stearns* (affaire n° 4) est un exemple d'affaire où une "procédure étrangère" a été considérée comme n'étant ni une "procédure étrangère principale" ni une "procédure étrangère non principale". Le tribunal de première instance puis la cour d'appel ont tous deux estimé que la liquidation provisoire ouverte aux îles Caïmanes ne répondait à aucune des deux qualifications, les éléments de preuve n'établissant ni que le centre des intérêts principaux du débiteur était situé aux îles Caïmanes, ni que celui-ci y exerçait une activité de façon non transitoire. La procédure n'a donc pas été reconnue.

#### 4. *Réciprocité*

47. La Loi type de la CNUDCI ne contient aucune règle de réciprocité. Il n'est pas prévu que la reconnaissance d'une procédure étrangère puisse être refusée au seul motif qu'un tribunal de l'État dans lequel la procédure étrangère a été ouverte n'accorderait pas des mesures similaires à un représentant de l'insolvabilité de l'État adoptant. Le juge doit néanmoins être conscient du fait que certains États ayant adopté des textes législatifs fondés sur la Loi type ont inclus des clauses de réciprocité en matière de reconnaissance<sup>69</sup>.

#### 5. *L'exception d'"ordre public"*

48. Le tribunal requis peut refuser de prendre une quelconque mesure visée par la Loi type, y compris de refuser la reconnaissance ou les mesures demandées lorsqu'une telle mesure serait "manifestement contraire" à l'ordre public de l'État sur le territoire duquel il se trouve<sup>70</sup>. La notion d'ordre public est ancrée dans la législation nationale et peut différer selon les États. C'est la raison pour laquelle la Loi type n'en donne pas de définition uniforme.

49. Dans certains États, l'expression "ordre public" peut avoir un sens large, et se rapporter en principe à toute règle impérative du droit national. Dans beaucoup d'autres, on considère l'exception d'ordre public comme se rapportant uniquement aux principes fondamentaux du droit, en particulier aux garanties constitutionnelles. Elle n'y est donc utilisée pour refuser l'application de la législation étrangère ou la reconnaissance d'une sentence arbitrale ou d'un jugement étrangers que dans les cas où agir autrement irait à l'encontre de ces principes fondamentaux. Ce que l'on entend par principe

---

<sup>69</sup> Par exemple l'Afrique du Sud, le Mexique, l'Ouganda et la Roumanie.

<sup>70</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 6.

fondamental est régi par la législation constitutionnelle et le droit législatif de l'État requis. Dans l'affaire *Ephedra* (affaire n° 10), l'impossibilité de soumettre certaines questions devant être résolues dans la procédure canadienne à un procès avec un jury canadien, alors qu'un droit constitutionnel à un tel procès existait aux États-Unis, n'a pas été considérée comme "manifestement contraire à l'ordre public des États-Unis". Le tribunal aux États-Unis a jugé, en appel, que le terme "manifestement contraire à l'ordre public" créait une exception très restreinte "ne devant être invoquée que dans des circonstances exceptionnelles pour des questions d'une importance fondamentale pour l'État adoptant". Il a conclu que, malgré l'importance aux États-Unis du droit constitutionnel à un procès avec jury, la procédure en question était clairement équitable et impartiale pour les créanciers (même en l'absence de procès avec jury) et que la disposition de la législation des États-Unis équivalant à l'article 6 de la Loi type n'exigeait rien de plus<sup>71</sup>.

50. Pour l'applicabilité de l'exception d'ordre public dans le contexte de la Loi type de la CNUDCI, il importe d'établir une distinction entre la notion d'ordre public appliquée aux affaires intérieures et la notion d'ordre public utilisée en matière de coopération internationale et de reconnaissance des effets des lois étrangères. C'est particulièrement dans ce dernier cas que l'on donne à l'ordre public un sens plus restreint qu'à l'ordre public intérieur. Cette dichotomie reflète le fait que la coopération internationale serait indûment entravée si l'on donnait un sens large à la notion d'ordre public dans ce contexte.

51. L'expression "manifestement contraire" employée dans de nombreux textes juridiques internationaux pour nuancer l'expression "ordre public" vise à insister sur le fait que les exceptions d'ordre public devraient être interprétées de manière restrictive et que l'ordre public ne devrait être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles pour des questions d'une importance fondamentale aux yeux de l'État adoptant<sup>72</sup>.

52. Sauf pour ce qui est de l'exception d'ordre public, la Loi type ne prévoit pas que le tribunal requis évalue le bien-fondé de la décision du tribunal étranger par laquelle la procédure a été ouverte ou le représentant étranger désigné<sup>73</sup>.

53. Outre l'affaire *Ephedra*, l'application de l'exception d'ordre public a été envisagée dans plusieurs autres affaires. Dans l'affaire *Gold & Honey* (affaire n° 15), un tribunal aux États-Unis a refusé de reconnaître une

---

<sup>71</sup> *Ephedra*, p. 336 et 337.

<sup>72</sup> Voir par exemple le paragraphe 53 ci-dessous.

<sup>73</sup> Voir le paragraphe 41 ci-avant.

procédure israélienne pour plusieurs motifs, dont celui d'ordre public. Dans cette affaire, une ordonnance de règlement judiciaire avait été rendue en Israël contre une société débitrice après qu'une procédure d'insolvabilité eut été ouverte aux États-Unis et après qu'il eut été automatiquement sursis aux mesures d'exécution. Le juge des États-Unis a refusé de reconnaître la procédure de règlement judiciaire en Israël car non seulement la procédure israélienne n'était pas une procédure collective, ni une procédure dans laquelle les biens et les affaires du débiteur étaient soumis au contrôle ou à la surveillance du tribunal, mais la reconnaissance "aurait eu pour effet de récompenser et de légitimer la violation du sursis automatique et des ordonnances ultérieures du tribunal concernant la suspension des mesures d'exécution"<sup>74</sup>. Étant donné que la reconnaissance aurait sérieusement compromis "la possibilité pour les tribunaux de faillite des États-Unis 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"<sup>75</sup>, le juge aux États-Unis a considéré que les conditions rigoureuses qui devaient être remplies pour pouvoir invoquer l'exception d'ordre public avaient été réunies.

54. Dans l'affaire *Toft* (affaire n° 28), un tribunal aux États-Unis a refusé d'accorder au représentant étranger d'une procédure d'insolvabilité allemande le droit d'intercepter le courrier postal et électronique du débiteur aux États-Unis. Le juge a estimé qu'une telle décision relevait de l'exception d'ordre public, car elle dépassait les limites des pouvoirs traditionnellement conférés par le droit des États-Unis aux représentants des créanciers, et constituait une mesure prohibée par la loi américaine, susceptible d'exposer quiconque se chargerait de l'exécuter à des poursuites pénales. La demande de telles mesures *ex parte* était également contraire au droit des États-Unis. Une ordonnance similaire avait été reconnue et exécutée en Angleterre au motif que: *a*) les mesures accordées en Allemagne ne portaient pas atteinte à l'ordre public anglais 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 allemande, et sa requête avait été rejetée par le tribunal allemand<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> *Gold & Honey*, p. 371.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 372.

<sup>76</sup> Décision de la *High Court of England and Wales*, 16 février 2011.

## 6. Procédures étrangères “principales” et “non principales”

55. Une “procédure étrangère” peut seulement être reconnue comme “principale” ou “non principale”. La distinction fondamentale entre ces deux catégories concerne les mesures pouvant être accordées à la suite de la reconnaissance. La reconnaissance d’une procédure “principale” entraîne une interdiction ou une suspension automatique des actions individuelles des créanciers ou des mesures d’exécution contre les biens du débiteur<sup>77</sup> et un “gel” automatique de ces biens<sup>78</sup>, à certaines exceptions près<sup>79</sup>.

## 7. Révision ou rétractation de la décision de reconnaissance

56. Le tribunal requis peut revoir sa décision de reconnaître une procédure étrangère comme “principale” ou “non principale” s’il est démontré que “les motifs de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu’ils ont cessé d’exister”<sup>80</sup>.

57. Les circonstances pouvant justifier la modification ou la cessation de la reconnaissance pourraient être par exemple les suivantes:

- a) Si la procédure étrangère reconnue a pris fin;
- b) Si l’ordonnance ouvrant la procédure étrangère d’insolvabilité a été infirmée en appel dans l’État en question<sup>81</sup>;
- c) Si la nature de la procédure étrangère reconnue a changé, par exemple si une procédure de redressement a été convertie en procédure de liquidation ou si le statut du représentant étranger a été modifié;
- d) Si des faits nouveaux exigent ou justifient un changement de la décision du tribunal, par exemple si le représentant étranger n’a pas respecté les conditions auxquelles le tribunal a accordé des mesures<sup>82</sup>.

<sup>77</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 20-1 a et b.

<sup>78</sup>Ibid., art. 20-1 c.

<sup>79</sup>Ibid., art. 20-2. La reconnaissance des procédures étrangères “principales” et “non principales” est examinée plus en détail aux paragraphes 93 à 143 ci-dessous.

<sup>80</sup>Ibid., art. 17-4.

<sup>81</sup>Dans l’affaire *Gerova* (affaire n° 14), certains créanciers ont fait valoir que la procédure étrangère ne devrait pas être reconnue aux États-Unis car la décision de l’engager était susceptible de recours. Le tribunal aux États-Unis a estimé qu’aucune disposition des sections 1517 ou 1515 du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis [article 17 ou article 15 de la Loi type] n’exigeait que la décision soit définitive ou ne soit pas susceptible de recours. Le tribunal a fait observer que la décision du tribunal étranger était suffisante pour permettre aux représentants étrangers d’accomplir leurs devoirs et que, si elle devait être infirmée en appel, la section 1518 du chapitre 15 [article 18 de la Loi type] les obligerait à informer le tribunal en conséquence (p. 94).

<sup>82</sup>Voir Guide pour l’incorporation et l’interprétation, par. 164 à 166.

58. Une décision de reconnaissance est également susceptible d'appel ou de recours conformément à la législation interne applicable. Certaines procédures d'appel régies par les lois nationales donnent à la cour d'appel le pouvoir d'examiner quant au fond l'ensemble de l'affaire, y compris les éléments de fait. Les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sont sans incidence sur les procédures d'appel d'un État adoptant.

## C. Le processus de reconnaissance

### 1. Observations liminaires

59. Pour que la procédure soit reconnue comme "procédure étrangère", le représentant étranger doit convaincre le tribunal requis qu'il s'agit d'une procédure<sup>83</sup>:

a) Collective judiciaire ou administrative ouverte dans un État étranger;

b) Régie par une loi relative à l'insolvabilité, et dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger; et

c) Menée aux fins d'un redressement ou d'une liquidation.

60. Si l'on examine séparément les éléments de cette définition, des questions se posent quant à la signification de l'expression "procédure collective judiciaire ou administrative", à la nature de la "loi relative à l'insolvabilité" et à l'existence d'un "contrôle" ou d'une "surveillance" par un tribunal étranger. Ces concepts sont liés à la compétence juridictionnelle et, logiquement, ils doivent être déterminés avant qu'il ne soit décidé si la "procédure étrangère" est une procédure "principale" ou "non principale"<sup>84</sup>.

61. Si le tribunal requis conclut qu'il se trouve en présence d'une "procédure étrangère", il porte alors son attention sur le statut de cette procédure. Les expressions "procédure étrangère principale" et "procédure étrangère non principale" sont définies à l'article 2.

---

<sup>83</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 2 a, définition de la "procédure étrangère".

<sup>84</sup>Ibid., art. 17-2, qui souligne la nécessité de déterminer le statut de la procédure étrangère que le tribunal requis est appelé à reconnaître.

## Article 2. Définitions

Aux fins de la présente Loi:

...

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;

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.

62. La question cruciale, pour déterminer si une procédure étrangère (concernant un débiteur ayant le statut de personne morale) doit être considérée comme “principale”, est de savoir si elle a lieu “dans un État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux”<sup>85</sup>. Dans le cas d’une personne physique, le “centre de ses intérêts principaux” est réputé être sa “résidence habituelle”<sup>86</sup>. Dans l’affaire *Re Stojevic*<sup>87</sup>, le tribunal anglais a jugé que, pour l’essentiel, la résidence habituelle d’un homme était son domicile établi et permanent, le lieu où il vivait avec sa femme et sa famille jusqu’à ce que les membres les plus jeunes de la famille grandissent et quittent le foyer, le lieu où il revenait après un voyage d’affaires ailleurs ou à l’étranger. Il a également noté qu’un homme pouvait avoir une résidence autre que son domicile établi et permanent, appelée résidence ordinaire, où il séjournait lorsqu’il se déplaçait pour affaires ou en vacances avec sa femme et sa famille. Selon la nature de son travail, un homme pouvait très bien séjourner la plus grande partie du temps ailleurs qu’à son domicile établi et permanent où vivaient sa femme et sa famille.

63. Dans l’affaire *Williams c. Simpson* (n° 5) (affaire n° 30), le tribunal néo-zélandais a estimé que toute décision concernant le lieu de la résidence habituelle devait pour l’essentiel se fonder sur les faits de l’espèce. Il a noté qu’il conviendrait de prendre en compte divers facteurs tels “l’intention ferme de résider dans un pays, la durée du séjour déjà effectuée et sa durée envisagée pour le futur, l’objet du séjour, l’intensité des liens entretenus avec

<sup>85</sup> Voir la discussion aux paragraphes 93 à 135 ci-dessous.

<sup>86</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 16-3.

<sup>87</sup> [2007] BPIR 141, par. 58 et suivants.

l'État concerné, ainsi qu'avec tout autre État (tant dans le passé, qu'actuellement), le degré d'assimilation dans le pays (y compris le mode de vie et la scolarisation) et l'intégration sur les plans culturel, social et économique"<sup>88</sup>. Bien que le débiteur eût exercé des activités professionnelles en Angleterre, qu'il y eût parfois résidé et qu'il eût été en possession à la fois d'un passeport anglais et d'un passeport néo-zélandais, le tribunal a estimé que les éléments de preuve étaient insuffisants pour réfuter la présomption et que la résidence habituelle du débiteur se trouvait en Nouvelle-Zélande.

64. Pour démontrer l'existence d'une "procédure non principale", la preuve à apporter est moins rigoureuse: le débiteur doit avoir "un établissement" dans l'État où a lieu la procédure étrangère. Le terme "établissement" est défini comme étant "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"<sup>89</sup>. Il se pose toutefois une question juridique, quant à savoir si l'expression "non transitoire" désigne la durée de l'activité économique en question ou le lieu où elle est exercée.

65. Comme on l'a noté plus haut<sup>90</sup>, la décision de reconnaître la procédure étrangère comme "principale" ou "non principale" a d'importantes incidences. La reconnaissance d'une procédure étrangère comme procédure "principale" entraîne automatiquement des mesures de sursis aux différentes mesures d'exécution qui pourraient autrement être adoptées dans le ressort du tribunal requis<sup>91</sup>. En revanche, dans le cas d'une procédure "non principale", le représentant étranger ne peut obtenir que des mesures discrétionnaires<sup>92</sup>.

66. Du point de vue de la preuve, le tribunal requis peut présumer que:

a) La décision ou le certificat du type visé à l'article 15-2 est authentique<sup>93</sup>;

b) Tous les documents soumis à l'appui de la demande de reconnaissance sont authentiques, qu'ils aient ou non été "légalisés"<sup>94</sup>;

c) "Sauf preuve contraire, le siège statutaire ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur" est le centre de ses intérêts principaux<sup>95</sup>.

---

<sup>88</sup> *Williams c. Simpson* (n° 5), par. 42, citant les décisions dans l'affaire *Basingstoke c. Groot* [2007] NZFLR 363 (CA); voir également les débats de la United States Bankruptcy Court dans l'affaire *In re Paul Zeital Kemsley*, 489 B.R. 346 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) [CLOUT, décision n° 1274].

<sup>89</sup> Loi type de la CNUDCI, art.2 f; voir aussi la discussion aux paragraphes 136 à 143 ci-dessous.

<sup>90</sup> Voir par. 55 ci-dessus.

<sup>91</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 20; voir aussi par. 160 à 167 ci-dessous.

<sup>92</sup> *Ibid.*, art. 21; voir aussi par. 168 à 186 ci-dessous.

<sup>93</sup> *Ibid.*, art. 16-1.

<sup>94</sup> *Ibid.*, art. 16-2.

<sup>95</sup> *Ibid.*, art. 16-3; voir par. 93 à 135 ci-dessous.

67. D'ordinaire, la question de savoir si une "procédure étrangère" répond aux conditions que doit réunir une procédure "principale" sera tranchée sur la base d'avis d'experts concernant les dispositions pertinentes du droit interne de l'État dans lequel la procédure a été ouverte. Pour déterminer s'il existe un "établissement" (pour démontrer l'existence d'une procédure non principale), il convient de se référer aux faits. Selon la législation nationale applicable, le tribunal requis pourra, en l'absence d'avis d'experts, faire fond sur le texte des lois pertinentes et recourir à d'autres méthodes d'interprétation pour déterminer le statut de la procédure d'insolvabilité dont il s'agit<sup>96</sup>.

68. Plusieurs décisions sur la signification des expressions "procédure étrangère", "procédure étrangère principale" et "procédure étrangère non principale" ont concerné des sociétés appartenant à des groupes. Aux fins de la Loi type, l'accent est mis sur les entités individuelles et donc sur chaque société membre d'un groupe considérée comme une personne morale distincte<sup>97</sup>. Le centre des intérêts principaux de chacune des sociétés d'un groupe peut se trouver dans le même pays, auquel cas la procédure d'insolvabilité de ces sociétés peut se dérouler dans un seul pays, mais la Loi type ne prévoit pas de traiter la question du centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés en tant que tel.

69. Sauf preuve contraire, la reconnaissance d'une procédure étrangère principale atteste, aux fins de l'ouverture d'une procédure en vertu de la législation de l'État qui la reconnaît, que le débiteur est insolvable<sup>98</sup>.

## 2. *Éléments de la définition du terme "procédure étrangère"*

70. Les paragraphes qui suivent portent sur les diverses caractéristiques que doit avoir une "procédure étrangère" en vertu de l'article 2. Bien qu'examinées séparément, ces caractéristiques sont cumulatives et l'alinéa *a* de l'article 2 doit être considéré comme un tout. Lors de l'examen de la demande de reconnaissance, on examine la question de savoir si la procédure étrangère comporte ou a comporté ces caractéristiques, en référence à la date d'ouverture de la procédure étrangère<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup>On trouve un exemple de cette approche dans l'affaire *Betcorp* (affaire n° 5), dans laquelle la United States Bankruptcy Court s'est référée aux mémoires explicatifs qui sont joints aux projets de loi en Australie pour aider le Parlement à comprendre l'objet et la structure des textes qui lui sont soumis. Les tribunaux australiens peuvent se référer à de tels mémoires pour lever plus facilement des ambiguïtés, mais ils ne sont pas tenus de le faire (p. 282 et 283).

<sup>97</sup>Ce point est souligné par le tribunal canadien dans l'affaire *Lightsquared* (affaire n° 18), par. 29; voir également *Eurofood* (affaire n° 11), par. 37 (décision fondée sur le Règlement CE).

<sup>98</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 31.

<sup>99</sup>Voir Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 157 à 160 et par. 129 à 134 ci-dessous.

a) “*Procédure collective judiciaire ou administrative*”

71. La Loi type de la CNUDCI est censée ne s'appliquer qu'à certains types de procédures d'insolvabilité. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation montre que la notion de procédure “collective” d'insolvabilité se fonde sur le fait qu'il est souhaitable de parvenir à une solution coordonnée et générale pour l'ensemble des parties prenantes d'une procédure d'insolvabilité. La Loi type n'est pas censée être un simple mécanisme de recouvrement au bénéfice d'un créancier particulier ou d'un groupe particulier de créanciers qui auraient engagé une procédure de recouvrement dans un autre pays, ni un moyen de rassembler des biens dans le cadre d'une procédure de liquidation<sup>100</sup> ou de sauvegarde ne prévoyant 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 le règlement judiciaire pour des entités régies par les pouvoirs publics telles que les compagnies d'assurance ou les sociétés de courtage, pour autant qu'il s'agisse de procédures collectives au sens de la Loi type. Si une procédure est collective, elle doit également satisfaire aux autres éléments de la définition, notamment viser la liquidation ou le redressement<sup>101</sup>.

72. Pour déterminer si une procédure est collective aux fins de la Loi type, il faut avant tout 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 garantis. Toutefois, une procédure ne devrait 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. Une procédure collective au sens de l'article 2 peut par exemple donner aux créanciers lésés par la procédure le droit (mais pas nécessairement l'obligation) de soumettre leurs créances, d'obtenir une répartition équitable ou un remboursement, de participer à la procédure<sup>102</sup> et d'en recevoir notification afin de pouvoir y participer.

---

<sup>100</sup> La “liquidation” est une procédure mettant fin à l'existence d'une entreprise et à ses activités.

<sup>101</sup> Voir par. 91 et 92 ci-dessous.

<sup>102</sup> Dans l'affaire *Ashapura Minechem* (affaire n° 2), le tribunal de première instance aux États-Unis a estimé que, même si la législation indienne en vertu de laquelle la procédure étrangère avait été ouverte ne comportait pas de mécanisme officiel pour assurer la participation des créanciers chirographaires, dans la pratique, ces créanciers étaient autorisés à s'exprimer (à la discrétion du Conseil pour le redressement industriel et financier qui administrait la loi pertinente), ils pouvaient obtenir une part de la répartition de l'actif en vertu d'un arrangement avec les créanciers et avaient la possibilité de faire appel de décisions défavorables rendues par le Conseil et de voir ces appels examinés par le système judiciaire indien. Le tribunal aux États-Unis a conclu que la possibilité de faire appel et la possibilité de participation offerte aux créanciers montraient que la procédure indienne était collective. Cette décision a été confirmée en appel, p. 141.

73. Sur la base des paramètres posés dans la définition de la “procédure étrangère”, plusieurs types de procédure collective peuvent être reconnus. Certaines peuvent être obligatoires, d’autres volontaires; certaines peuvent porter sur la liquidation des biens du débiteur et d’autres sur le redressement de ses affaires. La Loi type a également été conçue de manière à s’appliquer aux cas dans lesquels un débiteur (personne morale ou physique) conserve un certain contrôle sur ses avoirs, même si c’est sous la surveillance d’un tribunal ou d’une autre entité compétente<sup>103</sup>.

74. Le juge pourra être appelé à déterminer s’il existe une procédure “collective” d’insolvabilité faisant entrer en jeu la Loi type. Il peut être utile, à cet égard, de se référer à la jurisprudence.

75. Dans l’affaire *Betcorp* (affaire n° 5), un tribunal aux États-Unis a considéré qu’une liquidation volontaire entamée en application de la législation australienne était une procédure administrative relevant de la Loi type. Comme la liquidation volontaire visait à réaliser les actifs du débiteur au bénéfice de tous les créanciers, il a considéré que la procédure était effectivement “collective” au sens de la Loi type<sup>104</sup>. Dans l’affaire *Gold & Honey* (affaire n° 15), un tribunal aux États-Unis a estimé qu’un règlement judiciaire engagé en vertu de la législation israélienne n’était ni une procédure d’insolvabilité ni une procédure collective parce qu’il n’exigeait pas que l’administrateur prenne en considération les droits et obligations de tous les créanciers et visait essentiellement à permettre à une certaine partie de recouvrer ses créances<sup>105</sup>. Dans l’affaire *British American Insurance* (affaire n° 6), le tribunal a souscrit à l’avis exprimé par les tribunaux dans les affaires *Betcorp* et *Gold & Honey* concernant la signification de l’expression “collective”, relevant qu’une telle procédure supposait à la fois la prise en considération et en définitive le règlement des créances de divers types de créanciers ainsi que la possibilité pour les créanciers de participer à la procédure étrangère<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Guide pour l’incorporation et l’interprétation, par. 71, par exemple pour un débiteur en possession.

<sup>104</sup> *Betcorp*, p. 281. Un autre point de vue sur ce type de procédure volontaire a été mentionné par le tribunal australien saisi de l’affaire *Tucker* (n° 2), [(2009) FCA 1481 [CLOUT, décision n° 922]], par. 20 à 22, dans le contexte de l’examen de la signification de l’expression “procédure d’insolvabilité” à l’article 2. Ce tribunal a cité le mémoire explicatif de la Loi de 2008 sur l’insolvabilité internationale (*Cross-Border Insolvency Bill 2008*, incorporant la Loi type en Australie), selon lequel “l’expression ‘procédure d’insolvabilité’ pouvait avoir un sens technique, mais à l’alinéa a [de l’article 2 de la Loi type], elle visait à s’appliquer au sens large aux procédures concernant des sociétés ayant de graves problèmes financiers”. Il a également mentionné un document d’information du Trésor australien, selon lequel, dans le contexte de la Loi australienne sur les sociétés (*Australian Corporations Act*), la portée de la Loi type s’étendrait aux liquidations causées par l’insolvabilité, aux redressements en vertu de la partie 5.1 et à la mise sous administration volontaire en vertu de la partie 5.3A. ... Elle ne s’étendrait pas ... à la liquidation volontaire d’un membre ni à sa liquidation par un tribunal...” [Corporate Law Economic Reform Program’s Proposals for Reform: Paper no. 8, Cross-Border Insolvency—Promoting international cooperation and coordination, p. 23].

<sup>105</sup> *Gold & Honey*, p. 370.

<sup>106</sup> *British American Insurance*, p. 902.

76. Dans une autre affaire, *Stanford International Bank* (affaire n° 26), un tribunal anglais a considéré qu'une ordonnance de règlement judiciaire rendue par un tribunal des États-Unis ne constituait pas une procédure collective régie par une loi sur l'insolvabilité. Le tribunal requis a considéré que cette ordonnance avait été rendue après que la Securities and Exchange Commission des États-Unis fut intervenue pour "empêcher la poursuite d'une opération frauduleuse de grande envergure". L'ordonnance visait à empêcher qu'un préjudice ne soit causé aux investisseurs et non à redresser la société ou à réaliser ses avoirs au profit de tous les créanciers<sup>107</sup>. Cet avis a été confirmé en appel, essentiellement pour les raisons qui avaient motivé la décision du tribunal anglais de première instance<sup>108</sup>.

77. Dans une autre décision concernant l'affaire *Stanford International Bank*, une cour d'appel des États-Unis a relevé le libellé employé dans les décisions d'autres tribunaux des États-Unis<sup>109</sup> qui avaient opposé procédure collective et règlement judiciaire et estimé que le règlement judiciaire ne correspondait pas à une procédure collective au motif qu'il s'agissait d'un recours ordonné à la demande et dans l'intérêt d'un seul créancier garanti. Le tribunal des États-Unis a finalement estimé que le règlement judiciaire dans l'affaire *Stanford* ne relevait pas de cette catégorie de règlement judiciaire, la procédure ayant été engagée "à la demande de la Securities and Exchange Commission dans l'intérêt de tous les investisseurs-victimes et créanciers des entités de Stanford". Il a conclu que, même si l'affaire dont il était saisi ne l'obligeait pas à trancher la question, il considérait néanmoins que le règlement judiciaire s'inscrivait dans une procédure collective<sup>110</sup>.

78. Dans l'affaire *ABC Learning Centres* (affaire n° 1), le tribunal aux États-Unis a estimé que plusieurs dispositions de la loi australienne attestaient de la nature collective de la procédure de liquidation qui faisait l'objet de la demande de reconnaissance. Ces dispositions prévoyaient notamment: que le liquidateur était tenu de prendre en compte les droits des créanciers pour procéder à la répartition des biens du débiteur; que, sous réserve des priorités, etc., les dettes et créances occupaient le même rang et que leur règlement devait s'effectuer de manière proportionnelle; que la procédure d'insolvabilité et les réunions des créanciers intervenant dans le cadre de cette procédure devaient être dûment notifiées à ces derniers; que la décision d'ouvrir cette procédure devait recueillir l'assentiment d'une majorité de créanciers, tant au regard du nombre de voix que du montant des dettes

---

<sup>107</sup> *Stanford International Bank* (première instance), par. 73 à 85.

<sup>108</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 25 à 29.

<sup>109</sup> Par exemple *British American Insurance* (affaire n° 6), p. 902 et *Ashapura Minechem* (affaire n° 2), p. 136 et 137.

<sup>110</sup> *Stanford International Bank*, action civile n° 3:09-CV-0721-N, United States District Court, Northern District of Texas, 30 juillet 2012, p. 17, note 20.

détenues; que le comité des créanciers créé conformément au droit australien devait être composé d'un échantillon représentatif des créanciers; et que les créanciers devaient bénéficier du droit à un recours judiciaire. La procédure de règlement judiciaire intervenant en parallèle à la procédure de liquidation, situation prévue dans le droit australien, n'a pas été considérée comme une procédure collective car elle était conçue dans l'intérêt des créanciers garantis qui l'avaient engagée<sup>111</sup>.

b) “*Régie par une loi relative à l'insolvabilité*”

79. Selon la Loi type, la procédure étrangère doit être “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 toutes les dispositions concernant l'insolvabilité, quel que soit le type de texte où elles sont énoncées<sup>112</sup>, et indépendamment du fait que les textes qui les contiennent portent ou non exclusivement sur l'insolvabilité.

80. Cet aspect de l'alinéa *a* de l'article 2 a été examiné par les tribunaux dans plusieurs affaires concernant la procédure de liquidation volontaire. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, le tribunal anglais de première instance a conclu que la liquidation d'une société d'Antigua, ordonnée par le tribunal d'Antigua au motif qu'il était juste et équitable de procéder ainsi, était “régie par une loi relative à l'insolvabilité”. Bien que la raison de la liquidation fût limitée à un comportement fautif en matière de réglementation selon la législation applicable, l'insolvabilité de la société était un facteur au regard duquel le tribunal d'Antigua avait toute latitude pour rendre sa décision. Cette décision a été confirmée en appel, l'instance d'appel anglaise ayant fait observer que, puisque la législation d'Antigua prévoyait la liquidation des entreprises pour des motifs justes et équitables, comprenant notamment l'insolvabilité ainsi que les violations des dispositions réglementaires, on pouvait dire que la liquidation était “régie par une loi relative à l'insolvabilité”.

---

<sup>111</sup> *ABC Learning Centres*, p. 328 à 330.

<sup>112</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 73.

81. Dans l'affaire *Betcorp* (affaire n° 5), le tribunal aux États-Unis a estimé qu'une procédure de liquidation volontaire engagée en application de la législation australienne était "régie par une loi relative à l'insolvabilité", car lorsque la nature de la législation pertinente (la loi sur les sociétés) était considérée comme un tout, c'était une loi qui réglementait le cycle de vie complet d'une société australienne, y compris son insolvabilité. Cette décision a été suivie par le tribunal des États-Unis dans l'affaire *ABC Learning Centres* (affaire n° 1), qui portait également sur une procédure de liquidation volontaire menée par des créanciers australiens en vertu de la même loi.

82. Dans l'affaire *Chow Cho Poon* (affaire n° 7), un tribunal australien s'est demandé si une liquidation judiciaire, ordonnée par un tribunal de Singapour, au motif qu'il était juste et équitable de procéder ainsi, était une procédure "régie par une loi relative à l'insolvabilité". Le tribunal a examiné les décisions rendues dans les affaires *Stanford International Bank*, *Betcorp* et *ABC Learning Centres* et conclu qu'elles tendaient clairement à poser des bases à partir desquelles les dispositions concernant ce type de liquidations pouvaient être considérées comme constituant une "loi relative à l'insolvabilité". Par conséquent, bien que la liquidation en question ait été ordonnée sur le seul fondement de la justice et de l'équité et apparemment sans que l'insolvabilité ait été expressément ou implicitement établie, le tribunal australien a jugé qu'elle était "régie par une loi relative à l'insolvabilité".

### *Guide pour l'incorporation et l'interprétation*

83. Suite à l'examen et à la discussion que le Groupe de travail V de la CNUDCI (Droit de l'insolvabilité) et la Commission ont consacrés à cette question, le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type a suivi une approche différente de celle adoptée pour les décisions susmentionnées pour bien préciser qu'une simple procédure visant non pas à restructurer les affaires d'une entité solvable mais à la dissoudre ne relèverait probablement pas d'une loi relative à l'insolvabilité ou à de graves problèmes financiers aux fins de l'alinéa *a* de l'article 2. Lorsqu'un type donné de procédure vise plusieurs objectifs, notamment la liquidation d'une entité solvable, elle ne relève de l'alinéa *a* de l'article 2 de la Loi type que si le débiteur est insolvable ou connaît de graves problèmes financiers<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> Ibid., par. 48.

c) “Procédure soumise au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger”

84. La définition du terme “tribunal étranger”<sup>114</sup> n'établit aucune distinction entre des procédures de redressement et de liquidation soumises au contrôle ou à la surveillance d'un organe judiciaire ou d'un organe 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 ne relèvent pas moins de la définition de la “procédure étrangère”<sup>115</sup>.

85. La Loi type 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. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type montre que même si le contrôle ou la surveillance visés à l'alinéa *a* sont censés avoir un caractère officiel, ils peuvent être potentiels plutôt qu'effectifs. Une procédure dans laquelle le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même si c'est sous la surveillance d'un tribunal, comme dans le cas du débiteur en possession, répond à cette exigence. Le contrôle ou la surveillance peuvent être exercés directement par le tribunal, mais aussi par un représentant de l'insolvabilité si, par exemple, celui-ci est soumis au contrôle ou à la surveillance du tribunal. La simple surveillance du représentant de l'insolvabilité par une autorité délivrant des licences ne suffirait pas<sup>116</sup>.

86. Les procédures sur lesquelles le tribunal exerce un contrôle ou une surveillance à un stade avancé du processus d'insolvabilité ou sur lesquelles 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 le tribunal conserve sa compétence jusqu'à ce que la mise en œuvre soit achevée.

87. Il ressort clairement de l'alinéa *a* de l'article 2 que les biens et les affaires du débiteur doivent être soumis au contrôle ou à la surveillance; il ne suffirait donc pas que seuls les uns ou les autres soient couverts par la procédure étrangère<sup>117</sup>.

<sup>114</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 2, al. *e*; voir également par. 12 ci-dessus.

<sup>115</sup>Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 87. Dans l'affaire *Ashapura Minechem* (affaire n° 2), par exemple, la procédure indienne reconnue aux États-Unis était en instance devant le Conseil indien pour le redressement industriel et financier, organisme administratif habilité à faire fonction de tribunal administratif en vertu de la *Sick Industrial Companies (Special Provisions Act, 1985)*. Dans l'affaire *Tradex Swiss AG* (384 BR 34, p. 42 (2008)) [CLOUT, décision n° 791], le tribunal américain avait considéré la Commission fédérale des banques de la Suisse comme un “tribunal étranger” parce qu'elle contrôlait et surveillait la liquidation de sociétés de courtage.

<sup>116</sup>Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 74.

<sup>117</sup>*Gold & Honey* (affaire n° 15), p. 371.

88. Jusqu'à présent, les tribunaux n'ont accordé qu'une attention limitée au concept de "contrôle ou surveillance".

89. Dans l'affaire *Betcorp* (affaire n° 5), le tribunal a estimé qu'en Australie la procédure de liquidation volontaire était soumise à la surveillance d'une autorité judiciaire, à savoir les tribunaux australiens. Cet avis se fondait sur trois éléments: *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 de surveillance des tribunaux australiens en ce qui concerne l'action 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"<sup>118</sup>.

90. S'agissant de l'affaire *ABC Learning Centres* (affaire n° 1), la demande de reconnaissance de la procédure étrangère engagée en Australie a été rejetée pour plusieurs raisons, notamment parce que la procédure d'insolvabilité étrangère n'était pas contrôlée ou surveillée par un tribunal étranger. Cependant, se fondant sur les éléments exposés dans l'affaire *Betcorp*, le tribunal aux États-Unis a estimé que, même si les tribunaux australiens ne dirigeaient pas les opérations courantes du débiteur et si la plupart des liquidateurs s'acquittaient en grande partie de leurs fonctions sans l'intervention des tribunaux, la loi pertinente donnait au tribunal australien, dans la procédure de liquidation, divers rôles de contrôle et de surveillance qui satisfaisaient aux exigences de l'alinéa *a* de l'article 2<sup>119</sup>.

#### d) "Aux fins de liquidation ou de redressement"

91. Certains types de procédures pouvant correspondre à certains éléments de la définition d'une procédure étrangère ne peuvent toutefois pas prétendre à la reconnaissance parce qu'elles n'ont pas pour finalité déclarée le redressement ou la liquidation. Il peut s'agir de procédures visant à empêcher la dispersion et le gaspillage et non à liquider ou restructurer la masse de l'insolvabilité, de procédures visant à éviter un préjudice aux investisseurs et non à l'ensemble des créanciers (auquel cas il ne s'agira probablement pas d'une procédure collective), ou d'une procédure dans laquelle les pouvoirs conférés et les devoirs imposés au représentant étranger sont plus restreints que ceux qu'on associe généralement à la liquidation ou au redressement, et se limitent par exemple à la préservation des biens.

---

<sup>118</sup> *Betcorp*, p. 283 et 284.

<sup>119</sup> *ABC Learning Centres*, p. 331 et 332.

92. Les types de procédures ne pouvant pas prétendre à la reconnaissance pourraient être notamment des mesures ou des accords d'arrangement financier pris par le débiteur et certains de ses créanciers sur une base purement contractuelle concernant une partie de la dette si les négociations n'ont pas débouché sur l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité menée en vertu de la loi sur l'insolvabilité<sup>120</sup>. De telles mesures ne répondront généralement pas à l'exigence du caractère collectif de la procédure ni à celle d'un contrôle ou d'une surveillance par le tribunal<sup>121</sup>.

### 3. *La procédure principale: le centre des intérêts principaux*

#### a) *Observations liminaires*

93. Si le débiteur est une personne morale, le tribunal requis doit, pour reconnaître une procédure étrangère comme procédure "principale", déterminer que le "centre des intérêts principaux" [du débiteur] se trouvait dans l'État où a été ouverte la procédure étrangère<sup>122</sup>. Une étude de l'origine du concept de "centre des intérêts principaux" et de la façon dont il a été appliqué dans la jurisprudence peut aider le juge aux prises avec cette question.

94. Aux fins de la Loi type de la CNUDCI, il a été délibérément décidé de ne pas définir le "centre des intérêts principaux". Cette notion est tirée de la Convention de l'Union européenne sur la procédure d'insolvabilité (la "Convention européenne") pour des raisons de cohérence<sup>123</sup>. Lorsque la Loi type a été finalisée, la Convention européenne n'était pas entrée en vigueur; elle est par la suite devenue caduque faute d'avoir été ratifiée par tous les États membres<sup>124</sup>.

95. Par la suite, le Règlement (CE) du Conseil n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le "Règlement CE") a été appliqué aux États membres de l'Union européenne (sauf le Danemark) comme moyen de régler les questions d'insolvabilité internationale dans l'Union

---

<sup>120</sup> De tels accords contractuels conserveraient leur force exécutoire indépendamment de la Loi type sans que la reconnaissance soit nécessaire; rien dans la Loi type ou dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation ne vise à restreindre leur force exécutoire.

<sup>121</sup> Voir par. 71 à 74 ci-dessus.

<sup>122</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 2 b.

<sup>123</sup> Voir Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 81; voir également l'article 3 de la Convention européenne, cité au paragraphe 98 ci-dessous.

<sup>124</sup> Pour l'historique pertinent, voir les avis exprimés par les avocats généraux dans les affaires *Re Staubitz-Schreiber* ([2006] ECR I-701) et *Eurofood*, par. 2. Pour une discussion plus approfondie, voir Moss, Fletcher et Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide* (2<sup>e</sup> édition, 2009, Oxford University Press), par. 1.01 à 1.25.

européenne. Les concepts de “procédure principale” et de “centre des intérêts principaux” ont été repris dans le texte du Règlement CE<sup>125</sup>. Le Règlement CE souligne que le centre des intérêts principaux doit être “vérifiable par les tiers”<sup>126</sup>. Le Guide pour l’incorporation et l’interprétation de la Loi type relève que la notion de “centre des intérêts principaux” correspond à la formulation figurant à l’article 3 de la Convention européenne et reconnaît qu’il convient de renforcer “l’harmonisation en cours quant à la notion de procédure ‘principale’”<sup>127</sup>. Même si les concepts sont similaires dans les deux textes, ils ont un objectif différent. La détermination du “centre des intérêts principaux” dans le contexte du Règlement CE porte sur l’État dans lequel doit s’ouvrir la procédure principale. Aux fins de la Loi type, la détermination du “centre des intérêts principaux” se rapporte aux effets de la reconnaissance, en particulier aux mesures qui peuvent être adoptées pour faciliter la procédure étrangère.

96. Les considérants 12 et 13 du Règlement CE se lisent comme suit:

“12. Le présent règlement permet d’ouvrir les procédures d’insolvabilité principales dans l’État membre où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur. Ces procédures ont une portée universelle et visent à inclure tous les actifs du débiteur. En vue de protéger les différents intérêts, le présent règlement permet d’ouvrir des procédures secondaires<sup>128</sup> parallèlement à la procédure principale. Des procédures secondaires peuvent être ouvertes dans l’État membre dans lequel le débiteur a un établissement. Les effets des procédures secondaires se limitent aux actifs situés dans cet État. Des règles impératives de coordination avec les procédures principales satisfont l’unité nécessaire au sein de la Communauté.

13. Le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers.”

---

<sup>125</sup> Règlement CE, considérants 12 et 13, cités au paragraphe 96 ci-après.

<sup>126</sup> *Ibid.*, considérant 13.

<sup>127</sup> Guide pour l’incorporation et l’interprétation, par. 81; voir aussi A/52/17, par. 153, où il est indiqué que “... l’interprétation du terme dans le contexte de [la] Convention serait également utile dans le contexte [de la Loi type]”. Il convient de noter que le Règlement CE ne définit pas le centre des intérêts principaux (voir considérant 13 ci-dessous). Lors de la discussion du groupe de travail de la CNUDCI négociant la Loi type, il a été noté que le choix du concept de centre des intérêts principaux pour déterminer quelle était la procédure principale présentait plusieurs avantages, notamment celui d’être en accord avec la terminologie utilisée dans la Convention européenne. La Loi type pourrait ainsi contribuer à l’élaboration d’une terminologie normalisée et largement comprise plutôt qu’à une diversification non souhaitable de celle-ci (A/CN.9/422, par. 90).

<sup>128</sup> Le Règlement CE parle de “procédures secondaires” et la Loi type de “procédures non principales”. Les procédures secondaires, dans le contexte du Règlement CE, sont des procédures de liquidation (art. 3, par. 3).

97. En prévision de la ratification de la Convention par tous les États membres, un rapport explicatif sur la Convention européenne (le rapport Virgos-Schmit) avait été établi<sup>129</sup>. Ce rapport contenait des indications sur le concept de “procédure d’insolvabilité principale” et, bien que la Convention soit ensuite devenue caduque, il a été généralement accepté comme une aide pour l’interprétation de l’expression “centre des intérêts principaux” figurant dans le Règlement CE.

98. Dans le rapport Virgos-Schmit, le concept de “procédures d’insolvabilité principales” était expliqué comme suit:

“73. Procédures d’insolvabilité principales

Le paragraphe 1 de l’article 3 autorise l’ouverture de la procédure d’insolvabilité universelle dans l’État contractant où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux. La procédure d’insolvabilité principale a un caractère universel et englobe tous les avoirs du débiteur, partout dans le monde, et affecte tous les créanciers, où qu’ils se trouvent.

Une seule procédure principale peut être ouverte sur le territoire relevant de la Convention.

...

75. Le concept de “centre des intérêts principaux” doit être interprété comme désignant le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers.

La raison d’être de cette règle s’explique facilement. L’insolvabilité est un risque prévisible. Il importe par conséquent que la compétence d’un autre État (ce qui, comme nous le verrons, entraîne l’application des lois relatives à l’insolvabilité de cet État contractant) soit fondée sur un lieu connu des créanciers potentiels du débiteur. Cela permet en effet de calculer les risques juridiques à prévoir en cas d’insolvabilité.

En employant l’expression “intérêts”, les rédacteurs de la Convention ont eu l’intention d’englober non seulement des activités de caractère commercial, industriel ou professionnel, mais aussi toute activité économique en général, de manière à englober les activités des particuliers (par exemple les consommateurs). L’adjectif “principaux” est le critère au regard duquel doivent être déterminés les cas dans lesquels

---

<sup>129</sup> Voir par. 7 g ci-dessus.

les intérêts en question englobent des activités de types différents qui sont gérées à partir de centres différents.

En principe, le centre des intérêts principaux sera, dans le cas des professionnels, leur domicile professionnel et, dans le cas des personnes physiques en général, leur résidence habituelle.

Lorsqu'il s'agit de sociétés et de personnes morales, la Convention présume, sauf preuve du contraire, que le centre des intérêts principaux du débiteur est le lieu de son principal établissement, lequel correspond habituellement au lieu de son siège statutaire."

b) *Décisions judiciaires interprétant le "centre des intérêts principaux"*

99. Il existe plusieurs décisions judiciaires dans lesquelles le juge a été appelé à interpréter la signification de l'expression "centre des intérêts principaux", dans le contexte soit du Règlement CE, soit de législations nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI, et à définir les facteurs pertinents pour réfuter la présomption visée au paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type, selon lequel le centre des intérêts principaux est le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur. De subtiles différences d'approche ont été observées, et il convient de noter que les tribunaux pourraient dans certains pays, plus que dans d'autres, rechercher des éléments de meilleure qualité ou en plus grand nombre pour réfuter la présomption<sup>130</sup>.

100. La principale décision rendue en la matière au niveau européen est celle concernant l'affaire *Eurofood* (affaire n° 11), découlant d'un différend entre tribunaux irlandais et italiens sur le point de savoir si une filiale insolvable ayant son siège dans un État autre que celui de la société mère avait son "centre des intérêts principaux" dans l'État où se trouvait son siège ou dans l'État de la société mère.

101. Pour répondre à cette question, la Cour européenne de justice (CEJ) a dû apprécier la solidité de la présomption selon laquelle le siège doit

---

<sup>130</sup> Par exemple, au chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (incorporant la Loi type de la CNUDCI), le libellé de la présomption, dans le texte anglais, a été modifié, le mot "*proof*" étant remplacé par le mot "*evidence*" (l'article 1516 *c* est libellé comme suit: "[in] the absence of evidence to the contrary, the debtor's registered office ... is presumed to be the centre of the debtor's main interests."). Il ressort des travaux préparatoires que ce changement est dû simplement à une question de terminologie, la façon dont le mot "*evidence*" est utilisé aux États-Unis reflétant peut-être plus étroitement la façon dont le mot "*proof*" est utilisé dans certains autres États anglophones. C'est dans ce contexte qu'il convient d'interpréter les décisions des tribunaux des États-Unis.

normalement être considéré comme le centre des intérêts principaux d'une société. Cette présomption est énoncée comme suit au paragraphe 1 de l'article 3 du Règlement CE<sup>131</sup>.

“Article 3

**Compétence internationale**

1. Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire.”

102. La Cour européenne de justice 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”<sup>132</sup>.

103. S'agissant de cette présomption, la CEJ a suggéré que tel pourrait notamment être le cas d'une société “boîte aux lettres” qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social<sup>133</sup>. En revanche, elle a considéré que “le simple fait” pour la société mère de réaliser des choix économiques (par exemple pour des raisons fiscales) concernant le lieu possible du siège statutaire de la filiale ne suffisait pas pour écarter la présomption<sup>134</sup>.

104. L'arrêt rendu dans l'affaire *Eurofood* insiste beaucoup sur la nécessité de pouvoir déterminer de façon prévisible le centre des intérêts principaux du débiteur. Dans l'arrêt rendu par la suite dans l'affaire *Interdil* (affaire n° 17), la Cour de justice européenne a estimé que la deuxième phrase de l'article 3 devait être interprétée comme signifiant que le centre des intérêts principaux d'une société débitrice devait être déterminé en privilégiant le lieu de l'administration centrale de cette société, tel qu'il pouvait être établi par des éléments objectifs et vérifiables par les tiers. Lorsque la gestion, y

<sup>131</sup> Voir, à titre de comparaison, la Loi type de la CNUDCI, art. 16-3. Voir également le rapport Virgos-Schmit, par. 76.

<sup>132</sup> *Eurofood*, par. 34.

<sup>133</sup> *Ibid.*, par. 35.

<sup>134</sup> *Ibid.*, par. 36. Voir également, au paragraphe 37 de l'arrêt, le résumé intégral des conclusions de la Cour sur ce point.

compris la prise des décisions de gestion, et le contrôle d'une société sont exercés au même endroit que son siège statutaire, de manière vérifiable par les tiers, la présomption ne peut pas être renversée. Toutefois, lorsque l'emplacement de l'administration centrale d'une société diffère de celui de son siège statutaire, une évaluation complète de tous les facteurs pertinents doit 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, le tribunal a estimé que le lieu de situation des actifs de la société et l'existence de contrats d'exploitation financière de ces actifs dans un État membre autre que celui dans lequel se trouvait le siège statutaire ne pouvaient pas être considérés comme des facteurs suffisants pour renverser la présomption, à moins que l'évaluation complète de tous les facteurs pertinents ne désigne cet autre État membre<sup>135</sup>.

105. Dans l'affaire *Bear Stearns* (affaire n° 4), le tribunal des États-Unis a examiné la question de la détermination du centre des intérêts principaux du débiteur dans le cadre de la Loi type. La demande de reconnaissance concernait une société de droit caïmanais qui avait été mise en liquidation provisoire dans ce pays.

106. Le tribunal a exposé les raisons pour lesquelles, dans le texte de la législation américaine incorporant la Loi type, le mot "*proof*" avait été remplacé par le mot "*evidence*"<sup>134</sup>. Se référant aux travaux préparatoires, le juge a déclaré ce qui suit:

“La présomption selon laquelle le lieu du siège statutaire est également le centre des intérêts principaux du débiteur a été incorporée à la loi dans un souci de commodité et de rapidité de la preuve dans les cas où il n'existe pas de litige sérieux sur ce point.”

107. Le juge a déclaré que cela “permet et encourage des décisions rapides dans les cas où le temps compte, tout en ménageant la possibilité de discuter du lieu où se trouve réellement le “centre” du débiteur lorsque les faits sont plus douteux”, ajoutant que cette “présomption n'est pas la formule privilégiée lorsque l'État dans lequel la société a été constituée et celui où elle a réellement son siège social ne sont pas les mêmes”<sup>136</sup>.

108. Dans l'affaire *Bear Stearns*, le tribunal a évoqué la question de savoir à qui incombait la charge de réfuter la présomption. Il a considéré que cette charge reposait sur le représentant étranger qui demandait la reconnaissance

---

<sup>135</sup> *Interedil*, par. 59.

<sup>136</sup> *Bear Stearns* (première instance), p. 128.

de la procédure, lequel devait démontrer que le centre des intérêts principaux se trouvait dans un lieu autre que celui du siège statutaire<sup>137</sup>. En l'espèce, le tribunal a considéré que la présomption avait été réfutée par les preuves produites par le représentant étranger à l'appui de sa demande. Tous les éléments de preuve portaient à conclure que le principal établissement se trouvait aux États-Unis.

109. Après avoir analysé l'arrêt rendu dans l'affaire *Eurofood*, le tribunal aux États-Unis a estimé que le lieu où le débiteur gérait régulièrement ses intérêts, qui pouvait donc être vérifié par les tiers généralement, correspondait au concept de "principal établissement" en droit américain<sup>138</sup>. Plus récemment, dans l'affaire *Hertz Corp c. Friend*, la Cour suprême des États-Unis a défini l'expression "principal établissement" comme étant le "centre névralgique" aux fins de certaines lois<sup>139</sup>. Cette approche paraît avoir été suivie dans l'affaire *Fairfield Sentry* (affaire n° 12) aux fins de l'application de la Loi type<sup>140</sup>.

110. La décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns* a été contestée en appel au motif que l'arrêt ne répondait pas aux principes de courtoisie internationale et de coopération, et que le juge aurait mal interprété la présomption. En appel, le juge n'a eu aucune peine à conclure que le concept de reconnaissance avait primé le principe de courtoisie internationale. Il a déclaré qu'il convenait d'établir une distinction entre "reconnaissance" et "mesures". La cour d'appel a confirmé la décision du tribunal de première instance selon laquelle il incombait au représentant étranger de réfuter la présomption et que le juge avait le devoir de déterminer en toute indépendance si tel avait été le cas, qu'il y ait eu ou non opposition d'une partie<sup>141</sup>.

111. Comme le tribunal de première instance, la cour d'appel dans *Bear Stearns* a admis que le concept de centre des intérêts principaux et la présomption trouvaient leur origine dans la Convention européenne — le "centre des intérêts principaux" équivalait au concept de "principal

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> Ibid., p. 129.

<sup>139</sup> 130 S Ct 1181 (2010). La Cour suprême a déclaré que les tribunaux devaient s'attacher à déterminer le lieu où étaient assurés la coordination, la direction et le contrôle des affaires de la société, faisant observer que ce lieu serait évident pour les membres du public traitant avec elle.

<sup>140</sup> *Fairfield Sentry*, p. 64 à 66. Le tribunal aux États-Unis a estimé que les faits dont il disposait indiquaient que selon toute probabilité le centre administratif du débiteur se trouvait depuis un certain temps aux îles Vierges britanniques. Il s'agissait notamment de la composition et du lieu de décision d'un comité du contentieux indépendant qui régissait les affaires du débiteur, de la tenue de conférences téléphoniques entre le conseil d'administration et le conseil du débiteur aux îles Vierges britanniques, et du fait que depuis le début de la liquidation aux îles Vierges britanniques en 2009, les liquidateurs avaient dirigé et coordonné les affaires du débiteur sur place et y disposaient d'employés résidents et de bureaux. La décision a été confirmée en appel par le tribunal de district [n° 10 Civ. 7311 (S.D.N.Y. 16 septembre 2011)]; au 15 avril 2013, cette décision faisait l'objet d'un nouveau recours.

<sup>141</sup> *Bear Stearns* (en appel), p. 335 et 336.

établissement”. La cour d’appel a également confirmé une énumération de facteurs énoncés dans la décision rendue en première instance, qu’il fallait prendre en compte pour déterminer si le centre des intérêts principaux avait été établi conformément à la demande de reconnaissance. Ces facteurs étaient les suivants<sup>142</sup>:

- a) Le lieu du siège du débiteur;
- b) Le lieu où se trouvent les personnes qui dirigent la société débitrice;
- c) Le lieu où se trouvent les principaux avoirs du débiteur;
- d) Le lieu où se trouvent la plupart des créanciers, ou du moins ceux qui sont touchés par l’affaire;
- e) Le droit applicable aux différends pouvant surgir entre le débiteur et le créancier.

112. Dans l’affaire *Betcorp* (affaire n° 5), bien que le centre des intérêts principaux de la société australienne n’ait pas véritablement porté à controverse, le juge a formulé quelques observations à ce sujet. Il est parvenu à la conclusion qu’“il ressort des affaires dans lesquelles est examinée la question du centre des intérêts principaux des débiteurs que les tribunaux n’appliquent pas de formule rigide ni ne considèrent de manière constante qu’un facteur donné est déterminant, mais qu’ils analysent différents facteurs pour déterminer objectivement où le débiteur a son principal établissement. À cette fin, ils examinent la gestion, l’administration et les opérations du débiteur et la question de savoir si des tiers ordinaires et raisonnables peuvent établir ou déterminer le lieu où le débiteur mène ces diverses activités”<sup>143</sup>.

113. D’autres décisions sont celles rendues par les tribunaux anglais en première instance et en appel dans l’affaire *Stanford International Bank* (affaire n° 26). Il s’agissait d’une demande de reconnaissance en Angleterre d’une procédure ouverte à Antigua-et-Barbuda. Le juge était appelé à déterminer si, compte tenu de la décision rendue dans l’affaire *Eurofood*, le critère des “fonctions du siège social” énoncé dans la jurisprudence des tribunaux anglais demeurerait valable.

114. En première instance, le juge, suivant l’approche retenue dans l’affaire *Eurofood*, a admis que le critère de la possibilité de vérification par les tiers était une considération déterminante<sup>144</sup>. Il a pris cette décision en se fondant sur le Règlement de 2006 sur l’insolvabilité internationale (incorporant en

---

<sup>142</sup> *Bear Stearns* (première instance), p. 128; *Bear Stearns* (en appel), p. 336 et 337.

<sup>143</sup> *Betcorp*, p. 290.

<sup>144</sup> *Stanford International Bank* (première instance), par. 61.

droit anglais la Loi type de la CNUDCI) et non sur le Règlement CE. En déterminant le sens du mot “vérifiable”, le juge s’est référé aux informations se trouvant dans le domaine public et à celles qu’un tiers apprendrait normalement de ses rapports avec le débiteur<sup>145</sup>. Ce faisant, il s’est écarté d’une de ses décisions antérieures dans laquelle il avait appliqué le critère des “fonctions du siège social”.

115. Le juge a observé que la différence d’approche entre les tribunaux des États-Unis et les tribunaux européens en ce qui concerne la réfutation de la présomption était que les premiers imposaient la charge de la preuve à la personne affirmant que la procédure était une “procédure principale”, tandis que dans l’affaire *Eurofood* elle reposait sur la partie qui voulait réfuter la présomption<sup>146</sup>.

116. Le juge n’était pas convaincu que les facteurs énumérés dans l’affaire *Bear Stearns*<sup>147</sup> répondaient à une exigence de “vérifiabilité”, ce qui selon lui avait été le cas dans l’affaire *Eurofood*. Cependant, il a dit que même si la liste spécifique de critères n’avait pas été ainsi qualifiée par le tribunal aux États-Unis, il paraissait plausible qu’un créancier informé connaisse au moins le lieu où se trouvaient les dirigeants de la société débitrice, son siège et l’essentiel de ses biens et sache si les opérations du débiteur étaient nationales ou internationales<sup>148</sup>. L’importance de l’observation formulée en première instance dans l’affaire *Stanford International Bank* résidait dans l’accent mis implicitement sur la nécessité de démontrer quels facteurs étaient vérifiables par les tiers traitant avec le débiteur.

117. La décision rendue dans l’affaire *Stanford International Bank* a été confirmée en appel. Dans le jugement principal, le président de la cour d’appel a considéré qu’il existait une corrélation évidente entre les termes employés dans la Loi type de la CNUDCI et dans le Règlement CE en ce qui concerne aussi bien le “centre des intérêts principaux” que la présomption<sup>149</sup>. Ayant examiné la jurisprudence des États-Unis et d’autres pays, il a estimé que c’était à bon droit que le juge de première instance avait suivi la jurisprudence *Eurofood* et confirmé que l’explication du rapport Virgos-Schmit<sup>150</sup> sur la vérifiabilité valait également pour les procédures relevant de la Loi type. Il n’a pas jugé que la charge de la preuve en ce qui concernait la réfutation de la présomption était nécessairement différente aux

---

<sup>145</sup> Ibid., par. 62.

<sup>146</sup> Ibid., par. 63 et 65.

<sup>147</sup> Voir par. 111 ci-dessus.

<sup>148</sup> *Stanford International Bank* (première instance), par. 67; comparer avec la liste de facteurs figurant au paragraphe 111 ci-dessus.

<sup>149</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 39.

<sup>150</sup> Rapport Virgos-Schmit, par. 75; voir par. 98 ci-dessus.

États-Unis, laissant cette question en suspens<sup>151</sup>. Dans d'autres affaires jugées en vertu de la Loi type, l'exigence de vérifiabilité a été confirmée<sup>152</sup>.

c) *Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type sur l'insolvabilité internationale*

118. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type répond à l'incertitude et à l'imprévisibilité auxquelles a donné lieu l'interprétation de la notion de centre des intérêts principaux. Il est dit dans la version révisée du Guide que lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur coïncide avec son lieu d'immatriculation, la question concernant la réfutation de la présomption visée au paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type ne se pose pas. Toutefois, en réalité, le centre des intérêts principaux du débiteur peut ne pas coïncider avec le lieu d'immatriculation et la partie alléguant que le centre des intérêts principaux ne correspond pas à ce lieu devra convaincre le tribunal du lieu où se trouve le centre des intérêts principaux<sup>153</sup>. Le tribunal de l'État requis devra examiner de manière indépendante où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur et déterminer s'il satisfait aux exigences de la Loi type. Dans certains cas, il peut pour se faire mettre à profit les informations figurant dans l'ordonnance du tribunal d'origine quant à la nature de la procédure étrangère<sup>154</sup>, bien qu'il ne soit manifestement pas lié par cette ordonnance. Dans les cas où le centre des intérêts principaux du débiteur ne coïncide pas avec le lieu d'immatriculation, il doit être identifié sur la base d'éléments indiquant à ceux qui traitent avec le débiteur (en particulier les créanciers) où il se trouve.

119. Dans les révisions du Guide, il est indiqué que les facteurs essentiels ci-après, examinés 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<sup>155</sup>, l'analyse étant faite en référence à la date d'ouverture de la procédure étrangère.

---

<sup>151</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 55.

<sup>152</sup> *Ackers c. Saad* ([2010] FCA 221) [CLOUT, décision n° 1219]; *Gerova* (affaire n° 14); *Lightsquared* (affaire n° 18); *Massachusetts Elephant & Castle* (affaire n° 19); *Millennium Global* (affaire n° 21).

<sup>153</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 141 à 144.

<sup>154</sup> À titre d'exemple, dans l'affaire *Cinram International* (affaire n° 8), le tribunal canadien a décrit sommairement les éléments que les requérants avaient présentés, selon lesquels le lieu du centre des intérêts principaux du débiteur était le Canada. Il a indiqué qu'il avait consigné ce descriptif concernant le centre des intérêts principaux "à des fins d'information seulement". Il a clairement reconnu qu'il appartenait au tribunal requis—en l'espèce le United States Bankruptcy Court for the District of Delaware—de trancher la question du lieu du centre des intérêts principaux et de déterminer si la procédure [canadienne] était une "procédure étrangère principale" aux fins de l'application du chapitre 15 (par. 42).

<sup>155</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 145; pour ce qui est de la date à retenir, voir aussi les paragraphes 129 à 135 ci-dessous.

120. Si ces facteurs essentiels n'indiquent pas clairement où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur, divers facteurs supplémentaires concernant l'activité du débiteur peuvent être examinés. Le tribunal peut être amené à leur accorder plus ou moins de poids selon les circonstances de l'espèce. Cependant, il s'agit dans tous les cas d'un exercice global visant à déterminer que le lieu de la procédure étrangère correspond en fait au centre des intérêts principaux du débiteur, ce dernier pouvant être facilement vérifié par les créanciers.

121. Ces autres facteurs peuvent être 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 était soumis à des contrôles ou à la réglementation; et le lieu où les comptes ont été établis et vérifiés selon la législation y applicable<sup>156</sup>.

122. Il est précisé dans le Guide que l'ordre dans lequel les autres facteurs sont énumérés n'indique aucunement la priorité ou le poids qu'il convient de leur accorder. La liste elle-même ne prétend pas être exhaustive; le tribunal peut très bien considérer que d'autres facteurs s'appliquent à une affaire donnée<sup>157</sup>.

123. Dans le cadre de plusieurs affaires jugées pendant la révision du Guide pour l'incorporation de la Loi type (entre 2010 et 2013), les tribunaux ont fait le point des facteurs déterminant le centre des intérêts principaux et adopté l'approche tendant à privilégier quelques facteurs essentiels. Dans l'affaire *Massachusetts Elephant & Castle* (affaire n° 19), le tribunal canadien a examiné trois grands facteurs, à savoir: le lieu était *a)* celui où se trouvaient les principaux actifs ou les principales activités du débiteur; *b)* celui où le débiteur gérait ses affaires; et *c)* facilement vérifiable par un nombre important de créanciers en tant que centre des intérêts principaux, faisant observer que si d'autres facteurs pouvaient également s'avérer pertinents, ils devraient peut-être se voir accorder une importance secondaire et

---

<sup>156</sup> Ibid., par. 147.

<sup>157</sup> Ibid.

n'être pris en compte que dans la mesure où ils venaient étayer les trois facteurs principaux<sup>158</sup>.

124. Ces facteurs ont été repris dans l'affaire *Lightsquared* (affaire n° 18)<sup>159</sup>, où le juge canadien a également fait observer que, si dans la plupart des cas, ces facteurs essentiels tendaient tous à désigner le même pays comme centre des intérêts principaux, leur application pouvait toutefois conduire à des résultats divergents, ce qui rendait nécessaire un examen plus approfondi des faits de la cause. Le tribunal peut être amené à accorder plus ou moins de poids à un facteur donné, selon les circonstances de l'espèce. En tout état de cause, cependant, le juge a indiqué qu'il s'agissait là d'un exercice destiné à déterminer que le lieu de la procédure correspondait en fait à celui du siège réel du débiteur ou de son établissement principal, conformément aux attentes de ceux qui traitaient avec l'entreprise avant l'ouverture de la procédure.

125. Dans l'affaire *think3* (affaire n° 27)<sup>160</sup>, le tribunal japonais a été tenu de déterminer si la procédure étrangère principale était une procédure ouverte aux États-Unis ou en Italie. Aussi bien en première instance qu'en appel, les tribunaux ont passé en revue les facteurs examinés au cours de la révision du Guide pour l'incorporation, et se sont demandé si l'emplacement des fonctions du siège ou du centre névralgique du débiteur était un élément des facteurs à prendre en considération.

#### d) *Déplacement du centre des intérêts principaux*

126. 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 même entre le moment de la demande d'ouverture et l'ouverture même de la procédure<sup>161</sup>. Dès lors qu'il apparaît que le centre des intérêts principaux a été déplacé peu avant l'ouverture de la procédure étrangère, il

<sup>158</sup> *Massachusetts Elephant & Castle*, par. 30 et 31.

<sup>159</sup> *Lightsquared*, par. 25 et 26.

<sup>160</sup> Dans la législation japonaise incorporant la Loi type, le terme "établissement principal" est utilisé à la place de "centre des intérêts principaux" et il n'y a pas de présomption concernant le siège statutaire équivalant à ce qu'énonce le paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type. Comme le tribunal de première instance l'a expliqué dans l'affaire *think3*, cependant, le terme "établissement principal" est supposé sur le fond avoir le même sens dans la législation japonaise que le terme "centre des intérêts principaux" et la jurisprudence d'autres pays concernant le centre des intérêts principaux, de même que la tendance qui se dégage des débats de la CNUDCI, doivent être pris en compte et examinés [chapitre 3, 2-2 2), p. 19]. [Traduction anglaise (non officielle) disponible auprès du secrétariat de la CNUDCI; voir <http://www.insol.org/page/304/japan> (page consultée pour la dernière fois le 1<sup>er</sup> décembre 2013)].

<sup>161</sup> Dans certains cas, le déplacement a pour objet de permettre au débiteur d'accéder à une procédure d'insolvabilité, telle que le redressement, plus adaptée à ses besoins que les procédures prévues par la législation de l'ancien centre de ses intérêts principaux. Dans d'autres cas, il peut se faire dans le but de contrecarrer les attentes légitimes des créanciers et des tiers.

est bon que le tribunal requis, en décidant s'il convient de reconnaître cette procédure, examine plus attentivement les facteurs décrits ci-dessus aux paragraphes 119 et 121 et envisage plus globalement la situation du débiteur. En particulier, le critère selon lequel le centre des intérêts principaux doit être facilement vérifiable 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.

127. Dans l'affaire *Interedil* (affaire n° 17), jugée en vertu du Règlement CE, la Cour de justice européenne a examiné l'impact du déplacement du siège statutaire du débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Elle a considéré que lorsque le siège statutaire d'une société débitrice était transféré avant que ne soit déposée une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le centre des activités principales de la société était présumé être le lieu du nouveau siège statutaire<sup>162</sup>.

128. Il est peu probable qu'un débiteur puisse déplacer son lieu d'immatriculation (ou de résidence habituelle) après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, puisque de nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions interdisant expressément un tel déplacement. Quoiqu'il en soit, si un tel cas se produisait, cela ne devrait pas influencer sur la décision concernant le centre des intérêts principaux aux fins de la Loi type, puisque la date à retenir pour déterminer celui-ci est la date d'ouverture de la procédure étrangère, comme expliqué ci-dessous au paragraphe 134.

e) *Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux*

129. La Loi type ne donne pas d'indication expresse concernant la date à laquelle le centre des intérêts principaux (ou l'établissement) devrait être déterminé, si ce n'est l'alinéa 2 a de l'article 17, qui dispose que la procédure étrangère est reconnue en tant que procédure étrangère principale si "elle a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux". En raison de l'emploi du présent à l'article 17, il faut 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, elle ne peut pas être reconnue en vertu de la Loi type.

130. La question du moment auquel doit être déterminé le centre des intérêts principaux a été déjà examinée par les juges. Dans l'affaire *Betcorp* (affaire n° 5), par exemple, le juge a considéré que le moment auquel devait

---

<sup>162</sup> *Interedil*, par. 59.

être déterminé le centre des intérêts principaux était celui auquel était effectuée la demande de reconnaissance<sup>163</sup>. Cette interprétation semble découler du temps du verbe utilisé dans la définition de la “procédure étrangère principale”: “désigne une procédure étrangère qui a lieu dans l’État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux”. Un problème similaire se pose en ce qui concerne le lieu de l’“établissement” dans la définition de la “procédure étrangère non principale”: “désigne une procédure étrangère ... qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement ...”. L’approche suivie dans l’affaire *Betcorp* a été reprise dans les affaires *Ran* (Fifth Circuit) (affaire n° 22) et *British American Insurance* (affaire n° 6).

131. Dans des affaires plus récentes, les tribunaux ont considéré que la date pertinente pour déterminer le centre des intérêts principaux était la date à laquelle la procédure étrangère avait été ouverte. Dans l’affaire *Millennium Global* (affaire n° 21), le juge de première instance a fait observer que la procédure de reconnaissance était accessoire au regard de la procédure étrangère et que la date de la demande de reconnaissance relevait d’un simple hasard et pouvait intervenir à tout moment, même plusieurs années, après l’ouverture de la procédure étrangère. En outre, si le centre des intérêts principaux est considéré comme équivalant à l’établissement principal du débiteur, interprétation donnée par un certain nombre de tribunaux, le centre des intérêts principaux doit renvoyer à l’entreprise du débiteur avant l’ouverture de la procédure étrangère, puisque après l’ouverture, en particulier d’une procédure de liquidation, l’entreprise cesse généralement de mener ses activités et il n’y a plus d’établissement<sup>164</sup>. Cette jurisprudence a été suivie dans l’affaire *Gerova* (affaire n° 14); le juge a constaté qu’à la date de la demande de reconnaissance, le débiteur n’avait ni activités commerciales ni relations avec les Bermudes, et que seules étaient en cours les activités du liquidateur chargé de la liquidation de la société<sup>165</sup>.

132. La date du dépôt de la demande d’ouverture de la procédure étrangère ou de l’ouverture de cette procédure a également été retenue par le tribunal japonais de première instance dans l’affaire *think3* (affaire n° 27) et confirmée en appel<sup>166</sup>. Le tribunal japonais de première instance a fait observer que si le moment à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux devait être régi par la date de la demande de reconnaissance, dans le cas de demandes multiples de reconnaissance de la même procédure étrangère dans différents pays, le moment à retenir serait finalement différent dans chacun

<sup>163</sup> *Betcorp*, p. 290 à 292.

<sup>164</sup> *Millennium Global* (première instance), p. 71 et suivantes; la question de la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux et l’établissement n’a pas été prise en compte par la juridiction d’appel.

<sup>165</sup> *Gerova*, p. 92 et 93.

<sup>166</sup> *think3*, Haute Cour de Tokyo, chapitre 3-2, p. 6; Tribunal de district de Tokyo, chapitre 3, 2-1, p. 12 à 14.

de ces pays, d'où un manque d'unification, avec des résultats différents selon les juridictions. En outre, comme l'a indiqué le tribunal, l'utilisation de la date de la demande de reconnaissance pourrait encourager un choix arbitraire quant au moment de la demande de reconnaissance.

133. Dans l'affaire *Interedil* (affaire n° 17), jugée en vertu du Règlement CE, la Cour de justice européenne a estimé que c'était le lieu du centre des intérêts principaux du débiteur à la date à laquelle la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité était déposée qui était pertinent pour déterminer le tribunal compétent.

134. Dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, il est dit que, compte tenu des éléments qui doivent accompagner la 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 la procédure étrangère est la date appropriée pour déterminer le lieu du centre des intérêts principaux du débiteur<sup>167</sup>. Le choix de cette date offre un élément que l'on peut utiliser de manière sûre dans toutes les procédures d'insolvabilité. Il prend également en compte des questions qui peuvent se poser quand les activités commerciales du débiteur ont cessé au moment où est introduite la demande de reconnaissance<sup>168</sup>, quand, par exemple en cas de redressement, ce n'est pas l'entité débitrice qui continue d'avoir un centre des intérêts principaux, mais l'entité chargée du redressement, et aussi quand il y a changement de résidence entre l'ouverture de la procédure étrangère et la demande de reconnaissance en vertu de la Loi type.

#### f) *Abus de procédure*

135. Le tribunal auquel la reconnaissance est demandée devrait-il pouvoir invoquer l'abus de procédure pour refuser la reconnaissance? Rien dans la Loi type de la CNUDCI même ne donne à penser qu'il y a lieu de tenir compte de circonstances extérieures pour statuer sur une demande de

---

<sup>167</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 159.

<sup>168</sup> Dans l'affaire *Fairfield Sentry* (affaire n° 12), le tribunal de première instance aux États-Unis a relevé que le débiteur avait effectivement cessé ses activités quelque temps avant l'ouverture de la procédure de liquidation et avant le dépôt de la demande de reconnaissance, et que ses activités avaient pendant une longue période été menées uniquement dans le cadre de la liquidation de son entreprise. Le juge a estimé qu'il était opportun de prendre cette longue période en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur (p. 64 et 65). Dans l'affaire *British American Insurance* (affaire n° 6), le tribunal a considéré que le centre des intérêts principaux d'un débiteur pouvait devenir celui du représentant étranger lorsqu'un représentant étranger restait en place pendant une longue période et relocalisait l'intégralité des activités essentielles de ce débiteur en son lieu de résidence (ou les interrompait), amenant ainsi les créanciers et autres parties à considérer le [lieu de résidence du représentant étranger] comme étant le lieu des affaires de ce débiteur (p. 914).

reconnaissance. Selon la Loi type, il convient de statuer sur la demande en se référant aux critères spécifiques énoncés dans les définitions des expressions “procédure étrangère”, “procédure étrangère principale” et “procédure étrangère non principale”. Puisque les éléments constitutifs de l’abus de procédure sont régis par le droit interne ou par des règles de procédure, la Loi type n’interdit pas expressément aux tribunaux requis d’appliquer le droit interne, en particulier les règles de procédure, en présence de tels abus.

#### 4. *La procédure non principale: l’“établissement”*

##### a) *Observations liminaires*

136. Pour qu’une procédure puisse être reconnue comme “procédure non principale”, le débiteur doit avoir “un établissement” dans l’État étranger. Le terme “établissement” fait partie de la définition de la “procédure étrangère non principale” figurant dans la Loi type de la CNUDCI. Il est aussi employé dans le Règlement CE pour aider les tribunaux des États membres à déterminer s’ils ont compétence pour ouvrir une procédure d’insolvabilité secondaire lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve dans un autre État membre. Le paragraphe 2 de l’article 3 du Règlement CE se lit comme suit:

*Article 3*

**Compétence internationale**

...

“2. Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d’un État membre, les juridictions d’un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d’insolvabilité à l’égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire.”

137. Le Guide pour l’incorporation et l’interprétation note<sup>169</sup> que la définition du terme “établissement” s’inspire de l’alinéa *h* de l’article 2 de la Convention de l’Union européenne relative aux procédures d’insolvabilité.

<sup>169</sup> Guide pour l’incorporation et l’interprétation, par. 88.

Le rapport Virgos-Schmit sur cette Convention donne quelques précisions à ce sujet:

“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.<sup>170</sup>”

138. La question de savoir si un “établissement” existe est essentiellement une question de fait; la Loi type ne fournit aucune présomption. Cette question de fait se réglera nécessairement sur la base des éléments produits. Il convient d’établir que le débiteur “exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services” dans l’État en question<sup>171</sup>. Il se pose toutefois une question juridique, quant à savoir si l’expression “non transitoire” désigne la durée de l’activité économique en question ou le lieu où elle est exercée.

#### b) *Décisions judiciaires interprétant le terme “établissement”*

139. Le terme “établissement” a été examiné par certaines instances judiciaires. Dans l’affaire *Bear Stearns* (affaire n° 4)<sup>172</sup>, l’“établissement” a été assimilé à un “centre d’activités local”. Le tribunal a considéré qu’aucun élément n’établissait l’existence d’une activité économique non transitoire aux îles Caïmanes. En appel, la cour a clairement indiqué que des activités d’audit réalisées pour préparer l’élaboration de l’acte constitutif ne constituaient ni des “opérations” ni des “activités économiques” aux fins d’un “établissement”, pas plus que les enquêtes menées par les liquidateurs provisoires pour savoir si des transactions antérieures pouvaient être annulées<sup>173</sup>.

<sup>170</sup> Rapport Virgos-Schmit, par. 71.

<sup>171</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 2 f.

<sup>172</sup> *Bear Stearns* (première instance), p. 131 et 132; voir aussi *Lavie re Ran* (2009) (affaire n° 22), p. 285 à 288 et *British American Insurance* (affaire n° 6), p. 914 à 916.

<sup>173</sup> *Bear Stearns* (en appel), p. 338 et 339.

140. Il se pourrait qu'il faille insister davantage sur l'expression "avec des moyens humains et des biens ou des services" dans la définition de l'"établissement". Une opération commerciale gérée par des êtres humains et faisant intervenir des biens ou des services paraît relever implicitement du type d'activité commerciale locale visée par la définition du terme "établissement". Dans l'affaire *Interedil* (affaire n° 17), jugée en vertu du Règlement CE, la Cour de justice européenne a relevé que le fait que la définition associait 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".

141. Dans l'affaire *Ran* (affaire n° 22), la cour d'appel a examiné la question de l'établissement du point de vue d'un débiteur autonome et de ce qui pourrait suffire à constituer un établissement. Elle a pris note de la source de la définition de l'établissement dans la Loi type et de l'exigence, pour les sociétés débitrices, d'avoir un centre d'activités<sup>174</sup>. Elle a estimé 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 centre d'activités avec une résidence secondaire du débiteur, voire avec un lieu d'emploi dans le pays où l'administrateur judiciaire prétendait qu'il avait un établissement"<sup>175</sup>. Selon l'administrateur judiciaire, l'existence de dettes et d'une procédure d'insolvabilité en Israël constituait un "établissement" aux fins de la reconnaissance. La cour a rejeté cet argument, concluant que l'existence d'une procédure d'insolvabilité et de dettes en Israël ne permettait pas de reconnaître la procédure israélienne comme procédure non principale<sup>176</sup>.

142. Dans l'affaire *Williams c. Simpson* (n° 5) (affaire n° 30), la difficulté était la suivante: alors que, selon le droit anglais, la liquidation d'une entreprise au Royaume-Uni (moyennant le paiement des dettes) constituait un motif en vertu duquel le débiteur pouvait être soumis aux lois sur l'insolvabilité de l'Angleterre, on ne pouvait invoquer la notion d'"établissement" dans le cas d'une personne qui avait pris sa retraite depuis une douzaine d'années et qui n'avait pas (dans les faits) d'entreprise en activité dans ce pays".

---

<sup>174</sup> Se référant au critère utilisé dans *Bear Stearns* (première instance), p. 130 et 131.

<sup>175</sup> *Ran* (5th Circ. 2010), p. 1027.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 1028.

c) *Date à retenir pour déterminer l'existence d'un établissement*

143. Comme mentionné ci-dessus, la Loi type ne donne pas d'indication expresse concernant la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur. Il en va de même pour ce qui est de déterminer l'existence d'un établissement. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation donne à entendre que la date d'ouverture de la procédure étrangère est celle qui doit être prise en compte pour déterminer l'existence d'un établissement du débiteur<sup>177</sup>.

## D. Octroi de mesures

### 1. Observations liminaires

144. La Loi type de la CNUDCI prévoit trois types de mesures:

a) Les mesures provisoires (urgentes) pouvant être demandées à tout moment après l'introduction d'une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère<sup>178</sup>;

b) Les mesures s'appliquant automatiquement dès la reconnaissance d'une procédure étrangère comme "procédure étrangère principale"<sup>179</sup>; et

c) Les mesures discrétionnaires pouvant être accordées dès la reconnaissance de la procédure étrangère, principale ou non principale<sup>180</sup>.

145. La Loi type précise le type de mesures disponibles, en particulier après reconnaissance. Elle n'importe pas les effets que le droit étranger attribue à l'ouverture de la procédure étrangère ni ne se fonde sur les mesures disponibles dans l'État qui accorde la reconnaissance.

146. D'après la définition de la "procédure étrangère"<sup>181</sup>, les effets de la reconnaissance s'étendent à une "procédure provisoire" étrangère<sup>182</sup>. Cette solution est nécessaire parce qu'une telle procédure ne se distingue pas des autres procédures d'insolvabilité du seul fait de son caractère provisoire.

<sup>177</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 160.

<sup>178</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 19.

<sup>179</sup> Ibid., art. 20.

<sup>180</sup> Ibid., art. 21.

<sup>181</sup> Ibid., voir art. 2 a.

<sup>182</sup> Un exemple est la nomination d'un liquidateur provisoire avant le prononcé d'une ordonnance formelle de liquidation d'une société débitrice, qui est prévue par la législation de nombreux États. Voir par exemple l'article 246 de la Loi de 1993 sur les sociétés (*Companies Act*) et l'article 31.32 du Règlement de la Haute Cour (*High Court Rules*) de la Nouvelle-Zélande.

147. Si, après la reconnaissance, la “procédure provisoire” étrangère cessait d’être suffisamment fondée pour que l’article 20 produise ses effets automatiques, il pourrait être mis fin à la suspension automatique conformément à la loi de l’État adoptant, comme il est indiqué au paragraphe 2 de l’article 20.

148. Aucune disposition de la Loi type ne limite le pouvoir d’un tribunal ou d’une autre autorité compétente de fournir une assistance additionnelle à un représentant étranger en vertu d’autres lois de l’État adoptant<sup>183</sup>.

149. Pour déterminer si une mesure (automatique ou discrétionnaire) envisagée par la Loi type a été supprimée ou modifiée dans l’État adoptant, il faut analyser la législation incorporant la Loi type<sup>184</sup>. Lorsque les mesures disponibles ont été identifiées, le tribunal requis peut ordonner si nécessaire des mesures appropriées en sus de celles découlant automatiquement de la reconnaissance d’une procédure “principale”. La décision rendue dans l’affaire *Bear Stearns* (affaire n° 4), selon laquelle il convenait d’établir une distinction nette entre les mesures et la reconnaissance, a été suivie dans l’affaire *Atlas Shipping* (affaire n° 3), dans laquelle le tribunal américain a considéré que, dès lors qu’un tribunal avait reconnu une procédure étrangère principale, le chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis prévoyait expressément que le tribunal userait de ses pouvoirs discrétionnaires pour ordonner les mesures appropriées conformément au principe de courtoisie internationale<sup>185</sup>. Cette décision a également été suivie dans l’affaire *Metcalfe & Mansfield* (affaire n° 20), dans laquelle un tribunal des États-Unis avait été appelé à faire exécuter certaines mesures ordonnées par un tribunal canadien, mesures de portée plus large que ne l’aurait permis le droit américain. Le tribunal a noté que le principe de courtoisie internationale n’exigeait pas que les mesures accordées dans la procédure étrangère et celles qui pourraient l’être aux États-Unis soient identiques. L’élément déterminant était de savoir si la procédure étrangère répondait aux normes fondamentales d’équité aux États-Unis, et le tribunal a considéré que les procédures ouvertes au Canada respectaient ce critère<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> Article 7 de la Loi type. Cet article est conçu de manière à englober les mesures fondées sur la courtoisie internationale, l’*exequatur* ou l’utilisation de commissions rogatoires, ou les mesures découlant de toute autre loi de l’État concerné.

<sup>184</sup> Les États qui ont adopté une législation fondée sur la Loi type ont suivi des approches différentes. Aux États-Unis, par exemple, la suspension automatique a une portée plus large (de façon à être conforme au chapitre 11 du Code des faillites). Au Mexique, la suspension n’empêche pas la poursuite des actions individuelles par opposition aux mesures d’exécution. Au Japon et en République de Corée, les mesures disponibles à la suite de la reconnaissance sont laissées à l’appréciation du tribunal au cas par cas, au lieu de s’appliquer automatiquement comme prévu par la Loi type.

<sup>185</sup> *Atlas Shipping*, p. 738.

<sup>186</sup> *Metcalfe & Mansfield*, p. 697 et 698.

## 2. Mesures provisoires<sup>187</sup>

### *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.

150. L'article 19 traite des mesures "urgentes" qui peuvent être ordonnées à l'appréciation du tribunal et être accordées dès la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère. Les mesures discrétionnaires sont par nature susceptibles d'être modulées par le tribunal en fonction de l'affaire

<sup>187</sup> Le résumé qui suit se fonde pour l'essentiel sur les paragraphes 170 à 175 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation.

jugée<sup>188</sup>. Cette idée est renforcée par le paragraphe 2 de l'article 22, selon lequel le tribunal peut soumettre les mesures qu'il accorde conformément à l'article 19 aux conditions qu'il juge appropriées. Le juge devra dans chaque cas déterminer les mesures les plus appropriées aux circonstances de l'espèce et les conditions auxquelles ces mesures devront satisfaire.

151. L'article 19 autorise le tribunal à accorder le type de mesures qui ne sont habituellement applicables que dans les procédures d'insolvabilité collectives<sup>189</sup>, par opposition aux mesures à caractère "individuel" qui peuvent être accordées avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au titre des règles internes de procédure civile<sup>190</sup>. Toutefois, les mesures discrétionnaires "collectives" prévues à l'article 19 sont un peu plus restreintes que celles prévues à l'article 21.

152. La nécessité d'établir aux fins de la reconnaissance l'existence d'une procédure étrangère "collective" explique que les mesures provisoires se limitent à celles qui revêtent un caractère "collectif". Des mesures collectives, bien que restreintes, peuvent être nécessaires d'urgence avant même la décision de reconnaissance afin de protéger les biens du débiteur et les intérêts des créanciers<sup>191</sup>. La réalisation de ces objectifs serait compromise si des mesures provisoires autres que collectives étaient autorisées. D'autre part, la reconnaissance n'ayant pas encore été accordée, les mesures disponibles devraient en principe se limiter à des mesures urgentes et provisoires.

153. L'urgence des mesures est évoquée dans le chapeau du paragraphe 1 de l'article 19 de la Loi type. L'alinéa *a* de ce paragraphe limite la suspension et l'interdiction aux mesures d'exécution, et l'alinéa *b* mentionne les biens périssables et les biens susceptibles de se dévaluer ou autrement

---

<sup>188</sup> Le tribunal requis est autorisé à adapter les mesures pour tenir compte des objections d'ordre public. Pour un examen de l'exception d'"ordre public" dans le contexte des mesures disponibles, voir les paragraphes 48 à 54 ci-dessus. Dans l'affaire *Tri-Continental Exchange* [349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006) [CLOUT, décision n° 766]], qui concernait la reconnaissance aux États-Unis d'une procédure engagée à Saint-Vincent-et-les-Grenadines, le tribunal américain a examiné s'il fallait conformément aux articles 6 et 22 soumettre les mesures demandées par les représentants étrangers à des conditions supplémentaires, c'est-à-dire en leur confiant au titre de l'article 21 l'administration ou la réalisation des biens des débiteurs se trouvant sur le territoire américain mais non leur répartition. Le tribunal a conclu qu'il était inutile d'imposer de telles conditions en l'espèce. Le dossier ne justifiait pas que le tribunal se mette dans une situation où il pourrait entraver le déroulement de la procédure principale à Saint-Vincent-et-les-Grenadines. S'il devait par la suite avoir des raisons de ne plus être satisfait d'une telle conclusion, le tribunal était 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 en vertu de l'article 21-1 *e*, par exemple en exigeant la constitution d'une sûreté ou d'une caution.

<sup>189</sup> C'est-à-dire le même type de mesures que celles prévues à l'article 21.

<sup>190</sup> C'est-à-dire les mesures visant des biens spécifiques identifiés par un créancier.

<sup>191</sup> Voir également la discussion concernant l'affaire *Rubin c. Eurofinance* (affaire n° 23) aux paragraphes 176 et 177 ci-dessus.

menacés<sup>192</sup>. Les autres mesures disponibles au titre de l'article 19 sont essentiellement les mêmes que celles prévues à l'article 21.

154. Les mesures applicables sur le fondement de l'article 19 sont provisoires en ce sens qu'elles cessent dès qu'il est statué sur la demande de reconnaissance<sup>193</sup>. Le tribunal a néanmoins la possibilité de les prolonger<sup>194</sup>, par exemple pour éviter une interruption entre la mesure provisoire accordée avant la reconnaissance et la mesure matérielle discrétionnaire accordée après la reconnaissance.

155. Le paragraphe 4 de l'article 19 souligne que toute mesure accordée en faveur d'une procédure étrangère non principale doit être conforme à la procédure étrangère principale (ou ne pas interférer avec elle)<sup>195</sup>. Pour favoriser la coordination des mesures préalables à la reconnaissance avec toute procédure étrangère principale, le représentant étranger demandant la reconnaissance doit joindre à la demande une déclaration identifiant toutes les procédures étrangères concernant le débiteur dont il a connaissance<sup>196</sup>.

156. Outre qu'il permet au tribunal de soumettre les mesures provisoires aux conditions qu'il juge appropriées, ainsi qu'il est noté plus haut, l'article 22 mentionne la nécessité pour le tribunal de s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées sont suffisamment protégés lorsqu'il accorde ou refuse une mesure après reconnaissance d'une procédure étrangère et lorsqu'il modifie ou fait cesser cette mesure.

---

<sup>192</sup>Voir par exemple l'affaire *Tucker* (20 novembre 2009) [(2009) 76 ACSR 19; (2009) FCA 1354] [CLOUT, décision n° 922], dans laquelle le tribunal australien a ordonné des mesures provisoires tendant à la sauvegarde de stocks de pièces d'aéronefs entreposés dans différents lieux en Australie et contrôlés par Qantas, au motif qu'ils étaient menacés du fait d'un litige pour déterminer qui avait des droits sur eux. Les mesures provisoires ont été accordées pour préserver la situation et les biens du défendeur en Australie pendant une durée limitée dans l'attente de l'audience concernant la demande de reconnaissance de la procédure anglaise. Le tribunal était convaincu, sur la base des preuves produites, que la reconnaissance serait probablement accordée, auquel cas les mesures prévues dans la disposition australienne équivalant à l'article 20 commenceraient à s'appliquer. L'affaire *Williams c. Simpson* (17 septembre 2010) (affaire n° 30) est un autre exemple. À la demande de l'administrateur de la procédure de faillite anglaise, le tribunal néo-zélandais a ordonné plusieurs mesures provisoires: il a délivré un mandat de perquisition pour la recherche de certains biens, suspendu le droit du débiteur de disposer de ses biens en Nouvelle-Zélande et autorisé un auxiliaire de justice à interroger le débiteur. Le tribunal a estimé qu'il "serait étrange de limiter la possibilité de prononcer ces mesures [au titre de l'article 19] aux biens connus et aisément localisables". Il a ajouté que "la souplesse inhérente à l'article 19 pourrait justifier la délivrance d'un mandat de perquisition pour s'assurer que des biens dissimulés ne seraient pas menacés s'ils ne faisaient pas l'objet de mesures provisoires" (par. 47). Au cours de la même affaire, une deuxième demande de mesures provisoires a été déposée, ayant pour objet de pouvoir interroger certaines personnes afin d'établir la propriété des biens saisis conformément au mandat de perquisition. Le tribunal a rejeté la demande, au motif que les mesures requises n'étaient pas urgentes au sens prévu par le premier paragraphe de l'article 19 de la Loi type. Il a estimé que, dans la mesure où les biens dont la propriété était en question avaient déjà été saisis et que la question de leur propriété ne deviendrait pertinente qu'après la décision concernant la reconnaissance de la procédure étrangère, l'ordonnance n'était pas nécessaire.

<sup>193</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 19-3.

<sup>194</sup>*Ibid.*, art. 21-1 f.

<sup>195</sup>*Ibid.*, voir également art. 29 et 30.

<sup>196</sup>*Ibid.*, art. 15-3.

*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.

157. 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<sup>197</sup>. Cet équilibre est indispensable pour que soient atteints les objectifs de la législation relative à l'insolvabilité internationale.

158. Certains points portant sur l'adéquation de la protection accordée aux créanciers ont été examinés dans le cadre de plusieurs affaires. Dans l'affaire *Sivec* (affaire n° 24), le débiteur a obtenu qu'une procédure de redressement italienne soit reconnue en tant que procédure étrangère principale et que la suspension automatique des poursuites soit aménagée pour permettre de saisir la justice américaine de deux créances susceptibles de se compenser mutuellement. Cette procédure a entraîné, de la part d'un créancier américain, une demande d'aménagement de la suspension des poursuites, pour permettre la compensation des deux jugements. Le débiteur italien a exigé l'application de la procédure italienne, ce qui, semble-t-il, ôterait au créancier américain la possibilité de compenser les deux jugements. Le tribunal américain a décidé de ne pas observer les principes de la courtoisie internationale à l'égard de la procédure italienne, puisque le débiteur italien "n'avait pas fourni de renseignements concernant la législation italienne ou l'état d'avancement de la procédure de faillite et ne s'était pas non plus acquitté de la charge de la preuve lui incombant dans le cadre de la demande d'application de la courtoisie internationale". Le tribunal s'est déclaré

---

<sup>197</sup> Voir plus généralement le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 196 à 199. Dans l'affaire *Tri-Continental Exchange* [349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006) [CLOUT, décision n° 766]], le tribunal a dit que les critères qui sous-tendent l'analyse des mesures de protection [prévues à l'article 22] associées aux mesures discrétionnaires soulignaient 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 (p. 637).

particulièrement préoccupé par l'absence de notification au créancier américain, et il a jugé que les garanties élémentaires d'une procédure régulière étaient absentes et qu'aucune protection n'avait été accordée aux intérêts du créancier américain<sup>198</sup>.

159. Dans l'affaire *SNP Boat Service* (affaire n° 25), le concept de "protection suffisante"<sup>199</sup> a fait l'objet d'une interprétation moins large. Dans cette affaire, un créancier canadien s'est opposé à ce que le débiteur intervenant dans une procédure d'insolvabilité française cherche à rapatrier des actifs des États-Unis vers la France, au motif qu'il ne bénéficierait pas d'une "protection suffisante" de ses intérêts dans la procédure française. En appel, la cour américaine a fait une distinction entre les mesures disponibles en application, d'une part, du paragraphe 2 de l'article 21 et, d'autre part, du paragraphe 1 de l'article 22, ces dernières dispositions prévoyant plus généralement que le tribunal peut accorder les mesures prévues aux articles 19 et 21 uniquement si "les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont suffisamment protégés"<sup>200</sup>. Bien que l'objection ait été soulevée par un créancier canadien, le tribunal a estimé qu'il n'en était pas moins en droit de s'assurer que les intérêts des créanciers étrangers en général étaient suffisamment protégés avant de remettre ces actifs à l'étranger, mais il a rejeté l'idée de se renseigner sur le traitement qui serait réservé au créancier concerné en France<sup>201</sup>.

### ***3. Mesures s'appliquant automatiquement dès la reconnaissance d'une procédure principale***<sup>202</sup>

160. L'article 20 traite des effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale et en particulier de ses effets automatiques et des conditions auxquelles ils sont soumis.

<sup>198</sup> *Sivec*, p. 324 à 326.

<sup>199</sup> Note sans objet en français.

<sup>200</sup> *SNP Boat Service* (en appel), p. 783 et 784.

<sup>201</sup> Dans une autre affaire jugée aux États-Unis, *In re Lee*, [472 B.R. 156 (Bankr. D. Mass. 2012)], le représentant étranger de débiteurs sis à Hong Kong a demandé à ce que soient placés en sa possession et sous son contrôle des biens appartenant au débiteur aux États-Unis. Il a témoigné qu'il lui appartenait, au titre de la loi de Hong Kong, de prendre possession de ces biens, 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 des États-Unis 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 mise en possession était accordée, et que les créanciers ne s'étaient pas acquittés de "la charge ultime d'établir l'absence de protection suffisante".

<sup>202</sup> Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, fondé sur les paragraphes 176 à 188 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation.

*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 des dites 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 des dites 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.

161. Si les mesures prévues aux articles 19 et 21 sont discrétionnaires, les effets énoncés à l'article 20, par contre, ne le sont pas: ils découlent automatiquement de la reconnaissance de la procédure étrangère principale. Une autre différence entre les mesures discrétionnaires prévues aux articles 19 et 21 et les effets énoncés à l'article 20 est que les premières peuvent être accordées pour des procédures aussi bien principales que non principales, alors que les seconds s'appliquent uniquement aux procédures principales. Les effets automatiques de la reconnaissance sont différents des effets d'une ordonnance d'*exequatur*.

162. Les conséquences automatiques envisagées à l'article 20 visent à laisser le temps de prendre des mesures pour organiser une procédure d'insolvabilité internationale coordonnée et équitable, même si les effets de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité étrangère dans le pays d'origine ne sont pas les mêmes que les effets de l'article 20 dans l'État où la reconnaissance est obtenue. Cette approche reflète un principe fondamental de la

Loi type de la CNUDCI, à savoir que la reconnaissance d'une procédure étrangère par le tribunal de l'État adoptant produit les effets jugés nécessaires pour une conduite coordonnée et équitable des procédures d'insolvabilité internationale.

163. Si, dans une affaire donnée, la reconnaissance doit aboutir à des résultats contraires aux intérêts légitimes d'une partie intéressée, y compris le débiteur, la loi de l'État où elle est accordée peut prévoir des possibilités pour protéger ces intérêts<sup>203</sup>.

164. L'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 20 fait référence non seulement aux "actions individuelles" mais également aux "procédures individuelles" afin de couvrir, outre les "actions" engagées par des créanciers auprès d'un tribunal à l'encontre du débiteur ou de ses biens, les mesures de recouvrement prises par les créanciers en dehors des procédures judiciaires, mesures qui sont autorisées sous certaines conditions dans certains États. L'alinéa *b* a été ajouté à ce paragraphe pour bien préciser que la suspension et l'interdiction portent également sur les mesures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur<sup>204</sup>.

165. Nonobstant le caractère "automatique" ou "obligatoire" des effets de la reconnaissance prévus à l'article 20, il est expressément indiqué que la portée de ces effets est soumise aux exceptions ou restrictions pouvant exister dans la loi de l'État adoptant<sup>205</sup>. Il peut s'agir du recouvrement de créances par des créanciers garantis, de paiements effectués par le débiteur dans le cours normal de ses affaires, d'actions en justice pour des créances postérieures à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (ou à la reconnaissance d'une procédure étrangère principale), ou encore de l'achèvement d'opérations en cours sur les marchés financiers.

166. Il peut être parfois souhaitable que le tribunal modifie ou fasse cesser les effets de l'article 20. Les règles internes régissant le pouvoir du tribunal en la matière varient. Dans certains systèmes juridiques, les tribunaux sont autorisés à accorder des exceptions individuelles sur demande d'une partie intéressée, en respectant les conditions prescrites par la loi locale. C'est

---

<sup>203</sup> Voir Loi type de la CNUDCI, art. 20-2.

<sup>204</sup> Dans l'affaire *JSC BTA Bank* [434 BR 334 (Bankr. S.D.N.Y. 2010)] [CLOUT, décision n° 1211], le tribunal aux États-Unis a décidé que la portée de la suspension automatique [applicable en vertu du Code des faillites des États-Unis] se limitait aux procédures susceptibles d'affecter les actifs d'un débiteur sis aux États-Unis. Un arbitrage mené en Suisse après l'ouverture d'une procédure au titre du chapitre 15 ne portait pas atteinte à cette suspension automatique dès lors que l'application de la loi du centre des intérêts principaux du débiteur ne suspendait pas un tel arbitrage, et que le débiteur y avait apparemment participé sans objection. De manière similaire, la suspension automatique ne s'appliquait pas aux actions postérieures à la reconnaissance relatives à des ruptures de contrat par un débiteur étranger ou par des non-débiteurs liés à la société.

<sup>205</sup> Voir Loi type de la CNUDCI, art. 20-2.

pourquoi le paragraphe 2 de l'article 20 dispose que la modification ou la cessation des mesures d'interdiction et de suspension qui y sont visées sont subordonnées aux dispositions de la loi de l'État adoptant relative à l'insolvabilité<sup>206</sup>.

167. Le paragraphe 4 de l'article 20 précise que l'interdiction et la suspension automatiques prévues à l'article 20 n'empêchent personne, y compris le représentant étranger et les créanciers étrangers, de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale et d'y participer<sup>207</sup>. Si une procédure locale est effectivement ouverte, l'article 29 traite de la coordination de cette procédure avec la procédure étrangère<sup>208</sup>.

#### 4. Mesures postérieures à la reconnaissance<sup>209</sup>

##### a) Dispositions de la Loi type

168. L'article 21 traite des mesures pouvant être accordées après la reconnaissance d'une procédure étrangère et indique certains types de mesures disponibles.

*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:

<sup>206</sup> La loi des États-Unis, par exemple, comporte une exception relative aux unités gouvernementales exerçant des fonctions de réglementation ou de maintien de l'ordre. Dans l'affaire *In re Nortel Networks Corp.*, [669 F.3d 128 (3d Cir. 2011)], l'autorité de réglementation des pensions du Royaume-Uni a voulu entamer une procédure relative à un déficit de financement de la caisse de retraite Nortel au Royaume-Uni et a donné avis de son intention, conformément à la loi du Royaume-Uni, aux filiales de Nortel aux États-Unis et au Canada, qui étaient toutes engagées dans des procédures de faillite plénières et concurrentes. Les tribunaux des États-Unis ont estimé que, dans la mesure où l'autorité de réglementation des pensions du Royaume-Uni agissait en qualité de fiduciaire pour le compte de créanciers privés à des fins pécuniaires, et non en qualité d'autorité de réglementation protégeant l'intérêt ou le bien-être du public, l'action que celle-ci envisageait constituerait une violation de la suspension automatique.

<sup>207</sup> Le droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale et d'y participer est, d'une manière générale, régi par les articles 11 à 13 de la Loi type.

<sup>208</sup> Voir par. 210 à 213 ci-dessous.

<sup>209</sup> Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, fondé sur les paragraphes 189 à 195 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation.

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 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.

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.

169. Les mesures prévues à l'article 21 sont discrétionnaires. Les types de mesures énumérées au paragraphe 1 de cet article sont les plus courantes dans les procédures d'insolvabilité; la liste n'est cependant pas exhaustive,

afin de ne pas restreindre inutilement le pouvoir du tribunal requis d'accorder tout type de mesures applicables et nécessaires en vertu de la loi de l'État adoptant pour tenir compte des circonstances de l'espèce<sup>210</sup>.

170. Les mesures discrétionnaires sont par nature susceptibles d'être modulées par le tribunal en fonction de l'affaire jugée. Cette idée est renforcée par le paragraphe 2 de l'article 22, selon lequel le tribunal peut soumettre les mesures qu'il accorde aux conditions qu'il juge appropriées. Le juge devra dans chaque cas déterminer les mesures les plus appropriées aux circonstances de l'espèce et les conditions auxquelles ces mesures devront satisfaire. L'article 22 mentionne également la nécessité pour le tribunal de s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées sont suffisamment protégés lorsqu'il accorde ou refuse une mesure après reconnaissance d'une procédure étrangère et lorsqu'il modifie ou fait cesser cette mesure.

171. La "remise" des biens au représentant étranger (ou à une autre personne), envisagée au paragraphe 2 de l'article 21, est discrétionnaire. La Loi type de la CNUDCI contient plusieurs garanties visant à assurer la protection des intérêts locaux avant que les biens ne soient remis au représentant étranger<sup>211</sup>. Dans l'affaire *Atlas Shipping* (affaire n° 3), le tribunal américain a accordé les mesures demandées par le représentant de l'insolvabilité danois en vertu des dispositions correspondant aux 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 à des ordonnances de saisie conservatoire maritime rendues avant et après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité au Danemark. Le juge des États-Unis a déclaré que les mesures accordées n'empêchaient pas les créanciers de faire valoir devant le tribunal danois des faillites d'éventuels droits sur les fonds précédemment saisis<sup>212</sup>. Il a également fait observer que la remise des fonds au représentant étranger constituerait une solution à la fois plus économique et plus efficace dans la mesure où elle permettrait à tous les créanciers d'Atlas, partout dans le monde, de faire valoir leurs droits devant un seul et même tribunal compétent.

---

<sup>210</sup>Comme noté plus haut, le tribunal requis est autorisé à adapter les mesures pour tenir compte de toute objection d'ordre public. Pour un examen de l'exception d'"ordre public" dans le contexte des mesures disponibles, voir l'affaire *Tri-Continental Exchange* (note 188 ci-dessus) et les paragraphes 48 à 54 ci-dessus.

<sup>211</sup>Ces garanties sont les suivantes: le principe général de protection des intérêts locaux énoncé au paragraphe 1 de l'article 22; la disposition du paragraphe 2 de l'article 21 selon laquelle le tribunal ne doit pas autoriser la remise des biens avant de s'être assuré que les intérêts des créanciers locaux sont protégés; et le paragraphe 2 de l'article 22, selon lequel le tribunal peut soumettre les mesures qu'il accorde aux conditions qu'il juge appropriées.

<sup>212</sup>Affaire *Atlas Shipping*, p. 742.

172. Un point important à prendre en considération lorsqu'on adapte les mesures est de savoir si celles-ci s'appliquent à une procédure étrangère principale ou non principale. Il ne faut pas perdre de vue que les intérêts et l'autorité du représentant d'une procédure étrangère non principale sont généralement plus limités que ceux du représentant d'une procédure étrangère principale, qui cherche généralement à prendre le contrôle de l'ensemble des biens du débiteur insolvable.

173. Cette idée est reflétée au paragraphe 3 de l'article 21, qui dispose:

a) Que les mesures accordées en faveur d'une procédure étrangère non principale devraient se limiter aux biens qui doivent être administrés dans cette procédure; et

b) Que si le représentant étranger demande des informations concernant les biens ou les affaires du débiteur, les mesures doivent porter sur les informations nécessaires aux fins de cette procédure non principale.

174. Il ressort de ces dispositions que les mesures en faveur d'une procédure étrangère non principale ne devraient pas donner des pouvoirs inutilement étendus au représentant étranger et ne devraient pas interférer avec l'administration d'une autre procédure d'insolvabilité, en particulier la procédure principale.

175. Pour déterminer s'il y a lieu d'accorder les mesures discrétionnaires prévues à l'article 21 ou de modifier ou faire cesser les mesures accordées, le tribunal doit s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont suffisamment protégés<sup>213</sup>. C'est une des raisons pour lesquelles il peut soumettre les mesures qu'il accorde aux conditions qu'il juge appropriées<sup>214</sup>. Le tribunal peut modifier ou faire cesser les mesures à la demande d'un représentant étranger ou d'une personne lésée par celles-ci, ou de sa propre initiative<sup>215</sup>.

176. Un exemple d'affaire où l'octroi de mesures a initialement été refusé est l'affaire *Rubin c. Eurofinance* (affaire n° 23). Le tribunal requis anglais a été saisi d'une demande d'exécution d'un jugement rendu aux États-Unis, ordonnant le paiement d'une somme d'argent à un créancier déterminé. La question s'est posée de savoir si la Loi type envisageait la possibilité d'accorder des mesures de ce type. En première instance, le juge a admis que la procédure ayant donné lieu au jugement faisait partie intégrante de

---

<sup>213</sup> Voir par. 156 à 159 ci-dessus.

<sup>214</sup> Voir par. 170 ci-dessus.

<sup>215</sup> Voir Loi type de la CNUDCI, art. 22-3.

la procédure d'insolvabilité ouverte en vertu du chapitre 11 aux États-Unis<sup>216</sup>. Tout en admettant qu'en droit anglais, le tribunal pouvait donner effet aux décisions rendues dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité étrangère, le juge a établi une distinction entre une affaire dans laquelle une ordonnance était rendue pour mettre en place un mécanisme d'exécution collective contre les biens d'un débiteur par les créanciers dont les droits avaient été reconnus ou établis<sup>217</sup> (ce qui justifierait une telle mesure) et un jugement prévoyant le versement d'une somme d'argent à un créancier unique (ce qui ne la justifierait pas). Le juge a considéré que la décision rendue dans le contexte de la procédure fondée sur le chapitre 11 relevait de la deuxième catégorie, si bien que le jugement ne pouvait pas être exécuté en vertu de la Loi type de la CNUDCI. Aux fins d'exécution, les règles usuelles du droit international privé anglais continuaient de s'appliquer<sup>218</sup>.

177. En deuxième recours, la Cour suprême a cassé la décision de la cour d'appel et estimé que les jugements étaient soumis aux règles ordinaires du droit international privé interdisant l'exécution au motif que les défendeurs n'étaient pas soumis à la compétence du tribunal étranger<sup>219</sup>. Elle a également estimé qu'aucune disposition de la Loi type ne suggérait son application à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers à l'encontre des tiers.

#### b) *Approches en matière de mesures discrétionnaires*

178. Comme les mesures discrétionnaires susceptibles d'être accordées après la reconnaissance seront toujours adaptées aux circonstances de l'espèce, il est impossible d'en donner des exemples concrets dans le présent texte. Différentes options de principe peuvent cependant s'offrir au tribunal amené à décider si des mesures doivent être accordées et, dans l'affirmative, quelle devra en être la portée. Une affaire concernant une procédure australienne de liquidation, dans laquelle des mesures ont été demandées en

---

<sup>216</sup> *Rubin c. Eurofinance* (première instance), par. 47.

<sup>217</sup> *Ibid.* (en première instance), par. 58, citant *Cambridge Gas Transportation Corporation c. Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings Plc* [2007] 1 AC 508 (PC), par. 13.

<sup>218</sup> En premier appel, la cour d'appel est convenue que la procédure ayant donné lieu au jugement faisait partie de la procédure ouverte au titre du chapitre 11, mais n'a pas souscrit à la conclusion de la juridiction inférieure, considérant que le jugement en question s'inscrivait dans un régime d'exécution collective de la procédure d'insolvabilité. De ce fait, a déclaré la cour, le jugement était régi par les règles du droit international privé concernant l'insolvabilité et non par les règles ordinaires du droit international privé interdisant l'exécution des jugements lorsque le défendeur n'était pas soumis à la compétence du tribunal étranger (*Rubin c. Eurofinance* (en appel), par. 61).

<sup>219</sup> L'arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Rubin* était associé à un pourvoi dans l'affaire *New Cap Reinsurance Corp Ltd & Anor V Grant and others* [2012] UKSC 46. Dans cette affaire, la Cour suprême a décidé que le jugement étranger pouvait être exécuté puisque *New Cap* s'était soumis à la compétence juridictionnelle en produisant des preuves de dettes dans le cadre de la procédure d'insolvabilité étrangère.

Angleterre, illustre de manière instructive différentes approches pouvant être suivies en matière d'octroi de mesures discrétionnaires (il s'agit toutefois d'une procédure à laquelle la Loi type de la CNUDCI n'était pas applicable). Bien que l'Angleterre et l'Australie aient adopté des lois fondées sur la Loi type, aucune d'elles n'était en vigueur lorsque la procédure en question a été ouverte en Angleterre<sup>220</sup>.

179. Le liquidateur australien a pris des mesures pour réaliser et protéger des biens en Angleterre, essentiellement des indemnités au titre de polices de réassurance souscrites à Londres, en demandant aux tribunaux anglais de remettre ces biens en Australie pour répartition entre tous les créanciers des sociétés conformément au droit australien. Ce dernier prévoyait que le produit des contrats de réassurance devait être affecté d'abord au règlement des indemnités dues au titre des contrats d'assurance correspondants puis au remboursement du passif général, ce que ne prévoyait pas (à l'époque) le droit anglais. La question était de savoir si le tribunal anglais devait accorder une mesure qui aurait permis une répartition entre les créanciers contraire aux priorités prévues par le droit anglais. En première instance, la demande a été rejetée<sup>221</sup>; cette décision a été confirmée en appel<sup>222</sup>. En second recours, les décisions précédentes ont été infirmées et des mesures ont été accordées en faveur des liquidateurs australiens<sup>223</sup>.

180. En second recours, la juridiction qui statuait en dernier ressort a considéré qu'il existait bien une compétence pour ordonner la mesure demandée et qu'il fallait, dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, faire droit à cette demande. Bien que les cinq juges saisis soient parvenus à la même conclusion, ils ont suivi des raisonnements différents:

a) Selon une première opinion, par principe, une masse de l'insolvabilité unique devait apparaître et tous les créanciers (où qu'ils se trouvent) avaient le droit et l'obligation d'apporter la preuve de leurs créances. La législation australienne, tout en établissant des rangs de priorité différents, ne suscitait aucune objection fondamentale d'ordre public qui interdirait d'accorder les mesures demandées<sup>224</sup>. Aussi la procédure principale en Australie devait-elle se voir accorder un effet universel<sup>225</sup>;

<sup>220</sup> La demande des liquidateurs australiens a été examinée en application du paragraphe 4 de l'article 426 de la Loi sur l'insolvabilité (*Insolvency Act*) de 1986 du Royaume-Uni, qui faisait obligation aux tribunaux compétents conformément à la législation relative à l'insolvabilité en tout lieu du Royaume-Uni de fournir une assistance aux tribunaux investis d'une compétence correspondante dans certains pays, dont l'Australie.

<sup>221</sup> *HIH Casualty and General Insurance Ltd* (2005) (affaire n° 16).

<sup>222</sup> *HIH* (premier appel) (affaire n° 16).

<sup>223</sup> *McGrath c. Riddell (HIH Casualty and General Insurance Ltd)* (affaire n° 16).

<sup>224</sup> Comparer avec la discussion sur l'ordre public dans l'affaire *Gold & Honey*, au paragraphe 53 ci-dessus.

<sup>225</sup> *McGrath c. Riddell (HIH Casualty and General Insurance Ltd)*, par. 30, 36 et 63.

b) Selon une deuxième opinion, comme l'Australie comptait parmi les pays auxquels une assistance pouvait être fournie en vertu de la Loi sur l'insolvabilité de 1986, il n'y avait aucune raison de ne pas donner effet à l'obligation légale d'aider les liquidateurs australiens. Il n'existait aucune considération fondamentale d'ordre public qui interdirait aux liquidateurs australiens d'obtenir les mesures demandées<sup>226</sup>;

c) La troisième opinion était fondée sur quatre facteurs spécifiques justifiant l'octroi des mesures<sup>227</sup>:

- i) Les sociétés en liquidation étaient des compagnies d'assurance australiennes;
- ii) Le droit australien prévoyait des dispositions précises pour la répartition des biens en cas d'insolvabilité de telles compagnies;
- iii) Les règles australiennes concernant les rangs de priorité n'étaient contraires à aucune disposition du droit anglais en vigueur au moment considéré qui visait à protéger les titulaires de polices souscrites en Angleterre;
- iv) Les principes qui sous-tendaient les règles australiennes de priorité concordaient (au moment de la décision rendue en dernier ressort) avec les modifications apportées à la législation anglaise.

181. Un autre exemple est fourni par l'affaire *Vitro* (affaire n° 29), dans laquelle l'approche définie par la cour d'appel aux États-Unis pour analyser les demandes de mesures en application des articles 7 et 21 faisait obligation au tribunal de déterminer en premier lieu si les mesures demandées par un représentant étranger relevaient de l'une des catégories énumérées à l'article 21. Si tel n'était pas le cas, le tribunal devait déterminer si les mesures demandées pouvaient être considérées comme "appropriées" conformément au premier paragraphe de l'article 21 et il devait par conséquent examiner si elles avaient déjà été accordées conformément à la législation applicable avant l'entrée en vigueur du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis et si elles seraient disponibles de toute autre manière en application de la législation américaine. En troisième lieu, si les mesures demandées avaient

---

<sup>226</sup> Ibid., par. 59, 62, 76 et 77.

<sup>227</sup> Ibid., par. 42.

une portée plus large que celles qui étaient disponibles en vertu de la législation précédente ou que celles disponibles à ce moment-là en vertu de la loi américaine, l'article 7 faisait alors fonction de "fourre-tout" car il prévoyait 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 anticipé de la portée du chapitre 15 au-delà du droit de l'insolvabilité internationale en vigueur"<sup>228</sup>.

182. Ayant appliqué ce cadre aux faits qui lui avaient été exposés, le tribunal aux États-Unis 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 demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. La cour 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 des États-Unis et étaient "explicitement interdites" par le tribunal en question<sup>229</sup>. S'agissant de l'article 7, la cour 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, la cour a jugé que, puisque *Vitro* 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<sup>230</sup>.

<sup>228</sup> *Vitro*, p. 1056 et 1057.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 1058 et suivantes.

<sup>230</sup> Le refus de reconnaître les décharges de tiers dans l'affaire *Vitro* s'oppose à leur reconnaissance dans l'affaire *Metcalfé & Mansfield* (affaire n° 20). Dans cette dernière affaire, le tribunal aux États-Unis a estimé que le tribunal canadien accordait des mesures aux non-débiteurs dans des circonstances limitées qui coïncidaient avec l'application étroite de l'article 7 faite par les tribunaux des États-Unis. Le tribunal aux États-Unis a par conséquent estimé que les ordonnances rendues dans le cadre de la procédure étrangère devraient être exécutées.

c) *Mesures dans le cas d'opérations antérieures suspectes**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.

183. L'article 23<sup>231</sup> dispose que dès la reconnaissance, le représentant étranger a capacité pour engager certaines actions concernant des opérations antérieures irrégulières. Les types précis d'actions visées par cet article seront généralement mentionnés dans la législation de l'État adoptant qui incorpore la Loi type.

184. Lorsque la procédure étrangère a été reconnue comme "procédure non principale", le tribunal doit examiner tout particulièrement la question de savoir si une action devant être engagée en vertu de l'article 23 se rapporte à des biens qui "devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale"<sup>232</sup>. Là encore, les dispositions établissent une distinction entre la nature d'une procédure "principale" et celle d'une procédure "non principale" et soulignent que les mesures pouvant être accordées dans le cas d'une procédure "non principale" seront probablement plus restrictives que dans le cas d'une procédure "principale".

185. L'article 23 a une portée restreinte. Dans la mesure où l'État adoptant autorise un représentant étranger à engager certaines actions, celles-ci ne peuvent l'être que si un représentant de l'insolvabilité dans l'État adoptant aurait pu les introduire<sup>233</sup>. L'article 23 ne crée aucun droit substantiel et n'énonce pas non plus de règles de conflit de lois. Il faudra, dans chaque cas, se référer aux règles nationales de conflit de lois pour déterminer si une action du type visé à l'article 23 peut régulièrement être engagée.

<sup>231</sup> Voir également le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 200 à 203.

<sup>232</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 23-2.

<sup>233</sup> Ibid., art. 23-1.

186. Dans l'affaire *Condor Insurance (Fogarty c. Petroquest)* (affaire n° 9), la cour d'appel des États-Unis était invitée à se prononcer sur la compétence d'un tribunal des faillites d'accorder des mesures d'annulation conformément à un droit étranger dans le cadre d'une procédure relevant du chapitre 15 du Code des faillites aux États-Unis. Infirmant les décisions des tribunaux de première et deuxième instances, la cour d'appel a considéré que le tribunal des faillites avait effectivement ce pouvoir. L'affaire portait sur la reconnaissance aux États-Unis d'une procédure étrangère principale ouverte à Nevis, à la suite de quoi les représentants étrangers avaient engagé une action contre le débiteur, en vertu du droit de Nevis, pour recouvrer certains biens frauduleusement transférés aux États-Unis. Le chapitre 15 prévoit que les pouvoirs d'annulation sont exclus des mesures susceptibles d'être accordées conformément à la disposition correspondant à l'alinéa 1 g de l'article 21 de la Loi type. Il dispose en revanche qu'en vertu de l'article 23 de tels pouvoirs peuvent être exercés dans le cadre d'une procédure de faillite en bonne et due forme. La cour d'appel a considéré que le chapitre 15 n'interdisait cependant pas au représentant étranger d'invoquer les pouvoirs d'annulation prévus par le droit étranger applicable et que le libellé de la législation laissait penser qu'il fallait interpréter de manière extensive les pouvoirs accordés au tribunal afin de promouvoir la courtoisie internationale à l'égard des juridictions étrangères<sup>234</sup>. Avant cette décision rendue en appel, une interprétation semblable avait été approuvée dans l'affaire *Atlas Shipping* (affaire n° 3), dans laquelle le tribunal américain était parvenu à la conclusion que la décision rendue par le tribunal de deuxième instance 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 des travaux préparatoires" du chapitre 15<sup>235</sup>.

## E. Coopération et coordination<sup>236</sup>

### 1. Observations liminaires

*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

<sup>234</sup> *Condor Insurance* (en appel), sect. III, p. 321 à 329.

<sup>235</sup> Affaire *Atlas Shipping*, p. 744.

<sup>236</sup> Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, fondé sur les paragraphes 209 à 241 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation.

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.

*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.

#### *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].

187. Les articles 25 à 27 de la Loi type de la CNUDCI ont pour but de promouvoir la coopération entre les représentants de l'insolvabilité et les tribunaux de différents États afin que les procédures d'insolvabilité visant le même débiteur soient menées de manière à répondre au mieux aux besoins de tous ses créanciers. L'objectif est de maximiser la valeur pour les créanciers (dans le cas d'une procédure de liquidation ou de redressement) et (dans le cas d'une procédure de redressement) de faciliter la protection des investissements et la préservation des emplois<sup>237</sup>, grâce à une administration équitable et efficace de la masse de l'insolvabilité.

188. La coopération et la coordination entre les tribunaux sont des éléments essentiels de la Loi type. La coopération est souvent le seul moyen réaliste, par exemple, de prévenir la dissipation des biens, d'en maximiser la valeur<sup>238</sup> ou de trouver les meilleures solutions pour le redressement de l'entreprise. Elle est aussi souvent le seul moyen de coordonner des procédures visant différents membres du même groupe d'entreprises dans différents États<sup>239</sup>. La coopération aboutit à une meilleure coordination des diverses procédures d'insolvabilité, en permettant de mieux les organiser dans le but d'accroître la valeur pour les créanciers.

189. Non seulement les articles 25 et 26 autorisent une coopération internationale, ils l'imposent également, disposant que le tribunal et le représentant de l'insolvabilité "coopèrent dans toute la mesure possible". Ces articles visent à pallier le manque fréquent, dans les législations nationales, de règles donnant un fondement juridique à la coopération entre les tribunaux locaux et les tribunaux étrangers pour traiter des insolvabilités internationales. L'incorporation de ces dispositions est particulièrement utile dans les systèmes juridiques où la latitude donnée aux juges pour agir en dehors du cadre des autorisations législatives expresses est limitée. Même dans les pays où les juges ont traditionnellement un plus grand pouvoir discrétionnaire, il peut se révéler utile d'établir un tel cadre législatif pour la coopération.

190. Les articles laissent aux tribunaux et, sous réserve du contrôle de ces derniers, aux représentants de l'insolvabilité, le soin de décider du moment et de la forme de la coopération. La Loi type de la CNUDCI n'exige pas, pour que le tribunal (ou encore la personne ou l'organe mentionné aux articles 25 et 26) puisse coopérer avec un tribunal ou un représentant étranger

---

<sup>237</sup> Loi type de la CNUDCI, alinéa *e* du préambule.

<sup>238</sup> Par exemple, lorsque des éléments de l'outil de production situés dans deux États ont une plus grande valeur s'ils sont vendus ensemble que s'ils sont vendus séparément.

<sup>239</sup> Voir Guide législatif de la CNUDCI, troisième partie: Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, recommandations 239 à 254 sur la promotion de la coopération internationale dans les procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises; voir également le paragraphe 68 ci-dessus.

concernant une procédure étrangère, que cette procédure soit officiellement reconnue. Par conséquent, la coopération peut avoir lieu dès le début et avant qu'une demande de reconnaissance ne soit faite. Étant donné que les articles du chapitre IV s'appliquent aux questions visées à l'article premier, une coopération peut porter non seulement sur les demandes d'assistance faites dans l'État adoptant, mais aussi sur celles issues d'une procédure se déroulant dans l'État adoptant aux fins d'une assistance à l'étranger (voir également l'article 5). En outre, la coopération ne se limite pas aux procédures étrangères au sens de l'alinéa *a* de l'article 2 qui sont susceptibles d'être reconnues en vertu de l'article 17 (en tant que procédure principale ou non principale), et peut donc porter sur des procédures ouvertes en raison de la présence de biens.

191. La faculté donnée aux tribunaux, avec la participation appropriée des parties, de communiquer "directement" avec les tribunaux ou les représentants étrangers et de leur demander "directement" informations et assistance vise à éviter les longues procédures traditionnelles, telles que les commissions rogatoires et l'*exequatur*. Cette possibilité revêt une importance critique lorsqu'un tribunal doit agir d'urgence.

## 2. Coopération

192. L'importance de donner aux tribunaux la souplesse et la latitude voulues pour coopérer avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers a été soulignée lors du deuxième Colloque judiciaire multinational CNUDCI-INSOL sur l'insolvabilité internationale<sup>1</sup>, qui s'est tenu avant que ne soit finalisée la Loi type de la CNUDCI. Lors de ce colloque, des juges ont cité des exemples de coopération judiciaire dans un certain nombre d'affaires sur lesquelles ils avaient travaillé.

193. Plusieurs points se sont dégagés des exemples donnés<sup>240</sup>:

*a)* La communication entre tribunaux est possible, mais il faut faire preuve de prudence et prévoir des garanties appropriées pour protéger les droits substantiels et procéduraux des parties<sup>241</sup>;

---

<sup>240</sup>Plusieurs de ces points sont traités dans la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI, en particulier aux paragraphes 14 à 40 du chapitre III, et dans les recommandations 240 à 245 sur la coopération entre tribunaux dans les cas d'insolvabilité internationale de groupes d'entreprises.

<sup>241</sup>Ibid., par. 21 à 34 du chapitre III et recommandations 241 à 243.

b) La communication doit se faire ouvertement, avec notification préalable des parties intéressées<sup>242</sup>, et en présence de ces dernières, sauf dans les cas extrêmes<sup>243</sup>;

c) Les types de communication possibles sont nombreux et comprennent l'échange d'ordonnances ou de jugements officiels des tribunaux, la communication d'écrits informels contenant des informations générales, des questions et des observations et la transmission des comptes rendus d'audience<sup>244</sup>;

d) Les moyens de communication comprennent le téléphone, la liaison vidéo, la télécopie et le courrier électronique<sup>245</sup>;

e) Lorsqu'une communication est nécessaire et se fait de manière appropriée, les personnes intervenant dans la procédure d'insolvabilité internationale et concernées par cette dernière peuvent en tirer des avantages considérables.

194. Il ressort de plusieurs affaires que la communication entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité a facilité la coordination de procédures multiples visant tant des débiteurs autonomes que des débiteurs appartenant au même groupe d'entreprises ainsi qu'un règlement plus rapide de l'administration de la masse de l'insolvabilité.

195. Dans l'affaire *Maxwell Communication*<sup>246</sup>, les juges aux États-Unis et en Angleterre ont évoqué indépendamment, avec les avocats des parties dans chaque pays, la possibilité de négocier un accord de coopération internationale<sup>247</sup> pour faciliter la coordination des deux procédures. Chaque tribunal a désigné un facilitateur et plusieurs points difficiles ont ainsi pu être réglés<sup>248</sup>.

<sup>242</sup> Cette notification est aujourd'hui prévue expressément dans les règles de divers tribunaux, par exemple à l'alinéa q 2) de l'article 2002 de la United States Federal Rules of Bankruptcy Procedure. Dans l'affaire *Chow Cho Poon* (affaire n° 7), le tribunal australien a fait remarquer que les tribunaux concernés devaient expressément reconnaître la coopération et qu'un tribunal ne saurait coopérer avec un autre sans que ce dernier n'en soit avisé. Il a fait observer qu'en vertu de l'article 27 de la Loi type, la coopération devait résulter soit d'une demande faite par un tribunal à un autre, soit de la mise en œuvre d'un plan convenu (par. 56).

<sup>243</sup> Guide législatif de la CNUDCI, troisième partie, chap. III, par. 24 à 27 et recommandation 243 b et c.

<sup>244</sup> Ibid., par. 20 et recommandation 241.

<sup>245</sup> Ibid., par. 20.

<sup>246</sup> Dans *In re Maxwell Communication Corp.* 93 F.3d 1036 (2e Cir. 1996) (n° 1527, 1530, 95 5078, 1528, 1531, 95-5082, 1529, 95-5076 et 95 5084), et Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol dans *In re Maxwell Communication corp.* between the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, n° 91B 15741 (Bankr. S.D.N.Y. 15 janv. 1992), et High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, n° 0014001 de 1991 (31 décembre 1991).

<sup>247</sup> Voir Guide pratique de la CNUDCI, chap. III.

<sup>248</sup> Voir également *In re Olympia & York Developments Ltd.*, Cour de justice de l'Ontario, Toronto, n° B125/92 (26 juillet 1993), 20 C.B.R. (3 d) 165), et United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, n° 92-B-42698-42701 (Bankr. S.D.N.Y. 15 juillet 1993) (protocole d'insolvabilité internationale et ordonnance portant approbation du protocole).

196. Dans certains cas, des conférences ont été organisées par téléphone ou liaison vidéo entre juges et avocats de chaque pays. Par exemple, en 2001, une audience conjointe s'est tenue par liaison vidéo entre des juges aux États-Unis et au Canada et des représentants de toutes les parties dans chacun des deux pays. Du point de vue procédural, l'audience était conduite de manière simultanée<sup>249</sup>. Chaque juge a entendu les arguments sur les questions de fond dont était saisi son tribunal avant de décider de l'issue appropriée. Les parties et le juge d'un pays pouvaient voir et entendre ce qui se passait durant les débats dans l'autre pays, sans toutefois participer activement à cette partie de l'audience.

197. À l'issue des débats devant chaque tribunal (avec le consentement des parties), les deux juges ont suspendu l'audience pour s'entretenir en privé (par téléphone), après quoi l'audience conjointe a repris et chaque juge a rendu des décisions pour la procédure le concernant. Un des juges a confirmé qu'ils s'étaient entendus sur une conclusion mais il était clair que chaque juge était parvenu de son côté à une décision ne portant que sur la procédure dont il était chargé<sup>250</sup>.

198. D'après ceux qui ont participé à cette audience, les créanciers ont pu recouvrer des sommes bien plus importantes car chaque tribunal a obtenu davantage d'informations sur le déroulement de la procédure dans l'autre pays et s'est employé à coordonner les procédures de manière à servir au mieux les intérêts des créanciers.

199. Un exemple différent a trait aux efforts que font les tribunaux pour coopérer en limitant les effets de leurs décisions, lorsque celles-ci vont à l'encontre des décisions prises par des tribunaux d'autres États. Dans l'affaire *Perpetual Trustee Company Ltd c. Lehman Bros. Special Financing Inc.*<sup>251</sup>, un tribunal anglais a été amené, à la suite d'une série de demandes, à répondre au tribunal américain en expliquant les mesures et décisions prises en

---

<sup>249</sup> *In re PSI Net Inc.*, Cour supérieure de justice de l'Ontario, Toronto, affaire n° 01-CL-4155 (10 juillet 2001) et United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, affaire n° 01-13213 (10 juillet 2001) (protocole d'insolvabilité internationale et ordonnance portant approbation du protocole).

<sup>250</sup> Procès-verbal de la conférence dans l'affaire *In re PSINet Inc.* (US Bankruptcy Court, Southern District of New York et Cour supérieure de justice de l'Ontario), 26 septembre 2001, disponible auprès du secrétariat de la CNUDCI. D'après les archives officielles du Bankruptcy Court for the Southern District of New York, le procès-verbal a été enregistré le 12 octobre 2001. Le dossier en contient une copie, et la pratique consiste à enregistrer le procès-verbal dans le registre public après un certain délai. Ce document fait aussi partie des informations publiques au Canada et est par conséquent accessible au public.

<sup>251</sup> [2009] EWHC 2953. Dans l'affaire *Belmont Park Investments Pty Ltd c. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, ([2011] UKSC 38), la Cour suprême anglaise a résumé comme suit les échanges entre les tribunaux anglais et américain (par. 33): "À la suite des échanges entre la Haute Cour d'Angleterre et le Tribunal des faillites de New York, il a été convenu que, afin de limiter les éventuels conflits entre les décisions prises dans les deux pays, seules des mesures déclaratoires seraient prises: *Perpetual Trustee Co. Ltd c. BNY Corporate Trustee Services Ltd.* [2010 2 BCLC 237]; *In re Lehman Bros Holdings Inc.* (2010) 422 BR 407 (Bankr. S.D.N.Y.)."

Angleterre et en invitant le juge américain à s'abstenir pour l'heure de rendre toute ordonnance formelle pouvant aller à l'encontre de celles rendues en Angleterre<sup>252</sup>. Sachant que sa décision irait directement à l'encontre de celle du tribunal anglais, le tribunal américain a exprimé sa vision de la législation, mais il n'a pas exigé que les parties s'y conforment immédiatement. Analysé devant les tribunaux, le conflit n'a pas été résolu, mais il a en partie été réglé par la suite dans le cadre de la procédure américaine.

200. Un autre exemple de coopération est l'échange de correspondance contenant des demandes d'assistance de l'un des tribunaux impliqués dans la procédure ou des réponses à ces demandes. Dans l'affaire *In re Lehman Brothers Australia Limited*<sup>253</sup>, le tribunal australien a examiné les effets des décisions prises dans les affaires Lehman aux États-Unis et en Angleterre sur les obligations légales du liquidateur des entités australiennes ainsi que la demande faite par ces liquidateurs tendant à ce que le tribunal communique avec le tribunal américain. Sur le moment, la demande avait été rejetée par le tribunal australien, au motif qu'elle pourrait influencer la décision du tribunal américain sur certains points; qu'elle pourrait méconnaître le principe de courtoisie internationale basé sur la courtoisie réciproque et le respect mutuel et être considérée par le juge américain comme une ingérence abusive; qu'il s'agissait d'une demande *ex parte* et que toutes les parties intéressées n'avaient pas été entendues; et que la coopération entre le juge australien et un tribunal étranger quel qu'il soit devait en principe intervenir dans un cadre ou à travers un protocole ayant fait l'objet d'une approbation préalable dudit tribunal et connu des parties à la procédure en cause. Le juge australien a néanmoins estimé qu'il pourrait être pertinent d'écrire au juge américain afin de l'informer de la requête en question et de lui demander s'il serait possible d'établir un protocole pour de futures communications. Un projet de lettre à adresser au tribunal américain a été annexé à l'arrêt.

201. La coopération peut également être assurée par le biais d'accords internationaux dans lesquels les parties à ces accords et le représentant désigné par le tribunal se tiennent en contact pour coordonner les procédures d'insolvabilité<sup>254</sup>.

<sup>252</sup> *Perpetual Trustee*, par. 41 à 50.

<sup>253</sup> *Parbery; in the matter of Lehman Brothers Australia Limited* (en liquidation) [2011] FCA 1449 [CLOUT, décision n° 1215].

<sup>254</sup> Pour des exemples d'utilisation de cette méthode, voir le Guide pratique de la CNUDCI, chap. II, par. 2 et 3. Comme indiqué dans le Guide pratique, cette méthode a été utilisée dans les affaires suivantes: *Maxwell Communication* (voir plus haut, par. 195); *In re Matlack Sys. Inc.*, Cour supérieure de justice de l'Ontario, n° 01-CL-4109 et United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, n° 01-01114 (Bankr. D. Del. 24 mai 2001); et *In re Nakash*, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, n° 94B 44840 (Bankr. S.D.N.Y. 23 mai 1996) (protocole d'insolvabilité internationale et ordonnance portant approbation du protocole) et Tribunal de district de Jérusalem, n° 1595/87 (23 mai 1996). On trouvera des notes sur les accords utilisés dans ces affaires à l'annexe I du Guide pratique de la CNUDCI.

202. L'article 26, relatif à la coopération internationale entre les représentants de l'insolvabilité chargés d'administrer les biens des débiteurs insolubles, montre le rôle important que ces personnes peuvent jouer dans la conception et l'exécution d'accords de coopération internationale, dans les limites de leurs pouvoirs. La disposition indique clairement qu'un représentant de l'insolvabilité agit sous le contrôle général du tribunal compétent. La possibilité pour le tribunal d'encourager la conclusion d'accords internationaux afin de faciliter la coordination des procédures est un exemple d'application du principe de "coopération"<sup>255</sup>.

203. En 2000, l'American Law Institute a élaboré les Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal<sup>256</sup> dans le cadre de ses travaux sur l'insolvabilité internationale dans les pays de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Des juges, des juristes et des universitaires des trois pays membres de l'ALENA — Canada, États-Unis et Mexique — ont travaillé ensemble à ce projet. Les Directives visent à encourager et à faciliter la coopération dans les affaires internationales. Elles ne visent pas à modifier les règles ou procédures internes applicables dans un pays particulier, ni à compromettre ou à restreindre les droits fondamentaux des parties à une procédure devant un tribunal. Les Directives ont été approuvées par plusieurs tribunaux de différents pays et utilisées dans plusieurs affaires internationales<sup>257</sup>.

204. Il existe en matière de coopération une différence importante entre la Loi type de la CNUDCI et le Règlement CE. Ce dernier ne contient aucune disposition concernant les communications entre tribunaux. En revanche, il impose au syndic de la procédure principale et aux syndics des procédures secondaires ouvertes dans un État membre "un devoir d'information réciproque" et "un devoir de coopération réciproque" et dispose que le syndic d'une procédure secondaire "doit en temps utile permettre au syndic de la procédure principale de présenter des propositions relatives à la liquidation ou à toute utilisation des actifs de la procédure secondaire"<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 26, par. 1 et 2, ainsi que toute autre loi nationale régissant les aspects pratiques de la coopération.

<sup>256</sup> Disponibles en 14 langues à l'adresse [www.iiiglobal.org/component/jdownloads/?task=viewcategory&catid=394](http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/?task=viewcategory&catid=394) (page consultée pour la dernière fois le 2 janvier 2014).

<sup>257</sup> Un accord de coopération internationale entériné par des tribunaux de l'Ontario (Canada) et du Delaware (États-Unis) dans l'affaire *In re Matlack Sys. Inc* (voir plus haut note 254) montre comment les Directives ont été adaptées à une affaire particulière. Les Directives ont également été appliquées dans plusieurs autres accords de coopération internationale (voir les résumés des affaires à l'annexe I du Guide pratique de la CNUDCI).

<sup>258</sup> Règlement CE, art. 31.

### 3. Coordination

*Article 28. Ouverture d'une procédure en vertu [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.

*Article 29. Coordination d'une procédure ouverte en vertu [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 concurremment 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) Si 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.

205. Les articles 28 et 29 ont trait aux procédures concurrentes et plus particulièrement à l'ouverture d'une procédure locale après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale et à la façon dont les mesures devraient être adaptées pour assurer la cohérence entre procédures concurrentes.

206. 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 concernant le même débiteur pour autant que celui-ci ait des biens dans l'État.

207. Habituellement, la procédure locale envisagée dans cet article est limitée aux biens situés dans l'État; cependant, dans certains cas, elle ne pourra être administrée comme il convient que si elle englobe certains biens situés à l'étranger, en particulier lorsque aucune procédure étrangère n'est nécessaire ou possible dans l'État où se trouvent ces biens<sup>259</sup>. Pour qu'une procédure locale puisse s'étendre de façon limitée à l'étranger, l'article 28 prévoit qu'elle peut avoir effet, dans la mesure nécessaire, sur les autres biens du débiteur qui devraient être administrés dans la procédure ouverte dans l'État adoptant.

208. L'article 28 prévoit deux restrictions concernant l'extension possible des effets d'une procédure locale aux biens situés à l'étranger:

a) L'extension est autorisée "dans la mesure nécessaire pour donner effet aux mesures de coopération et de coordination visées aux articles 25, 26 et 27"; et

b) Les biens situés à l'étranger doivent être administrés dans l'État adoptant "en vertu de la loi [de cet État]".

209. Ces restrictions montrent clairement que toute procédure locale d'insolvabilité engagée après la reconnaissance d'une procédure étrangère

---

<sup>259</sup> Par exemple, si l'établissement local possède une usine en exploitation dans un pays étranger; s'il est possible de vendre les biens du débiteur dans l'État adoptant et les biens à l'étranger en vue de la poursuite de l'activité; ou si les biens ont été frauduleusement transférés de l'État adoptant à l'étranger.

principale se limite aux biens du débiteur qui se trouvent dans l'État d'ouverture de cette procédure locale, sous réserve seulement de la nécessité d'encourager la coopération et la coordination en ce qui concerne la procédure étrangère principale.

210. L'article 29 donne au tribunal des orientations sur l'approche à adopter dans les cas où le débiteur fait l'objet à la fois d'une procédure étrangère et d'une procédure locale. Le principe essentiel est que l'ouverture d'une procédure locale n'empêche pas ni ne fait cesser la reconnaissance d'une procédure étrangère. Ce principe est fondamental pour la réalisation des objectifs de la Loi type de la CNUDCI dans la mesure où il autorise le tribunal requis à accorder en toutes circonstances des mesures en faveur de la procédure étrangère.

211. Cependant, 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<sup>260</sup>;

b) Toute mesure déjà accordée en faveur de la procédure étrangère doit être réexaminée et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure locale<sup>261</sup>;

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<sup>262</sup>;

d) Si une procédure locale est en cours lorsqu'une procédure étrangère est reconnue comme procédure principale, la procédure étrangère ne bénéficie pas des effets automatiques de l'article 20<sup>263</sup>.

212. L'article 29 évite d'établir une hiérarchie rigide entre les procédures dans la mesure où cela empêcherait inutilement le tribunal de coopérer et d'exercer le pouvoir d'appréciation que lui confèrent les articles 19 et 21.

213. L'alinéa *c* de l'article 29 incorpore le principe selon lequel une mesure accordée au représentant d'une procédure étrangère non principale doit se limiter aux biens devant être administrés dans cette procédure non principale ou concerner les informations requises dans cette procédure. Ce principe est exprimé aussi au paragraphe 3 de l'article 21 et énoncé de nouveau à l'article

---

<sup>260</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 29 *a* i.

<sup>261</sup> Ibid., art. 29 *b* i.

<sup>262</sup> Ibid., art. 29 *b* ii. Ces effets automatiques ne prennent pas fin automatiquement, puisqu'ils peuvent être positifs et que le tribunal peut souhaiter les maintenir.

<sup>263</sup> Ibid., art. 29 *a* ii.

29 afin d'insister sur la nécessité de l'appliquer aux fins de la coordination de procédures locale et étrangère.

*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.

214. L'article 30 traite des cas où le débiteur fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans plusieurs États étrangers et où les représentants étrangers de plus d'une procédure étrangère demandent une reconnaissance ou des mesures dans l'État adoptant. La disposition s'applique qu'une procédure d'insolvabilité soit ou non en cours dans l'État adoptant. Si à ces procédures étrangères s'ajoute une procédure ouverte dans l'État adoptant, le tribunal doit agir conformément aux articles 29 et 30.

215. L'objectif de l'article 30 est analogue à celui de l'article 29. Il a pour but de faciliter la coopération par une coordination appropriée. La cohérence des approches est assurée par une adaptation appropriée des mesures à accorder ou par la modification ou la levée des mesures déjà accordées.

216. Contrairement à l'article 29 (qui, par principe, donne la primauté à la procédure locale), l'article 30 donne la préférence à la procédure étrangère principale, le cas échéant. S'il y a plusieurs procédures étrangères non principales, la disposition ne donne la préférence à aucune d'entre elles. Le caractère prioritaire de la procédure étrangère principale se reflète dans

l'exigence selon laquelle toute mesure en faveur d'une procédure étrangère non principale (qu'elle ait déjà été accordée ou non) doit être conforme à la procédure étrangère principale<sup>264</sup>.

217. Les mesures accordées en application de l'article 30 peuvent être levées ou modifiées si une autre procédure étrangère non principale est reconnue après le prononcé de l'ordonnance. Une ordonnance levant ou modifiant des mesures déjà accordées ne peut être rendue que si elle a pour but "de faciliter la coordination des procédures"<sup>265</sup>.

218. En cas de procédures concurrentes, des règles particulières sont prévues en ce qui concerne le paiement des dettes.

*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.

219. La règle énoncée à l'article 32 (règle de l'égalité entre les créanciers, parfois appelée règle du "hotchpot") est une garantie utile dans un régime juridique pour la coordination et la coopération dans l'administration des procédures d'insolvabilité internationale. Elle vise à éviter qu'un créancier ne bénéficie d'un traitement plus favorable que les autres créanciers de même rang en obtenant paiement de la même créance dans plusieurs procédures menées dans divers États.

220. Par exemple, supposons qu'un créancier chirographaire ait récupéré 5% de sa créance dans une procédure d'insolvabilité étrangère mais qu'il participe également à une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant, où le taux de distribution est de 15%. Pour qu'il soit dans une position égale à celle des autres créanciers dans l'État adoptant, il ne recevra dans ce dernier que 10% du montant de sa créance. Implicitement, l'article 32 autorise le tribunal requis à rendre des ordonnances pour donner effet à cette règle.

<sup>264</sup> Ibid., art. 30 a et b.

<sup>265</sup> Ibid., art. 30 c.

221. L'article 32 est sans incidence sur le rang de priorité 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 créanciers ayant des créances garanties ou des droits réels obtiennent pleine satisfaction (ce qui dépend de la loi de l'État où est menée la procédure), ils ne sont pas lésés par la disposition.

222. L'expression "créances assorties de sûretés"<sup>266</sup> désigne généralement les créances garanties par des biens particuliers, alors que l'expression "droits réels" vise les droits attachés à un bien particulier qui sont également opposables aux tiers. Tel ou tel droit peut correspondre aux deux expressions, selon la classification et la terminologie de la loi applicable. L'État adoptant peut employer un ou plusieurs autres termes pour exprimer ces notions.

---

<sup>266</sup> Dans le glossaire du Guide législatif de la CNUDCI, au paragraphe 12 *o*, le terme "créance garantie" est défini comme une "créance assortie d'une sûreté réelle constituée en garantie d'une dette et réalisable en cas de défaut de paiement du débiteur".



# Annexe I

## Résumés des affaires<sup>a</sup>

1. *ABC Learning Centres Limited (In re)*  
445 B.R. 318 (Bankr. D. Del 2010) [CLOUT, décision n° 1210]
2. *Ashapura Minechem Ltd*  
Première instance: affaire n° 11-14668 (Bankr. S.D.N.Y. 22 novembre 2011); en appel: 480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012) [CLOUT, décision n° 1313]
3. *Atlas Shipping A/S (In re)*  
404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. 2009) [CLOUT, décision n° 1277]
4. *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd (In re)*  
Première instance: 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2007) [CLOUT, décision n° 760]; en appel: 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008) [CLOUT, décision n° 794]
5. *Betcorp Ltd (In re) (in liquidation)*  
400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009) [CLOUT, décision n° 927]
6. *British American Ins. Co. Ltd (In re)*  
425 B.R. 884 (Bankr. S.D. Fla. 2010) [CLOUT, décision n° 1005]
7. *Chow Cho Poon (Private) Limited (Re)*  
(2011) NSWSC 300 (15 avril 2011) [CLOUT, décision n° 1218]
8. *Cinram International Inc (Re)*  
2012 ONSC 3767 (Ont. SCJ [Rôle commercial]) [CLOUT, décision n° 1269]

---

<sup>a</sup>La plupart des affaires énumérées ci-après se trouvent (dans la langue d'origine) sur le site Internet d'INSOL International, à l'adresse: <http://www.insol.org/page/297/uncitral-model-law> (page consultée pour la dernière fois le 2 janvier 2014).

9. *Condor Ins. Ltd (In re) (Fogarty c. Petroquest Resources Inc.)*  
601 F.3d 319, (5th Cir. 2010) [CLOUT, décisions n° 928, 1006]
10. *Ephedra Products Liability Litigation (In re)*  
349 B.R. 333 (S.D.N.Y. 2006) [CLOUT, décision n° 765]
11. *Eurofood IFSC Ltd (Re)*  
[2006] Ch 508 (ECJ)
12. *Fairfield Sentry Ltd (In re)*  
Première instance: 440 B.R. 60 (Bankr. S.D.N.Y. 2010); n° 10 Civ. 7311 (S.D.N.Y. 16 septembre 2011) [CLOUT, décision n° 1316]
13. *Gainsford, in the matter of Tannenbaum c. Tannenbaum*  
(2012) FCA 904 [CLOUT, décision n° 1214]
14. *Gerova Financial Group, Ltd. (In re)*  
482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2012) [CLOUT, décision n° 1275]
15. *Gold & Honey, Ltd (In re)*  
410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009) [CLOUT, décision n° 1008]
16. *HIH Casualty and General Insurance Ltd (Re)*  
[2005] EWHC 2125; premier appel [2006] EWCA Civ 732; deuxième recours: *McGrath c. Riddle* [2008] UKHL 21
17. *Interedil, Srl*  
[2011] EUECJ C-396/09, [2012] Bus LR 1582
18. *Lightsquared LP (Re)*  
2012 ONSC 2994 (Ont. SCJ [Rôle commercial]) [CLOUT, décision n° 1204]
19. *Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc.*  
2011 ONSC 4201 (Ont. SCJ [Rôle commercial]) [CLOUT, décision n° 1206]
20. *Metcalfe & Mansfield Alternative Investment (In re)*  
421 BR 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010) [CLOUT, décision n° 1007]
21. *Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited et al.*  
Première instance: 458 B.R. 63 (Bankr. S.D.N.Y. 2011); en appel: 474 B.R. 88 (S.D.N.Y. 2012) [CLOUT, décision n° 1208]

22. *Ran (In re)*  
*Lavie c. Ran* 406 B.R. 277 (S.D. Tex 2009) [CLOUT, décision n° 929], confirmant *In re Ran*, 390 B.R. 257 (Bankr. S.D. Tex. 2008), sur renvoi de *Lavie c. Ran*, 384 B.R. 469 (S.D. Tex. 2008). Confirmé par *In re Ran*, 607 F.3d 1017 (5th Cir. 2010) [CLOUT, décision n° 1276]
23. *Rubin c. Eurofinance SA*  
Première instance: [2009] EWHC 2129 (Ch); en appel: [2010] EWCA Civ 895; deuxième recours: [2012] UKSC 46 [CLOUT, décision n° 1270]
24. *Sivec Srl (In re), as successor in liquidation to Sirz Srl*  
476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla 2012) [CLOUT, décision n° 1312]
25. *SNP Boat Service, S.A. c. Hotel le St. James*  
Première instance: 435 B.R. 446 (Bankr. S.D. Fla. 2011); en appel: 483 B.R. 776 (S.D. Fla. 2012) [CLOUT, décision n° 1314]
26. *Stanford International Bank Ltd*  
[2009] EWHC 1441 (Ch); en appel [2010] EWCA Civ. 137 [CLOUT, décision n° 1003]
27. *think3*  
Affaire n° 1757 de 2012. Recours contre la décision de rejet d'une demande visant à obtenir la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité et d'une ordonnance d'administration étrangères, ainsi qu'une assistance en la matière (Tribunal de première instance, affaires n° 3 et 5 de 2011, Tribunal de district de Tokyo) [Traduction anglaise (non officielle) disponible auprès du secrétariat de la CNUDCI; voir <http://www.insol.org/page/304/japan>]
28. *Juergen Toft (In re)*  
453 B.R. 186 (Bankr. S.D.N.Y. 2011) [CLOUT, décision n° 1209]
29. *Vitro S.A.B. de C.V. (In re)*  
701 F.3d 1031 (5th Cir. 2012) [CLOUT, décision n° 1310]
30. *Williams c. Simpson*  
[2011] B.P.I.R. 938 (Haute Cour de Nouvelle-Zélande, Hamilton, 17 septembre 2010)  
  
*Williams c. Simpson* (n° 5)  
Haute Cour de Nouvelle-Zélande, Hamilton, 12 octobre 2010 [CLOUT, décision n° 1220]

## 1. *ABC Learning Centres Limited*

Société mère australienne d'un groupe englobant 38 filiales, le débiteur était propriétaire-exploitant de garderies en Australie, en Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni, au Canada et aux États-Unis d'Amérique. En novembre 2008, les conseils d'administration du débiteur et de ses 38 filiales ont décidé que les sociétés, dans la mesure où elles allaient vraisemblablement devenir insolubles, devraient se placer sous le régime d'administration volontaire en Australie et des administrateurs ont été désignés. La mise en place du régime d'administration volontaire violant les conditions de certaines conventions de prêt, les prêteurs, agissant en application de la loi australienne sur les sociétés, ont exercé leur droit en leur qualité de créanciers garantis de désigner des mandataires pour représenter leurs intérêts et entamer la procédure de règlement judiciaire. En juin 2010, les créanciers ont résolu de liquider les sociétés et les administrateurs ont été désignés en tant que liquidateurs. Les procédures de règlement judiciaire et de liquidation ont été menées concomitamment. En 2008 et 2009, des poursuites ont été engagées aux États-Unis contre certaines des sociétés débitrices. En 2010, les liquidateurs ont demandé la reconnaissance aux États-Unis en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (incorporant la Loi type aux États-Unis) de la procédure de liquidation australienne en tant que procédure étrangère principale. Le tribunal a conclu que la procédure de liquidation était une "procédure étrangère" aux fins du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis et l'a donc reconnue en tant que procédure étrangère principale.

## 2. *Ashapura Minechem Ltd*

En octobre 2011, le représentant étranger du débiteur, compagnie minière et industrielle ayant son siège à Mumbai, a demandé la reconnaissance aux États-Unis d'Amérique en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis d'une procédure entamée en Inde et qui demeurait en instance auprès du Conseil pour le redressement industriel et financier [organisme autorisé à remplir les fonctions de tribunal administratif en vertu de la *Sick Industrial Companies Act (Special Provisions Act, 1985)*]. Le tribunal aux États-Unis a estimé que, si la législation indienne en question ne prévoyait pas de mécanisme formel pour la participation des créanciers chirographaires, dans la pratique, la manière dont ces créanciers pouvaient y participer démontrait que la procédure était collective aux fins de la section 101-23 du Code des faillites des États-Unis [article 2 de la Loi type]. Bien que plusieurs créanciers aient fait valoir l'exception d'ordre public comme motif de non-reconnaissance de la procédure indienne, le tribunal a estimé qu'ils ne s'étaient pas acquittés de la charge de la preuve leur incombant à cet égard et que la demande de reconnaissance ne pouvait être rejetée à ce motif.

### 3. *Atlas Shipping A/S*

Les représentants de l'insolvabilité danois d'une procédure d'insolvabilité ouverte au Danemark en 2008 ont demandé aux États-Unis l'annulation de certaines saisies maritimes que des créanciers étrangers avaient obtenues, à la fois avant et après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sur des fonds détenus par le débiteur dans des comptes bancaires à New York. En vertu du droit danois, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité met fin à toutes ces saisies et interdit toute nouvelle saisie sur les biens du débiteur. Le tribunal américain a noté que pour décider s'il convenait d'accorder à un représentant étranger des mesures postérieures à la reconnaissance en plus de celles automatiquement applicables en vertu de la section 1520 du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis [article 20 de la Loi type], il devait s'appuyer généralement sur les principes de courtoisie internationale et de coopération avec les tribunaux étrangers. La raison logique à cela était, selon lui, que "la décision de donner préséance à la procédure d'insolvabilité étrangère facilitera souvent la répartition équitable, ordonnée, efficace et systématique des biens du débiteur et évitera une répartition désordonnée, incohérente ou fragmentaire". Le tribunal a estimé que l'annulation des saisies était conforme au principe de courtoisie internationale à l'égard de la procédure danoise, au titre des dispositions applicables tant avant l'ouverture d'une procédure au titre du chapitre 15 qu'en vertu du chapitre 15. Plus précisément, le tribunal a jugé que le type de mesures demandé satisfaisait aux conditions énoncées dans les sections 1521 *a* 5) et 1521 *b* du chapitre 15 [article 21, paragraphe 1 *e* et paragraphe 2 de la Loi type], qui autorisaient le représentant étranger à récupérer des biens situés aux États-Unis et à les répartir dans le cadre d'une procédure étrangère. Le tribunal américain a conclu que toutes les saisies devaient être levées et que les fonds déjà saisis devaient être remis aux représentants de l'insolvabilité pour administration dans le cadre de la procédure danoise.

### 4. *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd*

Les représentants conjoints de l'insolvabilité de deux débiteurs faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité aux îles Caïmanes ont demandé la reconnaissance de la procédure aux États-Unis en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis. Dans son raisonnement, le tribunal américain a tout d'abord noté qu'il devait trancher de façon indépendante la question de savoir si la procédure étrangère satisfaisait aux conditions énoncées dans les sections 1502 et 1517 du chapitre 15 [articles 2 et 17 de la Loi type]. Il a examiné les conditions auxquelles devait satisfaire une procédure étrangère principale ainsi que la présomption énoncée à la section 1516 *c* du

chapitre 15 [article 16-3 de la Loi type] selon laquelle le siège statutaire du débiteur était le centre de ses intérêts principaux. Il a précisé que cette présomption ne devrait s'appliquer que dans les affaires exemptes de controverses graves, ce qui permettait et encourageait une action rapide lorsque la situation était claire, et que la charge de la preuve incombait au représentant étranger. Pour examiner le type de preuves nécessaires pour réfuter la présomption, le tribunal s'est référé à l'article 8 de la Loi type, qui exigeait pour l'interprétation de cette dernière de tenir compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Il s'est penché sur l'interprétation du concept de "centre des intérêts principaux" dans le contexte de l'Union européenne, prenant note de la décision de la Cour de justice européenne dans l'affaire *Eurofood*, selon laquelle la présomption concernant le "centre des intérêts principaux" pouvait être réfutée "notamment [dans] le cas d'une société 'boîte aux lettres' qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social". Le tribunal américain a jugé qu'en l'espèce les représentants étrangers avaient eux-mêmes fourni la preuve contraire: il n'y avait ni employés ni gérants aux îles Caïmanes; le conseiller en placements du Fonds était à New York; l'administrateur des services de post-marché du Fonds était aux États-Unis de même que les livres et registres du Fonds; et, avant l'ouverture de la procédure étrangère, toutes les liquidités du Fonds se trouvaient en dehors des îles Caïmanes. Le tribunal a aussi noté que les registres d'investisseurs et les comptes clients se trouvaient hors des îles Caïmanes et qu'aucune des autres parties aux principaux accords de mise en pension ou d'échange financier n'était basée sur ces îles. Cherchant à déterminer si la procédure caïmanaise pourrait constituer une procédure étrangère non principale au sens de la section 1502-5 du chapitre 15 [alinéa c de l'article 2 de la Loi type] du fait de la présence d'un établissement, le tribunal a observé que les débiteurs n'exerçaient aucune activité économique (pertinente) de façon non transitoire aux îles Caïmanes et n'y détenaient non plus aucun fonds en dépôt avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il n'a pas accordé la reconnaissance au motif que la procédure étrangère n'était pas en instance dans un pays où les débiteurs avaient soit le "centre de leurs intérêts principaux" soit un établissement. Cette décision a été confirmée en appel.

### 5. *Betcorp Ltd (in liquidation)*

Lors de sa constitution en 1998, la société Betcorp opérait seulement en Australie. Elle a ensuite étendu ses activités aux États-Unis, où elle fournissait des services de jeu en ligne. Elle a mis fin à cette composante essentielle de ses activités suite à l'adoption en 2006 aux États-Unis d'une loi interdisant les jeux d'argent en ligne (*Unlawful Internet Gambling*

*Enforcement Act*). Elle a mis un terme à ses activités aux États-Unis puis cessé toute activité peu après. À une réunion en septembre 2007, l'immense majorité des actionnaires a voté en faveur de la nomination de liquidateurs et demandé la liquidation volontaire de la société en Australie. D'après les éléments de preuve présentés au tribunal, la société était solvable. Suite à l'introduction aux États-Unis d'une action contre Betcorp pour atteinte au droit d'auteur, les représentants de l'insolvabilité australiens ont demandé la reconnaissance de la procédure australienne aux États-Unis en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, en vue de régler l'affaire de violation du droit d'auteur dans le cadre de la procédure de liquidation australienne. Le tribunal américain a estimé que la procédure australienne satisfaisait aux conditions énoncées dans la section 101 (23) du Code des faillites des États-Unis [alinéa *a* de l'article 2 de la Loi type] et l'a reconnue en tant que procédure étrangère principale.

## 6. *British American Ins. Co. Ltd*

Le débiteur était une société d'assurance enregistrée conformément aux lois des Bahamas et ayant des succursales dans de nombreux autres pays, notamment à Saint-Vincent-et-les Grenadines. Une procédure a été ouverte tant aux Bahamas qu'à Saint-Vincent-et-les Grenadines, des représentants de l'insolvabilité étant nommés dans les deux cas. Ces deux représentants ont demandé la reconnaissance aux États-Unis de leur procédure respective en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, ainsi que des mesures au titre des sections 1520 et 1521 du chapitre 15 [articles 20 et 21 de la Loi type] et la coordination de procédures étrangères multiples en vertu de la section 1530 [article 30 de la Loi type]. La difficulté en l'espèce était de déterminer si la procédure bahamienne constituait une procédure principale ou non principale. Le tribunal s'est intéressé à la gestion des affaires du débiteur (réalisée par une filiale à 100 % située à la Trinité-et-Tobago); au lieu de situation des principaux actifs du débiteur et de la majorité de ses créanciers (aucun ne se trouvait aux Bahamas); et aux perceptions des tiers. Sur la base des éléments de preuve, il a estimé que le centre des intérêts principaux du débiteur n'était pas aux Bahamas. Le tribunal a également conclu que le débiteur n'avait pas d'établissement aux Bahamas et que, par conséquent, la procédure bahamienne ne pouvait pas être reconnue comme procédure étrangère principale, ni comme procédure étrangère non principale. Il était incontestable qu'au moment où la demande de reconnaissance avait été déposée, le débiteur n'avait aucune activité commerciale aux Bahamas, hormis les activités du représentant étranger dans le cadre de son mandat. En revanche, les éléments de preuve démontraient que le débiteur était propriétaire de biens à Saint-Vincent-et-les Grenadines, où il avait des activités commerciales; qu'il y employait du personnel dans sa succursale

et qu'il menait des activités dans le domaine de l'assurance; qu'il tenait dans ce pays un compte lié aux activités d'assurance qu'il y menait, et qu'il avait des assurés. Le tribunal a conclu que puisque le débiteur avait un établissement à Saint-Vincent-et-les Grenadines, cette procédure était une procédure étrangère non principale. Il a refusé d'accorder les mesures demandées au titre de la section 1530 du chapitre 15, au motif qu'il n'avait reconnu qu'une seule procédure étrangère non principale.

### 7. *Chow Cho Poon (Private) Limited*

En 2007, la Haute Cour de Singapour a ordonné la liquidation de Chow Cho Poon (CCP), société de droit singapourien, sur le fondement de la justice et de l'équité (décision non fondée sur l'insolvabilité du débiteur). Ayant découvert que CCP possédait des actifs bancaires en Australie, le liquidateur désigné à Singapour a fait diverses demandes les concernant, que la banque australienne en question a refusé d'exécuter, dans l'attente de la reconnaissance en Australie de la désignation du liquidateur. Bien que cette reconnaissance ait été demandée en vertu d'une autre législation, la Cour a examiné les effets de ces dispositions sur la *Cross-Border Insolvency Act* (Loi sur l'insolvabilité internationale) de 2008 (qui incorporait la Loi type dans le droit australien). En particulier, elle a cherché à établir si la procédure singapourienne était une procédure étrangère au sens de l'article 2 de la Loi type. Elle a conclu que le liquidateur était un représentant étranger au sens de l'article 2, que la liquidation constituait une procédure judiciaire et que les actifs de la société faisaient l'objet du contrôle ou de la surveillance d'un tribunal étranger. Il restait deux points à examiner, à savoir si la société CCP pouvait être qualifiée de débitrice et si la procédure était régie par "une loi relative à l'insolvabilité". Bien que la Cour ait indiqué qu'instinctivement, elle aurait répondu à ces deux questions par la négative, l'examen de décisions rendues par des tribunaux anglais (affaire *Stanford International Bank Ltd*) et américains (affaires *Betcorp* et *ABC Learning*) l'a conduite à conclure qu'il existait clairement des bases sur lesquelles "l'ensemble de la loi de Singapour sur les sociétés, ou tout au moins toutes les dispositions relatives à la liquidation, pouvait être considéré comme constituant "une loi relative à l'insolvabilité" et ce, bien qu'en l'espèce la liquidation ait été ordonnée sur le seul fondement de la justice et de l'équité et apparemment sans que l'insolvabilité ait été expressément ou implicitement établie". S'agissant du second point, la Cour a noté qu'aucune des décisions examinées n'accordait d'attention spécifique à la question de savoir si la société en liquidation pouvait être qualifiée de "débitrice", chacun des juges semblant s'être contenté de raisonner sur la base de l'idée selon laquelle une entité faisant l'objet d'une "procédure étrangère" relevait *ipso facto* du concept de "débiteur" visé par la Loi type.

## 8. *Cinram International Inc*

Le Groupe Cinram avait une activité de duplication et de distribution de CD et DVD et jouissait d'une implantation opérationnelle en Amérique du Nord et en Europe. Faisant face à des difficultés financières, plusieurs entités (de droit canadien) du groupe ont entamé une procédure d'insolvabilité au Canada en vue d'obtenir d'une part des mesures de large portée les autorisant à mettre en place diverses mesures de restructuration et, d'autre part, l'autorisation pour l'une des entités débitrices d'agir en tant que représentant étranger pour demander la reconnaissance de la procédure canadienne aux États-Unis. Outre les entités de droit canadien, le groupe comprenait des sociétés immatriculées aux États-Unis et en Europe, ces dernières ne participant toutefois pas à la procédure d'insolvabilité. Les parties à la procédure canadienne ont soutenu que le centre des intérêts principaux du groupe se trouvait au Canada, et ont fourni de très nombreux documents à l'appui de cette revendication. Le tribunal a ouvert la procédure et a accordé les mesures demandées. S'agissant de la question du centre des intérêts principaux, il a fait mention, dans son ordonnance, des preuves fournies par les débiteurs canadiens, tout en signalant que cette mention était faite exclusivement à des fins d'information. Il a déclaré reconnaître clairement qu'il appartenait au tribunal requis — dans ce cas, le Tribunal des faillites du district du Delaware — de se prononcer sur le centre des intérêts principaux et d'établir si la procédure canadienne était une "procédure étrangère principale" aux fins du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis.

## 9. *Condor Ins. Ltd (Fogarty c. Petroquest Resources, Inc.)*

Après la reconnaissance aux États-Unis, en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, d'une procédure d'insolvabilité ouverte en vertu du droit névicien à l'encontre d'une société d'assurance de Nevis, les représentants du débiteur sur l'île ont intenté une action aux États-Unis en vertu de ce même droit pour faire annuler des transferts présumés frauduleux au bénéfice d'une autre société. Le défendeur a demandé le rejet de l'action au motif que les sections 1521 et 1523 du chapitre 15 [articles 21 et 23 de la Loi type] n'autorisaient pas les représentants étrangers d'une procédure étrangère principale ou non principale à engager des actions en annulation, nonobstant la reconnaissance de cette procédure, et ne leur permettaient d'entamer une telle action qu'après l'ouverture d'une procédure de liquidation ou de redressement en vertu du droit américain. Le tribunal américain a suivi cet avis et débouté les demandeurs, décision qui a été confirmée en premier appel. Les représentants étrangers ont de nouveau interjeté appel, faisant valoir que les sections 1521 et 1523 limitaient le pouvoir d'un représentant étranger d'engager une action en annulation en vertu du droit

américain, mais non en vertu des lois étrangères en matière d'annulation. En second recours, la Cour a annulé la décision rendue en premier appel. Elle a estimé que les sections 1521 et 1523 n'interdisaient expressément, dans une procédure régie par le chapitre 15, que certaines actions en annulation en vertu du droit américain, si aucune demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'avait été formulée au titre d'autres chapitres du Code des faillites (par exemple des chapitres 7 ou 11). Aucune de ces deux sections n'empêchant un représentant étranger d'engager une action en annulation aux États-Unis en vertu d'un droit étranger, la Cour a conclu qu'il ne s'ensuivait pas nécessairement que le Congrès des États-Unis avait voulu refuser au représentant étranger l'exercice de pouvoirs d'annulation en vertu du droit étranger applicable. Après avoir examiné la formulation du texte de loi et son historique, la Cour a examiné des aspects concrets. Sans décision de sa part, les représentants de la procédure névicienne n'auraient pas pu annuler les opérations en cause; étant donné que les sociétés d'assurance étrangères ne pouvaient pas prétendre aux mesures applicables dans une procédure régie par le chapitre 7 ou 11 au titre du droit américain sur l'insolvabilité, la voie habituelle consistant à ouvrir une procédure régie par le chapitre 7 ou 11 ne leur était pas ouverte. La Cour a conclu que le Congrès n'avait pas eu pour intention de limiter les pouvoirs des tribunaux américains d'appliquer la loi du pays où la procédure principale était en cours, et par conséquent que rien dans le chapitre 15 ne s'opposait à un tel résultat.

### ***10. Ephedra Products Liability Litigation***

Le représentant de l'insolvabilité canadien d'un débiteur canadien a demandé la reconnaissance de la procédure d'insolvabilité canadienne en tant que procédure étrangère principale aux États-Unis, en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis. Un procès en responsabilité du fait des produits était en cours aux États-Unis à l'encontre du même débiteur. Une fois cette procédure reconnue en tant que procédure étrangère principale aux États-Unis, le tribunal canadien a approuvé une procédure de règlement des créances en vue d'une estimation et d'une évaluation simplifiées de toutes les créances pour responsabilité du fait des produits à l'encontre du débiteur. Le représentant de l'insolvabilité canadien a ensuite demandé au tribunal américain la reconnaissance et l'exécution de cette ordonnance. Des objections ont été émises au motif que la procédure de règlement des créances était manifestement contraire à l'ordre public américain en vertu de la section 1506 du chapitre 15 [article 6 de la Loi type], car elle priverait les créanciers du droit à une procédure régulière et à un procès devant un jury. Le tribunal aux États-Unis a admis qu'une telle procédure pourrait être interprétée comme permettant à l'administrateur des créances de refuser de recevoir des éléments de preuve et de liquider des créances sans donner aux parties intéressées la

possibilité d'être entendues. Après que la procédure de règlement des créances a été modifiée pour ménager cette possibilité, le tribunal a conclu qu'elle offrirait la garantie d'une procédure régulière. Pour ce qui est de l'argument selon lequel le déni du droit à un procès devant un jury était manifestement contraire à l'ordre public américain, le tribunal a estimé que ni la section 1506, ni aucune autre loi n'empêchaient un tribunal de reconnaître et d'exécuter une procédure d'insolvabilité étrangère aux fins de liquidation de créances au simple motif que la procédure n'incluait pas le droit à un jury. Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal a considéré le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et la jurisprudence américaine sur l'exécution des jugements étrangers, qui soulignaient tous deux qu'une conclusion selon laquelle la reconnaissance serait "manifestement contraire" à des considérations d'ordre public national devait être justifiée par des circonstances exceptionnelles.

### ***11. Eurofood IFSC Ltd***

Filiale à 100 % de Parmalat, société de droit italien opérant via des filiales implantées dans plus de 30 pays, Eurofood était constituée et immatriculée en Irlande, son objet principal étant de fournir des facilités de financement aux sociétés du groupe Parmalat. En décembre 2003, des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre de Parmalat en Italie. En janvier 2004, un créancier a demandé aux tribunaux irlandais l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'Eurofood. En février 2004, le tribunal italien a décidé qu'une procédure d'insolvabilité devait être ouverte à l'encontre d'Eurofood en Italie, déclarant cette société insolvable et estimant que le centre des intérêts principaux du débiteur était en Italie. En mars 2004, le tribunal irlandais a statué que, selon la loi irlandaise, la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'Eurofood avait été ouverte en Irlande à la date de la demande présentée à cet effet, soit le 27 janvier 2004, et que cette procédure était la procédure principale. Le représentant de l'insolvabilité italien a interjeté appel de la décision irlandaise et la cour d'appel irlandaise a alors posé certaines questions préjudicielles à la Cour de justice européenne. Pour ce qui est de la question concernant la détermination du centre des intérêts principaux d'un débiteur, la Cour de justice européenne a statué que si un débiteur était une filiale dont le siège statutaire et celui de sa société mère étaient situés dans deux États membres différents, la présomption énoncée au paragraphe 1 de l'article 3 du Règlement n° 1346/2000 du Conseil européen relatif aux procédures d'insolvabilité, selon laquelle le centre des intérêts principaux de cette filiale était situé dans l'État membre où se trouvait son siège statutaire, ne pouvait être réfutée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers montraient qu'il en était autrement. Tel pourrait être le cas en particulier d'une société n'exerçant aucune activité

sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social. En revanche, si une société exerce son activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social, le fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par ce règlement.

## 12. *Fairfield Sentry Ltd*

Les sociétés débitrices étaient constituées et avaient leur siège statutaire aux îles Vierges britanniques; elles étaient utilisées par des personnes essentiellement non américaines et certaines entités américaines exonérées d'impôts pour investir dans la société Bernard L. Madoff Investment Securities LLC. Les débiteurs avaient cessé d'exercer leurs activités quelques mois avant que leurs actionnaires et créanciers demandent en 2009 aux îles Vierges britanniques la nomination de liquidateurs pour chacun d'eux. En 2010, la reconnaissance de la procédure engagée aux îles Vierges britanniques a été demandée aux États-Unis, en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, en tant que procédure principale ou non principale. Le tribunal américain de première instance a estimé que les débiteurs avaient le centre de leurs intérêts principaux aux îles Vierges britanniques puisqu'ils y avaient leur "centre névralgique", à savoir leur siège et le lieu où ils dirigeaient, contrôlaient et coordonnaient leurs activités. Examinant le moment auquel devait être déterminé le centre des intérêts principaux, le tribunal a noté que même les tribunaux ayant privilégié la date de la demande de reconnaissance (dans les affaires *In re Ran*, *Betcorp* et *British American Insurance*) "approuveraient probablement une approche prenant en compte la totalité des circonstances, si nécessaire". Il a dit ensuite que la jurisprudence naissante n'empêchait pas d'examiner la question de la détermination du centre des intérêts principaux dans un cadre temporel plus large lorsqu'il était possible que ce centre ait été "transféré pour des raisons opportunistes (par exemple pour commettre un délit d'initié, se livrer à des manipulations fâcheuses, ou déjouer manifestement les attentes des tiers)". Il a noté que lorsqu'un débiteur avait cessé ses activités, le centre de ses intérêts principaux pouvait devenir celui du représentant étranger et que ce fait, s'ajoutant au lieu du siège statutaire, justifiait que le centre des intérêts principaux des débiteurs soit situé aux îles Vierges britanniques. La décision a été confirmée en appel auprès du tribunal de district et fait maintenant l'objet d'un deuxième recours<sup>b</sup>.

---

<sup>b</sup> Au 15 avril 2013, dernière date pour l'inclusion de décisions dans la présente mise à jour.

### **13. *Gainsford, in the matter of Tannenbaum c. Tannenbaum***

Les représentants de l'insolvabilité sud-africains de M. Tannenbaum, citoyen sud-africain s'étant installé en Australie en 2007, ont demandé la reconnaissance de la procédure sud-africaine en Australie en vertu de la *Cross-Border Insolvency Act* (Loi sur l'insolvabilité internationale) de 2008, ainsi que diverses mesures concernant l'examen des affaires du débiteur et de sa femme ainsi que d'autres personnes et entités déterminées. Le tribunal a examiné ce qui constituerait la résidence habituelle du débiteur aux fins des sections 17-2 a et 16-3 de la *Cross-Border Insolvency Act* [articles 17-2 a et 16-3 de la Loi type], en tenant compte de la décision rendue dans l'affaire *Williams c. Simpson* (voir ci-après) et de l'interprétation de ce terme tel qu'il est utilisé dans la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. Il a précisé deux points: tout d'abord, l'application de l'expression "résidence habituelle" permettait de prendre en compte un large éventail de circonstances qui influent sur le lieu où une personne était censée résider et sur l'éventuelle qualification de cette résidence en tant qu'habituelle. En deuxième lieu, les intentions passées et présentes de la personne en question auraient souvent une incidence sur la signification qu'il convenait d'attacher à des circonstances particulières, notamment la durée des liens d'une personne avec un lieu de résidence donné. Dans la mesure où M. Tannenbaum avait délibérément décidé de quitter l'Afrique du Sud en 2007, avait vécu et travaillé en Australie depuis 2007 et y avait sa résidence habituelle, le fait qu'il ait conservé sa nationalité sud-africaine et qu'il n'ait accompli aucune démarche en vue de s'inscrire sur les listes électorales australiennes n'était pas déterminant. Étant donné que la résidence habituelle du débiteur ne se trouvait pas en Afrique du Sud et qu'il n'y avait pas non plus d'établissement, la procédure étrangère ne pouvait faire l'objet d'une reconnaissance, ni en tant que procédure principale, ni en tant que procédure non principale. Les mesures ont été accordées sur le fondement d'un autre texte applicable.

### **14. *Gerova Financial Group, Ltd***

Les deux entités du groupe Gerova étaient immatriculées aux Bermudes. Suite à la publication par un analyste en valeurs mobilières d'un rapport prétendant que Gerova opérait selon le principe du montage pyramidal à la Ponzi, le groupe a été poursuivi aux États-Unis. En mai 2011, il avait cessé toutes ses activités. En octobre 2011, trois créanciers ont demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aux Bermudes. La procédure a été ajournée sur demande de Gerova, qui a réussi à s'entendre avec deux d'entre eux et s'est défendu avec succès contre les demandes du troisième. Un quatrième créancier, assumant le rôle de requérant, a présenté une demande modifiée,

que le tribunal n'a voulu ni suspendre, ni rejeter. Il a toutefois donné à Gerova l'occasion de régler intégralement cette quatrième créance. Le débiteur ne l'ayant pas fait, le tribunal a ordonné l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre des deux entités du groupe en juillet et août 2012. Les liquidateurs ont demandé la reconnaissance de la procédure bermudienne aux États-Unis en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis; un recours contre l'ordonnance rendue en juillet par le tribunal des Bermudes était alors en instance. Plusieurs créanciers se sont opposés à la reconnaissance aux motifs: *a)* qu'elle était inutile, notamment dans la mesure où un nombre élevé de créanciers s'y opposaient; *b)* qu'un recours à l'encontre de l'ordonnance d'ouverture était en instance; et *c)* que, pour ces raisons, la reconnaissance serait couverte par l'exception d'ordre public visée à la section 1506 du chapitre 15 [article 6 de la Loi type]. Le tribunal a estimé que la procédure bermudienne était la procédure étrangère principale, et que rien dans la section 1507 du chapitre 15 [article 7 de la Loi type] ne subordonnait la reconnaissance à une analyse des bénéficiaires par rapport aux coûts ou à l'aval de la majorité des créanciers; qu'il appartenait au tribunal bermudien de décider si la procédure devrait être ouverte et non au tribunal requis de subordonner la reconnaissance à un nouvel examen de cette question; que le libellé de la section 1517 du chapitre 15 [article 17 de la Loi type] n'imposait aucunement que la décision bermudienne soit définitive ou non susceptible d'appel; que, puisque l'ordonnance du tribunal bermudien était suffisante pour permettre aux liquidateurs de s'acquitter de leurs devoirs, la section 1518 du chapitre 15 [article 18 de la Loi type] leur ferait obligation de faire savoir au tribunal des États-Unis si cette ordonnance était infirmée en appel; et que rien en l'espèce ne portait atteinte à une question d'importance fondamentale qui permettrait d'invoquer l'exception d'ordre public.

### ***15. Gold & Honey, Ltd***

En juillet 2008, une procédure de règlement judiciaire a été engagée en Israël par le prêteur principal du débiteur mais, en raison de divers événements, le tribunal israélien a refusé la désignation d'un mandataire judiciaire. En septembre 2008, une procédure de redressement a été ouverte aux États-Unis et le prêteur principal du débiteur en a été notifié. Nonobstant l'ouverture de cette procédure et la suspension automatique en découlant, le prêteur principal a maintenu sa demande de désignation d'un mandataire judiciaire auprès du tribunal israélien, au motif que la suspension automatique ne s'appliquait ni à ses actions ni à sa demande de désignation d'un mandataire judiciaire. En octobre 2008, le tribunal aux États-Unis a estimé, à la suite d'une demande du débiteur et sur le fondement d'une audience à laquelle le prêteur principal était représenté, que la suspension automatique

s'appliquait aux biens du débiteur, où qu'ils soient situés et quel qu'en soit le détenteur. Bien que le tribunal n'ait pas établi si la suspension s'appliquait expressément à la procédure de règlement judiciaire israélienne ou s'il avait compétence juridictionnelle *in personam* sur le prêteur principal, il a fait remarquer à ce dernier que s'il poursuivait la procédure de règlement judiciaire en Israël, c'était à ses risques et périls. Le prêteur principal a maintenu sa demande de règlement judiciaire; vers la fin octobre 2008, le tribunal israélien a établi sa compétence et, en novembre 2008, a nommé des mandataires judiciaires pour liquider les biens du débiteur en Israël, en dépit de la procédure en cours aux États-Unis et de la demande de suspension internationale. Début janvier 2009, le prêteur principal a demandé au tribunal américain de rendre une ordonnance soit d'annulation de la suspension automatique relative au règlement judiciaire israélien, soit de rejet de la procédure d'insolvabilité américaine. Fin janvier 2009, les mandataires judiciaires israéliens ont demandé la reconnaissance de la procédure israélienne à New York en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis pour faire transférer en Israël les biens situés à New York, afin que la procédure israélienne leur soit appliquée. Le tribunal aux États-Unis a rejeté la demande de reconnaissance estimant: *a*) que les représentants israéliens n'avaient pas démontré comme il leur incombait que la procédure israélienne était une procédure collective et que les biens et les affaires du débiteur étaient soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger conformément à la définition figurant dans la section 101-23 du Code des faillites des États-Unis [article 2 *a* de la Loi type]; *b*) que les représentants israéliens avaient été désignés en violation de la suspension automatique des poursuites; et *c*) que le seuil requis pour établir l'exception d'ordre public à la reconnaissance prévue dans la section 1506 du chapitre 15 [article 6 de la Loi type] avait été atteint. Par conséquent, la reconnaissance a été rejetée.

## **16. *HIH Casualty and General Insurance Ltd; McGrath c. Riddell***

Le groupe HIH était un grand groupe d'entreprises exerçant diverses activités d'assurance et de réassurance, notamment en Australie, en Angleterre et aux États-Unis. Jusqu'à son effondrement en mars 2001, c'était le deuxième groupe d'assurance d'Australie. L'affaire concernait quatre membres du groupe, chacun participant dans une plus ou moins grande mesure à des activités d'assurance et de réassurance menées au Royaume-Uni sous diverses formes, notamment par l'intermédiaire de succursales ou de sociétés constituées localement. Même si la majorité des actifs des sociétés étaient situés en Australie, d'importants actifs se trouvaient aussi en Angleterre. Des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes en Australie et en Angleterre. Les représentants de l'insolvabilité anglais ont demandé aux tribunaux anglais

des instructions sur la manière dont les actifs des débiteurs situés en Angleterre devaient être traités compte tenu des différences entre les droits de l'insolvabilité et les régimes de priorité australiens et anglais. Le droit de l'insolvabilité australien donnait la priorité aux créanciers d'assurance pour le montant reçu des réassureurs alors que le droit anglais ne reconnaissait pas une telle priorité et exigeait la répartition *pari passu* entre tous les créanciers. Les représentants de l'insolvabilité australiens ont obtenu du tribunal australien une commission rogatoire demandant l'assistance du tribunal anglais (dans cette affaire, la législation incorporant la Loi type en Australie ou en Grande-Bretagne n'intervenait pas). Les représentants de l'insolvabilité australiens ont demandé que tous les biens récupérés en Angleterre soient remis au tribunal australien pour que ce dernier les répartisse conformément au droit de l'insolvabilité et aux régimes de priorité australiens. En première instance, le tribunal anglais a statué qu'il ne pouvait pas remettre les biens situés en Angleterre à l'Australie au motif que l'ordre de priorité et de répartition y était différent de celui applicable en Angleterre. En appel, la cour a jugé que, bien qu'elle ait le pouvoir de remettre les biens, elle refusait de le faire au motif que cela porterait préjudice aux intérêts des créanciers non concernés par la réassurance. En second recours, la cour a jugé que le pouvoir de remettre les biens existait et qu'il devrait être exercé en l'espèce. Différentes opinions ont été exprimées par la cour quant à l'origine de ce pouvoir, mais les juges étaient unanimes en ce qui concerne la remise des fonds (voir plus haut, par. 178 à 180).

### 17. *Interdil, Srl*

En juillet 2001, la société Interdil, précédemment immatriculée en Italie, a transféré son siège statutaire au Royaume-Uni et a été radiée du registre italien des sociétés et inscrite au registre anglais. Au moment du transfert, Interdil était en cours d'acquisition par un groupe de sociétés britannique et, quelques mois plus tard, la propriété des biens qu'elle détenait en Italie a été transférée à une autre société britannique dans le cadre de cette acquisition. En 2002, Interdil a été radiée du registre anglais des sociétés. En octobre 2003, un créancier a demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'Interdil à Bari (Italie). Interdil a contesté cette demande au motif que seuls les tribunaux du Royaume-Uni étaient compétents et a demandé à la cour supérieure italienne de se prononcer sur la compétence. En mai 2004, sans attendre cette dernière décision, le tribunal de Bari a ouvert la procédure d'insolvabilité. En juin 2004, Interdil a introduit un recours contre ce jugement. En mai 2005, la cour supérieure italienne a statué sur la première demande et jugé que le tribunal de Bari était compétent, au motif que la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux d'un débiteur correspondait au lieu de son siège statutaire pouvait être renversée, en l'espèce

en raison de la présence en Italie de biens immobiliers, de l'existence d'un contrat de location relatif à deux hôtels, d'un contrat avec une institution bancaire et du fait que le registre italien des sociétés n'avait pas été notifié du transfert du siège statutaire. Le tribunal de Bari a ensuite renvoyé plusieurs questions à la Cour européenne de justice (CEJ). S'agissant de la question du renversement de la présomption relative au siège statutaire, la CEJ a déclaré que le centre des intérêts principaux d'un débiteur devait être déterminé en privilégiant son lieu d'administration centrale, qui devait être établi en fonction d'éléments objectifs vérifiables par les tiers. Lorsque la gestion (y compris la prise des décisions de gestion) et le contrôle s'effectuaient au lieu du siège statutaire, de manière vérifiable par les tiers, la présomption ne pouvait pas être renversée. La Cour a dit que lorsque l'administration centrale ne se trouvait pas au même lieu que le siège statutaire, les facteurs cités dans l'affaire en question n'étaient pas suffisants pour renverser la présomption, à moins qu'une analyse détaillée de ces facteurs ne permette d'établir, de manière vérifiable par les tiers, que le véritable centre de gestion et de contrôle était situé dans cet autre lieu. La Cour a également estimé que lorsque le siège statutaire d'une société débitrice était transféré avant une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité, le centre des intérêts principaux était présumé être le lieu où se situait le nouveau siège statutaire.

### ***18. Lightsquared LP***

Le groupe débiteur incluait Lightsquared et une vingtaine de ses filiales, dont seize immatriculées et ayant leur siège aux États-Unis, trois immatriculées dans diverses provinces du Canada et une immatriculée aux Bermudes. Elles avaient toutes entamé une procédure de redressement volontaire aux États-Unis et, en mai 2012, Lightsquared, en qualité de représentant étranger du débiteur, a demandé la reconnaissance au Canada, en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies de 1985 (incorporant la Loi type au Canada), de la procédure américaine en tant que procédure étrangère principale, la reconnaissance de certaines ordonnances rendues par le tribunal aux États-Unis ainsi que certaines mesures accessoires. Pour établir le centre des intérêts principaux des entités canadiennes, le tribunal canadien a analysé les faits relatifs à l'organisation et à la structure des entités du débiteur. Le juge a estimé que, lorsqu'on ne pouvait s'en tenir à la présomption du siège statutaire, les principaux facteurs suivants, pris dans leur ensemble, tendaient à indiquer si le lieu où la procédure avait été engagée était bien le centre des intérêts principaux du débiteur: i) le lieu pouvait facilement être vérifié par les créanciers; ii) il était situé à l'endroit où se trouvaient les principaux biens du débiteur ou celui où se déroulaient ses principales opérations; et iii) il était celui où s'effectuait la gestion de la société débitrice. Se fondant sur ces facteurs, le juge a conclu que le

centre des intérêts principaux des entités canadiennes se trouvait aux États-Unis, a reconnu la procédure étrangère en tant que procédure étrangère principale, a reconnu les ordonnances rendues par le tribunal aux États-Unis et a accordé les mesures accessoires demandées.

### ***19. Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc.***

Les débiteurs exploitaient et proposaient en franchise des débits de boissons de type pubs anglais livrés clef en main aux États-Unis et au Canada. En juin 2011, une procédure au titre du chapitre 11 a été ouverte à l'encontre des débiteurs aux États-Unis et une demande de reconnaissance de cette procédure a été faite au Canada, en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies de 1985. À l'exception de 3 sociétés du groupe qui étaient immatriculées au Canada, les 11 autres sociétés débitrices l'étaient aux États-Unis. Ayant examiné les facteurs pertinents en vue de déterminer le centre des intérêts principaux des trois sociétés canadiennes, le tribunal canadien a conclu que les trois facteurs suivants étaient d'ordinaire importants: *a)* le lieu du siège de la société débitrice ou de son "centre névralgique"; *b)* le lieu où se trouvait la direction de la société débitrice; et *c)* le lieu que les créanciers importants reconnaissaient comme étant le centre des opérations de la société. Si d'autres facteurs pouvaient s'avérer pertinents dans des cas précis, le tribunal a estimé qu'ils ne revêtaient qu'une importance secondaire et qu'ils ne devraient être pris en compte que dans la mesure où ils concernaient ou venaient étayer les trois facteurs principaux. En l'espèce, compte tenu de ces facteurs, le tribunal canadien a noté que: tous les débiteurs du chapitre 11 avaient leur siège social à Boston; que le groupe opérait comme une société nord-américaine intégrée, dont la prise de décisions était centralisée au siège à Boston; et que tous les membres de la direction du groupe débiteur se trouvaient à Boston, où s'exerçaient également les fonctions liées à la gestion des ressources humaines, à la comptabilité et aux finances, les autres fonctions administratives et les fonctions liées aux technologies de l'information. La cour a conclu que le centre des intérêts principaux des sociétés canadiennes se trouvait à Boston, a reconnu la procédure américaine en tant que procédure étrangère principale et a accordé des mesures en plus de celles disponibles automatiquement dès la reconnaissance, en tenant compte principalement de certaines ordonnances rendues par le tribunal aux États-Unis dans le cadre de la procédure ouverte en application du chapitre 11.

### ***20. Metcalfe & Mansfield Alternative Investment***

En mars 2008, une procédure d'insolvabilité a été ouverte au Canada à l'encontre des débiteurs pour la restructuration de l'ensemble du papier

commercial (non bancaire) adossé à des actifs émis par des tiers. En juin 2008, le tribunal canadien a rendu une ordonnance d'homologation du plan modifié et une ordonnance de mise en œuvre du plan, approuvé auparavant par 96 % (en montant et en nombre) de l'ensemble des porteurs de billets participant au vote. Les ordonnances ont été confirmées en appel en août 2008 et mises à exécution en janvier 2009. Les porteurs de billets ont reçu des versements provisionnels en janvier et mai 2009, et une répartition définitive a été autorisée par le tribunal canadien. En novembre 2009, le représentant de l'insolvabilité canadien a demandé la reconnaissance de la procédure canadienne aux États-Unis en tant que procédure étrangère principale au titre du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, ainsi que l'exécution des ordonnances canadiennes à titre de mesures postérieures à la reconnaissance aux États-Unis. La reconnaissance a été accordée. Les ordonnances canadiennes prévoyaient la décharge des tiers non débiteurs et l'arrêt des poursuites à leur encontre, mesures d'une portée plus large que ce que le droit américain aurait permis. En ce qui concerne l'exécution de ces ordonnances, le tribunal a examiné la section 1507 du chapitre 15 [article 7 de la Loi type], qui imposait de prendre en considération une liste de facteurs pour déterminer s'il convenait d'accorder une assistance supplémentaire à un représentant étranger à la suite de la reconnaissance d'une procédure étrangère. Le tribunal a noté que les mesures postérieures à la reconnaissance visées par cette disposition étaient largement discrétionnaires et dépendaient de facteurs subjectifs intégrant les principes de la courtoisie internationale, en faisant référence à la décision prise dans l'affaire *Bear Stearns*. Il a également observé que la section 1506 du chapitre 15 [article 6 de la Loi type] limitait la reconnaissance d'une procédure étrangère si cette dernière était manifestement contraire à l'ordre public américain. Il a noté que les principes de courtoisie internationale n'exigeaient pas que les mesures disponibles aux États-Unis et dans le cadre de la procédure étrangère soient identiques, mais que la question déterminante était de savoir si les procédures au Canada satisfaisaient aux normes américaines fondamentales d'équité. Le tribunal américain a estimé que les ordonnances canadiennes satisfaisaient à ces normes fondamentales d'équité et a fait droit à la demande d'exécution.

## ***21. Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited et al.***

Les deux débiteurs (un fonds nourricier et un fonds maître) étaient des fonds de placement offshore immatriculés aux Bermudes, qui investissaient dans des titres de créances d'entreprises et des dettes souveraines proposés par des émetteurs dans des pays en développement. Une fois constitué, le fonds maître avait bénéficié du transfert de la quasi-totalité des actifs du fonds

nourricier, en contrepartie de la participation de ce dernier à son capital à hauteur de 97 %. En octobre 2008, les fonds ont connu de graves problèmes de trésorerie et n'ont pas été à même d'honorer divers appels de marge. Leurs directeurs ont demandé l'ouverture d'une procédure de liquidation aux Bermudes; le tribunal a ouvert la procédure en 2009 et a nommé les représentants étrangers en tant que liquidateurs des deux fonds. Ayant en vain tenté d'obtenir la communication informelle de documents de la part de plusieurs entités situées aux États-Unis, les liquidateurs ont demandé la reconnaissance de la procédure bermudienne aux États-Unis, en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis. En première instance, le tribunal aux États-Unis a jugé que le centre des intérêts principaux d'un débiteur devait être déterminé par référence à la date d'ouverture de la procédure étrangère et que, pour les deux débiteurs, il se situait alors aux Bermudes. Cette décision a été contestée au motif qu'un certain nombre de faits relatifs à l'organisation des affaires des débiteurs indiquait que le centre de leurs intérêts principaux était au Royaume-Uni. La décision concernant la pertinence de la date n'a pas été contestée. En appel, le tribunal a examiné les circonstances à la lumière de cinq facteurs (la situation du siège social du débiteur, le lieu où se trouvaient les personnes qui géraient la société débitrice, l'emplacement de ses principaux biens, le lieu où se trouvaient la majorité des créanciers qui seraient affectés par l'affaire, et le pays dont la législation serait applicable à la plupart des différends) ainsi que les attentes des créanciers et d'autres tiers concernés par la vérifiabilité du centre des intérêts principaux des fonds. Le tribunal a conclu que, si certains de ces facteurs pouvaient indiquer que le Royaume-Uni était le centre des intérêts principaux des débiteurs, l'essentiel des preuves le situait toutefois aux Bermudes, indépendamment du fait que la date pertinente choisie pour le déterminer ait été celle de l'ouverture de la procédure étrangère ou celle de la présentation de la demande au titre du chapitre 15.

## **22. *Ran***

Le débiteur avait été le directeur général d'une société israélienne. Suite à des difficultés financières de cette société, il a quitté Israël en avril 1997 pour s'installer aux États-Unis. Une procédure d'insolvabilité non volontaire a été engagée contre lui en Israël en juillet 1997. Le tribunal israélien a déclaré le débiteur insolvable, nommé un représentant de l'insolvabilité et ordonné la liquidation de la masse du débiteur. En 2006, le représentant israélien a demandé aux États-Unis la reconnaissance de la procédure israélienne en tant que procédure étrangère principale ou non principale au titre du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis. Le tribunal américain a rejeté la demande et le représentant israélien a interjeté appel. La cour d'appel a renvoyé l'affaire aux fins de conclusions de fait supplémentaires.

Le tribunal de première instance a de nouveau rejeté la demande de reconnaissance de la procédure étrangère comme procédure étrangère principale ou non principale. Suite à un nouveau recours, le refus de la reconnaissance a été confirmé. La décision de ne pas reconnaître le centre des intérêts principaux du débiteur comme se trouvant en Israël se fondait sur le fait que le débiteur: *a*) avait quitté Israël près de 10 ans avant la présentation de la demande de reconnaissance; *b*) avait ses activités professionnelles et sa résidence aux États-Unis; *c*) gérait ses finances exclusivement aux États-Unis; et *d*) n'avait manifesté aucune intention de retourner en Israël. Pour ce qui est du refus de reconnaître la procédure comme procédure non principale, la décision reposait sur le fait que le débiteur n'avait pas en Israël d'établissement au sens de la définition contenue dans la section 1502-5 du chapitre 15 [alinéa *c* de l'article 2 de la Loi type]. L'argument du représentant étranger selon lequel la procédure étrangère elle-même constituait une activité répondant à cette définition a été rejeté.

### 23. *Rubin c. Eurofinance SA*

Les représentants de la procédure d'insolvabilité ouverte aux États-Unis en 2007 à l'encontre de The Consumers Trust ont demandé la reconnaissance de cette procédure en Angleterre en vertu du Cross-Border Insolvency Regulations (règlement sur l'insolvabilité internationale) de 2006 (incorporant la Loi type en Grande Bretagne), ainsi que l'exécution d'un jugement du tribunal des États-Unis selon lequel Eurofinance était tenu des dettes de The Consumers Trust. The Consumers Trust était une fiducie commerciale, considérée comme une personne morale par le droit américain. En 2009, le tribunal anglais de première instance a reconnu la procédure d'insolvabilité étrangère en tant que procédure principale, mais a rejeté la demande d'exécution du jugement. Le premier recours contre le rejet de la demande d'exécution a été autorisé, le tribunal concluant que les règles ordinaires en matière d'exécution ou de non-exécution des jugements étrangers *in personam* ne s'appliquaient pas aux procédures d'insolvabilité et que les mécanismes permettant dans de telles procédures d'engager des actions contre des tiers dans l'intérêt collectif de tous les créanciers étaient inhérents au caractère collectif de l'insolvabilité et n'étaient pas de simples éléments de procédure accessoires. Les ordonnances contre Eurofinance faisaient donc partie intégrante de la procédure d'insolvabilité et avaient été rendues aux fins du régime collectif de mise en œuvre des effets de ladite procédure. De ce fait, elles n'étaient pas régies par les règles ordinaires du droit international privé interdisant l'exécution des jugements au motif que les défendeurs n'étaient pas soumis à la compétence du tribunal étranger. En deuxième recours, la Cour suprême a rejeté la démarche de la cour d'appel ainsi que la demande d'exécution du jugement. Elle a estimé que les ordonnances

étaient régies par les règles ordinaires du droit international privé et qu'aucune des conditions d'exécution de la *common law* n'avait été remplie. Elle a également estimé que les articles 21 et 25 de la Loi type concernaient des questions de procédure et n'autorisaient pas implicitement les tribunaux à exécuter une ordonnance d'insolvabilité étrangère à l'encontre d'un tiers.

#### 24. *Sivec Srl*

Dans l'affaire *Sivec*, le débiteur a obtenu la reconnaissance aux États-Unis d'une procédure de redressement italienne en tant que procédure étrangère principale en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis et la modification de la suspension automatique des poursuites pour permettre de saisir la justice américaine de deux créances susceptibles de se compenser mutuellement. Cette procédure s'est conclue par un jugement en faveur du débiteur italien pour la première créance et un jugement en faveur du créancier américain pour la deuxième créance. Le créancier américain a alors demandé des mesures d'aménagement de la suspension automatique des poursuites pour permettre la compensation des deux montants, tandis que le débiteur italien a exigé l'exécution de la procédure de redressement, ce qui, apparemment, imposait au créancier de régler son obligation découlant du premier jugement mais ne lui permettait pas de réclamer de paiement en vertu du deuxième jugement, car il n'avait pas déposé de demande en temps voulu (il a affirmé n'avoir pas été avisé de manière appropriée). Le tribunal américain a décidé de ne pas observer les principes de la courtoisie internationale à l'égard de la procédure italienne, puisque le débiteur italien "n'avait pas fourni de renseignements concernant la législation italienne ou l'état d'avancement de la procédure de faillite et ne s'était pas non plus acquitté de la charge de la preuve lui incombant dans le cadre de la demande d'application de la courtoisie internationale." Le tribunal s'est déclaré particulièrement préoccupé par l'absence de notification au créancier américain; il a en outre jugé que les garanties élémentaires d'une procédure régulière étaient absentes et qu'aucune protection n'avait été accordée aux intérêts du créancier américain. Exerçant, selon ses propres termes, une "marge de manœuvre étendue pour définir les mesures appropriées en l'espèce", le tribunal a jugé que le créancier devrait bénéficier de mesures d'aménagement de la suspension des poursuites afin d'exercer ses droits à compensation ou à récupération de fonds en application de la loi américaine.

#### 25. *SNP Boat Service, S.A. c. Hotel le St. James*

SNP Boat Service était une entreprise française qui avait conclu un contrat avec un tiers lui faisant obligation d'accepter un échange d'actifs avec la

société canadienne St. James. L'exécution du contrat laissant à désirer, des poursuites ont été engagées, en France et au Canada. Une procédure d'insolvabilité a été ouverte en France pour SNP, dans laquelle la société St. James a produit une créance. Dans le cadre de la procédure canadienne, le tribunal a rendu un jugement par défaut en faveur de la société St. James, que cette dernière a voulu exécuter en prenant le contrôle d'actifs appartenant à SNP et situés aux États-Unis. Avant que ces actifs ne puissent être vendus, le représentant étranger a demandé la reconnaissance de la procédure française aux États-Unis en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis. La reconnaissance a été accordée, et une suspension de la vente des actifs situés aux États-Unis a été ordonnée. Par la suite, les actifs ont été placés sous le contrôle du représentant étranger, avec interdiction de les transférer hors de la zone de compétence du tribunal et obligation d'obtenir l'autorisation du tribunal pour les vendre. Le représentant étranger a alors demandé l'autorisation de les rapatrier en France pour en disposer en application de la procédure française. La société St. James s'est opposée à cette demande, alléguant entre autres que ses intérêts ne seraient pas "suffisamment protégés" dans le cadre de la procédure française en vertu de la section 1522 *a* du chapitre 15 [article 22-1 de la Loi type]. Le tribunal de première instance a diligemment enquêté afin d'établir si ce serait le cas et a ensuite rejeté la demande de rapatriement, ordonné que les actifs soient remis à l'agent local habilité et rejeté la procédure au titre du chapitre 15. En appel, la cour a estimé que rien ne l'empêchait de vérifier elle-même si les intérêts des créanciers étrangers en général étaient suffisamment protégés avant de transférer les actifs à l'étranger. Cependant, il a rejeté l'idée de mener une enquête concernant la manière dont le créancier en question serait traité en France, et a estimé "qu'un tribunal des faillites n'était pas habilité à enquêter afin d'établir si les intérêts d'un créancier particulier étaient suffisamment protégés dans le cadre d'une quelconque procédure étrangère". Il a conclu qu'aussi bien l'ordonnance d'enquête que le rejet de la demande de rapatriement constituaient un abus de pouvoir discrétionnaire et a renvoyé l'affaire devant le tribunal de première instance.

## ***26. Stanford International Bank Ltd***

En février 2009, la Securities Exchange Commission des États-Unis (la "SEC") a déposé une plainte à l'encontre du propriétaire d'un groupe de sociétés ("M. X") et de sociétés lui appartenant, dont la société Y, alléguant notamment une fraude boursière. Le même jour, un tribunal américain a nommé un administrateur judiciaire des biens du groupe de sociétés appartenant à M. X, dont la société Y, et de M. X lui-même. M. X était citoyen des États-Unis et d'Antigua-et-Barbuda. La société Y était immatriculée et avait son siège statutaire à Antigua-et-Barbuda. En avril 2009, le tribunal

d'Antigua-et-Barbuda a rendu une ordonnance de liquidation et nommé deux liquidateurs pour la société Y. L'administrateur judiciaire américain et les liquidateurs antiguaïens ont déposé une demande de reconnaissance en Angleterre en vertu du règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (Cross-Border Insolvency Regulations, incorporant la Loi type en Grande-Bretagne). Chacun soutenait que la procédure dans le cadre de laquelle il avait été nommé constituait une "procédure étrangère principale" au sens de ce règlement. Le tribunal anglais a reconnu la procédure antiguaïenne en tant que procédure étrangère principale, considérant qu'elle satisfaisait à tous les aspects de la définition de "procédure étrangère" et que, suivant le critère retenu dans l'affaire *Eurofood*, la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux de la société Y était le lieu où se trouvait son siège statutaire, à savoir Antigua, n'avait pas été réfutée. Pour ce qui est de la procédure américaine, le tribunal anglais a estimé que la procédure de mise sous administration judiciaire engagée par la SEC n'était pas une procédure collective régie par une loi sur l'insolvabilité (et donc pas une procédure étrangère susceptible d'être reconnue en vertu du règlement sur l'insolvabilité internationale), car l'intervention de la SEC était destinée à "mettre un terme à une fraude massive" et à éviter ainsi un préjudice aux investisseurs, et non à redresser le débiteur ou à réaliser les avoirs dans l'intérêt de tous les créanciers, comme l'exige l'alinéa *a* de l'article 2 de la Loi type. Cette décision a été confirmée en appel.

### 27. *think3*

Le débiteur (*think3.Inc*), successeur de diverses sociétés constituées à l'origine en Italie et aux États-Unis, avait été enregistré aux États-Unis, avec une succursale en Italie et des filiales dans six pays, notamment en Italie et au Japon. Ont été ouvertes une procédure d'insolvabilité en Italie en avril 2011, puis une procédure aux États-Unis en mai 2011, en application du chapitre 11. Le 1<sup>er</sup> août 2011, la reconnaissance de la procédure italienne a été demandée aux États-Unis. Le 11 août 2011, la reconnaissance de la procédure américaine a été demandée au Japon en vertu de la loi sur la reconnaissance et l'assistance aux procédures d'insolvabilité étrangères de 2000 (incorporant la Loi type au Japon), et accordée ce même jour, de même que diverses mesures. En octobre 2011, la reconnaissance de la procédure italienne a aussi été demandée au Japon au motif que l'établissement principal du débiteur (terme utilisé dans la loi japonaise qui incorpore la Loi type et considéré comme ayant, sur le fond, la même signification que l'expression "centre des intérêts principaux") était en Italie et non aux États-Unis<sup>c</sup>. Pour déterminer les facteurs à prendre en compte en ce qui

---

<sup>c</sup>Voir note 160 relative au paragraphe 125 ci-dessus.

concerne l'établissement principal du débiteur, le tribunal japonais de première instance s'est penché sur les travaux accomplis par la CNUDCI dans le cadre de la révision du Guide pour l'incorporation de la Loi type. Il a estimé que, s'il était judicieux de tenir compte de tous les facteurs évoqués par différents tribunaux à travers le monde, il convenait de mettre l'accent sur le lieu où s'effectuaient les fonctions du siège social, sur les actifs principaux, sur l'établissement effectif et sur la gestion commerciale du débiteur, et sur la question de savoir si les créanciers pouvaient être conscients de ce lieu. En ce qui concerne la question du moment à retenir, le tribunal a estimé qu'il devait se référer au moment du dépôt de la demande ou de l'ouverture de la toute première procédure d'insolvabilité concernant le débiteur. Ayant examiné l'écheveau complexe des antécédents récents du débiteur à la lumière des différents facteurs à prendre en considération, le tribunal a conclu que l'établissement principal du débiteur était aux États-Unis. Cette décision a été confirmée en appel.

## 28. *Juergen Toft*

Le débiteur, qui faisait l'objet d'une procédure d'insolvabilité en Allemagne, avait refusé de coopérer avec le représentant étranger, dissimulant ses biens et transférant ses activités dans un pays inconnu. Dans le cadre de la procédure allemande, le représentant étranger avait obtenu une ordonnance d'interception du courrier relative au courrier postal et électronique, ainsi qu'une mesure *ex parte* pour la reconnaissance de la procédure allemande et l'exécution de l'ordonnance d'interception du courrier en Angleterre. Le représentant étranger a demandé la reconnaissance de la procédure allemande aux États-Unis en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, ainsi qu'une mesure *ex parte* aux fins de faire exécuter l'ordonnance d'interception du courrier aux États-Unis et d'obliger certains fournisseurs de services à lui faire connaître et à lui transmettre tous les courriers électroniques du débiteur hébergés sur leurs serveurs de même que tous ceux qui seraient reçus à l'avenir. Se fondant sur le fait que de telles mesures ne seraient pas disponibles en faveur d'un représentant de l'insolvabilité dans le droit américain et qu'elles seraient contraires à certaines lois relatives à la protection de la vie privée et à la surveillance, d'où des questions de responsabilité pénale, le tribunal américain a refusé d'accorder les mesures demandées car elles étaient de toute évidence contraires à l'ordre public des États-Unis au titre de la section 1506 du chapitre 15 [article 6 de la Loi type]. Ce refus intervenait sans préjudice du droit du représentant étranger de notifier une demande de reconnaissance conformément aux dispositions du droit des États-Unis.

## **29. Vitro S.A.B. de C.V.**

Ensemble, la société holding Vitro et ses filiales formaient le premier verrier du Mexique. Entre 2003 et 2007, Vitro a emprunté une somme importante, essentiellement auprès d'investisseurs aux États-Unis, emprunt dont témoignaient trois séries de billets non garantis, arrivant à échéance en 2012, 2013 ou 2017 et garantis par la quasi-totalité de ses filiales. Les garanties, régies par la législation de l'État de New York, prévoyaient que les garants ne seraient ni libérés, ni déchargés, ni touchés d'aucune manière par un quelconque accord ou une quelconque libération résultant d'une procédure d'insolvabilité, de redressement ou de faillite dont Vitro ferait l'objet et que les différends seraient réglés dans l'État de New York. En 2008, Vitro a fait connaître son intention de restructurer sa dette et de cesser d'effectuer des paiements associés aux billets non garantis. En 2009, grâce à certains accords conclus avec l'un de ses plus gros créanciers, Vitro a pu créer une grande quantité de créances intergroupes, dont l'existence n'a été révélée aux titulaires des billets non garantis qu'environ 300 jours après la conclusion des opérations, situant ainsi ces dernières au-delà de la période suspecte précédant l'insolvabilité, période durant laquelle elles auraient fait l'objet d'une attention plus poussée (270 jours au Mexique). Entre 2009 et 2010, Vitro a participé à plusieurs sessions de pourparlers en vue d'un redressement, mais ses propositions n'ont pas été approuvées par les créanciers. En décembre 2010, Vitro a déposé une demande au titre de la loi mexicaine sur le redressement des sociétés, qui a initialement été rejetée au motif que la société n'avait pas obtenu l'aval de 40 % des créanciers, c'est-à-dire le seuil minimum requis pour appuyer une telle demande sans devoir dépendre des créances intergroupes. Cette décision a été cassée en appel et Vitro a été déclarée en faillite en avril 2011. Un plan de redressement a alors été négocié avec les créanciers reconnus (y compris les détenteurs de créances intergroupes), qui prévoyait entre autres l'extinction des billets non garantis et l'exécution des obligations des garants. Au bout du compte, le plan a été avalisé par le pourcentage requis de créanciers et agréé par le tribunal mexicain en février 2012. Cette décision a par la suite été contestée en appel. Des créanciers mécontents du redressement ont tenté de faire valoir leurs billets non garantis et leurs garanties de diverses manières. Dans le cadre d'une des procédures ouvertes à New York, le tribunal a estimé que la législation de l'État s'appliquait aux garanties et que la libération, l'exécution ou la modification non consensuelle des obligations découlant des garanties était interdite. En avril 2011, une demande de reconnaissance de la procédure mexicaine a été déposée aux États-Unis en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, et celle-ci a par la suite été reconnue en tant que procédure étrangère principale. Cette décision a fait l'objet d'un recours. En mars 2012, les représentants étrangers de Vitro ont déposé diverses demandes de mesures aux États-Unis, notamment pour l'exécution du plan

de redressement mexicain et en vue d'obtenir une injonction visant à interdire certaines procédures contre Vitro aux États-Unis, mais elles ont été refusées. Cette décision a été contestée au motif que le tribunal avait erré dans son jugement en refusant d'exécuter le plan parce qu'il novait les obligations découlant des garanties des parties non débitrices. En appel, le tribunal aux États-Unis a confirmé l'ordonnance reconnaissant la procédure mexicaine ainsi que l'ordonnance refusant les mesures demandées au motif que même si, dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal pouvait, au titre du chapitre 15, exécuter une ordonnance éteignant les obligations de parties non débitrices, Vitro n'avait pas pu produire de preuves de l'existence de circonstances extraordinaires en l'espèce.

### 30. *Williams c. Simpson; Williams c. Simpson (n° 5)*

Le 9 septembre 2009, une procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'encontre de M. Simpson (le débiteur) en Angleterre. La procédure anglaise a été ouverte en raison d'une dette du débiteur envers le créancier demandeur, qui a indiqué dans sa requête que le centre des intérêts principaux du débiteur n'était pas situé dans un État membre de l'Union européenne, et au motif qu'un créancier pouvait demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur qui avait "exercé des activités en Angleterre et au pays de Galles". Le 10 septembre 2010, le représentant de l'insolvabilité (M. Williams) a demandé la reconnaissance de la procédure anglaise en Nouvelle-Zélande en vertu de la loi sur l'insolvabilité internationale de 2006 (incorporant la Loi type dans ce pays) (*Insolvency (Cross-border) Act 2006*)), ainsi que des mesures provisoires. Les mesures provisoires ont été accordées sous certaines conditions le 17 septembre et des mesures supplémentaires ont été prononcées les jours suivants<sup>d</sup>. L'audience concernant la demande de reconnaissance s'est tenue le 1<sup>er</sup> octobre 2010. Le tribunal a estimé que même si la procédure anglaise était une procédure étrangère au sens de la Loi type, elle n'était ni une procédure étrangère principale, la résidence habituelle du débiteur se trouvant en Nouvelle-Zélande, ni une procédure étrangère non principale, la condition concernant la présence d'un établissement prévue dans la Loi type n'étant pas remplie. Le tribunal a considéré qu'en vertu du droit anglais, le débiteur était certes soumis aux lois anglaises sur l'insolvabilité au motif que ses activités commerciales y étaient toujours en cours de liquidation, mais que cela ne suffisait pas pour considérer qu'il avait effectivement dans ce pays un lieu d'opérations d'où il exerçait actuellement l'activité requise par la définition de l'établissement. Le tribunal a donc refusé de reconnaître la procédure étrangère. Il a

---

<sup>d</sup>Voir aussi note 192 relative au paragraphe 153 ci-dessus concernant les mesures provisoires accordées.

cependant pu accorder une assistance pour faciliter la procédure anglaise au titre de la section 8 de la loi néo-zélandaise, disposition applicable dans les rares cas où les dispositions incorporant la Loi type ne pouvaient s'appliquer. Cette assistance devait permettre au représentant de l'insolvabilité de récupérer et de réaliser les biens dont le débiteur était propriétaire en Nouvelle-Zélande, sous réserve de toute autre instruction nécessaire concernant la répartition du produit de la vente.

## Annexe II

### Décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et résolution 66/96 de l'Assemblée générale

#### A. Décision de la Commission

1. À sa 934<sup>e</sup> séance, le 1<sup>er</sup> juillet 2011, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a adopté la décision suivante:

*“La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,*

*Notant qu'en raison de l'expansion du commerce et des investissements, les activités commerciales prennent de plus en plus souvent une dimension mondiale et les entreprises et particuliers ont de plus en plus souvent des biens et des intérêts dans plusieurs États,*

*Notant aussi que, lorsqu'une procédure d'insolvabilité vise des débiteurs dont les biens sont situés dans plusieurs États, il importe généralement au plus haut point que la surveillance et l'administration des biens et des affaires de ces débiteurs fassent l'objet d'une coopération et d'une coordination au niveau international,*

*Considérant que la coopération et la coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale sont susceptibles d'améliorer considérablement les chances de sauvetage des débiteurs en difficulté financière,*

*Convaincue que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale<sup>a</sup> (la Loi type) contribue de manière importante à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé pour traiter les affaires d'insolvabilité internationale et faciliter la coordination et la coopération,*

---

<sup>a</sup> *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.99.V.3), première partie.

*Reconnaissant* que la coopération et la coordination internationales ainsi que les moyens de les mettre en œuvre dans la pratique ne sont pas largement connus,

*Convaincue* que la fourniture d'informations faciles d'accès sur l'interprétation et les pratiques actuelles auxquelles donne lieu la Loi type, afin que les juges les consultent et les utilisent dans les procédures d'insolvabilité, est susceptible de promouvoir une utilisation et une compréhension plus étendues de la Loi type ainsi que de faciliter la coopération et la coordination judiciaires au niveau international de manière à éviter les retards et les frais inutiles,

1. *Adopte* le texte intitulé *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge*, qui figure dans le document A/CN.9/732 et Add.1 à 3, et autorise le secrétariat à éditer et à finaliser ce texte en tenant compte de ses délibérations;

2. *Prie* le secrétariat d'établir un mécanisme pour actualiser régulièrement le texte sur le point de vue du juge avec la même souplesse qui a présidé à son élaboration, en veillant à ce que le texte conserve son ton neutre et continue de remplir l'objectif qui lui a été assigné;

3. *Prie* le Secrétaire général de publier, sous forme électronique notamment, le texte sur le point de vue du juge, tel qu'il aura été actualisé ou modifié régulièrement en application du paragraphe 2 de la présente décision, et de le transmettre aux gouvernements en leur demandant de le communiquer aux autorités concernées afin de le faire largement connaître et d'en assurer une diffusion étendue;

4. *Recommande* que le texte sur le point de vue du juge soit dûment pris en considération, selon qu'il convient, par les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les autres parties prenantes à une procédure d'insolvabilité internationale;

5. *Recommande également* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la Loi type."

## **B. Résolution 66/96 de l'Assemblée générale**

2. Le 9 décembre 2011, l'Assemblée générale a adopté la résolution suivante:

## ***Loi type sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge***

*L'Assemblée générale,*

*Rappelant* sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et a chargé celle-ci d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

*Notant* que, à une époque où particuliers et entreprises mènent leurs activités commerciales au niveau mondial et ont des actifs et des intérêts dans plus d'un État, la gestion efficace de leur insolvabilité exige, aux fins de la surveillance et de l'administration de ces actifs et de ces affaires, une coopération et une coordination internationales,

*Estimant* que la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale<sup>a</sup> contribue dans une grande mesure à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé pour administrer efficacement l'insolvabilité internationale et faciliter la coopération et la coordination,

*Consciente* que la coopération et la coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale et les moyens d'appliquer la Loi type en pratique sont assez mal connus,

*Convaincue* que la mise à disposition d'informations facilement accessibles sur l'interprétation de la Loi type et les pratiques actuelles en la matière que les juges saisis d'affaires d'insolvabilité pourront consulter et utiliser est susceptible de promouvoir une plus large utilisation et une meilleure compréhension de la Loi type et de faciliter la coopération et la coordination judiciaires internationales, évitant ainsi retards et frais inutiles,

*Notant avec satisfaction* que le 1<sup>er</sup> juillet 2011, lors de sa quarante-quatrième session, la Commission a achevé l'élaboration du texte Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge et l'a adopté<sup>b</sup>,

*Notant* que l'établissement du texte sur le point de vue du juge a fait l'objet de consultations avec les gouvernements, les juges et les autres praticiens de l'insolvabilité,

---

<sup>a</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17), par. 198.

1. *Sait gré* à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé l'élaboration du texte Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge et de l'avoir adopté<sup>b</sup>;

2. *Demande* au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies de créer un mécanisme qui permette d'actualiser en permanence le texte sur le point de vue du juge avec la même souplesse qu'il a été établi en veillant à ce qu'il garde sa neutralité et continue de répondre à son objectif déclaré;

3. *Prie* le Secrétaire général de publier le texte sur le point de vue du juge, y compris en version électronique, tel qu'actualisé ou modifié de temps à autre en application du paragraphe 2 de la présente résolution, et de le transmettre aux gouvernements en leur demandant de le mettre à la disposition de leurs autorités compétentes afin qu'il soit largement disponible et connu;

4. *Recommande* que les juges, praticiens de l'insolvabilité et autres intervenants dans les affaires d'insolvabilité internationale tiennent dûment compte, le cas échéant, du texte sur le point de vue du juge;

5. *Recommande également* que tous les États envisagent d'appliquer la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale<sup>a</sup>.

*82<sup>e</sup> séance plénière  
9 décembre 2011*



