

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

(version mise à jour en 2022)



*Pour obtenir des informations complémentaires, s'adresser à :*

Secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne,  
B.P. 500, 1400 Vienne (Autriche)

Téléphone : (+43-1) 26060-4060  
Internet : [uncitral.un.org](http://uncitral.un.org)

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

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

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

(version mise à jour en 2022)



NATIONS UNIES  
Vienne, 2022

### **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.

PUBLICATION DES NATIONS UNIES  
e-ISBN 978-92-1-002208-8

© Nations Unies, 2023. 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.

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

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 (la « CNUDCI » ou la « Commission ») 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 des informations et des orientations sur les questions découlant de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (« LTI »). En 2010, la Commission est convenue de charger le secrétariat de la CNUDCI d'élaborer un document d'orientation en consultation avec des juges, principalement, mais aussi avec 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)<sup>2</sup>.

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. Cette dernière a adopté le texte par consensus le 1<sup>er</sup> juillet 2011 (voir annexe II.A). Le 9 décembre 2011, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la résolution 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.B).

*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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (le « Guide pour l'incorporation »), adopté par la Commission la même année sous le libellé « Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale » (le « Guide pour l'incorporation et l'interprétation »)<sup>3</sup>, et d'intégrer la jurisprudence rendue entre juillet 2011 et le 15 avril 2013 dans l'application et l'interprétation de la LTI. À l'époque, les mises à

---

<sup>1</sup> Ce colloque faisait partie d'une série de colloques organisés conjointement par la CNUDCI, INSOL et la Banque mondiale. Les rapports correspondants sont disponibles à l'adresse <https://uncitral.un.org/en/colloquia/insolvency>.

<sup>2</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17), par. 261.

<sup>3</sup> Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation est disponible à l'adresse <https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency>.

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 2011<sup>4</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>5</sup>.

Le texte a de nouveau été actualisé en 2022 à la lumière des évolutions de la jurisprudence rendue dans l'application et l'interprétation de la LTI et par souci d'harmonisation avec le Précis de jurisprudence concernant la LTI, achevé en 2020. Les mises à jour du texte ont été effectuées en consultation avec un comité d'experts établi en application de la décision prise par la Commission le 1<sup>er</sup> juillet 2011<sup>4</sup>. Ce comité était composé des experts suivants : Martin Glenn et Allan Gropper (États-Unis d'Amérique), Paul Heath (Nouvelle-Zélande), Myriam Mailly (France), Geoffrey Morawetz (Canada), Alastair Norris (Royaume-Uni) et Kannan Ramesh (Singapour). À sa cinquante-cinquième session, en 2022, la Commission a approuvé les mises à jour que lui avait transmises le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)<sup>6</sup>. Elle a également autorisé le secrétariat à publier la version actualisée du texte dans les six langues de l'Organisation des Nations Unies et lui a demandé de tenir la publication à jour afin qu'elle continue de remplir l'objectif visé<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Voir annexe II.A, par. 2.

<sup>5</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17), par. 209.

<sup>6</sup> A/CN.9/1094, par. 12 à 15.

<sup>7</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 17 (A/77/17), par. 191.

# Table des matières

Préface .....	iii
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 sur l'insolvabilité internationale .....	4
B. Le point de vue du juge .....	8
C. Objet de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale .....	11
III. Interprétation et application de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale .....	13
A. Le principe d'« accès » .....	13
B. Le principe de « reconnaissance » .....	17
C. Le processus de reconnaissance .....	26
D. Octroi de mesures .....	58
E. Coopération et coordination .....	78
Annexes .....	94
I. Résumés d'affaires .....	94
II. Décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et résolution 66/96 de l'Assemblée générale .....	132
A. Décision de la Commission .....	132
B. Résolution 66/96 de l'Assemblée générale .....	133





# I. Introduction

## A. Objet et portée

1. Le présent texte est une analyse de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (« LTI ») effectuée du point de vue du juge. Certains États adoptants ayant modifié la LTI 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 LTI et le Guide pour son incorporation dans le droit interne (le « Guide pour l'incorporation ») tels qu'ils ont été approuvés par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 1997<sup>2</sup>. 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 LTI concernant le « centre des intérêts principaux » du débiteur, à la lumière de la jurisprudence récente dans l'interprétation de la LTI 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 » (le « Guide pour l'incorporation et l'interprétation »)<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

---

<sup>1</sup> Le présent texte ne mentionne pas les diverses adaptations à la LTI 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> Disponible à l'adresse <https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency>. Le Guide pour l'incorporation, adopté en 1997, a été retiré du site Web de la CNUDCI. Les tribunaux se sont demandé si l'un ou l'autre guide devait primer et ont réfléchi à la manière d'utiliser le Guide pour l'incorporation et l'interprétation. Cette question fait l'objet d'une analyse approfondie dans la décision en réexamen rendue dans l'affaire *Sturgeon* (affaire n° 32, par. 71 à 84 de la décision). Dans certains États, la législation incorporant la LTI apporte un élément de réponse, en faisant spécifiquement référence au Guide pour l'incorporation. Dans l'affaire *Zetta Jet* (affaire n° 39, par. 37 de la décision), par exemple, le tribunal a précisé quel guide devait être utilisé en cas de contradiction entre les deux. Dans une autre affaire, *Fibria Cellulose S/A c. Pan Ocean Co. Ltd* [2014] EWHC 2124 (Ch), CLOUT 1482, le tribunal a décidé de se référer au Guide pour l'incorporation, tout en notant que l'extrait sur lequel il s'était appuyé n'avait pas été modifié dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation. Dans l'affaire *Sturgeon*, le tribunal a conclu que le retrait du Guide pour l'incorporation du site Web de la CNUDCI permettait d'inférer que l'organisme qui avait élaboré la LTI, avec l'aide de nombreux praticiens de l'insolvabilité expérimentés et d'organismes publics des États adoptants, et en consultation avec des membres du système judiciaire, entendait renvoyer vers le Guide pour l'incorporation et l'interprétation pour offrir un outil d'interprétation utile et actualisé. Ce dernier guide a depuis été utilisé à des fins d'interprétation à plusieurs reprises pour d'autres décisions rendues en Angleterre : *Re Videology* (affaire n° 35) ; *OGX Petroleo e Gas S.A.* [2016] EWHC 25 (Ch), CLOUT 1622 ; *The OJSC International Bank of Azerbaijan; Bakshiyeva c. Sberbank of Russia* [2018] EWCA 2802, CLOUT 1822 ; et *In re Agrokor* [2018] Bus LR 64, CLOUT 1798.

questions d'interprétation que pose la LTI, 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 LTI.

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 la législation incorporant la LTI. 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 LTI 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 LTI<sup>4</sup>.

## 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 LTI mais aussi dans le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (le « Guide législatif ») et le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale* (le « Guide pratique »)<sup>5</sup>. Ils sont utilisés dans le présent document de la même manière que dans les textes en question :

a) Le terme « Recueil » ou « CLOUT » désigne le système du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI. Des résumés de décisions traitant de la LTI peuvent être consultés dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies à l'adresse : [https://uncitral.un.org/fr/case\\_law](https://uncitral.un.org/fr/case_law) ;

b) Le terme « accord de coopération internationale » désigne un accord verbal ou écrit visant à faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité internationale

---

<sup>4</sup> On trouvera dans le Précis de jurisprudence une analyse article par article de la jurisprudence interprétant la LTI.

<sup>5</sup> Ces textes de la CNUDCI sont disponibles à l'adresse <https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency>.

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>6</sup> ;

c) Le terme « État adoptant » désigne un État ayant adopté une législation fondée sur la LTI ;

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 LTI ;

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 à l'annexe I, 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). On trouvera à l'annexe I les intitulés complets des affaires en question. 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. D'autres affaires sont mentionnées dans les notes, mais ne sont pas recensées à l'annexe I.

### b) *Textes*

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

a) La « LTI » : 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>7</sup> ;

---

<sup>6</sup> Ces accords sont examinés en détail dans le Guide pratique.

<sup>7</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*, par. 198.

- c) Le « Guide législatif » : Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, première et deuxième parties (2004), troisième partie (2010), quatrième partie (2013, étoffée en 2019) et cinquième partie (2021) ;
- d) Le « Guide pratique » : *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale* (2009) ;
- e) Le « Précis » : Précis de jurisprudence concernant la LTI (2021) ;
- f) Le « Règlement CE » : Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil européen du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité<sup>8</sup> ;
- g) La « Refonte du Règlement CE » : Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte)<sup>9</sup> ;
- h) La « Convention européenne » : Convention de l'Union européenne (UE) relative aux procédures d'insolvabilité (1995)<sup>10</sup> ;
- i) Le « Rapport Virgos-Schmit » : M. Virgos et E. Schmit, Report on the Convention on Insolvency Proceedings, Bruxelles, 3 mai 1996<sup>11</sup>.

## II. Contexte

### A. Portée et application de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

8. En décembre 1997, l'Assemblée générale a approuvé la LTI élaborée et adoptée par la CNUDCI. La LTI était accompagnée du 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 LTI, ainsi que les juges et autres responsables chargés de son application et de son interprétation. Comme

---

<sup>8</sup> *Journal officiel des Communautés européennes*, L 160, vol. 43, 30 juin 2000, 1.

<sup>9</sup> *Journal officiel des Communautés européennes*, L 141, vol. 58, 5 juin 2015, 19.

<sup>10</sup> Pour plus d'informations sur l'histoire de la Convention et sa pertinence par rapport à la LTI, voir ci-dessous par. 97 à 100 ; voir également le rapport du Parlement européen en date du 23 avril 1999 concernant la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité (1995), disponible sur la page Web suivante : [Rapport sur la convention du 23 novembre 1995 relative aux procédures d'insolvabilité – Commission juridique et des droits des citoyens | A4-0234/1999 | Parlement européen \(europa.eu\)](#) (consulté le 25 juillet 2022).

<sup>11</sup> Ce rapport explicatif a été établi, en prévision de l'adoption d'une convention sur l'insolvabilité par les États membres de l'Union européenne, afin de préciser divers concepts du projet de convention, en particulier le centre des intérêts principaux. Bien que la Convention soit ensuite devenue caduque, le rapport a été généralement accepté à titre d'aide à l'interprétation du concept de centre des intérêts principaux, concept qui a ensuite été utilisé dans le Règlement CE. Il est disponible (en anglais) à l'adresse <https://globalinsolvency.com/resource-article/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-regulation-insolvency> (consulté le 25 juillet 2022).

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 LTI concernant le « centre des intérêts principaux » et a été adopté par la Commission le 18 juillet 2013 en tant que Guide pour l'incorporation et l'interprétation<sup>12</sup>.

9. La LTI 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. Le secrétariat de la CNUDCI a établi qu'au 25 juillet 2022 55 États et territoires, représentant en tout 52 États, avaient adopté une législation fondée sur la LTI<sup>13</sup>.

10. La LTI s'applique<sup>14</sup> :

a) Lorsqu'une assistance est demandée dans l'État ayant adopté la LTI 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 ouverte en vertu des lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité ;

<sup>12</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17), par. 198.

<sup>13</sup> Les informations suivantes sont tirées du site Web de la CNUDCI (consulté le 25 juillet 2022) : [https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/modellaw/cross-border\\_insolvency/status](https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status). Afrique du Sud (2000), Australie (2008), Bahreïn (2018), Bénin\* (2015), Brésil (2020), Burkina Faso\* (2015), Cameroun\* (2015), Canada (2005), Chili (2013), Colombie (2006), Comores\* (2015), Congo\* (2015), Côte d'Ivoire\* (2015), Émirats arabes unis – Abu Dhabi Global Market (2015) et Dubai International Financial Centre (2019), États-Unis d'Amérique (2005), Gabon\* (2015), Ghana (2020), Grèce (2010), Guinée\* (2015), Guinée-Bissau\* (2015), Guinée équatoriale\* (2015), Israël (2018), Japon (2000), Kenya (2015), Malawi\* (2015), Mali\* (2015), Maroc (2018), Maurice (2009), Mexique (2000), Monténégro (2002), Myanmar (2020), Niger\* (2015), Nouvelle-Zélande (2006), Ouganda (2011), Panama (2016), Philippines (2010), Pologne (2003), République centrafricaine\* (2015), République de Corée (2006), République démocratique du Congo\* (2015), République dominicaine (2015), Roumanie (2002), Sénégal\* (2015), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord – Grande-Bretagne (2006) et territoires d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord – Îles Vierges britanniques (2003) et Gibraltar (2014), Serbie (2004), Seychelles (2013), Singapour (2017), Slovaquie (2007), Tchad\* (2015), Togo\* (2015), Vanuatu (2013) et Zimbabwe (2018). L'astérisque indique les États ayant incorporé la LTI dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA), adopté le 10 septembre 2015 à Grand-Bassam (Côte d'Ivoire). Avertissement : Une loi type est un modèle de texte proposé aux législateurs nationaux pour examen en vue de son incorporation éventuelle dans le droit interne. Étant donné que les États qui adoptent un texte législatif fondé sur une loi type sont libres de s'en écarter, la liste ci-dessus, donnée à titre indicatif, est celle des pays et territoires ayant signalé au secrétariat de la CNUDCI l'adoption d'un tel texte. Il convient d'examiner les textes législatifs de chaque État pour déterminer la nature exacte de tout écart éventuel par rapport à la loi type. L'année d'adoption indiquée ci-dessus est celle de l'adoption du texte législatif par l'organe législatif compétent selon les indications fournies au secrétariat de la CNUDCI ; 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.

<sup>14</sup> LTI, art. 1-1.

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

d) Lorsqu'il est de l'intérêt des créanciers ou d'autres parties intéressées dans un État étranger de demander l'ouverture d'une procédure ou de participer à ladite procédure en vertu des lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité.

11. La LTI 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 LTI<sup>15</sup>.

12. La LTI 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>16</sup>. Comme certains États désigneront des organes administratifs plutôt que judiciaires, la définition du terme « tribunal étranger » englobe les autorités judiciaires et les autres autorités compétentes pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère<sup>17</sup>.

13. La LTI 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>18</sup>.

14. La LTI repose sur quatre principes :

a) *Le principe d'« accès »* : Ce principe établit les circonstances dans lesquelles un « représentant étranger<sup>19</sup> » a un droit d'accès au tribunal (tribunal requis) de l'État adoptant auquel sont demandées une reconnaissance et des mesures. Il renvoie également à l'accès de créanciers étrangers à une procédure ouverte en vertu des lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité<sup>20</sup> ;

<sup>15</sup> Ibid., art. 2 d) ; voir également LTI, art. 5, qui envisage la possibilité pour l'État adoptant d'indiquer les personnes autorisées à agir dans un État étranger au titre d'une procédure ouverte en vertu des lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité, sous réserve des dispositions de la loi étrangère applicable. Le Précis examine des décisions interprétant cette disposition, en notant que, dans la mesure où elle n'exige pas que la nomination du représentant étranger soit faite par le tribunal étranger, elle est suffisamment large pour inclure des représentants désignés par un autre organisme spécial. Sont également précisés les types d'organismes ou de personnes qui peuvent être désignés : voir le résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 d).

<sup>16</sup> Ibid., art. 4.

<sup>17</sup> Ibid., art. 2 e) ; définition du terme « tribunal étranger » ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 e).

<sup>18</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, et le résumé de la jurisprudence concernant l'article 1-2 figurant dans le Précis.

<sup>19</sup> Défini à l'article 2 d) de la LTI ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 d).

<sup>20</sup> Ibid., art. 9 à 14 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant ces articles.

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>21</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>22</sup>. Si une procédure est reconnue comme procédure « principale », certaines mesures s'appliquent automatiquement<sup>23</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>24</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>25</sup>.

15. Ces principes visent à promouvoir la réalisation des objectifs d'ordre public suivants<sup>26</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>21</sup> Ibid., art. 17 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 17-2.

<sup>22</sup> Ibid., art. 19 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 19.

<sup>23</sup> Ibid., art. 20 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 20.

<sup>24</sup> Ibid., art. 21 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 21.

<sup>25</sup> Ibid., art. 25, 26, 27, 29 et 30 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant les articles 25 à 27, 29 et 30.

<sup>26</sup> Préambule de la LTI ; voir également le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 3, et le Précis, résumé de la jurisprudence concernant le préambule.

16. En décembre 2009, l'Assemblée générale a approuvé le Guide pratique<sup>27</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>28</sup>.

17. Le Précis, publié en 2021, a pour objet de faciliter l'accès au nombre croissant de décisions appliquant et interprétant la LTI recensées dans le Recueil et d'appeler l'attention sur les nouvelles tendances constatées dans son interprétation. Sur la base de l'article 8 de la LTI, qui prévoit que, pour son interprétation, « il est tenu compte de son origine internationale », le Précis entend promouvoir l'application uniforme de la LTI, en encourageant les juges à examiner la manière dont elle a été appliquée par les tribunaux dans les États l'ayant incorporée dans leur droit interne.

## B. Le point de vue du juge

18. La LTI souligne qu'il est souhaitable d'en adopter une interprétation uniforme qui tienne compte de son origine internationale<sup>29</sup>. Il est cependant probable que le droit interne de la plupart des États exige une interprétation conforme à la législation nationale, à moins que l'État adoptant n'ait suivi l'approche « internationale » dans sa propre législation<sup>30</sup>. Même dans ce cas, un tribunal examinant une législation fondée sur la LTI jugera probablement la jurisprudence internationale utile pour son interprétation.

---

<sup>27</sup>Résolution 64/112 de l'Assemblée générale ; le texte du Guide pratique est disponible à l'adresse [https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/explanatorytexts/practice\\_guide\\_cross-border\\_insolvency](https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/explanatorytexts/practice_guide_cross-border_insolvency).

<sup>28</sup>Voir, d'une façon générale, le chapitre III du Guide pratique et les résumés d'affaires figurant à l'annexe I de celui-ci.

<sup>29</sup>Dans les États adoptant la LTI 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 » (LTI, art. 8). Le Précis (résumé de la jurisprudence concernant l'article 8) traite des cas dans lesquels les tribunaux des États qui ont adopté l'article 8 se sont penchés, au-delà de leur propre ressort territorial, sur des interprétations étrangères de la LTI et d'autres éléments extrinsèques susceptibles de guider leur interprétation, en particulier lorsque les dispositions de la LTI manquaient de clarté ou étaient ambiguës.

<sup>30</sup>En effet, la LTI 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).



19. Lorsqu'ils abordent les tâches qui leur incombent, les juges<sup>31</sup> ont nécessairement un point de vue différent de celui du représentant de l'insolvabilité. Les magistrats ont l'obligation de trancher en toute impartialité les questions qui sont soumises au tribunal par une partie sur la base des informations (preuves) produites. Ils sont tenus 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 administratives compétentes<sup>32</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.

20. La façon dont les juges de traditions juridiques différentes conçoivent leurs tâches respectives peut entraîner certaines différences dans l'approche suivie pour interpréter les dispositions originelles (ou adaptées) de la LTI. Bien que l'on puisse difficilement généraliser, l'attention se concentrera davantage sur le texte de la LTI dans les pays où la codification du droit est plus poussée que dans d'autres pays où cette codification est moindre ou dans lesquels nombre de juridictions supérieures ont une compétence propre pour statuer sur des points de droit d'une façon qui ne soit contraire à aucune loi ni à aucun règlement<sup>33</sup> ou sont habilitées à développer des aspects particuliers du droit pour lesquels il n'existe pas de règle codifiée<sup>34</sup>.

21. 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 LTI<sup>35</sup>. Si les dispositions de la LTI 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.

22. En revanche, lorsque de telles dispositions n'ont pas été expressément adoptées<sup>36</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

---

<sup>31</sup> Voir dans le glossaire la définition étendue du terme « juge », par. 5 e) ci-dessus.

<sup>32</sup> C'est-à-dire les autorités visées par la définition du terme « tribunal étranger » [LTI, art. 2 e)]; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 e).

<sup>33</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>34</sup> Voir, par exemple, le développement de l'*equity* et du droit de la négligence (*negligence law*) dans les systèmes de *common law*.

<sup>35</sup> LTI, art. 25 à 27, 29 et 30 ; voir aussi les paragraphes 195 à 227 ci-dessous.

<sup>36</sup> Par exemple, le Règlement CE, qui exige la coopération internationale entre représentants de l'insolvabilité, ne contient aucune référence à la coopération entre tribunaux.

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 LTI attache de l'importance.

23. 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. Ces principes revêtent une importance plus grande encore en cas de communications entre les tribunaux<sup>37</sup>.

24. 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>38</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>39</sup>, généralement par l'intermédiaire d'un conseil. Cette assistance pourrait revêtir la forme d'éléments de preuve et de mémoires succincts mais informatifs.

25. 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.

26. Lors du colloque judiciaire tenu à Vancouver en juin 2009<sup>40</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 LTI. Le présent texte vise précisément

<sup>37</sup> Voir également les paragraphes 195 à 213 ci-dessous.

<sup>38</sup> L'article 17-3 de la LTI insiste sur la nécessité de statuer rapidement sur les demandes de reconnaissance d'une procédure étrangère.

<sup>39</sup> Tel que défini à l'article 2 d) de la LTI ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 d).

<sup>40</sup> Pour ce qui est des rapports des colloques judiciaires, voir ci-dessus note 1 de la Préface.

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 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>41</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. Comme indiqué dans la préface, une procédure similaire a été suivie pour mettre à jour la publication en 2022.

### **C. Objet de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale**

27. La LTI 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.

28. Comme indiqué ci-dessus, la LTI respecte les différences entre les règles de procédure nationales et ne tente pas d'unifier quant au fond les législations sur l'insolvabilité. Elle 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 ;

---

<sup>41</sup> Voir à l'annexe II.A la décision prise par la Commission le 1<sup>er</sup> juillet 2011, portant adoption du texte intitulé « Le point de vue du juge ».

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 ;

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.

29. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation 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>42</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>43</sup>. La LTI 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>44</sup>.

30. 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>42</sup> LTI, art. 25 et 26. Voir aussi le Guide pratique.

<sup>43</sup> Voir, par exemple, au chapitre III du Guide pratique, la discussion concernant l'utilisation d'accords de coopération internationale.

<sup>44</sup> LTI, art. 27 ; voir aussi le Guide pratique, chap. II, et le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 27.

### III. Interprétation et application de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

#### A. Le principe d'« accès »

31. La LTI prévoit qu'une procédure est ouverte sur présentation d'une demande au tribunal requis par le représentant de l'insolvabilité du 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>45</sup> ;

b) La reconnaissance de la procédure étrangère dans l'État adoptant<sup>46</sup>, pour pouvoir :

- i) Participer à une procédure d'insolvabilité en cours dans cet État<sup>47</sup> ;
- ii) Demander des mesures en vertu de la LTI<sup>48</sup> ; ou
- iii) Si le droit interne l'autorise, intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur est partie<sup>49</sup>.

32. L'article 2 de la LTI définit les termes « procédure étrangère » et « représentant étranger »<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> LTI, art. 11, et Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 112 à 114.

<sup>46</sup> Ibid., art. 15, et par. 127 à 136.

<sup>47</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 LTI. 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>48</sup> Ibid., art. 19 et 21, par. 170 à 175 et 189 à 195.

<sup>49</sup> Ibid., art. 24 et par. 204 à 208 ; voir note 47 ci-avant sur l'utilisation du terme « intervenir ».

<sup>50</sup> Voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant les alinéas a) et d) de l'article 2.

## 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 ;

...

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 ;

33. 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>51</sup>. Un « représentant étranger » a le droit de s'adresser directement au tribunal requis<sup>52</sup>.

34. 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>53</sup>. Une question de cette nature s'est posée dans l'affaire *Rubin c. Eurofinance* (affaire n° 28). 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 considérerait pas une telle fiducie comme un « débiteur ». Le juge a rejeté cet

<sup>51</sup> La définition du terme « tribunal étranger » est examinée au paragraphe 12 ci-dessus.

<sup>52</sup> LTI, art. 9.

<sup>53</sup> Le terme « débiteur » n'est pas défini dans la LTI. Voir également la discussion dont ce terme fait l'objet dans le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2, section « Autres questions : utilisation du terme "débiteur" ».

argument au motif que, compte tenu de l'origine internationale de la LTI, il serait pernicieux de donner une interprétation locale au terme « débiteur »<sup>54</sup>. Le juge a soulevé une autre question, qui était de savoir si les dispositions de la LTI 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>55</sup>.

35. 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>56</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 LTI.

36. Dans l'affaire *Stanford International Bank* (affaire n° 31), 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>57</sup>. Cette observation a été faite dans le contexte d'une mise sous administration judiciaire 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>58</sup>.

37. Selon la LTI, 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>59</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<sup>60</sup>. Une solution pour déterminer si un « représentant étranger » a capacité pour agir consiste à examiner si les critères de la

---

<sup>54</sup> *Rubin c. Eurofinance* (première instance), par. 39 et 40.

<sup>55</sup> *Ibid.*, par. 41.

<sup>56</sup> LTI, art. 5.

<sup>57</sup> *Stanford International Bank* (première instance), par. 85.

<sup>58</sup> Pour un examen plus approfondi de cette affaire, voir par. 79 et 80 ci-dessous.

<sup>59</sup> Voir la définition du terme « représentant étranger » à l'article 2 *d*) de la LTI, et le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 *d*). 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° 21), 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 LTI.

<sup>60</sup> Voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 18.

définition de la « procédure étrangère » sont réunis avant de décider si le demandeur a été autorisé<sup>61</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.

38. 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<sup>62</sup>) dans un État étranger ;

b) La procédure a un caractère « collectif »<sup>63</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>64</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>65</sup>.

39. Il est souvent essentiel que le représentant étranger puisse obtenir rapidement la reconnaissance (et donc des mesures)<sup>66</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>67</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 décision relative à la reconnaissance est pendante<sup>68</sup>.

<sup>61</sup> Aux fins de la LTI, art. 2 d).

<sup>62</sup> Voir la discussion sur les décisions provisoires et définitives dans l'affaire *Gerova* (affaire n° 15), note 93 ci-dessous.

<sup>63</sup> Voir les paragraphes 74 à 81 ci-dessous ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 a), section « Procédure collective ».

<sup>64</sup> LTI, art. 2 e), et par. 12 ci-dessus ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 e).

<sup>65</sup> LTI, art. 2 d) ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 d).

<sup>66</sup> Ibid., art. 19 à 24.

<sup>67</sup> Ibid., art. 17-3.

<sup>68</sup> Voir les paragraphes 157 à 167 ci-dessous.



## B. Le principe de « reconnaissance »

### 1. Observations liminaires

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

41. On trouvera ci-après un aperçu général du principe de reconnaissance. Une discussion plus détaillée de ses éléments constitutifs figure aux paragraphes 63 à 150 ci-dessous.

### 2. Règles de preuve

42. Pour obtenir la reconnaissance de la procédure étrangère, le représentant étranger doit présenter une demande conformément à la LTI. L'article 15 de la LTI 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>69</sup>. La LTI 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.

<sup>69</sup> LTI, art. 2 a).

3. Une demande de reconnaissance est également accompagnée d'une déclaration identifiant toutes les procédures étrangères concernant le débiteur qui sont connues du représentant étranger.
4. Le tribunal peut exiger la traduction des documents fournis à l'appui de la demande de reconnaissance dans une langue officielle du présent État.

### 3. Pouvoir de reconnaître une procédure étrangère

43. Le pouvoir du tribunal requis de reconnaître une procédure étrangère découle de l'article 17 de la LTI.

#### **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.

44. 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.

45. 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>70</sup>.

46. 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>71</sup>. La première est une procédure étrangère qui a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux<sup>72</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>73</sup>. Implicitement, la LTI ne prévoit pas la reconnaissance d'autres types de procédures d'insolvabilité, par exemple celles ouvertes en raison de la seule

<sup>70</sup> Ibid., art. 18 ; voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 18 ; voir également les paragraphes 60 à 62 ci-dessous. De manière plus générale, dans l'affaire *OGX Petróleo e Gás S.A.* [2016] EWHC 25 (Ch), CLOUT 1622, le tribunal anglais a estimé que puisque de nombreuses demandes de reconnaissance étaient faites sur une base *ex parte*, il était nécessaire que les informations soient communiquées au tribunal de manière complète et sincère à tous égards.

<sup>71</sup> Ibid., voir la définition de ces termes à l'article 2 *b*) et *c*) ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 *b*) et *c*).

<sup>72</sup> Ce terme n'est pas défini dans la LTI ; voir la discussion aux paragraphes 96 à 139 ci-dessous.

<sup>73</sup> LTI, art. 2 *f*), voir par. 140 à 150 ci-dessous, et le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 *f*).

présence de biens dans un État<sup>74</sup>. Toutefois, on pourra noter que certains États ayant adopté la LTI accordent des pouvoirs supplémentaires aux tribunaux en vertu d'autres lois<sup>75</sup> pour appuyer les procédures étrangères qui pourraient comprendre des procédures non sujettes à reconnaissance en vertu de la LTI.

47. 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 pouvait être reconnue au titre d'aucune de ces deux catégories, 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. Cette affaire est examinée plus en détail aux paragraphes 109 à 112 ci-dessous.

#### 4. Réciprocité

48. La LTI 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 LTI ont inclus des clauses de réciprocité en matière de reconnaissance<sup>76</sup>.

#### 5. L'exception d'« ordre public »

49. Le tribunal requis peut refuser de prendre une quelconque mesure visée par la LTI, y compris 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>77</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 LTI n'en donne pas de définition uniforme.

50. 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

---

<sup>74</sup> Voir le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 85 et 156.

<sup>75</sup> Voir, par exemple, l'article 8 de la loi néo-zélandaise de 2006 sur l'insolvabilité internationale (*Cross-Border Insolvency Act*), et l'article 426 de la loi britannique sur l'insolvabilité (*Insolvency Act*), de 1986.

<sup>76</sup> Par exemple, l'Afrique du Sud, Maurice, le Mexique, l'Ouganda et la Roumanie.

<sup>77</sup> LTI, art. 6 ; voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 6.

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 fondamental est régi par la législation constitutionnelle et le droit législatif de l'État requis. Dans l'affaire *Ephedra* (affaire n° 12), 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 que la formule « 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 LTI n'exigeait rien de plus<sup>78</sup>.

51. Pour l'applicabilité de l'exception d'ordre public dans le contexte de la LTI, 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.

52. 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>79</sup>.

---

<sup>78</sup> *Ephedra*, p. 336 et 337 ; dans l'affaire *Agrokor DD* [2017] EWHC 2791 (Ch), le tribunal anglais a jugé que le fait que le droit croate définisse d'autres priorités de redressement ou de liquidation pour la société que celles qui s'appliquent ou qui s'appliqueraient en vertu du droit anglais n'était pas suffisant pour justifier le refus de la reconnaissance pour des raisons d'ordre public [131].

<sup>79</sup> Voir, par exemple, par. 54 ci-dessous.

53. Sauf pour ce qui est de l'exception d'ordre public, la LTI 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>80</sup>.

54. 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° 16), un tribunal aux États-Unis a refusé de reconnaître une procédure israélienne pour plusieurs motifs, dont celui d'ordre public. Dans cette affaire, une ordonnance de mise sous administration 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 (conformément à l'article 20 de la LTI). Le juge aux États-Unis a refusé de reconnaître la procédure de mise sous administration 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 de la suspension automatique et des ordonnances ultérieures du tribunal concernant la suspension des mesures d'exécution »<sup>81</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 de la suspension 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>82</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. Le tribunal s'est abstenu d'examiner toute question relative aux droits de propriété à faire valoir en Israël, reconnaissant ainsi implicitement que la procédure ouverte dans ce pays suivrait son cours.

55. Dans l'affaire *Zetta Jet* (affaire n° 39), qui a été jugée à Singapour, un moratoire émis à Singapour et interdisant toute action ultérieure aux États-Unis au titre du chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis n'a pas été respecté. Si la reconnaissance est normalement refusée dans de telles circonstances, le tribunal singapourien l'a néanmoins accordée à seule fin de permettre une demande d'annulation ou d'appel de l'injonction prononcée à Singapour, qualifiant cette reconnaissance de modification en vertu de l'article 17-4 ou de mesure en vertu de l'article 21-1 de la LTI. Dans une décision rendue ultérieurement dans l'affaire *Zetta Jet*<sup>83</sup> qui accordait la pleine reconnaissance à la procédure étrangère, le tribunal de Singapour a estimé

<sup>80</sup> Voir par. 42 ci-avant.

<sup>81</sup> *Gold & Honey*, p. 371.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 372.

<sup>83</sup> *Re Zetta Jet Pte. Ltd.*, [2019] SGHC 53 (4 mars 2019).

que le centre des intérêts principaux de la filiale singapourienne à la date applicable<sup>84</sup> (c'est-à-dire à la date du dépôt de la demande de reconnaissance) se trouvait aux États-Unis et que les actions prises antérieurement en violation de l'injonction de Singapour ne constituaient pas une violation de l'ordre public qui empêcherait la reconnaissance.

56. Dans l'affaire *Toft* (affaire n° 34), 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>85</sup>.

57. L'application de l'exception d'ordre public a également été étudiée dans plusieurs affaires dans lesquelles le représentant étranger avait fait preuve de mauvaise foi ou n'avait pas communiqué pleinement et sincèrement les faits pertinents au tribunal requis. Dans l'affaire *Creative Finance* (affaire n° 10), il a été soutenu que la procédure dont la reconnaissance était demandée aux États-Unis avait été engagée de mauvaise foi aux Îles Vierges britanniques. Le tribunal requis a conclu que la question de la reconnaissance dépendait du respect des exigences visées à l'article 17 de la LTI et a refusé la reconnaissance au motif que la procédure n'était ni principale ni non principale. Sur la question de la mauvaise foi, il a fait observer que, nonobstant la constatation de la mauvaise foi des débiteurs, il n'existait pas de précédent

---

<sup>84</sup> Voir la discussion sur la date applicable, par. 132 à 138 ci-dessous, et le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 17, section « Moment où le centre des intérêts principaux et la résidence habituelle sont déterminés ».

<sup>85</sup> Décision de la *High Court of England and Wales*, 16 février 2011.

pour appliquer l'exception d'ordre public prévue à l'article 6 au seul motif d'une mauvaise conduite<sup>86</sup>.

58. Dans l'affaire *Ivan Cherkasov* (affaire n° 7), le demandeur qui sollicitait la reconnaissance n'avait pas communiqué au tribunal anglais requis certains faits relatifs à la décision du Gouvernement britannique de ne pas prêter son concours dans le cadre d'une procédure pénale engagée dans l'État d'origine au motif que cela pourrait porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du Royaume-Uni. Le tribunal anglais a estimé que, lors d'une demande de reconnaissance, la communication d'informations devait être complète et sincère en ce qui concerne les conséquences de la reconnaissance sur les tiers qui ne comparaissent pas devant lui, y compris s'agissant de demandes futures prévues que la reconnaissance rendrait possibles. La demande de reconnaissance a donc été rejetée *ab initio*<sup>87</sup>.

## **6. Procédures étrangères « principales » et « non principales »**

59. 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>88</sup> et un « gel » automatique de ces biens<sup>89</sup>, à certaines exceptions près<sup>90</sup>.

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

60. Le tribunal requis peut revoir sa décision de reconnaître une procédure étrangère comme « principale » ou « non principale » s'il est démontré que « les motifs

---

<sup>86</sup> *Creative Finance*, p. 515 et 516 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 6, section « Ordre public : communication complète et sincère et mauvaise foi ». Voir également, de manière plus générale, à la note 70 ci-dessus, la référence faite à l'affaire *OGX Petroleo e Gas S.A.* [2016] EWHC 25 (Ch), CLOUT 1622, dans laquelle le tribunal anglais a estimé que puisque de nombreuses demandes de reconnaissance étaient faites sur une base *ex parte*, il était nécessaire que les informations soient communiquées au tribunal de manière complète et sincère à tous égards.

<sup>87</sup> *Ivan Cherkasov*, par. 89 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 6, section « Ordre public : communication complète et sincère et mauvaise foi ».

<sup>88</sup> LTI, art. 20-1 a) et b) ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 20-1.

<sup>89</sup> *Ibid.*, art. 20-1 c) ; Précis, *ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*, art. 20-2 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 20-2. La reconnaissance des procédures étrangères « principales » et « non principales » est examinée plus en détail aux paragraphes 96 à 150 ci-dessous.



de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu'ils ont cessé d'exister »<sup>91</sup>. Dans certains cas, l'obligation faite au représentant étranger à l'article 18 de notifier le tribunal d'une modification du statut de la procédure étrangère ou du statut de sa nomination aura une incidence sur la modification ou l'annulation de la décision de reconnaissance.

61. 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<sup>92</sup> ;
- b) Si l'ordonnance ouvrant la procédure étrangère d'insolvabilité a été infirmée en appel dans l'État en question<sup>93</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 ;

---

<sup>91</sup> Ibid., art. 17-4 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 17-4. La révision de la décision de reconnaissance peut être l'occasion pour le tribunal de reculer pour examiner si la décision de reconnaissance était justifiée en premier lieu, bien qu'une décision de modification de la reconnaissance doive être soigneusement pesée, en particulier si des questions litigieuses font encore l'objet de procédures devant des tribunaux étrangers. Dans l'affaire *Sturgeon* (affaire n° 32), par. 33 à 47 de la décision, le tribunal a examiné une décision de reconnaissance délivrée *ex parte*. La demande en révision visait à faire annuler la décision de reconnaissance prise en vertu de l'article 17-1 a) de la LTI, au motif que ladite décision n'était nullement fondée à l'époque où elle avait été rendue, puisque la liquidation de l'entreprise *Sturgeon* en tant qu'entreprise solvable ne constituait pas une « procédure étrangère » au sens de l'article 2 a) de la LTI. Voir également *In re Cozumel Caribe, S.A. de C.V.*, 508 B.R. 330 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), et *SNP Boat Service* (affaire n° 30).

<sup>92</sup> Voir *Board of Directors of Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA c. Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA* [2017] FCA 331, CLOUT 1799 ; *Board of Directors of Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA c. Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA* [2018] FCA 153, par. 27 à 29 : La procédure étrangère reconnue en Australie avait été close sans que le tribunal australien en soit informé. Le tribunal australien a relevé que même si l'obligation prévue à l'article 18 exigeait qu'il soit informé de la modification du statut de la procédure étrangère, le fait que cette obligation incombe au représentant étranger susceptible de ne plus être en fonction pouvait s'avérer problématique. Dans l'affaire *Yakushiji (n° 2)* (affaire n° 38), par. 17 et 20 à 22, le tribunal australien a jugé qu'il serait peut-être approprié, dans de telles circonstances, que l'obligation d'informer le tribunal incombe au débiteur. Dans cette affaire, le tribunal requis a été informé d'une « modification substantielle » du statut de la procédure étrangère, à savoir que le tribunal japonais y avait mis fin à la suite de l'acceptation du plan de redressement. Cette acceptation s'était notamment traduite par la démission des responsables antérieurement désignés comme représentants des deux entreprises. Comme la protection précédemment ordonnée en vertu de la LTI n'était plus justifiée, l'annulation des ordonnances en question a été demandée. Le tribunal a considéré que dans le cas d'une modification substantielle de ce type, où les représentants étrangers, soumis à l'obligation de l'article 18 de la LTI, avaient été relevés de leurs fonctions, il convenait que les entreprises avisent le tribunal en application dudit article.

<sup>93</sup> Dans l'affaire *Gerova* (affaire n° 15), certains créanciers ont fait valoir que la procédure étrangère ne devait 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 articles 1517 ou 1515 du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis [art. 17 ou art. 15 de la LTI] 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, l'article 1518 du chapitre 15 [art. 18 de la LTI] les obligerait à informer le tribunal en conséquence (p. 94).

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>94</sup>.

62. 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 LTI sont sans incidence sur les procédures d'appel d'un État adoptant.

## C. Le processus de reconnaissance

### 1. Observations liminaires

63. Pour que la procédure soit reconnue comme « procédure étrangère », le représentant étranger doit convaincre le tribunal requis qu'il s'agit d'une procédure :

- a) Collective judiciaire ou administrative ouverte dans un État étranger<sup>95</sup> ;
- 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<sup>96</sup>.

64. 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>97</sup>.

<sup>94</sup> Voir Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 164 à 166.

<sup>95</sup> Peu d'affaires traitent de la question de la signification de l'expression « État étranger ». Dans l'une d'entre elles, *In the matter of NMC Healthcare Ltd* [2021] EWHC 1806 (Ch), on avait demandé la reconnaissance en Angleterre d'une procédure d'administration se déroulant à l'Abu Dhabi Global Market, une zone franche financière spéciale située sur le territoire des Émirats arabes unis et créée en vertu du droit fédéral des Émirats arabes unis. Le tribunal a conclu que, bien que l'Abu Dhabi Global Market ne constitue pas en soi un « État étranger », la procédure étrangère avait bien lieu dans un « État étranger », à savoir les Émirats arabes unis, qui disposait de plusieurs lois applicables en l'espèce.

<sup>96</sup> LTI, art. 2 a), définition du terme « procédure étrangère ».

<sup>97</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 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 a).

65. 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.

## **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.

66. 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. Cette question est examinée en détail ci-après<sup>98</sup>.

67. 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>99</sup>. Il se pose toutefois une question juridique, quant à savoir si l'expression « non

<sup>98</sup>Voir par. 96 à 139 ci-dessous.

<sup>99</sup>LTI, art. 2 f) ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 c) et f) ; voir aussi la discussion aux paragraphes 140 à 150 ci-dessous. On notera que des difficultés sont apparues dans les affaires où le débiteur n'exerçait plus d'activité commerciale dans aucun État (de sorte qu'aucun établissement ne pouvait être déterminé) mais conservait néanmoins des actifs et des dettes à traiter. En pareils cas, la LTI n'a pas permis de traiter ces actifs et dettes, car la reconnaissance n'a pas pu être accordée : voir, par exemple, l'affaire *Williams c. Simpson* (n° 5) (affaire n° 37). Comme indiqué au paragraphe 46 ci-dessus, dans ce type d'affaires, il se peut qu'une assistance soit disponible en vertu d'autres lois de l'État requis.

transitoire » désigne la durée de l'activité économique en question ou le lieu où elle est exercée.

68. Comme on l'a noté plus haut<sup>100</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 l'interdiction ou la suspension des différentes mesures d'exécution qui pourraient autrement être prises dans le ressort du tribunal requis<sup>101</sup>. En revanche, dans le cas d'une procédure « non principale », le représentant étranger ne peut obtenir que des mesures discrétionnaires<sup>102</sup>.

69. 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>103</sup> ;
- b) Tous les documents soumis à l'appui de la demande de reconnaissance sont authentiques, qu'ils aient ou non été « légalisés »<sup>104</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>105</sup>.

70. Nonobstant la présomption prévue à l'article 16-1, des avis d'experts peuvent se révéler utiles pour déterminer si la procédure dont la reconnaissance a été demandée est une « procédure étrangère » aux fins de la LTI. La consultation d'experts peut également être utile pour la détermination du centre des intérêts principaux ou de l'établissement, qui est avant tout une question factuelle à traiter sur la base des preuves soumises au tribunal. 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>106</sup>.

71. 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 LTI,

<sup>100</sup> Voir par. 59 ci-dessus.

<sup>101</sup> LTI, art. 20 ; voir aussi par. 168 à 176 ci-dessous.

<sup>102</sup> Ibid., art. 21 ; voir aussi par. 177 à 194 ci-dessous.

<sup>103</sup> Ibid., art. 16-1.

<sup>104</sup> Ibid., art. 16-2.

<sup>105</sup> Ibid., art. 16-3 ; voir par. 96 à 139 ci-dessous.

<sup>106</sup> On trouve un exemple de cette approche dans l'affaire *Betcorp* (affaire n° 5), dans laquelle le tribunal des faillites des États-Unis s'est référé aux mémoires explicatifs qui accompagnent les projets de loi en Australie afin d'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).

l'accent est mis sur les entités individuelles et donc sur chaque société membre d'un groupe considérée comme une personne morale distincte<sup>107</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 LTI ne prévoit pas de traiter la question du centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés en tant que tel.

72. Sauf preuve contraire, la reconnaissance d'une procédure étrangère principale atteste, aux fins de l'ouverture d'une procédure en vertu de la législation relative à l'insolvabilité de l'État qui la reconnaît, que le débiteur est insolvable<sup>108</sup>.

## 2. Éléments de la définition du terme « procédure étrangère »

73. 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>109</sup>.

### a) « Procédure collective judiciaire ou administrative »

74. La LTI 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

<sup>107</sup> Ce point est souligné par le tribunal canadien dans l'affaire *Lightsquared* (affaire n° 21), par. 29. Dans l'affaire *In re Servicios de Petroleo Constellation S.A.*, 600 B.R. 237, 244 (Bankr. S.D.N.Y. 2019), le tribunal aux États-Unis a déclaré qu'il importait de garder à l'esprit que la reconnaissance était accordée à titre individuel, débiteur par débiteur. Dans l'affaire *Agrokor D.D.*, 591 B.R. 163, 184 (Bankr. S.D.N.Y. 2018), le tribunal aux États-Unis a indiqué que, si les aspects relatifs aux groupes d'entreprises de la loi étrangère régissant la procédure d'administration spéciale étrangère étaient nouveaux, les demandes de reconnaissance concernant neuf entités distinctes ayant chacune le centre de ses intérêts principaux dans l'État étranger ne repoussaient pas les limites du droit de l'insolvabilité internationale. Dans l'affaire visant le même groupe mais jugée en Angleterre ([2017] EWHC 2791 (Ch), par. 52), le tribunal a rejeté l'argument selon lequel la procédure n'était pas une procédure étrangère car elle portait sur l'entreprise et ses associés (c'est-à-dire un groupe), et non sur l'entreprise seule, au motif que, bien qu'une procédure de groupe ne puisse pas être reconnue en tant que telle en vertu de la législation anglaise incorporant la LTI, une procédure de groupe en tant que procédure concernant un débiteur particulier pouvait être reconnue. Dans l'affaire *Zetta Jet* (affaire n° 39), par. 19, le tribunal singapourien a estimé qu'il était essentiel de tenir compte des personnalités juridiques distinctes des membres du groupe et de traiter chaque entité séparément, à moins qu'il n'existe une raison suffisante de les traiter comme une seule entité (ce qui n'était pas le cas en l'espèce). Voir également *Eurofood* (affaire n° 13), par. 37 (décision fondée sur le Règlement CE), et *Mood Media Corp.*, 569 B.R. 556, 562-3 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2, section « Autres questions : groupes d'entreprises ».

<sup>108</sup> LTI, art. 31.

<sup>109</sup> Voir le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 157 à 160, et par. 132 à 138 ci-dessous.

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<sup>110</sup>. La LTI 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>111</sup> ou de sauvegarde ne prévoyant pas aussi de traiter les demandes des créanciers. La LTI peut être un instrument approprié pour certains types de mesures à finalité réglementaire, comme la mise sous administration judiciaire pour des entités régies par les pouvoirs publics telles que les compagnies d'assurance ou les sociétés de courtage, pour autant qu'il s'agisse de procédures collectives au sens de la LTI. Si une procédure est collective, elle doit également satisfaire aux autres éléments de la définition, notamment viser la liquidation ou le redressement<sup>112</sup>.

75. Pour déterminer si une procédure est collective aux fins de la LTI, 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>113</sup> et d'en recevoir notification afin de pouvoir y participer.

76. 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 porter sur la liquidation

<sup>110</sup> Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 a), section « Procédure collective ».

<sup>111</sup> La « liquidation » est une procédure mettant fin à l'existence d'une entreprise et à ses activités.

<sup>112</sup> Voir par. 94 et 95 ci-dessous ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 a).

<sup>113</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.

des biens du débiteur et d'autres sur le redressement de ses affaires. La LTI 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>114</sup>.

77. Le juge pourra être appelé à déterminer s'il existe une procédure « collective » d'insolvabilité faisant entrer en jeu la LTI. Il peut être utile, à cet égard, de se référer à la jurisprudence<sup>115</sup>.

78. 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 LTI. 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 LTI<sup>116</sup>. Dans l'affaire *Gold & Honey* (affaire n° 16), un tribunal aux États-Unis a estimé qu'une mise sous administration judiciaire régie par la législation israélienne n'était ni une procédure d'insolvabilité ni une procédure collective parce qu'elle 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>117</sup>. Dans l'affaire *British American Ins. Co. Ltd* (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'adjectif « 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>118</sup>.

79. Dans une autre affaire, *Stanford International Bank* (affaire n° 31), un tribunal anglais a considéré qu'une ordonnance de mise sous administration judiciaire rendue par un tribunal aux États-Unis ne constituait pas une procédure collective

<sup>114</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 71, par exemple pour un débiteur en possession.

<sup>115</sup> Voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 a), section « Procédure collective ».

<sup>116</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 922, par. 20 à 22, dans le contexte de l'examen de la signification du terme « procédure d'insolvabilité » à l'article 2. Ce tribunal a cité le mémoire explicatif accompagnant le projet de loi de 2008 sur l'insolvabilité internationale (visant à incorporer la LTI 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 LTI], 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 LTI 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>117</sup> *Gold & Honey*, p. 370.

<sup>118</sup> *British American Ins. Co. Ltd*, p. 902.

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>119</sup>. Cet avis a été confirmé en appel, essentiellement pour les raisons qui avaient motivé la décision du tribunal anglais de première instance<sup>120</sup>.

80. Dans une autre décision concernant l'affaire *Stanford International Bank*, une cour d'appel aux États-Unis a relevé le libellé employé dans les décisions d'autres tribunaux des États-Unis<sup>121</sup> qui avaient opposé procédure collective et mise sous administration judiciaire et estimé que cette dernière 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. Toutefois, la cour a finalement estimé que la mise sous administration dans l'affaire *Stanford* relevait d'une autre catégorie de procédure, celle-ci 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 ». Elle a conclu que, même si l'affaire dont elle était saisie ne l'obligeait pas à trancher la question, elle considérait néanmoins que la mise sous administration constituait une procédure collective<sup>122</sup>.

81. 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, 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 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

<sup>119</sup> *Stanford International Bank* (première instance), par. 73 à 85.

<sup>120</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 25 à 29.

<sup>121</sup> Par exemple, *British American Ins. Co. Ltd* (affaire n° 6), p. 902 et *Ashapura Minechem* (affaire n° 2), p. 136 et 137.

<sup>122</sup> *Stanford International Bank*, action civile n° 3:09-CV-0721-N, tribunal de district des États-Unis, district nord du Texas, 30 juillet 2012, par. 17, note 20. Dans une autre affaire liée à une mise sous administration judiciaire, *Imnua Can., Ltd*, affaire n° 09-167362 (Bankr. D.N.J. 15 avril 2009), [4], le tribunal requis a estimé, en se fondant sur l'article 16-1 de la LTI, que la mise sous administration judiciaire étrangère constituait une procédure étrangère, au motif que le tribunal d'origine avait déclaré l'administrateur judiciaire comme étant le représentant étranger d'une procédure étrangère et l'avait autorisé à demander la reconnaissance de cette procédure dans l'État requis.



droit à un recours judiciaire. La procédure de mise sous administration 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>123</sup>.

b) « Régie par une loi relative à l'insolvabilité »

82. Selon la LTI, 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>124</sup>, et indépendamment du fait que les textes qui les contiennent portent ou non exclusivement sur l'insolvabilité<sup>125</sup>.

83. 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* (affaire n° 31), 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

<sup>123</sup> *ABC Learning Centres*, p. 328 à 330.

<sup>124</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 73.

<sup>125</sup> Voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 a), section « Régie par une loi relative à l'insolvabilité ». Le recours croissant aux concordats et le nombre d'États qui autorisent ce moyen légal posent la question de la couverture de ces solutions par la LTI en tant qu'instruments « [régis] par une loi relative à l'insolvabilité ». Dans l'affaire *Syncreon Group B.V.* 2019 ONSC 5774, par. 28, le tribunal canadien a reconnu un concordat anglais comme étant une procédure étrangère aux fins de la LTI, en considérant que la procédure était régie par une loi relative à l'insolvabilité, et en interprétant l'insolvabilité comme incluant le cas d'une société « dont on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle soit à court de liquidités dans un délai raisonnablement proche par rapport au délai raisonnablement nécessaire pour mener à bien une restructuration ». Des tribunaux aux États-Unis ont reconnu et exécuté des concordats du Royaume-Uni et de l'Afrique du Sud en tant que procédures étrangères en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (voir, par exemple, *In re Avanti Commun'c Group PLC*, 582 B.R. 603, 613 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) et *In re Cell C Proprietary Ltd*, 542 B.R. 571 (Bankr. S.D.N.Y. 2017), respectivement). Toutefois, on notera que la définition de la procédure étrangère figurant à l'article 101-23 du Code des faillites des États-Unis comprend l'expression « ou l'aménagement d'une dette », qui n'apparaît pas dans la définition de la « procédure étrangère » figurant à l'article 2 a) de la LTI ; l'ajout de ces mots peut avoir une incidence sur la reconnaissance des concordats aux États-Unis.

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 ».

84. 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 aux 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. 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 ».

85. Le tribunal anglais a suivi une approche différente dans l'affaire *Sturgeon* (affaire n° 32). Cette dernière concernait une société constituée aux Bermudes, dont le principal actionnaire avait demandé la liquidation pour des motifs justes et équitables, en raison d'une grave anomalie dans les fondements de la société et au motif que les investisseurs étaient privés de leurs droits. Lors du réexamen d'une décision antérieure reconnaissant la procédure étrangère, le tribunal anglais a jugé, en désaccord avec la conclusion de l'affaire *Betcorp*, qu'une procédure visant non pas à restructurer les affaires financières d'une entité solvable mais à la dissoudre ne relevait probablement pas d'une loi relative à l'insolvabilité au sens de l'alinéa a) de l'article 2.

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

86. 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, il a été précisé dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation que le mot « insolvabilité », tel que l'entend la LTI, renvoie à différents types de procédures collectives ouvertes à l'encontre de débiteurs en proie à de graves problèmes financiers ou en situation d'insolvabilité. Une procédure judiciaire ou administrative menée pour liquider une entité solvable afin de la dissoudre et d'autres procédures étrangères ne

relevant pas de l'alinéa *a*) de l'article 2 ne constituent pas des procédures d'insolvabilité au sens de la LTI. 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 LTI que si le débiteur est insolvable ou connaît de graves problèmes financiers<sup>126</sup>.

c) « Procédure soumise au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger »

87. La définition du terme « tribunal étranger »<sup>127</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>128</sup>.

88. La LTI ne précise ni le niveau de contrôle ou de surveillance requis pour satisfaire à cet aspect de la définition, ni le moment où doivent commencer cette surveillance ou ce contrôle. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation 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<sup>129</sup>. 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.

---

<sup>126</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 48. On notera que le considérant 16 de la Refonte du règlement (CE) prévoit ce qui suit : « Le présent règlement devrait s'appliquer aux procédures fondées sur des législations relatives à l'insolvabilité. Toutefois, les procédures fondées sur une disposition générale du droit des sociétés qui n'a pas été exclusivement prévue pour les situations d'insolvabilité ne devraient pas être considérées comme fondées sur des législations relatives à l'insolvabilité. »

<sup>127</sup> LTI, art. 2 *e*) ; voir également par. 12 ci-dessus.

<sup>128</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, [42] (2008)], CLOUT 791, le tribunal aux États-Unis a 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. Dans l'affaire *ENNIA Caribe Holdings NV*, 594 B.R. 631, 639-640 (Bankr. S.D.N.Y. 2018), une affaire concernant l'insolvabilité d'une compagnie d'assurance, le tribunal requis a conclu que l'organisme chargé de la surveillance du secteur des assurances était compétent pour contrôler ou surveiller les biens et les affaires du débiteur.

<sup>129</sup> Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 *a*), section « Dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger ».

La simple surveillance du représentant de l'insolvabilité par une autorité délivrant des licences ne suffirait pas<sup>130</sup>.

89. 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<sup>131</sup>.

90. 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>132</sup>.

91. Jusqu'à présent, les tribunaux n'ont accordé qu'une attention limitée au concept de « contrôle ou surveillance »<sup>133</sup>.

92. 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

<sup>130</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 74 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 a), section « Dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger ». Dans l'affaire *Agrokor DD* [2017] EWHC 2791 (Ch), le tribunal anglais a estimé que le contrôle ou la surveillance requis pouvaient être potentiels plutôt qu'effectifs, et/ou indirects plutôt que directs [79]. Au vu des différentes dispositions de la loi croate sur l'administration extraordinaire, qui conféraient certains pouvoirs de surveillance et d'autre nature au tribunal croate, le tribunal a estimé ce qui suit : « dès l'instant où la procédure est engagée, et aussi longtemps qu'elle dure, elle est soumise au contrôle ou à la surveillance du tribunal, représenté pour ce faire par l'administrateur extraordinaire » [93].

<sup>131</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 75. Dans l'affaire *Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A.*, 385 B.R. 525, 535 (Bankr. S.D.N.Y. 2008), CLOUT 925, la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité espagnole (*suspensión de pagos*) était demandée aux États-Unis, mais se heurtait à une opposition au motif que la procédure espagnole ne constituait plus une « procédure étrangère » aux fins de la LTI, puisque le plan de remboursement (*convenio*) convenu dans le cadre de la procédure étrangère avait été approuvé par le tribunal espagnol. Selon le droit espagnol, le représentant étranger n'était pas autorisé à s'ingérer dans les opérations du débiteur, sauf en cas de manquement aux dispositions du *convenio*. Le tribunal aux États-Unis a conclu qu'il subsistait un degré de compétence suffisant sur les affaires du débiteur, puisque celui-ci était tenu, en vertu du *convenio*, d'effectuer des paiements pendant deux ans, et qu'en cas de manquement aux dispositions du *convenio* il pourrait être mis en liquidation par le tribunal étranger. Il a déclaré que, même si le niveau de contrôle ou de surveillance du tribunal espagnol était limité, il n'était pas pour autant inexistant, et qu'il subsistait une « procédure étrangère » suffisante pour justifier la reconnaissance en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (incorporant la LTI).

<sup>132</sup> *Gold & Honey* (affaire n° 16), p. 371 ; Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 a), section « Dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger ».

<sup>133</sup> Voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 a), section « Dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger ».

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>134</sup>.

93. 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>135</sup>.

#### d) « Aux fins de redressement ou de liquidation »

94. 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>136</sup>.

<sup>134</sup> *Betcorp*, p. 283 et 284.

<sup>135</sup> *ABC Learning Centres*, p. 331 et 332.

<sup>136</sup> Voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 a), section « Aux fins de redressement ou de liquidation ». Dans l'affaire *Agrokor DD* [2017] EWHC 2791 (Ch), le tribunal anglais a rejeté l'argument selon lequel le véritable objectif de la loi croate sur l'administration extraordinaire n'était pas d'effectuer le redressement de l'entreprise, mais de la protéger en vue de la poursuite de son activité au vu de son importance systémique pour l'économie croate. Le tribunal a déclaré que les deux objectifs n'étaient pas incompatibles et que, bien que la loi sur l'administration extraordinaire ait été conçue pour protéger une entreprise croate d'importance systémique, elle visait également à permettre le redressement de l'entreprise [105]. Dans l'affaire *Sturgeon* (affaire n° 32), le tribunal anglais a jugé qu'il serait contraire au but et à l'objet déclarés de la LTI d'interpréter la « procédure étrangère » comme incluant les débiteurs solvables et plus particulièrement les mesures soumises à une loi relative à l'insolvabilité mais qui avaient pour but de produire un rendement pour les membres, et non pour les créanciers.

95. 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>137</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>138</sup>.

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

#### a) Observations liminaires

96. Pour reconnaître une procédure étrangère comme procédure « principale », le tribunal requis doit déterminer que le « centre des intérêts principaux » du débiteur se trouvait dans l'État où a été ouverte la procédure étrangère<sup>139</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.

97. Aux fins de la LTI, il a été délibérément décidé de ne pas définir le « centre des intérêts principaux ». Cette notion est tirée de la Convention européenne pour des raisons de cohérence<sup>140</sup>. Lorsque la LTI a été finalisée, la Convention n'était pas entrée en vigueur ; elle est par la suite devenue caduque faute d'avoir été ratifiée par tous les États membres de l'Union européenne<sup>141</sup>.

98. Par la suite, 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 européenne. Les concepts de « procédure principale » et de « centre des intérêts principaux » ont été repris dans le texte du Règlement CE<sup>142</sup>. Le Règlement CE souligne que le centre des intérêts principaux

<sup>137</sup> De tels accords contractuels conserveraient leur force exécutoire indépendamment de la LTI sans que la reconnaissance soit nécessaire ; rien dans la LTI ou dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation ne vise à restreindre leur force exécutoire.

<sup>138</sup> Voir par. 74 à 81 et 87 à 93 ci-dessus.

<sup>139</sup> LTI, art. 2 b).

<sup>140</sup> Voir le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 81.

<sup>141</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> éd., 2009, Oxford University Press), par. 1.01 à 1.25.

<sup>142</sup> Les considérants 12 et 13 du Règlement CE sont cités au paragraphe 99 ci-après. Ils correspondent, respectivement, au considérant 23 et au paragraphe 1 de l'article 3 (reproduit au paragraphe 102 ci-dessous) de la Refonte du Règlement CE.

doit être « vérifiable par les tiers »<sup>143</sup>. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation relève que la notion de « centre des intérêts principaux » correspond à la formulation figurant à l'article 3 du Règlement CE et reconnaît qu'il convient de renforcer « l'harmonisation en cours quant à la notion de procédure "principale" »<sup>144</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 et du texte qui lui a succédé, la Refonte du Règlement CE, porte sur l'État dans lequel doit s'ouvrir la procédure principale. Aux fins de la LTI, 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.

99. 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>145</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>143</sup> Règlement CE, considérant 13 ; Refonte du Règlement CE, considérants 28 et 30, et art. 3, par. 1. Le considérant 28 prévoit, en particulier, que « [l]orsque l'on cherche à déterminer si le centre des intérêts principaux du débiteur est vérifiable par des tiers, il convient d'accorder une attention particulière aux créanciers et à la perception qu'ils ont du lieu où le débiteur gère ses intérêts. Il peut être nécessaire, dans le cas d'un déplacement du centre des intérêts principaux, d'informer les créanciers en temps utile du nouveau lieu à partir duquel le débiteur exerce ses activités, par exemple en attirant l'attention sur le changement d'adresse dans sa correspondance commerciale, ou en rendant publique la nouvelle localisation par d'autres moyens appropriés. ».

<sup>144</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 LTI, 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 l'approche et la terminologie utilisées dans la Convention européenne. La LTI 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>145</sup> Le Règlement CE parle de « procédures secondaires » et la LTI de « procédures non principales ».

100. En prévision de la ratification de la Convention européenne par tous les États membres de l'Union européenne, un rapport explicatif sur la Convention (le rapport Virgos-Schmit) avait été établi<sup>146</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.

101. 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 les intérêts en question

---

<sup>146</sup> Voir par. 7 i) ci-dessus.



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. »

102. Au paragraphe 1 de l'article 3 de la Refonte du Règlement CE, le centre des intérêts principaux est expliqué comme suit :

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

« Pour toute autre personne physique, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être la résidence habituelle de l'intéressé. Cette présomption ne s'applique que si la résidence habituelle n'a pas été transférée dans un autre État membre au cours des six mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. »

#### b) *Décisions judiciaires interprétant le « centre des intérêts principaux »*

103. 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 de l'interprétation du Règlement CE, du texte qui lui a succédé, la Refonte du Règlement CE, ou de législations nationales fondées sur la LTI, et à définir les facteurs pertinents pour réfuter la présomption visée au paragraphe 3 de l'article 16 de la LTI, 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>147</sup>.

104. La principale décision rendue en la matière au niveau européen est celle concernant l'affaire *Eurofood* (affaire n° 13), 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.

105. Pour répondre à cette question, la Cour de justice européenne a dû apprécier la solidité de la présomption selon laquelle le siège doit 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>148</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. »

106. La Cour de justice européenne a considéré que, « pour la détermination du centre des intérêts principaux d'une société débitrice, la présomption simple prévue par le législateur communautaire au bénéfice du siège statutaire de cette société ... ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter »<sup>149</sup>.

107. S'agissant de cette présomption, la Cour 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>150</sup>. En revanche, elle a considéré que « le simple fait » pour la société mère de réaliser des choix

<sup>147</sup> Par exemple, au chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (incorporant la LTI), 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.

<sup>148</sup> Voir, à titre de comparaison, la LTI, art. 16-3. Voir également le rapport Virgos-Schmit, par. 75.

<sup>149</sup> *Eurofood*, par. 34.

<sup>150</sup> *Ibid.*, par. 35.

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>151</sup>.

108. 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 *Interedil* (affaire n° 18), 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 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>152</sup>.

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

---

<sup>151</sup> Ibid., par. 36. Voir également, au paragraphe 37 de l'arrêt, le résumé intégral des conclusions de la Cour sur ce point.

<sup>152</sup> *Interedil*, par. 59. Dans l'arrêt rendu par la suite dans l'affaire *Re Leitzbach* [2018] EWHC 1544 (Ch), la Haute Cour d'Angleterre a examiné la question du « centre des intérêts principaux » dans le contexte du Règlement CE et a résumé les caractéristiques requises comme suit : a) une personne ou une entité ne pouvait avoir qu'un seul centre des intérêts principaux à un moment donné ; b) dans le cas d'une personne physique, il s'agissait du lieu où elle pouvait être contactée et qui constituait normalement sa résidence habituelle ; c) une personne physique était libre de déplacer le centre de ses intérêts principaux et la question était de savoir si elle l'avait fait concrètement ou si ce changement était illusoire ; d) un débiteur n'était pas tenu de faire connaître le centre de ses intérêts principaux, mais ne pouvait pas non plus le dissimuler ; e) la détermination du lieu où se trouvait le centre des intérêts principaux était objective puisqu'il s'agissait de savoir où le débiteur gérait ses affaires sur une base régulière d'une manière qui soit vérifiable par des tiers (l'opinion subjective du débiteur n'étant pas déterminante) ; f) « la gestion sur une base régulière » exigeait un certain degré de continuité et de permanence, un sens de la normalité et un lien stable avec le for ; et g) le motif d'un changement du centre des intérêts principaux pourrait inciter le tribunal à examiner minutieusement les preuves pour en vérifier l'authenticité.

110. Le tribunal a exposé les raisons pour lesquelles, dans le texte de la législation américaine incorporant la LTI, le mot « *proof* » avait été remplacé par le mot « *evidence* »<sup>147</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. »

111. 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>153</sup>.

112. 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 de la procédure, lequel devait démontrer que le centre des intérêts principaux se trouvait dans un lieu autre que celui du siège statutaire<sup>154</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. La décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns* a été confirmée en appel.

113. Par la suite, la décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns* a été considérablement limitée par d'autres décisions de tribunaux américains, lesquels ont jugé que les activités de redressement ou de liquidation du débiteur pouvaient bel et bien être prises en compte pour déterminer le centre de ses intérêts principaux. Dans l'affaire *Morning Mist* (affaire n° 25), le tribunal a estimé que la décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns* était justifiée, et a reconnu une procédure engagée dans les Îles Vierges britanniques en tant que procédure étrangère principale au motif que plus de 18 mois avant la demande de reconnaissance et plus de sept mois avant l'introduction de l'affaire aux Îles Vierges britanniques, le débiteur avait effectivement cessé d'exploiter son entreprise, rompu ses relations avec son gestionnaire de placements à New York et entamé un processus de liquidation. Le tribunal a conclu qu'il était approprié de tenir compte de ces activités dans le cadre de la détermination du centre des intérêts principaux, et que « selon toute probabilité, le “centre névralgique”

<sup>153</sup> *Bear Stearns* (première instance), p. 128.

<sup>154</sup> *Ibid.* ; s'agissant de la charge de la preuve, voir la discussion relative au Guide pour l'incorporation et l'interprétation figurant à la section c) ci-dessous, et le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 16-3.

du débiteur se trouvait depuis un certain temps aux Îles Vierges britanniques »<sup>155</sup>. Une conclusion analogue a été rendue dans l'affaire *British American Ins. Co. Ltd* (affaire n° 6).

114. Dans l'affaire *Morning Mist*, la cour d'appel a également énuméré les facteurs suivants comme pouvant être pris en compte par un tribunal pour déterminer le centre des intérêts principaux<sup>156</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 avoires 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 les créanciers<sup>157</sup>.

115. D'autres décisions sont celles rendues par les tribunaux anglais en première instance et en appel dans l'affaire *Stanford International Bank* (affaire n° 31). 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 demeurait valable.

116. 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>158</sup>. Il a pris cette décision en se fondant sur le Règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (incorporant la LTI en droit anglais) 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

---

<sup>155</sup> Ibid., [64], citant l'affaire *Hertz Corp. c. Friend*, 130 S. Ct. 1181, 1193-94 (2010), dans laquelle 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 généralement évident pour les membres du public traitant avec elle.

<sup>156</sup> On notera qu'aux États-Unis la détermination du centre des intérêts principaux a lieu au moment de l'ouverture de la procédure de reconnaissance. La question du moment auquel la détermination doit avoir lieu est examinée à la section e) ci-dessous.

<sup>157</sup> *Morning Mist* (affaire n° 25), [137], citant l'affaire *In re SphinX Ltd*, 351 B.R. 103, 117 (Bankr. S.D.N.Y. 2006). Dans l'affaire *LATAM Airlines Group S.A./Technical Latam S.A.* (affaire n° C-8553-2020, 20 août 2020), le tribunal chilien a réfuté la présomption selon laquelle le débiteur, bien qu'enregistré dans ce pays, y avait le centre de ses intérêts principaux, en faveur d'un autre pays où avaient lieu une partie substantielle des activités du débiteur et son redressement, où les actions du débiteur étaient négociées et dont la loi régissait le financement que le débiteur avait obtenu par l'émission d'obligations internationales.

<sup>158</sup> *Stanford International Bank* (première instance), par. 61.

apprendrait normalement de ses rapports avec le débiteur<sup>159</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 ».

117. Le juge a observé que la différence d'approche entre les tribunaux aux 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>160</sup>.

118. Le juge n'était pas convaincu que les facteurs énumérés dans l'affaire *Bear Stearns*<sup>161</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>162</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.

119. 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 LTI et dans le Règlement CE en ce qui concerne aussi bien le « centre des intérêts principaux » que la présomption<sup>163</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>164</sup> sur la vérifiabilité valait également pour les procédures relevant de la LTI. Il n'a pas jugé que la charge de la preuve en ce qui concernait la réfutation de la présomption était nécessairement différente aux États-Unis, laissant cette question en suspens<sup>165</sup>.

---

<sup>159</sup> Ibid., par. 62.

<sup>160</sup> Ibid., par. 63 et 65.

<sup>161</sup> Voir par. 114 ci-dessus.

<sup>162</sup> *Stanford International Bank* (première instance), par. 67 ; à comparer avec la liste de facteurs figurant au paragraphe 114 ci-dessus.

<sup>163</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 39.

<sup>164</sup> Rapport Virgos-Schmit, par. 75 ; voir par. 101 ci-dessus.

<sup>165</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 55.

Dans d'autres affaires jugées en vertu de la LTI, l'exigence de vérifiabilité a été confirmée<sup>166</sup>.

120. Le « centre des intérêts principaux » d'une personne physique est réputé être, conformément à l'article 16-3 de la LTI, sa « résidence habituelle »<sup>167</sup>. Dans l'affaire *Williams c. Simpson* (n° 5) (affaire n° 37), 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 que « 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 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>168</sup>. Bien que le débiteur ait exercé des activités professionnelles en Angleterre, qu'il y ait parfois résidé et qu'il ait été en possession à la fois d'un passeport britannique 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.

### c) Guide pour l'incorporation et l'interprétation

121. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation répond à l'incertitude et à l'imprévisibilité auxquelles a donné lieu l'interprétation de la notion de centre des

<sup>166</sup> *Ackers c. Saad* ([2010] FCA 221), CLOUT 1219 ; *Gerova* (affaire n° 15) ; *Lightsquared* (affaire n° 21) ; *Massachusetts Elephant & Castle* (affaire n° 22) ; *Millennium Global* (affaire n° 24). Dans l'affaire *NIKI Luftfahrt* (36n IN 6433/17, 84 T 2/18, 14 décembre 2018), le tribunal berlinois a jugé que les médias sociaux pouvaient être utilisés pour aider à déterminer si le centre des intérêts principaux était vérifiable par des tiers.

<sup>167</sup> Voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 16-3.

<sup>168</sup> *Williams c. Simpson* (n° 5), par. 42, reprenant la définition de la « résidence habituelle » donnée dans l'affaire *Basingstoke c. Groot* [2007] NZFLR 363 (CA), au motif que cette définition avait été utilisée dans un autre instrument international, à savoir la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Voir également l'affaire *Gainsford* (affaire n° 14), par. 40 et 41 de la décision. Dans l'affaire *Kapila* (affaire n° 20), le tribunal australien s'est penché sur la situation d'un débiteur individuel et a estimé qu'il s'agissait d'« un débiteur transnational insolvable avec de multiples activités contentieuses et entrepreneuriales réparties dans de nombreux pays et dont la conduite nomade rendait difficile l'identification de sa résidence habituelle, si tant est qu'il en ait une » ; voir également les débats du tribunal des faillites des États-Unis dans l'affaire *In re Paul Zeital Kemsley*, 489 B.R. 346 (Bankr. S.D.N.Y. 2013), CLOUT 1274, et l'affaire *Pirogova* (affaire n° 26). Certains des facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux d'une entreprise ont également été jugés utiles pour les cas où le débiteur était une personne physique ; voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 16, section « Centre des intérêts principaux de personnes physiques : résidence habituelle ». Dans l'Union européenne, dans l'affaire *MH c. OJ* (2020 EUCJ C-253/19 et [2021] 1WLR 2498), le tribunal a jugé que le centre des intérêts principaux devait être établi par une évaluation globale de tous les critères objectifs vérifiables par des tiers, en particulier par les créanciers ; que, dans le cas d'une personne physique n'exerçant pas d'activité commerciale ou professionnelle indépendante, la présomption réfragable était que le centre de ses intérêts principaux était le lieu de sa résidence habituelle ; et que cette présomption n'était pas renversée du seul fait que son seul bien immobilier était situé dans un État autre que celui de sa résidence habituelle.

intérêts principaux. Il indique 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 LTI 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>169</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 LTI. 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>170</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.

122. Dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, 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>171</sup>, l'analyse étant faite en référence à la date d'ouverture de la procédure étrangère.

123. 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.

124. 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

<sup>169</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 141 à 144.

<sup>170</sup> À titre d'exemple, dans l'affaire *Cinram International* (affaire n° 9), le tribunal canadien a décrit sommairement dans sa décision les éléments que les requérants avaient présentés afin d'indiquer que le centre des intérêts principaux du débiteur était situé au Canada. Il a déclaré qu'il avait consigné ce descriptif concernant le centre des intérêts principaux dans sa décision « à des fins d'information seulement ». Il a clairement reconnu qu'il appartenait au tribunal requis — en l'espèce, le tribunal des faillites du district du 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>171</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 145 ; pour ce qui est de la date à retenir, voir aussi les paragraphes 132 à 138 ci-dessous.



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>172</sup>.

125. Il est précisé dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation 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>173</sup>.

126. Dans le cadre de plusieurs affaires jugées pendant la révision du Guide pour l'incorporation (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° 22), 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 n'être pris en compte que dans la mesure où ils venaient étayer les trois facteurs principaux<sup>174</sup>.

127. Ces facteurs ont été repris dans l'affaire *Lightsquared* (affaire n° 21)<sup>175</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

---

<sup>172</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 147. Pour une discussion relative aux affaires traitant de ces facteurs, voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 16-3, section « Facteurs pertinents en ce qui concerne le centre des intérêts principaux d'entreprises débitrices ».

<sup>173</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 147.

<sup>174</sup> *Massachusetts Elephant & Castle*, par. 30 et 31.

<sup>175</sup> *Lightsquared*, par. 25 et 26.

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.

128. Dans l'affaire *Think3* (affaire n° 33)<sup>176</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*

129. Le centre des intérêts principaux d'un débiteur peut être déplacé avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, dans certains cas peu de temps avant, voire entre le moment de la demande d'ouverture et l'ouverture même de la procédure<sup>177</sup>. Dès lors qu'il apparaît que le centre des intérêts principaux a été déplacé peu avant l'ouverture de la procédure étrangère, il 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 122 et 124 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

<sup>176</sup> Dans la législation japonaise incorporant la LTI, 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 l'article 16-3 de la LTI. Comme le tribunal de première instance l'a expliqué dans l'affaire *Think3*, cependant, le terme « établissement principal » est supposé avoir le même sens sur le fond 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 [chap. 3, 2-2-2], p. 19].

<sup>177</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. Voir, par exemple, *In re Ocean Rig UDW Inc*, 570 B.R. 687 (Bankr. S.D.N.Y. 2017), appel rejeté pour défaut de qualité pour agir, 585 B.R. 31 (S.D.N.Y. 2018), décision confirmée, 764 F. Appx. 46 (2<sup>e</sup> circuit 2019). Le débiteur principal était une société holding constituée aux Îles Marshall, qui avait pris des mesures pour déplacer le centre de ses intérêts principaux aux Îles Caïmanes en changeant son immatriculation, en créant un bureau dans ces îles et en présentant des concordats au tribunal des Îles Caïmanes. La société avait pris ces mesures en vue de se placer sous la compétence des Îles Caïmanes et de mettre en œuvre des mesures de restructuration de sa dette qui avaient été approuvées par ses créanciers. Dans leur requête visant à obtenir la reconnaissance aux États-Unis de la procédure engagée aux Îles Caïmanes en tant que procédure étrangère principale, les débiteurs d'*Ocean Rig* ont fait valoir qu'ils n'avaient jamais exercé d'activité dans les Îles Marshall, qu'ils avaient rendu public le changement du centre de leurs intérêts principaux, qu'ils disposaient du soutien de la plupart de leurs créanciers, qu'ils disposaient de comptes bancaires, de livres, de registres et de personnel aux Îles Caïmanes, et que rien dans leurs antécédents ne laissait à penser que le centre de leurs intérêts principaux aurait dû se trouver à un autre endroit que dans ces îles. Sur la base de ces conclusions, le tribunal aux États-Unis a estimé que les débiteurs n'avaient pas fait preuve de mauvaise foi dans le déplacement du centre de leurs intérêts principaux, mais avaient au contraire prouvé que l'objet de ce déplacement était légitime et qu'ils avaient agi de bonne foi [570 B.R., (706 et 707)].

déplacement du centre des intérêts principaux se produit peu avant l'ouverture de la procédure.

130. Dans l'affaire *Interedil* (affaire n° 18), 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 intérêts principaux de la société était présumé être le lieu du nouveau siège statutaire<sup>178</sup>. La Refonte du Règlement CE inclut une règle concernant le déplacement du centre des intérêts principaux au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pour les sociétés et les personnes morales, et au cours des six mois précédant cette demande pour les personnes physiques<sup>179</sup>.

131. 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. Quoi qu'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 LTI, puisque la date à retenir pour déterminer celui-ci est la date d'ouverture de la procédure étrangère, comme expliqué ci-dessous.

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

132. La LTI 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 à 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

<sup>178</sup> *Interedil*, par. 59.

<sup>179</sup> Voir par. 102 ci-dessus. Dans l'affaire *Galapagos BidCo* (affaire n° C-723/20), la Cour de justice européenne a statué que le tribunal d'un État membre de l'Union européenne saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale conservait une compétence exclusive pour ouvrir une telle procédure lorsque le centre des intérêts principaux était transféré dans un autre État membre de l'Union européenne après que cette demande avait été déposée, mais avant que le tribunal en question n'ait rendu sa décision. Par conséquent, dans la mesure où la Refonte du Règlement CE restait applicable à cette demande, aucun tribunal d'un autre État membre de l'Union européenne saisi ultérieurement d'une autre demande aux mêmes fins ne pouvait, en principe, se déclarer compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale tant que le premier tribunal n'avait pas rendu sa décision et ne s'était pas déclaré incompétent.

n'est plus en cours ou en instance dans l'État d'origine, elle ne peut pas être reconnue en vertu de la LTI.

133. La question du moment auquel doit être déterminé le centre des intérêts principaux a déjà été examinée par les juges. Dans l'affaire *Betcorp* (affaire n° 5), par exemple, le juge a considéré que le moment auquel devait être déterminé le centre des intérêts principaux était celui auquel était effectuée la demande de reconnaissance<sup>180</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 ... »<sup>181</sup>.

134. D'autres 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° 24), le juge de première instance a fait observer que la procédure de reconnaissance était accessoire à 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, car après l'ouverture, en particulier d'une procédure de liquidation, l'entreprise cesse généralement ses activités et il n'y a plus d'établissement<sup>182</sup>. Cette décision a été infirmée par la cour d'appel dans l'affaire *Morning Mist* (affaire n° 25).

135. 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° 33) et confirmée en appel<sup>183</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

<sup>180</sup> *Betcorp*, p. 290 à 292.

<sup>181</sup> Le raisonnement suivi dans l'affaire *Betcorp* a été repris dans plusieurs affaires, dont *British American Ins. Co. Ltd* (affaire n° 6) ; *Gainsford* (affaire n° 14), s'agissant de la date à retenir pour déterminer la résidence habituelle ; *Morning Mist* (affaire n° 25) ; *Ran* (affaire n° 27) ; et *Zetta Jet* (affaire n° 39). Voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 17-2, section « Moment où le centre des intérêts principaux et la résidence habituelle sont déterminés », sous-section a).

<sup>182</sup> *Millennium Global* (première instance), p. 71 et suiv. ; dans cette affaire, la question de la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux et l'établissement n'a pas été examinée par la juridiction d'appel, mais l'a été par une juridiction d'appel dans l'affaire *Morning Mist*, voir par. 134 ci-dessus.

<sup>183</sup> *Think3*, Haute Cour de Tokyo, chap. 3-2, p. 6 ; tribunal de district de Tokyo, chap. 3, 2-1, p. 12 à 14.

de la même procédure étrangère dans différents pays, le moment à retenir serait finalement différent dans chacun 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<sup>184</sup>.

136. Une troisième possibilité qui a été recensée est la date à laquelle le tribunal est appelé à statuer sur la demande de reconnaissance. Cette option met l'accent sur la marge de manœuvre qu'offre la LTI, qui ressort de l'article 18, et sur le fait qu'il est préférable de tenir compte des faits réels qui peuvent avoir une influence sur la décision du tribunal, plutôt que de fixer un moment arbitraire pour déterminer le centre des intérêts principaux<sup>185</sup>.

137. Dans l'affaire *Interedil* (affaire n° 18), 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.

138. 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>186</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 lorsque les activités commerciales du débiteur ont cessé au moment où est introduite la demande de reconnaissance<sup>187</sup>, lorsque, par exemple en cas de redressement, ce n'est pas l'entité

---

<sup>184</sup> Cette approche a été suivie dans plusieurs affaires, dont *Kapila* (affaire n° 20), *Stanford International Bank* (affaire n° 31) et *Videology* (affaire n° 35). Voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 17-2, section « Moment où le centre des intérêts principaux et la résidence habituelle sont déterminés », sous-section b).

<sup>185</sup> Cette approche a été suivie dans plusieurs affaires, dont *In the matter of Legend International Holdings Inc* [2016] VSC 308, CLOUT 1619, et *Moore en tant que débiteur non dessaisi de Australian Equity Investors* [2012] FCA 1002, CLOUT 1477. Voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 17-2, section « Moment où le centre des intérêts principaux et la résidence habituelle sont déterminés », sous-section c).

<sup>186</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 159.

<sup>187</sup> Dans l'affaire *Morning Mist* (affaire n° 25), 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 Ins. Co. Ltd* (affaire n° 6), le tribunal a considéré que le centre des intérêts principaux d'un débiteur pouvait se confondre avec le lieu de résidence du représentant étranger lorsque celui-ci restait en place pendant une période prolongée et transférait toutes les activités commerciales principales du débiteur vers son propre lieu de résidence (ou y mettait un terme), ce qui amenait les créanciers et les autres parties à considérer le lieu de résidence [du représentant étranger] comme l'emplacement où étaient menées les activités du débiteur (p. 914).

débitrice qui continue d'avoir un centre des intérêts principaux, mais l'entité chargée du redressement, et aussi lorsqu'il y a un changement de résidence entre l'ouverture de la procédure étrangère et la demande de reconnaissance en vertu de la LTI.

#### f) *Abus de procédure*

139. Le tribunal auquel la reconnaissance est demandée devrait-il pouvoir invoquer l'abus de procédure pour refuser la reconnaissance ? Rien dans la LTI même ne donne à penser qu'il y a lieu de tenir compte de circonstances extérieures pour statuer sur une demande de reconnaissance. Selon la LTI, 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 LTI n'interdit pas expressément aux tribunaux requis d'appliquer le droit interne, en particulier les règles de procédure, en présence de tels abus<sup>188</sup>.

### 4. La procédure non principale : l'« établissement »

#### a) *Observations liminaires*

140. 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 LTI. Il est aussi employé dans le Règlement CE et la Refonte du Règlement CE pour aider les tribunaux des États membres de l'Union européenne 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 de la Refonte du Règlement CE se lit comme suit :

<sup>188</sup> Voir ci-dessus la discussion relative à l'abus de procédure dans le contexte de l'article 6 (troisième partie, section B, « Le principe de "reconnaissance" », sous-section 5, « L'exception d'« ordre public » »). Dans plusieurs affaires jugées aux États-Unis où la date d'ouverture de la procédure de reconnaissance au titre du chapitre 15 avait été utilisée comme date applicable pour déterminer le centre des intérêts principaux, il a été déclaré que le tribunal pouvait malgré tout vérifier si le débiteur avait déplacé le centre de ses intérêts principaux au détriment des créanciers durant la période comprise entre la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité initiale et la date de la demande de reconnaissance au titre du chapitre 15 : voir, par exemple, *Morning Mist* (affaire n° 25), [139] (il convient de « tenir compte des événements antérieurs pour déjouer toute manœuvre frauduleuse »), et *Ran* (affaire n° 27), [1022] (rien ne prouve que le débiteur ait changé de lieu de résidence pour se soustraire à ses dettes).

### « 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. »

141. On trouve dans la Refonte du Règlement CE, à l'article 2-10, la définition suivante du terme "établissement" :

"établissement", tout lieu d'opérations où un débiteur exerce ou a exercé au cours de la période de trois mois précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale, de façon non transitoire, une activité économique avec des moyens humains et des actifs. »

142. Le Guide pour l'incorporation et l'interprétation note<sup>189</sup> que la définition du terme « établissement » figurant dans la LTI s'inspire de l'alinéa *h*) de l'article 2 du Règlement CE. Le rapport Virgos-Schmit 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>190</sup> »

143. La question de savoir si un « établissement » existe est essentiellement une question de fait ; la LTI 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>191</sup>. Il se pose

---

<sup>189</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 88.

<sup>190</sup> Rapport Virgos-Schmit, par. 71.

<sup>191</sup> LTI, art. 2 *f*).

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<sup>192</sup>. Comme pour la définition de « procédure étrangère », il convient de lire les différents éléments de la définition de l'« établissement » comme un tout plutôt que de les décomposer en éléments distincts, car ils sont interdépendants<sup>193</sup>.

### b) *Décisions judiciaires interprétant le terme « établissement »*

144. Le terme « établissement » a été examiné par certaines instances judiciaires<sup>194</sup>. Dans l'affaire *Bear Stearns* (affaire n° 4)<sup>195</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>196</sup>.

145. 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 *Videology* (affaire n° 35), le tribunal a indiqué que l'exigence selon laquelle les activités devaient être exercées avec les actifs et les ressources humaines du débiteur impliquait que l'activité commerciale prenne la forme d'opérations avec des tiers et non d'actes d'administration interne<sup>197</sup>. Dans l'affaire *Interedil* (affaire n° 18), 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

<sup>192</sup> Dans l'affaire *Office Metro Limited* [2012] EWHC 1191 (Ch), par. 33, tranchée en vertu du Règlement CE, le tribunal a déclaré que le concept de « caractère non transitoire » visait à englober des éléments tels que « la fréquence de l'activité, son caractère planifié, accidentel ou incertain, ainsi que la nature et la durée de l'activité elle-même ».

<sup>193</sup> *Videology Limited* (affaire n° 35), par. 79, citant l'extrait pertinent de l'affaire *Trustees of the Olympic Airlines SA Pension & Life Assurance Scheme c. Olympic Airlines SA* [2015] 1 WLR 2399.

<sup>194</sup> Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 2 c) et f).

<sup>195</sup> *Bear Stearns* (première instance), p. 131 et 132 ; voir aussi *Ran* (2009) (affaire n° 27), p. 285 à 288, et *British American Ins. Co. Ltd* (affaire n° 6), p. 914 à 916.

<sup>196</sup> *Bear Stearns* (en appel), p. 338 et 339.

<sup>197</sup> Par. 79.



isolément ou de comptes bancaires ne peut, en principe, satisfaire aux conditions requises pour que le lieu d'opérations soit considéré comme l'« établissement »<sup>198</sup>.

146. Dans l'affaire *Ran* (affaire n° 27), 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 LTI et de l'exigence, pour les sociétés débitrices, d'avoir un centre d'activités<sup>199</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>200</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>201</sup>.

147. De même, dans l'affaire *Pirogova* (affaire n° 26), le tribunal requis a estimé que les éléments de preuve produits par le représentant étranger pour attester des liens de la débitrice avec la Fédération de Russie (à savoir la propriété d'un appartement, les factures d'eau et d'électricité relatives audit appartement, la propriété à 100 % d'une société russe actuellement en liquidation, l'adhésion à un club et la propriété de deux voitures immatriculées dans cette Fédération) étaient insuffisants pour démontrer que la débitrice avait établi un lieu d'opérations sur ce territoire à partir duquel elle menait une activité économique non transitoire. Le tribunal a déclaré que même s'il concluait que la propriété d'un seul actif était suffisante pour constituer un lieu d'opérations, il faudrait également prouver que la débitrice exerçait des activités non transitoires depuis ce lieu<sup>202</sup>.

148. Dans l'affaire *Williams c. Simpson* (n° 5) (affaire n° 37), 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

---

<sup>198</sup> Par. 5 et 64. Le concept d'« établissement » est également utilisé dans le contexte de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Par exemple, dans l'affaire *Titanium Ltd c. Bundesfinanzgericht Austria* (affaire n° C-931/19), le tribunal a confirmé qu'un « établissement » était une entreprise caractérisée par un degré de permanence suffisant et une structure qui, en termes de ressources humaines et techniques, lui permettait d'assurer les services qu'elle fournissait.

<sup>199</sup> Se référant au critère utilisé dans l'affaire *Bear Stearns* (première instance), p. 130 et 131.

<sup>200</sup> *Ran* (5<sup>e</sup> circuit 2010), p. 1027.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 1028.

<sup>202</sup> *Pirogova*, p. 417 ; voir également *Gainsford* (affaire n° 14), par. 48 à 52.

avait pris sa retraite depuis une douzaine d'années et qui n'avait pas (dans les faits) d'entreprise en activité dans ce pays.

149. Dans l'affaire *Kapila* (affaire n° 20), le tribunal requis s'est penché sur la situation d'un débiteur individuel et a estimé qu'il s'agissait d'« un débiteur transnational insolvable avec de multiples activités contentieuses et entrepreneuriales réparties dans de nombreux pays et dont la conduite nomade rendait difficile l'identification de sa résidence habituelle, si tant est qu'il en ait une ». Toutefois, il a estimé que les transactions commerciales menées aux États-Unis étaient suffisantes pour constituer un établissement, et, partant, que la procédure lancée dans ce pays pouvait être reconnue en tant que procédure étrangère non principale<sup>203</sup>.

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

150. Comme mentionné ci-dessus, la LTI 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>204</sup>.

## D. Octroi de mesures

### 1. Observations liminaires

151. La LTI 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>205</sup> ;
- b) Les mesures s'appliquant automatiquement dès la reconnaissance d'une procédure étrangère comme « procédure étrangère principale »<sup>206</sup> ; et
- c) Les mesures discrétionnaires pouvant être accordées dès la reconnaissance de la procédure étrangère, principale ou non principale<sup>207</sup>.

<sup>203</sup> *Kapila*, par. 56 et 57.

<sup>204</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 160.

<sup>205</sup> LTI, art. 19.

<sup>206</sup> *Ibid.*, art. 20.

<sup>207</sup> *Ibid.*, art. 21.

152. La LTI 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.

153. D'après la définition de la « procédure étrangère »<sup>208</sup>, les effets de la reconnaissance s'étendent à une « procédure provisoire » étrangère<sup>209</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.

154. 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.

155. Aucune disposition de la LTI 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>210</sup>.

156. Pour déterminer si une mesure (automatique ou discrétionnaire) envisagée par la LTI a été supprimée ou modifiée dans l'État adoptant, il faut analyser la législation incorporant la LTI<sup>211</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 aux États-Unis 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>212</sup>. Cette décision a

---

<sup>208</sup> Ibid., art. 2 a).

<sup>209</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.

<sup>210</sup> LTI, art. 7. 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>211</sup> Les États qui ont adopté une législation fondée sur la LTI 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 LTI.

<sup>212</sup> *Atlas Shipping* (affaire n° 3), p. 738.

également été suivie dans l'affaire *Metcalfe & Mansfield* (affaire n° 23), dans laquelle un tribunal aux États-Unis avait été appelé à faire exécuter certaines mesures ordonnées par un tribunal canadien, mesures dont on pouvait estimer qu'elles étaient 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>213</sup>.

## 2. Mesures provisoires<sup>214</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.

<sup>213</sup> *Metcalfe & Mansfield* (affaire n° 23), p. 697 et 698.

<sup>214</sup> Le résumé qui suit se fonde pour l'essentiel sur les paragraphes 170 à 175 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation. Voir également le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 19.

157. 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 jugée<sup>215</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.

158. 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>216</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>217</sup>. Toutefois, les mesures discrétionnaires « collectives » prévues à l'article 19 sont un peu plus restreintes que celles prévues à l'article 21<sup>218</sup>.

159. 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>219</sup>. La réalisation de ces objectifs serait compromise si des mesures provisoires autres que collectives étaient autorisées. Par ailleurs, la reconnaissance n'ayant pas encore été accordée, les mesures disponibles devraient en principe se limiter à des mesures urgentes et provisoires. Toutefois, le fait qu'une décision de reconnaissance soit

---

<sup>215</sup> Le tribunal requis est autorisé à adapter les mesures pour tenir compte des objections d'ordre public. Pour une discussion sur l'exception d'« ordre public » dans le contexte des mesures disponibles, voir par. 49 à 58 ci-dessus. Dans l'affaire *Tri-Continental Exchange* (349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766), qui concernait la reconnaissance aux États-Unis d'une procédure engagée à Saint-Vincent-et-les Grenadines, le tribunal requis s'est demandé 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 d'autres conditions supplémentaires 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>216</sup> C'est-à-dire le même type de mesures que celles prévues à l'article 21.

<sup>217</sup> C'est-à-dire les mesures visant des biens spécifiques identifiés par un créancier.

<sup>218</sup> Dans l'affaire *Halo Creative & Design Limited c. Comptoir des Indes Inc*, affaire n° 14C 8196 (N.D. Ill. 2 octobre 2018), il était demandé, à titre de mesure provisoire, de suspendre les actions judiciaires. Néanmoins, le tribunal aux États-Unis a fait valoir que cette mesure, qui pouvait être ordonnée au titre de l'article 21 de la LTI, ne pouvait être mise en place que dans les cas où la procédure étrangère avait été reconnue.

<sup>219</sup> Voir également la discussion concernant l'affaire *Rubin c. Eurofinance* (affaire n° 28) aux paragraphes 185 et 186 ci-dessous.

probablement prise en temps utile est l'un des facteurs à prendre en compte pour l'octroi de mesures provisoires<sup>220</sup>.

160. L'urgence des mesures est évoquée dans le chapeau du paragraphe 1 de l'article 19 de la LTI. 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 menacés<sup>221</sup>. Les autres mesures disponibles au titre de l'article 19 sont essentiellement les mêmes que celles prévues à l'article 21.

161. 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>222</sup>. Le tribunal a néanmoins la possibilité de les prolonger<sup>223</sup>, par exemple pour éviter une interruption entre la mesure provisoire accordée avant la reconnaissance et la mesure matérielle discrétionnaire accordée après la reconnaissance.

162. 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>224</sup>. Pour favoriser la coordination des

<sup>220</sup> Voir, par exemple, les affaires *Williams c. Simpson* (17 septembre 2010) (affaire n° 37) et *Whittman c. UCI Holdings Ltd* [2016] NZHC 1228, dans lesquelles le tribunal a déclaré que, pour que des mesures provisoires soient accordées, il n'était pas nécessaire que la demande de reconnaissance soit fortement susceptible d'aboutir, mais que la probabilité du succès de la demande était un élément à prendre en compte pour décider d'en accorder ou non (adoptant le raisonnement suivi dans l'affaire *Tucker, Aero Inventory (UK) Ltd c. Aero Inventory (UK) Limited* [2009] FCA 1354).

<sup>221</sup> Voir par exemple l'affaire *Tucker* (20 novembre 2009) (2009) 76 ACSR 19 ; (2009) FCA 1354, CLOUT 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° 37) 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). Dans 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 articles 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 l'article 19-1 de la LTI. 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>222</sup> LTI, art. 19-3.

<sup>223</sup> *Ibid.*, art. 21-1 *f*).

<sup>224</sup> *Ibid.*, voir également art. 29 et 30.

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>225</sup>.

163. 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.

### **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.

164. 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>226</sup>. Cet équilibre est indispensable pour que soient atteints les objectifs de la législation relative à l'insolvabilité internationale.

165. Certains points portant sur l'adéquation de la protection accordée aux créanciers ont été examinés dans le cadre de plusieurs affaires<sup>227</sup>. Dans l'affaire *Jaffé c.*

<sup>225</sup> Ibid., art. 15-3.

<sup>226</sup> Voir plus généralement le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 196 à 199, et le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 22. Dans l'affaire *Tri-Continental Exchange* (349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006), CLOUT 766), le tribunal a dit que les critères qui sous-tendaient 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).

<sup>227</sup> Voir également les affaires examinées dans le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 22.

*Samsung Electronics* (affaire n° 19), la question était de savoir si un administrateur allemand pouvait, en vertu du droit allemand, rejeter des licences de brevet délivrées à des parties aux États-Unis, ou si ces parties avaient droit à la protection contre le rejet prévue par l'article 365 n) du Code des faillites des États-Unis. La cour d'appel a statué en faveur des titulaires des licences, en invoquant l'article 22 de la LTI, qui exige un « niveau de protection suffisant »<sup>228</sup>, et en concluant que « le tribunal des faillites avait exercé son pouvoir discrétionnaire à bon escient lorsqu'il avait mis en balance les intérêts des titulaires des licences et les intérêts du débiteur, et qu'il était nécessaire d'appliquer l'article 365 n) pour veiller à ce que les titulaires des licences liées aux brevets américains [du débiteur étranger] soient suffisamment protégés. »

166. Dans l'affaire *Sivec* (affaire n° 29), 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 aux États-Unis 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, 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>229</sup>.

167. Dans l'affaire *SNP Boat Service* (affaire n° 30), le concept de « protection suffisante » 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

---

<sup>228</sup> Alors que la LTI exige, dans sa version anglaise, une « protection adéquate » (« *adequate protection* »), le chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis utilise le terme « protection suffisante » (« *sufficient protection* »).

<sup>229</sup> *Sivec* (affaire n° 29), p. 324 à 326.



et 21 uniquement si « les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont suffisamment protégés »<sup>230</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>231</sup>.

### 3. Mesures s'appliquant automatiquement dès la reconnaissance d'une procédure principale<sup>232</sup>

168. 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.

#### **Article 20. Effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale**

1. Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère qui est une procédure étrangère principale,

a) L'ouverture des actions ou des procédures individuelles visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur est interdite et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue ;

b) Les mesures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites ou suspendues ; et

c) Le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement, est suspendu.

<sup>230</sup> *SNP Boat Service* (en appel), p. 783 et 784. Le tribunal a identifié trois principes fondamentaux régissant la notion de protection suffisante : a) le traitement équitable de tous les titulaires de créances visant la masse de l'insolvabilité ; b) la protection des requérants locaux contre les préjudices et les inconvénients liés au traitement des créances dans la procédure étrangère ; et c) la répartition du produit de la masse étrangère de l'insolvabilité de manière essentiellement conforme à l'ordre prescrit par la législation locale [p. 786].

<sup>231</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 aux 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>232</sup> Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, fondé sur les paragraphes 176 à 188 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation. Voir également le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 20.

2. La portée et la modification ou la cessation des mesures d'interdiction et de suspension visées au paragraphe 1 du présent article sont subordonnées [*se référer à toutes dispositions de la loi de l'État adoptant relative à l'insolvabilité applicables aux exceptions ou restrictions concernant les mesures d'interdiction et de suspension visées au paragraphe 1 du présent article, ainsi qu'à la modification ou à la cessation desdites mesures*].
3. L'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article n'affecte pas le droit d'engager des actions ou procédures individuelles, dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur.
4. Le paragraphe 1 du présent article n'affecte pas le droit de demander l'ouverture d'une procédure [*en vertu des lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] ou le droit de produire des créances dans une telle procédure.

169. 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*.

170. 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 LTI, 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.

171. 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>233</sup>.

172. L'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 20 fait référence non seulement aux « actions individuelles » mais également aux « procédures individuelles » afin de

<sup>233</sup> Voir LTI, art. 20-2.

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<sup>234</sup>. L'alinéa *b*) a été ajouté à ce paragraphe pour bien préciser que les mesures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur<sup>235</sup> sont également couvertes par la suspension et l'interdiction<sup>236</sup>.

173. 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>237</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.

174. 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 pourquoi le paragraphe 2 de l'article 20 dispose que la modification ou la cessation des mesures d'interdiction et de

---

<sup>234</sup> Dans l'affaire *Fibria Cellulose S/A c. Pan Ocean Co. Ltd* [2014] EWHC 2124 (Ch), par. 67 à 70 et 75, CLOUT 1482, le tribunal anglais a conclu que la signification d'un avis de résiliation du contrat faite conformément aux conditions de celui-ci ne constituait ni le début ni la poursuite d'une action ou d'une procédure individuelle, et qu'il n'avait donc pas compétence pour empêcher la signification au titre de l'article 21-1 *a*).

<sup>235</sup> Dans l'affaire *Kim et Yu c. STX Pan Ocean Co. Ltd* [2014] NZHC 845, par. 16 à 18, CLOUT 1481, le tribunal néo-zélandais a examiné le sens de l'expression « biens du débiteur » en se référant à la définition qu'en donnait le Guide législatif. Pour ce faire, il a invoqué l'article 8 de la LTI et la législation incorporant cette dernière qui, aux fins d'interprétation, l'autorisait à s'appuyer non seulement sur la LTI elle-même, mais aussi sur tout document y relatif émanant de la CNUDCI ou du groupe de travail ayant œuvré à son élaboration.

<sup>236</sup> Dans l'affaire *JSC BTA Bank* (434 BR 334 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1211), le tribunal aux États-Unis a décidé que la portée de la suspension automatique [applicable en vertu du Code des faillites] se limitait aux procédures susceptibles d'avoir une incidence sur 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 analogue, la suspension automatique ne s'appliquait pas aux actions engagées pour cause de manquements contractuels purement postérieurs à la reconnaissance commis par un débiteur étranger ou des tiers non-débiteurs liés à celui-ci. Dans l'affaire *Samsung Logix Corporation c. DEF* [2009] EWHC 576 (Ch), dans laquelle une audience d'arbitrage devait avoir lieu en Angleterre le lendemain de l'examen de la demande de reconnaissance par le tribunal anglais, ce dernier a jugé que la décision de reconnaissance entraînait la suspension de l'arbitrage. Dans l'affaire *OGX Petroleo e Gas S.A.* [2016] EWHC 25 (Ch), CLOUT 1622, dans laquelle une procédure d'arbitrage menée en vertu d'un contrat conclu après l'approbation du plan de redressement n'était pas couverte par ce plan, le tribunal anglais a déclaré que la suspension automatique n'était pas censée avoir pour effet d'empêcher les personnes dont les créances ne faisaient pas l'objet de la procédure étrangère de faire valoir celles-ci contre le débiteur.

<sup>237</sup> Voir LTI, art. 20-2.

suspension qui y sont visées sont subordonnées aux dispositions de la loi de l'État adoptant relative à l'insolvabilité<sup>238</sup>.

175. 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>239</sup>. Si une procédure locale est effectivement ouverte, l'article 29 traite de la coordination de cette procédure avec la procédure étrangère<sup>240</sup>.

176. Bien que la LTI ne précise pas la durée de la suspension automatique, plusieurs tribunaux ont examiné cette question. Dans l'affaire *Yakushiji* (n° 2) (affaire n° 38), le tribunal australien a déclaré que la suspension automatique coïncidait normalement avec la suspension applicable dans la procédure étrangère correspondante et qu'elle prenait donc fin lorsque la procédure étrangère était close, puisqu'à cet instant l'objectif de la suspension, à savoir donner au débiteur le temps d'élaborer un plan et empêcher les créanciers d'exercer d'autres voies de recours, n'était plus applicable<sup>241</sup>. Il a également été estimé qu'il était possible, dans certaines situations, de maintenir la suspension après la clôture de la procédure étrangère, par exemple en cas de violation de la suspension avant la clôture<sup>242</sup>, ou pour permettre que la répartition des biens du débiteur se fasse conformément au plan approuvé dans le

<sup>238</sup> En vertu de la législation des États-Unis, par exemple, sont exemptées de suspension les actions engagées par des 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 (3<sup>e</sup> circuit 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 aux 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. Au Canada, les mesures prises par l'autorité de réglementation du Royaume-Uni étaient en violation de la suspension prononcée en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies. Ladite autorité avait émis au Canada un « avertissement » en vertu de la législation britannique, et cela a été jugé comme une étape de procédure contrevenant à l'ordonnance de suspension : *Re Nortel Networks Corp.* (2010) 65 C.B.R. (5<sup>e</sup>) 231 (C.S.J. Ont. [Rôle commercial]) ; décision confirmée (2010) 67 C.B.R. (5<sup>e</sup>) 21 (C.A. Ont.) ; demande d'autorisation d'appel rejetée par la Cour suprême du Canada (2011), 2011 CarswellOnt 303 (C.S.C.).

<sup>239</sup> Le droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale et d'y participer est, de manière générale, régi par les articles 11 à 13 de la LTI.

<sup>240</sup> Voir par. 219 à 222 ci-dessous.

<sup>241</sup> *Yakushiji* (n° 2) (affaire n° 38), par. 21 et 22 ; voir également *Board of Directors of Rizzo-Bottiglieri-De-Carlino Armatori SpA c. Rizzo-Bottiglieri-De-Carlino Armatori SpA* [2017] FCA 331, par. 17 à 19, CLOUT 178 et 179 ; *Daewoo Logistics Corp.*, 461 B.R. 175, 179 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1315.

<sup>242</sup> *Daewoo Logistics Corp.*, 461 B.R. 175, 180 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1315.

cadre de la procédure étrangère et empêcher les créanciers de chercher à recouvrer des montants supérieurs à ceux prévus dans le plan<sup>243</sup>.

#### 4. Mesures postérieures à la reconnaissance<sup>244</sup>

##### a) *Dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*

177. 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 :

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 ;

<sup>243</sup> *Ho Seok Lee*, 348 B.R. 799, 803 (Bankr. W.D. Wash., 2006), CLOUT 754 ; à comparer avec l'affaire *In Re OJSC International Bank of Azerbaijan* [2018] EWCA Civ 2802, par. 97 à 101, CLOUT 1822, dans laquelle le tribunal anglais a fait observer qu'une fois la procédure étrangère close, il n'existerait plus de représentant étranger qui pourrait lui présenter une demande d'assistance, pas plus qu'il n'existerait de procédure étrangère pour laquelle une telle assistance pourrait être demandée. Aussi le tribunal a-t-il conclu qu'il serait anormal qu'une suspension accordée avant la fin de la procédure étrangère reste en vigueur indéfiniment. Il a refusé d'examiner le raisonnement suivi dans les affaires *Daewoo* et *Ho Seok Lee* au motif que les circonstances ayant présidé à l'incorporation de la LTI dans le droit américain diffèrent sensiblement de celles ayant prévalu en Grande-Bretagne ou en Australie.

<sup>244</sup> Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, fondé sur les paragraphes 189 à 195 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation. Voir également le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 21.

- 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.

178. 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<sup>245</sup>, afin de ne pas restreindre inutilement le pouvoir du tribunal requis d'accorder tout type de mesures

<sup>245</sup> Dans l'affaire *In re CGG S.A.* 579 B.R. 716 (Bankr. S.D.N.Y. 2017), par exemple, le tribunal aux États-Unis a reconnu une procédure de sauvegarde engagée en France en tant que procédure étrangère et a exécuté l'ordonnance du tribunal français, en confirmant ainsi que le plan de sauvegarde constituait une mesure appropriée en vertu de la section 1521 et une assistance additionnelle au titre de la section 1507 du chapitre 15 (art. 21 et 7 de la LTI). Voir également T. com., Paris, 14 juin 2017, RG n° 2017033581 (ordonnance du Tribunal de commerce de Paris portant ouverture d'une procédure de sauvegarde visant CGG SA) et T. com., Paris, 1<sup>er</sup> décembre 2017, RG n° 2017049128 (ordonnance du Tribunal de commerce de Paris approuvant le plan de sauvegarde de CGG SA).

applicables et nécessaires en vertu de la loi de l'État adoptant pour tenir compte des circonstances de l'espèce<sup>246</sup>.

179. Les mesures discrétionnaires sont par nature susceptibles d'être modulées par le tribunal en fonction de l'affaire jugée<sup>247</sup>. Cette idée est renforcée par le paragraphe 2 de l'article 22, selon lequel le tribunal peut subordonner 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.

180. La « remise » des biens au représentant étranger (ou à une autre personne), envisagée au paragraphe 2 de l'article 21, est discrétionnaire. La LTI contient plusieurs garanties visant à assurer la protection des intérêts locaux avant que les biens

---

<sup>246</sup> Aux États-Unis, les tribunaux ont systématiquement estimé que les mesures disponibles en vertu de l'article 21 ne se limitaient pas à celles prévues par le Code des faillites des États-Unis, reconnaissant le principe bien établi selon lequel il n'est pas nécessaire que les mesures accordées dans le cadre de la procédure étrangère et celles disponibles aux États-Unis soient identiques. Dans l'affaire *In re Rede Energia, S.A.*, 515 B.R. 69, 91 (Bankr. S.D.N.Y. 2014), le tribunal aux États-Unis a jugé que le chapitre 15 « [fournissait] aux juridictions des règles larges et souples pour concevoir des mesures appropriées pour atteindre les objectifs du chapitre conformément à la courtoisie internationale », et a mis en avant « le principe bien établi selon lequel il n'est pas nécessaire que les mesures accordées dans le cadre de la procédure étrangère et celles disponibles aux États-Unis soient identiques ». Le tribunal a estimé que l'exécution d'une décision de confirmation étrangère constituait une mesure appropriée au titre de l'article 1521 du chapitre 15 (art. 21 de la LTI). Voir également *In re Oi, S.A.*, 587 B.R. 253 (Bankr. S.D.N.Y. 2018), et *In re Agrokor D.D.*, 591 B.R. 163 (Bankr. S.D.N.Y. 2018). Le principe selon lequel les mesures accordées par le tribunal étranger peuvent aller au-delà de celles qui seraient disponibles en vertu du Code des faillites des États-Unis a été appliqué dans plusieurs affaires faisant intervenir des décharges de tiers, qui ne sont pas aussi largement disponibles dans le droit des États-Unis qu'elles peuvent l'être dans celui d'autres États. Dans l'affaire *Metcalf & Mansfield* (affaire n° 23), le tribunal aux États-Unis a estimé que le tribunal canadien avait approuvé des mesures relatives aux tiers non débiteurs dans des circonstances limitées qui étaient conformes à l'interprétation restreinte de l'article 7 de la LTI pratiquée par les tribunaux aux États-Unis. Il a donc conclu que les ordonnances rendues dans le cadre de la procédure étrangère devaient être exécutées. Une décision opposée est celle rendue dans l'affaire *Vitro* (affaire n° 36), bien qu'elle cite avec approbation l'affaire *Metcalf & Mansfield*. On notera également que l'affaire *Vitro* comportait des faits particuliers qui ont semble-t-il conduit la cour d'appel à refuser d'octroyer des mesures. Dans cette affaire, la cour a aussi examiné le lien entre les mesures demandées en vertu de l'article 1507 du chapitre 15 (version américaine de l'article 7 de la LTI, qui est de caractère non standard, car elle apporte des précisions sur l'assistance additionnelle pouvant être fournie au représentant étranger) et les mesures demandées en vertu de l'article 1521 du chapitre 15, qui est essentiellement identique à l'article 21 de la LTI.

<sup>247</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 *TriContinental Exchange* (note 215 ci-dessus) et les paragraphes 49 à 58 ci-dessus ; voir également *Fibria Cellulose S/A c. Pan Ocean Co. Ltd (In the matter of Pan Ocean Co. Ltd)* [2014] EWHC 2124 (Ch), CLOUT 1482, dans laquelle le tribunal anglais a examiné les décisions distinctes rendues aux États-Unis et en Angleterre à propos de mesures demandées dans l'affaire *Toft* (affaire n° 34).

ne soient remis au représentant étranger<sup>248</sup>. Dans l'affaire *Atlas Shipping* (affaire n° 3), le tribunal aux États-Unis 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 américain 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>249</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, où qu'ils se trouvent dans le monde, de faire valoir leurs droits devant un seul et même tribunal compétent.

181. Un point important à prendre en considération lorsqu'on adapte des 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.

182. 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.

183. 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.

184. Lorsqu'il détermine 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

---

<sup>248</sup> Ces garanties sont les suivantes : le principe général de protection des intérêts locaux énoncé à l'article 22-1 ; la disposition de l'article 21-2 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 (voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 21-2) ; et l'article 22-2, selon lequel le tribunal peut subordonner les mesures qu'il accorde aux conditions qu'il juge appropriées (voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 22-2).

<sup>249</sup> *Atlas Shipping* (affaire n° 3), p. 742.



doit s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont suffisamment protégés<sup>250</sup>. C'est une des raisons pour lesquelles il peut subordonner les mesures qu'il accorde aux conditions qu'il juge appropriées<sup>251</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>252</sup>.

185. Un exemple d'affaire où l'octroi de mesures a initialement été refusé est l'affaire *Rubin c. Eurofinance* (affaire n° 28). Le tribunal anglais requis 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 LTI 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 la procédure d'insolvabilité ouverte en vertu du chapitre 11 aux États-Unis<sup>253</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>254</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 LTI. Aux fins d'exécution, les règles usuelles du droit international privé anglais continuaient de s'appliquer.

186. La Cour suprême a confirmé la décision (infirmant ainsi la décision de la cour d'appel<sup>255</sup>), en estimant 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. Elle a également estimé qu'aucune disposition de la LTI ne suggérait son application à la reconnaissance et à

---

<sup>250</sup> Voir par. 164 à 167 ci-dessus.

<sup>251</sup> LTI, art. 22-2.

<sup>252</sup> *Ibid.*, art. 22-3.

<sup>253</sup> *Rubin c. Eurofinance* (première instance), par. 47.

<sup>254</sup> *Ibid.* (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>255</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).

l'exécution des jugements étrangers à l'encontre des tiers<sup>256</sup>. L'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Rubin* était associé à un pourvoi dans l'affaire *New Cap Reinsurance Corp Ltd & Anor c. Grant et autres*<sup>257</sup>. Dans cette affaire, la Cour a décidé que le jugement étranger pouvait être exécuté puisque New Cap s'était soumis à la compétence juridictionnelle en produisant la preuve de dettes dans le cadre de la procédure d'insolvabilité étrangère.

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

187. 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 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 LTI n'était pas applicable). Bien que l'Angleterre et l'Australie aient adopté des lois fondées sur la LTI, aucune d'elles n'était en vigueur lorsque la procédure en question a été ouverte en Angleterre<sup>258</sup>.

188. 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>259</sup> ; cette décision a été confirmée en appel<sup>260</sup>. En

<sup>256</sup> Voir l'article X de la *Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité et Guide pour son incorporation* (2018), qui dispose que, nonobstant toute interprétation antérieure contraire, les mesures disponibles au titre de l'article 21 de la LTI incluent la reconnaissance et l'exécution d'un jugement.

<sup>257</sup> [2012] UKSC 46.

<sup>258</sup> La demande des liquidateurs australiens a été examinée en application du paragraphe 4 de l'article 426 de la loi britannique de 1986 sur l'insolvabilité (*Insolvency Act*), 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>259</sup> *HIH Casualty and General Insurance Ltd* (2005) (affaire n° 17).

<sup>260</sup> *HIH* (premier appel) (affaire n° 17).

second recours, les décisions précédentes ont été infirmées et des mesures ont été accordées en faveur des liquidateurs australiens<sup>261</sup>.

189. 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>262</sup>. Aussi la procédure principale en Australie devait-elle se voir accorder un effet universel<sup>263</sup> ;

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>264</sup> ;

c) La troisième opinion était fondée sur quatre facteurs spécifiques justifiant l'octroi des mesures<sup>265</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.

<sup>261</sup> *McGrath c. Riddell (HIH Casualty and General Insurance Ltd)* (affaire n° 17).

<sup>262</sup> À comparer avec la discussion sur l'ordre public dans l'affaire *Gold & Honey*, au paragraphe 54 ci-dessus.

<sup>263</sup> *McGrath c. Riddell (HIH Casualty and General Insurance Ltd)*, par. 30, 36 et 63.

<sup>264</sup> *Ibid.*, par. 59, 62, 76 et 77.

<sup>265</sup> *Ibid.*, par. 42.

### 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.

190. L'article 23<sup>266</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.

191. 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>267</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 ».

192. 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>268</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>266</sup> Voir également le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 200 à 203.

<sup>267</sup> LTI, art. 23-2.

<sup>268</sup> Ibid., art. 23-1.

193. Dans l'affaire *Condor Insurance (Fogarty c. Petroquest)* (affaire n° 11), 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<sup>269</sup>. 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. Bien qu'en vertu du chapitre 15 les pouvoirs d'annulation prévus par le droit des États-Unis soient exclus des mesures susceptibles d'être accordées conformément à la disposition correspondant à l'alinéa 1 g) de l'article 21 de la LTI, ce chapitre n'interdisait pas au représentant étranger d'invoquer les pouvoirs d'annulation prévus par le droit étranger applicable, et 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>270</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 aux États-Unis 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>271</sup>.

194. Le raisonnement suivi dans l'affaire *Condor Insurance* a été repris plus tard dans d'autres affaires aux États-Unis, pour autoriser des actions en annulation en vertu du droit anglais<sup>272</sup> et du droit norvégien<sup>273</sup>.

---

<sup>269</sup> On notera que les États-Unis ont adopté une disposition non standard en matière d'annulation. L'article 1521 a) 7) du chapitre 15 du Code des faillites prévoit en effet que le tribunal peut accorder « toute mesure additionnelle que pourrait prendre un administrateur fiduciaire, à l'exception des mesures prévues aux articles 522, 544, 545, 547, 548, 550 et 724 a) ». Celles-ci sont les dispositions d'annulation disponibles en vertu du droit des États-Unis ; elles ne sont pas accessibles à un représentant étranger au titre du chapitre 15, mais seraient accessibles à un représentant étranger qui introduirait une procédure complète au titre du chapitre 7 ou du chapitre 11 du Code des faillites.

<sup>270</sup> *Condor Insurance* (en appel), sect. III, p. 321 à 329. Voir également Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 23.

<sup>271</sup> *Atlas Shipping*, p. 744.

<sup>272</sup> *Hosking c. TPG Capital Mgmt., L.P. (In re Hellas Telecomm. (Luxembourg) II SCA)*, 535 B.R. 543 (Bankr. S.D.N.Y. 2015).

<sup>273</sup> *Bankruptcy Estate of Norske Skodindustrier ASA c. Cyrus Capital Ptnrs, L.P. (In re Bankruptcy Estate of Norske Skodindustrier ASA)*, 629 B.R. 717 (Bankr. S.D.N.Y. 2021).

## E. Coopération et coordination<sup>274</sup>

### 1. Coopération

**Article 25. Coopération et communication directe entre le tribunal du présent État et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers**

1. En ce qui concerne les questions visées à l'article premier, le tribunal coopère dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un(e) [insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant].
2. Le tribunal est habilité à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, ou à leur demander directement des informations ou une assistance.

**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.

<sup>274</sup> Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, fondé sur les paragraphes 209 à 223 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation. Voir également le Précis, résumé de la jurisprudence concernant les articles 25 à 27.

### **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].

195. Les articles 25 à 27 de la LTI 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>275</sup>, grâce à une administration équitable et efficace de la masse de l'insolvabilité.

196. La coopération et la coordination entre les tribunaux sont des éléments essentiels de la LTI. La coopération est souvent le seul moyen réaliste, par exemple, de prévenir la dissipation des biens, d'en maximiser la valeur<sup>276</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

<sup>275</sup> LTI, al. e) du préambule.

<sup>276</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.

groupe d'entreprises dans différents États<sup>277</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.

197. 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.

198. Alors que le Règlement CE ne traitait pas de la coopération, sa refonte comporte une disposition sur la coopération entre tribunaux. Le paragraphe 1 de l'article 42 prévoit qu'une juridiction « coopère avec toute autre juridiction ... dans la mesure où cette coopération n'est pas incompatible avec les règles applicables à chacune des procédures », tandis que le paragraphe 3 indique que la coopération peut être mise en œuvre par tout moyen que la juridiction juge approprié, en particulier : a) la coordination de la désignation des praticiens de l'insolvabilité ; b) la communication d'informations par tout moyen jugé approprié par la juridiction ; c) la coordination de la gestion et de la surveillance des actifs et des affaires du débiteur ; d) la coordination du déroulement des audiences ; et e) la coordination de l'approbation des protocoles, si nécessaire.

199. Les articles de la LTI 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 LTI 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 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 déposée. Étant donné que les articles du chapitre IV s'appliquent aux questions visées à l'article premier, la 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

---

<sup>277</sup> Voir le Guide législatif, 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, ainsi que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises et le Guide pour son incorporation (2019), chap. 2 (art. 9 à 18), qui traite de la coordination et de la coopération dans le contexte des groupes d'entreprises ; voir également par. 71 ci-dessus.



outre, elle 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.

200. 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.

201. 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, qui s'est tenu avant l'adoption de la LTI. Lors de ce colloque, des juges ont cité des exemples de coopération judiciaire dans un certain nombre d'affaires sur lesquelles ils avaient travaillé.

202. Plusieurs points se sont dégagés des exemples donnés<sup>278</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>279</sup> ;

b) La communication doit se faire ouvertement, avec notification préalable des parties intéressées<sup>280</sup>, et en présence de ces dernières, sauf dans des circonstances exceptionnelles<sup>281</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 de comptes rendus d'audience<sup>282</sup> ;

<sup>278</sup> Plusieurs de ces points sont traités dans le Guide législatif, en particulier dans la troisième partie, chap. III, par. 14 à 40, et recommandations 240 à 245 sur la coopération entre tribunaux dans les cas d'insolvabilité internationale de groupes d'entreprises.

<sup>279</sup> Ibid., chap. III, par. 21 à 34 et recommandations 241 à 243.

<sup>280</sup> Cette notification est aujourd'hui prévue expressément dans les règlements 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° 8), 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 LTI 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>281</sup> Guide législatif, troisième partie, chap. III, par. 24 à 27 et recommandation 243 b) et c).

<sup>282</sup> Ibid., par. 20 et recommandation 241.

d) Les moyens de communication comprennent le téléphone, la liaison vidéo, la télécopie et le courrier électronique<sup>283</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.

203. Il ressort de plusieurs affaires ci-dessous 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.

204. Dans l'affaire *Maxwell Communication*<sup>284</sup>, antérieure à l'adoption de la LTI, 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>285</sup> pour faciliter la coordination des deux procédures. Chaque tribunal a désigné un facilitateur et plusieurs points épineux ont ainsi pu être réglés<sup>286</sup>.

205. Dans certains cas, des consultations 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<sup>287</sup>. Du point de vue procédural, l'audience était conduite de manière simultanée. 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. 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

<sup>283</sup> Ibid., par. 20.

<sup>284</sup> Dans *In re Maxwell Communication Corp.* 93 F.3d 1036 (2<sup>e</sup> circuit 1996) (n<sup>os</sup> 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.* entre le *United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York*, n<sup>o</sup> 91B 15741 (Bankr. S.D.N.Y. 15 janv. 1992) et la *High Court of England and Wales*, Chancery Division, *Companies Court*, n<sup>o</sup> 0014001 de 1991 (31 décembre 1991).

<sup>285</sup> Voir Guide pratique, chap. III.

<sup>286</sup> Voir également *In re Olympia & York Developments Ltd*, Cour de justice de l'Ontario, Toronto, n<sup>o</sup> B125/92 (26 juillet 1993), 20 C.B.R. (3d) 165, et *United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York*, n<sup>o</sup> 92-B-42698-42701 (Bankr. S.D.N.Y. 15 juillet 1993) (protocole d'insolvabilité internationale et ordonnance portant approbation du protocole).

<sup>287</sup> *In re PSI Net Inc*, Cour supérieure de justice de l'Ontario, Toronto, affaire n<sup>o</sup> 01-CL-4155 (10 juillet 2001) et *United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York*, affaire n<sup>o</sup> 01-13213 (Bankr. S.D.N.Y. 10 juillet 2001) (protocole d'insolvabilité internationale et ordonnance portant approbation du protocole).

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>288</sup>.

206. Les exemples d'audiences conjointes dans les affaires d'insolvabilité internationale sont en constante augmentation<sup>289</sup>. D'après les personnes ayant participé à ce type d'audiences, 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.

207. 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>290</sup>, un tribunal anglais a été amené, à la suite d'une série de demandes, à répondre au tribunal aux États-Unis en expliquant les mesures et décisions prises en 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>291</sup>. Sachant que sa décision irait directement à l'encontre de celle du tribunal anglais, le tribunal aux États-Unis 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 aux États-Unis.

208. 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>292</sup>, le tribunal australien a examiné les effets des décisions prises dans les

<sup>288</sup> 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>289</sup> Voir, par exemple, *Loo c. Quinlan and Kelly (en leur qualité de liquidateurs)* [2021] NZCA 561 [26 octobre 2021] et *Kelly, in the Matter of Halifax Investment Services Pty Ltd (en liquidation) (n° 5)* [2019] FCA 1341 (*Re Halifax*), affaires d'insolvabilité internationale entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande ayant donné lieu à des audiences conjointes.

<sup>290</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* [2009] EWHC 2953 (Ch), [2010] 2 BCLC 237 ; *Re Lehman Brothers. Holdings Inc* 422 BR 407 (tribunal des faillites des États-Unis, SDNY, 2010). »

<sup>291</sup> *Perpetual Trustee*, par. 41 à 50.

<sup>292</sup> *Parbery; in the matter of Lehman Brothers Australia Limited (en liquidation)* [2011] FCA 1449, CLOUT 1215.

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 aux États-Unis. Sur le moment, la demande avait été rejetée par le tribunal australien, au motif qu'elle pourrait influencer la décision du tribunal aux États-Unis 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 aux États-Unis a été annexé à l'arrêt.

209. Les affaires internationales concernant Nortel Networks Ltd, une entreprise active dans 140 pays et territoires du monde, démontrent l'importance de la coopération et de la communication judiciaires, en particulier dans les affaires complexes d'insolvabilité internationale de groupes d'entreprises. Elles indiquent également que les tribunaux et les représentants étrangers intervenant dans ce type d'affaires peuvent être amenés à prendre un ensemble complexe de mesures pour en assurer une résolution efficace, efficiente et rapide :

a) Les sociétés mères ont engagé une procédure d'insolvabilité au Canada, où elles étaient établies, les filiales européennes en ont engagé une en Angleterre, et les filiales américaines ont fait de même dans le Delaware ;

b) Le tribunal du Delaware a reconnu les procédures canadienne et anglaise, respectivement, en tant que procédures principales étrangères au titre du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, en partant du principe que le Canada était le centre des intérêts principaux des sociétés mères, et que le Royaume-Uni était celui des filiales opérant au Royaume-Uni et en Europe<sup>293</sup> ;

c) Les trois groupes ont pu vendre une grande partie des biens qu'ils possédaient dans le monde en vue de la poursuite de leur activité, dans le cadre d'un accord

---

<sup>293</sup> Voir l'ordonnance en date du 27 février 2009 rendue dans l'affaire *In re Nortel Networks Corp.*, affaire n° 09 10164 (KG) (Bankr. D. Del.) (procédure au titre du chapitre 15), pour ce qui est de la procédure canadienne ; et l'ordonnance en date du 26 juin 2009 rendue dans l'affaire *In re Nortel Networks UK Limited*, affaire n° 09 11972 (KG) (Bankr. D. Del.) (procédure au titre du chapitre 15), pour ce qui est de la procédure anglaise. Les superviseurs/administrateurs intervenus dans les procédures canadienne et anglaise, respectivement, étaient tous associés à la même société. Des demandes ont également été déposées en France et en Israël, où se trouvaient des filiales.

de financement provisoire, le produit de la vente devant être entiercé jusqu'à nouvel ordre ;

d) En vertu d'une décision ultérieure du tribunal aux États-Unis, le produit de la vente devait être détenu en mains tierces « jusqu'à ce que les parties conviennent d'une affectation consensuelle, ou, à défaut d'un tel accord, qu'elles obtiennent une décision contraignante sur l'affectation, conformément à un protocole d'affectation convenu... à déterminer (faute d'accord consensuel) devant une instance transnationale unique »<sup>294</sup> ;

e) Les parties sont convenues de « négocier de bonne foi pour tenter de parvenir à un accord sur les conditions qui régiraient le processus d'établissement du protocole d'affectation », cette dernière devant être basée en partie sur « les contributions respectives des diverses entités de Nortel à la valeur des actifs vendus » ;

f) Les efforts menés par la suite en vue de l'affectation du produit, avec l'aide de médiateurs, se sont révélés infructueux ;

g) L'administrateur anglais a introduit une requête pour forcer l'arbitrage des questions liées à l'affectation. Cette initiative a été rejetée par le tribunal aux États-Unis, dont la décision a été confirmée en appel<sup>295</sup>, la cour estimant que l'accord de financement provisoire établi ne constituait pas un accord des parties à soumettre à l'arbitrage leur litige concernant l'affectation du produit de la vente<sup>296</sup> ;

h) Les parties concurrentes ont ensuite engagé un procès conjoint devant le tribunal aux États-Unis et le tribunal canadien ;

i) En 2015, les juges américain et canadien ont rendu leurs décisions respectives<sup>297</sup>, qui étaient essentiellement identiques, bien que chacun se soit fondé sur le droit interne. Les tribunaux ont estimé que le produit entiercé (considérablement entamé par les frais de justice) devait être réparti de manière proportionnelle entre tous les créanciers des entités débitrices ; par conséquent, aux fins d'affectation, chaque créancier n'aurait droit qu'à une seule affectation en provenance des fonds entiercés, même s'il avait des droits sur plusieurs masses (du fait de garanties, par exemple). Le tribunal aux États-Unis a rejeté les autres méthodes, jugeant qu'un accord-cadre de recherche-développement ne régissait pas l'affectation, et que cette dernière ne dépendait pas de l'entité qui détenait un simple droit sur la propriété intellectuelle sous-jacente ou qui avait plus ou moins contribué au flux de revenus du groupe. Il a également considéré que cette méthode d'affectation ne constituait pas un regroupement effectif des masses ;

<sup>294</sup> *In re Nortel Networks Corp.*, 426 B.R. 84, 95 (Bankr. D. Del. 2010).

<sup>295</sup> *In re Nortel Networks Inc.*, 737 F.3d 265, 267 et 68 (3<sup>e</sup> circuit 2013).

<sup>296</sup> *Ibid.*, [272].

<sup>297</sup> Voir *In re Nortel Networks, Inc.*, 532 B.R. 494 (Bankr. D. Del. 2015) et *Nortel Networks Corp. (Re)*, 2015 ONSC 2987 (C.S.J. Ont. 12 mai 2015).

j) À la suite de ces deux décisions, les parties ont engagé une autre médiation, qui a abouti à un règlement au début de 2017. Aux États-Unis, le règlement a été incorporé à un plan de redressement confirmé par le tribunal des faillites<sup>298</sup>. Des plans ont aussi été confirmés ou sanctionnés (approuvés) au Canada et au Royaume-Uni, et les distributions ont été programmées avec plus de sept ans de retard.

210. 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>299</sup>. 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>300</sup>.

211. Dans le cadre de ses travaux sur l'insolvabilité internationale dans les pays de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'American Law Institute a élaboré en 2000 les Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal. Une étude conjointe commandée par l'American Law Institute et l'International Insolvency Institute destinée à adapter ces directives en vue de leur utilisation à l'échelle mondiale<sup>301</sup> a débouché sur l'adoption des Principes mondiaux de l'American Law Institute et de l'International Insolvency Institute pour la coopération

<sup>298</sup> Voir [dm.epiq11.com/nortel](http://dm.epiq11.com/nortel) (consulté le 30 décembre 2021).

<sup>299</sup> Pour des exemples d'utilisation de cette méthode, voir le Guide pratique, 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. 204) ; *In re Matlack Sys. Inc.*, Cour supérieure de justice de l'Ontario, affaire n° 01-CL-4109 et *United States Bankruptcy Court for the District of Delaware*, affaire n° 01-01114 (Bankr. D. Del. 24 mai 2001) ; et *In re Nakash, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York*, affaire 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, affaire n° 1595/87 (23 mai 1996). On trouvera des notes sur les accords utilisés dans ces affaires à l'annexe I du Guide pratique. En outre, dans l'affaire *LATAM Airlines Group S.A./Technical Training LATAM S.A.* (affaire n° C-8553-2020, 20 août 2020), suite à une proposition faite par les autorités compétentes du Chili, des tribunaux des Îles Caïmanes, du Chili, de la Colombie et des États-Unis ont mis en œuvre un protocole de coopération pour faciliter une administration appropriée et efficace des procédures concernées. Ce protocole abordait des aspects procéduraux tels que les moyens de communication (appels téléphoniques, visioconférences, etc.), les audiences conjointes, les besoins de traduction, la conservation des documents confidentiels, la soumission de rapports d'avancement et la tenue d'audiences conjointes pour l'explication desdits rapports. Par la suite, le débiteur a présenté, devant tous les tribunaux concernés, des rapports mensuels résumant les progrès accomplis dans la procédure engagée en vertu du chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis.

<sup>300</sup> LTI, art. 26, par. 1 et 2, ainsi que toute autre loi nationale régissant les aspects pratiques de la coopération.

<sup>301</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 299) montre comment les Directives ont été adaptées à une affaire particulière. Elles ont également été appliquées dans plusieurs autres accords de coopération internationale (voir les résumés des affaires à l'annexe I du Guide pratique).

dans les affaires d'insolvabilité internationale (2012) (les Principes mondiaux et Directives mondiales de 2012)<sup>302</sup>. Les Principes mondiaux et Directives mondiales de 2012 comprennent 37 principes mondiaux pour la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale ainsi que 18 directives mondiales pour les communications de tribunal à tribunal dans ce type d'affaires. Ces principes et directives constituent un instrument non contraignant, élaboré de façon à être utilisé aussi bien dans les pays de droit civil que de *common law* du monde entier.

212. En octobre 2016, à l'issue de sa conférence inaugurale, tenue à Singapour, le Judicial Insolvency Network a publié un ensemble de lignes directrices élaborées par les participants à la conférence concernant la communication et la coopération entre tribunaux en matière d'insolvabilité internationale<sup>303</sup>. Les Lignes directrices du Judicial Insolvency Network traitent des aspects essentiels et des modalités de la communication et de la coopération entre tribunaux, représentants de l'insolvabilité et autres parties intervenant dans les procédures d'insolvabilité internationale, s'agissant notamment de la conduite d'audiences conjointes. Elles ont pour objectif général de préserver la valeur d'entreprise et de réduire les frais juridiques.

213. Dans le cadre d'une initiative de l'Union européenne s'attachant à promouvoir la coopération judiciaire en matière d'insolvabilité transfrontalière européenne, des juges et d'autres experts ont établi un ensemble de 26 Principes de l'Union européenne concernant la coopération entre juridictions en matière d'insolvabilité internationale (Principes JudgeCo de l'UE) et de 18 Lignes directrices de l'Union européenne sur les communications entre juridictions en matière d'insolvabilité internationale (Lignes directrices JudgeCo de l'UE)<sup>304</sup>. De nature non contraignante, les Principes JudgeCo de l'UE visent à surmonter les obstacles existants à la coopération entre tribunaux dans les États membres de l'Union européenne et incluent les Lignes directrices JudgeCo de l'UE, destinées à faciliter les communications dans les affaires internationales. Ces textes ont été élaborés dans le contexte de la Refonte du Règlement CE, qui met l'accent sur la coopération entre juridictions, et exige donc l'adoption d'une approche plus concrète et plus précise en matière de coopération judiciaire internationale (considérant 45 et articles 41 à 44 et 56 à 59 de la Refonte du Règlement CE).

<sup>302</sup> Disponibles à l'adresse [www.iiiglobal.org/international-resource-library](http://www.iiiglobal.org/international-resource-library).

<sup>303</sup> Les Lignes directrices sont disponibles à l'adresse [www.jin-global.org/jin-guidelines.html](http://www.jin-global.org/jin-guidelines.html) (consulté le 30 décembre 2021), où l'on trouvera également une liste des pays adoptants et les différentes versions correspondantes.

<sup>304</sup> Une version longue du texte, comprenant une introduction et des commentaires, est disponible à l'adresse [www.tri-leiden.eu](http://www.tri-leiden.eu) (consulté le 30 décembre 2021).

## 2. Coordination des procédures concurrentes

### **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.

214. 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<sup>305</sup>.

215. 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.

216. 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>306</sup>. Pour qu'une procédure locale puisse s'étendre de façon limitée à l'étranger, l'article 28 prévoit qu'elle peut produire effet, dans la mesure nécessaire, sur les autres biens du débiteur qui devraient être administrés dans la procédure ouverte dans l'État adoptant.

217. 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] ».

<sup>305</sup> Voir le Précis, résumé de la jurisprudence concernant les articles 28 et 29.

<sup>306</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.

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

219. 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 LTI dans la mesure où il autorise le tribunal requis à accorder en toutes circonstances des mesures en faveur de la procédure étrangère.

220. 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>307</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>308</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>309</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>310</sup>.

221. 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.

222. 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

<sup>307</sup> LTI, art. 29 a) i).

<sup>308</sup> Ibid., art. 29 b) i).

<sup>309</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>310</sup> Ibid., art. 29 a) ii).

paragraphe 3 de l'article 21 et énoncé de nouveau à l'article 29 afin d'insister sur la nécessité de l'appliquer aux fins de la coordination de procédures locales et étrangères.

### **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.

223. L'article 30 traite des cas où le débiteur fait l'objet de procédures d'insolvabilité dans plusieurs États étrangers et où les représentants étrangers de plus d'une procédure étrangère demandent 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.

224. 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.

225. 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>311</sup>.

226. 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>312</sup>.

227. 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.

228. 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<sup>313</sup>. 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.

229. 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>311</sup> Ibid., art. 30 a) et b).

<sup>312</sup> Ibid., art. 30 c).

<sup>313</sup> Précis, résumé de la jurisprudence concernant l'article 32.

230. 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.

231. L'expression « créances assorties de sûretés »<sup>314</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>314</sup> Dans le glossaire du Guide législatif, 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 d'affaires

1. *ABC Learning Centres Limited (In re)*  
728 F.3d 301 (3<sup>e</sup> circuit 2013), requête rejetée, 571 U.S. 1198 (2014),  
CLOUT 1338 et 1210
2. *Ashapura Minechem Ltd (In re)*  
480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1313, *confirmant l'affaire n° 11-14668*  
(Bankr. S.D.N.Y. 22 novembre 2011) (première instance)
3. *Atlas Shipping A/S (In re)*  
404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. 2009), CLOUT 1277
4. *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd (In re)*  
389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008), CLOUT 794 (appel) *confirmant* 374 B.R. 122  
(Bankr. S.D.N.Y. 2007), CLOUT 760 (première instance)
5. *Betcorp Ltd (In re) (en liquidation)*  
400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009), CLOUT 927
6. *British American Ins. Co. Ltd (In re)*  
425 B.R. 884 (Bankr. S.D. Fla. 2010), CLOUT 1005
7. *Ivan Cherkasov, William Browder, Paul Wrench c. Nogotkov Kirill Olegovich, The  
Official Receiver of Dalnyaya Step LLC (en liquidation)* [2017] EWHC 3153  
(Ch) (5 décembre 2017), CLOUT 1797
8. *Chow Cho Poon (Private) Limited (Re)*  
(2011) NSWSC 300 (15 avril 2011), CLOUT 1218
9. *Cinram International Inc (Re)*  
2012 ONSC 3767 (CSJ Ont. [Rôle commercial]), CLOUT 1269
10. *Creative Finance Ltd (In re)*  
543 B.R. 498 (Bankr. S.D.N.Y. 2016), CLOUT 1624
11. *Condor Ins. Ltd (In re) (Fogarty c. Petroquest Resources, Inc.)*  
601 F.3d 319, (5<sup>e</sup> circuit 2010), CLOUT 1006 *infirmant* 411 B.R. 314, *Condor  
Insurance Limited (In re)* (S.D. Miss 2009), CLOUT 928

12. *Ephedra Products Liability Litigation (In re)*  
349 B.R. 333 (S.D.N.Y. 2006), CLOUT 765
13. *Eurofood IFSC Ltd (Re)*  
[2006] Ch 508 (Cour de justice européenne)
14. *Gainsford, in the matter of Tannenbaum c. Tannenbaum*  
(2012) FCA 904, CLOUT 1214
15. *Gerova Financial Group, Ltd (In re)*  
482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2012), CLOUT 1275
16. *Gold & Honey, Ltd (In re)*  
410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009), CLOUT 1008
17. *HIH Casualty and General Insurance Ltd (Re)*  
*McGrath c. Riddell* [2008] UKHL 21 (deuxième recours) ; [2006] EWCA Civ 732 (premier appel) ; [2005] EWHC 2125
18. *Interdil, Srl*  
[2011] EUECJ C-396/09, [2012] Bus LR 1582
19. *Jaffé c. Samsung Electronics Co. Ltd,*  
737 F.3d 14 (4<sup>e</sup> circuit 2013), CLOUT 1337 ; 462 B.R. 165 (2011) et 433 B.R. 547 (2009), CLOUT 1212
20. *Kapila, Re Edelsten*  
[2014] FCA 1112, CLOUT 1475
21. *Lightsquared LP (Re)*  
2012 ONSC 2994 (CSJ Ont. [Rôle commercial]), CLOUT 1204
22. *Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc (Re)*  
2011 ONSC 4201 (CSJ Ont. [Rôle commercial]), CLOUT 1206
23. *Metcalfe & Mansfield Alternative Investment (In re)*  
421 BR 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), CLOUT 1007
24. *Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd (In re)*  
474 B.R. 88 (S.D.N.Y. 2012) *confirmant* 458 B.R. 63 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1208 (première instance)

25. *Morning Mist Holdings Ltd c. Krays (In re Fairfield Sentry Ltd)*  
714 F.3d 127 (2<sup>e</sup> circuit 16 avril 2013), CLOUT 1339 *confirmant* 458 B.R. 665 (S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1316 (deuxième instance) *confirmant* 440 B.R. 60 (Bankr. S.D.N.Y. 2010) (première instance)
26. *Pirogova (In re)*  
593 B.R. 402 (Bankr. S.D.N.Y. 2018)
27. *Lavie c. Ran (In re Ran)*  
607 F.3d 1017 (5<sup>e</sup> circuit 2010), CLOUT 1276 *confirmant* B.R. 277 (S.D. Tex 2009), CLOUT 929 et 390 B.R. 257 (Bankr. S.D. Tex. 2008)
28. *Rubin & Anor c. Eurofinance SA et autres*  
[2012] UKSC 46, CLOUT 1270 (deuxième recours), *infirmant* [2010] EWCA Civ 895 (appel) *infirmant* [2009] EWHC 2129 (Ch) (première instance)
29. *Sivec Srl (In re)*  
476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla 2012), CLOUT 1312
30. *SNP Boat Service, S.A. c. Hotel le St. James*  
483 B.R. 776 (S.D. Fla. 2012), CLOUT 1314 (appel) 435 B.R. 446 (Bankr. S.D. Fla. 2011) (première instance)
31. *Stanford International Bank Ltd*  
[2010] EWCA Civ. 137, CLOUT 1003 (appel) *confirmant* [2009] EWHC 1441 (Ch), CLOUT 923 (première instance)  
Action civile n° 3:09-CV-0721-N (N.D. Tex. 2012)
32. *Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd (en liquidation) (In the matter of)*  
[2020] EWHC 123 (appel) *infirmant* [2019] EWHC 1215 (Ch)  
(17 mai 2019), CLOUT 1819 (première instance)
33. *Think3 Inc*  
Affaires n°s 3 et 5 de 2011, Tribunal de district de Tokyo (31 juillet 2012) ;  
affaire n° 1757 de 2012 (appel), Haute Cour de Tokyo (2 novembre 2012),  
CLOUT 1335
34. *Toft (In re)*  
453 B.R. 186 (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1209
35. *Videology Ltd (re)*  
[2018] EWHC 2186 (Ch) (16 août 2018), CLOUT 1823



36. *Vitro S.A.B. de C.V. (In re)*  
701 F.3d 1031 (5<sup>e</sup> circuit 2012), CLOUT 1310
37. *Williams c. Simpson*  
[2011] B.P.I.R. 938 (Haute Cour de Nouvelle-Zélande, Hamilton, 17 septembre 2010) ;  
*Williams c. Simpson (n° 5)* [2010] NZHC 1786 (2011) NZLR 380  
(12 octobre 2010), CLOUT 1220
38. *Yakushiji (en sa qualité de représentant étranger de Kaisha) c. Kaisha* [2015]  
FCA 1170, CLOUT 1620 ;  
*Yakushiji (en sa qualité de représentant étranger de Kaisha) c. Kaisha (n° 2)*  
[2016] FCA 1277
39. *Zetta Jet Pte Ltd et autres (Re)*  
[2018] SGHC 16 (24 janvier 2018), CLOUT 1815 ;  
[2019] SGHC 53 (4 mars 2019), CLOUT 1816

## 1. ABC Learning Centres Limited

Société mère australienne d'un groupe englobant 38 filiales, le débiteur était propriétaire-exploitant de garderies en Australie, au Canada, en Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni 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 mise sous administration 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 LTI 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 ceux-ci pouvaient y participer démontrait que la procédure était collective aux fins de l'article 101-23 du Code des faillites des États-Unis [article 2 de la LTI]. 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 aux États-Unis 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 l'article 1520 du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis [article 20 de la LTI], 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 aux articles 1521 a) 5) et 1521 b) du chapitre 15 [article 21, paragraphe 1 e) et paragraphe 2 de la LTI], 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 aux États-Unis 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 aux États-Unis a tout d'abord noté qu'il devait trancher de façon indépendante la question de savoir si la procédure étrangère satisfaisait aux conditions énoncées aux articles 1502 et 1517 du chapitre 15 [articles 2 et 17 de la LTI]. Il a examiné les conditions auxquelles devait satisfaire une procédure étrangère principale ainsi que la présomption énoncée à l'article 1516 c) du chapitre 15 [article 16-3 de la LTI] selon laquelle le siège statutaire du débiteur était le centre de ses intérêts principaux. Il a affirmé 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 nécessaire pour réfuter la présomption, le tribunal s'est référé à l'article 8 de la LTI, 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 aux États-Unis 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 l'article 1502-5 du chapitre 15 [alinéa c) de l'article 2 de la LTI] 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 (en liquidation)

Lors de sa constitution en 1998, la société Betcorp opérait seulement en Australie. Elle a ensuite étendu ses activités aux États-Unis d'Amérique, 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 aux États-Unis a estimé que la procédure australienne satisfaisait aux conditions énoncées à l'article 101-23 du Code des faillites des États-Unis [alinéa a) de l'article 2 de la LTI] 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 articles 1520 et 1521 du chapitre 15 [articles 20 et 21 de la LTI] et la coordination de procédures étrangères multiples en vertu de l'article 1530 [article 30 de la LTI]. 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. Ivan Cherkasov

Entre 2010 et 2013, les autorités russes ont adressé aux autorités britanniques au moins 12 demandes distinctes d'entraide judiciaire concernant une procédure pénale russe ouverte à l'encontre de certaines parties associées à une entreprise débitrice visée par une procédure de liquidation en Fédération de Russie. Ces demandes ont toutes été rejetées par le Gouvernement britannique, qui a indiqué à propos de plusieurs d'entre elles que « le Royaume-Uni [n'était] en mesure de fournir aucun élément de l'assistance demandée, le Secrétaire d'État étant d'avis que cela risquerait de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du pays ». En avril 2016, la procédure de liquidation russe a été reconnue en Angleterre en tant que procédure étrangère principale. À l'appui de la demande de reconnaissance, le conseil du représentant étranger a déclaré au tribunal anglais que celle-ci ne soulevait aucune considération d'ordre public, car il n'y était fait mention ni de la procédure pénale ni des demandes d'entraide judiciaire. Par la suite, en août 2016, le représentant étranger a émis une déclaration selon laquelle il n'avait pas informé le tribunal requis de la fraude présumée faisant l'objet de la procédure pénale dans la demande de reconnaissance parce qu'il estimait que ces allégations n'avaient pas de lien avec le débiteur ou sa liquidation. Il a ajouté que, puisqu'il était désormais allégué que la procédure de liquidation était une « manifestation » d'une entreprise criminelle liée à une fraude, il jugeait approprié de porter ces considérations à l'attention du tribunal requis, qui a décidé de maintenir l'ordonnance de reconnaissance. En septembre 2017, le représentant étranger, au vu de divers événements survenus depuis l'octroi de la reconnaissance, a demandé que celle-ci soit annulée. Le tribunal anglais devait déterminer : a) s'il devait connaître de l'allégation selon laquelle le représentant étranger d'une procédure d'insolvabilité russe visant « DSL » avait manqué à son obligation d'information complète et franche lorsqu'il avait demandé une décision de reconnaissance au titre du Règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (incorporant la LTI en Grande-Bretagne), et se prononcer à cet égard, bien que cette question ne soit plus d'actualité ; b) dans le cas où il faudrait examiner la question de la communication adéquate d'informations, si le représentant étranger avait effectivement manqué à son obligation ; et c) si la décision de reconnaissance rendue précédemment devait être annulée *ab initio* pour non-communication d'informations importantes ou devait plutôt l'être à la demande du représentant étranger. Il a estimé que, même si les parties étaient convenues que la décision de reconnaissance ne devait plus être maintenue, elles ne s'étaient pas accordées sur la question de savoir s'il convenait de l'annuler sur le champ ou bien de déclarer qu'elle n'avait jamais été valable. En outre, à la lumière des graves allégations d'actes répréhensibles, il était dans l'intérêt général qu'il se prononce sur la question. Le tribunal a également fait observer que le représentant étranger avait manqué à son obligation d'information complète et franche lors de la demande de reconnaissance. Il n'avait pas été pleinement informé de faits importants en l'espèce, s'agissant notamment de la nature

hautement politique de l'affaire. Il aurait dû avoir la possibilité de déterminer s'il convenait de refuser la reconnaissance au motif que celle-ci aurait été manifestement contraire à l'ordre public, conformément à l'article 6 de l'annexe 1 du Règlement sur l'insolvabilité internationale [article 6 de la LTI]. La décision de reconnaissance a donc été annulée *ab initio*.

## 8. 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 australienne a examiné les effets de ces dispositions sur la *Cross-Border Insolvency Act* (Loi sur l'insolvabilité internationale) de 2008 (qui incorporait la LTI 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 LTI. 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 Centres*) 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 LTI.

## 9. 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.

## 10. Creative Finance Ltd

Les débiteurs, constitués en vertu du droit des Îles Vierges britanniques, se livraient à des opérations de change en utilisant des comptes mis à disposition par des cambistes se trouvant à l'extérieur des Îles Vierges britanniques. Les activités n'étaient pas menées aux Îles Vierges britanniques mais au Royaume-Uni, et les opérations étaient menées à partir de l'Espagne et de Dubaï. Avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité aux Îles Vierges britanniques, une société anglaise a engagé une action contre les débiteurs en Angleterre au titre de contrats régis par les lois anglaise et galloise. Le tribunal anglais a annoncé oralement qu'il rendrait un jugement en faveur du plaignant et ordonné aux débiteurs de pourvoir au paiement de ce jugement. Toutefois, avant que le jugement ne soit officiellement enregistré, plus de 9,5 millions de dollars des États-Unis ont été transférés à l'étranger à partir de comptes des débiteurs situés en Angleterre. Par la suite, les débiteurs ont demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aux Îles Vierges britanniques, et nommé leur propre liquidateur avec tout juste assez de fonds pour satisfaire aux exigences minimales prévues par le droit des Îles Vierges britanniques (telles que l'envoi de notifications aux créanciers, la tenue de réunions de créanciers et la présentation des pièces nécessaires au tribunal des Îles Vierges britanniques), mais pas pour enquêter



au sujet du transfert de 9,5 millions de dollars ou des importantes créances présentées par des initiés, ni pour localiser et liquider les actifs des débiteurs. Le liquidateur a néanmoins demandé que la procédure tenue aux Îles Vierges britanniques soit reconnue aux États-Unis conformément au chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (incorporant la LTI aux États-Unis). Le tribunal aux États-Unis a refusé de reconnaître la procédure menée aux Îles Vierges britanniques au motif que les débiteurs n'y avaient ni un établissement ni le centre de leurs intérêts principaux [article 17 de la LTI]. Les débiteurs ont fait valoir que le centre de leurs intérêts principaux s'était déplacé aux Îles Vierges britanniques à la suite de l'ouverture de la procédure. Le tribunal, bien que convenant que la jurisprudence l'amenait à examiner la question du centre des intérêts principaux des débiteurs au moment du dépôt de la demande de reconnaissance, a néanmoins considéré que les activités des débiteurs avaient continué d'être réalisées à l'extérieur des Îles Vierges britanniques, les activités menées par le liquidateur dans cette procédure étant « minimales ». Le créancier judiciaire participant à la procédure anglaise a par ailleurs demandé au tribunal aux États-Unis de rejeter la demande de reconnaissance au motif que la procédure tenue aux Îles Vierges britanniques avait été ouverte de mauvaise foi. Bien que notant qu'aucune disposition de la LTI n'autorisait expressément un tel rejet, le tribunal a considéré qu'il pouvait y avoir des motifs de rejet suffisants en vertu de la législation américaine d'application générale relative à la faillite. Il a toutefois refusé de se prononcer sur la question de la mauvaise foi étant donné qu'il n'avait reconnu la procédure tenue aux Îles Vierges britanniques ni en tant que procédure étrangère principale, ni en tant que procédure étrangère non principale.

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

Après la reconnaissance aux États-Unis d'Amérique, 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 articles 1521 et 1523 du chapitre 15 [articles 21 et 23 de la LTI] 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 aux États-Unis 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 articles 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 articles 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.

## **12. 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 d'Amérique, 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 aux États-Unis 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 l'article 1506 du chapitre 15 [article 6 de la LTI], 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 l'article 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 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.

### 13. 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 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 CE, 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.

## 14. 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 articles 17-2 a) et 16-3 de la *Cross-Border Insolvency Act* [articles 17-2 a) et 16-3 de la LTI], 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 influaient 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.

## 15. 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 d'Amérique. 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. Le tribunal n'a voulu ni suspendre, ni rejeter une demande modifiée présentée par un quatrième créancier qui assumait le rôle de requérant. 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 l'article 1506 du chapitre 15 [article 6 de la LTI]. Le tribunal a estimé que la procédure bermudienne était la procédure étrangère principale, et que rien dans l'article 1507 du chapitre 15 [article 7 de la LTI] 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 l'article 1517 du chapitre 15 [article 17 de la LTI] 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, l'article 1518 du chapitre 15 [article 18 de la LTI] leur ferait obligation de faire savoir au tribunal aux 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.

## 16. Gold & Honey, Ltd

En juillet 2008, une procédure de mise sous administration 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 administrateur judiciaire. En septembre 2008, une procédure de redressement a été ouverte aux États-Unis d'Amérique 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 administrateur 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 administrateur 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 mise sous administration 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 mise sous administration

judiciaire en Israël, c'était à ses risques et périls. Le prêteur principal a maintenu sa demande ; vers la fin octobre 2008, le tribunal israélien a établi sa compétence et, en novembre 2008, a nommé des administrateurs 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 aux États-Unis de rendre une ordonnance soit d'annulation de la suspension automatique relative à la mise sous administration judiciaire israélienne, soit de rejet de la procédure d'insolvabilité américaine. Fin janvier 2009, les administrateurs 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 à l'article 101-23 du Code des faillites des États-Unis [article 2 *a*) de la LTI] ; *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 à l'article 1506 du chapitre 15 [article 6 de la LTI] avait été atteint. Par conséquent, la reconnaissance a été rejetée. Néanmoins, le tribunal a estimé qu'il revenait à la juridiction israélienne de trancher les questions relatives aux biens du débiteur situés en Israël.

## **17. 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 d'Amérique. 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 (cette affaire a eu lieu avant que l'Australie et la Grande-Bretagne n'incorporent la LTI dans leur droit interne). 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. 187 à 189).

## 18. 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 posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice européenne. S'agissant de la question du renversement de la présomption relative au siège statutaire, la Cour 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.

## **19. Jaffé c. Samsung Electronics Co. Ltd**

Le représentant étranger de la société débitrice a demandé, conformément au chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, la reconnaissance aux États-Unis d'Amérique d'une procédure d'insolvabilité menée en Allemagne et a obtenu gain de cause. Une fois la reconnaissance accordée, certaines dispositions du Code des faillites des États-Unis s'appliquaient automatiquement, mais pas l'article 365, qui délimitait le pouvoir appartenant traditionnellement aux représentants de l'insolvabilité de rejeter certains contrats en donnant le choix au titulaire d'une licence de propriété intellectuelle — soit de considérer qu'en rejetant le contrat de licence le représentant de l'insolvabilité y mettait fin, soit de conserver les droits qu'il exerçait au titre de la licence tant qu'il continuait à acquitter les redevances exigées. Toutefois, une ordonnance supplémentaire du tribunal des faillites a rendu la section 365 applicable à la procédure ouverte au titre du chapitre 15. Selon le droit allemand de l'insolvabilité, les contrats qui n'ont pas été entièrement exécutés deviennent automatiquement inexécutables. Les titulaires de licences sur les brevets du débiteur ont été informés par le représentant étranger que celui-ci n'exécuterait pas les contrats, et ont réagi en faisant valoir leurs droits au titre de l'article 365. Le représentant étranger a demandé la modification de l'ordonnance supplémentaire et le retrait de la section 365 de la liste des dispositions du Code des faillites applicables. Le tribunal a limité l'application de la section 365 de sorte que lorsque le représentant étranger exercerait les droits du débiteur en vertu du droit allemand, les titulaires de licences ne seraient pas protégés. Ces derniers ont interjeté appel de l'ordonnance modifiée. Le tribunal de district a renvoyé l'affaire au tribunal des faillites afin que celui-ci se livre à un examen plus poussé des articles 1506 et 1522 du chapitre 15 [articles 6 et 22 de la LTI].

En renvoi, le tribunal des faillites a refusé d'accorder au représentant étranger les mesures discrétionnaires demandées, au motif que celles-ci auraient empiété sur les protections légales que le droit des faillites des États-Unis accordait aux titulaires de



licences, et auraient donc nui fondamentalement à l'ordre public des États-Unis, où l'innovation technologique était encouragée. Le tribunal a également estimé que, indépendamment de ces considérations d'ordre public, les mesures demandées par le représentant étranger ne devaient pas être accordées car le fait de permettre au représentant d'annuler unilatéralement les licences du débiteur serait « manifestement contraire à l'ordre public des États-Unis », conformément à l'article 1506 du Code des faillites des États-Unis [article 6 de la LTI].

Saisi par recours direct, le quatrième circuit a conclu que le tribunal des faillites avait à bon droit a) reconnu que la demande d'octroi des mesures discrétionnaires prévues à l'article 1521 a) [article 21-1 de la LTI] lui imposait de prendre en considération « les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur », conformément à l'article 1522 a) [article 22-1 de la LTI], et b) interprété l'article 1522 a) de façon à équilibrer les intérêts concernés. Du fait que l'article 1522 imposait au tribunal de prendre en considération une palette d'intérêts qui étaient « souvent antagonistes », la juridiction d'appel est convenue que cette analyse gagnait à être réalisée « en équilibrant les intérêts respectifs sur la base des préjudices et des avantages relatifs à la lumière des circonstances exposées ». Pour parvenir à cette conclusion, le quatrième circuit a rejoint le cinquième circuit en rejetant la notion selon laquelle l'exception d'ordre public, objet de l'article 1506 [article 6 de la LTI], excluait de s'appuyer sur un critère de mise en balance tel que prévu à l'article 1522. Il a aussi confirmé la mise en balance, par la juridiction inférieure, des intérêts du débiteur et de ses licenciés, estimant que l'application de l'article 365 n) du Code des faillites des États-Unis était nécessaire pour garantir la protection des intérêts des titulaires de licences sur les brevets américains du débiteur, compte tenu du grand nombre de contrats de licences croisés en cause. La juridiction d'appel ayant confirmé la décision du tribunal des faillites fondée sur la norme d'équilibre des intérêts prévue à l'article 1522 a), elle ne s'est pas expressément penchée sur l'autre conclusion de la juridiction inférieure selon laquelle, en vertu de l'article 1506, le fait de priver les détenteurs de brevets américains des protections que leur offrait l'article 365 n) était « manifestement contraire à l'ordre public des États-Unis ».

## 20. Kapila

Le représentant étranger du débiteur a demandé la reconnaissance en Australie d'une procédure ouverte aux États-Unis d'Amérique, en vertu de la loi de 2008 sur l'insolvabilité internationale (incorporant la LTI en Australie). Le débiteur était un citoyen australien qui détenait d'importants intérêts commerciaux et patrimoniaux à l'étranger, notamment aux États-Unis, en Indonésie et en République dominicaine. Il existait peu de preuves directes de son lieu de résidence actuel. Le tribunal a examiné les facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux du

débiteur [article 16-3 de la LTI] ainsi que le moment à prendre en compte pour cette détermination [articles 2 *b*) et 17 de la LTI]. S'agissant du facteur temporel, il a examiné les différentes sources d'information disponibles concernant l'interprétation de la LTI ainsi que les différentes dates possibles : *a*) la date de la demande de reconnaissance, *b*) la date d'ouverture de la procédure étrangère, et *c*) la date d'examen de la demande de reconnaissance par le tribunal. Notant les avantages de l'utilisation de la date d'ouverture de la procédure étrangère, il a en outre fait observer qu'avec les autres dates possibles la décision pourrait être influencée par les activités et les mouvements du débiteur postérieurs à l'ouverture de la procédure étrangère, ce qui se traduirait par une diversité de décisions dans les différents États. Cette démarche ne permettrait pas d'atteindre les objectifs de coopération et de promotion du renforcement de la sécurité juridique énoncés dans le préambule et à l'article 8 de la LTI. Le tribunal a donc exprimé sa préférence pour la date d'ouverture de la procédure étrangère<sup>315</sup>. Examinant la question du lieu de résidence habituelle du débiteur à la lumière des dispositions de l'article 16-3 de la LTI, il a fait observer qu'une grande diversité de circonstances pouvaient influencer sur la résidence du débiteur, sur l'aspect habituel ou pas de celle-ci, et sur l'incidence des intentions passées et présentes du débiteur à ces égards. Il a été noté qu'il convenait de ne pas attribuer de valeur déterminante à ces intentions, qui pouvaient être ambiguës, et que la vie d'un débiteur transnational pouvait très bien être nomade au point que celui-ci ne dispose d'aucun lieu de résidence habituelle. Différents facteurs semblaient indiquer que le lieu de résidence était l'Australie, notamment le fait que le débiteur y avait indiqué son domicile et qu'il y était propriétaire foncier (aucun bien aux États-Unis n'avait été porté à la connaissance du tribunal, que ce soit en pleine propriété ou en location), ainsi que le témoignage de son épouse, dont il était séparé. Le tribunal a examiné les facteurs recensés au paragraphe 147 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation et a estimé que la présomption visée à l'article 16-3 de la LTI n'avait pas été réfutée. Même si le débiteur avait de nombreux créanciers et d'importants intérêts commerciaux aux États-Unis, nombre de ses biens corporels et de ses créanciers définitifs (garantis, chirographaires ou légaux) semblaient être en Australie. Les affaires commerciales que le débiteur avait récemment faites aux États-Unis suffisaient toutefois à lui constituer un établissement dans ce pays, et la procédure a été reconnue en tant que procédure étrangère non principale. La mesure accordée par le tribunal a consisté à nommer un praticien australien pour agir conformément aux dispositions de l'article 21-1 *e*) de la LTI. Le tribunal était d'avis que, en vertu de l'article 21-3 de la LTI, les biens situés en Australie devaient être administrés dans le cadre de la procédure non principale aux États-Unis et que les intérêts des créanciers étaient suffisamment protégés en vertu des dispositions de l'article 21-2 de la LTI, en particulier dans la mesure où le tribunal aux États-Unis avait rendu des ordonnances *a*) autorisant les créanciers étrangers, dont l'administration fiscale australienne, à

---

<sup>315</sup> Le tribunal a fait remarquer que les décisions précédentes qui adoptaient des dates différentes n'étaient pas totalement erronées : *Moore* (décision 1477 du Recueil) et *Gainsford* (CLOUT 1214, affaire n° 14 ci-dessus).

produire et à justifier leurs créances et à participer à la procédure aux États-Unis, et b) prévoyant que ces créances bénéficieraient du même rang et du même traitement que celles des autres créanciers chirographaires généraux (principe du *pari passu*)<sup>316</sup>. Il a également estimé que les ordonnances de référé à prononcer ne seraient pas plus contraignantes pour l'administration fiscale australienne que si le débiteur avait été placé en liquidation judiciaire et son patrimoine administré conformément à la législation australienne.

## 21. Lightsquared LP

Le groupe débiteur incluait Lightsquared et une vingtaine de ses filiales, dont 16 immatriculées et ayant leur siège aux États-Unis d'Amérique, 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 LTI 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 : a) le lieu pouvait facilement être vérifié par les créanciers ; b) il était situé à l'endroit où se trouvaient les principaux biens du débiteur ou celui où se déroulaient ses principales opérations ; et c) 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.

---

<sup>316</sup> Voir *Ackers* [Akers] c. *Saad Investments Company Limited* (CLOUT 1219, 1332 et 1474), affaire où le tribunal a ordonné la protection du Commissaire adjoint aux affaires fiscales contre l'incapacité à produire et justifier des créances fiscales dans une procédure étrangère principale. Dans les rapports des précédentes affaires, le nom du représentant étranger est donné comme « Ackers » au lieu de « Akers ».

## 22. Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc

Les débiteurs exploitaient et proposaient en franchise des débits de boissons de type pubs anglais livrés clefs en main aux États-Unis d'Amérique et au Canada. En juin 2011, une procédure au titre du chapitre 11 a été ouverte 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.

## 23. 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, après qu'une proposition de plan a été approuvée par 96 % (en montant et en nombre) de l'ensemble des porteurs de billets participant au vote, le tribunal canadien a rendu une ordonnance d'homologation du plan modifié et une ordonnance de mise en œuvre du plan. 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 d'Amérique. 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 LTI, adopté dans une version étoffée aux États-Unis], 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 LTI] 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 aux États-Unis a estimé que les ordonnances canadiennes satisfaisaient à ces normes fondamentales d'équité et a fait droit à la demande d'exécution.

## **24. Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd**

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 d'Amérique, 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<sup>317</sup>.

## 25. Morning Mist Holdings Ltd c. Krys (In re Fairfield Sentry Ltd)

Les sociétés débitrices étaient constituées et avaient leur siège statutaire aux Îles Vierges britanniques ; elles étaient utilisées essentiellement par des personnes non américaines ainsi que 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 des procédures engagées aux Îles Vierges britanniques a été demandée aux États-Unis d'Amérique, au titre du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, en tant que procédures principales ou non principales. Le tribunal aux États-Unis 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. Le tribunal s'est penché sur le moment auquel le centre des intérêts principaux devait être déterminé, notant à cet égard que même les tribunaux qui avaient privilégié la date de la demande de reconnaissance (dans les affaires *Betcorp*, *British American Ins. Co. Ltd* et

---

<sup>317</sup> La décision rendue dans l'affaire *Morning Mist*, exposée ci-dessus, examine en détail la décision rendue dans l'affaire *Millennium Global* et rejette expressément la conclusion selon laquelle la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux est la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité dont la reconnaissance est demandée, et non la date d'ouverture de la procédure engagée au titre du chapitre 15.

Ran) « 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 une perspective temporelle plus large dans laquelle il serait 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 de l'insolvabilité et que ce fait ainsi que le lieu du siège statutaire justifiaient 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, puis par le deuxième circuit. Les juridictions d'appel ont expressément rejeté la conclusion du tribunal dans l'affaire *Millennium Global* selon laquelle, afin de déterminer le centre des intérêts principaux, il fallait tenir compte de la date d'ouverture de la procédure étrangère plutôt que de la date de dépôt de la demande de reconnaissance.

## 26. Pirogova

Le représentant étranger d'une procédure de liquidation russe en avait demandé la reconnaissance aux États-Unis d'Amérique en tant que procédure étrangère principale. Le tribunal aux États-Unis a dû vérifier si la débitrice avait le centre de ses intérêts principaux en Fédération de Russie ou si elle y détenait un établissement. Il a estimé que les éléments de preuve qui lui avaient été fournis n'étaient pas suffisants pour conclure que, à la date de la demande, la débitrice était domiciliée ou avait sa résidence habituelle en Fédération de Russie. Parmi ces éléments de preuve figurait le fait que la débitrice avait des enfants, des petits-enfants et des amis à Moscou ; était titulaire d'un passeport intérieur russe en cours de validité ; était membre de longue date d'un club nautique à Moscou ; avait continué à souscrire une assurance pour un véhicule à moteur en Fédération de Russie ; détenait des actifs dans la Fédération, avait des créanciers qui espéraient pouvoir faire valoir leurs droits dans le cadre de la procédure d'insolvabilité russe, s'était rendue coupable de fraude, n'avait pas acquitté ses dettes et s'était soustraite aux autorités russes. Le tribunal a analysé ces éléments de preuve en tenant compte de la déclaration de la débitrice selon laquelle celle-ci avait entendu quitter définitivement la Fédération de Russie en 2008 et ne plus jamais y résider, puisqu'elle avait obtenu le statut de résidente permanente aux États-Unis la même année, et de l'absence de preuve directe qu'elle disposait d'une résidence habituelle en Fédération de Russie à la date de la demande. Il a également estimé que les éléments de preuve étaient insuffisants pour conclure que la débitrice détenait un établissement en Fédération de Russie à partir duquel elle exerçait une activité économique non transitoire : même si elle avait pu être propriétaire d'un appartement à Moscou, les preuves qu'elle avait mené une telle activité depuis cette adresse étaient trop minces. En outre, pour pouvoir prendre

part à la procédure d'insolvabilité d'une société appartenant à la débitrice (mais se trouvant actuellement en phase avancée d'insolvabilité), les créanciers devaient satisfaire à l'exigence de « gestion minimale », ce qui n'était pas le cas en l'espèce, et la simple existence de la procédure d'insolvabilité ne constituait pas une activité économique. Le tribunal a refusé de reconnaître la procédure russe comme une procédure principale ou non principale.

## 27. 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 d'Amérique. 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 aux États-Unis 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 LTI]. L'argument du représentant étranger selon lequel la procédure étrangère elle-même constituait une activité répondant à cette définition a été rejeté.

## 28. Rubin & Anor c. Eurofinance SA et autres

Les représentants de la procédure d'insolvabilité ouverte aux États-Unis d'Amérique en 2007 à l'encontre de The Consumers Trust ont demandé la reconnaissance de cette procédure en Angleterre en vertu du Règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (incorporant la LTI en Grande-Bretagne), ainsi que l'exécution d'un jugement du tribunal aux 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 LTI 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.

## 29. Sivec Srl

Dans l'affaire Sivec, le débiteur a obtenu la reconnaissance aux États-Unis d'Amérique 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 aux États-Unis 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. » Il 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 », il 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.

### **30. 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 d'Amérique. 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 LTI]. Le tribunal de première instance a diligenté une enquête 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.

### **31. Stanford International Bank Ltd**

En février 2009, la Securities Exchange Commission des États-Unis d'Amérique (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 aux États-Unis 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 (incorporant la LTI 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 LTI. Cette décision a été confirmée en appel.

### **32. Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd**

Les liquidateurs provisoires d'une société constituée en vertu de la législation des Bermudes (la « société ») ont demandé la reconnaissance de la liquidation de cette société aux Bermudes comme procédure étrangère principale en vertu du Règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (incorporant la LTI en Grande-Bretagne). La cour d'appel des Bermudes avait ordonné la liquidation de la société, qui était incontestablement solvable au moment de l'ordonnance, pour des motifs justes et

équitables en vertu de la loi sur les sociétés des Bermudes de 1981. Le tribunal anglais devait décider si une société solvable soumise à une liquidation juste et équitable pouvait obtenir la reconnaissance au titre du Règlement sur l'insolvabilité internationale. Le tribunal requis a noté que la LTI entendait se concentrer sur les procédures ouvertes en vertu d'une loi relative à l'insolvabilité, et non sur la définition de l'insolvabilité. Il a considéré qu'un tribunal requis ne devait pas être tenu d'enquêter sur l'insolvabilité de l'entité et qu'il serait très difficile de déterminer la nature des difficultés financières, de même que le seuil applicable. En outre, cela irait à l'encontre de l'objectif consistant à permettre la reconnaissance sur une base efficace, en raison de l'enquête factuelle qui serait nécessaire au cours de la procédure de reconnaissance, ce que la LTI était censée éviter. Pour cette raison, le tribunal a estimé que la procédure de liquidation aux Bermudes pouvait être reconnue comme une procédure étrangère en Grande-Bretagne. Étant donné que le lieu où se situait le siège social de la société était le centre de ses intérêts principaux et qu'il n'y avait aucune preuve du contraire, la procédure de liquidation aux Bermudes a été reconnue en tant que procédure étrangère principale.

En réexamen, le tribunal s'est penché longuement sur l'origine de la définition d'une « procédure étrangère » énoncée à l'alinéa *a*) de l'article 2 de la LTI, en s'intéressant à l'historique de sa rédaction, ainsi que sur l'interprétation internationale de ce terme. Il a conclu que, dans cette disposition, les mots « aux fins de » devaient s'interpréter comme renvoyant à la finalité de la procédure en cas d'insolvabilité (liquidation) ou de graves problèmes financiers (redressement). Il a poursuivi en affirmant qu'il serait contraire au but et à l'objet déclarés de la LTI d'interpréter la « procédure étrangère » comme incluant les débiteurs solvables et plus particulièrement les mesures soumises à une loi relative à l'insolvabilité mais visant à produire un rendement pour les membres et non pour les créanciers. Il a en outre rejeté l'avis selon lequel le fait de restreindre de cette façon la portée du terme « procédure étrangère » obligerait chaque tribunal à mener un examen de l'insolvabilité, en notant que la très grande majorité des cas seraient « évidents ». Il a infirmé la décision de reconnaissance.

### 33. Think3 Inc

Le débiteur (Think3 Inc), successeur de diverses sociétés constituées à l'origine en Italie et aux États-Unis d'Amérique, 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 LTI 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 LTI et considéré comme ayant, sur le fond, la même signification que l'expression « centre des intérêts principaux »)<sup>318</sup> était en Italie et non aux États-Unis. Pour déterminer les facteurs à prendre en compte en ce qui 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. 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.

### 34. 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 d'Amérique 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 aux États-Unis a refusé d'accorder les mesures demandées car elles étaient de toute évidence

---

<sup>318</sup> Voir note 176 ci-dessus.

contraires à l'ordre public des États-Unis au titre de la section 1506 du chapitre 15 [article 6 de la LTI]. Ce refus intervenait sans préjudice du droit du représentant étranger de notifier une demande de reconnaissance conformément aux dispositions du droit des États-Unis.

### **35. Videology Ltd**

La reconnaissance et des mesures avaient été demandées en vertu du Règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (incorporant la LTI en Grande-Bretagne) au sujet des procédures engagées aux États-Unis d'Amérique au titre du chapitre 11 relativement à Videology Inc (« Inc »), société constituée dans ce pays, et à sa filiale en pleine propriété, Videology Ltd (« la société »), société constituée au Royaume-Uni. La Haute Cour a jugé que le centre des intérêts principaux d'Inc se trouvait bien aux États-Unis. Elle a donc reconnu la procédure du chapitre 11 concernant Inc en tant que procédure étrangère principale et a rendu une ordonnance relative à un régime modifié prévoyant l'interdiction d'actions ou de procédures individuelles et l'interdiction ou la suspension de mesures d'exécution contre Inc. Toutefois, elle a rejeté l'argument selon lequel le centre des intérêts principaux de la société se trouvait également aux États-Unis. Au lieu de cela, elle a estimé que la présomption selon laquelle le lieu de constitution de la société (le Royaume-Uni) était le centre des intérêts principaux n'était pas réfutée. Les principaux actifs de la société se trouvaient au Royaume-Uni, celle-ci exerçait la plupart de ses activités dans ce pays avec des employés locaux, et ses contrats faisaient référence à la compétence et à la législation anglaises, éléments que ses créanciers pouvaient vérifier. En outre, un accord de prêt relatif à la société indiquait que le centre de ses intérêts principaux se trouvait en Angleterre. Ainsi, la Cour a jugé que le centre des intérêts principaux de la société était le Royaume-Uni et a rejeté la demande de reconnaissance de la procédure concernant cette société ouverte au titre du chapitre 11 en tant que procédure étrangère principale. Toutefois, elle a conclu que les liens avec les États-Unis justifiaient la reconnaissance de la procédure en tant que procédure étrangère non principale, en se fondant sur la présence d'un établissement. Elle a également accordé une mesure discrétionnaire relative à cette procédure conformément à l'article 21 de la LTI, protégeant la société contre les réclamations des créanciers et confiant au tribunal aux États-Unis le soin de réaliser et de répartir les actifs de la société dans le cadre du processus du chapitre 11. Elle a noté qu'en l'espèce il serait dans l'intérêt des créanciers qu'une vente concertée soit effectuée aux États-Unis par le biais du processus du chapitre 11, ce qui assurerait une protection adéquate des intérêts desdits créanciers.

### 36. 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 d'Amérique, 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.

### **37. 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 de 2006 sur l'insolvabilité internationale (incorporant la LTI dans ce pays), ainsi que des mesures provisoires. Les mesures provisoires ont été accordées sous certaines conditions le 17 septembre 2010, et des mesures supplémentaires ont été prononcées les jours suivants<sup>319</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 LTI, 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 LTI 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 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 LTI ne pouvaient s'appliquer. Cette assistance devait permettre au représentant de l'insolvabilité de récupérer et de réaligner 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.

---

<sup>319</sup> Voir aussi note 221 ci-dessus concernant les mesures provisoires accordées.



### 38. Yakushiji ; Yakushiji (n° 2)

La reconnaissance de procédures de redressement civil ouvertes au Japon, visant deux compagnies de transport, dont l'une avait été constituée au Japon et l'autre au Panama, a été demandée en Australie conformément à la loi de 2008 sur l'insolvabilité internationale (incorporant la LTI en Australie). Des mesures provisoires ont été ordonnées *ex parte* en application de l'article 19 de la LTI. Les deux procédures ont été reconnues comme procédures étrangères principales compte tenu du fait que le centre des intérêts principaux des deux débiteurs se trouvait au Japon. En ce qui concerne le centre des intérêts principaux du deuxième débiteur, le tribunal a constaté qu'il n'avait pas de biens au Panama ; qu'il était une filiale en pleine propriété du premier débiteur contrôlée par des personnes se trouvant au Japon ; qu'il n'avait aucun employé et dépendait donc des employés du premier débiteur, dont la plupart résidaient au Japon ; qu'il exerçait ses fonctions administratives, y compris ses fonctions de comptabilité, d'information financière, de budgétisation et de gestion de trésorerie au Japon ; et que la plupart de ses créanciers se trouvaient au Japon. Le tribunal a pris diverses mesures à l'appui de la reconnaissance, en décidant notamment ce qui suit : l'administration ou la réalisation de tous les biens du premier débiteur qui se trouvaient en Australie seraient confiées au représentant étranger conformément à l'article 21 de la LTI ; toute demande d'émission d'un mandat de saisie en Australie visant tout navire détenu ou affrété par le premier débiteur qui serait formulée par une personne faisant valoir une sûreté devrait être déposée auprès d'un juge de la Cour fédérale, les motifs du jugement rendu au sujet des mesures prises dans la présente demande, et ceux retenus dans l'affaire *Yu c. STX Pan Ocean Co. Ltd* [2013] FCR 189 (CLOUT 1333) devant être soumis à l'attention de la Cour au moment du dépôt de la demande ; et toute personne faisant valoir une sûreté sur tout bien détenu ou tout navire détenu ou affrété par le premier débiteur, ou se déclarant créancier du premier débiteur, aurait la liberté de demander que les mesures soient modifiées ou annulées. Le tribunal a dit que la protection conférée par ces mesures à une compagnie de transport maritime ne devait pas être considérée comme faisant nécessairement obstacle aux créances maritimes recevables qui étaient des créances privilégiées, et que la question du statut des créances qui étaient des créances privilégiées (ainsi que celui de toute créance « quasi privilégiée ») devrait être réglée par voie judiciaire, à moins qu'elle ne le soit par voie d'accord. Il a ajouté qu'il ne fallait pas empêcher la présentation de telles créances contrairement à la procédure étrangère, mais pas non plus empêcher que la procédure étrangère soit appuyée par la législation incorporant la LTI au seul motif de l'existence possible de telles créances. Par la suite (*Yakushiji*, n° 2), le tribunal a été informé d'une « modification substantielle » du statut de la procédure étrangère, à savoir que le tribunal japonais avait mis fin à la procédure à la suite de l'acceptation du plan de réhabilitation. Cette acceptation s'était notamment traduite par la révocation des responsables antérieurement désignés comme représentants des deux entreprises. Comme la protection précédemment ordonnée en vertu de la LTI n'était plus

justifiée, l'annulation des ordonnances en question a été demandée. Le tribunal a considéré que dans le cas d'une modification substantielle de ce type, où le ou les représentants étrangers, soumis à l'obligation de l'article 18 de la LTI, avaient été relevés de leurs fonctions, il était justifié d'attendre des entreprises qu'elles avisent le tribunal en application dudit article. Le tribunal a également examiné la question de la durée des suspensions prévues aux articles 20 et 21 de la LTI, et a conclu qu'elles ne dureraient pas au-delà de la fin de la procédure étrangère (comme il en avait été décidé dans l'affaire *In re Daewoo Logistics Corporation*, 461 B.R. 175, (Bankr. S.D.N.Y. 2011), CLOUT 1315).

### 39. Zetta Jet

La société Zetta Jet Pte Ltd (« Zetta Jet Singapore »), constituée à Singapour, était propriétaire de Zetta Jet USA, Inc (« Zetta Jet USA »), établie aux États-Unis d'Amérique. Le 15 septembre 2017, Zetta Jet Singapore et Zetta Jet USA (« les entités Zetta ») ont entamé une procédure en vertu du chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis devant le tribunal des faillites des États-Unis. Le 18 septembre 2017, la société Asia Aviation Holdings Pte Ltd (AAH), qui figurait au nombre des actionnaires de Zetta Jet Singapore, a obtenu de la Haute Cour de Singapour une injonction interdisant à Zetta Jet Singapore et à ses autres actionnaires d'effectuer de nouvelles démarches dans le cadre de la procédure de faillite engagée aux États-Unis ou en marge de celle-ci. Nonobstant cette injonction, la procédure s'est poursuivie et est passée du chapitre 11 au chapitre 7. À son issue, le tribunal des faillites a autorisé un administrateur nommé en vertu du chapitre 7 à entamer une procédure de reconnaissance à Singapour. Intervenant dans le cadre de cette requête, AAH s'est opposée à la reconnaissance, au motif que la procédure américaine avait été menée en violation d'une décision judiciaire singapourienne. Pour prendre sa décision, la Haute Cour a considéré que la dixième annexe de la loi sur les sociétés (« la loi singapourienne »), texte singapourien incorporant la LTI, avait modifié certains des termes utilisés dans les dispositions de la LTI. En particulier, la loi singapourienne ne comportait pas le mot « manifestement », employé à l'article 6 de la LTI, ce qui permettait aux tribunaux singapouriens de refuser la reconnaissance d'une procédure étrangère si elle était « contraire » à l'ordre public, sans qu'il en soit manifestement ainsi. Si la raison de cette omission n'était mentionnée nulle part, la Cour a conclu que, dans la mesure où l'omission était délibérée, la norme d'exclusion pour des motifs d'ordre public était plus basse à Singapour que dans les pays où l'article 6 de la LTI avait été adopté sans modification. En l'espèce, le fait de reconnaître l'administrateur nommé en vertu du chapitre 7 en dépit de la violation de l'injonction prononcée à Singapour portait atteinte à l'administration de la justice. Cela étant, l'opposition d'un refus total à la demande de reconnaissance de cet administrateur empêcherait les entités Zetta d'obtenir l'annulation de l'injonction, étant donné que ces entités étaient en liquidation aux États-Unis. Se fondant sur les

principes de justice et d'équité, la Cour a accordé une reconnaissance limitée à l'administrateur, mais à seule fin qu'il puisse demander l'annulation de l'injonction ou en faire appel. Cette reconnaissance limitée a été octroyée compte tenu de l'article 8 de la loi singapourienne [article 8 de la LTI], qui prévoit la nécessité de tenir compte de l'origine internationale de la LTI et de promouvoir l'uniformité de son application. La Cour a déclaré que le caractère limité de la reconnaissance accordée pouvait s'entendre soit comme une forme de modification de la reconnaissance en vertu de l'article 17-4 de la LTI soit, étant donné que le demandeur avait inclus dans ses observations un point allant dans ce sens, comme une mesure accordée conformément à l'article 21-1 de la LTI.

La Cour a ensuite accordé la pleine reconnaissance à la procédure étrangère, en statuant que le centre des intérêts principaux de la filiale singapourienne se trouvait aux États-Unis et que la date à prendre en compte pour le déterminer était la date de la demande de reconnaissance.

## 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,

*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,

---

<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).

*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>1</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<sup>2</sup> et l'a adopté,

*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,

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>2</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

---

<sup>1</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.

<sup>2</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17)*, par. 198.

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>1</sup>.

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







