

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



*Pour plus d'informations, s'adresser au:*

Secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne  
Boîte postale 500, 1400 Vienne (Autriche)

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

Télécopie: (+43-1) 26060-5813  
Courriel: [uncitral@uncitral.org](mailto:uncitral@uncitral.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



NATIONS UNIES  
New York, 2012

## **NOTE**

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Copyright © Nations Unies, août 2012. Tous droits réservés.

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

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

## *Préface*

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

L'avant-projet de texte sur le point de vue des juges a été établi par le juge Paul Heath, de la High Court de Nouvelle-Zélande, et affiné lors de consultations avec des juges. Il a été présenté au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) pour examen en décembre 2010 et distribué aux Gouvernements pour observations au début de 2011. Il a également été présenté aux participants au neuvième Colloque judiciaire multinational CNUDCI/INSOL/Banque mondiale, tenu à Singapour en mars 2011.

Une version révisée du texte, tenant compte des observations du Groupe de travail, des gouvernements et des participants au colloque, a été présentée à la Commission pour finalisation et adoption à sa quarante-quatrième session, en 2011. Le texte sur le *Point de vue du juge* a été adopté par consensus le 1<sup>er</sup> juillet 2011; le 9 décembre 2011, l'Assemblée générale a adopté la résolution A/RES/66/96 dans laquelle elle a remercié la CNUDCI de l'avoir achevé et adopté (voir annexe II).



## Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction.....	1
A. Objet et portée.....	1
B. Glossaire.....	2
II. Contexte .....	3
A. Portée et application de la Loi type de la CNUDCI.....	3
B. Le point de vue du juge .....	6
C. Objet de la Loi type de la CNUDCI .....	9
III. Interprétation et application de la Loi type de la CNUDCI ....	11
A. Le principe d’“accès” .....	11
B. Le principe de “reconnaissance”.....	14
C. Le processus de reconnaissance .....	18
D. Octroi de mesures .....	37
E. Coopération et coordination .....	49
Annexes	
I. Résumé des affaires.....	59
II. Décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et résolution A/RES/66/96 de l’Assemblée générale.....	77





# I. Introduction

## A. Objet et portée

1. Le présent texte est une analyse de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale du point de vue du juge. Certains États adoptants ayant modifié la Loi type pour l'adapter à la situation locale, différentes approches peuvent être nécessaires si un juge conclut qu'il convient d'omettre ou de modifier tel ou tel article du texte adopté. Le présent texte se fonde sur la Loi type telle qu'elle a été approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 1997<sup>1</sup>. Il ne mentionne pas les diverses adaptations à la Loi type faites dans certains États adoptants et n'exprime d'opinion à leur sujet.

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

3. Le présent texte n'entend aucunement dire au juge comment il doit traiter les demandes de reconnaissance et de mesures présentées en vertu de la législation incorporant la Loi type. Par principe, une telle approche serait contraire à l'indépendance judiciaire. En outre, d'un point de vue pratique, une approche unique n'est ni possible ni souhaitable. La souplesse est primordiale dans un domaine où la dynamique économique d'une situation peut soudainement changer. Le texte se limite donc à donner des indications générales sur les questions que le juge devra peut-être prendre en considération, faisant fond sur les intentions des auteurs de la Loi type et l'expérience de ceux qui y ont eu recours dans la pratique.

---

<sup>1</sup>Résolution 52/158 de l'Assemblée générale.

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

## **B. Glossaire**

### ***1. Termes et explications***

5. On trouvera dans les paragraphes qui suivent une explication du sens et de l'emploi de certaines expressions qui reviennent fréquemment dans le présent document. Nombre de ces termes se trouvent dans la Loi type de la CNUDCI mais aussi dans le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* et le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*<sup>2</sup>. Ils sont utilisés dans le présent document de la même manière que dans les textes en question:

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

*b)* Le terme "accord de coopération internationale" désigne un accord verbal ou écrit visant à faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité internationale et la coopération entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité, faisant parfois intervenir aussi d'autres parties intéressées<sup>3</sup>;

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

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

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

*f)* Le terme "tribunal requis" est le tribunal de l'État adoptant qui est saisi d'une demande de reconnaissance et de mesures.

---

<sup>2</sup>Ces textes sont disponibles à l'adresse [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts.html).

<sup>3</sup>Ces accords sont examinés en détail dans le *Guide pratique de la CNUDCI*.

## 2. *Références*

### a) *Jurisprudence*

6. On trouvera tout au long du présent texte des références à des affaires particulières. Ces références étant généralement résumées en annexe, elles figurent dans le corps du texte sous une forme abrégée. Par exemple, *Bear Stearns* désigne l'affaire *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd* (affaire n° 2 dans l'annexe I). Les numéros de page ou de paragraphe suivant le nom de l'affaire désignent les parties pertinentes de la version de la décision citée dans l'annexe.

### b) *Textes*

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

a) La "Loi type de la CNUDCI": Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation (1997);

b) Le "Guide pour l'incorporation": Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale;

c) Le "Guide législatif de la CNUDCI": Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004);

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

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

f) La "Convention européenne": Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité (1995);

g) Le "Rapport Virgos-Schmit": M. Virgos et E. Schmit, Rapport sur la Convention relative aux procédures d'insolvabilité, Bruxelles, 3 mai 1996, disponible (en anglais seulement) à l'adresse: <http://aei.pitt.edu/952>.

## II. **Contexte**

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

8. En décembre 1997, l'Assemblée générale a approuvé la Loi type sur l'insolvabilité internationale, élaborée et adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

9. La Loi type ne traite pas de questions de fond relevant du droit interne de l'insolvabilité mais propose des mécanismes procéduraux propres à faciliter un règlement plus efficace des affaires où un débiteur insolvable a des biens ou des dettes dans plusieurs États. À la fin mars 2011, 19 États et territoires avaient adopté une législation fondée sur la Loi type<sup>4</sup>.

10. La Loi type s'applique<sup>5</sup>:

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

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

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

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

La Loi type prévoit qu'un représentant (le représentant étranger) aura été désigné pour administrer les biens du débiteur insolvable dans un ou plusieurs États ou pour agir en qualité de représentant de la procédure étrangère au moment où une demande est présentée en vertu de la Loi type<sup>6</sup>.

11. La Loi type exige de l'État adoptant qu'il indique le tribunal ou autre autorité compétente ayant pouvoir de connaître des questions qui découlent de ses dispositions<sup>7</sup>. Comme certains États désigneront des organes administratifs plutôt que des tribunaux, la définition du terme "tribunal étranger" englobe les autorités judiciaires et les autres autorités compétentes pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère<sup>8</sup>.

12. La Loi type prévoit la possibilité d'exclure de son champ d'application certaines entités, telles que les banques ou les compagnies d'assurance, dont la faillite pourrait créer des risques systémiques dans l'État adoptant<sup>9</sup>.

<sup>4</sup>Afrique du Sud (2000), Australie (2008), Canada (2009), Colombie (2006), Érythrée (1998), États-Unis d'Amérique (2005), Grande-Bretagne (2006), Grèce (2010), îles Vierges britanniques (territoire d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2003)), Japon (2000), Maurice (2009), Mexique (2000), Monténégro (2002), Nouvelle-Zélande (2006), Pologne (2003), République de Corée (2006), Roumanie (2003), Serbie (2004) et Slovénie (2007).

<sup>5</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 1-1.

<sup>6</sup>Voir également Loi type de la CNUDCI, art. 5, concernant la possibilité donnée à l'État adoptant d'indiquer les représentants autorisés à demander une reconnaissance et des mesures devant un tribunal étranger.

<sup>7</sup>Ibid., art. 4.

<sup>8</sup>Ibid. art. 2 e; définition du terme "tribunal étranger".

<sup>9</sup>Ibid., art. 1-2.

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

a) *Le principe d'“accès”*: Ce principe établit les circonstances dans lesquelles un “représentant étranger”<sup>10</sup> a un droit d'accès au tribunal (tribunal requis) de l'État adoptant auquel sont demandées une reconnaissance et des mesures<sup>11</sup>;

b) *Le principe de “reconnaissance”*: En vertu de ce principe, le tribunal requis peut décider de reconnaître la procédure étrangère comme procédure étrangère “principale” ou “non principale”<sup>12</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>13</sup>. Si une procédure est reconnue comme procédure “principale”, certaines mesures s'appliquent automatiquement<sup>14</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>15</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>16</sup>.

14. Ces principes visent à promouvoir la réalisation des objectifs d'ordre public suivants<sup>17</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

---

<sup>10</sup>Défini à l'article 2 d de la Loi type de la CNUDCI.

<sup>11</sup>Ibid., art. 9.

<sup>12</sup>Ibid., art. 17.

<sup>13</sup>Ibid., art. 19.

<sup>14</sup>Ibid., art. 20.

<sup>15</sup>Ibid., art. 21.

<sup>16</sup>Ibid., art. 25, 26, 27, 29 et 30.

<sup>17</sup>Préambule de la Loi type de la CNUDCI; voir également le *Guide pour l'incorporation*, par. 3.

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

15. En décembre 2009, l'Assemblée générale a approuvé le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*<sup>18</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>19</sup>.

## B. Le point de vue du juge

16. La Loi type de la CNUDCI souligne qu'il est souhaitable d'en adopter une interprétation uniforme qui tienne compte de son origine internationale<sup>20</sup>. Il est cependant probable que le droit interne de la plupart des États exigera une interprétation conforme à la législation nationale, à moins que l'État adoptant n'ait suivi l'approche "internationale" dans sa propre législation<sup>21</sup>. Même dans ce cas, un tribunal examinant une législation fondée sur la Loi type jugera probablement la jurisprudence internationale utile pour son interprétation.

17. Lorsqu'il aborde les tâches qui lui incombent, le juge<sup>22</sup> a nécessairement un point de vue différent de celui du représentant de l'insolvabilité. Le magistrat a l'obligation de trancher en toute impartialité les questions qui lui sont soumises par une partie sur la base des informations (preuves) produites. Il est tenu d'agir judiciairement, ce qui signifie que toutes les parties intéressées doivent, sauf circonstances exceptionnelles, se voir donner la possibilité d'être entendues sur tous les points pouvant substantiellement

---

<sup>18</sup>Résolution 64/112 de l'Assemblée générale; le texte est disponible à l'adresse [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts.html).

<sup>19</sup>Voir, d'une façon générale, le chapitre III du *Guide pratique de la CNUDCI* et les résumés d'affaires figurant à l'annexe I de celui-ci.

<sup>20</sup>Dans les États adoptant la Loi type telle quelle, celle-ci doit être interprétée compte tenu "de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi" (Loi type de la CNUDCI, art. 8).

<sup>21</sup>En effet, la Loi type de la CNUDCI indique elle-même clairement que les dispositions de tout traité ou accord pertinent auquel est partie l'État adoptant prévalent sur ses propres dispositions (art. 3).

<sup>22</sup>Voir dans le glossaire la définition étendue du terme "juge".

influer 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>23</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.

18. La façon dont les juges de traditions juridiques différentes conçoivent leurs tâches respectives peut entraîner certaines différences dans l'approche suivie pour interpréter les dispositions originelles (ou adaptées) de la Loi type. Bien qu'on puisse difficilement généraliser, l'attention se concentrera davantage sur le texte de la Loi type dans les pays où la codification du droit est plus poussée que dans d'autres pays où cette codification est moindre ou dans lesquels nombre de juridictions supérieures ont une compétence propre pour statuer sur des points de droit d'une façon qui ne soit contraire à aucune loi ni à aucun règlement<sup>24</sup> ou sont habilitées à développer des aspects particuliers du droit pour lesquels il n'existe pas de règle codifiée<sup>25</sup>.

19. Ces différentes approches pourraient influencer sur la volonté du tribunal requis d'appliquer le principe de coopération entre les tribunaux et de coordination de procédures multiples énoncé dans la Loi type<sup>26</sup>. Si les dispositions de la Loi type relatives à la coopération et à la coordination ont été incorporées au droit interne de l'État adoptant, les mesures pouvant être adoptées à cet égard seront reconnues de manière codifiée.

20. En revanche, lorsque de telles dispositions n'ont pas été expressément adoptées<sup>27</sup>, il peut être difficile de savoir si le droit interne autorise le tribunal à dialoguer avec un tribunal étranger ou à approuver un accord international conclu par des représentants de l'insolvabilité de pays différents et d'autres parties intéressées. La compétence du tribunal dans ce domaine dépendra d'autres dispositions du droit interne applicable. D'un autre côté, les tribunaux investis d'une compétence propre jouiront probablement d'une plus grande marge de manœuvre pour déterminer les mesures pouvant être prises

---

<sup>23</sup> C'est-à-dire les autorités visées par la définition du "tribunal étranger" (Loi type de la CNUDCI, art. 2 e).

<sup>24</sup> Pour un examen de cette compétence propre, voir I.H. Jacob dans "The Inherent Jurisdiction of the Court" 23 *Current Legal Problems* 23 (1970).

<sup>25</sup> Voir par exemple le développement de l'*equity* et du droit de la négligence (*negligence law*) dans les systèmes de *common law*.

<sup>26</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 25 à 27, 29 et 30; voir aussi par. 154 à 187 ci-dessous.

<sup>27</sup> Par exemple, dans les affaires entre États membres de l'Union européenne (sauf le Danemark), le Règlement européen sur les procédures d'insolvabilité, qui exige la coopération internationale entre représentants de l'insolvabilité, ne contient aucune référence à la coopération entre les tribunaux.

entre tribunaux afin de donner effet au principe de coopération et de coordination auquel la Loi type attache de l'importance.

21. La régularité de la procédure est un concept bien compris par les pays de toutes traditions juridiques. Les normes minimales exigent un processus transparent, la notification aux parties de toutes les communications pouvant être échangées entre les tribunaux compétents et la possibilité pour les parties d'être entendues sur les questions qui se posent, que ce soit en personne ou par le biais de déclarations écrites. Quelle que soit la tradition juridique, il est souhaitable que des garanties soient en place pour assurer la régularité de la procédure<sup>28</sup>. Ces principes revêtent une importance plus grande encore en cas de communications entre les tribunaux.

22. 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>29</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>30</sup>, généralement par l'intermédiaire de son conseil. Cette assistance pourrait revêtir la forme d'éléments de preuve et de mémoires succincts mais informatifs.

23. 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.

24. Lors du Colloque judiciaire tenu à Vancouver en juin 2009<sup>31</sup>, plus de 80 juges d'une quarantaine de pays ont exprimé l'opinion qu'il faudrait envisager de fournir une assistance aux juges (sous réserve de la nécessité essentielle de préserver l'indépendance judiciaire et l'intégrité du système judiciaire de l'État concerné) sur les façons d'aborder les questions découlant de la Loi type. Le présent texte vise précisément à fournir cette assistance.

---

<sup>28</sup> Voir également les paragraphes 154 à 187 ci-dessous.

<sup>29</sup> L'article 17-3 de la Loi type de la CNUDCI insiste sur la nécessité de statuer rapidement sur les demandes de reconnaissance d'une procédure étrangère.

<sup>30</sup> Tel que défini dans l'article 2 *d* de la Loi type de la CNUDCI.

<sup>31</sup> Le huitième Colloque judiciaire multinational CNUDCI/INSOL International/Banque mondiale s'est tenu les 20 et 21 juin 2009. Le rapport du Colloque est disponible à l'adresse: <http://www.uncitral.org/pdf/english/news/EighthJC.pdf>.



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<sup>32</sup>, 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>33</sup>.

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

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

26. Comme indiqué ci-dessus, la Loi type respecte les différences entre les règles de procédure nationales et ne tente pas d'unifier quant au fond les législations sur l'insolvabilité. Elle propose des solutions utiles à plusieurs titres, modestes mais importants:

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

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

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

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

---

<sup>32</sup>Le neuvième Colloque judiciaire multinational CNUDCI/INSOL International/Banque mondiale s'est tenu à Singapour les 12 et 13 mars 2011. Le rapport du Colloque est disponible à l'adresse [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia\\_insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html).

<sup>33</sup>Voir à l'annexe II de la décision prise par la Commission le 1<sup>er</sup> juillet 2011, portant adoption du texte intitulé "Le point de vue du juge".

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

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

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

27. Le *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI* insiste sur l'importance de la coopération dans les procédures d'insolvabilité internationale pour ce qui est d'assurer le bon déroulement de ces procédures et d'obtenir des résultats optimaux. Un des éléments clefs est la coopération entre les tribunaux participant aux diverses procédures et entre ces tribunaux et les représentants de l'insolvabilité nommés dans ces procédures<sup>34</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>35</sup>. La Loi type prévoit que les tribunaux sont autorisés à coopérer et à communiquer au niveau international mais ne précise pas les modalités de cette coopération et de cette communication, laissant le soin à chaque État d'appliquer ses propres lois ou pratiques à cette fin. Elle propose toutefois plusieurs moyens d'assurer cette coopération<sup>36</sup>.

28. 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>34</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 25 et 26. Voir aussi le *Guide pratique de la CNUDCI*.

<sup>35</sup>Voir par exemple au chapitre III du *Guide pratique de la CNUDCI* la discussion concernant l'utilisation d'accords internationaux.

<sup>36</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 27; voir aussi le *Guide pratique de la CNUDCI*, chap. II.

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

#### A. Le principe d'“accès”

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

a) L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu des lois de l'État adoptant<sup>37</sup>;

b) La reconnaissance de la procédure étrangère dans l'État adoptant<sup>38</sup>, pour pouvoir:

- i) Participer à une procédure d'insolvabilité en cours dans cet État<sup>39</sup>;
- ii) Demander des mesures en vertu de la Loi type<sup>40</sup>; ou
- iii) Si le droit interne l'autorise, intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur est partie<sup>41</sup>.

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

31. 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 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”, ou agir en qualité de représentant de la procédure étrangère<sup>42</sup>. Un “représentant étranger” a le droit de s'adresser directement au tribunal requis<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Ibid., art. 11, et *Guide pour l'incorporation*, par. 97 à 99.

<sup>38</sup> Ibid., art. 15, et par. 112 à 121.

<sup>39</sup> Ibid., art. 12, et par. 100 à 102, où il est précisé que l'objet de l'article 12 est de donner au représentant étranger la capacité procédurale de “participer” à la procédure en présentant une requête, une demande ou des conclusions concernant des questions telles que la protection, la réalisation ou la répartition des biens du débiteur ou la coopération avec la procédure étrangère. Si la loi de l'État adoptant utilise un terme autre que “participer” pour exprimer cette notion, cet autre terme pourra être utilisé dans la loi donnant effet à la Loi type. Il convient de noter que le terme “intervenir” est employé à l'article 24, dans lequel il vise 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>40</sup> Ibid., art. 19 et 21, par. 135 à 140 et 154 à 160.

<sup>41</sup> Ibid., art. 24 et par. 168 à 172; voir note 39 sur l'utilisation du terme “intervenir”.

<sup>42</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 2 a. La définition du terme “tribunal étranger” est examinée au paragraphe 11 ci-dessus.

<sup>43</sup> Ibid., art. 9.

32. 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>44</sup>. Une question de cette nature s'est posée dans l'affaire *Rubin c. Eurofinance*<sup>45</sup>. Le tribunal américain 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 argument au motif que, compte tenu des origines internationales de la Loi type de la CNUDCI, il serait pernicieux de donner une interprétation locale au terme "débiteur"<sup>46</sup>. Le juge a soulevé une autre question qui était de savoir si les dispositions de la Loi type concernant les mesures disponibles pouvaient s'appliquer à un débiteur non reconnu en tant que tel par le droit anglais, mais a déterminé qu'en l'espèce il n'était pas nécessaire de régler cette question<sup>47</sup>.

33. 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>48</sup>. Dans certains cas, il peut être souhaitable d'avoir l'avis d'experts sur la loi applicable pour déterminer si une procédure particulière entre dans le champ des définitions. Dans d'autres cas, lorsque le tribunal requis connaît bien la procédure en question, l'avis d'experts peut ne pas être nécessaire. Lorsqu'il ressort de la décision de nomination du représentant étranger que cette personne satisfait à la définition de l'article 2 *d*, le tribunal peut faire fond sur la présomption établie par l'article 16-1 de la Loi type.

34. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, 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>49</sup>. Cette observation a été faite dans le contexte d'une administration qui s'est finalement avérée ne pas être une procédure collective au sens de la loi relative à l'insolvabilité.

35. Selon la Loi type de la CNUDCI, un "représentant étranger" peut être une personne désignée "à titre provisoire" mais non une personne qui n'a

---

<sup>44</sup> Le terme "débiteur" n'est pas défini dans la Loi type.

<sup>45</sup> On trouvera à l'annexe I les références complètes des affaires mentionnées dans le texte.

<sup>46</sup> *Rubin c. Eurofinance*, par. 39 et 40.

<sup>47</sup> *Ibid.*, par. 41.

<sup>48</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 5

<sup>49</sup> *Stanford International Bank*, par. 85.

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>50</sup>. Une solution pour déterminer si un "représentant étranger" a qualité pour agir consiste à examiner si les critères de la définition de la "procédure étrangère" sont réunis avant de décider si le demandeur a été autorisé<sup>51</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.

36. 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 (provisoire ou définitive) dans un État étranger;

b) La procédure a un caractère "collectif"<sup>52</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>53</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>54</sup>.

37. Il est souvent essentiel que le représentant étranger puisse obtenir rapidement la reconnaissance (et donc des mesures)<sup>55</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>56</sup>. L'expression "le plus tôt possible" est relativement souple. Certaines affaires peuvent être si simples que la procédure de reconnaissance ne prendra que quelques jours. Dans d'autres cas, surtout si la reconnaissance est contestée, "le plus tôt possible" peut signifier plusieurs mois. Des mesures provisoires peuvent être prononcées au besoin pendant que la demande de reconnaissance est en instance<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> Voir la définition du "représentant étranger" à l'article 2 d de la Loi type de la CNUDCI.

<sup>51</sup> Aux fins de la Loi type de la CNUDCI, art. 2 d.

<sup>52</sup> Voir les paragraphes 66 à 70 ci-dessous.

<sup>53</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 2 a, et par. 11 ci-dessus.

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

<sup>55</sup> Ibid.; voir en particulier les articles 20, 21, 23 et 24. Pour ce qui est des mesures provisoires disponibles pendant que la demande de reconnaissance est en instance, voir art. 19.

<sup>56</sup> Ibid., art. 17-3.

<sup>57</sup> Voir les paragraphes 122 à 129 ci-dessous.

## **B. Le principe de “reconnaissance”**

### **1. Observations liminaires**

38. 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.

39. On trouvera ci-après un aperçu général du principe de reconnaissance. Une discussion plus détaillée de ses éléments constitutifs figure aux paragraphes 56 à 116.

### **2. Règles de preuve**

40. Pour obtenir la reconnaissance de la procédure étrangère, le représentant étranger doit présenter une demande conformément à la Loi type de la CNUDCI. L’article 15 de la Loi type énonce les conditions auxquelles doit répondre cette demande. Pour déterminer si une procédure étrangère doit être reconnue, le tribunal requis se limite à examiner les conditions de compétence posées dans la définition<sup>58</sup>. La Loi type ne prévoit pas que le tribunal requis s’interroge sur le point de savoir si la procédure étrangère a été ouverte régulièrement conformément au droit applicable; si la procédure satisfait aux dispositions de l’article 15, elle devrait être reconnue en vertu de l’article 17.

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

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

42. 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.

43. 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 connaissance<sup>59</sup>.

---

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

<sup>59</sup>Ibid., art. 18.

44. 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>60</sup>. La première est une procédure étrangère qui a lieu dans l'État où le débiteur a "le centre de ses intérêts principaux"<sup>61</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>62</sup>. Implicitement, la Loi type de la CNUDCI ne prévoit pas la reconnaissance d'autres types de procédures d'insolvabilité, par exemple celles ouvertes en raison de la seule présence de biens dans l'État<sup>63</sup>. Toutefois, on pourra noter que certains États ayant adopté la Loi type accordent des pouvoirs supplémentaires aux tribunaux en vertu d'autres lois<sup>64</sup> pour appuyer les procédures étrangères qui pourraient comprendre des procédures non sujettes à reconnaissance en vertu de la Loi type.

45. L'affaire *Bear Stearns* est un exemple d'affaire où une "procédure étrangère" a été considérée comme n'étant ni une "procédure étrangère principale" ni une "procédure étrangère non principale". Le tribunal de première instance puis la cour d'appel ont tous deux estimé que la liquidation provisoire ouverte aux îles Caïmanes ne répondait à aucune des deux qualifications, les éléments de preuve n'établissant ni que le débiteur avait son établissement principal aux îles Caïmanes, ni qu'il y exerçait une activité de façon non transitoire. La procédure n'a donc pas été reconnue.

#### 4. Réciprocité

46. La Loi type de la CNUDCI ne contient aucune règle de réciprocité. Il n'est pas prévu que la reconnaissance d'une procédure étrangère puisse être refusée au seul motif qu'un tribunal de l'État dans lequel la procédure étrangère a été ouverte n'accorderait pas des mesures similaires à un représentant de l'insolvabilité de l'État adoptant. Le juge doit néanmoins être conscient du fait que certains États ayant adopté des textes législatifs fondés sur la Loi type ont inclus des clauses de réciprocité en matière de reconnaissance<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> Voir la définition de ces termes à l'article 2 *b* et *c*.

<sup>61</sup> Ce terme n'est pas défini dans la Loi type de la CNUDCI; voir la discussion ci-après, par. 75 à 110.

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

<sup>63</sup> Voir le *Guide pour l'incorporation*, par. 73 et 128.

<sup>64</sup> Voir par exemple l'article 8 de la Loi de la Nouvelle-Zélande sur l'insolvabilité internationale (*Insolvency (Cross-Border) Act*), de 2006, et l'article 426 de la Loi du Royaume-Uni sur l'insolvabilité (*Insolvency Act*), de 1986.

<sup>65</sup> Par exemple l'Afrique du Sud, le Mexique et la Roumanie.

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

47. Le tribunal requis peut refuser la reconnaissance d'une procédure étrangère lorsqu'elle serait "manifestement contraire" à l'ordre public de l'État sur le territoire duquel il se trouve. La notion d'ordre public est ancrée dans la législation nationale et peut différer selon les États. C'est la raison pour laquelle la Loi type n'en donne pas de définition uniforme.

48. Dans certains États, l'expression "ordre public" peut avoir un sens large, et se rapporter en principe à toute règle impérative du droit national. Dans beaucoup d'autres, on ne considère que l'exception d'ordre public 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'un jugement ou d'une sentence arbitrale étrangers que si une telle action allait à l'encontre de ces principes fondamentaux.

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

50. 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>66</sup>.

51. Sauf pour ce qui est de l'exception d'ordre public, la Loi type ne prévoit pas que le tribunal requis évalue le bien-fondé de la décision du tribunal étranger par laquelle la procédure a été ouverte ou le représentant étranger désigné<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Voir, par exemple, par. 110 ci-après.

<sup>67</sup> Voir par. 40 ci-dessus.



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

52. 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 sur les biens du débiteur<sup>68</sup> et un “gel” automatique de ces biens<sup>69</sup>, à certaines exceptions près<sup>70</sup>.

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

53. Dans des circonstances limitées, le tribunal requis peut revoir sa décision de reconnaître une procédure étrangère comme “principale” ou “non principale”. S’il est démontré que “les motifs de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu’ils ont cessé d’exister”, le tribunal requis peut revenir sur la décision qu’il a prise<sup>71</sup>.

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

- a) Si la procédure étrangère reconnue a pris fin;
- b) Si l’ordonnance ouvrant la procédure étrangère d’insolvabilité a été infirmée en appel dans l’État en question;
- 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;
- 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>72</sup>.

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

---

<sup>68</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 20-1 *a* et *b*.

<sup>69</sup>Ibid. art. 20-1 *c*.

<sup>70</sup>Ibid., art. 20-2. La reconnaissance des procédures étrangères “principales” et “non principales” est examinée plus en détail aux paragraphes 75 à 116 ci-dessous.

<sup>71</sup>Ibid., art. 17-4.

<sup>72</sup>Voir *Guide pour l’incorporation*, par. 129 à 131.

## C. Le processus de reconnaissance

### 1. Observations liminaires

56. Pour que la procédure soit reconnue comme “procédure étrangère”, le représentant étranger doit convaincre le tribunal requis qu’il s’agit d’une procédure<sup>73</sup>:

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

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

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

57. Si 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>74</sup>.

58. 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.

59. La question cruciale, pour déterminer si une procédure étrangère (concernant un débiteur personne morale) doit être considérée comme “principale”, est de savoir si elle a lieu “dans un État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux”<sup>75</sup>. Dans le cas d’une personne physique, le “centre de ses intérêts principaux” est réputé être sa “résidence habituelle”<sup>76</sup>.

<sup>73</sup>Ibid., art. 2 a, définition de la “procédure étrangère”.

<sup>74</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.

<sup>75</sup>Voir la discussion aux paragraphes 75 à 110 ci-dessous.

<sup>76</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 16, par. 3, dans le contexte d’une présomption concernant le “centre des intérêts principaux” des personnes aussi bien morales que physiques; voir aussi par. 58 et 81 à 104 ci-après. Pour une discussion de l’expression “résidence habituelle” dans ce contexte, voir *Re Stojevic* ([2007] BPIR 141, par. 58 et suivants). Dans cette affaire, le tribunal a jugé que, pour l’essentiel, la résidence habituelle d’un homme était son domicile établi et permanent, le lieu où il vit avec sa femme et sa famille jusqu’à ce que les plus jeunes membres de la famille grandissent et quittent le foyer, le lieu où il revient après un voyage d’affaires ailleurs ou à l’étranger. Il a également noté qu’un homme pouvait avoir une résidence autre que son domicile établi et permanent, appelée résidence ordinaire, où il séjournait lorsqu’il se déplaçait pour affaires ou en vacances avec sa femme et sa famille. Selon la nature de son travail, un homme peut très bien séjourner la plus grande partie du temps ailleurs qu’à son domicile établi et permanent où vivent sa femme et la famille. Voir aussi *Williams c Simpson* (n° 5), par. 41 à 49.

60. 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>77</sup>. Il y a cependant 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.

61. Comme on l'a noté plus haut<sup>78</sup>, la décision de reconnaître la procédure étrangère comme "principale" ou "non principale" a d'importantes incidences. La reconnaissance d'une procédure étrangère comme procédure "principale" entraîne automatiquement des mesures de sursis aux différentes mesures d'exécution qui pourraient autrement être adoptées dans le ressort du tribunal requis<sup>79</sup>. En revanche, dans le cas d'une procédure "non principale", le représentant étranger ne peut obtenir que des mesures discrétionnaires<sup>80</sup>.

62. 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>81</sup>;

b) Tous les documents soumis à l'appui de la demande de reconnaissance sont authentiques, qu'ils aient ou non été "légalisés"<sup>82</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>83</sup>.

63. D'ordinaire, la question de savoir si une "procédure étrangère" répond aux conditions que doit réunir une procédure "principale" sera tranchée sur la base d'avis d'experts concernant les dispositions pertinentes du droit interne de l'État dans lequel la procédure a été ouverte. Pour déterminer s'il existe un "établissement" (pour démontrer l'existence d'une procédure non principale), il convient de se référer aux faits. Selon la législation nationale applicable, le tribunal requis pourra, en l'absence d'avis d'experts, faire fond sur le texte des lois pertinentes et recourir à d'autres méthodes d'interprétation pour déterminer le statut de la procédure d'insolvabilité dont il s'agit<sup>84</sup>.

<sup>77</sup>Loi type de la CNUDCI, art.2 f; voir aussi la discussion aux paragraphes 111 à 116 ci-dessous.

<sup>78</sup>Voir par. 52 ci-dessus.

<sup>79</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 20; voir aussi par. 130 à 137 ci-dessous.

<sup>80</sup>Ibid., art. 21; voir aussi par. 138 à 153 ci-dessous.

<sup>81</sup>Ibid., art. 16-1.

<sup>82</sup>Ibid., art. 16-2.

<sup>83</sup>Ibid., art. 16-3.

<sup>84</sup>On trouve un exemple de cette approche dans l'affaire *Betcorp*, dans laquelle le Tribunal des faillites des États-Unis s'est référé aux mémoires explicatifs joints au projet de loi australien pour aider le Parlement à comprendre l'objet et la structure du texte à l'examen. Le tribunal peut se référer à de tels mémoires pour lever plus facilement des ambiguïtés mais n'est pas tenu de le faire.

64. 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. Cependant, la Loi type de la CNUDCI vise des entités individuelles et non des groupes de sociétés pris comme une seule entité<sup>85</sup>. Elle considère chaque société membre d'un groupe comme une personne morale distincte. Le centre des intérêts principaux de l'ensemble des sociétés d'un groupe peut se trouver dans le même pays, auquel cas l'insolvabilité de ces sociétés peut faire l'objet d'un examen conjoint, mais la Loi type ne prévoit pas de traiter la question du centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés en tant que tel.

65. Sauf preuve contraire, la reconnaissance d'une procédure étrangère principale atteste, aux fins de l'ouverture d'une procédure en vertu de la législation de l'État qui la reconnaît, que le débiteur est insolvable<sup>86</sup>.

## 2. *Procédure judiciaire ou administrative collective*

66. La Loi type de la CNUDCI est censée ne s'appliquer qu'à des types spécifiques de régimes d'insolvabilité. La notion de procédure “collective” d'insolvabilité se fonde sur la capacité d'un seul représentant de l'insolvabilité de contrôler la réalisation des biens du débiteur aux fins d'une répartition au prorata entre tous les créanciers (sous réserve des grandes priorités établies par la législation nationale), plutôt que d'aider un créancier déterminé à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues ou d'atteindre un autre objectif que de régler la situation d'insolvabilité du débiteur.

67. 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, et certaines porter sur la liquidation des biens du débiteur et d'autres sur le redressement de ses affaires. La Loi type a également été conçue de manière à s'appliquer aux cas dans lesquels un débiteur (personne morale ou physique) conserve un certain contrôle sur ses avoirs, même si c'est sous la surveillance d'un tribunal ou d'une autre entité compétente<sup>87</sup>.

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

---

<sup>85</sup> Voir également *Eurofood*, par. 37 (décision fondée sur le Règlement CE).

<sup>86</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 31.

<sup>87</sup> *Guide pour l'incorporation*, par. 24, par exemple pour le débiteur en possession.

69. Dans l'affaire *Betcorp*, un tribunal des États-Unis a considéré qu'une liquidation volontaire entamée en application de la législation australienne était une procédure administrative relevant de la Loi type. Comme la liquidation volontaire visait à réaliser les actifs du débiteur au bénéfice de tous les créanciers, il a considéré que la procédure était effectivement "collective" au sens de la Loi type<sup>88</sup>. Dans l'affaire *Gold & Honey*, un tribunal des États-Unis a estimé qu'un règlement judiciaire engagé en vertu de la législation israélienne n'était ni une procédure d'insolvabilité ni une procédure collective parce qu'il n'exigeait pas que l'administrateur prenne en considération les droits et obligations de tous les créanciers et visait essentiellement à permettre à une certaine partie de recouvrer ses créances<sup>89</sup>. Dans l'affaire *British American Insurance*, le tribunal a souscrit à l'avis exprimé par les tribunaux dans les affaires *Betcorp* et *Gold & Honey* concernant la signification de l'expression "collective", relevant qu'une telle procédure supposait à la fois la prise en considération et en définitive le règlement des créances de divers types de créanciers ainsi que la possibilité pour les créanciers de participer à la procédure étrangère<sup>90</sup>.

70. Dans une autre affaire, *Stanford International Bank*, un tribunal anglais a considéré qu'une ordonnance de règlement judiciaire rendue par un tribunal des États-Unis ne constituait pas une procédure collective régie par une loi sur l'insolvabilité. Le tribunal requis a considéré que cette ordonnance avait été rendue après que la Securities and Exchange Commission des États-Unis fut intervenue pour "empêcher la poursuite d'une opération frauduleuse de grande envergure". L'ordonnance visait à empêcher qu'un préjudice ne soit causé aux investisseurs et non à redresser la société ou réaliser ses avoirs au profit de tous les créanciers<sup>91</sup>. Cet avis a été confirmé en appel, essentiellement pour les raisons qui avaient motivé la décision du tribunal anglais de première instance<sup>92</sup>.

---

<sup>88</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), p. 1485 et 1486 dans le contexte de l'examen de la signification de l'expression "procédure d'insolvabilité" à l'article 2. Ce tribunal a cité le mémoire explicatif de la Loi de 2008 sur l'insolvabilité internationale (*Cross-Border Insolvency Bill 2008*), selon lequel "l'expression 'procédure d'insolvabilité' peut avoir un sens technique mais à l'alinéa a [de l'article 2 de la Loi type] elle est censée s'appliquer au sens large aux procédures concernant des sociétés ayant de graves problèmes financiers". Il a également mentionné un document d'information du Trésor australien, selon lequel, dans le contexte de la Loi australienne sur les sociétés (*Australian Corporations Act*), la portée de la Loi type s'étendrait aux liquidations causées par l'insolvabilité, les reconstitutions et les 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>89</sup> *Gold & Honey*, p. 370.

<sup>90</sup> *British American Insurance*, p. 902.

<sup>91</sup> *Stanford International Bank*, par. 73 et 84.

<sup>92</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 26 et 27.

### 3. Procédure soumise au contrôle ou à la surveillance d'un "tribunal étranger"

71. La définition du "tribunal étranger"<sup>93</sup> n'établit aucune distinction entre une procédure de redressement ou de liquidation soumise au contrôle ou à la surveillance d'un organe judiciaire ou administratif. Cette approche a été adoptée pour que les systèmes juridiques dans lesquels le contrôle ou la surveillance sont assurés par des autorités non judiciaires n'en relèvent pas moins de la définition de la "procédure étrangère"<sup>94</sup>.

72. Jusqu'à présent, les tribunaux ne se sont guère penchés sur le concept de "contrôle ou surveillance". Deux approches peuvent être envisagées, dont la première a été discutée dans l'affaire *Betcorp*. Bien que le type de procédure dont la reconnaissance était demandée ait été ouverte sans aucune intervention judiciaire par un vote des actionnaires de la société, le tribunal a considéré que la condition de "contrôle ou surveillance"<sup>95</sup> était remplie, étant donné qu'un contrôle judiciaire était exercé sur les liquidateurs chargés d'administrer la procédure collective au nom de l'ensemble des créanciers, et non un contrôle ou une surveillance sur les biens et les affaires du débiteur. Le juge a estimé que la Commission australienne des valeurs mobilières et des investissements était chargée de surveiller les liquidateurs dans l'accomplissement de leurs fonctions, pouvait exiger d'eux qu'ils obtiennent une autorisation avant de prendre certaines mesures (par exemple détruire des livres et des archives) et était habilitée à les destituer ou à les révoquer. Il a donc considéré que la Commission australienne des valeurs mobilières et des investissements était une "autorité compétente pour contrôler et surveiller une procédure étrangère" aux fins de la définition de la "procédure étrangère" figurant dans la Loi type de la CNUDCI<sup>96</sup>.

73. Selon une autre approche, l'existence d'un régime de réglementation ne constitue pas en soi un contrôle ou une surveillance des biens et des affaires du débiteur, en particulier dans les cas où l'organisme de réglementation est seulement habilité à veiller à ce que les représentants de l'insolvabilité s'acquittent comme il convient de leurs fonctions et non à surveiller une procédure d'insolvabilité déterminée.

---

<sup>93</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 2 e.

<sup>94</sup>*Guide pour l'incorporation*, par. 74.

<sup>95</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 2 a.

<sup>96</sup>*Betcorp*, p. 284. À l'appui de cette proposition, le juge a cité l'affaire *Tradex Swiss AG* (384 BR 34, p. 42 (2008)) [CLOUT, décision n° 791], dans laquelle la Commission fédérale des banques de la Suisse avait été considérée comme un "tribunal étranger" parce qu'elle contrôlait et surveillait la liquidation des sociétés de courtage.

74. Dans l'affaire *Betcorp*, outre sa conclusion concernant l'organisme de réglementation, le tribunal a estimé que la procédure de liquidation volontaire était soumise à la surveillance d'une autorité judiciaire, à savoir les tribunaux australiens. Cet avis se fondait sur trois éléments: a) la possibilité pour les liquidateurs et créanciers dans le contexte d'une liquidation volontaire de soumettre à un tribunal toute question liée à la liquidation; b) la compétence générale de surveillance des tribunaux australiens en général 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>97</sup>.

#### 4. La procédure principale: centre des intérêts principaux

75. Si le débiteur est une personne morale, le tribunal requis doit, pour reconnaître une procédure étrangère comme procédure "principale", déterminer que le "centre des intérêts principaux" du débiteur se trouvait dans l'État où a été ouverte la procédure étrangère<sup>98</sup>. Une étude de l'origine du concept de "centre des intérêts principaux" et la façon dont il a été appliqué dans la jurisprudence peuvent aider le juge aux prises avec cette question.

76. Aux fins de la Loi type de la CNUDCI, il a été délibérément décidé de ne pas définir le "centre des intérêts principaux". Cette notion est tirée de la Convention de l'Union européenne sur la procédure d'insolvabilité (la "Convention européenne") pour des raisons de cohérence<sup>99</sup>. Lorsque la Loi type a été finalisée, la Convention européenne n'était pas entrée en vigueur; elle est par la suite devenue caduque faute d'avoir été ratifiée par tous les États membres<sup>100</sup>.

77. Par la suite, le Règlement (CE) du Conseil n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le "Règlement CE") a été appliqué aux États membres de l'Union européenne (sauf le Danemark) comme moyen de régler les questions d'insolvabilité internationale dans l'Union européenne. Les concepts de "procédure principale" et "centre des intérêts principaux" ont été repris dans le texte du Règlement CE<sup>101</sup>. À la différence de la Loi type de la CNUDCI, le Règlement CE souligne que le centre des

<sup>97</sup> *Betcorp*, p. 283 et 284.

<sup>98</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 2 b.

<sup>99</sup> Voir *Guide pour l'incorporation*, par. 31; voir également l'article 3 de la Convention européenne.

<sup>100</sup> Pour l'historique pertinent, voir les avis exprimés par les avocats généraux dans les affaires *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* (deuxième édition, 2009, Oxford University Press), par. 1.01 à 1.25.

<sup>101</sup> Règlement du Conseil européen, considérants 12 et 13, cités ci-après.

intérêts principaux doit être “vérifiable par les tiers”<sup>102</sup>. Le *Guide pour l'incorporation* relève que la notion de “centre des intérêts principaux” correspond à la formulation figurant à l'article 3 de la Convention européenne et reconnaît qu'il convient de renforcer “l'harmonisation en cours quant à la notion de procédure ‘principale’”<sup>103</sup>. Même si les concepts sont similaires dans les deux textes, ils ont un objectif différent. La détermination du “centre des intérêts principaux” dans le contexte du Règlement CE porte sur l'État dans lequel doit s'ouvrir la procédure principale. Aux fins de la Loi type, la détermination du “centre des intérêts principaux” se rapporte aux effets de la reconnaissance, dont l'un des principaux tient aux mesures qui peuvent être adoptées pour faciliter la procédure étrangère.

78. 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>104</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.”

79. En prévision de la ratification de la Convention par tous les États membres, un rapport explicatif sur la Convention européenne (le rapport Virgos-Schmit) avait été établi<sup>105</sup>. Ce rapport contenait des indications sur le concept de “procédure d'insolvabilité principale” et, bien que la Convention

<sup>102</sup> *Ibid.*, considérant 13.

<sup>103</sup> *Guide pour l'incorporation*, par. 31; 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-dessus). Lors de la discussion du groupe de travail de la CNUDCI négociant la Loi type, il a été noté que le choix du concept de centre des intérêts principaux pour déterminer quelle était la procédure principale présentait plusieurs avantages, notamment celui d'être en accord avec la terminologie utilisée dans la Convention européenne. La Loi type pourrait ainsi contribuer à l'élaboration d'une terminologie normalisée et largement comprise plutôt qu'à une diversification non souhaitable de celle-ci (A/CN.9/422, par. 90).

<sup>104</sup> Le Règlement CE parle de procédures secondaires et la Loi type de procédures non principales. Les procédures secondaires, dans le contexte du Règlement CE, sont des procédures de liquidation (art. 3, par. 3).

<sup>105</sup> Voir par. 7 g ci-dessus. Ce rapport a été publié en juillet 1996.



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.

80. 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 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."

81. Il existe maintenant plusieurs décisions judiciaires dans lesquelles le juge a été appelé à interpréter la signification de l'expression "centre des intérêts principaux", dans le contexte soit du Règlement CE, soit de législations nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI. Il est apparu plusieurs différences subtiles d'approche, qui sont peut-être cependant plus apparentes que réelles.

82. La principale décision rendue en la matière au niveau européen est celle concernant l'affaire *Eurofood*, 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.

83. Pour répondre à cette question, la Cour européenne de justice (CEJ) 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>106</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.”

84. La Cour européenne de justice a considéré que, “pour la détermination du centre des intérêts principaux d'une société débitrice, la présomption simple prévue par le législateur communautaire au bénéfice du siège statutaire de cette société ... ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter”<sup>107</sup>.

85. S'agissant de cette présomption, la CEJ a suggéré que tel pourrait notamment être le cas d'une société “boîte aux lettres” qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social<sup>108</sup>. En

---

<sup>106</sup> Voir, à titre de comparaison, la Loi type de la CNUDCI, art. 16-3. Voir également le rapport Virgos-Schmit, par. 76.

<sup>107</sup> *Eurofood*, par. 34.

<sup>108</sup> *Ibid.*, par. 35.

revanche, elle a considéré que “le simple fait” pour la société mère de réaliser des choix économiques (par exemple pour des raisons fiscales) concernant le lieu possible du siège statutaire de la filiale ne suffisait pas pour écarter la présomption<sup>109</sup>.

86. 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. Par rapport à ce qui s'est dit dans l'affaire *Eurofood*, le premier tribunal appelé à se prononcer en appel sur cette question aux États-Unis, dans l'affaire *SPhinX*, a donné un sens plus large au pouvoir de détermination du centre des intérêts principaux.

87. Au chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (auquel a été incorporée la Loi type de la CNUDCI), le libellé de la présomption, dans le texte anglais, a été modifié, le mot “proof” étant remplacé par le mot “evidence”<sup>110</sup>. 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 celle dont le mot “proof” est utilisé dans certains autres États anglophones<sup>111</sup>. C'est dans ce contexte qu'il convient d'interpréter la décision rendue dans l'affaire *SPhinX* et les décisions ultérieures de tribunaux des États-Unis.

88. L'affaire *SPhinX* concernait une demande des représentants provisoires de l'insolvabilité d'une société enregistrée aux îles Caïmanes aux fins d'obtenir la reconnaissance de ce régime comme “procédure principale”. Le tribunal a refusé, considérant la procédure comme non principale. Cette décision suggère que la recherche irrégulière d'un for approprié peut être un facteur pris en considération pour déterminer le centre des intérêts de la société débitrice. Sur ce point, la cour d'appel a déclaré ce qui suit<sup>112</sup>:

“Considérées ensemble, ces analyses inappropriées de l'objet de la présomption et des moyens pouvant être invoqués pour la réfuter, jointes à des considérations pragmatiques, ont conduit le Tribunal des faillites à conclure, alors que tant d'éléments objectifs portent à penser que les îles Caïmanes ne sont pas le centre des intérêts principaux du débiteur et que le fait de reconnaître que la procédure ouverte aux îles Caïmanes est une procédure non principale n'aurait pas de conséquences négatives, que tel est effectivement le choix qui s'impose.

---

<sup>109</sup> Ibid., par 36. Voir également, au paragraphe 37 de l'arrêt, le résumé intégral des conclusions de la Cour sur ce point.

<sup>110</sup> Article 1516 c du Code des faillites des États-Unis: “[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”.

<sup>111</sup> Le rapport du Congrès des États-Unis rend compte des travaux préparatoires: HR Rep No 31, 109th Congress, 1st Session 1516 (2005).

<sup>112</sup> *SPhinX*, p. 21.

Globalement, c'est à bon droit que le Tribunal des faillites a pris en considération les facteurs dont il a tenu compte afin de conserver sa flexibilité et de parvenir à une solution pragmatique étayée par les faits de l'espèce. Aucune jurisprudence en sens contraire n'a été citée."

89. Dans l'affaire *Bear Stearns*, le tribunal des États-Unis a examiné de manière plus approfondie la question de la détermination du centre des intérêts principaux du débiteur. Dans ce cas aussi, la demande de reconnaissance concernait une société enregistrée aux îles Caïmanes qui avait été mise en liquidation provisoire dans ce territoire.

90. Le tribunal a exposé les raisons pour lesquelles, dans le texte de la législation américaine, le mot "proof" avait été remplacé par le mot "evidence". 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."<sup>113</sup>

91. 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>113</sup>.

92. 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>114</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.

93. Après avoir analysé l'arrêt rendu dans l'affaire *Eurofood*, le tribunal des États-Unis a estimé que le lieu où le débiteur gérait régulièrement ses intérêts, qui pouvait donc être vérifié par les tiers, correspondait généralement au concept de "principal établissement" en droit américain<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> *Bear Stearns*, p. 128.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 129.

Plus récemment, dans l'affaire *Hertz Corp c. Friend*, la Cour suprême des États-Unis a défini l'expression "principal établissement" comme étant le "centre névralgique" aux fins de certaines lois<sup>116</sup>. Cette approche paraît avoir été suivie dans l'affaire *Fairfield Sentry* aux fins de l'application de la Loi type<sup>117</sup>.

94. La décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns* a été contestée en appel aux motifs que l'arrêt ne répondait pas aux principes de courtoisie internationale et de coopération, et que le juge aurait mal interprété la présomption. En appel, le juge n'a eu aucune peine à conclure que le concept de reconnaissance avait primé les principes de courtoisie internationale et de coopération. Il a déclaré qu'il convenait d'établir une distinction entre "reconnaissance" et "mesures". La jurisprudence *Bear Stearns* a été suivie dans l'affaire *Atlas Shipping*, dans laquelle le tribunal a considéré que, dès lors qu'un tribunal avait reconnu une procédure étrangère principale, le chapitre 15 prévoyait expressément que le tribunal userait de ses pouvoirs discrétionnaires pour ordonner les mesures appropriées conformément au principe de courtoisie internationale<sup>118</sup>. Elle a également été suivie dans l'affaire *Metcalfe & Mansfield*, dans laquelle un tribunal des États-Unis avait été appelé à faire exécuter certaines mesures ordonnées par un tribunal canadien, mesures de portée plus large que ne l'aurait permis le droit américain. Le tribunal a noté que le principe de courtoisie internationale n'exigeait pas que les mesures accordées dans la procédure étrangère et celles qui pourraient l'être aux États-Unis soient identiques. L'élément déterminant était de savoir si la procédure étrangère répondait aux normes fondamentales d'équité aux États-Unis, et le tribunal a considéré que les procédures ouvertes au Canada respectaient ce critère<sup>119</sup>.

95. Dans l'affaire *SPhinX*, la cour d'appel a considéré qu'il pouvait être approprié de considérer la présomption comme réfutée si aucune partie ne s'y opposait. Dans l'affaire *Bear Stearns*, la cour d'appel a confirmé la décision du tribunal de première instance selon laquelle il incombait au représentant étranger de réfuter la présomption et le juge avait, indépendamment de

---

<sup>116</sup> 130 S. Ct. 1181 (2010). La Cour suprême a déclaré que les tribunaux devaient s'attacher à déterminer le lieu où étaient assurés la coordination, la direction et le contrôle des affaires de la société, faisant observer que ce lieu serait évident pour les membres du public traitant avec elle.

<sup>117</sup> *Fairfield Sentry*, p. 6. Le tribunal a estimé que les faits dont il disposait indiquaient que selon toute probabilité le centre administratif du débiteur se trouvait depuis un certain temps aux îles Vierges britanniques. Il s'agissait notamment de la composition et du lieu de décision d'un comité du contentieux indépendant qui régissait les affaires du débiteur, de la tenue de conférences téléphoniques entre le conseil d'administration et le conseil du débiteur aux îles Vierges britanniques, et du fait que, depuis le début de la liquidation aux îles Vierges britanniques en 2009, les liquidateurs avaient dirigé et coordonné les affaires du débiteur sur place et y disposaient d'employés résidents et de bureaux.

<sup>118</sup> *Atlas Shipping*, p. 78.

<sup>119</sup> *Metcalfe & Mansfield*, p. 697 et 698.

cela, le devoir de déterminer si tel avait été le cas, qu'il y ait eu ou non opposition d'une partie<sup>120</sup>.

96. Comme le tribunal de première instance, la cour d'appel dans *Bear Stearns* a admis que le concept de centre des intérêts principaux et la présomption trouvaient leur origine dans la Convention européenne — le "centre des intérêts principaux" équivalait au concept de "principal établissement". La cour d'appel a également confirmé une énumération de facteurs énoncés dans la décision rendue en première instance, qu'il fallait prendre en compte pour déterminer si le centre des intérêts principaux avait été établi conformément à la demande de reconnaissance. Ces facteurs étaient les suivants<sup>121</sup>:

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

97. Dans l'affaire *Betcorp*, bien que le centre des intérêts principaux de la société australienne n'ait pas véritablement porté à controverse, le juge a formulé quelques observations à ce sujet. Il est parvenu à la conclusion qu'"il ressort des affaires dans lesquelles est examinée la question du centre des intérêts principaux des débiteurs que les tribunaux n'appliquent pas de formule rigide ni ne considèrent de manière constante qu'un facteur donné est déterminant, mais qu'ils analysent différents facteurs pour déterminer objectivement où le débiteur a son principal établissement. À cette fin, ils examinent la gestion, l'administration et les opérations du débiteur et la question de savoir si des tiers ordinaires et raisonnables peuvent établir ou déterminer le lieu où le débiteur mène ces diverses activités"<sup>122</sup>. 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>123</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"

---

<sup>120</sup> *Bear Stearns* (en appel), p. 335.

<sup>121</sup> *Bear Stearns*, p. 128; *Bear Stearns* (en appel), p.336.

<sup>122</sup> *Betcorp*, p. 292.

<sup>123</sup> *Ibid.*

dans la définition de la “procédure étrangère non principale”: “désigne une procédure étrangère ... qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement ...”. L’approche retenue dans l’affaire *Betcorp* a été suivie dans les affaires *Lavie c Ran* et *British American Insurance*.

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

99. 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>124</sup>. Il a pris cette décision en se fondant sur le Règlement de 2006 sur l’insolvabilité internationale (incorporant en droit anglais la Loi type de la CNUDCI) et non sur le Règlement CE. En déterminant le sens du mot “vérifiable”, le juge s’est référé aux informations se trouvant dans le domaine public et à celles qu’un tiers apprendrait normalement de ses rapports avec le débiteur. Ce faisant, il s’est écarté d’une de ses décisions antérieures dans laquelle il avait appliqué le critère des “fonctions du siège social”<sup>125</sup>.

100. Le juge a observé que la différence d’approche entre les tribunaux des États-Unis et les tribunaux européens en ce qui concerne la réfutation de la présomption était que les premiers imposaient la charge de la preuve à la personne affirmant que la procédure était une “procédure principale”, tandis que, dans l’affaire *Eurofood*, elle reposait sur la partie qui voulait réfuter la présomption<sup>126</sup>.

101. Le juge n’était pas convaincu que les facteurs énumérés dans l’affaire *Bear Stearns*<sup>127</sup> répondent à une exigence de “vérifiabilité”, ce qui selon lui avait été le cas dans l’affaire *Eurofood*. Cependant, même si la liste spécifique de critères n’avait pas été ainsi qualifiée par un tribunal des 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>128</sup>. L’importance de l’observation formulée en première instance

---

<sup>124</sup> *Stanford International Bank*, par. 61.

<sup>125</sup> *Ibid.*, par. 62.

<sup>126</sup> *Ibid.*, par. 63 et 65.

<sup>127</sup> Voir par. 96 ci-dessus.

<sup>128</sup> *Stanford International Bank*, par. 67. Comparer la liste de facteurs figurant au paragraphe 96 ci-dessus.

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.

102. La décision rendue dans l'affaire *Stanford International Bank* a été confirmée en appel. Dans le jugement principal, le président de la cour d'appel a considéré qu'il existait une corrélation évidente entre les termes employés dans la Loi type de la CNUDCI et dans le Règlement CE en ce qui concerne aussi bien le "centre des intérêts principaux" que la présomption<sup>129</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>130</sup> sur la vérifiabilité valait également pour les procédures relevant de la Loi type. Il n'a pas jugé que la charge de la preuve en ce qui concerne la réfutation de la présomption était nécessairement différente aux États-Unis, laissant cette question en suspens<sup>131</sup>.

103. Un autre membre de la cour s'est associé au raisonnement du président<sup>132</sup>. Le troisième, tout en souscrivant d'une manière générale aux vues exprimées par le président, a exprimé en ce qui concerne le critère de "fonctions du siège social"<sup>133</sup> l'avis suivant:

"Je me permets de m'écarter légèrement des vues du président concernant le critère à appliquer pour examiner la décision rendue en première instance sur le lieu où se trouve le centre des intérêts principaux. Ce que doit faire le juge, c'est déterminer quelles activités étaient réalisées dans chaque centre potentiel d'intérêts principaux puis déterminer si ces activités constituaient des fonctions du siège social et si, quantitativement et qualitativement, elles étaient plus importantes que celles réalisées au siège statutaire."

Ces observations conduiraient à penser qu'un tribunal est tenu de déterminer de façon objective, sur la base des éléments dont il dispose, où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur, et non de se fonder sur ceux qui étaient effectivement vérifiables par les créanciers et les autres parties intéressées qui traitaient avec le débiteur durant sa période d'activité. Les autres jugements rendus en appel dans l'affaire *Stanford International Bank* et la décision rendue dans l'affaire *Eurofood* tendent à appuyer cette deuxième proposition.

---

<sup>129</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 39.

<sup>130</sup> Rapport Virgos-Schmit, par. 75; voir par. 80 ci-dessus.

<sup>131</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 55.

<sup>132</sup> *Ibid.*, par. 159.

<sup>133</sup> *Ibid.*, par. 153.



104. L'examen de la jurisprudence sur la question complexe du "centre des intérêts principaux" fait ressortir des difficultés à propos des points suivants:

a) Sur qui repose la charge de la preuve pour réfuter la présomption concernant le "siège statutaire"?

b) L'expression "centre des intérêts principaux" doit-elle s'interpréter différemment dans le contexte de la Loi type et du Règlement CE, étant donné les fins différentes auxquelles le critère est utilisé?

c) Quelles circonstances objectivement vérifiables peuvent être prises en considération pour déterminer où se trouve le "centre des intérêts principaux"? En particulier:

- i) La question doit-elle être abordée par référence au principal établissement (ou "centre névralgique"), ou au lieu que les interlocuteurs de la société considéreraient comme le lieu de coordination, de direction et de contrôle des activités du débiteur?
- ii) Quels facteurs sont objectivement vérifiables par les tiers au sens envisagé dans l'affaire *Eurofood*? En particulier, sur quel moment la détermination du centre des intérêts principaux doit-elle porter: celui où le débiteur traite avec les tiers, celui où il fait l'objet d'une procédure collective d'insolvabilité ou celui où la reconnaissance est demandée?
- iii) Le tribunal peut-il tenir compte de tentatives faites par le débiteur pour chercher un for plus favorable, de son point de vue, pour déterminer s'il y a lieu d'accorder la reconnaissance?

105. Ces questions sont celles que le juge doit examiner lorsqu'il interprète la législation nationale fondée sur la Loi type de la CNUDCI, en tenant compte de la jurisprudence internationale et des éléments d'ordre public pertinents.

106. Comme on l'a noté précédemment<sup>134</sup>, dans la grande majorité des cas, il est peu probable que l'affirmation de la partie à qui incombe la charge de réfuter la présomption soit déterminante. D'ordinaire, les éléments produits par les parties intéressées permettront de déterminer si le lieu où se trouve le siège statutaire constitue le centre des intérêts principaux. Ce n'est que lorsqu'ils ne permettent pas de trancher que la réfutation de la présomption peut jouer un rôle déterminant dans la décision concernant la demande de reconnaissance de la procédure étrangère.

---

<sup>134</sup> Voir par. 92 ci-dessus.

107. Même s'il y a des différences d'approche pour ce qui est de déterminer quel est le centre des intérêts principaux d'un débiteur, la jurisprudence semble pencher pour la vérification objective par les tiers ayant traité avec le débiteur aux moments pertinents<sup>135</sup>. La question tient davantage à l'accent mis par certains pays sur des facteurs précis, tels que la notion de "centre névralgique" ou de "siège social" de l'entité visée par la demande de reconnaissance.

108. Le tribunal auquel la reconnaissance est demandée devrait-il pouvoir se fonder sur le caractère abusif de la demande pour refuser la reconnaissance? Rien dans la Loi type de la CNUDCI ne donne à penser qu'il y a lieu de tenir compte de circonstances étrangères telles que l'abus de procédure pour statuer sur une demande de reconnaissance. Selon la Loi type, il convient de statuer sur la demande en se référant aux critères spécifiques énoncés dans les définitions des expressions "procédure étrangère", "procédure étrangère principale" et "procédure étrangère non principale". Cependant, un problème se pose si, ayant illégalement recherché le for le plus favorable, le débiteur se retrouve dans une situation plus avantageuse, avec les conséquences préjudiciables que cela peut avoir pour les créanciers. La Loi type n'interdit pas aux tribunaux requis d'appliquer le droit interne, en particulier les règles de procédure, en présence de tels abus.

109. Une autre façon de régler le problème lié à la recherche illégitime du for le plus favorable peut être de déterminer si la reconnaissance peut être refusée pour des motifs d'ordre public<sup>136</sup>. Vue sous cet angle, la question de la recherche illégitime du for le plus favorable relève plus généralement de l'abus de procédure. On pourrait soutenir qu'une demande de reconnaissance en tant que procédure principale est un abus de procédure si les auteurs de la demande, sachant pourtant que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouvait ailleurs, décident délibérément de déplacer le siège statutaire pour soutenir le contraire ou de taire ce type d'information lorsqu'ils demandent la reconnaissance. Une approche fondée sur l'exception de type "ordre public" a l'avantage de dissocier les questions liées à la reconnaissance et celles liées à un éventuel abus de procédure d'une manière qui reflète la lettre et l'esprit de la Loi type de la CNUDCI.

110. Dans l'affaire *Gold & Honey*, un tribunal des États-Unis a refusé de reconnaître une procédure israélienne pour des motifs d'ordre public. Dans cette affaire, une ordonnance de liquidation avait été rendue en Israël contre une société débitrice après qu'une procédure de liquidation eut été ouverte aux États-Unis et après qu'il eut été automatiquement sursis aux mesures

---

<sup>135</sup> *Eurofood et Bear Stearns*.

<sup>136</sup> Voir la discussion sur l'exception fondée sur l'ordre public aux paragraphes 47 à 51 ci-dessus.

d'exécution. Le juge des États-Unis a refusé de reconnaître cette procédure en Israël car cela "aurait eu pour effet de récompenser et de légitimer la violation du sursis automatique et des ordonnances ultérieures du tribunal concernant la suspension des mesures d'exécution"<sup>137</sup>. La reconnaissance aurait sérieusement compromis "la possibilité pour les tribunaux de faillite des États-Unis de donner effet à deux des objectifs les plus fondamentaux du sursis automatique, à savoir empêcher les créanciers 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>138</sup>; le juge des États-Unis a donc considéré que les conditions rigoureuses qui devaient être remplies pour pouvoir invoquer l'exception d'ordre public avaient été réunies.

### 5. *La procédure non principale: l' "établissement"*

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

#### *Article 3*

#### **Compétence internationale**

...

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

112. Le *Guide pour l'incorporation* note<sup>139</sup> que la définition d'"établissement" s'inspire de l'alinéa *h* de l'article 2 de la Convention de l'Union européenne

<sup>137</sup> *Gold & Honey*, p. 371.

<sup>138</sup> *Ibid.*, par. 372.

<sup>139</sup> *Guide pour l'incorporation*, par. 75.

relative aux procédures d'insolvabilité. Le rapport Virgos-Schmit sur cette Convention donne quelques précisions à ce sujet:

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

Le fait que cette activité doive être exercée avec des moyens humains montre qu'un certain degré d'organisation est nécessaire. Un lieu d'opérations purement occasionnel ne peut pas être considéré comme un 'établissement'. Une certaine stabilité est requise. La formule négative ('non transitoire') vise à éviter de fixer un délai minimum. Le facteur décisif est l'apparence de l'activité à l'extérieur, et non l'intention du débiteur.”<sup>140</sup>

113. La question de savoir si un “établissement” existe est essentiellement une question de fait; la Loi type ne fournit aucune présomption. Cette question de fait se réglera nécessairement sur la base des éléments produits. Il convient d'établir que le débiteur “exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services” dans l'État en question<sup>141</sup>. Il y a cependant 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.

114. Dans l'affaire *Bear Stearns*<sup>142</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>143</sup>.

115. 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”.

---

<sup>140</sup>Rapport Virgos-Schmit, par. 71.

<sup>141</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 2 f.

<sup>142</sup>*Bear Stearns*, p. 131; voir aussi *Lavie c Ran* (2009), p. 286 et 287; *British American Insurance*, p. 914 et 915.

<sup>143</sup>*Bear Stearns* (en appel), p. 339.

116. Dans l'affaire *In re Ran*, la cour d'appel a examiné la question de l'établissement du point de vue d'un débiteur autonome et de ce qui pourrait suffire à constituer un établissement. Elle a pris note de la source de la définition de l'établissement dans la Loi type et de l'exigence s'appliquant dans le cas de sociétés débitrices<sup>144</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 établissement 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>145</sup>. L'administrateur judiciaire a affirmé que 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>146</sup>.

## D. Octroi de mesures

### 1. Observations liminaires

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

a) Les mesures provisoires (urgentes) pouvant être demandées à tout moment après introduction d'une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère<sup>147</sup>;

b) Les mesures s'appliquant automatiquement dès la reconnaissance d'une procédure étrangère comme "procédure étrangère principale"<sup>148</sup>; et

c) Les mesures discrétionnaires pouvant être accordées dès la reconnaissance d'une procédure étrangère principale ou non principale<sup>149</sup>.

La Loi type précise le type de mesure disponible, 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.

---

<sup>144</sup> Se référant au critère utilisé dans *Bear Stearns*, p. 161.

<sup>145</sup> 607 F. 3d 1017 (5th Cir. 2010), p. 16.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 17 et 18.

<sup>147</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 19.

<sup>148</sup> *Ibid.*, art. 20.

<sup>149</sup> *Ibid.*, art. 21.

118. D'après la définition de la "procédure étrangère"<sup>150</sup>, les effets de la reconnaissance s'étendent à une "procédure provisoire" étrangère<sup>151</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.

119. 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.

120. Aucune disposition de la Loi type ne limite le pouvoir d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente de fournir une assistance additionnelle à un représentant étranger en vertu d'autres lois de l'État adoptant<sup>152</sup>.

121. Pour déterminer si une mesure (automatique ou discrétionnaire) envisagée par la Loi type a été supprimée ou modifiée dans l'État adoptant, il faut analyser la législation incorporant la Loi type<sup>153</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".

## 2. Mesures provisoires<sup>154</sup>

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

---

<sup>150</sup> Ibid., voir art. 2 a.

<sup>151</sup> Un exemple est la nomination d'un liquidateur provisoire avant le prononcé d'une ordonnance formelle de liquidation de la 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>152</sup> Article 7 de la Loi type. Cet article est conçu de manière à englober les mesures fondées sur la courtoisie internationale ou l'*exequatur* ou sur l'utilisation de commissions rogatoires ou les mesures découlant de toute autre loi de l'État concerné.

<sup>153</sup> Les États ayant adopté une législation fondée sur la Loi type ont suivi des approches distinctes. 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 (*Bankruptcy Code*)). 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 le prévoit la Loi type.

<sup>154</sup> Le résumé qui suit se fonde sur l'essentiel sur les paragraphes 135 à 140 du *Guide pour l'incorporation*.

jugée<sup>155</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.

123. 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>156</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>157</sup>. Toutefois, les mesures discrétionnaires "collectives" prévues à l'article 19 sont un peu plus restreintes que celles prévues à l'article 21.

124. 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>158</sup>. La réalisation de ces objectifs serait compromise si des mesures provisoires autres que collectives étaient autorisées. D'autre part, la reconnaissance n'ayant pas encore été accordée, les mesures disponibles devraient en principe se limiter à des mesures urgentes et provisoires.

---

<sup>155</sup>Le tribunal requis est autorisé à adapter les mesures pour tenir compte des objections d'ordre public. Pour un examen de l'exception d'"ordre public" dans le contexte des mesures disponibles, voir les affaires *Ephedra* et *Tri-Continental Exchange* et les paragraphes 47 à 51 ci-dessus. Dans l'affaire *Ephedra*, qui concernait la reconnaissance de la procédure canadienne aux États-Unis, 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 a indiqué que la procédure en question était clairement équitable et impartiale pour les créanciers et que l'équivalent américain de l'article 6 de la Loi type n'exigeait rien de plus. Il a accordé la mesure demandée, en reconnaissant et en faisant exécuter la procédure de règlement des créances adoptée au Canada. Dans l'affaire *Tri-Continental Exchange*, qui concernait la reconnaissance d'une procédure engagée à Saint-Vincent-et-les Grenadines, le tribunal américain a examiné s'il fallait conformément aux articles 6 et 22 soumettre les mesures demandées par les représentants étrangers à des conditions supplémentaires, c'est-à-dire en leur confiant au titre de l'article 21 l'administration ou la réalisation des biens des débiteurs se trouvant sur le territoire américain mais non leur répartition. Le tribunal a conclu qu'il était inutile d'imposer de telles conditions en l'espèce. Le dossier ne justifiait pas que le tribunal se mette dans une situation où il pourrait entraver le déroulement de la procédure principale à Saint-Vincent-et-les Grenadines. S'il devait par la suite avoir des raisons de ne plus être satisfait d'une telle conclusion, le tribunal était autorisé par l'article 22-3 à revoir sa position et à exercer le pouvoir que lui conférait l'article 22-2 de soumettre à certaines conditions le mandat confié aux représentants étrangers en vertu de l'article 21-1 e, par exemple en exigeant la constitution d'une sûreté ou d'une caution.

<sup>156</sup>C'est-à-dire le même type de mesures que celles prévues à l'article 21.

<sup>157</sup>C'est-à-dire les mesures visant des biens spécifiques identifiés par un créancier.

<sup>158</sup>Voir également la discussion concernant l'affaire *Rubin c. Eurofinance* au paragraphe 145 ci-dessus.

125. L'urgence des mesures est évoquée dans le chapeau du paragraphe 1 de l'article 19. 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>159</sup>. Les autres mesures disponibles au titre de l'article 19 sont essentiellement les mêmes que celles prévues à l'article 21.

126. 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>160</sup>. Le tribunal a néanmoins la possibilité de les prolonger<sup>161</sup>, par exemple pour éviter une interruption entre la mesure provisoire accordée avant la reconnaissance et la mesure matérielle discrétionnaire accordée après la reconnaissance.

127. 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>162</sup>. Pour favoriser la coordination des mesures préalables à la reconnaissance avec toute procédure étrangère principale, le représentant étranger demandant la reconnaissance doit joindre à la demande une déclaration identifiant toutes les procédures étrangères concernant le débiteur dont il a connaissance<sup>163</sup>.

128. 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 cette mesure ou y met fin.

---

<sup>159</sup> Voir par exemple l'affaire *Tucker* (20 novembre 2009), 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) 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".

<sup>160</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 19-3.

<sup>161</sup> *Ibid.*, art. 21-1 *f*.

<sup>162</sup> *Ibid.*, voir également art. 29 et 30.

<sup>163</sup> *Ibid.*, art. 15-3.



129. 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>164</sup>. Cet équilibre est indispensable pour que soient atteints les objectifs de la législation relative à l'insolvabilité internationale.

### 3. *Mesures s'appliquant automatiquement dès la reconnaissance de la "procédure principale"*<sup>165</sup>

130. 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.

131. 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*.

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

133. 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>166</sup>.

---

<sup>164</sup> Voir plus généralement le *Guide pour l'incorporation*, par. 161 à 164.

<sup>165</sup> Le résumé qui suit se fonde pour l'essentiel sur les paragraphes 141 à 153 du *Guide pour l'incorporation*.

<sup>166</sup> Voir Loi type de la CNUDCI, art. 20-2.

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

135. 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>167</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, des 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.

136. 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 suspension qui y sont visées sont subordonnées aux dispositions de la loi de l'État adoptant relative à l'insolvabilité.

137. 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>168</sup>. Si une procédure locale est effectivement ouverte, l'article 29 traite de la coordination de cette procédure avec la procédure étrangère<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> Ibid.

<sup>168</sup> Le droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale et d'y participer est, d'une manière générale, régi par les articles 11 à 13 de la Loi type.

<sup>169</sup> Voir les paragraphes 175 à 177 ci-dessous.

#### 4. Mesures postérieures à la reconnaissance<sup>170</sup>

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

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

139. Les mesures prévues à l'article 21 sont discrétionnaires. Les types de mesures énumérées au paragraphe 1 de cet article sont les plus courantes dans les procédures d'insolvabilité: la liste n'est cependant pas exhaustive, afin de ne pas restreindre inutilement le pouvoir du tribunal requis d'accorder tout type de mesures applicables et nécessaires en vertu de la loi de l'État adoptant pour tenir compte des circonstances de la cause<sup>171</sup>.

140. Les mesures discrétionnaires sont par nature susceptibles d'être modulées par le tribunal en fonction de l'affaire jugée. Cette idée est renforcée par le paragraphe 2 de l'article 22, selon lequel le tribunal peut soumettre les mesures qu'il accorde aux conditions qu'il juge appropriées. Le juge devra dans chaque cas déterminer les mesures les plus appropriées aux circonstances de l'espèce et les conditions auxquelles ces mesures devront satisfaire. L'article 22 mentionne également la nécessité pour le tribunal de s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées sont suffisamment protégés lorsqu'il accorde ou refuse une mesure après reconnaissance d'une procédure étrangère et lorsqu'il modifie ou fait cesser cette mesure<sup>172</sup>.

141. La "remise" des biens au représentant étranger (ou à une autre personne), envisagée au paragraphe 2 de l'article 21, est discrétionnaire. La Loi type de la CNUDCI contient plusieurs garanties visant à assurer la protection des intérêts locaux avant que les biens soient remis au représentant étranger<sup>173</sup>. Dans l'affaire *Atlas Shipping*, le tribunal américain a accordé les mesures demandées par le représentant de l'insolvabilité danois en vertu des dispositions correspondant aux paragraphes 1 e et 2 de l'article 21 en ce qui concerne les fonds détenus sur des comptes bancaires aux États-Unis et

---

<sup>170</sup>Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, tiré des paragraphes 154 à 160 du *Guide pour l'incorporation*.

<sup>171</sup>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 les affaires *Ephedra* et *Tri-Continental Exchange* (note 155 ci-dessus) et les paragraphes 47 à 51 ci-dessus.

<sup>172</sup>Voir plus haut les paragraphes 128 et 129.

<sup>173</sup>Ces garanties sont les suivantes: le principe général de protection des intérêts locaux énoncé au paragraphe 1 de l'article 22; la disposition du paragraphe 2 de l'article 21 selon laquelle le tribunal ne doit pas autoriser la remise des biens avant de s'être assuré que les intérêts des créanciers locaux sont protégés; et le paragraphe 2 de l'article 22, selon lequel le tribunal peut soumettre les mesures qu'il accorde aux conditions qu'il juge appropriées.

soumis aux ordonnances de saisie conservatoire maritime rendues avant et après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité au Danemark. Le juge des États-Unis a déclaré que les mesures accordées n'empêchaient pas les créanciers de faire valoir devant le tribunal danois des faillites d'éventuels droits sur les fonds précédemment saisis<sup>174</sup>. Il a également fait observer que la remise des fonds au représentant étranger constituerait une solution à la fois plus économique et plus efficace dans la mesure où elle permettrait à tous les créanciers d'Atlas, partout dans le monde, de faire valoir leurs droits devant un seul et même tribunal compétent.

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

143. 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.

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.

144. Pour déterminer s'il y a lieu d'accorder les mesures discrétionnaires prévues à l'article 21 ou de modifier ou lever les mesures accordées, le tribunal doit s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont suffisamment protégés. C'est une des raisons pour lesquelles il peut soumettre les mesures qu'il accorde aux conditions qu'il juge appropriées<sup>175</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>176</sup>.

---

<sup>174</sup> Affaire *Atlas Shipping*, p. 742.

<sup>175</sup> Voir par. 140 ci-dessus.

<sup>176</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 22.

145. Un exemple d'affaire où l'octroi de mesures a initialement été refusé est l'affaire *Rubin c. Eurofinance*. Le tribunal 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 Loi type envisageait la possibilité d'accorder des mesures de ce type. 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<sup>177</sup> aux États-Unis. 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>178</sup> (ce qui justifierait une telle mesure) et un jugement prévoyant le versement d'une somme d'argent à un créancier déterminé (ce qui ne la justifierait pas). Le juge a considéré que la décision rendue dans le contexte de la procédure fondée sur le chapitre 11 relevait de la deuxième catégorie, si bien que le jugement ne pouvait pas être exécuté en vertu de la Loi type de la CNUDCI. Aux fins d'exécution, les règles usuelles du droit international privé anglais continuaient de s'appliquer.

146. En appel, la cour 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<sup>179</sup>.

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

147. 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

---

<sup>177</sup> *Rubin c. Eurofinance*, par.47.

<sup>178</sup> *Ibid.*, 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>179</sup> *Rubin c. Eurofinance* (en appel), par. 61.

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 Loi type de la CNUDCI n'était pas applicable). Bien que l'Angleterre et l'Australie aient adopté des lois fondées sur la Loi type, aucune d'elles n'était en vigueur lorsque la procédure en question a été ouverte en Angleterre<sup>180</sup>.

148. 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 doit 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 contraire aux priorités prévues par le droit anglais. En première instance, la demande a été rejetée<sup>181</sup>; cette décision a été confirmée en appel<sup>182</sup>. En second appel, les décisions précédentes ont été infirmées et les mesures ont été accordées en faveur des liquidateurs australiens<sup>183</sup>.

149. En second appel, 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>184</sup>. Aussi la procédure principale en Australie devait-elle se voir accorder un effet universel<sup>185</sup>;

---

<sup>180</sup> La demande des liquidateurs australiens a été examinée en application du paragraphe 4 de l'article 426 de la Loi sur l'insolvabilité (*Insolvency Act*) de 1986 du Royaume-Uni, qui fait 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>181</sup> *HIH Casualty and General Insurance Ltd* (2005).

<sup>182</sup> Affaire *HIH* (premier appel).

<sup>183</sup> Affaire *McGrath c. Riddell*.

<sup>184</sup> Comparer avec la discussion sur l'ordre public dans l'affaire *Gold & Honey*, au paragraphe 110 ci-dessus.

<sup>185</sup> Affaire *McGrath c. Riddell*, par. 30, 36 et 63.

b) Selon une deuxième opinion, comme l'Australie comptait parmi les pays auxquels une assistance pouvait être fournie en vertu de la Loi sur l'insolvabilité de 1986, il n'y avait aucune raison de ne pas donner effet à l'obligation légale d'aider les liquidateurs australiens. Il n'existait aucune considération fondamentale d'ordre public qui interdirait aux liquidateurs australiens d'obtenir les mesures demandées<sup>186</sup>;

c) La troisième opinion était fondée sur quatre facteurs spécifiques justifiant l'octroi des mesures<sup>187</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.

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

150. L'article 23<sup>188</sup> dispose que, dès la reconnaissance, le représentant étranger a capacité pour engager certaines actions concernant des opérations antérieures irrégulières. Les types précis d'actions visées par cet article seront généralement mentionnés dans la législation de l'État adoptant qui incorpore la Loi type.

151. Lorsque la procédure étrangère a été reconnue comme "procédure non principale", le tribunal doit examiner tout particulièrement la question de savoir si l'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>189</sup>. Là encore, les dispositions établissent une distinction entre la nature d'une procédure "principale" et celle d'une procédure "non principale"

---

<sup>186</sup> Ibid., par. 59, 62, 76 et 77.

<sup>187</sup> Ibid., par. 42.

<sup>188</sup> Voir également le *Guide pour l'incorporation*, par. 165 à 167.

<sup>189</sup> Loi type de la CNUDCI, art. 23-2.

et soulignent que les mesures pouvant être accordées dans le cas d'une procédure "non principale" seront probablement plus restrictives que celles pouvant l'être dans le cadre d'une procédure "principale".

152. 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>190</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.

153. Dans l'affaire *Fogarty c Petroquest (Condor Insurance)*, 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 aux États-Unis. Infirmant les décisions des tribunaux de première et deuxième instance, la cour d'appel a considéré que le tribunal des faillites avait effectivement ce pouvoir. L'affaire portait sur la reconnaissance aux États-Unis d'une procédure étrangère principale ouverte à Nevis, à la suite de quoi les représentants étrangers avaient engagé une action contre le débiteur, en vertu du droit de Nevis, pour recouvrer certains biens frauduleusement transférés aux États-Unis. Le chapitre 15 prévoit que les pouvoirs d'annulation sont exclus des mesures susceptibles d'être accordées conformément à la disposition correspondant à l'alinéa 1 g de l'article 21 de la Loi type. Il dispose en revanche qu'en vertu de l'article 23 de tels pouvoirs peuvent être exercés dans le cadre d'une procédure de faillite ordinaire. La cour d'appel a considéré que le chapitre 15 n'interdisait cependant pas au représentant étranger d'invoquer les pouvoirs d'annulation prévus par le droit étranger applicable et que le libellé de la législation laissait penser qu'il fallait interpréter de manière extensive les pouvoirs accordés au tribunal afin de promouvoir la courtoisie internationale à l'égard des juridictions étrangères<sup>191</sup>. Avant cette décision rendue en appel, une interprétation semblable avait été approuvée dans l'affaire *Atlas Shipping*, dans laquelle le tribunal 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 dans l'historique de la législation"<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> Ibid., art. 23-1.

<sup>191</sup> *Condor Insurance* (en appel), sect. III, p. 3 à 17.

<sup>192</sup> *Affaire Atlas Shipping*, p. 744.



## E. Coopération et coordination

### 1. Observations liminaires

154. Les articles 25 à 27 de la Loi type de la CNUDCI ont pour but de promouvoir la coopération entre les représentants de l'insolvabilité et les tribunaux de différents États afin que les procédures d'insolvabilité visant le même débiteur soient menées de manière à répondre au mieux aux besoins de tous ses créanciers. L'objectif est de maximiser la valeur pour les créanciers (dans le cas d'une procédure de liquidation ou de redressement) et (dans le cas d'une procédure de redressement) de faciliter la protection des investissements et la préservation des emplois<sup>193</sup>, grâce à une administration équitable et efficace de la masse de l'insolvabilité.

155. La coopération et la coordination entre les tribunaux sont des éléments essentiels de la Loi type. La coopération est souvent le seul moyen réaliste, par exemple, de prévenir la dissipation des biens, d'en maximiser la valeur<sup>194</sup> ou de trouver les meilleures solutions pour le redressement de l'entreprise. Elle est aussi souvent le seul moyen de coordonner des procédures visant différents membres du même groupe d'entreprises dans différents États<sup>195</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.

156. 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.

157. Les articles laissent aux tribunaux et, sous réserve du contrôle de ces derniers, aux représentants de l'insolvabilité le soin de décider du moment

---

<sup>193</sup> Loi type de la CNUDCI, al. e du préambule.

<sup>194</sup> Par exemple, lorsque des éléments de l'outil de production situés dans deux États ont une plus grande valeur s'ils sont vendus ensemble que s'ils sont vendus séparément.

<sup>195</sup> Voir *Guide législatif de la CNUDCI*, troisième partie: Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, recommandations 239 à 254 sur la promotion de la coopération internationale dans les procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises.

et de la forme de la coopération. La Loi type de la CNUDCI n'exige pas, pour que le tribunal (ou encore la personne ou l'organe mentionné aux articles 25 et 26) puisse coopérer avec un tribunal ou un représentant étranger concernant une procédure étrangère, que cette procédure soit officiellement reconnue.

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

## 2. Coopération

159. L'importance de donner aux tribunaux la souplesse et la latitude voulues pour coopérer avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers a été soulignée lors du deuxième Colloque judiciaire multinational CNUDCI-INSOL sur l'insolvabilité internationale<sup>196</sup>, qui s'est tenu avant que ne soit finalisée la Loi type de la CNUDCI. Lors de ce Colloque, des juges ont cité des exemples de coopération judiciaire dans un certain nombre d'affaires sur lesquelles ils avaient travaillé.

160. Plusieurs points se sont dégagés des exemples donnés<sup>197</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>198</sup>;

b) La communication doit se faire ouvertement, avec notification préalable des parties intéressées<sup>199</sup>, et en présence de ces dernières, sauf dans les cas extrêmes<sup>200</sup>;

c) Les types de communication possibles sont nombreux et comprennent l'échange d'ordonnances ou de jugements officiels des tribunaux,

<sup>196</sup> Le rapport du Colloque est disponible à l'adresse [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia\\_insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html) et à l'adresse <http://www.insol.org>. Le Colloque s'est tenu à la Nouvelle-Orléans (États-Unis) les 22 et 23 mars 1997. Voir également le document A/52/17, par. 17 à 22, à l'adresse: <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/30th.html>. Neuf colloques judiciaires ont eu lieu à ce jour; on trouvera des rapports de ces colloques à l'adresse: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia\\_insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html).

<sup>197</sup> Plusieurs de ces points sont à présent traités dans la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI*, en particulier aux par. 14 à 40 du chap. III, et dans les recommandations 240 à 245 sur la coopération entre tribunaux dans les cas d'insolvabilité internationale d'un groupe d'entreprise.

<sup>198</sup> *Ibid.*, par. 21 à 34 du chap. III et recommandations 241 à 243.

<sup>199</sup> Cette notification est aujourd'hui prévue expressément dans les règles de divers tribunaux, par exemple à l'alinéa q 2) de l'article 2002 des *United States Federal Rules of Bankruptcy Procedure*.

<sup>200</sup> Guide législatif de la CNUDCI, troisième partie, chap. III, par. 24 à 27 et recommandation 243 b et c.

la communication d'écrits informels contenant des informations générales, des questions et des observations et la transmission des comptes rendus d'audience<sup>201</sup>;

d) Les moyens de communication sont notamment le téléphone, la liaison vidéo, la télécopie et le courrier électronique<sup>202</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.

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

162. Dans l'affaire *Maxwell Communication*<sup>203</sup>, les juges à New York et en Angleterre ont évoqué indépendamment, avec les avocats des parties dans chaque pays, la possibilité de négocier un accord international<sup>204</sup> pour faciliter la coordination des deux procédures. Chaque tribunal a désigné un facilitateur et plusieurs points difficiles ont pu être réglés<sup>205</sup>.

163. Dans certains cas, des conférences ont été organisées par téléphone ou liaison vidéo entre juges et avocats de chaque pays. Par exemple, à partir de 2001, une audience conjointe s'est tenue par liaison vidéo; y ont participé des juges des États-Unis d'Amérique et du Canada et des représentants de toutes les parties dans chaque pays. Du point de vue procédural, l'audience était conduite de manière simultanée<sup>206</sup>. Chaque juge a entendu les arguments sur les questions de fond dont était saisi son tribunal avant de décider de l'issue appropriée. Les parties et le juge d'un pays pouvaient voir et entendre

---

<sup>201</sup> Ibid., par. 20 et recommandation 241.

<sup>202</sup> Ibid., par. 20.

<sup>203</sup> Dans *In re Maxwell Communication Corp.* 93 F.3d 1036 (2<sup>e</sup> Cir. 1996) (n<sup>o</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.* 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 High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, n<sup>o</sup> 0014001 de 1991 (31 décembre 1991).

<sup>204</sup> Voir *Guide pratique de la CNUDCI*, chap. III.

<sup>205</sup> Voir également *Olympia and 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>206</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 (10 juillet 2001) (protocole d'insolvabilité internationale et ordonnance portant approbation du protocole).

ce qui se passait durant les débats dans l'autre pays, sans toutefois participer activement à cette partie de l'audience.

164. À l'issue des débats devant chaque tribunal (avec le consentement des parties), les deux juges ont suspendu l'audience pour s'entretenir en privé (par téléphone), après quoi l'audience conjointe a repris et chaque juge a rendu des décisions pour la procédure le concernant. Un des juges a confirmé qu'ils s'étaient entendus sur une conclusion mais il était clair que chaque juge était parvenu de son côté à une décision ne portant que sur la procédure dont il était chargé<sup>207</sup>.

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

166. Un autre exemple de coopération est l'échange de correspondance contenant des demandes d'assistance de l'un des tribunaux ou des réponses à ces demandes. Dans l'affaire *Perpetual Trustee Company Ltd c Lehman Bros. Special Financing Inc*<sup>208</sup>, un tribunal anglais a été amené, à la suite d'une série de demandes, à répondre au tribunal américain en expliquant les mesures et décisions prises en 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. L'objectif était d'encourager de nouvelles communications pour le cas où des décisions seraient contradictoires<sup>209</sup>.

167. La coopération peut également être assurée par le biais d'accords d'insolvabilité internationale 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>210</sup>.

168. L'article 26, relatif à la coopération internationale entre les représentants de l'insolvabilité chargés d'administrer les biens des débiteurs

---

<sup>207</sup> Procès-verbal de la conférence dans l'affaire *PS-Net Inc.* (US Bankruptcy Court, Southern District of New York et Cour supérieure de justice de l'Ontario), 26 septembre 2001, disponible auprès du secrétariat de la CNUDCI.

<sup>208</sup> [2009] EWHC 2953, par. 12 à 23.

<sup>209</sup> *Ibid.*, par. 41 à 50.

<sup>210</sup> Pour des exemples d'utilisation de cette méthode, voir le *Guide pratique de la CNUDCI*, chap. II, par. 2 et 3. Comme indiqué dans le *Guide pratique*, cette méthode a été utilisée dans les affaires suivantes: *Maxwell Communication* (voir plus haut, par. 162); *In re Matlack Sys. Inc.*, Cour supérieure de justice de l'Ontario, n° 01-CL-4109 et United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, n° 01-01114 (Bankr. D. Del. 24 mai 2001); et *In re Nakash*, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, n° 94B 44840 (Bankr. S.D.N.Y. 23 mai 1996) (protocole d'insolvabilité internationale et ordonnance portant approbation du protocole) et Tribunal de district de Jérusalem, n° 1595/87 (23 mai 1996). On trouvera des notes sur les accords utilisés dans ces affaires à l'annexe I du *Guide pratique de la CNUDCI*.

insolvables, montre le rôle important que ces personnes peuvent jouer dans la conception et l'exécution d'accords internationaux, 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>211</sup>.

169. En 2000, l'American Law Institute a élaboré les Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers<sup>212</sup>, dans le cadre de ses travaux sur l'insolvabilité internationale dans les pays de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Des juges, des juristes et des universitaires des trois pays membres de l'ALENA — Canada, États-Unis et Mexique — ont travaillé ensemble à ce projet. Les Directives visent à encourager et faciliter la coopération dans les affaires internationales. Elles ne visent pas à modifier les règles ou procédures internes applicables dans un pays particulier, ni à compromettre ou restreindre les droits fondamentaux des parties à une procédure devant un tribunal. Les Principes directeurs ont été approuvés par plusieurs tribunaux de différents pays et utilisés dans plusieurs affaires internationales<sup>213</sup>.

170. Il existe en matière de coopération une différence importante entre la Loi type de la CNUDCI et le Règlement CE. Ce dernier ne contient aucune disposition concernant les communications entre tribunaux. En revanche, Il impose au syndic de la procédure principale et aux syndics des procédures secondaires ouvertes dans un État membre "un devoir d'information réciproque" et "un devoir de coopération réciproque" et dispose que le syndic d'une procédure secondaire "doit en temps utile permettre au syndic de la procédure principale de présenter des propositions" sur cette procédure ou sur toute utilisation des biens de la procédure secondaire<sup>214</sup>.

### 3. *Coordination*

171. Les articles 28 et 29 ont trait aux procédures concurrentes et plus particulièrement à l'ouverture d'une procédure locale après la reconnaissance

---

<sup>211</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 26, par. 1 et 2, ainsi que toute autre loi nationale régissant les aspects pratiques de la coopération.

<sup>212</sup>Disponible en 14 langues à l'adresse <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/?task=viewcategory&catid=394> [consulté le 25 juillet 2011].

<sup>213</sup>Un accord international entériné par des tribunaux de l'Ontario et du Delaware dans l'affaire *Matlack* (voir plus haut note 210) montre comment les Directives ont été adaptées à une affaire particulière. Les Directives ont également été appliquées dans plusieurs autres accords internationaux (voir les résumés des affaires à l'annexe I du *Guide pratique de la CNUDCI*).

<sup>214</sup>Règlement CE, art. 31.

d'une procédure étrangère principale et à la façon dont les mesures devraient être adaptées pour assurer la cohérence entre procédures concurrentes.

172. 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.

173. 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>215</sup>. Pour qu'une procédure locale puisse s'étendre de façon limitée à l'étranger, l'article 28 prévoit qu'elle peut avoir effet, dans la mesure nécessaire, sur les autres biens du débiteur qui devraient être administrés dans la procédure ouverte dans l'État adoptant.

174. 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]".

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.

175. 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 ni ne fait cesser la reconnaissance d'une procédure étrangère. Ce principe est fondamental pour la réalisation des objectifs de la Loi type de la CNUDCI dans la mesure où il autorise le tribunal

---

<sup>215</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.

requis à accorder en toutes circonstances des mesures en faveur de la procédure étrangère.

176. 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>216</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>217</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>218</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>219</sup>.

177. 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.

178. L'alinéa *c* de l'article 29 incorpore le principe selon lequel une mesure accordée au représentant d'une procédure étrangère non principale doit se limiter aux biens devant être administrés dans cette procédure non principale ou concerner les informations requises dans cette procédure. Ce principe est exprimé aussi au paragraphe 3 de l'article 21 et de nouveau à l'article 29 afin d'insister sur la nécessité de l'appliquer aux fins de la coordination des procédures locale et étrangère.

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

---

<sup>216</sup>Loi type de la CNUDCI, art. 29 *a* i).

<sup>217</sup>Ibid., art. 29 *b* i).

<sup>218</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>219</sup>Ibid., art. 29 *a* ii).

180. 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.

181. 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 cette procédure principale<sup>220</sup>.

182. 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>221</sup>.

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

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

185. 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.

186. L'article 32 est sans incidence sur le rang des créances fixé par la loi de l'État adoptant et vise uniquement à établir une égalité de traitement

---

<sup>220</sup> Ibid., art. 30 *a* et *b*.

<sup>221</sup> Ibid., art. 30 *c*.



entre les créanciers de même classe. 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.

187. L'expression "créances garanties"<sup>222</sup> désigne généralement les créances garanties par des biens particuliers, alors que l'expression "droits réels" vise les droits attachés à un bien particulier 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>222</sup> Dans le glossaire du *Guide législatif de la CNUDCI*, au paragraphe 12, *o*, le terme "créance garantie" est défini comme une "créance assortie d'une sûreté réelle constituée en garantie d'une dette et réalisable en cas de défaut de paiement du débiteur".



# Annexe I

## Résumé des affaires

### *1. Atlas Shipping A/S<sup>a</sup>*

Une procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'encontre du débiteur au Danemark en 2008. Les représentants de l'insolvabilité danois ont demandé à un tribunal américain d'annuler certaines saisies maritimes que des créanciers étrangers avaient obtenues, à la fois avant et après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sur des fonds détenus par le débiteur dans des comptes bancaires à New York. En vertu du droit danois, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité met fin à toutes ces saisies et interdit toute nouvelle saisie sur les biens du débiteur. Le tribunal américain a noté que, pour décider s'il convenait d'accorder à un représentant étranger des mesures postérieures à la reconnaissance en plus de celles automatiquement applicables en vertu de la disposition américaine correspondant à l'article 20 de la Loi type [titre 11 de l'United States Code (11 U.S.C.), § 1520], 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 non seulement des dispositions applicables avant l'adoption du chapitre 15 mais également de celles du chapitre 15<sup>b</sup>. Plus précisément, le tribunal a jugé que le type de mesures demandé satisfaisait aux conditions énoncées dans les dispositions américaines correspondant aux paragraphes 1 e et 2 de l'article 21 de la Loi type [11 U.S.C. § 1521 (a)(5) et 1521 (b)], qui autorisaient le représentant étranger à récupérer des biens situés aux États-Unis et à les répartir dans le cadre d'une procédure étrangère. Le tribunal américain a conclu que toutes les saisies devaient être levées et que les fonds déjà saisis devaient être remis aux représentants de l'insolvabilité pour administration dans le cadre de la procédure danoise.

---

<sup>a</sup>404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. avril 2009).

<sup>b</sup>Le chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (United States Bankruptcy Code) incorpore la Loi type aux États-Unis.

## 2. *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund*<sup>c</sup>

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 ainsi que des mesures au titre de la disposition américaine correspondant à l'article 21 de la Loi type [11 U.S.C. § 1521]. Dans son raisonnement, le tribunal a tout d'abord noté qu'il devait trancher de façon indépendante la question de savoir si la procédure étrangère satisfaisait aux conditions des définitions énoncées dans les dispositions américaines correspondant aux articles 2 et 17 de la Loi type [11 U.S.C. §§ 1502, 1517]. Il a examiné les conditions auxquelles devait satisfaire une procédure étrangère principale ainsi que la présomption énoncée au paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type [11 U.S.C. § 1516 (c)] selon laquelle le siège statutaire du débiteur était le centre de ses intérêts principaux. Il a précisé que cette présomption ne devrait s'appliquer que dans les affaires exemptes de controverses graves, ce qui permettait et encourageait une action rapide lorsque la situation était claire, et que la charge de la preuve incombait au représentant étranger. Pour examiner le type de preuves nécessaire pour réfuter la présomption, le tribunal s'est référé à l'article 8 de la Loi type, qui exigeait pour l'interprétation de cette dernière de tenir compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Il s'est penché sur l'interprétation du concept de "centre des intérêts principaux" dans le contexte de l'Union européenne, prenant note de la décision de la Cour de justice européenne dans l'affaire *Eurofood*, selon laquelle la présomption concernant le "centre des intérêts principaux" pouvait être réfutée "notamment [dans] le cas d'une société 'boîte aux lettres' qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social". Le tribunal américain a jugé qu'en l'espèce les représentants étrangers avaient eux-mêmes fourni la preuve contraire: il n'y avait ni employés ni gérants aux îles Caïmanes; le conseiller en placements du Fonds était à New York; l'administrateur des services de post-marché du Fonds était aux États-Unis de même que les livres et registres du Fonds; et, avant l'ouverture de la procédure étrangère, toutes les liquidités du Fonds se trouvaient en dehors des îles Caïmanes. Le tribunal a aussi noté que les registres d'investisseurs et les comptes clients se trouvaient hors des îles Caïmanes et qu'aucune des autres parties aux principaux accords de mise en pension ou d'échange financier n'était basée sur ces îles.

---

<sup>c</sup> 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y., sept. 2007); [CLOUT, décision n° 760]. Confirmé par 389 B.R. 325 (Bankr. S.D.N.Y., 2008); [CLOUT, décision n° 794].

Cherchant à déterminer si la procédure caïmanaise pourrait constituer une procédure étrangère non principale au sens de l'alinéa *c* de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 1502 (5)] 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. Le tribunal a observé que les demandeurs n'étaient cependant pas dépourvus de tout recours face à la non-reconnaissance. Il s'est référé à la disposition américaine correspondant à l'article 29 de la Loi type [11 U.S.C. § 1529], qui imposait la coopération et la coordination entre procédures étrangères et procédures nationales ayant lieu concurremment à l'encontre du même débiteur en vertu des articles 25 à 27 de la Loi type [11 U.S.C. §§ 1525-1527].

### 3. *Betcorp Ltd (liquidation)*<sup>d</sup>

Lors de sa constitution en 1998, la société Betcorp opérait seulement en Australie. Elle a ensuite étendu ses activités aux États-Unis, où elle fournissait des services de jeu en ligne. Elle a mis fin à cette composante essentielle de ses activités suite à l'adoption en 2006 aux États-Unis d'une loi interdisant les jeux d'argent en ligne (*Unlawful Internet Gambling Enforcement Act*). Elle a mis un terme à ses activités aux États-Unis puis cessé toute activité peu après. À une réunion en septembre 2007, l'immense majorité des actionnaires a voté en faveur de la nomination de liquidateurs et demandé la liquidation volontaire de la société. 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 vue de régler l'affaire de violation du droit d'auteur dans le cadre de la procédure de liquidation. Le tribunal américain a estimé que la procédure australienne satisfaisait aux conditions de la disposition américaine correspondant à l'alinéa *a* de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 101 (23)] et l'a reconnue en tant que procédure étrangère principale.

---

<sup>d</sup>400 B.R. 266 p. 284 (Bankr. D. Nev 2009) [CLOUT, décision n° 927].

#### 4. *British American Insurance*<sup>e</sup>

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 de leur procédure respective en tant que procédure étrangère principale ou, à défaut, en tant que procédure étrangère non principale, des mesures au titre des dispositions américaines correspondant aux articles 20 et 21 de la Loi type [11 U.S.C. § 1520 et 1521] et la coordination de procédures étrangères multiples en vertu de la disposition correspondant à l'article 30 [11 U.S.C. § 1530]. La difficulté en l'espèce était de déterminer si la procédure bahamienne constituait une procédure principale ou non principale au sens des dispositions correspondant aux alinéas *b* et *c* de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 1502 (4)-(5)]. 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 au sens de la disposition correspondant aux alinéas *c* et *f* de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 1502 (2), (5)] et refusé de reconnaître la procédure bahamienne en tant que procédure étrangère non principale. Il était incontestable qu'au moment où la demande de reconnaissance a 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 le débiteur avait un établissement à Saint-Vincent-et-les Grenadines et que la procédure dans ce pays était par conséquent une procédure étrangère non principale. Il a refusé d'accorder les mesures demandées au titre de la disposition correspondant à l'article 30, au motif qu'il n'avait reconnu qu'une seule procédure étrangère non principale.

---

<sup>e</sup>425 B.R. 884 (Bankr. S.D.Fla. 2010) [CLOUT, décision n° 1005].

### 5. *Ephedra Products Liability Litigation*<sup>f</sup>

Le représentant de l'insolvabilité canadien d'un débiteur canadien a demandé au tribunal américain devant lequel avaient été jointes les instances en responsabilité du fait des produits engagées à l'encontre du même débiteur la reconnaissance de la procédure d'insolvabilité canadienne en tant que procédure étrangère principale. Une fois la reconnaissance obtenue, le tribunal canadien a rendu une ordonnance approuvant une procédure de règlement des créances en vue d'une estimation et d'une évaluation simplifiées de toutes les créances pour responsabilité du fait des produits à l'encontre du débiteur. Le représentant de l'insolvabilité canadien a ensuite demandé au tribunal américain la reconnaissance et l'exécution de cette ordonnance. Des objections ont été émises au motif que la procédure de règlement des créances était manifestement contraire à l'ordre public américain en vertu de la disposition américaine correspondant à l'article 6 de la Loi type [11 U.S.C. § 1506], car elle priverait les créanciers du droit à une procédure régulière et à un procès devant un jury. Le tribunal des États-Unis a admis qu'une telle procédure, qui prévoyait une médiation obligatoire et, si la médiation aboutissait à un plan approuvé par les majorités déterminées de créanciers, l'estimation et la liquidation des créances restantes, 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. La procédure de règlement des créances a été modifiée de manière à exiger que cette possibilité soit donnée et, sur la base de cette modification, le tribunal a conclu qu'elle offrirait la garantie d'une procédure régulière. Pour ce qui est de l'argument selon lequel le déni du droit à un procès devant un jury était manifestement contraire à l'ordre public américain, le tribunal a estimé que ni la disposition américaine correspondant à l'article 6 ni aucune autre loi n'empêchaient un tribunal de reconnaître et d'exécuter une procédure d'insolvabilité étrangère aux fins de liquidation de créances au simple motif que la procédure n'incluait pas le droit à un jury. Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal a considéré le *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI* sur l'insolvabilité internationale et la jurisprudence américaine sur l'exécution des jugements étrangers, qui soulignaient tous deux qu'une conclusion selon laquelle la reconnaissance serait "manifestement contraire" à des considérations d'ordre public national devait être justifiée par des circonstances exceptionnelles.

---

<sup>f</sup>349 B.R. 333 (S.D.N.Y., 2006) [CLOUT, décision n° 765].

## 6. *Eurofood IFSC*<sup>g</sup>

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

## 7. *Fairfield Sentry*<sup>h</sup>

Les sociétés débitrices étaient constituées et avaient leur siège statutaire aux îles Vierges britanniques; elles étaient utilisées par des personnes essentiellement non américaines et certaines entités américaines exonérées d'impôts pour investir dans la société Bernard L. Madoff Investment Securities LLC.

---

<sup>g</sup> [2006] Ch 508 (Cour de justice européenne).

<sup>h</sup> 440 B.R. 60 (Bankr. S.D.N.Y. 2010).



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 en tant que procédures principales ou non principales a été demandée aux États-Unis. Le tribunal américain a estimé que les débiteurs avaient le centre de leurs intérêts principaux aux îles Vierges britanniques puisqu'ils y avaient leur "centre névralgique", à savoir leur siège et le lieu où ils dirigeaient, contrôlaient et coordonnaient leurs activités. Examinant le moment auquel devait être déterminé le centre des intérêts principaux, le tribunal a noté que même les tribunaux ayant privilégié la date de la demande de reconnaissance (dans les affaires *Ran*, *Betcorp* et *British American Insurance*) "approuveraient probablement une approche prenant en compte la totalité des circonstances, si nécessaire". Il a dit ensuite que la jurisprudence naissante n'empêchait pas d'examiner la question de la détermination du centre des intérêts principaux dans un cadre temporel plus large lorsqu'il était possible que ce centre ait été "transféré pour des raisons opportunistes (par exemple pour commettre un délit d'initié, se livrer à des manipulations fâcheuses, ou déjouer manifestement les attentes des tiers)". Il a noté que, lorsqu'un débiteur avait cessé ses activités, le centre de ses intérêts principaux pouvait devenir celui du représentant étranger et que ce fait, s'ajoutant au lieu du siège statutaire, justifiait que le centre des intérêts principaux des débiteurs soit situé aux îles Vierges britanniques.

### 8. *Fogarty c. Petroquest Resources (Condor Insurance)*<sup>i</sup>

Après la reconnaissance aux États-Unis d'une procédure d'insolvabilité ouverte en vertu du droit névicien contre une société d'assurance de Nevis, les représentants du débiteur sur l'île ont intenté une action 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 dispositions américaines correspondant aux articles 21 et 23 de la Loi type [11 U.S.C. § 1521, 1523] n'autorisaient pas les représentants étrangers d'une procédure étrangère principale ou non principale à engager des actions en annulation, en dépit de la reconnaissance de cette procédure, mais ne leur permettaient d'entamer une telle action qu'après l'ouverture d'une procédure de liquidation ou de redressement en vertu du droit américain. Le tribunal américain a débouté les demandeurs, décision qui a été confirmée en premier appel. Les représentants étrangers ont de nouveau interjeté appel, faisant valoir que les articles 21 et 23 limitaient le pouvoir d'un représentant étranger d'engager une action en annulation en vertu du droit américain,

---

<sup>i</sup>601 F.3d 319, (5th Cir. 2010) [CLOUT, décision n° 1006], annulant 411 B.R. 314 (S.D. Miss. 2009) [CLOUT, décision n° 928].

mais non en vertu des lois étrangères en matière d'annulation. En second appel, la cour a annulé la décision rendue en premier appel. Elle a estimé que les dispositions américaines correspondant aux articles 21 et 23 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). Aucun de ces deux articles n'empêchant un représentant étranger d'engager une action en annulation en vertu d'un droit étranger, la cour a conclu qu'il ne s'ensuivait pas nécessairement que le Congrès des États-Unis ait 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 sur 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. Les sociétés d'assurance étrangères, telles que le débiteur en l'espèce, ne pouvaient 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 — une procédure du chapitre 7 ou 11 ouverte à la demande d'un représentant étranger à la suite de la reconnaissance de la procédure étrangère — ne leur était donc pas ouverte. La cour a jugé improbable que le Congrès ait par inadvertance facilité des tactiques permettant aux débiteurs de dissimuler des biens aux États-Unis pour les mettre hors de portée des juridictions étrangères, étant donné que certains défendeurs pourraient contester la compétence du tribunal devant lequel la procédure étrangère serait pendante. Elle a donc 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.

### ***9. Gold & Honey***

En juillet 2008, une procédure de mise sous administration judiciaire a été ouverte en Israël, mais la nomination d'un administrateur judiciaire a été refusée par le tribunal israélien. En septembre 2008, une procédure de redressement a été ouverte aux États-Unis, dans laquelle le tribunal a ordonné que tous les biens du débiteur soient soumis à sa compétence. Malgré cette ordonnance, la demande de nomination d'un administrateur judiciaire a été formée devant le tribunal israélien, qui s'est déclaré compétent et a indiqué qu'il pouvait désigner des administrateurs pour procéder à la liquidation des biens en Israël en dépit de la procédure se déroulant aux États-Unis et de

---

<sup>1</sup>410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y., 2009) [CLOUT, décision n° 1008].

l'application d'un arrêt des poursuites au niveau mondial. En janvier 2009, les administrateurs judiciaires israéliens ont demandé que la procédure israélienne soit reconnue à New York pour faire transférer en Israël les biens situés à New York aux fins de l'application de la procédure israélienne. Le tribunal américain a rejeté la demande de reconnaissance, estimant: *a*) que les représentants israéliens n'avaient pas démontré comme il leur en incombaît que la procédure israélienne était une procédure collective et que les biens et les affaires du débiteur étaient soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger conformément à la définition figurant dans la disposition américaine correspondant à l'alinéa *a* de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 101 (23)]; *b*) que les représentants israéliens avaient été désignés en violation de l'arrêt automatique des poursuites et; *c*) que le seuil requis pour établir l'exception d'ordre public prévue dans la disposition correspondant à l'article 6 de la Loi type [11 U.S.C. § 1506] avait été atteint.

### **10. *HIH Casualty and General Insurance*<sup>k</sup>; *McGrath c. Riddell*<sup>l</sup>**

Le groupe HIH était un grand groupe d'entreprises exerçant diverses activités d'assurance et de réassurance, notamment en Australie, en Angleterre et aux États-Unis. Jusqu'à son effondrement en mars 2001, c'était le deuxième groupe d'assurance d'Australie. L'affaire a concerné 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 était situé 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 en Angleterre devaient être traités compte tenu des différences entre le droit de l'insolvabilité et les régimes de priorité australiens et anglais. Le droit de l'insolvabilité australien donnait la priorité aux créanciers d'assurance pour le montant reçu des réassureurs alors que le droit anglais ne reconnaissait pas une telle priorité et exigeait la répartition *pari passu* entre tous les créanciers. Les représentants de l'insolvabilité australiens ont obtenu du tribunal australien une commission rogatoire demandant l'assistance du tribunal anglais (dans cette affaire, la législation incorporant la Loi type en Australie ou en Grande-Bretagne n'intervenait pas). Les représentants de l'insolvabilité australiens ont demandé que tous les biens récupérés en Angleterre soient remis au

---

<sup>k</sup>[2005] EWHC 2125; premier appel [2006] EWCA Civ 732.

<sup>l</sup>Second appel [2008] UKHL 21.

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 autres que ceux de réassurance. En second appel, 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. 147 à 149).

### 11. *Lavie c. Ran*<sup>m</sup>

Le débiteur était directeur général d'une société israélienne. Suite à des difficultés financières de cette société, il a quitté Israël en 1997 pour s'installer au Texas. Une procédure d'insolvabilité non volontaire a été ouverte contre lui en Israël en 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. Le tribunal américain a rejeté la demande et le représentant israélien a interjeté appel. La cour d'appel lui a renvoyé l'affaire aux fins de conclusions de fait supplémentaires. Le tribunal a de nouveau rejeté la demande de reconnaissance de la procédure étrangère comme procédure étrangère principale ou non principale. En second appel, 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 l'alinéa *c* de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 1502 (5)]. L'argument du représentant étranger selon lequel la procédure étrangère elle-même constituait une activité répondant à cette définition a été rejeté.

---

<sup>m</sup>406 B.R. 277 (S.D. Tex. 2009) [CLOUT, décision n° 929], confirmant *In re Ran*, 390 B.R. 257 (Bankr. S.D. Tex. 2008), sur renvoi de *Lavie c Ran*, 384 B.R. 469 (S.D. Tex. 2008). Confirmé par *In re Ran*, 607 F. 3d 1017 (5th Circ. 2010).

## 12. *Metcalf & Mansfield Alternative Investment*<sup>a</sup>

En mars 2008, une procédure d'insolvabilité a été ouverte au Canada à l'encontre des débiteurs pour la restructuration de l'ensemble de leurs obligations dues liées au papier commercial adossé à des actifs (non bancaire) émis par des tiers. En juin 2008, le tribunal canadien a rendu une ordonnance d'homologation du plan modifié et une ordonnance de mise en œuvre du plan, approuvé auparavant par 96 % (en montant et en nombre) de l'ensemble des porteurs participant au vote. Les ordonnances ont été confirmées en appel en août 2008 et mises à exécution en janvier 2009. Les porteurs de billets ont reçu des versements provisionnels en janvier et mai 2009, et une répartition définitive a été autorisée par le tribunal canadien. En novembre 2009, le représentant de l'insolvabilité canadien a demandé au titre du chapitre 15 la reconnaissance de la procédure canadienne aux États-Unis en tant que procédure étrangère principale, ainsi que l'exécution des ordonnances canadiennes à titre de mesure postérieure à la reconnaissance aux États-Unis. La procédure canadienne a été reconnue comme procédure étrangère principale. 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 disposition américaine correspondant à l'article 7 de la Loi type [11 U.S.C. § 1507], 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 disposition correspondant à l'article 6 de la Loi type [11 U.S.C. § 1506] limitait la reconnaissance si cette dernière était manifestement contraire à l'ordre public américain. Il a noté que les principes de courtoisie internationale n'exigeaient pas que les mesures disponibles aux États-Unis et dans le cadre de la procédure étrangère soient identiques, mais que la question déterminante était de savoir si les procédures au Canada satisfaisaient aux normes américaines fondamentales d'équité. Le tribunal américain a estimé que les ordonnances canadiennes satisfaisaient à ces normes fondamentales d'équité et a favorablement accueilli la demande des représentants canadiens aux fins de leur exécution.

---

<sup>a</sup>421 B.R. 685 (Bankr. S.D.N.Y., 2010); [CLOUT, décision n° 1007].

### 13. *Rubin c Eurofinance S.A.*<sup>o</sup>

Les représentants de la procédure d'insolvabilité ouverte aux États-Unis en 2007 à l'encontre de The Consumers Trust ont demandé la reconnaissance de cette procédure en Angleterre en vertu du règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (*Cross-Border Insolvency Regulations*), qui incorporait la Loi type en Grande-Bretagne, ainsi que l'exécution d'un jugement du tribunal américain 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 a reconnu la procédure d'insolvabilité étrangère comme procédure principale mais a rejeté la demande d'exécution du jugement. Pour reconnaître la procédure d'insolvabilité, le tribunal a estimé que, même si le droit anglais ne considérait pas une fiducie commerciale comme une personne morale, les dispositions de la Loi type, notamment l'arrêt des poursuites individuelles prévu à l'article 20, pouvaient dans la pratique s'appliquer au débiteur et que, compte tenu de l'origine internationale de la Loi type, il serait pernicieux de donner une interprétation purement locale du terme "débiteur". Il a également considéré que les représentants étrangers représentaient la procédure qui avait abouti au jugement contre Eurofinance et que cette procédure faisait partie intégrante de la procédure d'insolvabilité à l'encontre de The Consumers Trust. Concernant l'exécution du jugement, le tribunal a estimé qu'il s'agissait d'un jugement *in personam* et non *in rem* et qu'il ne pouvait qu'autoriser les représentants étrangers à intenter une action en exécution de ce jugement ou à introduire une nouvelle action en Angleterre. Le fait d'autoriser les représentants étrangers à faire exécuter le jugement du tribunal américain ne constituerait pas une "coopération" au sens de l'article 27 de la Loi type.

La cour d'appel a infirmé la décision du tribunal de rejeter la demande d'exécution, concluant que les règles ordinaires 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 non 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 d'exécution de celle-ci. Elles n'étaient donc pas soumises aux 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. La

---

<sup>o</sup>[2009] EWHC 2129; en appel [2010] EWCA CIV 895.

cour a reconnu la procédure qui avait abouti au jugement contre Eurofinance en tant que procédure étrangère principale. Elle a estimé que l'assistance aux procédures étrangères s'appliquait aussi, en *common law*, à l'exécution des ordonnances rendues par le tribunal américain; concernant l'article 27 de la Loi type, la cour a noté qu'il ne mentionnait pas l'exécution et que, même si l'octroi d'une assistance "dans toute la mesure possible" englobait certainement l'exécution, aucune conclusion sur ce point n'était requise en l'espèce.

#### 14. *SPhinX*<sup>p</sup>

Les débiteurs étaient des fonds spéculatifs immatriculés et constitués conformément aux lois des îles Caïmanes. Ils entretenaient une relation d'investissements avec un courtier en marchandises et en contrats à terme qui avait engagé une procédure d'insolvabilité aux États-Unis, dans laquelle ils étaient visés par une action en annulation. Un accord a été trouvé pour mettre fin à l'action mais, avant qu'il ne puisse être approuvé, une procédure d'insolvabilité a été ouverte aux îles Caïmanes à l'encontre des débiteurs. Les représentants de l'insolvabilité des débiteurs aux îles Caïmanes ont demandé au tribunal américain saisi de l'approbation de l'accord la reconnaissance de la procédure ouverte aux îles Caïmanes en tant que "procédure étrangère principale". Le tribunal américain a reconnu cette procédure en tant que procédure étrangère non principale. Il a fondé sa décision en partie sur le fait que les débiteurs n'exerçaient pas d'activité professionnelle ni commerciale aux îles Caïmanes et qu'ils n'y avaient ni employés, ni bureaux physiques, ni biens autres que les livres et registres de la société dont la loi caïmanaise exigeait la présence sur place. Le tribunal s'est aussi fondé sur des considérations pragmatiques pour conclure que le centre des intérêts principaux des débiteurs se trouvait en dehors des îles Caïmanes: l'absence de biens aux îles Caïmanes signifiait que les représentants de l'insolvabilité devaient solliciter l'assistance d'autres tribunaux pour procéder à la répartition entre les créanciers. Enfin, le tribunal a souligné que des buts illégitimes avaient motivé l'ouverture de la procédure aux îles Caïmanes et la demande de reconnaissance, dont l'objectif était de chercher par une manœuvre dilatoire à défaire l'accord mettant fin à l'action en annulation [visant SPhinX] sans qu'il soit statué sur le fond. Les représentants étrangers ont interjeté appel de la décision de reconnaissance. La cour d'appel a confirmé la décision de la juridiction inférieure.

---

<sup>p</sup>371 B.R. 10 (S.D.N.Y., 2007); [CLOUT, décision n° 768].

### 15. *Stanford International Bank*<sup>q</sup>

En février 2009, la Securities Exchange Commission des États-Unis (la "SEC") a déposé une plainte à l'encontre du propriétaire d'un groupe de sociétés ("M. X") et de sociétés lui appartenant, dont la société Y, alléguant notamment une fraude boursière. Le même jour, un tribunal américain a nommé un administrateur judiciaire des biens du groupe de sociétés appartenant à M. X, dont la société Y, et de M. X lui-même. M. X était citoyen des États-Unis et d'Antigua-et-Barbuda. La société Y était immatriculée et avait son siège statutaire à Antigua-et-Barbuda. En avril 2009, le tribunal d'Antigua-et-Barbuda a rendu une ordonnance de liquidation et nommé deux liquidateurs pour la société Y. L'administrateur judiciaire américain et les liquidateurs antiguais ont déposé une demande de reconnaissance en Angleterre en vertu du règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (*Cross-Border Insolvency Regulations*), qui incorpore la Loi type en Grande-Bretagne. Chacun soutenait que la procédure dans le cadre de laquelle il avait été nommé constituait une "procédure étrangère principale" au sens de ce règlement. Le tribunal anglais a reconnu la procédure antiguaise 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 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), 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 la disposition équivalente à l'alinéa a de l'article 2 de la Loi type [11 U.S.C. § 101 (23)]. Cette décision a été confirmée en appel.

### 16. *Tri-Continental Exchange*<sup>r</sup>

Les débiteurs étaient des compagnies d'assurance enregistrées conformément aux lois de Saint-Vincent-et-les Grenadines et faisaient l'objet de procédures d'insolvabilité devant la Cour suprême des Caraïbes orientales, division de la Haute Cour de justice, en vertu de la loi sur les sociétés de

<sup>q</sup>[2009] EWHC 1441 (Ch) [CLOUT, décision n° 923], en appel [2010] EWCA Civ 137 [CLOUT, décision n° 1003].

<sup>r</sup>349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal., 2006) [CLOUT, décision n° 766].



Saint-Vincent-et-les Grenadines. Les bureaux des débiteurs étaient tous situés à Saint-Vincent-et-les Grenadines et employaient une vingtaine de personnes. Bien que les débiteurs aient vendu environ 5 800 polices d'assurance aux États-Unis et au Canada, toutes les affaires étaient menées depuis le siège statutaire des débiteurs à Kingstown. Les chèques de paiement des primes étaient envoyés par courrier à des adresses aux États-Unis puis regroupés et réexpédiés depuis ces "boîtes aux lettres" aux bureaux des débiteurs à Saint-Vincent-et-les Grenadines, où ils étaient endossés pour dépôt et renvoyés sur des comptes bancaires tenus par les débiteurs aux États-Unis. Les représentants de l'insolvabilité ont demandé la reconnaissance de la procédure ouverte à Saint-Vincent-et-les Grenadines en tant que procédure étrangère principale aux États-Unis au titre du chapitre 15. Le tribunal américain a reconnu cette procédure en tant que procédure étrangère principale au motif que les débiteurs avaient le centre de leurs intérêts principaux à Saint-Vincent-et-les Grenadines, où se trouvait leur siège statutaire. Le tribunal a estimé en outre que les débiteurs, en tant que compagnies d'assurance étrangères, n'auraient pas pu demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu du droit américain mais auraient pu cependant prétendre aux mesures prévues au chapitre 15.

**17. *Tucker, Aero Inventory (UK) c. Aero Inventory (UK) Limited<sup>s</sup>*  
*Tucker, Aero Inventory (UK) c. Aero Inventory (UK)*  
*Limited (No. 2)<sup>t</sup>***

En novembre 2009, une procédure d'insolvabilité a été ouverte devant la High Court of England and Wales à l'encontre d'Aero Inventory, et des représentants conjoints de l'insolvabilité ont été nommés. Aero Inventory détenait la propriété et le contrôle de biens meubles aéronautiques en Australie. Le lendemain de leur nomination, les représentants de l'insolvabilité ont demandé au titre de la législation incorporant la Loi type de la CNUDCI en Australie (*Cross-Border Insolvency Act 2008*) la reconnaissance de la procédure anglaise en tant que procédure étrangère principale et des mesures provisoires de sauvegarde de stocks de pièces d'aéronefs entreposés en différents lieux en Australie et contrôlés par Qantas, au motif qu'ils étaient menacés en raison d'un litige pour déterminer qui avait des droits sur eux. Le tribunal a accordé les mesures provisoires sur le fondement des dispositions correspondant aux articles 19 et 21 de la Loi type, empêchant toute opération sur les biens du débiteur qui serait contraire aux intérêts des représentants conjoints de l'insolvabilité et des créanciers. Lors de l'audience finale (*Aero Inventory (n° 2)*), le tribunal australien a reconnu la procédure

---

<sup>s</sup>(2009) 76 ACSR 19; (2009) FCA 1354.

<sup>t</sup>(2010) 77 ACSR 510; (2009) FCA 1481 [CLOUT, décision n° 922].

anglaise, estimant qu'il s'agissait d'une procédure étrangère principale (le centre des intérêts principaux du débiteur étant déterminé par rapport à son siège statutaire en Angleterre, et faute de preuve suffisante pour réfuter la présomption énoncée au paragraphe 3 de l'article 16) et que les représentants étaient des représentants étrangers au sens de la Loi type. Conformément à la disposition correspondant à l'alinéa *e* du paragraphe 1 de l'article 21 de la Loi type, le tribunal a confié aux représentants étrangers l'administration et la réalisation de tous les actifs du débiteur situés en Australie, interdit à quiconque de réaliser sa sûreté sur les biens du débiteur et autorisé tout créancier gagiste en possession de biens du débiteur à les conserver, sans pouvoir toutefois les vendre ou réaliser son gage d'une autre manière.

### 18. *Williams c Simpson*<sup>u</sup>; *Williams c Simpson (n° 5)*<sup>v</sup>

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 législation incorporant la Loi type dans ce pays (*Insolvency (Cross-border) Act 2006*)), ainsi que des mesures provisoires<sup>w</sup>. Les mesures provisoires ont été accordées sous certaines conditions le 17 septembre et des mesures supplémentaires ont été prononcées les jours suivants. L'audience concernant la demande de reconnaissance s'est tenue le 1<sup>er</sup> octobre 2010. Le tribunal a estimé que, même si la procédure anglaise était une procédure étrangère au sens de la Loi type, elle n'était ni une procédure étrangère principale, la résidence habituelle du débiteur se trouvant en Nouvelle-Zélande, ni une procédure étrangère non principale, la condition concernant la présence d'un établissement prévue dans la Loi type n'étant pas remplie. Le tribunal a considéré qu'en vertu du droit anglais le débiteur était certes soumis aux lois anglaises sur l'insolvabilité au motif que ses activités commerciales y étaient toujours en cours de liquidation, mais que cela ne suffisait pas pour considérer qu'il avait effectivement dans ce pays un lieu d'opérations d'où il exerçait actuellement l'activité requise par la définition de l'établissement. Le tribunal a donc refusé de reconnaître

<sup>u</sup>[2011] B.P.I.R. 938 (High Court of New Zealand, Hamilton, 17 septembre 2010).

<sup>v</sup>High Court of New Zealand, Hamilton, 12 octobre 2010.

<sup>w</sup>Voir également à la note 159 les mesures provisoires accordées.

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 Loi type ne pouvaient s'appliquer. Cette assistance devait permettre au représentant de l'insolvabilité de récupérer et de réaliser les biens dont le débiteur était propriétaire en Nouvelle-Zélande, sous réserve de toute autre instruction nécessaire concernant la répartition du produit de la vente.



## Annexe II

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

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>x</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>x</sup>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 "*La 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."



