

**Assemblée générale**

Distr. générale
3 mai 2013
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-sixième session
Vienne, 8-26 juillet 2013

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

Note du secrétariat

I. Introduction

1. À sa quarante-quatrième session, en 2011, la Commission a finalisé et adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge¹ et a prié le secrétariat d'établir un mécanisme pour l'actualiser régulièrement avec la même souplesse que celle qui avait présidé à son élaboration, en veillant à ce que le texte conserve son ton neutre et continue de remplir l'objectif qui lui avait été assigné².
2. Le secrétariat a constitué un comité d'experts chargé de donner des conseils sur la mise à jour de ce texte, compte tenu de la jurisprudence récente dans l'interprétation de la Loi type sur l'insolvabilité internationale et eu égard aux modifications qui étaient apportées au Guide pour l'incorporation de ladite Loi.
3. Le texte ci-dessous reprend les paragraphes figurant dans "Le point de vue du juge" qui ont été actualisés pour tenir compte de la jurisprudence la plus récente ainsi que des révisions du Guide pour l'incorporation de la Loi type proposées par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) (voir A/CN.9/WG.V/WP.112), pour examen par la Commission à sa quarante-sixième session, y compris les modifications proposées par le Groupe à sa quarante-troisième session en avril 2013 (voir A/CN.9/766). Les paragraphes qu'il n'est pas nécessaire d'actualiser (et qui restent donc tels qu'ils apparaissent dans la version publiée du texte) n'ont pas été

¹ Consultable à la date du présent document à l'adresse:
www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency/2011Judicial_Perspective.html.

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



inclus ci-dessous; ils sont signalés comme suit: [...]. L'annexe I contient uniquement des résumés des nouvelles affaires à ajouter au texte; la liste reprend toutes les affaires qui figureront dans l'annexe complète.

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

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
A. Objet et portée	3
B. Glossaire	3
II. Contexte	4
A. Portée et application de la Loi type de la CNUDCI	4
B. Le point de vue du juge	5
C. Objet de la Loi type de la CNUDCI	5
III. Interprétation et application de la Loi type de la CNUDCI	5
A. Le principe d'“accès”	5
B. Le principe de “reconnaissance”	6
C. Le processus de reconnaissance	9
D. Octroi de mesures	23
E. Coopération et coordination	27
 Annexes	
I. Résumés d'affaires	30
II. Décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et résolution 66/9 de l'Assemblée générale	44

Préface

Par. 1 à 3 [...].

“Le point de vue du juge” a été actualisé en 2013 afin de tenir compte des révisions du Guide pour l’incorporation de la Loi type adopté par la Commission en 2013 sous le libellé “Guide pour l’incorporation et l’interprétation de la Loi type” et d’intégrer la jurisprudence récente dans l’application et l’interprétation de ladite Loi. Le Groupe de travail V (Droit de l’insolvabilité), à sa quarante-troisième session (avril 2013), et le dixième Colloque judiciaire multinational, tenu à La Haye en mai 2013, ont pris note des mises à jour de la version publiée du texte “Le point de vue du juge”, avant que la Commission ne les examine en 2013.

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 adopté³. Le présent texte se fonde sur la Loi type telle qu’elle a été approuvée par l’Assemblée générale des Nations Unies en décembre 1997 et sur son Guide pour l’incorporation⁴. Le Guide a été révisé afin d’y faire figurer des orientations supplémentaires sur l’interprétation et l’application de certains aspects de la Loi type concernant le “centre des intérêts principaux”, à la lumière de la jurisprudence récente dans l’interprétation de la Loi type dans les États qui avaient adopté une législation fondée sur elle. Les révisions ont été adoptées par la Commission en 2013 sous le libellé “Guide pour l’incorporation et l’interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale”.

2. [...]

3. [...]

4. [...]

B. Glossaire

1. Termes et explications

5. [...]

³ Le présent texte ne mentionne pas les diverses adaptations à la Loi type faites dans certains États adoptants et n’exprime pas d’opinion à leur sujet.

⁴ Résolution 52/158 de l’Assemblée générale.

2. Références

a) Jurisprudence

6. [...]

b) Textes

7. [...]

a) [...]

b) Le “Guide pour l’incorporation et l’interprétation”: Guide pour l’incorporation et l’interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale, tel que révisé en 2013;

c) Le “Guide législatif de la CNUDCI”: Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l’insolvabilité (2004), y compris la troisième partie adoptée en 2010;

d) à g) [...]

II. Contexte

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

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

9. Modifier la dernière phrase comme suit: “À la fin avril 2013, 20 États et territoires avaient adopté une législation fondée sur la Loi type⁵.”

10 à 15. [...]

⁵ Afrique du Sud (2000), Australie (2008), Canada (2005), Colombie (2006), Érythrée (1998), États-Unis d’Amérique (2005), Grande-Bretagne (2006), Grèce (2010), îles Vierges britanniques (territoire d’outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord (2003)), Japon (2000), Maurice (2009), Mexique (2000), Monténégro (2002), Nouvelle-Zélande (2006), Ouganda (2011), Pologne (2003), République de Corée (2006), Roumanie (2002), Serbie (2004) et Slovénie (2007). L’année d’adoption indiquée ci-avant est celle de l’adoption du texte législatif par l’organe législatif compétent selon les indications fournies au secrétariat; il ne s’agit pas de la date de son entrée en vigueur qui, fixée selon des procédures qui varient d’un État à l’autre, peut intervenir un certain temps après l’adoption.

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 internationale⁶. 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 législation⁷. En tout état de cause, tout tribunal appelé à examiner une législation fondée sur la Loi type jugera tout de même la jurisprudence internationale utile pour son interprétation.

17 à 23. [...]

24. Ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe: "Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), à sa quarante-troisième session (avril 2013), et le dixième Colloque judiciaire multinational, tenu à La Haye en mai 2013, ont pris note des révisions du texte publié, avant que la Commission ne les examine en 2013."

C. Objet de la Loi type de la CNUDCI

25. [...]

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 constitue plutôt un cadre de coopération entre les pays, proposant des solutions utiles à plusieurs titres, modestes mais importants:

a) à f) [...]

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 et 28. [...]

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

A. Le principe d'"accès"

29 à 34. [...]

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 pas encore été nommée, par exemple en raison d'un sursis à l'exécution d'une ordonnance

⁶ 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).

⁷ En effet, la Loi type de la CNUDCI indique elle-même clairement que les dispositions de tout traité ou accord pertinent auquel est partie l'État adoptant prévalent sur ses propres dispositions (art. 3 et par. 76 à 78 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation).

désignant le représentant de l'insolvabilité dans l'attente d'une décision en appel⁸. Si le statut du représentant étranger est modifié après sa nomination, cette question serait traitée conformément à l'alinéa a) de l'article 18. Une solution pour déterminer si un "représentant étranger" a 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 autorisé⁹ 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 (y compris provisoire) dans un État étranger¹⁰;

b) à e) [...]

37. [...]

B. Le principe de "reconnaissance"

1. Observations liminaires

38 et 39. [...]

2. Règles de preuve

40. [...]

3. Pouvoir de reconnaître une procédure étrangère

41 à 45. [...]

4. Réciprocité

46. Ajouter "l'Ouganda" à la note accompagnant ce paragraphe.

5. L'exception d'"ordre public"

47. Le tribunal requis peut refuser de prendre une quelconque mesure visée par la Loi type, y compris de refuser la reconnaissance d'une procédure étrangère ou les mesures demandées lorsqu'une telle action serait "manifestement contraire" à l'ordre public de l'État sur le territoire duquel il se trouve. La notion d'ordre public

⁸ Voir la définition du terme "représentant étranger" à l'article 2 d) de la Loi type de la CNUDCI. Un représentant étranger qui a déjà été nommé, mais dont le statut pourrait faire l'objet d'un nouvel examen par le tribunal d'origine, serait considéré comme un représentant étranger aux fins de l'article 2 (voir l'affaire *LightSquared*, par. 19 et 20). Toutefois, si le statut du représentant étranger venait à être modifié à la suite de ce nouvel examen, le tribunal requis devrait revoir la question à la lumière de l'article 18 de la Loi type.

⁹ Aux fins de la Loi type de la CNUDCI, art. 2 d).

¹⁰ Voir la discussion sur les ordonnances provisoires et définitives dans *Gerova* (p. 12 et 18), note du paragraphe 54 b) ci-dessous.

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'une sentence arbitrale ou d'un jugement étrangers que dans les cas où agir autrement irait à l'encontre de ces principes fondamentaux. Ce qu'on entend par principe fondamental est régi par la législation constitutionnelle et le droit législatif de l'État requis. Dans l'affaire *Ephedra*, 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 des États-Unis a jugé, en appel, que le terme "manifestement contraire à l'ordre public" créait une exception très restreinte "ne devant être invoquée que dans des circonstances exceptionnelles pour des questions d'une importance fondamentale pour l'État adoptant". Il a conclu que, malgré l'importance aux États-Unis du droit constitutionnel à un procès avec jury, la procédure en question était clairement équitable et impartiale pour les créanciers (même en l'absence de procès avec jury) et que la disposition des États-Unis équivalant à l'article 6 de la Loi type n'exigeait rien de plus¹¹.

49 à 51. [...]

51A. Outre l'affaire *Ephedra*, l'application de l'exception d'ordre public a été envisagée dans plusieurs autres affaires. Dans l'affaire *Gold & Honey*, un tribunal des États-Unis a refusé de reconnaître une procédure israélienne pour plusieurs motifs, dont celui d'ordre public. Dans cette affaire, une ordonnance de règlement judiciaire avait été rendue en Israël contre une société débitrice après qu'une procédure d'insolvabilité eut été ouverte aux États-Unis et après qu'il eut été automatiquement sursis aux mesures d'exécution. Le juge des États-Unis a refusé de reconnaître la procédure de règlement judiciaire en Israël car non seulement la procédure israélienne n'était pas une procédure collective, ni une procédure dans laquelle les biens et les affaires du débiteur étaient soumis au contrôle ou à la surveillance du tribunal, mais la reconnaissance "aurait eu pour effet de récompenser et de légitimer la violation du sursis automatique et des ordonnances ultérieures du tribunal concernant la suspension des mesures d'exécution"¹². La reconnaissance aurait sérieusement compromis "la possibilité pour les tribunaux de faillite des États-Unis de donner effet à deux des objectifs les plus fondamentaux du sursis automatique, à savoir empêcher un créancier d'obtenir un avantage sur les autres créanciers et assurer une répartition efficace et méthodique des avoirs du débiteur entre tous les créanciers conformément à leur rang de priorité relatif"¹³; 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.

¹¹ *Ephedra*, p. 349.

¹² *Gold & Honey*, p. 371.

¹³ *Ibid.*, p. 372.

51B. Dans l'affaire *Toft*, un tribunal des États-Unis a refusé d'accorder au représentant étranger d'une procédure d'insolvabilité allemande le droit d'intercepter le courrier postal et électronique du débiteur aux États-Unis. Le juge a estimé qu'une telle décision relevait de l'exception d'ordre public, car elle dépassait les limites des pouvoirs traditionnellement conférés par le droit des États-Unis aux représentants des créanciers, et constituait une mesure prohibée par la loi américaine, susceptible d'exposer quiconque se chargerait de l'exécuter à des poursuites pénales. La demande de telles mesures *ex parte* était également contraire au droit des États-Unis. Une ordonnance similaire avait été reconnue et exécutée en Angleterre au motif que: a) les mesures accordées en Allemagne ne portaient pas atteinte à l'ordre public anglais car, selon le droit anglais, le tribunal pouvait rendre une ordonnance de réacheminement du courrier analogue à celle rendue en Allemagne, et b) il n'y avait pas d'inquiétude à avoir quant à un manque éventuel d'équité de la procédure dans l'octroi de mesures *ex parte*, car le débiteur avait eu la possibilité de s'opposer à l'ordonnance d'interception du courrier dans la procédure allemande, et sa requête avait été rejetée par le tribunal allemand¹⁴.

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

52. [...]

7. Révision ou rétractation de la décision de reconnaissance

53. 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”¹⁵.

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

a) [...]

b) [...]. Ajouter la note suivante à la fin de l'alinéa: “Dans l'affaire *Gerova*, certains créanciers ont fait valoir que les procédures étrangères ne devraient pas être reconnues aux États-Unis car la décision d'engager de telles procédures était susceptible de recours. Le tribunal des États-Unis a estimé qu'aucune disposition du titre 11 de l'United States Code (11 U.S.C.), § 1517, 1515 [article 17 ou article 15, alinéa 2 a) de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale] n'exigeait que la décision soit définitive ou ne soit pas susceptible de recours. Le tribunal a fait observer que la décision du tribunal étranger était suffisante pour permettre aux représentants étrangers d'accomplir leurs devoirs et que, si elle devait être infirmée en appel, l'article 18 les obligerait à informer le tribunal en conséquence (p. 12).”

c) Si la nature de la procédure étrangère reconnue a changé, par exemple si une procédure de redressement a été convertie en procédure de liquidation ou si le statut du représentant étranger a été modifié;

d) [...]

¹⁴ Décision de la Haute Cour, 16 février 2011.

¹⁵ Ibid., art. 17, par. 4.

55. [...]

C. Le processus de reconnaissance

1. Observations liminaires

56. [...]

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

b) et c) [...]

57 et 58. [...]

59. La question cruciale, pour déterminer si une procédure étrangère (concernant un débiteur ayant le statut de personne morale) doit être considérée comme “principale”, est de savoir si elle a lieu “dans un État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux”¹⁶. Dans le cas d’une personne physique, le “centre de ses intérêts principaux” est réputé être sa “résidence habituelle”. Dans l’affaire *Re Stojevic*¹⁷, le tribunal anglais a jugé que, pour l’essentiel, la résidence habituelle d’un homme était son domicile établi et permanent, le lieu où il vivait avec sa femme et sa famille jusqu’à ce que les plus jeunes membres de la famille grandissent et quittent le foyer, le lieu où il revenait après un voyage d’affaires ailleurs ou à l’étranger. Il a également noté qu’un homme pouvait avoir une résidence autre que son domicile établi et permanent, appelée résidence ordinaire, où il séjournait lorsqu’il se déplaçait pour affaires ou en vacances avec sa femme et sa famille. Selon la nature de son travail, un homme pouvait très bien séjourner la plus grande partie du temps ailleurs qu’à son domicile établi et permanent où vivaient sa femme et sa famille. Dans l’affaire *Williams v Simpson (n° 5)*, le tribunal néo-zélandais a estimé que toute décision concernant le lieu de la résidence habituelle devait pour l’essentiel se fonder sur les faits de l’espèce. Il a noté qu’il conviendrait de prendre en compte divers facteurs tels “l’intention ferme de résider dans un pays, la durée du séjour déjà effectuée et sa durée envisagée pour le futur, l’objet du séjour, l’intensité des liens entretenus avec l’État concerné, ainsi qu’avec tout autre État (tant dans le passé, qu’actuellement), le degré d’assimilation dans le pays (y compris le mode de vie et la scolarisation) et l’intégration sur les plans culturel, social et économique”¹⁸. Bien que le débiteur eût exercé des activités professionnelles en Angleterre, qu’il y eût parfois résidé et qu’il eût été en possession à la fois d’un passeport anglais et d’un passeport néo-zélandais, le tribunal a estimé que les éléments de preuve étaient insuffisants pour réfuter la présomption et que la résidence habituelle du débiteur se trouvait en Nouvelle-Zélande.

60 à 63. [...]

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. Aux fins de la Loi type, l’accent

¹⁶ Voir la discussion aux paragraphes 75 à 110 ci-dessous.

¹⁷ [2007] BPIR 141, par. 58 et suivants.

¹⁸ Par. 42, citant les décisions dans l’affaire *Basingstoke c. Groot* [2007] NZFLR 363 (CA).

est mis sur les entités individuelles et donc sur chaque société membre d'un groupe considérée comme une personne morale distincte¹⁹. Le centre des intérêts principaux de l'ensemble des sociétés d'un groupe peut se trouver dans le même pays, auquel cas la procédure d'insolvabilité de ces sociétés peut se dérouler dans un seul pays, mais la Loi type ne prévoit pas de traiter la question du centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés en tant que tel.

65. [...]

2. Éléments de la définition du terme “procédure étrangère”

65A. Les paragraphes qui suivent portent sur les diverses caractéristiques que doit avoir une “procédure étrangère” en vertu de l'article 2. Bien qu'examinées séparément, ces caractéristiques sont cumulatives et l'alinéa a) de l'article 2 devrait être considéré comme un tout. Il faudrait se demander au moment de l'examen de la demande de reconnaissance si la procédure étrangère comporte ou a comporté ces caractéristiques.

a) “Procédure judiciaire ou administrative collective”

66. La Loi type de la CNUDCI est censée ne s'appliquer qu'à des types spécifiques de procédures d'insolvabilité. Les révisions du Guide pour l'incorporation et l'interprétation montrent que la notion de procédure “collective” d'insolvabilité se fonde sur le fait qu'il est souhaitable de parvenir à une solution coordonnée et générale pour l'ensemble des parties prenantes d'une procédure d'insolvabilité. La Loi type n'est pas censée être un simple mécanisme de recouvrement au bénéfice d'un créancier particulier ou d'un groupe particulier de créanciers qui auraient engagé une procédure de recouvrement dans un autre pays, ni un moyen de rassembler des biens dans le cadre d'une procédure de liquidation²⁰ ou de sauvegarde ne prévoyant pas aussi de traiter les demandes des créanciers. La Loi type peut être un instrument approprié pour certains types de mesures à finalité réglementaire, comme le règlement judiciaire pour des entités régies par les pouvoirs publics telles que les compagnies d'assurance ou les sociétés de courtage, pour autant qu'il s'agisse de procédures collectives au sens de la Loi type. Si une procédure est collective, elle doit également satisfaire aux autres éléments de la définition, notamment viser la liquidation ou le redressement (voir ci-après, par. ...).

66A. Pour déterminer si une procédure est collective aux fins de la Loi type, il faut avant tout se demander si pour l'essentiel tous les actifs et passifs du débiteur sont traités dans le cadre de la procédure, sous réserve des rangs de priorité et des exceptions que prévoit la législation interne pour ce qui est des droits des créanciers garantis. Une procédure ne devrait pas être considérée comme non collective au seul motif qu'elle ne touche pas les droits d'une catégorie particulière de créanciers. Un exemple serait une procédure d'insolvabilité excluant les biens grevés de la masse de l'insolvabilité, dont l'ouverture n'aurait aucune incidence sur ces biens et permettrait aux créanciers garantis de faire valoir leurs droits en dehors de la loi sur l'insolvabilité. Une procédure collective aux fins de l'article 2 peut par exemple donner aux créanciers lésés par la procédure le droit (mais pas nécessairement

¹⁹ Ce point est souligné par le tribunal canadien dans l'affaire *LightSquared*, par. 29; voir également *Eurofood*, par. 37 (décision fondée sur le Règlement CE).

²⁰ La “liquidation” est une procédure mettant fin à l'existence d'une entreprise et à ses activités.

l'obligation) de soumettre leurs créances, d'obtenir une répartition équitable ou un remboursement, de participer à la procédure et d'en recevoir notification afin de pouvoir y participer²¹.

67 à 69. [...]

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 créanciers²². Cet avis a été confirmé en appel, essentiellement pour les raisons qui avaient motivé la décision du tribunal anglais de première instance²³. Dans une autre décision concernant l'affaire *Stanford International Bank*, une cour d'appel des États-Unis a relevé le libellé employé dans les décisions d'autres tribunaux des États-Unis qui avaient opposé procédure collective et règlement judiciaire et estimé que le règlement judiciaire ne correspondait pas à une procédure collective²⁴ au motif qu'il s'agissait d'un recours ordonné à la demande et dans l'intérêt d'un seul créancier garanti. Le tribunal des États-Unis a finalement estimé que dans l'affaire *Stanford* le règlement judiciaire ne relevait pas de cette catégorie de règlement judiciaire, la procédure ayant été engagée "à la demande de la Securities and Exchange Commission dans l'intérêt de tous les investisseurs-victimes et créanciers des entités de Stanford". Il a conclu que, même si l'affaire dont il était saisi ne l'obligeait pas à trancher la question, il considérait néanmoins que le règlement judiciaire s'inscrivait dans une procédure collective²⁵.

70A. Dans l'affaire *ABC Learning Centres*, le tribunal des États-Unis a estimé que plusieurs dispositions de la loi australienne attestaient de la nature collective de la procédure de liquidation qui faisait l'objet de la demande de reconnaissance. Ces dispositions prévoyaient notamment: que le liquidateur était tenu de prendre en compte les droits des créanciers pour procéder à la répartition des biens du débiteur; que, sous réserve des priorités, etc., les dettes et créances occupaient le même rang et que leur règlement devait s'effectuer de manière proportionnelle; que la procédure d'insolvabilité et les réunions des créanciers intervenant dans le cadre de cette procédure devaient être dûment notifiées à ces derniers; que la décision

²¹ Dans l'affaire *Ashapura Minechem*, le tribunal des États-Unis a estimé que, même si la législation indienne en vertu de laquelle la procédure étrangère avait été ouverte ne comportait pas de mécanisme officiel pour assurer la participation des créanciers chirographaires, dans la pratique, ces créanciers étaient autorisés à s'exprimer (à la discrétion du Conseil pour le redressement industriel et financier qui administrait la loi) et ils pouvaient obtenir une part de la répartition de l'actif en vertu d'un arrangement avec les créanciers et avoir la possibilité de faire appel de décisions défavorables rendues par le Conseil et voir ces appels examinés par le système judiciaire indien. Le tribunal a conclu que la possibilité de faire appel et la possibilité de participation offerte aux créanciers montraient que la procédure était collective (p. 5 et 6).

²² *Stanford International Bank*, par. 73 et 84.

²³ *Stanford International Bank* (en appel), par. 26 et 27.

²⁴ Ces affaires sont citées dans *Betcorp*, p. 281.

²⁵ *Stanford International Bank*, District Court, Northern District of Texas 2012, p. 19, note 20.

d'ouvrir cette procédure devait recueillir l'assentiment d'une majorité de créanciers, tant au regard du nombre de voix, que du montant des dettes détenues; que le comité des créanciers créé conformément au droit australien devait être composé d'un échantillon représentatif des créanciers; et que les créanciers devait bénéficier du droit à un recours judiciaire. La procédure de règlement judiciaire intervenant parallèlement à la procédure de liquidation, situation prévue dans le droit australien, n'a pas été considérée comme une procédure collective car elle était conçue dans l'intérêt des créanciers garantis qui l'avaient engagée²⁶.

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

70B. Selon la Loi type, la procédure étrangère doit être “régie par une loi relative à l'insolvabilité” pour tenir compte du fait que la liquidation et le redressement pourraient se faire en application de textes ne portant pas le nom de loi sur l'insolvabilité mais traitant cependant de l'insolvabilité ou de graves problèmes financiers (par exemple, une loi sur les sociétés). Le but était de trouver une dénomination suffisamment large pour englober toutes les dispositions concernant l'insolvabilité, quel que soit le type de texte où elles sont énoncées²⁷, indépendamment du fait que les textes qui les contiennent portent exclusivement sur l'insolvabilité.

70C. Cet aspect de l'alinéa a) de l'article 2 a été examiné par les tribunaux dans plusieurs affaires concernant la procédure de liquidation volontaire. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, le tribunal anglais a conclu en première instance que la liquidation d'une société d'Antigua, ordonnée par le tribunal d'Antigua au motif qu'il était juste et équitable de procéder ainsi, était “régie par une loi relative à l'insolvabilité”. Bien que la raison de la liquidation fût limitée à un comportement fautif en matière de réglementation selon la législation applicable, l'insolvabilité de la société était un facteur au regard duquel le tribunal d'Antigua avait toute latitude pour rendre sa décision. Cette décision a été confirmée en appel, l'instance d'appel anglaise ayant fait observer que, puisque la législation d'Antigua prévoyait la liquidation des entreprises pour des motifs justes et équitables, comprenant notamment l'insolvabilité ainsi que les violations des dispositions réglementaires, on pouvait dire que la liquidation était “régie par une loi relative à l'insolvabilité”. Dans l'affaire *Betcorp*, le tribunal des États-Unis a estimé qu'une procédure de liquidation volontaire engagée en application de la législation australienne était “régie par une loi relative à l'insolvabilité”, car lorsque la nature de la législation pertinente (la loi sur les sociétés) était considérée comme un tout, c'était une loi qui réglementait le cycle de vie complet d'une société australienne, y compris son insolvabilité. Cette décision a été suivie par le tribunal des États-Unis dans l'affaire *ABC Learning Centres*, qui portait également sur une procédure de liquidation volontaire menée par des créanciers australiens en vertu de la même loi.

70D. Dans l'affaire *Chow Cho Poon*, un tribunal australien s'est demandé si une liquidation judiciaire, ordonnée par un tribunal de Singapour, au motif qu'il était juste et équitable de procéder ainsi, était une procédure “régie par une loi relative à l'insolvabilité”. Le tribunal a examiné les décisions rendues dans les affaires

²⁶ *ABC Learning Centres*, IV.1.c

²⁷ Document des Nations Unies A/CN.9/422, par. 49, consultable à l'adresse: <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/29th.html>.

Stanford International Bank, Betcorp et ABC Learning Centres et conclu qu'elles tendaient clairement à poser des bases à partir desquelles les dispositions concernant ce type de liquidations pouvaient être considérées comme constituant une "loi relative à l'insolvabilité". Par conséquent, bien qu'en l'espèce la liquidation ait été ordonnée sur le seul fondement de la justice et de l'équité et apparemment sans que l'insolvabilité ait été expressément ou implicitement établie, l'on pouvait dire qu'elle était "régie par une loi relative à l'insolvabilité".

70E. Suite à l'examen et à la discussion que le Groupe de travail et la Commission ont consacré à cette question, les révisions apportées au Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type ont suivi une approche différente de celle adoptée pour les décisions susmentionnées pour bien préciser qu'une simple procédure visant non pas à restructurer les affaires d'une entité solvable mais à la dissoudre ne relèverait probablement pas d'une loi relative à l'insolvabilité ou à de graves problèmes financiers aux fins de l'alinéa a) de l'article 2. Lorsqu'un type donné de procédure vise plusieurs objectifs, notamment la liquidation d'une entité solvable, elle ne relève de l'alinéa a) de l'article 2 de la Loi type que si le débiteur est insolvable ou connaît de graves problèmes financiers.

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

71. La définition du terme "tribunal étranger"²⁸, 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"²⁹.

71A. La Loi type ne précise ni le niveau de contrôle ou de surveillance requis pour satisfaire à la définition, ni le moment où doivent commencer cette surveillance ou ce contrôle. Les révisions du Guide pour l'incorporation et l'interprétation montrent que même si le contrôle ou la surveillance visés à l'alinéa a) sont censés avoir un caractère officiel, ils peuvent être potentiels plutôt qu'effectifs. Une procédure dans laquelle le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même si c'est sous la surveillance d'un tribunal, comme dans le cas du débiteur en possession, répond à cette exigence. Le contrôle ou la surveillance peuvent être exercés directement par le tribunal mais aussi par un représentant de l'insolvabilité si par exemple celui-ci est soumis au contrôle ou à la surveillance du tribunal. La simple surveillance du représentant de l'insolvabilité par une autorité délivrant des licences ne suffirait pas.

71B. Les procédures sur lesquelles le tribunal exerce un contrôle ou une surveillance à un stade avancé du processus d'insolvabilité ou sur lesquelles il a exercé un contrôle ou une surveillance mais n'est plus tenu de le faire au moment de

²⁸ Loi type de la CNUDCI, art. 2, alinéa e).

²⁹ Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 74. Dans l'affaire *Ashapura Minechem*, par exemple, la procédure indienne reconnue aux États-Unis était en instance devant le Conseil pour le redressement industriel et financier, organisme administratif habilité à faire fonction de tribunal administratif en vertu de la Sick Industrial Companies (Special Provisions Act, 1985). Dans l'affaire *Tradex Swiss AG* (384 BR 34, p. 42 (2008)) [CLOUT, décision n° 791], 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.

la demande de reconnaissance ne devraient pas être exclues. Il peut s'agir de cas où un plan de redressement a été approuvé et où le tribunal n'a plus aucun rôle à jouer dans la mise en œuvre de ce plan, mais où la procédure reste néanmoins ouverte ou pendante et le tribunal conserve sa compétence jusqu'à ce que la mise en œuvre soit achevée.

71C. Il ressort clairement de l'alinéa a) de l'article 2 que les biens et les affaires du débiteur doivent être soumis au contrôle ou à la surveillance; il ne suffirait donc pas que seuls les uns ou les autres soient couverts par la procédure étrangère³⁰.

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

73. [supprimé]

74. Dans l'affaire *Betcorp* le tribunal a estimé qu'en Australie la procédure de liquidation volontaire était soumise à la surveillance d'une autorité judiciaire, à savoir les tribunaux australiens. Cet avis se fondait sur trois éléments: a) la possibilité pour les liquidateurs et créanciers dans le contexte d'une liquidation volontaire de soumettre à un tribunal toute question liée à la liquidation; b) la compétence générale de surveillance des tribunaux australiens en 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"³¹.

74A. S'agissant de l'affaire *ABC Learning Centres*, la demande de reconnaissance de la procédure étrangère engagée en Australie a été rejetée pour plusieurs raisons, notamment parce que la procédure d'insolvabilité étrangère n'était pas contrôlée ou surveillée par un tribunal étranger. Cependant, se fondant sur les éléments exposés dans l'affaire *Betcorp*, le tribunal des États-Unis a estimé que, même si les tribunaux australiens ne dirigeaient pas les opérations courantes du débiteur et si la plupart des liquidateurs s'acquittaient de leurs fonctions en grande partie sans l'intervention des tribunaux, la loi pertinente donnait au tribunal australien, dans la procédure de liquidation, divers rôles de contrôle et de surveillance qui satisfaisaient aux exigences de l'alinéa a) de l'article 2³².

d) "Aux fins de liquidation ou de redressement"

74B. Certains types de procédures pouvant correspondre à certains éléments de la définition d'une procédure étrangère ne peuvent toutefois pas prétendre à la reconnaissance parce qu'elles n'ont pas pour finalité déclarée le redressement ou la liquidation. Il peut s'agir de procédures visant à empêcher la dispersion et le gaspillage et non à liquider ou restructurer la masse de l'insolvabilité, de procédures visant à éviter un préjudice aux investisseurs et non à l'ensemble des créanciers (auquel cas il ne s'agira probablement pas d'une procédure collective), ou d'une procédure dans laquelle les pouvoirs conférés et les devoirs imposés au représentant étranger sont plus restreints que ceux qu'on associe généralement à la liquidation ou au redressement, et se limitent par exemple à la préservation des biens.

³⁰ *Gold & Honey*, p. 371.

³¹ *Betcorp*, p. 283 et 284.

³² *ABC Learning Centres*, [entrée à compléter].

74C. Les types de procédures ne pouvant pas prétendre à la reconnaissance pourraient être notamment des mesures ou des accords d'arrangement financier pris par le débiteur et certains de ses créanciers sur une base purement contractuelle concernant une partie de la dette si les négociations n'ont pas débouché sur l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité menée en vertu de la loi sur l'insolvabilité³³. De telles mesures ne répondront généralement pas à l'exigence du caractère collectif de la procédure ni à celle d'un contrôle ou d'une surveillance par le tribunal (voir par. 71 à 74 ci-dessus).

3. La procédure principale: centre des intérêts principaux

a) Observations liminaires

75 et 76. [...]

77. Au début de la troisième phrase, supprimer les mots "À la différence de la Loi type de la CNUDCI".

78 à 80. [...]

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

81. Il existe plusieurs décisions judiciaires dans lesquelles le juge a été appelé à interpréter la signification de l'expression "centre des intérêts principaux", dans le contexte soit du Règlement CE, soit de législations nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI, et à définir les facteurs pertinents pour réfuter la présomption visée au paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type selon lequel le centre des intérêts principaux est le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur. De subtiles différences d'approche ont été observées, et il convient de noter que les tribunaux pourraient dans certains pays, par opposition à d'autres, rechercher des éléments de meilleure qualité ou en plus grand nombre pour réfuter la présomption³⁴.

82 à 85. [...]

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. Dans l'arrêt rendu par la suite dans l'affaire *Interedil*, la Cour de justice européenne a estimé que la deuxième phrase de l'article 3 devait être interprétée comme signifiant que le centre des intérêts principaux d'une société débitrice devait être déterminé en privilégiant le lieu de l'administration centrale de cette société, tel

³³ De tels accords contractuels conserveraient leur force exécutoire indépendamment de la Loi type sans que la reconnaissance soit nécessaire; rien dans la Loi type ou dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation ne vise à restreindre leur force exécutoire.

³⁴ Par exemple, 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" (l'article 1516 c) est libellé comme suit: "[in] the absence of evidence to the contrary, the debtor's registered office ... is presumed to be the centre of the debtor's main interests."). Il ressort des travaux préparatoires que ce changement est dû simplement à une question de terminologie, la façon dont le mot "evidence" est utilisé aux États-Unis reflétant peut-être plus étroitement la façon dont le mot "proof" est utilisé dans certains autres États anglophones. C'est dans ce contexte qu'il convient d'interpréter les décisions des tribunaux des États-Unis.

qu'il pouvait être établi par des éléments objectifs et vérifiables par les tiers. Lorsque les organes de direction et les organes de contrôle d'une société, y compris au niveau de la prise des décisions de gestion, se trouvent au lieu de son siège statutaire, de manière vérifiable par les tiers, la présomption ne peut pas être renversée. Toutefois, lorsque l'emplacement de l'administration centrale d'une société diffère de celui de son siège statutaire, une évaluation complète de tous les facteurs pertinents doit être réalisée en vue d'établir, de manière vérifiable par les tiers, l'emplacement du véritable centre de direction et de contrôle de la société et de gestion de ses intérêts. En l'espèce, le tribunal a estimé que le lieu de situation des actifs de la société et l'existence de contrats d'exploitation financière de ces actifs dans un État membre autre que celui dans lequel se trouvait le siège statutaire ne pouvait pas être considérés comme des facteurs suffisants pour renverser la présomption, à moins que l'évaluation complète de tous les facteurs pertinents ne désigne cet autre État membre³⁵.

87. [déplacé à la note du paragraphe 81]

88. [supprimé]

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

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"³⁶. 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 point³⁷".

91 et 92. [...]

93. Ajouter la phrase suivante à la note: "La décision a été confirmée en appel par le tribunal de district [2011 WL 4357421 (SDNY, 16 sept. 2012)] et fait actuellement l'objet d'un nouveau recours".

94. La décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns* a été contestée en appel au motif que l'arrêt ne répondait pas aux principes de courtoisie internationale et de coopération, et que le juge aurait mal interprété la présomption. En appel, le juge n'a eu aucune peine à conclure que le concept de reconnaissance avait primé les principes de courtoisie internationale et de coopération. Il a déclaré qu'il convenait d'établir une distinction entre "reconnaissance" et "mesures".

95. 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

³⁵ *Interedil*, par. 59.

³⁶ Voir note du paragraphe 81.

³⁷ [Entrée à compléter].

avait le devoir de déterminer en toute indépendance si tel avait été le cas, qu'il y ait eu ou non opposition d'une partie³⁸.

96. [...]

97. Phrases 1 à 3 [...]; les phrases 4 à 7 relatives au moment auquel doit être déterminé le centre des intérêts principaux ont été déplacées au paragraphe 102L.

98. Les autres décisions sont celles rendues par des tribunaux anglais 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 à 101. [...]

102. Ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe: "Dans d'autres affaires jugées en vertu de la Loi type l'exigence de vérifiabilité a été confirmée"³⁹.

c) Révisions du Guide pour l'incorporation et l'interprétation

102A. Les révisions du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type [adopté par la Commission en 2013] répondent à l'incertitude et à l'imprévisibilité auxquelles a donné lieu l'interprétation de la notion de centre des intérêts principaux. Il est dit dans la version révisée du Guide (par. 123 à 123E) que lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur coïncide avec son lieu d'immatriculation, la question concernant la réfutation de la présomption visée au paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type ne se pose pas. Toutefois, en réalité, le centre des intérêts principaux du débiteur peut ne pas coïncider avec le lieu d'immatriculation et la partie alléguant que le centre des intérêts principaux ne correspond pas à ce lieu devra convaincre le tribunal du lieu où se trouve le centre des intérêts principaux. Le tribunal de l'État requis devra examiner de manière indépendante où se situe le centre des intérêts principaux et déterminer s'il satisfait aux exigences de la Loi type. Dans certains cas, il peut pour se faire mettre à profit les informations figurant dans l'ordonnance du tribunal d'origine quant à la nature de la procédure étrangère⁴⁰, bien qu'il ne soit manifestement pas lié par cette ordonnance. Dans les cas où le centre des intérêts principaux du débiteur ne coïncide pas avec le lieu d'immatriculation, il doit être identifié sur la base d'éléments indiquant à ceux qui traitent avec le débiteur (en particulier les créanciers) où il se trouve.

³⁸ *Bear Stearns* (en appel), p. 335.

³⁹ *Lightsquared, Massachusetts Elephant & Castle; Millennium Global; Ackers c. Saad* ([2010] FCA 221); *Gerova*.

⁴⁰ À titre d'exemple, dans l'affaire *Cinram International*, le tribunal canadien a décrit sommairement les éléments que les requérants avaient présenté, selon lesquels le lieu du centre des intérêts principaux du débiteur était le Canada. Il a indiqué qu'il avait consigné ce descriptif concernant le centre des intérêts principaux "à des fins d'information seulement". Il a clairement reconnu qu'il appartenait au tribunal requis – en l'espèce le United States Bankruptcy Court for the District of Delaware – de trancher la question du lieu du centre des intérêts principaux et de déterminer si la procédure en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies était une "procédure étrangère principale" aux fins de l'application du chapitre 15 (par. 42).

102B. Dans les révisions du Guide, il est indiqué que les facteurs essentiels ci-après, examinés ensemble, tendront à indiquer si le lieu où la procédure étrangère a été ouverte est le centre des intérêts principaux du débiteur. Ces facteurs sont le lieu a) où le débiteur a son administration centrale, et b) pouvant facilement être vérifié par les créanciers.

102C. Si ces facteurs essentiels n'indiquent pas clairement où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur, divers facteurs supplémentaires concernant l'activité du débiteur peuvent être examinés. Le tribunal peut être amené à leur accorder plus ou moins de poids selon les circonstances de l'espèce. Cependant, il s'agit dans tous les cas d'un exercice global visant à déterminer que le lieu de la procédure étrangère correspond en fait au centre des intérêts principaux du débiteur pouvant être facilement vérifié par les créanciers.

102D. Ces autres facteurs peuvent être les suivants: le lieu où se trouvent les livres et les documents du débiteur; le lieu où le financement a été organisé et autorisé, ou à partir duquel a été administré le système de gestion de la trésorerie; le lieu où se trouvent les principaux actifs et les principales activités du débiteur; le lieu où se trouve la principale banque du débiteur; le lieu où se trouvent les employés; le lieu où a été définie la politique commerciale; le lieu du droit applicable ou du droit qui régit les principaux contrats de la société; le lieu depuis lequel ont été gérés la politique de vente et d'achat, le personnel, la comptabilité et le système informatique; le lieu à partir duquel ont été organisés les marchés (pour l'offre); le lieu à partir duquel s'est fait le redressement du débiteur; l'État dont la législation s'appliquerait à la plupart des litiges; le lieu où le débiteur était soumis à des contrôles ou à la réglementation; et le lieu où les comptes ont été établis et vérifiés selon la législation y applicable.

102E. Il est précisé dans le Guide que l'ordre dans lequel les autres facteurs sont énumérés n'indique aucunement la priorité ou le poids qu'il convient de leur accorder. La liste elle-même ne prétend pas être exhaustive; le tribunal peut très bien considérer que d'autres facteurs s'appliquent à une affaire donnée.

102F. Dans le cadre de plusieurs affaires jugées pendant la révision du Guide pour l'incorporation et l'interprétation, le tribunal a fait le point des facteurs déterminant le centre des intérêts principaux et adopté l'approche tendant à privilégier quelques facteurs essentiels. Dans l'affaire *Massachusetts Elephant & Castle*, le tribunal canadien a examiné trois grands facteurs à savoir: le lieu était a) celui où se trouvaient les principaux actifs ou les principales activités du débiteur; b) celui où le débiteur gérait ses affaires; et c) celui que pouvaient facilement vérifier un nombre important de créanciers en tant que centre des intérêts principaux, faisant observer que si d'autres facteurs pouvaient également s'avérer pertinents, ils devraient peut-être se voir accorder une importance secondaire et n'être pris en compte que dans la mesure où ils venaient étayer les trois facteurs principaux⁴¹. Ces facteurs ont été repris dans l'affaire *LightSquared*⁴², où le juge canadien a également fait observer que, si dans la plupart des cas, ces facteurs essentiels tendaient tous à désigner le même pays comme centre des intérêts principaux, leur application pouvait toutefois conduire à des résultats divergents, ce qui rendait nécessaire un examen plus

⁴¹ *Massachusetts Elephant & Castle*, par. 30.

⁴² *LightSquared*, par. 25 et 26.

approfondi des faits de la cause. Le tribunal peut être amené à accorder plus ou moins de poids à un facteur donné, selon les circonstances de l'espèce. En tout état de cause, cependant, le juge a indiqué qu'il s'agissait là d'un exercice destiné à déterminer que le lieu de la procédure correspondait en fait à celui du siège réel du débiteur ou de son établissement principal, conformément aux attentes de ceux qui traitaient avec l'entreprise avant l'ouverture de la procédure.

102G. Dans l'affaire *Think3*⁴³, le tribunal japonais a été tenu de déterminer si la procédure étrangère principale était une procédure ouverte aux États-Unis ou en Italie. Aussi bien en première instance qu'en appel, les tribunaux ont passé en revue les facteurs examinés au cours de la révision du Guide pour l'incorporation et l'interprétation, et se sont demandé si l'emplacement des fonctions du siège ou du centre névralgique du débiteur était un élément des facteurs à prendre en considération.

d) Déplacement du centre des intérêts principaux

102H. Le centre des intérêts principaux d'un débiteur peut être déplacé avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, dans certains cas peu de temps avant, voire même entre le moment de la demande d'ouverture et l'ouverture même de la procédure⁴⁴. Dès lors qu'il apparaît que le centre des intérêts principaux a été déplacé peu avant l'ouverture de la procédure étrangère, il est bon que le tribunal requis, en décidant s'il convient de reconnaître cette procédure, examine plus attentivement les facteurs décrits ci-dessus aux paragraphes 102B et D et envisage plus globalement la situation du débiteur. En particulier, le critère selon lequel le centre des intérêts principaux doit être facilement vérifiable par les tiers peut être plus difficile à respecter si le déplacement du centre des intérêts principaux se produit peu avant l'ouverture de la procédure.

102I. Dans l'affaire *Interdil*, la Cour de justice européenne a examiné l'impact du déplacement du siège statutaire du débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Elle a considéré que lorsque le siège statutaire de la société débitrice était transféré avant que ne soit déposée une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le centre des activités principales de la société était présumé être le lieu du nouveau siège statutaire⁴⁵.

102J. Il est peu probable qu'un débiteur puisse déplacer son lieu d'immatriculation (ou de résidence habituelle) après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, puisque de nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions

⁴³ Dans la législation japonaise incorporant la Loi type, le terme "établissement principal" est utilisé à la place de "centre des intérêts principaux" et il n'y a pas de présomption concernant le siège statutaire équivalent à ce qu'énonce le paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type. Comme le tribunal de première instance l'a expliqué dans l'affaire *Think3*, cependant, le terme "établissement principal" est supposé sur le fond avoir le même sens dans la législation japonaise que le terme "centre des intérêts principaux" et la jurisprudence d'autres pays concernant le centre des intérêts principaux, de même que la tendance qui se dégage des débats de la CNUDCI doivent être pris en compte et examinés [chapitre 3, 2-2 2), p. 19].

⁴⁴ Dans certains cas, le déplacement a pour objet de permettre au débiteur d'accéder à une procédure d'insolvabilité, telle que le redressement, plus adaptée à ses besoins que les procédures prévues par la législation de l'ancien centre des intérêts principaux. Dans d'autres cas, il peut se faire dans le but de contrecarrer les attentes légitimes des créanciers et des tiers.

⁴⁵ *Interdil*, par. 59.

interdisant expressément un tel déplacement. Quoi qu'il en soit, si un tel cas se produisait, cela ne devrait pas influencer sur la décision concernant le centre des intérêts principaux aux fins de la Loi type, puisque la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux est la date d'ouverture de la procédure étrangère, comme examiné ci-dessous au paragraphe 102O.

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

102K. La Loi type ne donne pas d'indication expresse concernant la date à laquelle le centre des intérêts principaux (ou l'établissement) devrait être déterminé, si ce n'est l'alinéa 2 a) de l'article 17, qui dispose que la procédure étrangère est reconnue en tant que procédure étrangère principale si "elle a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux". En raison de l'emploi du présent à l'article 17, il faut que la procédure étrangère soit en cours ou en instance au moment de la décision de reconnaissance; si la procédure visée par la demande de reconnaissance n'est plus en cours ou en instance dans l'État d'origine, elle ne peut pas être reconnue en vertu de la Loi type.

102L. La question du moment auquel doit être déterminé le centre des intérêts principaux a été déjà examinée par les juges. Dans l'affaire *Betcorp*, par exemple, le juge a considéré que le moment auquel devait être déterminé le centre des intérêts principaux était celui auquel était effectuée la demande de reconnaissance⁴⁶. Cette interprétation semble découler du temps du verbe utilisé dans la définition de la "procédure étrangère principale": "désigne une procédure étrangère qui a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux". Un problème similaire se pose en ce qui concerne le lieu de l'"établissement" dans la définition de la "procédure étrangère non principale": "désigne une procédure étrangère ... qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement ...". L'approche suivie dans l'affaire *Betcorp* a été reprise dans les affaires *In Re Ran (Fifth Circuit)* et *British American Insurance*.

102M. Dans des affaires plus récentes, les tribunaux ont considéré que la date pertinente pour déterminer le centre des intérêts principaux était la date à laquelle la procédure étrangère avait été ouverte. Dans l'affaire *Millennium Global*, le juge de première instance des États-Unis a fait observer que la procédure de reconnaissance était accessoire au regard de la procédure étrangère et que la date de la demande de reconnaissance relevait d'un simple hasard et pouvait intervenir à tout moment, même plusieurs années, après l'ouverture de la procédure étrangère. En outre, si le centre des intérêts principaux est considéré comme équivalant à l'établissement principal du débiteur, interprétation propre à un certain nombre de tribunaux, le centre des intérêts principaux doit renvoyer à la société du débiteur avant l'ouverture de la procédure étrangère, puisque après l'ouverture, en particulier d'une procédure de liquidation, la société cesse généralement de mener ses activités et il n'y a plus d'établissement⁴⁷. Cette jurisprudence a été suivie dans l'affaire *Gerova*, le juge des États-Unis ayant constaté qu'à la date de la demande de reconnaissance, le débiteur n'avait ni activités commerciales ni relations avec les Bermudes, et que seules étaient en cours les activités du liquidateur chargé de la liquidation de la

⁴⁶ *Betcorp*, p. 292.

⁴⁷ *Millennium Global*, p. 12 à 19; la question de la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux et l'établissement n'a pas été prise en compte par la juridiction d'appel.

société⁴⁸. La date du dépôt de la demande d'ouverture de la procédure étrangère ou de l'ouverture de cette procédure a également été retenue par le tribunal japonais de première instance dans l'affaire *Think3* et confirmée en appel⁴⁹. Le tribunal japonais de première instance a fait observer que si le moment à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux devait être régi par la date de la demande de reconnaissance, dans le cas de demandes multiples de reconnaissance de la même procédure étrangère dans différents pays, le moment à retenir serait finalement différent dans chacun de ces pays, d'où un manque d'unification, avec des résultats différents selon les juridictions. En outre, comme l'a indiqué le tribunal, l'utilisation de la date de la demande de reconnaissance pourrait encourager un choix arbitraire quant au moment de la demande de reconnaissance.

102N. Dans l'affaire *Interedil*, jugée en vertu du règlement CE, la Cour de justice européenne a estimé que c'était le lieu du centre des intérêts principaux du débiteur à la date à laquelle la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité était déposée qui était pertinent pour déterminer le tribunal compétent.

102O. Les révisions du Guide pour l'incorporation et l'interprétation montrent que, compte tenu des éléments qui doivent accompagner la demande de reconnaissance en vertu de l'article 15 et de l'importance accordée à la décision portant ouverture de la procédure étrangère et désignation du représentant étranger, la date d'ouverture de la procédure étrangère est la date appropriée pour déterminer le lieu du centre des intérêts principaux du débiteur. Le choix de cette date offre un élément que l'on peut utiliser de manière sûre dans toutes les procédures d'insolvabilité. Il prend également en compte des questions qui peuvent se poser quand les activités commerciales du débiteur ont cessé au moment où est introduite la demande de reconnaissance⁵⁰, quand, par exemple en cas de redressement, ce n'est pas l'entité débitrice qui continue d'avoir un centre des intérêts principaux, mais l'entité chargée du redressement, et aussi quand il y a changement de résidence entre l'ouverture de la procédure étrangère et la demande de reconnaissance en vertu de la Loi type.

103 à 107. [supprimés]

f) Abus de procédure

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 elle-même ne donne à penser qu'il y a lieu de tenir compte

⁴⁸ *Gerova*, p. 10.

⁴⁹ Haute Cour, chapitre 3-2, p. 6; Tribunal de district, chapitre 3, 2-1, p. 12 à 14.

⁵⁰ Dans l'affaire *Fairfield Sentry*, le tribunal des États-Unis a relevé que le débiteur avait effectivement cessé ses activités quelque temps avant l'ouverture de la procédure de liquidation et avant le dépôt de la demande de reconnaissance, et que ses activités avaient pendant une longue période été menées uniquement dans le cadre de la liquidation de son activité. Le juge a estimé qu'il était opportun de prendre cette longue période en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur (p. 64). Dans l'affaire *British American Insurance*, le tribunal a considéré que le centre des intérêts principaux du débiteur pouvait devenir celui du représentant étranger lorsqu'un représentant étranger restait en place pendant une longue période et relocalisait l'entièreté des activités essentielles du débiteur en son lieu de résidence (ou les interrompait), amenant ainsi les créanciers et autres parties à considérer le [lieu de résidence du représentant étranger] comme étant le lieu des affaires du débiteur (p. 914).

de circonstances étrangères 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”. Puisque les éléments constitutifs de l’abus de procédure sont régis par le droit interne ou par des règles de procédure, la Loi type n’interdit pas expressément aux tribunaux requis d’appliquer le droit interne, en particulier les règles de procédure, en présence de tels abus.

109. [supprimé]

110. [déplacé à l’article 6 – par. 51A]

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

a) Observations liminaires

111 à 113. [...]

b) Décisions de justice sur l’interprétation du terme “établissement”

114. [...]

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”. Dans l’affaire *Interedil*, jugée en vertu du règlement CE, la Cour de justice européenne a relevé que le fait que la définition associait l’exercice d’une activité économique à la présence de ressources humaines montrait qu’un niveau minimum d’organisation et une certaine stabilité étaient nécessaires. Il s’ensuit à l’inverse que la seule présence de biens pris isolément ou de comptes bancaires ne peut, en principe, satisfaire aux conditions requises pour que le lieu d’opérations soit considéré comme l’“établissement”.

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

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

116A. Comme mentionné ci-dessus, la Loi type ne donne pas d’indication expresse concernant la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur. Il en va de même pour ce qui est de déterminer l’existence d’un établissement. Les révisions du Guide pour l’incorporation et l’interprétation donnent à entendre que la date d’ouverture de la procédure étrangère est celle qui doit être prise en compte pour déterminer l’existence d’un établissement du débiteur.

D. Octroi de mesures

1. Observations liminaires

117 à 120. [...]

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 type⁵¹. Lorsque les mesures disponibles ont été identifiées, le tribunal requis peut ordonner si nécessaire des mesures appropriées en sus de celles découlant automatiquement de la reconnaissance d'une procédure "principale". La décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns*, selon laquelle il convenait d'établir une distinction nette entre les mesures et la reconnaissance, a été suivie dans l'affaire *Atlas Shipping*, dans laquelle le tribunal américain a considéré que, dès lors qu'un tribunal avait reconnu une procédure étrangère principale, le chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis prévoyait expressément que le tribunal userait de ses pouvoirs discrétionnaires pour ordonner les mesures appropriées conformément au principe de courtoisie internationale⁵². Elle a également été suivie dans l'affaire *Metcalf & 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 critère⁵³.

2. Mesures provisoires⁵⁴

122 à 124. [...]

125. Ajouter les phrases suivantes à la note de bas de page: "Au cours de la même affaire, une deuxième demande de mesures provisoires a été déposée, ayant pour objet de pouvoir interroger certaines personnes afin d'établir la propriété des articles saisis conformément au mandat de perquisition. Le tribunal a rejeté la demande, au motif que les mesures requises n'étaient pas urgentes au sens prévu par le premier paragraphe de l'article 19 de la Loi type. Il a estimé que, dans la mesure où les biens dont la propriété était en question avaient déjà été saisis et que la

⁵¹ Les États qui ont adopté une législation fondée sur la Loi type ont suivi des approches différentes. Aux États-Unis, par exemple, la suspension automatique a une portée plus large (de façon à être conforme au chapitre 11 du Code des faillites). Au Mexique, la suspension n'empêche pas la poursuite des actions individuelles par opposition aux mesures d'exécution. Au Japon et en République de Corée, les mesures disponibles à la suite de la reconnaissance sont laissées à l'appréciation du tribunal au cas par cas, au lieu de s'appliquer automatiquement comme prévu par la Loi type.

⁵² *Atlas Shipping*, p. 78.

⁵³ *Metcalf & Mansfield*, p. 697 et 698.

⁵⁴ Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, fondé sur les paragraphes 135 à 140 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation.

question de leur propriété ne deviendrait pertinente qu'après la décision concernant la reconnaissance de la procédure étrangère, l'ordonnance n'était pas nécessaire."

126 à 129. [...]

129A. Certains points portant sur l'adéquation de la protection accordée aux créanciers ont été examinés dans le cadre de plusieurs affaires. Dans l'affaire *Sivec*, le débiteur a obtenu qu'une procédure de redressement italienne soit reconnue en tant que procédure étrangère principale et que la suspension automatique des poursuites soit aménagée pour permettre de saisir la justice américaine de deux créances susceptibles de se compenser mutuellement. Cette procédure a entraîné, de la part d'un créancier américain, une demande d'aménagement de la suspension des poursuites, pour permettre la compensation des deux jugements. Le débiteur italien a exigé l'application de la procédure italienne, ce qui, semble-t-il, ôterait au créancier américain la possibilité de compenser les deux jugements. Le tribunal américain a décidé de ne pas observer les principes de la courtoisie internationale à l'égard de la procédure italienne, puisque le débiteur italien "n'avait pas fourni de renseignements concernant la législation italienne ou l'état d'avancement de la procédure de faillite et ne s'était pas non plus acquitté de la charge de la preuve lui incombant dans le cadre de la demande d'application de la courtoisie internationale". Le tribunal s'est déclaré particulièrement préoccupé par l'absence de notification au créancier américain; il a en outre jugé que les garanties élémentaires d'une procédure régulière étaient absentes et qu'aucune protection n'avait été accordée aux intérêts du créancier américain⁵⁵.

129B. Dans l'affaire *SNP Boat Service*, le concept de "protection suffisante" a fait l'objet d'une interprétation moins large. Dans cette affaire, un créancier canadien s'est opposé à ce que le débiteur intervenant dans une procédure d'insolvabilité française cherche à rapatrier des actifs des États-Unis vers la France, au motif qu'il ne bénéficierait pas d'une "protection suffisante" de ses intérêts dans la procédure française. En appel, la cour américaine a fait une distinction entre les mesures disponibles en application d'une part du paragraphe 2 de l'article 21 et, d'autre part, du paragraphe 1 de l'article 22, ces dernières prévoyant plus généralement que le tribunal peut accorder les mesures prévues aux articles 19 et 21 uniquement si "les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont suffisamment protégés"⁵⁶. Bien que l'objection ait été soulevée par un créancier canadien, le tribunal a estimé qu'il n'en était pas moins en droit de s'assurer que les intérêts des créanciers étrangers en général étaient suffisamment protégés avant le transfert d'actifs vers un pays étranger, mais il a rejeté l'idée de se renseigner sur le traitement qui serait réservé au créancier concerné en France⁵⁷.

⁵⁵ *Sivec*, p. 324 à 326.

⁵⁶ *SNP Boat Service*, p. 11.

⁵⁷ Dans une autre affaire jugée aux États-Unis, *In re Lee*, [472 B.R. 156 (Bankr. D. Mass. 2012)], le représentant étranger de débiteurs sis à Hong Kong a demandé à ce que soient placés en sa possession et sous son contrôle des biens situés aux États-Unis dont était propriétaire le débiteur. Il a témoigné qu'il lui appartenait, au titre de la loi de Hong Kong, de prendre possession de ces biens, et qu'il était habilité à intervenir, en vue de protéger et de maximiser la valeur des biens et d'assurer le respect des restrictions applicables à leur transfert. Le tribunal des États-Unis a estimé que le représentant étranger s'était acquitté de la charge de prouver que les créanciers et le débiteur seraient suffisamment protégés si l'ordonnance de mise en possession était accordée,

3. Mesures s'appliquant automatiquement dès la reconnaissance de la "procédure principale"⁵⁸

130 à 133. [...]

134. [...] Ajouter la note de bas de page suivante au paragraphe: "Dans l'affaire *JSC BTA Bank* [434 BR 334 (Bankr. S.D.N.Y. 2010)], la cour américaine a décidé que la portée de la suspension automatique [applicable en vertu du Code des faillites des États-Unis] se limitait aux procédures susceptibles d'affecter les actifs d'un débiteur sis aux États-Unis. Un arbitrage mené en Suisse après l'ouverture d'une procédure au titre du Chapitre 15 ne portait pas atteinte à cette suspension automatique lorsque l'application de la loi du centre des intérêts principaux du débiteur ne suspendait pas un tel arbitrage, et que le débiteur y avait apparemment participé sans objection. De manière similaire, la suspension automatique ne s'appliquait pas aux actions postérieures à la reconnaissance relatives à des ruptures de contrat par un débiteur étranger ou par des non-débiteurs liés à la société."

135. [...]

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

137. [...]

4. Mesures postérieures à la reconnaissance⁵⁹

a) Dispositions de la Loi type

138 à 143. [...]

144. À la fin de la première phrase, ajouter un renvoi aux paragraphes 129 à 129C ci-dessus.

145. [...]

et que les débiteurs ne s'étaient pas acquittés de "la charge ultime d'établir l'absence de protection suffisante".

⁵⁸ Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, fondé sur les paragraphes 141 à 153 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation.

⁵⁹ Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, fondé sur les paragraphes 154 à 160 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation.

146. En deuxième recours, la Cour suprême a cassé la décision de la Cour d'appel et estimé que les jugements étaient soumis aux règles ordinaires du droit international privé interdisant l'exécution au motif que les défendeurs n'étaient pas soumis à la compétence du tribunal étranger⁶⁰. Elle a également estimé qu'aucune disposition de la Loi type ne suggérait son application à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers à l'encontre des tiers.

b) Approches en matière de mesures discrétionnaires

147 à 149. [...]

149A. Un autre exemple est fourni par l'affaire *In re Vitro*, dans laquelle l'approche définie par la Cour d'appel des États-Unis pour analyser les demandes de mesures en application des articles 7 et 21 fait obligation au tribunal de déterminer en premier lieu si les mesures demandées par un représentant étranger relèvent de l'une des catégories énumérées à l'article 21. Si ce n'est pas le cas, le tribunal doit déterminer si les mesures demandées peuvent être considérées comme "appropriées" conformément au premier paragraphe de l'article 21 et il doit par conséquent examiner si elles ont déjà été accordées conformément à la législation applicable avant l'entrée en vigueur du Chapitre 15 et si elles seraient disponibles de toute autre manière en application de la législation américaine. En troisième lieu, si les mesures demandées ont une portée plus large que celles qui étaient disponibles en vertu de la législation précédente ou que celles actuellement disponibles en vertu de la loi américaine, l'article 7 fait alors fonction de "fourre-tout" car il prévoit des mesures "plus extraordinaires" que celles disponibles conformément aux dispositions aussi bien générales que spécifiques de l'article 21⁶¹. La Cour a considéré qu'un tel cadre empêcherait les tribunaux d'assujettir les mesures prévues à l'article 7 aux mêmes restrictions que celles imposées aux mesures prévues à l'article 21, à moins que ces restrictions ne soient expressément applicables, et qu'il éviterait les "applications universelles" au titre de l'article 7 et "l'élargissement anticipé de la portée du chapitre 15 au-delà du droit de l'insolvabilité internationale en vigueur"⁶².

149B. Ayant appliqué ce cadre aux faits qui lui avaient été exposés, la Cour a confirmé le rejet de la demande faite par le représentant étranger pour obtenir l'*exequatur* d'une décision confirmant un plan de redressement mexicain qui novait et, de fait, éteignait les obligations des filiales du débiteur mexicain en possession d'effets garantis émis par le débiteur mais qui n'avaient pas elles-mêmes demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. La Cour a tout d'abord estimé que les paragraphes 1 et 2 de l'article 21 ne prévoyaient pas l'exécution des obligations des garants non-débiteurs. Elle a ensuite estimé que l'octroi général de mesures conformément au premier paragraphe de l'article 21 ne correspondait pas aux mesures demandées car les décharges non conventionnelles de non-débiteurs par l'intermédiaire d'une procédure de faillite "n'étaient généralement pas disponibles"

⁶⁰ L'arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Rubin* était associé à un pourvoi dans l'affaire *New Cap Reinsurance Corp Ltd & Anor V Grant and others* [2012] UKSC 46. Dans cette affaire, la Cour suprême a décidé que le jugement étranger pouvait être exécuté puisque New Cap s'était soumis à la compétence juridictionnelle en produisant la preuve de dettes dans le cadre de la procédure d'insolvabilité étrangère.

⁶¹ *Vitro*, par. 19.

⁶² *Vitro*, par. 20.

dans la législation des États-Unis et étaient “explicitement interdites” par le tribunal en question⁶³. S’agissant de l’article 7, la Cour a noté que de telles décharges étaient parfois disponibles dans d’autres juridictions et que l’article n’interdisait donc pas les mesures demandées. Cependant, la Cour a jugé que, puisque *Vitro* n’avait pas pu produire de preuves de l’existence de circonstances extraordinaires suffisantes pour établir le bien-fondé des décharges de non-débiteurs en vertu de la législation des tribunaux permettant de telles décharges, le tribunal de première instance n’avait pas excédé son pouvoir en refusant d’accorder les mesures au titre de l’article 7⁶⁴.

c) Mesures dans le cas d’opérations antérieures suspectes

150 à 153. [...]

E. Coopération et coordination

1. Observations liminaires

154 à 156. [...]

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

158. [...]

2. Coopération

159. [...]

160. [...]

a) [...]

⁶³ *Vitro*, par. 22.

⁶⁴ Le refus de reconnaître les décharges de tiers dans l’affaire *Vitro* s’oppose à leur reconnaissance dans l’affaire *Metcalfe & Mansfield*. Dans cette dernière affaire, la cour a estimé que, dans un petit nombre de cas, le tribunal canadien accordait des mesures aux non-débiteurs qui coïncidaient avec l’application étroite de l’article 7 faite par les tribunaux des États-Unis. Ainsi, le tribunal des États-Unis a estimé que les ordonnances rendues dans le cadre de la procédure étrangère devraient être exécutées.

b) Ajouter à la note de bas de page, après le mot “concernées”, les phrases suivantes: “Dans l’affaire *Chow Cho Poon*, la cour a fait remarquer que les tribunaux concernés devraient expressément reconnaître la coopération et qu’un tribunal ne saurait coopérer avec un autre sans que ce dernier n’en soit avisé. Elle a fait observer qu’en vertu de l’article 27 de la Loi type, la coopération devrait résulter soit d’une demande faite par un tribunal à un autre soit de la mise en œuvre d’un plan convenu (par. 56).”

c) à e) [...]

161 à 165. [...]

165A. Un exemple différent a trait aux efforts que font les tribunaux pour coopérer en limitant les effets de leurs décisions, lorsque celles-ci vont à l’encontre des décisions prises par des tribunaux d’autres États. Dans l’affaire *Perpetual Trustee Company Ltd c Lehman Bros. Special Financing Inc.*⁶⁵, 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 Angleterre⁶⁶. Sachant que sa décision irait directement à l’encontre de celle du tribunal anglais, le tribunal américain a exprimé sa vision de la législation, mais il n’a pas exigé que les parties s’y conforment immédiatement. Analysé devant les tribunaux, le conflit n’a pas été résolu, mais il a en partie été réglé par la suite dans le cadre de la procédure américaine.

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 *In re Lehman Brothers Australia Limited*⁶⁷, le tribunal a examiné les effets des décisions prises dans les affaires Lehman aux États-Unis et au Royaume-Uni sur les obligations légales du liquidateur des entités australiennes ainsi que la demande faite par ces liquidateurs pour que le tribunal communique avec le tribunal américain. Sur le moment, la demande avait été rejetée par le tribunal australien, au motif qu’elle pourrait influencer la décision des tribunaux américains sur certains points; qu’elle pourrait méconnaître le principe de courtoisie internationale basé sur la courtoisie réciproque et le respect mutuel et être considérée par le juge américain comme une ingérence abusive; qu’il s’agissait d’une demande *ex parte* et que toutes les parties intéressées n’avaient pas été entendues; et que la coopération entre le juge australien et le tribunal étranger devait en principe intervenir dans un cadre ou à travers un protocole ayant fait l’objet d’une approbation préalable dudit tribunal et connu des parties à la procédure en cause. Le juge a néanmoins convenu qu’il pourrait être pertinent d’écrire au juge

⁶⁵ [2009] EWHC 2953 par. 12 à 23. Dans l’affaire *Belmont Park Investments Pty Ltd v BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, ([2011] UKSC 38), la Cour suprême anglaise a résumé comme suit les échanges entre les tribunaux anglais et américain (par. 33): “À la suite des échanges entre la Haute Cour d’Angleterre et le Tribunal des faillites de New York, il a été convenu que, afin de limiter les éventuels conflits entre les décisions prises dans les deux pays, seules des mesures déclaratoires seraient prises: *Perpetual Trustee Co. Ltd v BNY Corporate Trustee Services Ltd.* [2010 2 BCLC 237]; *In re Lehman Bros Holdings Inc.* (2010) 422 BR 407 (Bankr. SDNY).”

⁶⁶ *Perpetual Trustee*, par. 41 à 50.

⁶⁷ *Parbery; in the matter of Lehman Brothers Australia Limited* (en liquidation) [2011] FCA 1449 [CLOUT, décision n° 1215].

américain afin de l'informer de la présente requête et de lui demander s'il serait possible d'établir une procédure pour de futures communications. Un projet de lettre à adresser au tribunal américain a été annexé à l'arrêt.

167 à 170. [...]

3. Coordination

171 à 187. [...]

Annexe I

Résumés d'affaires

1. *In re ABC Learning Centres Limited* 445 B.R. 318 (Bankr. D. Del 2010)
[CLOUT, décision n° 1210]
2. *Ashapura Minechem Ltd* 480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012)
3. *In re Atlas Shipping A/S* 404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. 2009)
4. *In re Bear Stearns High-Grade Structured
Credit Strategies Master Fund, Ltd* 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008)
[CLOUT, décisions n° 760, 794]
5. *In re Betcorp Ltd (in liquidation)* 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009)
[CLOUT, décision n° 927]
6. *In re British American Ins. Co. Ltd* 425 B.R. 884 (Bankr. S.D.Fla. 2010)
[CLOUT, décision n° 1005]
7. *Re Chow Cho Poon (Private) Limited* (2011) NSWSC 300 (15 avril 2011)
[CLOUT, décision n° 1218]
8. *Re Cinram International Inc* 2012 ONSC 3767 (Ont. SCJ [Rôle
commercial])
[CLOUT, décision n° ...]
9. *In re Ephedra Products Liability Litigation* 349 B.R. 333 (S.D.N.Y. 2006)
[CLOUT, décision n° 765]
10. *Re Eurofood IFSC Ltd* [2006] Ch 508 (ECJ)
11. *In re Fairfield Sentry Ltd* 2011 WL 4357241
12. *Fogarty v Petroquest Resources Inc. (In re
Condor Ins. Ltd)* 601 F.3d 319, (5th Cir. 2010)
[CLOUT, décisions n° 928, 1006]
13. *Gainsford, in the matter of Tannenbaum v
Tannenbaum* (2012) FCA 904
[CLOUT, décision n° 1214]
14. *In re Gerova Financial Group, Ltd.* 482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2012)
15. *In re Gold & Honey, Ltd* 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009)
[CLOUT, décision n° 1008]
16. *Re HIH Casualty and General Insurance Ltd* [2005] EWHC 2125; premier recours
[2006] EWCA Civ 732;
McGrath v Riddle Deuxième recours [2008] UKHL 21
17. *Interdil, Srl* [2011] EUECJ C-396/09, [2012] Bus
LR 1582
18. *Re Lightsquared LP* 2012 ONSC 2994 (Ont. SCJ [Rôle
commercial])
[CLOUT, décision n° 1204]
19. *Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc.* 2011 ONSC 4201 (Ont. SCJ [Rôle
commercial])
[CLOUT, décision n° 1206]

20. *In re Metcalfe & Mansfield Alternative Investment* 421 BR 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010) [CLOUT, décision n° 1007]
21. *Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited et al* District Ct 11 Civ. 7865 juin 2012
22. *In re Ran* 607 F.3d. 1017 (5th Cit. 2010) [CLOUT, décision n° 929]
23. *Rubin v Eurofinance SA* [2012] UKSC 46
24. *In re Sivec Srl, as successor in liquidation to Sirz Srl* 476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla 2012)
25. *SNP Boat Service, S.A. v. Hotel le St. James* 483 B.R. 776 (S.D. Fla. 2012)
26. *Stanford International Bank Ltd* [2010] EWCA Civ. 137 [CLOUT, décision n° 1003]
27. *Think3* Affaire n° 1757 de 2012. Recours contre la décision de rejet d'une demande visant à obtenir la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité et d'une ordonnance d'administration étrangères, ainsi qu'une assistance en la matière (Tribunal de première instance, affaires n° 3 et 5 de 2011, Tribunal de district de Tokyo)
28. *In re Juergen Toft* 453 B.R. 186 (Bankr. S.D.N.Y. 2011) [CLOUT, décision n° 1209]
29. *In the matter of Vitro S.A.B. de C.V.* 2012 WL 5935630 (5th Cir. 28 nov. 2012)
30. *Williams v Simpson* [2011] B.P.I.R. 938 (Haute Cour de Nouvelle-Zélande, Hamilton, 17 septembre 2010);
- Williams v Simpson (no. 5)* Haute Cour de Nouvelle-Zélande, Hamilton, 12 octobre 2010

1. *In re ABC Learning Centres Limited*⁶⁸

Société mère australienne d'un groupe englobant 38 filiales, le débiteur était propriétaire-exploitant de garderies en Australie, en Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni, au Canada et aux États-Unis d'Amérique. En novembre 2008, les conseils d'administration du débiteur et de ses 38 filiales ont décidé que les sociétés, dans la mesure où elles allaient vraisemblablement devenir insolubles, devraient se placer sous le régime d'administration volontaire en Australie et des administrateurs ont été désignés. La mise en place du régime d'administration volontaire violant les conditions de certaines conventions de prêt, les prêteurs, agissant en application de la loi australienne sur les sociétés, ont exercé leur droit en

⁶⁸ 445 B.R. 318 (Bankr. D. Del 2010) [CLOUT, décision n° 1210].

leur qualité de créanciers garantis de désigner des mandataires pour représenter leurs intérêts et entamer la procédure de règlement judiciaire. En juin 2010, les créanciers ont résolu de liquider les sociétés et les administrateurs ont été désignés en tant que liquidateurs. Les procédures de règlement judiciaire et de liquidation ont été menées concomitamment. En 2008 et 2009, des poursuites ont été engagées aux États-Unis contre certaines des sociétés débitrices. En 2010, les liquidateurs ont demandé la reconnaissance aux États-Unis de la procédure de liquidation en tant que procédure étrangère principale. Le tribunal a conclu que la procédure de liquidation était une “procédure étrangère” aux fins du Chapitre 15 et l’a donc reconnue en tant que procédure étrangère principale.

2. *Ashapura Minechem Ltd*⁶⁹

En octobre 2011, le représentant étranger du débiteur, compagnie minière et industrielle ayant son siège à Mumbai, a demandé la reconnaissance aux États-Unis d’Amérique d’une procédure entamée en Inde et qui demeurait en instance auprès du Conseil pour le redressement industriel et financier (organisme autorisé à remplir les fonctions de tribunal administratif en vertu de la Sick Industrial Companies Act (Special Provisions Act, 1985)). Le tribunal des États-Unis a estimé que, si la législation indienne en question ne prévoyait pas de mécanisme formel pour la participation des créanciers chirographaires, dans la pratique, la manière dont ces créanciers pouvaient y participer démontrait que la procédure était collective aux fins du paragraphe 101-23 du titre 11 du United States Code (USC) [article 2 de la LTI]. Bien que plusieurs créanciers aient fait valoir l’exception d’ordre public, le tribunal a estimé qu’ils ne s’étaient pas acquittés de la charge de la preuve leur incombant à cet égard et que la demande de reconnaissance ne pouvait être rejetée à ce motif.

4. *In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd*⁷⁰

Ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe: “Cette décision a été confirmée en appel.”

7. *Re Chow Cho Poon (Private) Limited*⁷¹

En 2007, la Haute Cour de Singapour a ordonné la liquidation de Chow Cho Poon (CCP), société de droit singapourien, sur le fondement de la justice et de l’équité (décision non fondée sur l’insolvabilité du débiteur). Ayant découvert que CCP possédait des actifs bancaires en Australie, le liquidateur désigné à Singapour a fait diverses demandes les concernant, que la banque australienne en question a refusé d’exécuter, dans l’attente de la reconnaissance en Australie de la désignation du liquidateur. Bien que cette reconnaissance ait été demandée en vertu d’une autre législation, la cour a examiné les effets de ces dispositions sur la Cross-Border Insolvency Act (Loi sur l’insolvabilité internationale) de 2008 [qui incorporait la Loi type dans le droit australien]. En particulier, elle a cherché à établir si la procédure singapourienne était une procédure étrangère au sens de l’article 2 de la Loi type. Elle a conclu que le liquidateur était un représentant étranger au sens de

⁶⁹ 480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012).

⁷⁰ 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008) [CLOUT, décisions n^{os} 760, 794].

⁷¹ (2011) NSWSC 300 (15 avril 2011) [CLOUT, décision n^o 1218].

l'article 2, que la liquidation constituait une procédure judiciaire et que les actifs de la société faisaient l'objet du contrôle ou de la surveillance d'un tribunal étranger. Il restait deux points à examiner, à savoir si la société CCP pouvait être qualifiée de débitrice et si la procédure était régie par "une loi relative à l'insolvabilité". Bien que la cour ait indiqué qu'instinctivement, elle aurait répondu à ces deux questions par la négative, l'examen de décisions rendues par des tribunaux anglais (affaire *Stanford International Bank Ltd*) et américains (affaires *Betcorp* et *ABC Learning*) l'a conduite à conclure qu'il existait clairement des bases sur lesquelles "l'ensemble de la loi de Singapour sur les sociétés, ou tout au moins toutes les dispositions relatives à la liquidation, pouvait être considéré comme constituant "une loi relative à l'insolvabilité" et ce, bien qu'en l'espèce la liquidation ait été ordonnée sur le seul fondement de la justice et de l'équité et apparemment sans que l'insolvabilité ait été expressément ou implicitement établie". S'agissant du second point, la cour a noté qu'aucune des décisions examinées n'accordait d'attention spécifique à la question de savoir si la société en liquidation pouvait être qualifiée de "débitrice", chacun des juges semblant s'être contenté de raisonner sur la base de l'idée selon laquelle le concept de "débiteur" visé par la Loi type couvrait, *ipso facto*, une entité objet d'une "procédure étrangère".

8. *Re Cinram International Inc*⁷²

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

11. *In re Fairfield Sentry Ltd*⁷³

Ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe: "La décision a été confirmée en appel auprès du tribunal de district et fait maintenant l'objet d'un deuxième recours."

⁷² 2012 ONSC 3767 (Ont. SCJ [Rôle commercial]).

⁷³ 2011 WL 4357241 (S.D.N.Y., 16 sept. 2012).

13. *Gainsford, in the matter of Tannenbaum v Tannenbaum*⁷⁴

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

14. *Gerova Financial Group, Ltd*⁷⁵

Les deux entités du groupe Gerova étaient immatriculées aux Bermudes. Suite à la publication par un analyste en valeurs mobilières d'un rapport prétendant que Gerova opérait selon le principe du montage pyramidal à la Ponzi, le groupe a été poursuivi aux États-Unis. En mai 2011, il avait cessé toutes ses activités. En octobre 2011, trois créanciers ont tenté d'ouvrir aux Bermudes une procédure d'insolvabilité, ajournée sur demande de Gerova, qui a réussi à s'entendre avec deux d'entre eux et s'est défendu avec succès contre les demandes du troisième. Assumant le rôle de requérant, un quatrième créancier a présenté une demande modifiée, que le tribunal n'a voulu ni suspendre, ni rejeter. Il a toutefois donné à Gerova l'occasion de régler intégralement cette quatrième créance. Ce règlement n'étant pas intervenu, il a ordonné l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre des deux entités du groupe en juillet et août 2012. Les liquidateurs ont demandé la reconnaissance de la procédure bermudienne aux États-Unis; un recours contre l'ordonnance rendue en juillet par le tribunal des Bermudes était alors en instance. Plusieurs créanciers se sont opposés à la reconnaissance aux motifs: a) qu'elle était inutile, notamment dans la mesure où un nombre élevé de créanciers

⁷⁴ (2012) FCA 904 [CLOUT, décision n° 1214].

⁷⁵ 482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2012).

s'y opposait; b) qu'un recours à l'encontre de l'ordonnance d'ouverture était en instance; et c) que, pour ces raisons, la reconnaissance serait couverte par l'exception d'ordre public du paragraphe 1506 du titre 11 du United States Code (USC) [article 6 de la LTI]. Le tribunal a estimé que la procédure bermudienne était la procédure étrangère principale, et que rien dans le paragraphe 1507 du Code des faillites [article 7 de la LTI] ne subordonnait la reconnaissance à une analyse des bénéfiques par rapport aux coûts ou à l'aval de la majorité des créanciers; qu'il appartenait au tribunal bermudien de décider si la procédure devrait être ouverte et non au tribunal requis de subordonner la reconnaissance à un nouvel examen de cette question; que la rédaction du paragraphe 1517 [article 17 de la LTI] n'imposait aucunement que la décision bermudienne soit définitive ou non susceptible d'appel et que, puisque l'ordonnance du tribunal bermudien était suffisante pour permettre aux liquidateurs de s'acquitter de leurs devoirs, le paragraphe 1518 [article 18 de la LTI] leur ferait obligation de faire savoir au tribunal des États-Unis si cette ordonnance était infirmée en appel; et que rien en l'espèce ne portait atteinte à une question d'importance fondamentale qui permettrait d'invoquer l'exception d'ordre public.

15. *In re Gold & Honey, Ltd*⁷⁶

En juillet 2008, une procédure de règlement judiciaire a été engagée en Israël par le prêteur principal du débiteur mais, en raison de différents événements, le tribunal israélien a refusé la désignation d'un mandataire judiciaire. En septembre 2008, une procédure de redressement a été ouverte aux États-Unis et le prêteur principal du débiteur en a été notifié. Nonobstant l'ouverture de cette procédure et la suspension automatique en découlant, le prêteur principal a maintenu sa demande de désignation d'un mandataire judiciaire auprès du tribunal israélien, au motif que la suspension automatique ne s'appliquait ni à ses actions ni à sa demande de désignation d'un mandataire judiciaire. En octobre 2008, le tribunal des États-Unis a estimé, à la suite d'une demande du débiteur et sur le fondement d'une audience à laquelle le prêteur principal était représenté, que la suspension automatique s'appliquait aux biens du débiteur, où qu'ils soient situés et quel qu'en soit le détenteur. Bien que le tribunal n'ait pas établi si la suspension s'appliquait expressément à la procédure de règlement judiciaire israélienne ou s'il avait compétence juridictionnelle *in personam* sur le prêteur principal, il a fait remarquer à ce dernier que s'il poursuivait la procédure de règlement judiciaire en Israël, c'était à ses risques et périls. Le prêteur principal a maintenu sa demande de règlement judiciaire; fin octobre 2008, le tribunal israélien a établi sa compétence et, en novembre 2008, a nommé des mandataires judiciaires pour liquider les biens du débiteur en Israël, en dépit de la procédure en cours aux États-Unis et de la demande de suspension internationale. Début janvier 2009, le prêteur principal a demandé au tribunal des États-Unis soit une ordonnance d'annulation de la suspension automatique relative au règlement judiciaire israélien, soit le rejet de la procédure d'insolvabilité américaine. Fin janvier 2009, les représentants de l'insolvabilité israéliens ont demandé la reconnaissance de la procédure israélienne à New York pour faire transférer en Israël les biens situés à New York, afin que la procédure israélienne leur soit appliquée. Le tribunal des États-Unis a rejeté la demande de reconnaissance estimant: a) que les représentants israéliens n'avaient

⁷⁶ 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009) [CLOUT, décision n° 1008].

pas démontré comme il leur en incombait que la procédure israélienne était une procédure collective et que les biens et les affaires du débiteur étaient soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger conformément à la définition figurant dans le paragraphe 101-23 du titre 11 du United States Code (USC) [article 2 a) de la LTI]; b) que les représentants israéliens avaient été désignés en violation de la suspension automatique des poursuites; et c) que le seuil requis pour établir l'exception d'ordre public prévue dans le paragraphe 1506 du titre 11 du United States Code (USC) [article 6 de la LTI] avait été atteint.

17. *Interedil, Srl*⁷⁷

En juillet 2001, la société *Interedil*, précédemment immatriculée en Italie, a transféré son siège statutaire au Royaume-Uni et a été radiée du registre italien des sociétés et inscrite au registre anglais. Au moment du transfert, *Interedil* était en cours d'acquisition par le groupe britannique Canopus et, quelques mois plus tard, la propriété des biens qu'elle détenait en Italie a été transférée à une autre société britannique dans le cadre de cette acquisition. En 2002, *Interedil* a été radiée du registre anglais des sociétés. En octobre 2003, Intesa a demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'*Interedil* à Bari (Italie). *Interedil* a contesté cette demande au motif que seuls les tribunaux du Royaume-Uni étaient compétents et a demandé à la cour supérieure italienne de se prononcer sur la compétence. En mai 2004, sans attendre cette dernière décision, le tribunal de Bari a ouvert la procédure d'insolvabilité. En juin 2004, *Interedil* a introduit un recours contre ce jugement. En mai 2005, la cour supérieure italienne a statué sur la première demande et jugé que le tribunal de Bari était compétent, sur le fondement que la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux d'un débiteur correspondait au lieu de son siège statutaire pouvait être renversée, en l'espèce en raison de la présence en Italie de biens immobiliers, de l'existence d'un contrat de location relatif à deux hôtels, d'un contrat avec une institution bancaire et du fait que le registre italien des sociétés n'avait pas été notifié du transfert du siège statutaire. Le tribunal de Bari a ensuite renvoyé plusieurs questions à la Cour européenne de justice (CEJ). S'agissant de la question du renversement de la présomption relative au siège statutaire, la CEJ a déclaré que le centre des intérêts principaux d'un débiteur devait être déterminé en privilégiant son lieu d'administration centrale, qui devait être établi par des éléments objectifs et vérifiables par les tiers. Lorsque la gestion (y compris la prise des décisions de gestion) et le contrôle s'effectuaient au lieu du siège statutaire, de manière vérifiable par les tiers, la présomption ne pouvait pas être renversée. Lorsque l'administration centrale ne se trouvait pas au même lieu que le siège statutaire, les facteurs cités dans l'affaire en question n'étaient pas suffisants pour renverser la présomption, à moins qu'une analyse détaillée de ces facteurs ne permette d'établir, de manière vérifiable par les tiers, que le véritable centre de gestion et de contrôle était situé dans cet autre lieu. La Cour a également estimé que lorsque le siège statutaire d'une société débitrice était transféré avant une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité, le centre des intérêts principaux était présumé être le lieu où se situait le nouveau siège statutaire.

⁷⁷ [2011] EUECJ C-396/09, [2012] Bus LR 1582.

18. *Re Lightsquared LP*⁷⁸

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

19. *Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc.*⁷⁹

Les débiteurs exploitaient et proposaient en franchise des débits de boissons de type pubs anglais livrés clef en main aux États-Unis et au Canada. En juin 2011, en application du Chapitre 11, une procédure a été ouverte à l'encontre des débiteurs aux États-Unis et une demande de reconnaissance de cette procédure a été faite au Canada. À l'exception des 3 sociétés du groupe immatriculées au Canada, les 11 autres sociétés débitrices l'étaient aux États-Unis. Ayant examiné les facteurs pertinents en vue de déterminer le centre des intérêts principaux des trois sociétés canadiennes, le tribunal canadien a conclu que les trois facteurs suivants étaient d'ordinaire importants: a) le lieu du siège de la société débitrice, de son agence centrale ou de son "centre névralgique"; b) le lieu où se trouvait la direction de la société débitrice; c) le lieu que les créanciers importants reconnaissaient comme étant le centre des opérations de la société. Si d'autres facteurs pouvaient s'avérer pertinents dans le cadre d'affaires particulières, le tribunal a estimé qu'ils ne revêtaient qu'une importance secondaire et qu'ils ne devaient être pris en compte que dans la mesure où ils avaient trait aux trois facteurs principaux ou qu'ils les étayaient. En l'espèce, compte tenu de ces facteurs, la cour a noté que: tous les "débiteurs du chapitre 11" avaient leur siège social à Boston; que le groupe opérait comme une société nord-américaine intégrée, dont toutes les prises de décision étaient centralisées au siège à Boston; et que c'était à Boston que s'exerçaient dans son ensemble la gestion du groupe débiteur ainsi que toutes ses fonctions tant de gestion des ressources humaines que comptables et financières, administratives et

⁷⁸ 2012 ONSC 2994 (Ont. SCJ [Rôle commercial]) [CLOUT, décision n° 1204].

⁷⁹ 2011 ONSC 4201; (2011) 81 C.B.R. (5th) [CLOUT, décision n° 1206].

liées aux technologies de l'information. La cour a conclu que le centre des intérêts principaux des sociétés canadiennes se trouvait à Boston, a reconnu la procédure américaine en tant que procédure étrangère principale et a accordé des mesures s'ajoutant à celles systématiquement disponibles lors de la reconnaissance, prenant en compte principalement certaines ordonnances rendues par le tribunal des États-Unis dans le cadre de la procédure ouverte en application du chapitre 11.

21. *Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited et al*⁸⁰

Les deux débiteurs (un fonds nourricier et un fonds maître) étaient des fonds de placement offshore qui investissaient dans des titres de créances d'entreprises et de dettes souveraines proposés par des émetteurs dans des pays en développement. Ils étaient tous deux immatriculés aux Bermudes, le fonds nourricier y ayant été constitué en 2006 et le fonds maître en 2007. Une fois constitué, le fonds maître avait bénéficié du transfert de pratiquement tous les actifs du fonds nourricier, en contrepartie de la participation de ce dernier à son capital à hauteur de 97 %. En octobre 2008, les fonds ont connu de graves problèmes de trésorerie et n'ont pas été à même d'honorer divers appels de marge. Leurs directeurs ont demandé l'ouverture d'une procédure de liquidation aux Bermudes; le tribunal a ouvert la procédure en 2009 et a nommé les représentants étrangers en tant que liquidateurs des deux fonds. Ayant en vain tenté d'obtenir la communication informelle de documents de la part de plusieurs entités situées aux États-Unis, les liquidateurs ont demandé la reconnaissance de la procédure bermudienne aux États-Unis. En première instance, le tribunal des États-Unis a jugé que le centre des intérêts principaux du débiteur devrait être déterminé par référence à la date d'ouverture de la procédure étrangère et que, pour les deux débiteurs, il se situait alors aux Bermudes. Cette décision a été contestée au motif qu'un certain nombre de faits relatifs à l'organisation des affaires des débiteurs indiquait que le centre de leurs intérêts principaux était au Royaume-Uni. La décision concernant la pertinence de la date n'a pas été contestée. En appel, le tribunal a examiné les circonstances à la lumière de cinq facteurs (la situation du siège social du débiteur, le lieu où se trouvaient les personnes qui géraient la société débitrice, la situation de ses principaux biens, le lieu où se trouvait la majorité des créanciers qui seraient affectés par l'affaire, et le pays dont la législation serait applicable à la plupart des différends) ainsi que les attentes des créanciers et d'autres tiers concernés par la vérifiabilité du centre des intérêts principaux du fonds. Le tribunal a conclu que, si certains de ces facteurs pouvaient indiquer que le Royaume-Uni avait été le centre des intérêts principaux des débiteurs, l'essentiel des preuves le situait toutefois aux Bermudes, indépendamment du fait que la date pertinente choisie pour le déterminer ait été celle de l'ouverture de la procédure étrangère ou celle de la présentation de la demande au titre du Chapitre 15.

23. *Rubin c. Eurofinance SA*⁸¹

Les représentants de la procédure d'insolvabilité ouverte aux États-Unis en 2007 à l'encontre de The Consumers Trust ont demandé la reconnaissance de cette procédure en Angleterre en vertu du Cross-Border Insolvency Regulations

⁸⁰ District Ct 11 Civ. 7865 (LBS) juin 2012.

⁸¹ [2010] EWCA Civ. 895.

(règlement sur l'insolvabilité internationale) de 2006, qui incorporait la Loi type en Grande Bretagne, ainsi que l'exécution d'un jugement du tribunal des États-Unis selon lequel Eurofinance était tenu des dettes de The Consumers Trust. The Consumers Trust était une fiducie commerciale, considérée comme une personne morale par le droit américain. En 2009, le tribunal anglais de première instance a reconnu la procédure d'insolvabilité étrangère en tant que procédure principale, mais a rejeté la demande d'exécution du jugement. Le premier recours contre le rejet de la demande d'exécution a été autorisé, le tribunal concluant que les règles ordinaires en matière d'exécution ou de non-exécution des jugements étrangers *in personam* ne s'appliquaient pas aux procédures d'insolvabilité et que les mécanismes permettant dans de telles procédures d'engager des actions contre des tiers dans l'intérêt collectif de tous les créanciers étaient inhérents au caractère collectif de l'insolvabilité et n'étaient pas de simples éléments de procédure accessoires. Les ordonnances contre Eurofinance faisaient donc partie intégrante de la procédure d'insolvabilité et avaient été rendues aux fins du régime collectif de mise en œuvre des effets de ladite procédure. De ce fait, elles n'étaient pas régies par les règles ordinaires du droit international privé interdisant l'exécution des jugements au motif que les défendeurs n'étaient pas soumis à la compétence du tribunal étranger. En deuxième appel, la Cour suprême a rejeté la démarche de la cour d'appel ainsi que la demande d'exécution du jugement. Elle a estimé que les ordonnances étaient régies par les règles ordinaires du droit international privé et qu'aucune des conditions d'exécution de la *common law* n'était remplie. Elle a également estimé que les articles 21 et 25 de la Loi type concernaient des questions de procédure et n'autorisaient pas implicitement les tribunaux à exécuter une ordonnance d'insolvabilité étrangère à l'encontre de tiers.

24. *In re Sivec*⁸²

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

⁸² 476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla. 2012).

élémentaires d'une procédure régulière étaient absentes et qu'aucune protection n'avait été accordée aux intérêts du créancier américain. Disposant, selon ses propres termes, de "toute latitude pour définir les mesures appropriées en l'espèce", le tribunal a jugé que le créancier devrait bénéficier de mesures d'aménagement de la suspension des poursuites afin d'exercer ses droits à compensation ou à récupération de fonds en application de la loi américaine.

25. *SNP Boat Service, S.A. c. Hotel le St. James*⁸³

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

27. *Think3*⁸⁴

Le débiteur (*think3.Inc*), successeur de diverses sociétés constituées à l'origine en Italie et aux États-Unis, avait été enregistré aux États-Unis, avec une succursale en Italie et des filiales dans six pays, notamment en Italie et au Japon. Ont été ouvertes une procédure d'insolvabilité en Italie en avril 2011, puis une procédure aux

⁸³ 483 B.R. 776 (S.D. Fla. 2012).

⁸⁴ Affaire n° 1757 de 2012. Recours contre la décision de rejet d'une demande visant à obtenir la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité et d'une ordonnance d'administration étrangères, ainsi qu'une assistance en la matière (Tribunal de première instance, affaires n° 3 et 5 de 2011, Tribunal de district de Tokyo). Disponible en anglais et en japonais à l'adresse www.insol.org/page/304/japan.

États-Unis en mai 2011, en application du chapitre 11. Le 1^{er} août 2011, la reconnaissance de la procédure italienne a été demandée aux États-Unis. Le 11 août 2011, la reconnaissance de la procédure américaine a été demandée au Japon, et accordée ce même jour, de même que diverses mesures. En octobre 2011, la reconnaissance de la procédure italienne a aussi été demandée au Japon, sur le fondement que l'établissement principal des activités commerciales du débiteur (terme utilisé dans la loi japonaise qui incorpore la Loi type et considéré comme ayant, sur le fond, la même signification que l'expression "centre des intérêts principaux") était en Italie et non aux États-Unis⁸⁵. Pour déterminer les facteurs à prendre en compte en ce qui concerne l'établissement principal du débiteur, le tribunal de première instance s'est penché sur les travaux accomplis par la CNUDCI dans le cadre de la révision du Guide pour l'incorporation de la Loi type. Il a estimé que, s'il était judicieux de tenir compte de tous les facteurs évoqués par différents tribunaux à travers le monde, il convenait de mettre l'accent sur le lieu où s'effectuaient les fonctions du siège social, sur les actifs principaux, sur l'établissement effectif et sur la gestion commerciale du débiteur, et sur la question de savoir si les créanciers pouvaient être conscients de ce lieu. En ce qui concerne la question du moment à retenir, le tribunal a estimé que sa détermination devrait être faite par référence au moment du dépôt de la demande ou de l'ouverture de la toute première procédure d'insolvabilité concernant le débiteur. Ayant examiné l'écheveau complexe des antécédents récents du débiteur à la lumière des différents facteurs à prendre en considération, le tribunal a conclu que l'établissement principal du débiteur était aux États-Unis. Cette décision a été confirmée en appel.

28. *In re Dr. Juergen Toft*⁸⁶

Le débiteur, qui faisait l'objet d'une procédure d'insolvabilité en Allemagne, avait refusé de coopérer avec le représentant étranger, dissimulant ses biens et transférant ses activités dans un pays inconnu. Dans le cadre de la procédure allemande, le représentant étranger avait obtenu une ordonnance d'interception du courrier relative au courrier postal et électronique, ainsi qu'une mesure *ex parte* pour la reconnaissance de la procédure allemande et l'exécution de l'ordonnance d'interception du courrier en Angleterre. Le représentant étranger a demandé la reconnaissance de la procédure allemande aux États-Unis, ainsi qu'une mesure *ex parte* aux fins de faire exécuter l'ordonnance d'interception du courrier aux États-Unis et d'obliger certains fournisseurs de services à lui faire connaître et à lui transmettre tous les courriers électroniques du débiteur hébergés sur leurs serveurs de même que tous ceux qui seraient reçus à l'avenir. Se fondant sur le fait que de telles mesures ne seraient pas disponibles en faveur d'un représentant de l'insolvabilité dans le droit américain et qu'elles seraient contraires à certaines lois relatives à la protection de la vie privée et à la surveillance, d'où des questions de responsabilité pénale, le tribunal a refusé d'accorder les mesures demandées car elles étaient de toute évidence contraires à l'ordre public des États-Unis au titre du paragraphe 1506 du titre 11 du United States Code (USC) [article 6 de la LTI]. Ce refus intervenait sans préjudice du droit du représentant étranger de notifier une demande de reconnaissance conformément aux dispositions du droit des États-Unis.

⁸⁵ Voir note de bas de page 157 du paragraphe 102G ci-dessus.

⁸⁶ 453 B.R. 186 (Bankr. S.D.N.Y. 2011) [CLOUT, décision n° 1209].

29. *In the matter of Vitro S.A.B. de C.V.*⁸⁷

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

⁸⁷ 2012 WL 5935630 (5th Cir., 28 nov. 2012).

débitrices, Vitro n'avait pas pu produire de preuves de l'existence de circonstances extraordinaires en l'espèce.

Annexe II

Décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et résolution 66/9 de l'Assemblée générale

[...]
