Nations Unies A/CN.9/WG.V/WP.180

Assemblée générale

Distr. limitée
9 février 2022
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Soixantième session
New York, 18-21 avril 2022

Mise à jour de la publication intitulée *« Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge »*

Note du Secrétariat

Table des matières

Page

I. Introduction 2

II. Propositions de modifications de la publication intitulée « *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge* » 3

A. Modifications de forme 3

B. Modifications de fond 4

V.22-00598 (F)

Merci de recycler

I. Introduction

1. L'ordre du jour provisoire de la soixantième session du Groupe de travail comporte un historique de la publication intitulée « *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge* »[1], qui indique qu'il a été jugé nécessaire d'actualiser cette publication car la jurisprudence appliquant et interprétant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (ci-après la « Loi type ») s'est considérablement enrichie depuis la dernière mise à jour du texte sur le point de vue du juge en 2013 (A/CN.9/WG.V/WP.177, par. 17 à 20). En outre, lorsque le Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (ci-après le « Précis ») a été établi sous sa forme définitive en 2020, il est apparu nécessaire d'harmoniser les deux textes[2].

2. Dans ce contexte, il convient de rappeler que le Précis et le texte sur le point de vue du juge ont la même finalité. S'appuyant sur l'article 8 de la Loi type, qui dispose que, pour l'interprétation de cette dernière, « il est tenu compte de son origine internationale », l'objectif des deux textes est de promouvoir l'application uniforme de la Loi type en encourageant les juges à examiner la manière dont elle a été appliquée par les tribunaux dans les États où elle a été adoptée. Pour ce faire, le Précis facilite l'accès à la jurisprudence relative à la Loi type compilée dans le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (système CLOUT), en l'organisant par article et en attirant l'attention sur les tendances émergentes en matière d'interprétation et les divergences de points de vue. Le texte sur le point de vue du juge traite des principales questions découlant de l'interprétation et de l'application de la Loi type en se plaçant dans la perspective d'un juge. Les questions sont présentées dans l'ordre dans lequel le tribunal requis serait généralement amené à prendre certaines décisions en application de la Loi type. Les deux textes sont rédigés dans un langage neutre pour éviter toute critique de la jurisprudence ou toute instruction aux juges.

3. Comme indiqué dans l'ordre du jour provisoire, la Commission a demandé au secrétariat d'actualiser le texte sur le point de vue du juge en reprenant dans ses grandes lignes la méthode de travail utilisée pour la mise à jour de 2013. Les modifications ont donc été préparées en consultation avec un comité réunissant les experts suivants : Geoffrey Morawetz (Canada), Myriam Mailly (France), Paul Heath (Nouvelle-Zélande), Kannan Ramesh (Singapour), Alastair Norris (Royaume-Uni), et Martin Glenn et Allan Gropper (États-Unis). Il convient par ailleurs de souligner la contribution de Jenny Clift, ancienne Secrétaire du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité (Groupe de travail V).

4. On rappellera que le Groupe de travail avait examiné le projet de la première édition du texte sur le point de vue du juge et la version actualisée de 2013 avant que ces textes ne soient transmis à la Commission[3]. Partant, il souhaitera peut-être faire de même avec la mise à jour actuelle en examinant les modifications énumérées dans la présente note avant qu'elles ne soient soumises à la Commission pour examen à sa cinquante-cinquième session, en 2022. Ces modifications doivent être lues conjointement avec le texte sur le point de vue du juge, le Précis et les sommaires des décisions relatives à la Loi type disponibles dans le système CLOUT.

---

[1] La deuxième édition de la publication, préparée en 2013, est disponible à l'adresse suivante : https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/judicial-perspective-2013-f.pdf.

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quinzième session, Supplément n° 17* (A/75/17), première partie, par. 20 c) et 63.

[3] A/CN.9/715, par. 110 à 116 et documents de travail A/CN.9/WG.V/WP.97 et Add.1 et 2, et A/CN.9/766, par. 103.

II. Propositions de modifications de la publication intitulée *« Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge »*

A. Modifications de forme

5. La préface serait mise à jour pour mentionner la nouvelle édition et inclure des précisions sur les modalités de son élaboration.

6. Lorsque le contexte l'exige, on ajouterait, dans l'ensemble du texte (y compris le paragraphe 7), des références : a) au Précis[4] ; b) aux textes de la CNUDCI qui ont été adoptés récemment et qui ont trait au droit de l'insolvabilité, à savoir la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité et le Guide pour son incorporation (2018)[5], la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises et le Guide pour son incorporation (2019)[6], et la cinquième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2021) ; c) au règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) (ci-après la « refonte du

---

[4] Par exemple, la note de bas de page 9 pourrait être complétée par le libellé suivant : « Les cas d'interprétation de la disposition sont examinés dans le Précis, lequel établit que celle-ci est suffisamment large pour inclure des représentants désignés par un autre organisme spécial, puisqu'elle n'exige pas que la nomination du représentant étranger soit faite par le tribunal étranger. Sont également précisés les types d'organismes ou de personnes qui peuvent être désignés – voir résumé de la jurisprudence concernant l'alinéa d) de l'article 2. » ; tandis que le libellé suivant pourrait être ajouté à la note de bas de page 23 : « Le Précis (résumé de la jurisprudence concernant l'article 8) traite des cas dans lesquels les tribunaux des États qui ont adopté l'article 8 se sont penchés, au-delà de leur propre ressort territorial, sur les interprétations étrangères de la Loi type et d'autres éléments extrinsèques qui auraient pu guider leur interprétation, en particulier lorsque les dispositions de cet instrument manquaient de clarté ou étaient ambiguës. » Un nouveau paragraphe 16 *bis* pourrait être ajouté, pour aviser de la publication du Précis et en indiquer l'objectif.

[5] Par exemple, dans le contexte de l'affaire *Rubin* (par. 177 et note de bas de page 219), il pourrait être fait mention de la Loi type sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité, en expliquant que celle-ci a été conçue pour résoudre les problèmes suivants : a) le fait que les rares instruments internationaux existants qui traitent de la reconnaissance et de l'exécution des jugements excluent généralement de leur champ d'application les questions relatives à l'insolvabilité, et donc à la reconnaissance et à l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité ; et b) le fait que les interprétations dont les articles 7 et 21 de la Loi type sur l'insolvabilité internationale ont fait l'objet laissent planer une certaine incertitude en ce qui concerne les pouvoirs devant être octroyés pour que ce type de reconnaissance et d'exécution puisse être accordé en tant que mesure disponible lors de la reconnaissance d'une procédure étrangère d'insolvabilité.

[6] Par exemple, les questions d'insolvabilité des groupes d'entreprises pourraient être abordées à plusieurs endroits dans le texte sur le point de vue du juge, et des références croisées appropriées pourraient être faites à la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (notamment dans les notes de bas de page 97 et 239). La note de bas de page 97 pourrait être étoffée par des références à d'autres affaires, telles que *Eurofood* (jugée à la lumière du règlement CE), *In re Servicos de Petroleo Constellation S.A.* et *Mood Media Corp*. Dans certaines d'entre elles, le tribunal a examiné la pertinence de la Loi type (par exemple, dans l'affaire *Agrokor*, le tribunal américain a indiqué que, si les aspects relatifs au groupe d'entreprises de la loi étrangère régissant la procédure d'administration spéciale étrangère étaient nouveaux, les demandes de reconnaissance visant neuf entités distinctes ayant chacune le centre de ses intérêts principaux dans l'État étranger ne repoussaient pas les limites de la législation sur l'insolvabilité internationale). Dans l'affaire concernant le même groupe mais jugée en Angleterre, le tribunal a rejeté l'argument selon lequel la procédure n'était pas une procédure étrangère car elle portait sur l'entreprise et ses associés (c'est-à-dire un groupe), plutôt que sur l'entreprise seule, au motif que, bien qu'une procédure de groupe ne puisse pas être reconnue en tant que telle au titre de la législation anglaise incorporant la Loi type, une procédure de groupe en tant que procédure concernant un débiteur individuel pouvait être reconnue. Dans l'affaire *Zetta Jet*, le tribunal singapourien a estimé qu'il était essentiel de respecter les personnalités juridiques distinctes des membres du groupe et de traiter chaque entité séparément, à moins qu'il n'existe une raison suffisante de les traiter comme une seule entité.

règlement (CE) ») remplaçant et annulant le règlement (CE) nº 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité ; et d) à d'autres changements survenus après le 15 avril 2013, soit la date marquant le début de la période couverte par la deuxième édition du texte sur le point de vue du juge.

7. Aux points f) et g) du paragraphe 7, des notes de bas de page pourraient être ajoutées pour fournir davantage d'informations sur l'historique de la Convention relative aux procédures d'insolvabilité de l'Union européenne (1995), sur le rapport Virgos Schmit, et sur la pertinence de ces deux textes pour la Loi type. Il pourrait notamment être fait référence au rapport du Parlement européen du 23 avril 1999[7]. On pourrait en outre expliquer que le rapport Virgos Schmit a été établi en prévision de l'adoption d'une convention relative à l'insolvabilité par les États membres de l'Union européenne, afin de préciser divers concepts du projet de convention, en particulier le centre des intérêts principaux des débiteurs. Bien que la Convention soit ensuite devenue caduque, le rapport a été généralement accepté à titre d'aide à l'interprétation du concept de centre des intérêts principaux, concept qui a ensuite été utilisé dans le règlement (CE) et dans sa refonte[8].

8. Le paragraphe 9 et la note de bas de page 7 seraient modifiés pour tenir compte des informations les plus récentes sur les États et les territoires adoptants et pour ajouter dans la note de bas de page un avertissement libellé comme suit : « Une loi type est un modèle de texte proposé aux législateurs nationaux pour examen en vue de son incorporation éventuelle dans le droit interne. Étant donné que les États qui adoptent un texte législatif fondé sur une loi type sont libres de s'en écarter, la liste ci-dessus, donnée à titre indicatif, est celle des pays et territoires ayant signalé au Secrétariat de la CNUDCI l'adoption d'un tel texte. Il faudrait examiner les textes législatifs de chaque État pour déterminer la nature exacte de tout écart éventuel par rapport à la loi type. »

B. Modifications de fond

1. Considérations générales

9. Les sections suivantes de la présente note se concentrent sur les changements substantiels qu'il est suggéré d'y apporter afin de garantir que le texte sur le point de vue du juge continue à répondre à son objectif déclaré. Ces changements sont apparus nécessaires principalement en raison des nouveaux éléments de jurisprudence sur la Loi type établis après le 15 avril 2013, à savoir notamment :

a) *Ivan Cherkasov, William Browder, Paul Wrench* c. *Nogotkov Kirill Olegovich, administrateur judiciaire Dalnyaya Step LLC (en liquidation)*, décision 1797 du Recueil ;

b) *Creative Finance Ltd.*, décision 1624 du Recueil ;

c) *Jaffé* c. *Samsung Electronics Co. Ltd.*, décision 1337 du Recueil ;

d) *Kapila, Re Edelsten*, décision 1475 du Recueil ;

e) *In re Pirogova*, 593 B.R. 402 (Bankr. S.D.N.Y. 2018)[9] ;

f) *Sturgeon Central Asia Balanced Fund Ltd. (en liquidation)* (décision 1860 du Recueil), infirmant la décision de 2019 disponible sous la référence 1819 dans le Recueil ;

g) *Re Videology Limited,* décision 1823 du Recueil ;

---

[7] Disponible à l'adresse suivante : www.europarl.europa.eu.

[8] https://globalinsolvency.com/resource-article/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-regulation-insolvency.

[9] Le résumé de l'affaire *Pirogova*, qui n'est pas encore disponible dans le système CLOUT, a été ajouté dans une annexe à la présente note.

h) *Yakushiji (nº 2)* [2016] FCA 1277, en appel de la décision de 2015 disponible sous la référence 1620 dans le Recueil ; et

i) *Re : Zetta Jet Pte Ltd. et autres*, décisions 1815 et 1816 du Recueil.

10. La liste et les résumés des affaires figurant à l'annexe I du texte sur le point de vue du juge seraient mis à jour en conséquence, pour tenir compte des sommaires correspondants dans le Recueil. Afin de faire en sorte que les titres des affaires citées dans le texte sur le point de vue du juge soient les mêmes que ceux utilisés dans le Précis, les affaires *Condor Ins Ltd.* et *Fairfield Sentry Ltd.* mentionnées dans l'édition de 2013 du texte sur le point de vue du juge apparaîtraient dans la nouvelle version sous les titres *Fogarty* c. *Petroquest Resources, Inc.* et *Morning Mist Holdings Ltd.* c. *Krys*, respectivement.

2. Valeur interprétative du Guide pour l'incorporation de la Loi type de 1997 et de son successeur, le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de 2013

11. Dans la jurisprudence prise en compte en ce qui concerne la valeur interprétative du Guide pour l'incorporation de la Loi type de 1997 (lequel a été retiré du site Web de la CNUDCI) et de son successeur, le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de 2013, les tribunaux se sont demandé si l'un ou l'autre guide devait primer et ont réfléchi à la manière d'utiliser le dernier guide. Dans certains États, la législation incorporant la Loi type apporte un élément de réponse en faisant spécifiquement référence au Guide de 1997. Dans l'affaire *Zetta Jet*, par exemple, le tribunal a précisé quel guide devait être utilisé en cas de contradiction entre les deux. Dans une autre affaire, *Fibria Cellulose S/A* c. *Pan Ocean Co. Ltd.* (décision 1482 du Recueil), le tribunal a décidé de se référer au Guide de 1997, tout en notant que l'extrait sur lequel il s'était appuyé n'avait pas été modifié dans le Guide de 2013. Dans l'affaire *Sturgeon*, le tribunal a conclu qu'en retirant le Guide de 1997 du site Web de la CNUDCI, l'organisme qui avait établi la Loi type visait à renvoyer vers le Guide de 2013 pour offrir un outil d'interprétation utile et actualisé. Ce dernier guide a depuis été utilisé à des fins d'interprétation à plusieurs reprises pour d'autres décisions rendues en Angleterre[10].

12. Il est suggéré qu'il pourrait être fait mention de cette jurisprudence dans le paragraphe 1, à la note de bas de page 3.

3. Exception d'ordre public

13. La notion d'exception d'ordre public a été interprétée de manière restrictive dans l'affaire *Zetta Jet*, de sorte que la reconnaissance a été accordée à des fins limitées. L'affaire a été précédée d'un moratoire émis à Singapour et interdisant toute action ultérieure aux États-Unis au titre du chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis. Ce moratoire n'a toutefois pas été respecté. Si la reconnaissance est normalement refusée dans de telles circonstances, le tribunal de Singapour l'a néanmoins accordée à seule fin de permettre une demande d'annulation ou d'appel de l'injonction prononcée à Singapour, qualifiant cette reconnaissance de forme de modification en vertu de l'article 17-4 ou de mesure en vertu de l'article 21-1 de la Loi type. Il a estimé que les mesures antérieures qui contrevenaient à l'injonction de Singapour ne constituaient pas une violation de l'ordre public qui empêcherait la reconnaissance. Cette reconnaissance limitée a été octroyée compte tenu de l'article 8 de la Loi type, qui prévoit la nécessité de tenir compte de l'origine internationale de ladite loi et de promouvoir l'uniformité de son application.

14. En outre, l'application de l'exception d'ordre public a été étudiée dans plusieurs affaires dans lesquelles le représentant étranger avait fait preuve de mauvaise foi ou n'avait pas communiqué pleinement et sincèrement les faits pertinents au tribunal requis. Dans l'affaire *Creative Finance*, il a été objecté que la procédure pour laquelle

[10] *Re Videology* ; *OGX Petróleo e Gás S.A.*, décision 1622 du Recueil ; *The OJSC International Bank of Azerbaijan* ; *Bakhshiyeva* c. *Sberbank of Russia,* décision 1822 du Recueil ; et *In re Agrokor*, décision 1798 du Recueil.

la reconnaissance était demandée aux États-Unis avait été engagée de mauvaise foi dans les îles Vierges britanniques. Sur cette question, le tribunal a fait observer que, nonobstant la constatation de la mauvaise foi des débiteurs, il n'existait pas de précédent pour appliquer l'exception d'ordre public de l'article 6 au seul motif d'une mauvaise conduite. Dans l'affaire *Ivan Cherkasov*, le demandeur qui sollicitait la reconnaissance n'avait pas communiqué au tribunal anglais requis certains faits relatifs à la décision du Gouvernement du Royaume-Uni de ne pas prêter son concours dans le cadre d'une procédure pénale engagée dans l'État d'origine au motif que cela pourrait porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du Royaume-Uni. Le tribunal anglais a estimé que, lors d'une demande de reconnaissance, la communication d'informations devait être complète et sincère en ce qui concerne les conséquences de la reconnaissance sur les tiers qui n'étaient pas devant lui, y compris s'agissant de demandes futures prévues que la reconnaissance rendrait possibles. La décision de reconnaissance a donc été rejetée *ab initio*.

15. Il est suggéré de mentionner cette jurisprudence aux paragraphes 53 *bis* (*Zetta Jet*), 54 *bis* (*Creative Finance*) et 54 *ter* (*Ivan Cherkasov*).

16. En ce qui concerne l'exception d'ordre public, la note de bas de page 71 du paragraphe 49 pourrait être complétée par une référence à l'affaire *Agrokor*, dans laquelle le tribunal anglais a jugé que le fait que le droit croate définisse d'autres priorités de redressement ou de liquidation pour la société que celles qui s'appliquent ou qui s'appliqueraient en vertu du droit anglais n'était pas suffisant pour justifier le refus de la reconnaissance pour des raisons d'ordre public.

4. Révision ou rétractation de la décision de reconnaissance

17. Dans l'affaire *Sturgeon*, le tribunal a examiné une décision de reconnaissance délivrée *ex parte*. La demande en révision visait à faire annuler la décision de reconnaissance prise en vertu de l'article 17-1 a) de la Loi type, au motif que ladite décision n'était nullement fondée à l'époque où elle avait été rendue, puisque la liquidation de l'entreprise Sturgeon en tant qu'entreprise solvable ne constituait pas une « procédure étrangère » au sens de l'article 2 a) de la Loi type. Approuvant ce raisonnement, le tribunal a infirmé la décision de reconnaissance. Il est suggéré de faire mention de cette jurisprudence dans la note de bas de page 80, qui pourrait également renvoyer aux affaires *Cozumel* et *SNP Boat Service*.

18. Dans l'affaire *Yakushiji (n° 2)*, le tribunal requis a été informé d'une « modification substantielle » du statut de la procédure étrangère, liée au fait que le tribunal japonais avait mis fin à la procédure à la suite de l'acceptation du plan de réhabilitation. Cette acceptation s'était notamment traduite par la révocation des responsables antérieurement désignés comme représentants des deux entreprises. Comme la protection précédemment ordonnée en vertu de la Loi type n'était plus justifiée, l'annulation de ces ordonnances a été demandée. Le tribunal a considéré que dans le cas d'une modification substantielle de ce type, où le ou les représentant(s) étranger(s), soumis à l'obligation de l'article 18, avaient été relevés de leurs fonctions, il était justifié d'attendre des entreprises qu'elles avisent le tribunal en application dudit article. Il est suggéré d'évoquer cette jurisprudence dans une note de bas de page au paragraphe 57 a), qui pourrait également faire référence aux décisions de 2017 et de 2018 rendues dans l'affaire *Conseil d'administration de Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA* c. *Rizzo-Bottiglieri-De Carlini Armatori SpA*, où la procédure étrangère reconnue en Australie avait été close sans que le tribunal australien en soit informé. Le tribunal australien a relevé que même si l'obligation prévue à l'article 18 exigeait qu'il soit informé de la modification du statut de la procédure étrangère, le fait que cette obligation incombe au représentant étranger susceptible de ne plus être en fonction pourrait s'avérer problématique. Il pourrait être signalé dans la note de bas de page que, dans l'affaire *Yakushiji (n° 2)*, le tribunal australien a jugé qu'il serait peut-être approprié, dans de telles circonstances, que l'obligation d'informer le tribunal incombe au débiteur.

19. Le paragraphe 56 pourrait être complété pour indiquer que, dans certains cas, la notification au tribunal d'une modification du statut de la procédure étrangère ou de la nomination d'un représentant étranger (notification dont la responsabilité incombe au représentant étranger au titre de l'article 18) entraînera une modification ou l'annulation de la décision de reconnaissance. La note de bas de page de ce paragraphe pourrait également préciser que la révision de la décision de reconnaissance peut être l'occasion pour le tribunal de prendre du recul pour examiner si la décision de reconnaissance était justifiée en premier lieu, bien qu'une décision de modification de la reconnaissance doive être soigneusement pesée, en particulier si des questions litigieuses font encore l'objet de procédures devant des tribunaux étrangers.

20. Dans la même veine, la note de bas de page 63 du paragraphe 44 pourrait être complétée par une référence à l'affaire *OGX Petróleo e Gás S.A.* (décision 1622 du Recueil), en indiquant qu'en l'espèce, le tribunal anglais a estimé que puisque de nombreuses demandes de reconnaissance étaient faites sur une base *ex parte*, il était nécessaire que les informations soient communiquées au tribunal de manière complète et sincère à tous égards.

5. Signification de l'expression « État étranger »

21. Peu d'affaires traitent de la question de la signification de l'expression « État étranger ». Au paragraphe 59 a), une note de bas de page pourrait être ajoutée pour renvoyer à l'une d'entre elles : dans l'affaire *NMC Healthcare Ltd.*, une reconnaissance avait été demandée en Angleterre pour une procédure d'administration se déroulant à l'Abu Dhabi Global Market, une zone franche financière spéciale située sur le territoire des Émirats arabes unis et créée en vertu du droit fédéral des Émirats arabes unis. Le tribunal a estimé que, bien que l'Abu Dhabi Global Market ne constitue pas en soi un « État étranger », la procédure étrangère avait bien lieu dans un « État étranger », à savoir les Émirats arabes unis, qui disposait de plusieurs lois applicables en l'espèce.

6. « Procédure collective judiciaire ou administrative »

22. Au paragraphe 77, la note de bas de page 110 pourrait être complétée par une référence à l'affaire *Innua Can., Ltd.*, pour donner un exemple de jurisprudence dans laquelle le tribunal requis s'est appuyé sur l'article 16-1 de la Loi type pour reconnaître la mise sous administration judiciaire étrangère. Le tribunal a estimé que la mise sous administration judiciaire étrangère constituait une procédure étrangère au motif que le tribunal d'origine avait déclaré l'administrateur judiciaire comme étant le représentant étranger d'une procédure étrangère et l'avait autorisé à demander la reconnaissance de cette procédure dans l'État requis.

7. « Régie par une loi relative à l'insolvabilité »

23. La signification de l'expression « régie par une loi relative à l'insolvabilité » figurant à l'article 2 a) de la Loi type a été explicitée dans l'affaire *Sturgeon*. Cette dernière concernait une société constituée aux Bermudes, dont le principal actionnaire avait demandé la liquidation pour des motifs justes et équitables, en raison d'une grave anomalie dans les fondements de la société et au motif que les investisseurs étaient privés de leurs droits. Lors du réexamen d'une décision antérieure reconnaissant la procédure étrangère, le tribunal anglais a jugé, en désaccord avec la conclusion de l'affaire *Betcorp*, qu'une procédure visant non pas à restructurer les affaires financières d'une entité solvable mais à la dissoudre ne relèverait probablement pas d'une loi relative à l'insolvabilité au sens de l'article 2 a).

24. Il est suggéré de faire mention de cette jurisprudence au paragraphe 83, lequel pourrait également indiquer que le considérant 16 de la refonte du règlement (CE) établit que ledit règlement s'applique « [...] aux procédures fondées sur des législations relatives à l'insolvabilité. Toutefois, les procédures fondées sur une disposition générale du droit des sociétés qui n'a pas été exclusivement prévue pour

les situations d'insolvabilité ne devraient pas être considérées comme fondées sur des législations relatives à l'insolvabilité. »

25. En outre, le recours croissant aux concordats, et le nombre d'États qui autorisent ce moyen légal, posent la question de la couverture de ces solutions par la Loi type en tant qu'instrument « [régi] par une loi relative à l'insolvabilité ». La note de bas de page 113 du paragraphe 83 pourrait être étoffée pour renvoyer à la jurisprudence pertinente. Il pourrait par exemple être fait référence à l'affaire *Syncreon Group B.V.*, dans laquelle le tribunal canadien a reconnu un concordat anglais comme étant une procédure étrangère aux fins de la Loi type, au motif que la procédure était régie par une loi relative à l'insolvabilité, car l'insolvabilité avait été interprétée comme incluant le cas d'une société « dont on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle soit à court de liquidités dans un délai raisonnablement proche par rapport au délai raisonnablement nécessaire pour mener à bien une restructuration ». Les tribunaux des États-Unis ont également reconnu et appliqué des concordats du Royaume-Uni et de l'Afrique du Sud en tant que procédures étrangères en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (incorporant la Loi type)[11].

8. « Soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger »

26. La note de bas de page 115 au paragraphe 84 pourrait contenir une référence à l'affaire *ENNIA Caribe Holdings N.V.*, une affaire concernant l'insolvabilité d'une compagnie d'assurance, dans laquelle le tribunal requis a conclu que l'organisme chargé de la surveillance du secteur des assurances était compétent pour contrôler ou surveiller les biens et les affaires du débiteur.

27. La note de bas de page 116 au paragraphe 85 pourrait être complétée par une référence à l'affaire *Agrokor*, dans laquelle le tribunal anglais a estimé que la surveillance ou le contrôle requis pouvaient être potentiels plutôt qu'effectifs ou indirects plutôt que directs. Au vu des différentes dispositions de la loi croate sur l'administration extraordinaire, qui conféraient certains pouvoirs de surveillance et d'autre nature au tribunal en Croatie, le tribunal a estimé ce qui suit : « dès l'instant où la procédure est engagée, et aussi longtemps qu'elle dure, elle est soumise au contrôle ou à la surveillance du tribunal, représenté pour ce faire par l'administrateur extraordinaire ».

28. Une note de bas de page pourrait être ajoutée dans cette section pour renvoyer à l'affaire *Oversight & Control Commission of Avanzit, S.A.* (décision 925 du Recueil), portant sur une demande de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité espagnole (*suspensión de pagos*) déposée aux États-Unis mais qui se heurtait à une opposition au motif que la procédure ne constituait plus une « procédure étrangère » aux fins de la Loi type, puisque le plan de remboursement (*convenio*) convenu dans le cadre de la procédure étrangère avait été approuvé par le tribunal espagnol. Selon le droit espagnol, le représentant étranger n'était pas autorisé à s'ingérer dans l'exploitation du débiteur, sauf en cas de défaut prévu par les modalités du *convenio*. Le Tribunal de district des États-Unis pour le district sud de New York a néanmoins conclu qu'il existait encore un degré de compétence suffisant sur les affaires du débiteur, puisque celui-ci était tenu, en vertu du *convenio*, d'effectuer des paiements pendant deux ans, et qu'en cas de défaut de respect des modalités dudit *convenio* il pourrait être mis en liquidation par le tribunal étranger. Il a déclaré que, même si son niveau de contrôle ou de surveillance en Espagne était limité, il n'était pas pour autant inexistant, et qu'il subsistait une « procédure étrangère », suffisante pour justifier la reconnaissance en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis.

---

[11] Voir *In re Avanti Commun'c Group PLC* et *In re Cell C Proprietary Ltd*., respectivement. Toutefois, la définition de la procédure étrangère figurant à la section 101-23 du Code des faillites des États-Unis comprend l'expression « ou l'aménagement d'une dette » qui n'apparaît pas dans la définition de la « procédure étrangère » figurant à l'article 2 *a* de la Loi type. L'ajout de ces mots peut avoir une incidence sur la reconnaissance des procédures de concordat aux États-Unis. Ce point pourrait être abordé dans le texte sur le point de vue du juge dans le contexte pertinent.

9. « Aux fins de redressement ou de liquidation »

29. Dans cette section, une note de bas de page pourrait être ajoutée au paragraphe 91 pour faire mention de l'affaire *Agrokor*, dans laquelle le tribunal anglais a rejeté l'argument selon lequel le véritable objectif de la loi sur l'administration extraordinaire de la Croatie n'était pas d'effectuer le redressement de l'entreprise, mais de la protéger en vue de la poursuite de son activité au vu de son importance systémique dans l'économie croate. Le tribunal a déclaré que les deux objectifs n'étaient pas incompatibles et que, bien que la loi sur l'administration extraordinaire ait été conçue pour protéger une entreprise croate d'importance systémique, elle visait également à permettre le redressement de l'entreprise. La note de bas de page pourrait également renvoyer à l'affaire *Sturgeon*, dans laquelle le tribunal anglais a jugé qu'il serait contraire au but et à l'objet déclarés de la Loi type d'interpréter la « procédure étrangère » comme incluant les débiteurs solvables et plus particulièrement les mesures soumises à une loi relative à l'insolvabilité mais qui ont pour but de produire un rendement pour les membres et non pour les créanciers (voir paragraphe 23 ci-dessus).

10. Centre des intérêts principaux

30. L'extrait suivant tiré de la refonte du règlement (CE) pourrait être ajouté au paragraphe 98 : « Conformément à la refonte du règlement (CE), le centre des intérêts principaux correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par des tiers. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire. Cette présomption ne s'applique que si le siège statutaire n'a pas été transféré dans un autre État membre au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Pour toute autre personne physique, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être la résidence habituelle de l'intéressé. Cette présomption ne s'applique que si la résidence habituelle n'a pas été transférée dans un autre État membre au cours des six mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. »

31. La phrase suivante pourrait être ajoutée au paragraphe 108 : « La décision dans l'affaire *Bear Stearns* a été confirmée en appel. » D'autre part, le texte suivant pourrait remplacer les paragraphes 109 et 110 :

> « Par la suite, la décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns* a été considérablement limitée par d'autres décisions de tribunaux américains, lesquels ont jugé que les activités de redressement ou de liquidation du débiteur pouvaient bel et bien être prises en compte pour déterminer le centre de ses intérêts principaux. Néanmoins, dans l'affaire *Morning Mist*, le tribunal a estimé que la décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns* était justifiée, et a reconnu une procédure engagée dans les îles Vierges britanniques au motif que plus de 18 mois avant la demande de reconnaissance et plus de sept mois avant l'introduction de l'affaire aux îles Vierges britanniques, le débiteur avait cessé d'exploiter son entreprise, rompu ses relations avec son gestionnaire de placements à New York et entamé un processus de liquidation. Le tribunal a conclu qu'il était approprié de tenir compte de ces activités dans le cadre de la détermination du centre des intérêts principaux, et que "selon toute probabilité, le « centre névralgique » du débiteur s'était trouvé durant un certain temps aux îles Vierges britanniques."* Une décision analogue a été rendue dans l'affaire *British American Ins. Co. Ltd.*
>
> *Id. au point 64, citant l'affaire *Hertz Corp.* c. *Friend*, 130 S Ct 1181, 1193-94 (2010), dans laquelle la Cour suprême a déclaré que les tribunaux devaient s'attacher à déterminer le lieu où étaient assurés la coordination, la direction et le contrôle des affaires de la société, faisant observer que ce lieu serait généralement évident pour les membres du public traitant avec elle. »

32. Un paragraphe 117 *bis* pourrait être ajouté afin de regrouper les différentes parties du texte sur le point de vue du juge qui traitent du centre des intérêts principaux des personnes physiques. Il pourrait être rédigé comme suit :

> « Dans le cas d'une personne physique, le "centre de ses intérêts principaux" est réputé être, conformément à l'article 16-3 de la Loi type, sa "résidence habituelle". Dans l'affaire *Williams* c. *Simpson (nº 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."* 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 britannique et d'un passeport néo-zélandais, le tribunal a estimé que les éléments de preuve étaient insuffisants pour réfuter la présomption et que la résidence habituelle du débiteur se trouvait en Nouvelle-Zélande.
>
> *Affaire *Williams* c. *Simpson (nº 5)*, par. 42, reprenant la définition de la "résidence habituelle" donnée dans l'affaire *Basingstoke* c. *Groot* [2007] NZFLR 363 (CA) au motif que cette définition avait été utilisée dans un autre instrument international, à savoir la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Voir également l'affaire *Gainsford*, par. 40 et 41 de la décision. Dans l'affaire *Kapila*, le tribunal australien s'est penché sur la situation d'un débiteur individuel et a estimé qu'il s'agissait d'"un débiteur transnational insolvable avec de multiples activités contentieuses et entrepreneuriales réparties dans de nombreux pays et dont la conduite nomade rendait difficile l'identification de sa résidence habituelle, si tant est qu'il en eût une" ; voir également les débats du Tribunal des faillites des États-Unis dans l'affaire *In re Paul Zeital Kemsley*, 489 B.R. 346 (Bankr. S.D.N.Y. 2013) [décision 1274 du Recueil] et dans l'affaire *Pirogova*. Certains des facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux d'une entreprise ont également été jugés utiles pour les cas où le débiteur est une personne physique (voir le Précis, section intitulée "Jurisprudence concernant l'article 16 – Centre des intérêts principaux de personnes physiques : résidence habituelle") ».

11. Déplacement du centre des intérêts principaux

33. Plusieurs affaires ont traité du déplacement du centre des intérêts principaux et pourraient être mentionnées dans les notes de bas de page des paragraphes 126 à 128 et du paragraphe 135. Par exemple, la note de bas de page 161 pourrait être complétée par une référence à l'affaire *In re Ocean Rig UDW Inc.*, dans laquelle le débiteur principal était une société holding constituée aux Îles Marshall, qui avait pris des mesures pour déplacer le centre de ses intérêts principaux aux îles Caïmanes en changeant son immatriculation, en créant un bureau dans ces îles et en présentant des concordats au tribunal des îles Caïmanes. La société avait pris ces mesures en vue de se placer sous la compétence des îles Caïmanes et de mettre en œuvre des mesures de restructuration de sa dette qui avaient été approuvées par ses créanciers. Dans leur requête visant à obtenir la reconnaissance aux États-Unis de la procédure engagée aux îles Caïmanes en tant que procédure principale étrangère, les débiteurs d'Ocean Rig ont fait valoir qu'ils n'avaient jamais exercé d'activité dans les Îles Marshall, qu'ils avaient rendu public le changement du centre de leurs intérêts principaux, qu'ils disposaient du soutien de la plupart de leurs créanciers, qu'ils disposaient de comptes bancaires, de livres, de registres et de personnel aux îles Caïmanes et que rien dans leurs antécédents ne laissait à penser que le centre de leurs intérêts principaux aurait dû se trouver à un autre endroit que dans ces îles. Sur la base de ces conclusions, le tribunal américain a estimé que les débiteurs n'avaient pas fait preuve de mauvaise foi dans le déplacement du centre de leurs intérêts principaux, mais avaient au contraire prouvé que l'objet de ce déplacement était légitime et qu'ils avaient agi de bonne foi.

34. Une note de bas de page pourrait être ajoutée au paragraphe 135 pour indiquer que dans plusieurs affaires américaines où la date d'ouverture de la procédure de reconnaissance au titre du chapitre 15 avait été utilisée comme date applicable pour déterminer le centre des intérêts principaux (voir section à ce sujet ci-après), il a été déclaré que le tribunal pouvait malgré tout vérifier si le débiteur avait déplacé le centre de ses intérêts principaux au détriment des créanciers durant la période s'étendant entre la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité initiale et la date de demande de reconnaissance au titre du chapitre 15[12].

35. Le paragraphe 127 pourrait faire mention du fait que la refonte du règlement (CE) inclut une règle concernant le déplacement du centre des intérêts principaux durant une certaine période avant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, et pourrait renvoyer à ce qui aura été dit précédemment sur cette question (voir le paragraphe 30 ci-dessus).

12. Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux

36. Dans le texte sur le point de vue du juge, plusieurs dates sont mentionnées pour déterminer le centre des intérêts principaux. Le Précis cite d'autres exemples de jurisprudence sur cette question. Dans l'affaire *Zetta Jet*, le tribunal a retenu le moment auquel était effectuée la demande de reconnaissance. La décision rendue dans l'affaire *Millennium Global*, selon laquelle le centre des intérêts principaux devrait être déterminé à la date d'ouverture de la procédure étrangère, a quant à elle été rejetée par la Cour d'appel dans l'affaire *Morning Mist*, mais suivie dans les affaires *Kapila* et *Videology*.

37. Il est suggéré de mentionner cette jurisprudence dans les paragraphes 129 à 134, là où cela est pertinent, en faisant également remarquer que le raisonnement suivi dans l'affaire *Betcorp* a été repris dans un certain nombre d'affaires, y compris l'affaire *Gainsford* (pour la date à retenir pour déterminer la résidence habituelle), et les affaires *British American Insurance*, *Morning Mist* et *Ran*.

38. Un paragraphe 132 *bis* pourrait être ajouté pour décrire une troisième possibilité : la date à laquelle le tribunal est appelé à statuer sur la demande de reconnaissance. Cette solution met l'accent sur la marge de manœuvre qu'offre la Loi type, et qui ressort de l'article 18, et sur le fait qu'il est préférable de tenir compte des faits réels qui peuvent avoir une influence sur la décision du tribunal, plutôt que de fixer un moment arbitraire où le centre des intérêts principaux serait déterminé. Elle a été adoptée dans plusieurs affaires, y compris les affaires *Legend International Holdings Inc.* (décision 1619 du Recueil) et *Moore, en tant que débiteur non dessaisi de Australian Equity Investors* (décision 1477 du Recueil).

13. Définition de la notion d'« établissement »

39. Les nouvelles affaires ajoutées s'appuient sur des éléments factuels pour déterminer l'existence d'un établissement du débiteur au sens de l'article 2 f) de la Loi type aux fins de la reconnaissance de la procédure étrangère en tant que procédure étrangère non principale. Dans l'affaire *Videology*, le tribunal a indiqué que l'exigence selon laquelle les activités doivent être exercées avec les actifs et le personnel du débiteur suggère que l'activité commerciale doit prendre la forme d'opérations avec des tiers et non d'actes d'administration interne. Dans l'affaire *Pirogova*, le tribunal requis a estimé que les éléments de preuve produits par le représentant étranger pour attester des liens de la débitrice avec la Fédération de Russie (à savoir la propriété d'un appartement, les factures d'eau et d'électricité relatives audit appartement, la propriété totale d'une société russe actuellement en liquidation, l'adhésion à un club et la propriété de deux voitures dans cette Fédération)

---

[12] Voir, par exemple, l'affaire *Morning Mist*, au point 139 (où le tribunal note qu'il convient de « tenir compte des événements antérieurs pour déjouer toute manœuvre frauduleuse ») et l'affaire *In re Ran*, au point 1022 (où le tribunal constate que rien ne prouve que le débiteur ait changé de résidence pour se soustraire à ses dettes).

étaient insuffisants pour démontrer que la débitrice avait établi un lieu d'opérations sur ce territoire, à partir duquel elle menait une activité économique non transitoire. Le tribunal a déclaré que même s'il devait être amené à conclure que la propriété d'un seul actif était suffisante pour constituer un lieu d'opérations, il était également nécessaire de prouver que la débitrice exerçait des activités non transitoires depuis ce lieu. Dans l'affaire *Kapila*, le tribunal requis s'est penché sur la situation d'un débiteur individuel et a estimé qu'il s'agissait d'« un débiteur transnational insolvable avec de multiples activités contentieuses et entrepreneuriales réparties dans de nombreux pays et dont la conduite nomade rendait difficile l'identification de sa résidence habituelle, si tant est qu'il en eût une ». Toutefois, il a estimé que les transactions commerciales du débiteur aux États-Unis étaient suffisantes pour constituer un établissement, et, partant, que la procédure lancée aux États-Unis pouvait être reconnue en tant que procédure étrangère non principale.

40. Il est suggéré de faire mention de cette jurisprudence aux paragraphes 140 (*Videology*), 141 *bis* (*Pirogova*) et 142 *bis* (*Kapila*).

41. Cette section pourrait également être complétée par la définition du terme « établissement » que l'on trouve à l'article 2-10 de la refonte du règlement (CE) : « […] on entend par […] "établissement", tout lieu d'opérations où un débiteur exerce ou a exercé au cours de la période de trois mois précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale, de façon non transitoire, une activité économique avec des moyens humains et des actifs ». D'autre part, l'expression « non transitoire » utilisée dans cette définition a été analysée dans certaines affaires. Aussi serait-il possible de renvoyer, dans une nouvelle note de bas de page au paragraphe 138, à l'affaire *Office Metro Limited*, qui a été tranchée à la lumière du règlement (CE), et dans laquelle le tribunal a déclaré que le concept de « caractère non transitoire » visait à englober des éléments tels que « la fréquence de l'activité, son caractère planifié, accidentel ou incertain, ainsi que la nature et la durée de l'activité elle-même ». Le paragraphe 138 pourrait indiquer que, comme pour la définition de « procédure étrangère », les différents éléments de la définition d'« établissement » devraient être lus comme un tout plutôt que d'être décomposés en éléments distincts, car ils sont interdépendants. Une référence croisée à l'affaire *Videology Limited* pourrait être faite dans une note de bas de page[13].

42. Sur le même thème, des difficultés sont apparues dans les cas où le débiteur n'exerce plus d'activité commerciale dans un État donné (étant entendu qu'il ne peut donc être prouvé qu'il dispose d'un établissement dans ledit État) mais conserve néanmoins des actifs et des dettes. La Loi type n'a pour l'instant pas permis de traiter lesdits actifs et dettes, car la reconnaissance n'a pas pu être accordée (voir, par exemple, l'affaire *Williams* c. *Simpson*). Dans certains cas, il est possible d'invoquer d'autres lois de l'État requis. Ce problème pourrait être abordé, par exemple, dans la note de bas de page 89 du paragraphe 64.

43. Par ailleurs, dans l'affaire *Kim and Yu* c. *STX Pan Ocean Co. Ltd.* (décision 1481 du Recueil), le tribunal néo-zélandais a examiné la signification de l'expression « actifs du débiteur » sur la base de la définition donnée dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, en tenant compte de l'article 8 de la Loi type et des dispositions de la loi qui l'incorporent et qui autorisent l'interprétation à la lumière de cette loi et de tout document émanant de la CNUDCI ou du groupe de travail ayant contribué à l'élaboration de la Loi type. Cela pourrait être mentionné dans une note de bas de page au paragraphe 164 dans le contexte de l'article 20-1 b) ou ailleurs.

14. Mesures provisoires

44. Au paragraphe 151, une note de bas de page pourrait être ajoutée pour renvoyer à l'affaire *Halo Creative & Design Limited* c. *Comptoir des Indes Inc.*, où il était

[13] Paragraphe 79 citant l'extrait pertinent de l'affaire *Administrateurs du régime de retraite & d'assurance vie d'Olympic Airlines SA* c. *Olympic Airlines SA.*

demandé, à titre de mesure provisoire, de suspendre les actions judiciaires. Néanmoins, le tribunal américain a fait valoir que cette mesure, qui pouvait être ordonnée au titre de l'article 21 de la Loi type, ne pouvait être mise en place que dans les cas où la procédure étrangère avait été reconnue.

45. Une note de bas de page pourrait également être ajoutée au paragraphe 152, pour indiquer que, pour accorder une mesure provisoire, il convient notamment de tenir compte de la probabilité qu'une décision de reconnaissance soit rendue en temps utile. Par exemple, dans les affaires *Williams* c. *Simpson* et *Whittman* c. *UCI Holdings Ltd.*, le tribunal a déclaré que pour que la mesure provisoire soit accordée, il n'était pas absolument nécessaire que la demande de reconnaissance soit fortement susceptible d'aboutir, mais que cet aspect n'en était pas pour le moins pertinent[14].

15. Suspension automatique

46. Une note de bas de page pourrait être ajoutée au paragraphe 164 concernant l'article 20-1 a) pour renvoyer à l'affaire *Fibria Cellulose S/A* c. *Pan Ocean Co. Ltd.* (décision 1482 du Recueil), dans laquelle le tribunal anglais a conclu que la signification d'un avis de résiliation du contrat faite conformément aux conditions de celui-ci ne constituait ni le début ni la poursuite d'une action ou d'une procédure individuelle, et qu'il n'avait donc pas compétence pour empêcher la signification au titre de l'article 20-1 a) de la Loi type. La note de bas de page 206 du paragraphe 166 pourrait être complétée par une référence à l'affaire *Nortel Networks Corp.*, où il a été estimé que le fait que l'organisme de réglementation au Royaume-Uni ait émis, au Canada, un « avis » en vertu de la loi britannique constituait une étape de procédure qui contrevenait à l'ordonnance de suspension.

47. D'autres textes de la jurisprudence, qui pourraient être mentionnés dans la note de bas de page 204, abordent la question particulière des effets de la suspension automatique sur l'arbitrage. Par exemple, il pourrait être fait référence à l'affaire *Samsung Logix Corporation* c. *DEF*, dans laquelle le tribunal a examiné l'effet de la décision de reconnaissance sur une audience d'arbitrage qui devait avoir lieu en Angleterre le lendemain de l'examen de la demande de reconnaissance par le tribunal anglais. Ce dernier a jugé que la décision de reconnaissance entraînait la suspension automatique de l'arbitrage. Dans l'affaire *OGX Petróleo e Gás S.A.* (décision 1622 du Recueil), le tribunal anglais a déclaré que la suspension automatique n'était pas censée avoir pour effet d'empêcher les personnes dont les créances ne faisaient pas l'objet de la procédure étrangère de faire valoir celles-ci contre le débiteur (l'affaire concernait une procédure d'arbitrage menée en vertu d'un contrat conclu après l'approbation du plan de redressement et qui n'était pas couverte par ce plan).

16. Durée de la suspension automatique

48. Dans l'affaire *Yakushiji (n° 2)*, le tribunal australien a déclaré que la suspension automatique coïncidait normalement avec la suspension applicable dans la procédure étrangère correspondante et qu'elle prenait donc fin lorsque la procédure étrangère était close, puisqu'à cet instant l'objectif de la suspension, à savoir donner au débiteur le temps d'élaborer un plan et empêcher les créanciers d'exercer d'autres voies de recours, n'était plus applicable.

49. Il est suggéré de mentionner cette jurisprudence dans un paragraphe 167 *bis*, en faisant remarquer qu'il est possible, dans certains cas, de maintenir la suspension après la clôture de la procédure étrangère, par exemple en cas de violation de la suspension avant ladite clôture (référence à l'affaire *Daewoo Logistics Corp.*, décision 1315 du Recueil), ou pour permettre que la répartition des biens du débiteur se fasse conformément au plan approuvé dans le cadre de la procédure étrangère et empêcher les créanciers de chercher à recouvrer des montants supérieurs à ceux prévus dans ledit plan (référence à l'affaire *Ho Seok Lee* 348 B.R., décision 754 du

[14] Voir également l'affaire *Tucker, Aero Inventory (UK) Ltd.* c. *Aero Inventory (UK) Limited* [2009] FCA 1354.

Recueil). Une comparaison pourrait être faite avec l'affaire *Re OJSC International Bank of Azerbaijan* (décision 1822 du Recueil), dans laquelle le tribunal anglais a fait observer qu'une fois la procédure étrangère close, il n'existerait plus de représentant étranger qui pourrait présenter une demande d'assistance devant le tribunal anglais, pas plus qu'il n'existerait de procédure étrangère en vertu de laquelle une telle assistance pourrait être demandée. Aussi le tribunal a-t-il conclu qu'il serait anormal qu'une suspension accordée avant la fin de la procédure étrangère reste en vigueur indéfiniment. Le tribunal a refusé de suivre le raisonnement adopté dans les affaires *Daewoo* et *Ho Seok Lee* au motif que les circonstances ayant présidé à l'incorporation de la Loi type dans le droit américain différaient sensiblement de celles ayant prévalu en Grande-Bretagne ou en Australie.

17. Mesures postérieures à la reconnaissance

50. La note de bas de page 210 au paragraphe 169 pourrait être complétée par une référence à l'affaire *Fibria Cellulose S/A* c. *Pan Ocean Co. Ltd. (dans l'affaire Pan Ocean Co. Ltd.)* (décision 1482 du Recueil), dans laquelle le tribunal anglais a examiné les décisions distinctes rendues aux États-Unis et en Angleterre à propos de mesures demandées dans l'affaire *Toft*. Des notes de bas de page pourraient être ajoutées au paragraphe 169 pour renvoyer à l'affaire *In re CGG S.A.*, dans laquelle le tribunal américain a reconnu une procédure de sauvegarde engagée en France en tant que procédure étrangère et a exécuté l'ordonnance du tribunal français, en confirmant ainsi que le plan de sauvegarde constituait une mesure appropriée en vertu de la section 1521 et une assistance additionnelle au titre de la section 1507 du chapitre 15 (articles 21 et 7 de la Loi type). Ces nouvelles notes de bas de page pourraient également faire référence à l'affaire *In re Rede Energia, S.A.*, dans laquelle le tribunal américain a jugé que le chapitre 15 « [fournissait] aux juridictions des règles larges et souples pour concevoir des mesures appropriées pour atteindre les objectifs du chapitre conformément à la courtoisie internationale », et a mis en avant « le principe bien établi selon lequel il n'est pas nécessaire que les mesures accordées dans le cadre de la procédure étrangère et celles disponibles aux États-Unis soient identiques. » Le tribunal a estimé que l'exécution d'une décision de confirmation étrangère constituait une mesure appropriée au titre de la section 1521 du chapitre 15 (article 21 de la Loi type)[15]. L'affaire *Metcalfe & Mansfield* pourrait elle aussi être citée dans les notes de bas de page. En l'espèce, le tribunal américain a estimé que les mesures relatives aux tiers non débiteurs approuvées par le tribunal canadien étaient limitées, et conformes à l'interprétation restreinte de l'article 7 de la Loi type pratiquée par les tribunaux américains. Une décision opposée, à savoir celle rendue dans l'affaire *Vitro,* pourrait également être mentionnée, bien que les faits particuliers de cette affaire aient pu conduire la Cour d'appel à rejeter la mesure. Il est toutefois à noter que la décision de l'affaire *Metcalf & Mansfield* a néanmoins été citée comme exemple dans la décision de l'affaire *Vitro*.

18. Adéquation de la protection des créanciers

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

---

[15] Voir également les affaires *In re Oi* et *In re Agrokor*.

52. Cette jurisprudence pourrait être abordée dans le paragraphe 158, et le reste du paragraphe serait déplacé dans un paragraphe 158 *bis* distinct. En outre, la note de bas de page 200 pourrait donner plus de précisions sur l'affaire *SNP Boat Service* citée, en particulier sur le fait que le tribunal dans cette affaire avait identifié trois principes fondamentaux régissant la notion de protection adéquate : a) le traitement équitable de tous les titulaires de créances visant la masse de l'insolvabilité ; b) la protection des requérants locaux contre les préjudices et les inconvénients liés au traitement des créances dans la procédure étrangère ; et c) la répartition du produit de la masse étrangère de l'insolvabilité essentiellement conformément à l'ordre prescrit par la législation locale.

19. Actes préjudiciables aux créanciers

53. Les paragraphes 183 à 186 pourraient être étoffés pour faire remarquer que le raisonnement suivi dans l'affaire *Condor Insurance* a été repris plus tard dans d'autres affaires, pour autoriser des actions en annulation en vertu du droit anglais et du droit norvégien. Les notes de bas de page de ces paragraphes pourraient renvoyer aux affaires *Hosking* c. *TPG Capital Mgmt.*, *L.P. (In re Hellas Telecomm. (Luxembourg) II SCA)* et *In re Bankruptcy Estate of Norske Skodindustrier ASA*.

20. Coopération

54. La note de bas de page 30 du paragraphe 21 pourrait reprendre le contenu des paragraphes 1 et 3 de l'article 42 de la refonte du règlement (CE), qui appellent à la coopération des juridictions, dans la mesure où cette coopération n'est pas incompatible avec les règles applicables à chacune des procédures, et précisent qu'une telle coopération peut être mise en œuvre par tout moyen que la juridiction juge approprié, notamment : a) la coordination de la désignation des praticiens de l'insolvabilité ; b) la communication d'informations par tout moyen jugé approprié par la juridiction ; c) la coordination de la gestion et de la surveillance des actifs et des affaires du débiteur ; d) la coordination du déroulement des audiences ; et e) la coordination de l'approbation des protocoles, si nécessaire.

55. Les paragraphes 203 et 204 pourraient être mis à jour pour inclure des références aux Principes mondiaux de l'American Law Institute et de l'International Insolvency Institute pour la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale (2012) ; aux lignes directrices du Judicial Insolvency Network[16] ; aux Principes de l'Union européenne concernant la coopération entre juridictions en matière d'insolvabilité internationale (Principes JudgeCo de l'UE) ; et aux Lignes directrices de l'Union européenne sur les communications entre juridictions en matière d'insolvabilité internationale (Lignes directrices JudgeCo de l'UE).

56. La note de bas de page 250 pourrait être complétée par une référence à l'affaire *Loo* c. *Quinlan et Kelly*, qui a notamment donné lieu à des audiences sur une question d'insolvabilité internationale entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Les décisions de chaque tribunal ont ici été portées en appel.

57. Cette section pourrait elle aussi être complétée en citant à titre d'exemple l'affaire *Nortel Networks Corp.*, un cas d'insolvabilité de groupe d'entreprises qui a mis en évidence l'importance d'une coopération internationale efficace et effective entre les juridictions et les représentants de l'insolvabilité.

[16] http://www.jin-global.org/jin-guidelines.html.

Annexe

In re Pirogova 593 B.R. 402 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) : résumé à ajouter à l'annexe I de la nouvelle version du texte sur le point de vue du juge

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