

**Assemblée générale**

Distr. générale
15 avril 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-quatrième session
Vienne, 27 juin-8 juillet 2011

Droit de l'insolvabilité**Texte destiné aux juges concernant la Loi type de la CNUDCI
sur l'insolvabilité internationale**

1. À la quarante-troisième session de la Commission (2010), le Secrétariat a présenté une proposition en expliquant que les participants aux colloques judiciaires organisés par la CNUDCI en coopération avec INSOL et la Banque mondiale avaient exprimé le souhait que des informations et des orientations soient fournies aux juges sur les questions internationales et, en particulier, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type). La Commission a été informée qu'à cette fin le Secrétariat travaillait à la préparation d'un projet de texte présentant le point de vue des juges concernant l'application et l'interprétation de la Loi type. Elle est convenue que le Secrétariat devrait être chargé d'élaborer ce texte, si ses ressources le lui permettaient, avec la même souplesse qui avait présidé à l'élaboration du Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale. Ce travail impliquerait de consulter principalement des juges, mais aussi des praticiens et professionnels de l'insolvabilité, de soumettre le texte au Groupe de travail V pour examen à un stade approprié, et de le présenter à la Commission pour finalisation et adoption, si possible en 2011¹.

2. Le texte ci-après intitulé *La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge* a été élaboré, conformément à ce mandat, en consultation avec des juges et des experts de l'insolvabilité. Il a été examiné par le Groupe de travail V à sa trente-neuvième session en décembre 2010² et par le neuvième Colloque judiciaire multinational organisé conjointement par la CNUDCI,

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17), par. 261.

² A/CN.9/715, par. 110 à 116.



INSOL et la Banque mondiale, à Singapour les 12 et 13 mars 2011³. L'introduction explique l'objet du texte et la façon dont les informations qu'il contient ont été structurées.

3. Il est proposé de mettre régulièrement à jour le présent texte de sorte qu'il tienne compte de la jurisprudence la plus récente dans le plus grand nombre de pays possible, notamment concernant l'utilisation et l'interprétation de la notion de "centre des intérêts principaux", et qu'il conserve ainsi tout son intérêt pour les juges qui utilisent et interprètent la Loi type. Le Secrétariat pourrait effectuer cette mise à jour en consultation avec des juges et, au besoin, d'autres spécialistes de l'insolvabilité, en suivant pour l'essentiel la même procédure que celle adoptée pour élaborer le texte initial et en présentant les informations de la même façon. Le temps dont il disposerait pour réaliser la mise à jour pourrait être déterminé en fonction des ressources disponibles et compte tenu de tout changement important de la jurisprudence dont il faudrait rendre compte.

4. La Commission voudra donc peut-être demander au Secrétariat de mettre régulièrement à jour le texte destiné aux juges concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale pour tenir compte de l'évolution de la jurisprudence dans divers pays en procédant, si ses ressources le lui permettent, avec la même souplesse qui a présidé à son élaboration et en respectant son objet initial.

³ Les rapports des colloques judiciaires sont disponibles à l'adresse:
http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html.

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

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-7	4
A. Objet et portée	1-4	4
B. Glossaire	5-7	4
1. Termes et explications	5	4
2. Références	6-7	5
I. Contexte	8-28	6
A. Portée et application de la Loi type de la CNUDCI	8-15	6
B. Le point de vue du juge	16-24	8
C. Objet de la Loi type de la CNUDCI	25-28	11
II. Interprétation et application de la Loi type	29-55	12
A. Le principe d'“accès”	29-37	12
B. Le principe de “reconnaissance”	38-55	15
1. Observations liminaires	38-39	15
2. Règles de preuve	40	15
3. Pouvoir de reconnaissance d'une procédure étrangère	41-45	15
4. Réciprocité	46	16
5. L'exception d'“ordre public”	47-51	16
6. Procédures étrangères “principales” et “non principales”	52	17
7. Révision ou rétractation de la décision de reconnaissance	53-55	17

(Suite dans le document A/CN.9/732/Add.1)

Introduction

A. Objet et portée

1. Le texte ci-après analyse la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) du point de vue du juge. Comme certains États adoptants ont modifié la Loi type de manière à l'adapter à la situation locale, il se peut que des approches différentes s'imposent si un juge parvient à la conclusion que la modification ou l'omission de tel ou tel article du texte adopté est nécessaire. Le présent texte est fondé sur la Loi type telle qu'elle a été approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 1997. Il ne mentionne pas les diverses adaptations apportées à la Loi type par certains États adoptants ni n'exprime d'opinion à ce sujet.

2. Le présent texte renvoie à des décisions rendues dans différents pays sans pour autant en faire un examen critique, sauf à mettre en relief tel ou tel point qu'un autre juge voudra peut-être prendre en considération s'il est saisi d'une affaire semblable. Il n'essaie pas non plus de faire référence à toutes les décisions pertinentes qui touchent aux questions d'interprétation soulevées par la Loi type, son intention étant plutôt de mentionner la jurisprudence exclusivement pour illustrer des modes de raisonnement particuliers qui pourraient être suivis pour régler des questions spécifiques. Dans chaque cas, le juge tranchera l'affaire dont il est saisi sur la base du droit interne et notamment des dispositions de la législation incorporant la Loi type.

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

4. Au lieu de procéder à un examen par article, le texte est délibérément structuré pour refléter l'ordre dans lequel certaines décisions seraient généralement prises par le tribunal requis conformément à la Loi type.

B. Glossaire

1. Termes et explications

5. Les paragraphes ci-après expliquent le sens et l'emploi de certaines expressions qui reviennent fréquemment dans le présent document. Nombre de ces termes se retrouvent à la fois dans la Loi type de la CNUDCI, le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et le Guide pratique de la CNUDCI sur la

coopération en matière d'insolvabilité internationale⁴. Ils sont utilisés ici de la même façon que dans les textes en question.

a) CLOUT: Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI. Des résumés des décisions peuvent être consultés dans les six langues de l'Organisation des Nations Unies à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/abstracts.html;

b) "Accord international": Accord verbal ou écrit qui vise à faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité internationale ainsi que la coopération entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité; fait aussi parfois intervenir d'autres parties intéressées⁵;

c) "État adoptant": État ayant adopté une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale;

d) "Représentant de l'insolvabilité": Personne ou organe, même nommé à titre provisoire, habilité dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l'insolvabilité;

e) "Juge": Magistrat ou autre personne désignée pour exercer les pouvoirs d'un tribunal ou d'une autre autorité ayant compétence en vertu de la législation fondée sur la Loi type;

f) "Tribunal requis": Tribunal de l'État adoptant qui est saisi d'une demande de reconnaissance et de mesures.

2. Références

a) Jurisprudence

6. Le texte et, en particulier, les notes de bas de page contiennent des références à des affaires particulières. Ces dernières sont généralement résumées en annexe et ne sont donc mentionnées dans le corps du texte que sous une forme abrégée; par exemple, *Bear Stearns* désigne l'affaire *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd*. Les numéros de page ou de paragraphe mentionnés en rapport avec ces affaires correspondent aux parties pertinentes de la version de la décision citée dans l'annexe.

b) Textes

7. Plusieurs textes relatifs à l'insolvabilité internationale, dont les suivants, sont également mentionnés ici:

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

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

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

⁴ Ces textes sont disponibles à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts.html.

⁵ Ces accords sont examinés en détail dans le Guide pratique.

- d) “Guide pratique de la CNUDCI”: Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d’insolvabilité internationale (2009);
- e) “Règlement CE”: Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d’insolvabilité;
- f) “Convention européenne”: Convention de l’Union européenne relative aux procédures d’insolvabilité;
- g) “Rapport Virgos-Schmit”: M. Virgos et E. Schmit, Rapport sur la Convention relative aux procédures d’insolvabilité, Bruxelles, 3 mai 1996, disponible (en anglais uniquement) à l’adresse: http://globalinsolvency.com/sites/globalinsolvency.com/files/insolvency_report.pdf.

I. Contexte

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

8. En décembre 1997, l’Assemblée générale des Nations Unies a approuvé la Loi type sur l’insolvabilité internationale élaborée et adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).
9. La Loi type ne traite pas des questions de fond relevant du droit interne de l’insolvabilité, mais propose simplement des mécanismes procéduraux de nature à faciliter un règlement plus efficace des affaires où le débiteur insolvable a des biens ou des dettes dans plusieurs États. À la fin mars 2011, 19 États avaient adopté une législation fondée sur la Loi type⁶.
10. La Loi type s’applique⁷:
 - a) Lorsqu’une assistance est demandée dans un État (l’État adoptant) par un tribunal étranger ou un représentant étranger en ce qui concerne une procédure d’insolvabilité étrangère;
 - b) Lorsqu’une assistance est demandée dans un État étranger en ce qui concerne une procédure d’insolvabilité particulière ouverte en vertu des lois de l’État adoptant;
 - c) Lorsqu’une procédure étrangère et une procédure d’insolvabilité ouverte en vertu des lois de l’État adoptant visent concurremment le même débiteur;
 - d) Lorsque les créanciers ou les autres parties intéressées demandent l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité ou demandent à participer à ladite procédure en vertu des lois de l’État adoptant.

⁶ Afrique du Sud (2000), Australie (2008), Canada (2009), Colombie (2006), Érythrée (1998), États-Unis d’Amérique (2005), Grande-Bretagne (2006), Grèce (2010), îles Vierges britanniques, territoire d’outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord (2003), Japon (2000), Maurice (2009), Mexique (2000), Monténégro (2002), Nouvelle-Zélande (2006), Pologne (2003), République de Corée (2006), Roumanie (2003), Serbie (2004) et Slovénie (2007).

⁷ Loi type de la CNUDCI, art. 1-1.

La Loi type prévoit qu'un représentant (le représentant étranger) aura été désigné pour administrer les biens du débiteur insolvable dans un ou plusieurs États ou pour agir en qualité de représentant de la procédure étrangère au moment où une demande est présentée en vertu de la Loi type⁸.

11. La Loi type exige de l'État adoptant qu'il indique le tribunal ou toute autre autorité compétente ayant pouvoir de connaître des questions qui découlent de ses dispositions⁹. Comme certains États désigneront des organes administratifs plutôt que des tribunaux, la définition du terme "tribunal étranger" englobe non seulement les autorités judiciaires mais aussi les autres autorités compétentes pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère¹⁰.

12. La Loi type prévoit la possibilité d'exclure de son champ d'application certaines entités, telles que les banques ou les compagnies d'assurance, dont la faillite pourrait créer des risques systémiques dans l'État adoptant¹¹.

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

a) *Accès*: Ce principe établit les cas dans lesquels un "représentant étranger"¹² a un droit d'accès au tribunal (tribunal requis) de l'État adoptant auquel sont demandées une reconnaissance et des mesures¹³;

b) *Reconnaissance*: En vertu de ce principe, le tribunal requis peut décider de reconnaître la procédure étrangère en tant que procédure étrangère "principale" ou "non principale"¹⁴;

c) *Prononcé de mesures*: Ce principe se réfère à trois situations distinctes. Lorsqu'une demande de reconnaissance est en instance, des mesures provisoires peuvent être accordées pour protéger des biens relevant de la compétence du tribunal requis¹⁵. Si une procédure est reconnue comme procédure "principale", certaines mesures s'appliqueront automatiquement¹⁶. Des mesures supplémentaires discrétionnaires peuvent être prononcées dans le cas d'une procédure "principale" mais également pour une procédure reconnue comme "non principale"¹⁷;

d) *Coopération et coordination*: Ce principe oblige aussi bien les tribunaux que les représentants de l'insolvabilité des différents États à communiquer et coopérer dans toute la mesure possible pour que la masse de l'insolvabilité du débiteur soit administrée efficacement et équitablement afin d'en maximiser la valeur pour les créanciers¹⁸.

⁸ Voir également Loi type de la CNUDCI, art. 5, concernant la possibilité donnée à l'État adoptant d'indiquer les représentants autorisés à demander une reconnaissance et des mesures devant un tribunal étranger.

⁹ Ibid., art. 4.

¹⁰ Ibid., art. 2 e); définition du terme "tribunal étranger".

¹¹ Ibid., art. 1-2.

¹² Tel que défini à l'article 2 d) de la Loi type de la CNUDCI.

¹³ Ibid., art. 9.

¹⁴ Ibid., art. 17.

¹⁵ Ibid., art. 19.

¹⁶ Ibid., art. 20.

¹⁷ Ibid., art. 21.

¹⁸ Ibid., art. 25, 26, 27, 29 et 30.

14. Ces principes visent à promouvoir la réalisation des objectifs d'ordre public suivants¹⁹:

- a) Garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements;
- b) Administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur;
- c) Protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur en vue de sa répartition entre les créanciers, dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation;
- d) Permettre aux tribunaux et aux autres autorités compétentes de communiquer et de coopérer dans le cadre de procédures d'insolvabilité dans plusieurs États; et
- e) Faciliter le redressement des entreprises en difficulté financière, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois.

15. En décembre 2009, l'Assemblée générale a approuvé le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale²⁰, qui examine, en se référant à des affaires concrètes, les différents moyens de resserrer la coopération entre les représentants de l'insolvabilité, les tribunaux ou les autres organes compétents en vue d'une administration plus équitable et plus efficace de la masse du débiteur insolvable ayant des biens ou des créanciers dans plusieurs pays. Les accords de coopération internationale (accords internationaux), qui sont l'un des mécanismes utilisés pour faciliter cette coopération, sont examinés en détail dans le Guide pratique. En fonction du droit interne applicable et de l'objet de l'accord international en question, ce dernier devra parfois être approuvé par un tribunal (ou une autre autorité compétente). Le Guide pratique contient des exemples de tels accords²¹.

B. Le point de vue du juge²²

16. La Loi type de la CNUDCI souligne qu'il est souhaitable d'en adopter une interprétation uniforme qui tienne compte de son origine internationale²³. 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 législation²⁴. Tout tribunal appelé à

¹⁹ Préambule de la Loi type de la CNUDCI; voir également le Guide pour l'incorporation, par. 3.

²⁰ Le texte est disponible à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts.html.

²¹ Voir, d'une façon générale, le chapitre III du Guide pratique et les résumés d'affaires figurant à l'annexe I.

²² Voir, dans le glossaire, la définition étendue du terme "juge".

²³ Dans les États adoptants, la Loi type 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.

²⁴ 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.

examiner une législation fondée sur la Loi type jugera tout de même la jurisprudence internationale utile pour son interprétation.

17. Lorsqu'il aborde les tâches qui lui incombent, le juge adopte un point de vue nécessairement différent de celui du représentant de l'insolvabilité. Le magistrat a l'obligation de trancher en toute impartialité les questions qui lui sont soumises par une partie sur la base des informations (preuves) produites. Son obligation est d'agir judiciairement; autrement dit, toutes les parties intéressées doivent, en l'absence de circonstances exceptionnelles, se voir donner la possibilité d'être entendues sur tous les points pouvant substantiellement influencer sur la décision finale, afin d'assurer la régularité de la procédure. Dans certains États, il est possible que les personnes présidant des autorités administratives compétentes²⁵ ne soient pas soumises aux mêmes contraintes. Alors que, dans certains États, le droit interne applicable peut obliger le juge à s'assurer de façon indépendante que la décision demandée doit effectivement être rendue, il se peut que, dans d'autres, la législation nationale autorise le tribunal à donner simplement effet aux souhaits des parties.

18. La façon dont les juges de traditions juridiques différentes conçoivent leurs tâches respectives peut entraîner certaines différences dans l'approche suivie pour interpréter les dispositions originelles (ou adaptées) de la Loi type. Bien que toute généralisation soit difficile, l'attention se concentrera davantage sur le texte de la Loi type dans les pays où la codification du droit est plus poussée que dans d'autres pays où cette codification est moindre ou dans lesquels nombre de juridictions supérieures ont une compétence propre pour statuer sur des points de droit d'une façon qui ne soit contraire à aucune loi ni à aucun règlement²⁶ ou sont habilitées à développer des aspects particuliers du droit pour lesquels il n'existe pas de règle codifiée²⁷.

19. Ces différentes approches pourraient influencer sur la volonté du tribunal requis d'appliquer le principe de coopération entre les tribunaux et de coordination de procédures multiples prévu dans la Loi type²⁸. Si les dispositions de la Loi type relatives à la coopération et à la coordination ont été incorporées au droit interne de l'État adoptant, les mesures pouvant être adoptées à cet égard seront reconnues de manière codifiée.

20. En revanche, lorsque de telles dispositions n'ont pas été expressément adoptées²⁹, il sera peut-être difficile de savoir si le droit interne autorise le tribunal à dialoguer avec un tribunal étranger ou à approuver un accord international conclu par des représentants de l'insolvabilité de pays différents et d'autres parties intéressées. La compétence du tribunal dans ce domaine dépendra d'autres

²⁵ C'est-à-dire les autorités relevant de la définition du "tribunal étranger", Loi type de la CNUDCI, art. 2 e).

²⁶ Pour un examen de cette compétence propre, voir Master Jacob dans *The Inherent Jurisdiction of the Court* (1970) Current Legal Problems 23.

²⁷ Voir, par exemple, le développement de l'*equity* et du droit de la négligence (*negligence law*) dans les systèmes de *common law*.

²⁸ Loi type de la CNUDCI, art. 25, 26, 27, 29 et 30. Voir également les paragraphes 165 à 187 ci-dessous.

²⁹ Par exemple, dans les affaires entre États membres de l'Union européenne (sauf le Danemark), le Règlement européen sur les procédures d'insolvabilité, qui exige la coopération internationale entre représentants de l'insolvabilité, ne contient aucune référence à la coopération entre les tribunaux.

dispositions du droit interne applicable. D'un autre côté, les tribunaux investis d'une compétence propre jouiront probablement d'une plus grande marge de manœuvre pour déterminer les mesures pouvant être adoptées entre tribunaux afin de donner effet au principe de coopération et de coordination auquel la Loi type attache de l'importance.

21. La régularité de la procédure est un concept bien compris par les pays indépendamment de leur tradition juridique. Les normes minimales exigent un processus transparent, la notification aux parties de toutes les communications pouvant être échangées entre les tribunaux compétents et la possibilité pour les parties d'être entendues sur les questions qui se posent, soit personnellement, soit par le biais de déclarations écrites. Quelle que soit la tradition juridique, il est souhaitable que des garanties soient mises en place pour qu'une procédure régulière soit suivie³⁰. Ces principes revêtent une importance encore plus grande en cas de communications entre les tribunaux.

22. À la différence du représentant de l'insolvabilité participant directement à l'administration de la masse de l'insolvabilité, il est peu probable que le juge ait précisément connaissance des questions soulevées dans une demande initiale présentée au tribunal, même si l'urgence caractérise souvent les affaires d'insolvabilité portant sur des questions complexes et d'importantes sommes d'argent³¹. Le juge qui n'a pas déjà l'expérience de ce type de procédure pourrait avoir besoin de l'assistance du représentant étranger³², généralement par l'intermédiaire de son conseil. Cette assistance pourrait revêtir la forme d'éléments de preuve et de mémoires succincts mais informatifs.

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

24. Lors du colloque judiciaire tenu à Vancouver en juin 2009³³, plus de 80 juges d'une quarantaine de pays ont exprimé l'opinion qu'il faudrait envisager de fournir une assistance aux juges (sous réserve de la nécessité essentielle de préserver l'indépendance judiciaire et l'intégrité du système judiciaire de l'État concerné) sur les façons d'aborder les questions découlant de la Loi type. Le présent texte a précisément pour but de fournir le type d'assistance demandée par les juges participant au colloque. Sa forme finale a évolué à la suite d'une série de consultations informelles menées essentiellement avec des juges, mais aussi avec des praticiens de l'insolvabilité et d'autres experts.

³⁰ Voir également les paragraphes 155 à 187 ci-dessous.

³¹ Le paragraphe 3 de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI insiste sur la nécessité de statuer rapidement sur les demandes de reconnaissance.

³² Tel que défini dans l'article 2 d) de la Loi type de la CNUDCI.

³³ Huitième Colloque judiciaire multinational CNUDCI/INSOL/Banque mondiale, Vancouver, 20 et 21 juin 2009. Le rapport du Colloque est disponible à l'adresse: <http://www.uncitral.org/pdf/english/news/EighthJC.pdf>.

C. Objet de la Loi type de la CNUDCI

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

26. Comme indiqué précédemment, 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 offre des solutions qui peuvent être utiles à plusieurs titres, modestes mais importants:

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

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

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

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

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

f) En établissant des règles de coordination en cas de procédures d'insolvabilité concurrentes dans l'État adoptant et un État étranger;

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

27. Le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI insiste sur le rôle central de la coopération dans les procédures d'insolvabilité internationale afin d'assurer le bon déroulement de ces procédures et d'obtenir des résultats optimaux. L'un des éléments clefs est la coopération entre les tribunaux participant aux diverses procédures et entre ces tribunaux et les représentants de l'insolvabilité nommés dans lesdites procédures³⁴. Un aspect essentiel de la coopération peut consister à encourager la communication entre les représentants de l'insolvabilité et/ou d'autres autorités chargées d'administrer les

³⁴ Loi type de la CNUDCI, art. 25 et 26.

procédures d'insolvabilité dans les États concernés³⁵. Si la Loi type prévoit que les tribunaux sont autorisés à coopérer et à communiquer entre eux au niveau international, elle ne précise pas les modalités de cette coopération et de cette communication, laissant le soin à chaque État d'appliquer ses propres lois ou pratiques à cette fin. Elle propose toutefois plusieurs moyens d'assurer cette coopération³⁶.

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

II. Interprétation et application de la Loi type

A. Le principe d'"accès"

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

- a) L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu des lois de l'État adoptant³⁷;
- b) La reconnaissance de la procédure étrangère dans l'État adoptant³⁸, pour pouvoir:
 - i) Participer à une procédure d'insolvabilité en cours dans cet État³⁹;
 - ii) Demander des mesures en vertu de la Loi type⁴⁰; ou
 - iii) Si le droit interne l'autorise, intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur est partie⁴¹.

³⁵ Par exemple, voir, dans le Guide pratique de la CNUDCI, la discussion concernant l'utilisation d'accords internationaux.

³⁶ Loi type de la CNUDCI, art. 27.

³⁷ Ibid., art. 11 et Guide pour l'incorporation, par. 97 à 99.

³⁸ Ibid., art. 15 et par. 112 à 121.

³⁹ Ibid., art. 12 et par. 100 à 102, où il est précisé que l'objet de l'article 12 est de donner au représentant étranger la capacité procédurale de "participer" à la procédure en présentant une requête, une demande ou des conclusions concernant des questions telles que la protection, la réalisation ou la répartition des biens du débiteur ou la coopération avec la procédure étrangère. Si la loi de l'État adoptant utilise un terme autre que "participer" pour exprimer cette notion, cet autre terme pourra être utilisé dans la loi donnant effet à la Loi type. Il convient de noter que le terme "intervenir" est employé à l'article 24, dans lequel il vise le cas où le représentant étranger prend part à une action individuelle intentée par ou contre le débiteur (par opposition à une procédure d'insolvabilité collective).

⁴⁰ Ibid., art. 19 et 21, et par. 135 à 140 et 154 à 160.

⁴¹ Ibid., art. 24 et par. 168 à 172; voir note 38 sur l'utilisation du terme "intervenir".

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

31. Les définitions des termes "représentant étranger" et "procédure étrangère" sont liées. Pour être considérée comme un "représentant étranger", une personne doit administrer "une procédure collective judiciaire ou administrative, ... régie par une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger, aux fins de redressement ou de liquidation", ou agir en qualité de représentant de la procédure étrangère⁴². Un "représentant étranger" a le droit de s'adresser directement au tribunal⁴³.

32. Dans certaines circonstances, on pourrait faire valoir qu'une entité administrée par un "représentant étranger" n'est pas un "débiteur" aux fins du droit interne devant être appliqué par le tribunal requis⁴⁴. Une question de cette nature s'est posée dans l'affaire *Rubin c. Eurofinance*. Le tribunal américain avait nommé des administrateurs judiciaires et des gérants pour un débiteur désigné sous le nom de "The Consumers Trust". Une fiducie répondant à cette description n'est pas considérée comme une personne morale par le droit anglais mais l'est, en tant que "fiducie commerciale", par la loi américaine. Lorsqu'une demande de reconnaissance a été soumise au tribunal anglais, on a argué que la loi anglaise ne considérait pas une telle fiducie comme un "débiteur". Le juge a rejeté cet argument au motif que, compte tenu des origines internationales de la Loi type de la CNUDCI, il serait pernicieux de donner une interprétation locale au terme "débiteur"⁴⁵. Le juge a soulevé une autre question qui était de savoir si les dispositions de la Loi type concernant les mesures disponibles pouvaient s'appliquer à un débiteur non reconnu en tant que tel par le droit anglais, mais a déterminé qu'en l'espèce, il n'était pas nécessaire de régler cette question⁴⁶.

33. La question de savoir si le "représentant étranger" est autorisé à agir comme représentant de la liquidation ou du redressement d'un débiteur est régie par la loi applicable de l'État dans lequel a été ouverte la procédure d'insolvabilité⁴⁷. Dans certains cas, il serait souhaitable d'avoir l'avis d'experts au sujet de la loi applicable afin de déterminer si une procédure particulière entre dans le champ des définitions. Dans d'autres cas, lorsque le tribunal requis connaît bien la procédure en question, des avis d'experts ne seront pas nécessaires. Lorsqu'il ressort de la décision de nomination du représentant étranger que cette personne satisfait à la définition figurant à l'alinéa d) de l'article 2, le tribunal peut faire fond sur la présomption établie par l'article 16-1 de la Loi type.

34. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, le tribunal anglais de première instance a été d'avis qu'un administrateur judiciaire nommé aux États-Unis n'était pas un "représentant étranger" au sens de la définition car il n'avait pas été autorisé, au stade de la nomination, à administrer la liquidation ou le redressement de la

⁴² Loi type de la CNUDCI, art. 2 a). La définition du terme "tribunal étranger" est examinée au paragraphe 11 ci-dessus.

⁴³ Ibid., art. 9.

⁴⁴ Le terme "débiteur" n'est pas défini dans la Loi type.

⁴⁵ *Rubin c. Eurofinance*, par. 39 et 40.

⁴⁶ Ibid., par. 41.

⁴⁷ Loi type de la CNUDCI, art. 5.

société débitrice⁴⁸. Cette observation a été faite dans le contexte d'une administration dont il a en définitive été déterminé qu'elle ne constituait pas une procédure collective au sens de la législation relative à l'insolvabilité.

35. Selon la Loi type de la CNUDCI, un "représentant étranger" peut être une personne désignée "à titre provisoire" mais non une personne qui n'a pas encore été nommée, par exemple s'il est sursis, dans l'attente d'une décision en appel, à l'exécution d'une ordonnance désignant le représentant de l'insolvabilité⁴⁹. Une solution pour déterminer si un "représentant étranger" est habilité à agir consiste à examiner si les critères de la définition de la "procédure étrangère" sont réunis avant de décider si le demandeur a été autorisé⁵⁰ 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 cette solution, le juge devrait s'assurer que:

a) La "procédure étrangère" dont la reconnaissance est demandée est une procédure judiciaire ou administrative (provisoire ou définitive) dans un État étranger;

b) La procédure a un caractère "collectif"⁵¹;

c) La procédure judiciaire ou administrative découle d'une loi relative à l'insolvabilité dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger, aux fins de redressement ou de liquidation;

d) Le contrôle ou la surveillance sont assurés par un "tribunal étranger", c'est-à-dire par une "autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère"⁵²; et

e) Le demandeur a été autorisé dans la procédure étrangère "à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur, ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère".

37. Il est souvent essentiel pour le représentant étranger d'obtenir rapidement la reconnaissance (et d'être ainsi en mesure de demander des mesures)⁵³ pour éviter par un moyen efficace que les biens du débiteur ne soient dispersés ou dissimulés; c'est pour cette raison que le tribunal requis est tenu de rendre sa décision sur la demande "le plus tôt possible"⁵⁴. L'expression "le plus tôt possible" est relativement souple. Certaines affaires peuvent être si simples que la procédure de reconnaissance prendra quelques jours seulement. Dans d'autres cas, surtout si la reconnaissance est contestée, "le plus tôt possible" peut supposer plusieurs mois.

⁴⁸ *Stanford International Bank*, par. 85.

⁴⁹ Voir la définition du "représentant étranger" à l'article 2 d) de la Loi type de la CNUDCI.

⁵⁰ Aux fins de la Loi type, art. 2 d).

⁵¹ Voir ci-dessous, par. 66 à 70.

⁵² Loi type de la CNUDCI, art. 2 e).

⁵³ Ibid., voir en particulier les articles 20, 21, 23 et 24. Pour ce qui est des mesures provisoires disponibles pendant que la demande de reconnaissance est en instance, voir art. 19.

⁵⁴ Ibid., art. 17-3.

Des mesures provisoires peuvent être prononcées au besoin pendant que la demande de reconnaissance est en instance⁵⁵.

B. Le principe de “reconnaissance”

1. Observations liminaires

38. Le principe de “reconnaissance” a pour objet d’éviter de longues procédures en assurant un règlement rapide de la demande de reconnaissance, ce qui sécurise le processus et permet au tribunal requis, une fois la reconnaissance accordée, de statuer en temps voulu sur les mesures pouvant être accordées.

39. L’on trouvera ci-après un exposé général du principe de reconnaissance; une discussion plus détaillée de ses éléments constitutifs figure aux paragraphes 56 à 114.

2. Règles de preuve

40. Pour obtenir la reconnaissance de la procédure étrangère, le représentant étranger doit présenter une demande conformément à la Loi type de la CNUDCI. L’article 15 de la Loi type énonce les conditions auxquelles doit répondre cette demande. Pour déterminer si une procédure étrangère doit être reconnue, le tribunal requis se limite à examiner les conditions en matière de compétence posées dans la définition⁵⁶. La Loi type ne prévoit pas que le tribunal requis s’interroge sur le point de savoir si la procédure étrangère a été ouverte régulièrement conformément au droit applicable; si la procédure satisfait aux dispositions de l’article 15, elle devrait être reconnue en vertu de l’article 17.

3. Pouvoir de reconnaissance d’une procédure étrangère

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

42. Pour faciliter la reconnaissance, l’article 16 crée un certain nombre de présomptions concernant l’authenticité des documents et le contenu de la décision d’ouverture de la procédure étrangère et de désignation du représentant étranger.

43. Le représentant étranger est soumis à une obligation continue d’information. Il doit rapidement informer le tribunal requis de toute modification substantielle du statut de la procédure étrangère reconnue ou du statut de sa nomination ainsi que de toute autre procédure étrangère concernant le même débiteur dont il a connaissance⁵⁷.

44. Le paragraphe 2 de l’article 17 détermine quel doit être le statut de la procédure étrangère aux fins de sa reconnaissance. Cet article dispose que la procédure ne peut être reconnue que sous deux formes: en tant que “procédure étrangère principale”⁵⁸ ou en tant que “procédure étrangère non principale”⁵⁹. La

⁵⁵ Voir ci-dessous, par. 122 et suivants.

⁵⁶ Loi type de la CNUDCI, art. 2 a).

⁵⁷ Ibid., art. 18.

⁵⁸ Ibid., voir la définition à l’article 2 b).

⁵⁹ Ibid., voir la définition à l’article 2 c).

première est une procédure étrangère qui a lieu dans l'État où le débiteur a "le centre de ses intérêts principaux", tandis que la seconde est une procédure étrangère qui a lieu dans un État où le débiteur a "un établissement". Le terme "établissement" désigne "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services"⁶⁰. Implicitement, la Loi type de la CNUDCI ne prévoit pas la reconnaissance d'autres types de procédures d'insolvabilité, par exemple les procédures ouvertes en raison de la seule présence de biens dans l'État⁶¹. On notera peut-être toutefois que certains États qui ont incorporé la Loi type accordent des pouvoirs supplémentaires aux tribunaux en vertu d'autres lois⁶² pour appuyer les procédures étrangères qui pourraient comprendre des procédures non sujettes à reconnaissance en vertu de la Loi type.

45. L'affaire *Bear Stearns*⁶³ est un exemple dans lequel une "procédure étrangère" a été considérée comme n'étant ni une "procédure étrangère principale", ni une "procédure étrangère non principale". Aussi bien le tribunal de première instance que la cour d'appel ont estimé que la liquidation provisoire ouverte dans les îles Caïmanes ne répondait à aucune des deux qualifications, car les éléments de preuve n'établissaient pas que le débiteur soit avait son établissement principal aux îles Caïmanes, soit y exerçait une activité de façon non transitoire. La procédure n'a donc pas été reconnue.

4. Réciprocité

46. La Loi type de la CNUDCI ne contient aucune règle de réciprocité. Il n'est pas prévu que la reconnaissance d'une procédure étrangère puisse être refusée au seul motif qu'un tribunal de l'État dans lequel la procédure étrangère a été ouverte n'accorderait pas des mesures similaires à un représentant de l'insolvabilité de l'État adoptant. Le juge doit néanmoins être conscient du fait que certains États ayant adopté des textes législatifs fondés sur la Loi type ont inclus des clauses de réciprocité en matière de reconnaissance⁶⁴.

5. L'exception d'"ordre public"

47. Le tribunal requis peut refuser la reconnaissance d'une procédure étrangère lorsqu'elle serait "manifestement contraire" à l'ordre public de l'État sur le territoire duquel il se trouve. La notion d'ordre public est ancrée dans la législation nationale et peut être différente 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, à savoir se rapporter en principe à toute règle impérative du droit national, alors que, dans d'autres, l'exception d'ordre public est habituellement interprétée comme se rapportant uniquement aux principes fondamentaux du droit, en particulier aux

⁶⁰ Ibid., voir la définition à l'article 2 f).

⁶¹ Voir le Guide pour l'incorporation, par. 73 et 128.

⁶² Voir, par exemple, article 8 de la Loi de la Nouvelle-Zélande sur l'insolvabilité internationale (Insolvency (Cross-Border) Act) de 2006 et article 426 de la Loi du Royaume-Uni sur l'insolvabilité (Insolvency Act) de 1986.

⁶³ On trouvera en annexe le titre développé des affaires mentionnées dans le texte.

⁶⁴ Par exemple, Afrique du Sud, Mexique et Roumanie.

garanties constitutionnelles; dans ces États, elle sera utilisée uniquement pour refuser l'application de la législation étrangère, ou la reconnaissance d'un jugement ou d'une sentence arbitrale étrangers, lorsqu'une telle action irait à l'encontre de ces principes fondamentaux.

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

50. L'adverbe "manifestement", employé dans beaucoup de textes juridiques internationaux pour nuancer l'expression "ordre public", vise à insister sur le fait que les exceptions d'ordre public devraient être interprétées de manière restrictive et que l'ordre public ne devrait être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles pour des questions d'une importance fondamentale pour l'État adoptant⁶⁵.

51. Sauf pour ce qui est de l'exception d'ordre public, la Loi type ne prévoit pas que le tribunal requis évalue le bien-fondé de la décision du tribunal étranger par laquelle la procédure a été ouverte ou le représentant étranger désigné⁶⁶.

6. Procédures étrangères "principales" et "non principales"

52. Une "procédure étrangère" peut seulement être reconnue comme étant "principale" ou "non principale". La distinction fondamentale entre les procédures étrangères "principales" et "non principales" a une incidence sur les mesures pouvant être accordées suite à la reconnaissance. La reconnaissance d'une procédure "principale" entraîne une interdiction ou une suspension automatique des actions individuelles des créanciers ou des mesures d'exécution sur les biens du débiteur⁶⁷ et, à certaines exceptions⁶⁸ près, un "gel" automatique de ces biens⁶⁹.

7. Révision ou rétractation de la décision de reconnaissance

53. Dans des circonstances limitées, le tribunal requis peut revoir sa décision de reconnaissance d'une procédure étrangère "principale" ou "non principale". S'il est démontré que "les motifs de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu'ils ont cessé d'exister", le tribunal requis peut revenir sur sa décision de reconnaissance⁷⁰.

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

⁶⁵ Par exemple, voir ci-dessous, par. 110.

⁶⁶ Voir ci-dessus, par. 40.

⁶⁷ Loi type de la CNUDCI, art. 20-1 a) et b).

⁶⁸ Ibid., art. 20-2. La reconnaissance des procédures étrangères "principales" et "non principales" est examinée plus en détail aux paragraphes 75 à 114 ci-dessous.

⁶⁹ Ibid., art. 20-1 c).

⁷⁰ Ibid., art. 17, par. 4.

- a) Si la procédure étrangère reconnue a cessé;
- b) Si l'ordonnance ouvrant la procédure étrangère d'insolvabilité a été infirmée en appel dans l'État en question;
- c) Si la nature de la procédure étrangère reconnue a changé, par exemple une procédure de redressement a été convertie en procédure de liquidation;
- d) Si des faits nouveaux exigeant ou justifiant un changement de la décision du tribunal sont intervenus, par exemple si le représentant étranger n'a pas respecté les conditions auxquelles le tribunal a accordé des mesures⁷¹.

55. Une décision de reconnaissance est également susceptible d'appel ou de recours conformément à la législation interne applicable. Certaines procédures d'appel régies par les lois nationales donnent à la cour d'appel la faculté de se prononcer quant au fond et de se pencher sur les éléments de fait. Les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sont sans incidence sur les procédures d'appel d'un État adoptant.

⁷¹ Voir Guide pour l'incorporation, par. 129 à 131.