



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

Additif

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

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
II. Interprétation et application de la Loi type (<i>suite</i>)	56-116	2
C. Le processus de reconnaissance	56-116	2
1. Observations liminaires	56-65	2
2. Procédure judiciaire ou administrative collective	66-70	4
3. Procédure soumise au contrôle ou à la surveillance d'un "tribunal étranger"	71-74	5
4. La procédure "principale": centre des intérêts principaux	75-110	6
5. La procédure non principale – l'"établissement"	111-116	16

(*Suite dans le document A/CN.9/732/Add.2*)



II. Interprétation et application de la Loi type (*suite*)

C. Le processus de reconnaissance

1. Observations liminaires

56. Pour que la procédure soit reconnue comme “procédure étrangère”, le représentant étranger doit convaincre le tribunal requis qu’il s’agit¹:

- a) D’une procédure collective judiciaire ou administrative (provisoire ou finale) ouverte dans un État étranger;
- b) Régie par une loi relative à l’insolvabilité dans un État étranger, et dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d’un tribunal étranger;
- c) Aux fins d’un redressement ou d’une liquidation.

57. Lorsque l’on décompose les éléments de la définition de la procédure étrangère, des questions surgissent quant à la signification des termes “procédure collective judiciaire ou administrative”, à la nature de la “loi relative à l’insolvabilité” et au “contrôle” ou à la “surveillance” exercés par un tribunal étranger. Ces concepts sont liés à la compétence juridictionnelle et, logiquement, ils doivent être déterminés avant de décider si la “procédure étrangère” est une procédure “principale” ou “non principale”².

58. Si le tribunal requis considère qu’il se trouve en présence d’une “procédure étrangère”, il portera son attention sur le statut de cette procédure. Les expressions “procédure étrangère principale” et “procédure étrangère non principale” sont définies à l’article 2.

59. La question centrale, pour déterminer si une procédure étrangère (concernant un débiteur ayant le statut de personne morale) doit être considérée comme “principale”, est de savoir si elle a lieu “dans un État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux”³. Dans le cas d’une personne physique, le “centre de ses intérêts principaux” est réputé être sa “résidence habituelle”⁴.

¹ Ibid., art. 2 a), définition de la “procédure étrangère”.

² Ibid., art. 17, par. 2, qui souligne la nécessité de déterminer le statut de la procédure étrangère que le tribunal requis est appelé à reconnaître.

³ Voir la discussion aux paragraphes 75 à 110 ci-dessous.

⁴ Loi type de la CNUDCI, art. 16, par. 3, dans le contexte d’une présomption concernant le “centre des intérêts principaux” des personnes aussi bien morales que physiques. Voir les paragraphes 58 et 81 à 104 ci-dessous. Pour une discussion de l’expression “résidence habituelle” dans ce contexte, voir *Re Stojevic* [2007] BPIR 141, par. 58 et suivants. Le tribunal a jugé que, pour l’essentiel, la résidence habituelle d’un homme était son domicile établi et permanent, le lieu où il vit avec sa femme et sa famille jusqu’à ce que, s’il s’agit d’un jeune membre de la famille, il grandisse et quitte le foyer, le lieu où il revient après un voyage d’affaires ailleurs ou à l’étranger. Il a également noté qu’un homme pouvait avoir une autre résidence, appelée ici résidence ordinaire, qui est un endroit autre que son domicile établi et permanent, où il séjourne lorsqu’il se déplace pour affaires ou en vacances avec sa femme et sa famille. Selon la nature de son travail, un homme peut très bien séjourner la plus grande partie du temps ailleurs qu’à son domicile établi et permanent où vivent sa femme et la famille. Voir aussi *Williams c Simpson* (n° 5), par. 41 à 49.

60. Pour démontrer l'existence d'une "procédure non principale", la preuve à apporter est moins rigoureuse: le débiteur doit avoir "un établissement" dans l'État où a lieu la procédure étrangère. Le terme "établissement" est défini comme étant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services"⁵. L'expression "non transitoire" peut désigner soit la durée de l'activité économique dont il s'agit, soit le lieu où cette activité est exercée.

61. Comme indiqué ci-dessus⁶, la décision de reconnaître la procédure étrangère comme "principale" ou "non principale" a d'importantes incidences. La reconnaissance d'une procédure étrangère comme procédure "principale" entraîne automatiquement des mesures de sursis aux différentes mesures d'exécution qui pourraient autrement être adoptées dans le ressort du tribunal requis⁷. En revanche, les mesures de protection que peut ordonner le tribunal dans le cas d'une procédure "non principale" sont discrétionnaires⁸.

62. Du point de vue de la preuve, le tribunal requis peut:

- a) Présumer que la décision ou le certificat du type visé à l'article 15-2 est authentique⁹;
- b) Présumer que tous les documents soumis à l'appui de la demande de reconnaissance sont authentiques, qu'ils aient ou non été "légalisés"¹⁰;
- c) "Sauf preuve contraire", présumer que "le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur" est le centre de ses intérêts principaux¹¹.

63. D'ordinaire, la question de savoir si une "procédure étrangère" répond aux conditions que doit réunir une procédure "principale" devrait être tranchée sur la base d'avis d'experts concernant les dispositions pertinentes du droit interne de l'État dans lequel la procédure a été ouverte. Pour déterminer s'il existe un "établissement" (pour démontrer l'existence d'une procédure non principale), il convient de se référer aux faits. Selon la législation nationale applicable, le tribunal requis pourra, en l'absence d'avis d'experts, faire fond sur le texte des lois pertinentes et recourir à d'autres méthodes d'interprétation pour déterminer le statut de la procédure d'insolvabilité dont il s'agit¹².

64. Plusieurs décisions sur la signification des expressions "procédure étrangère", "procédure étrangère principale" et "procédure étrangère non principale" ont porté sur des sociétés appartenant à des groupes. Cependant, la Loi type de la CNUDCI

⁵ Loi type de la CNUDCI, art. 2 f) et discussion aux paragraphes 111 à 114 ci-dessous.

⁶ Voir ci-dessus, par. 52.

⁷ Loi type de la CNUDCI, art. 20. Voir également les paragraphes 128 à 135 ci-dessous.

⁸ Ibid., art. 21. Voir également les paragraphes 136 à 153 ci-dessous.

⁹ Ibid., art. 16-1.

¹⁰ Ibid., art. 16-2.

¹¹ Ibid., art. 16-3.

¹² Un exemple de cette approche se trouve dans l'affaire *Betcorp*, dans laquelle le Tribunal des faillites des États-Unis s'est référé aux mémoires explicatifs joints au projet de loi australien afin d'aider le Parlement à comprendre l'objet et la structure du texte à l'examen. Le tribunal peut se référer à de tels mémorandums pour dissiper plus facilement des ambiguïtés, mais il n'est pas tenu de le faire.

visé des entités individuelles et non un groupe entier¹³. Elle considère chaque société membre d'un groupe comme une personne morale distincte. Le centre des intérêts principaux de l'ensemble des sociétés d'un groupe peut se trouver dans le même pays, auquel cas l'insolvabilité de ces sociétés peut faire l'objet d'un examen conjoint, mais la Loi type ne prévoit pas de traiter la question du centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés en tant que tel.

65. Sauf preuve contraire, la reconnaissance d'une procédure étrangère principale atteste, aux fins de l'ouverture d'une procédure en vertu de la législation de l'État qui la reconnaît, que le débiteur est insolvable¹⁴.

2. Procédure judiciaire ou administrative collective

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

67. Sur la base des paramètres posés dans la définition de la "procédure étrangère", plusieurs types de procédure collective peuvent être reconnus. Certaines peuvent être obligatoires, d'autres volontaires, et certaines porter sur la liquidation des biens du débiteur et d'autres sur le redressement de ses affaires. La Loi type a également été conçue de manière à s'appliquer aux cas dans lesquels un débiteur (personne morale ou physique) conserve un certain contrôle sur ses avoirs, même si c'est sous la surveillance d'un tribunal ou d'une autre entité compétente¹⁵.

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

69. Dans l'affaire *Betcorp*, un tribunal des États-Unis a considéré qu'une liquidation volontaire entamée en application de la législation australienne était une procédure administrative relevant de la Loi type. Comme la liquidation volontaire avait pour but de réaliser les actifs du débiteur au bénéfice de tous les créanciers, elle a considéré que la procédure était effectivement "collective", comme requis par la Loi type¹⁶. Dans l'affaire *Gold & Honey*, un tribunal des États-Unis a déterminé

¹³ Voir également *Eurofood*, par. 37.

¹⁴ Loi type de la CNUDCI, art. 31.

¹⁵ Guide pour l'incorporation, par. 24, par exemple pour le débiteur en possession.

¹⁶ *Betcorp*, p. 281. Un autre point de vue sur ce type de procédure volontaire a été mentionné par un tribunal australien dans l'affaire *Tucker* (n° 2), p. 1485-86 (voir les résumés d'affaires) dans le contexte de l'examen de la signification de l'expression "procédure d'insolvabilité" à l'article 2. Ce tribunal a cité le mémoire explicatif de la Loi de 2008 sur l'insolvabilité internationale (Cross-Border Insolvency Bill 2008), selon lequel "l'expression 'procédure d'insolvabilité' peut avoir un sens technique mais à l'alinéa a) [de l'article 2 de la Loi type] elle est censée s'appliquer au sens large aux procédures concernant des sociétés ayant de graves problèmes financiers". Il a également mentionné un document d'information du Trésor australien, selon lequel, dans le contexte de la loi australienne sur les sociétés (Australian

qu'un règlement judiciaire entrepris conformément à la législation israélienne n'était pas une procédure d'insolvabilité ni une procédure collective en ce sens que l'administrateur n'était pas tenu de prendre en considération les droits et les obligations de tous les créanciers et avait été mené essentiellement pour permettre à une certaine partie de recouvrer ses créances¹⁷. Dans l'affaire *British American Insurance*, le tribunal a souscrit à l'avis exprimé par les tribunaux dans les affaires *Betcorp* et *Gold & Honey* pour ce qui était de la signification de l'expression "collective", relevant qu'une telle procédure supposait à la fois la prise en considération et, en définitive, le règlement des créances de divers types de créanciers ainsi que la possibilité que les créanciers participent à la procédure étrangère¹⁸.

70. Dans une autre affaire, *Stanford International Bank*, un tribunal anglais a considéré qu'une ordonnance de règlement judiciaire rendue par un tribunal des États-Unis ne constituait pas une procédure collective régie par une loi sur l'insolvabilité. Le tribunal requis a considéré que cette ordonnance avait été rendue après que la Commission des valeurs mobilières des États-Unis fut intervenue mais pour "empêcher la poursuite d'une opération frauduleuse de grande envergure". L'ordonnance visait à empêcher qu'un préjudice ne soit causé aux investisseurs et non à redresser la société ou réaliser ses avoirs au profit de tous les créanciers¹⁹. Cet avis a été confirmé en appel, essentiellement pour les raisons qui avaient motivé la décision du tribunal anglais de première instance²⁰.

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

71. La définition du "tribunal étranger"²¹ n'établit aucune distinction entre une procédure de redressement ou de liquidation soumise au contrôle ou à la surveillance d'un organe judiciaire ou administratif. Cette approche a été adoptée pour que les systèmes juridiques dans lesquels le contrôle ou la surveillance sont assurés par des autorités non judiciaires n'en relèvent pas moins de la définition de la "procédure étrangère"²².

72. Jusqu'à présent, les tribunaux ne se sont guère penchés sur le concept de "contrôle ou surveillance". Deux approches peuvent être envisagées, dont la première a été discutée dans l'affaire *Betcorp*. Bien que le type de procédure dont la reconnaissance était demandée ait été ouverte sans aucune intervention judiciaire par un vote des actionnaires de la société, le tribunal a considéré que la condition de "contrôle ou surveillance"²³ était remplie, étant donné qu'un contrôle judiciaire était

Corporations Act), la portée de la Loi type s'étendrait aux liquidations causées par l'insolvabilité, les reconstitutions et les redressements en vertu de la partie 5.1 et à la mise sous administration volontaire en vertu de la partie 5.3A. [...] Elle ne s'étendrait pas non plus à la liquidation volontaire d'un membre ni à sa liquidation par un tribunal..." [Corporate Law Economic Reform Program's Proposals for Reform: Paper no 8, Cross-Border Insolvency – Promoting international cooperation and coordination, p. 23].

¹⁷ *Gold & Honey*, p. 370.

¹⁸ *British American Insurance*, p. 902.

¹⁹ *Stanford International Bank*, par. 73 et 84.

²⁰ *Stanford International Bank* (en appel), par. 26 et 27.

²¹ Loi type de la CNUDCI, art. 2 e).

²² Guide pour l'incorporation, par. 74.

²³ Loi type de la CNUDCI, art. 2 a).

exercé sur les liquidateurs chargés d'administrer la procédure collective au nom de l'ensemble des créanciers, et non un contrôle ou une surveillance sur les biens et les affaires du débiteur. Le juge a estimé que la Commission australienne des valeurs mobilières et des investissements était chargée de surveiller les liquidateurs dans l'accomplissement de leurs fonctions, pouvait exiger d'eux qu'ils obtiennent une autorisation avant de prendre certaines mesures (par exemple détruire des livres et des archives) et était habilitée à les destituer ou à les révoquer. Il a donc considéré que la Commission australienne des valeurs mobilières et des investissements était une "autorité compétente pour contrôler et surveiller une procédure étrangère" aux fins de la définition de la "procédure étrangère" figurant dans la Loi type de la CNUDCI²⁴.

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

74. Dans l'affaire *Betcorp*, outre sa conclusion concernant l'organisme de réglementation, le tribunal a estimé que la procédure de liquidation volontaire était soumise à la surveillance d'une autorité judiciaire, à savoir les tribunaux australiens. Cet avis se fondait sur trois éléments: a) la possibilité pour les liquidateurs et créanciers dans le contexte d'une liquidation volontaire de soumettre à un tribunal toute question liée à la liquidation; b) la compétence générale de surveillance des tribunaux australiens en général en ce qui concerne l'action des liquidateurs; et c) la possibilité pour toute personne "lésée par un acte, une omission ou une décision" d'un liquidateur de former un recours devant un tribunal australien, qui pouvait "confirmer, annuler ou modifier l'acte ou la décision ou remédier à l'omission, selon le cas"²⁵.

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

75. Si le débiteur est une personne morale, le tribunal requis doit, pour reconnaître une procédure étrangère comme procédure "principale", déterminer que le "centre des intérêts principaux" du débiteur se trouvait dans l'État où a été ouverte la procédure étrangère²⁶. L'origine du concept de "centre des intérêts principaux" et la façon dont il a été appliqué dans la jurisprudence pourront aider le juge aux prises avec cette question.

76. Aux fins de la Loi type de la CNUDCI, il a été délibérément décidé de ne pas définir le "centre des intérêts principaux". Cette notion est tirée de la Convention de l'Union européenne sur la procédure d'insolvabilité (la "Convention européenne")

²⁴ *Betcorp*, p. 284. À l'appui de cette proposition, le juge a cité l'affaire *Tradex Swiss AG* 384 BR 34, p. 42 (2008), dans laquelle la Commission fédérale des banques de la Suisse avait été considérée comme un "tribunal étranger" parce qu'elle contrôlait et surveillait la liquidation des sociétés de courtage.

²⁵ *Betcorp*, p. 283 et 284.

²⁶ Loi type de la CNUDCI, art. 2 b).

pour des raisons de cohérence²⁷. Lorsque la Loi type a été finalisée, la Convention européenne n'était pas entrée en vigueur; elle est par la suite devenue caduque faute d'avoir été ratifiée par tous les États membres²⁸.

77. Par la suite, le Règlement (CE) du Conseil n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le "Règlement CE") a été appliqué aux États membres de l'Union européenne (sauf le Danemark) comme moyen de régler les questions d'insolvabilité internationale dans l'Union européenne. Les concepts de "procédure principale" et "centre des intérêts principaux" ont été repris dans le texte du Règlement CE²⁹. À la différence de la Loi type de la CNUDCI, le Règlement CE souligne que le centre des intérêts principaux doit être "vérifiable par les tiers"³⁰. Le Guide pour l'incorporation relève que la notion de "centre des intérêts principaux" correspond à la formulation figurant à l'article 3 de la Convention européenne et reconnaît qu'il convient de renforcer "l'harmonisation en cours quant à la notion de procédure 'principale'"³¹. Même si les concepts sont similaires dans les deux textes, ils ont un objectif différent. La détermination du "centre des intérêts principaux" dans le contexte du Règlement CE porte sur l'État dans lequel doit s'ouvrir la procédure principale. Aux fins de la Loi type, la détermination du "centre des intérêts principaux" se rapporte aux effets de la reconnaissance, dont l'un des principaux tient aux mesures qui peuvent être adoptées pour faciliter la procédure étrangère.

78. Les considérants 12 et 13 du Règlement CE se lisent comme suit:

"12. Le présent règlement permet d'ouvrir les procédures d'insolvabilité principales dans l'État membre où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur. Ces procédures ont une portée universelle et visent à inclure tous les actifs du débiteur. En vue de protéger les différents intérêts, le présent règlement permet d'ouvrir des procédures secondaires parallèlement à la procédure principale. Des procédures secondaires peuvent être ouvertes dans l'État membre dans lequel le débiteur a un établissement. Les effets des procédures secondaires se limitent aux actifs situés dans cet État. Des règles

²⁷ Voir Guide pour l'incorporation, par. 31; voir également l'article 3 de la Convention européenne.

²⁸ Pour l'historique pertinent, voir les avis exprimés par les avocats généraux dans les affaires *Staubitz-Schreiber* [2006] ECR I-701 et *Eurofood*, par. 2. Pour une discussion plus approfondie, voir Moss, Fletcher et Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide* (deuxième édition, 2009, Oxford University Press), par. 1.01 à 1.25.

²⁹ Règlement CE, considérants 12 et 13, cités ci-après.

³⁰ Ibid., considérant 13.

³¹ Guide pour l'incorporation, par. 31. Voir A/52/17, par. 153, où il est souligné que "... l'interprétation du terme dans le contexte de la Convention serait également utile dans le contexte de [la Loi type]". Il convient de noter que le Règlement CE ne définit pas le centre des intérêts principaux; voir considérant 13 ci-dessous. Lors de la discussion du groupe de travail de la CNUDCI négociant la Loi type, il a été noté que le choix du concept de centre des intérêts principaux pour déterminer quelle était la procédure principale présentait plusieurs avantages, notamment celui d'être en accord avec la terminologie utilisée dans la Convention européenne. La Loi type pourrait ainsi contribuer à l'élaboration d'une terminologie normalisée et largement comprise plutôt qu'à une diversification indésirable de celle-ci (A/CN.9/422, p. 20, par. 90).

impératives de coordination avec les procédures principales satisfont l'unité nécessaire au sein de la Communauté³².

13. Le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers."

79. En prévision de la ratification de la Convention par tous les États membres, un rapport explicatif sur la Convention européenne (le rapport Virgos-Schmit) avait été établi³³. Ce rapport contenait des indications sur le concept de "procédure d'insolvabilité principale" et, bien que la Convention soit ensuite devenue caduque, il a été généralement accepté comme une aide pour l'interprétation de l'expression "centre des intérêts principaux" figurant dans le Règlement CE.

80. Dans le rapport Virgos-Schmit, le concept de "procédures d'insolvabilité principales" était expliqué comme suit:

"73. Procédures d'insolvabilité principales

Le paragraphe 1 de l'article 3 autorise l'ouverture de la procédure d'insolvabilité universelle dans l'État contractant où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux. La procédure d'insolvabilité principale a un caractère universel et englobe tous les avoirs du débiteur, partout dans le monde, et affecte tous les créanciers, où qu'ils se trouvent.

Une seule procédure principale peut être ouverte sur le territoire relevant de la Convention.

...

"75. Le concept de "centre des intérêts principaux" doit être interprété comme désignant le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers.

La raison d'être de cette règle s'explique facilement. L'insolvabilité est un risque prévisible. Il importe par conséquent que la compétence d'un autre État (ce qui, comme nous le verrons, entraîne l'application des lois relatives à l'insolvabilité de cet État contractant) soit fondée sur un lieu connu des créanciers potentiels du débiteur. Cela permet en effet de calculer les risques juridiques à prévoir en cas d'insolvabilité.

En employant l'expression "intérêts", les rédacteurs de la Convention ont eu l'intention d'englober non seulement des activités de caractère commercial, industriel ou professionnel, mais aussi toute activité économique en général, de manière à englober les activités des particuliers (par exemple les consommateurs). L'adjectif "principaux" est le critère au regard duquel doivent être déterminés les cas dans lesquels les intérêts en question englobent des activités de types différents qui sont gérées à partir de centres différents.

³² Le Règlement CE parle de procédures secondaires et la Loi type de procédures non principales. Les procédures secondaires, dans le contexte du Règlement CE, sont des procédures de liquidation. Voir art. 3, par. 3.

³³ Voir le Glossaire, par. 7 g). Le rapport a été établi avant que la Convention ne soit ouverte à la signature le 23 novembre 1995.

En principe, le centre des intérêts principaux sera, dans le cas des professionnels, leur domicile professionnel et, dans le cas des personnes physiques en général, leur résidence habituelle.

Lorsqu'il s'agit de sociétés et de personnes morales, la Convention présume, sauf preuve du contraire, que le centre des intérêts principaux du débiteur est le lieu de son principal établissement, lequel correspond habituellement au lieu de son siège statutaire."

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

82. La principale décision rendue en la matière au niveau européen est celle concernant l'affaire *Eurofood*, découlant d'un différend entre tribunaux irlandais et tribunaux italiens sur le point de savoir si une filiale insolvable ayant son siège dans un État autre que celui de la société mère avait son "centre des intérêts principaux" dans l'État où se trouvait son siège ou dans l'État de la société mère.

83. Pour répondre à cette question, la Cour européenne de justice (CEJ) a dû apprécier la solidité de la présomption selon laquelle le siège doit normalement être considéré comme le centre des intérêts principaux d'une société. Cette présomption est énoncée comme suit au paragraphe 1 de l'article 3 du Règlement CE³⁴:

Article 3

Compétence internationale

"1. Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire."

84. La Cour européenne de justice a considéré que, "pour la détermination du centre des intérêts principaux d'une société débitrice, la présomption simple prévue par le législateur communautaire au bénéfice du siège statutaire de cette société ... ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter"³⁵.

85. S'agissant de cette présomption, la CEJ a suggéré que tel pourrait notamment être le cas d'une société "boîte aux lettres" qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social³⁶. En revanche, elle a considéré que "le simple fait" pour la société mère de réaliser des choix

³⁴ Voir, à titre de comparaison, la Loi type de la CNUDCI, art. 16-3. Voir également le rapport Virgos-Schmit, par. 76.

³⁵ *Eurofood*, par. 34.

³⁶ *Ibid.*, par. 35.

économiques (par exemple pour des raisons fiscales) concernant le lieu possible du siège statutaire de la filiale ne suffit pas pour écarter la présomption³⁷.

86. L'arrêt rendu dans l'affaire *Eurofood* insiste beaucoup sur la nécessité de pouvoir déterminer de façon prévisible le centre des intérêts principaux du débiteur. À la différence de l'affaire *Eurofood*, le premier tribunal appelé à se prononcer en appel sur cette question aux États-Unis, dans l'affaire *SPhinX*, a interprété dans un sens plus large le pouvoir de détermination du centre des intérêts principaux.

87. Au chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (auquel a été incorporée la Loi type de la CNUDCI), le libellé de la présomption, dans le texte anglais, a été modifié, le mot "proof" étant remplacé par le mot "evidence"³⁸. Il ressort des travaux préparatoires que ce changement est dû simplement à une question de terminologie, la façon dont l'expression "evidence" est utilisée aux États-Unis reflétant peut-être plus étroitement celle dont l'expression "proof" est utilisée dans certains autres États anglophones³⁹. C'est dans ce contexte qu'il convient d'interpréter la décision rendue dans l'affaire *SPhinX* et les décisions ultérieures de tribunaux des États-Unis.

88. L'affaire *SPhinX* concernait une demande des représentants provisoires de l'insolvabilité d'une société enregistrée aux îles Caïmanes aux fins d'obtenir la reconnaissance de ce régime comme "procédure principale". Le tribunal a refusé, considérant la procédure comme non principale. Cette décision suggère que la recherche irrégulière d'un for approprié peut être un facteur pris en considération pour déterminer le centre des intérêts de la société débitrice. Sur ce point, la cour d'appel a déclaré ce qui suit⁴⁰:

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

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

89. Dans l'affaire *Bear Stearns*, le tribunal des États-Unis a examiné de manière plus approfondie la question de la détermination du centre des intérêts principaux du débiteur. Dans ce cas aussi, la demande de reconnaissance concernait une société

³⁷ Ibid., par 36. Voir également le résumé intégral des conclusions auxquelles la Cour est parvenue à ce sujet au paragraphe 37 de l'arrêt.

³⁸ Article 1516 c) du Code des faillites des États-Unis: "[in] the absence of evidence to the contrary, the debtor's registered office ... is presumed to be the centre of the debtor's main interests".

³⁹ Le rapport du Congrès des États-Unis rend compte des travaux préparatoires: HR Rep No 31, 109th Cong, 1st Session 1516 (2005).

⁴⁰ *SPhinX*, p. 21.

enregistrée aux Îles Caïmanes qui avait été mise en liquidation provisoire dans ce territoire.

90. Le tribunal a exposé les raisons pour lesquelles, dans le texte de la législation américaine, le mot “proof” avait été remplacé par le mot “evidence”. Se référant aux travaux préparatoires, le juge a déclaré ce qui suit:

“La présomption selon laquelle le lieu du siège statutaire est également le centre des intérêts principaux du débiteur a été incorporée à la loi dans un souci de commodité et de rapidité de la preuve dans les cas où il n’existe pas de litige sérieux sur ce point.”⁴¹

91. Le juge a déclaré que cela “permet et encourage des décisions rapides dans les cas où le temps compte, tout en ménageant la possibilité de discuter du lieu où se trouve réellement le ‘centre’ du débiteur lorsque les faits sont plus douteux”, ajoutant que cette “présomption n’est pas la formule privilégiée lorsque l’État dans lequel la société a été constituée et celui où elle a réellement son siège social ne sont pas les mêmes”⁴².

92. Dans l’affaire *Bear Stearns*, le tribunal a évoqué la question de savoir à qui incombait la charge de réfuter la présomption. Il a considéré que cette charge reposait sur le représentant étranger qui demandait la reconnaissance de la procédure, lequel devait démontrer que le centre des intérêts principaux se trouvait dans un lieu autre que celui du siège statutaire⁴³. En l’espèce, le tribunal a considéré que la présomption avait été réfutée par les preuves produites par le représentant étranger à l’appui de sa demande. Tous les éléments de preuve portaient à conclure que le principal établissement se trouvait aux États-Unis.

93. Après avoir analysé l’arrêt rendu dans l’affaire *Eurofood*, le tribunal des États-Unis a estimé que le lieu où le débiteur gérait régulièrement ses intérêts, qui pouvait donc être vérifié par les tiers, correspondait généralement au concept de “principal établissement” en droit américain⁴⁴. Plus récemment, dans l’affaire *Hertz Corp c. Friend*, la Cour suprême des États-Unis a défini l’expression “principal établissement” comme étant le “centre névralgique” aux fins de certaines lois⁴⁵. Cette approche paraît avoir été suivie dans l’affaire *Fairfield Sentry* aux fins de l’application de la Loi type⁴⁶.

⁴¹ Voir note 38.

⁴² *Bear Stearns*, p. 128.

⁴³ Ibid., p. 128.

⁴⁴ Ibid., p. 129.

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

⁴⁶ *Fairfield Sentry*, p. 6. Le tribunal a estimé que les faits dont il disposait indiquaient que selon toute probabilité le centre administratif du débiteur se trouvait depuis un certain temps aux Îles Vierges britanniques. Il s’agissait notamment de la composition et du lieu de décision d’un comité du contentieux indépendant qui régissait les affaires du débiteur, de la tenue de conférences téléphoniques entre le conseil d’administration et le conseil du débiteur aux Îles Vierges britanniques, et du fait que depuis le début de la liquidation aux Îles Vierges britanniques en 2009, les liquidateurs avaient dirigé et coordonné les affaires du débiteur sur place et y disposaient d’employés résidents et de bureaux.

94. La décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns* a été contestée en appel aux motifs que l'arrêt ne répondait pas aux principes de courtoisie internationale et de coopération, et que le juge aurait mal interprété la présomption. En appel, le juge n'a eu aucune peine à conclure que le concept de reconnaissance avait primé les principes de courtoisie internationale et de coopération. Il a déclaré qu'il convenait d'établir une distinction entre "reconnaissance" et "mesures". La jurisprudence *Bear Stearns* a été suivie dans l'affaire *Atlas Shipping*, dans laquelle le tribunal a considéré que, dès lors qu'un tribunal avait reconnu une procédure étrangère principale, le chapitre 15 prévoyait expressément que le tribunal userait de ses pouvoirs discrétionnaires pour ordonner les mesures appropriées conformément au principe de courtoisie internationale⁴⁷. Elle a également été suivie dans l'affaire *Metcalf and Mansfield*, dans laquelle le tribunal des États-Unis avait été appelé à faire exécuter certaines mesures ordonnées par un tribunal canadien, mesures de portée plus large que ne l'aurait permis le droit américain. Le tribunal a noté que le principe de courtoisie internationale n'exigeait pas que les mesures accordées dans la procédure étrangère et celles qui pourraient l'être aux États-Unis soient identiques. L'élément déterminant était de savoir si la procédure étrangère répondait aux normes fondamentales d'équité aux États-Unis, et le tribunal a considéré que les procédures ouvertes au Canada respectaient ce critère⁴⁸.

95. Dans l'affaire *SPhinX*, la cour d'appel a considéré qu'il pouvait être approprié de considérer la présomption comme réfutée si aucune partie ne s'y opposait. Dans l'affaire *Bear Stearns*, la cour d'appel a confirmé la décision du tribunal de première instance selon laquelle il incombait au représentant étranger de réfuter la présomption et le juge avait, indépendamment de cela, le devoir de déterminer si tel avait été le cas, qu'il y ait eu ou non opposition d'une partie⁴⁹.

96. Comme le tribunal de première instance, la cour d'appel dans *Bear Stearns* a admis que le concept de centre des intérêts principaux et la présomption trouvaient leur origine dans la Convention européenne et que le "centre des intérêts principaux" équivalait au concept de "principal établissement". La cour d'appel a également confirmé une énumération de facteurs énoncés dans la décision rendue en première instance, qu'il fallait prendre en compte pour déterminer si le centre des intérêts principaux avait été établi conformément à la demande de reconnaissance. Ces facteurs étaient les suivants⁵⁰:

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

⁴⁷ *Atlas Shipping*, p. 78.

⁴⁸ *Metcalf and Mansfield*, p. 697 et 698.

⁴⁹ *Bear Stearns* (en appel), p. 335.

⁵⁰ *Bear Stearns*, p. 128; *Bear Stearns* (en appel), p. 336.

97. Dans l'affaire *Betcorp*, bien que le centre des intérêts principaux de la société australienne ne porte pas véritablement à controverse, le juge a formulé quelques observations à ce sujet. Il a conclu: "... il ressort des affaires dans lesquelles est examinée la question du centre des intérêts principaux des débiteurs que les tribunaux n'appliquent pas de formule rigide ni ne considèrent de manière constante qu'un facteur donné est déterminant, mais qu'ils analysent différents facteurs pour déterminer objectivement où le débiteur a son principal établissement. À cette fin, ils examinent la gestion, l'administration et les opérations du débiteur et la question de savoir si des tiers ordinaires et raisonnables peuvent établir ou déterminer le lieu où le débiteur mène ces diverses activités"⁵¹. Le juge a considéré que le moment auquel devait être déterminé le centre des intérêts principaux était celui auquel était effectuée la demande de reconnaissance⁵². Cette interprétation semble découler du temps du verbe utilisé dans la définition de la "procédure étrangère principale": "désigne une procédure étrangère ... qui a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux". Un problème similaire se pose en ce qui concerne le lieu de l'"établissement" dans la définition de la "procédure étrangère non principale": "désigne une procédure étrangère ... qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement ...". L'approche retenue dans l'affaire *Betcorp* a été suivie dans les affaires *Yuval Ran* et *British American Insurance*.

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

99. En première instance, le juge, suivant l'approche retenue dans l'affaire *Eurofood*, a admis que le critère de la possibilité de vérification par les tiers était une considération déterminante⁵³. Il a pris cette décision en se fondant sur le Règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (incorporant en droit anglais la Loi type de la CNUDCI) et non sur le Règlement CE. En déterminant le sens du mot "vérifiable", le juge s'est référé aux informations se trouvant dans le domaine public et à celles qu'un tiers apprendrait normalement de ses rapports avec le débiteur⁵⁴. Ce faisant, il s'est écarté d'une de ses décisions antérieures dans laquelle il avait appliqué le critère des "fonctions du siège social"⁵⁵.

100. Le juge a observé que la différence d'approche entre les tribunaux des États-Unis et les tribunaux européens en ce qui concerne la réfutation de la présomption était que les premiers imposaient à la personne affirmant que la procédure était une "procédure principale" de prouver que tel était le cas, tandis que dans l'affaire *Eurofood*, la charge de la preuve reposait sur la partie qui voulait réfuter la présomption⁵⁶.

⁵¹ *Betcorp*, p. 292.

⁵² Ibid.

⁵³ *Stanford International Bank*, par. 61.

⁵⁴ Ibid., par. 62.

⁵⁵ Ibid., par. 61.

⁵⁶ Ibid., par. 63 et 65.

101. Le juge n'était pas convaincu que les facteurs énumérés dans l'affaire *Bear Stearns*⁵⁷ répondent à une exigence de "vérifiabilité", ce qui selon lui avait été le cas dans l'affaire *Eurofood*. Cependant, même si la liste spécifique de critères n'avait pas été ainsi qualifiée par un tribunal des États-Unis, il paraissait plausible qu'un créancier informé connaisse au moins le lieu où se trouvaient les dirigeants de la société débitrice, son siège et l'essentiel de ses biens et sache si les opérations du débiteur étaient nationales ou internationales⁵⁸. L'importance de l'observation formulée en première instance dans l'affaire *Stanford International Bank* résidait dans l'accent mis implicitement sur la nécessité de démontrer quels facteurs étaient vérifiables par les tiers qui traitaient avec le débiteur.

102. La décision rendue dans l'affaire *Stanford International Bank* a été confirmée en appel. Dans le jugement principal, le président de la cour d'appel a considéré qu'il existait une corrélation évidente entre les termes employés dans la Loi type de la CNUDCI et dans le Règlement CE en ce qui concerne aussi bien le "centre des intérêts principaux" que la présomption⁵⁹. Ayant examiné la jurisprudence des États-Unis et d'autres pays, il a estimé que c'était à bon droit que le juge de première instance avait suivi la jurisprudence *Eurofood* et confirmé que l'explication du rapport Virgos-Schmit⁶⁰ sur la vérifiabilité valait également pour les procédures relevant de la Loi type. Il n'a pas jugé que la charge de la preuve en ce qui concerne la réfutation de la présomption était nécessairement différente aux États-Unis, laissant cette question en suspens⁶¹.

103. Un autre membre de la cour s'est associé au raisonnement du président⁶². Le troisième, tout en souscrivant d'une manière générale aux vues exprimées par le président, a exprimé un avis différent sur le critère de "fonctions du siège social"⁶³:

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

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

⁵⁷ Voir par. 96 ci-dessus.

⁵⁸ *Stanford International Bank*, par. 67. Voir la liste de facteurs figurant au paragraphe 92 ci-dessus.

⁵⁹ *Stanford International Bank* (en appel), par. 39.

⁶⁰ Rapport Virgos-Schmit, par. 75; voir par. 80 ci-dessus.

⁶¹ *Stanford International Bank* (en appel), par. 55.

⁶² Ibid., par. 159.

⁶³ Ibid., par. 153.

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

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

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

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

i) La question doit-elle être abordée par référence au principal établissement (ou "centre névralgique"), au lieu que les interlocuteurs de la société considéreraient comme le lieu de coordination, de direction et de contrôle des activités du débiteur?

ii) Quels facteurs sont objectivement vérifiables par les tiers au sens envisagé dans l'affaire *Eurofood*? En particulier, sur quel moment la détermination du centre des intérêts principaux doit-elle porter: celui où le débiteur traite avec les tiers, celui où il fait l'objet d'une procédure collective d'insolvabilité ou celui où la reconnaissance est demandée?

iii) Le tribunal peut-il tenir compte de tentatives faites par le débiteur pour chercher un for plus favorable, de son point de vue, pour déterminer s'il y a lieu d'accorder la reconnaissance?

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

106. Comme indiqué précédemment⁶⁴, dans la très grande majorité des cas, il est peu probable que l'affirmation de la partie à qui incombe la charge de réfuter la présomption soit déterminante. D'ordinaire, les éléments produits par les parties intéressées permettront de déterminer si le lieu où se trouve le siège statutaire constitue le centre des intérêts principaux. Ce n'est que lorsqu'ils ne permettent pas de trancher que la réfutation de la présomption peut jouer un rôle déterminant dans la décision concernant la demande de reconnaissance de la procédure étrangère.

107. Même s'il y a des différences d'approche pour ce qui est de déterminer quel est le centre des intérêts principaux d'un débiteur, la jurisprudence semble pencher pour la vérification objective par les tiers ayant traité avec le débiteur aux moments pertinents⁶⁵. La question tient davantage à l'accent mis par certains pays sur des facteurs précis, tels que la notion de "centre névralgique" ou de "siège social" de l'entité visée par la demande de reconnaissance.

108. Le tribunal auquel la reconnaissance est demandée devrait-il pouvoir se fonder sur le caractère abusif de la demande pour refuser la reconnaissance? Rien dans la Loi type de la CNUDCI ne donne à penser qu'il y a lieu de tenir compte de

⁶⁴ Voir par. 92 ci-dessus.

⁶⁵ *Eurofood* et *Bear Stearns*.

circonstances étrangères telles que l'abus de procédure pour statuer sur une demande de reconnaissance. Selon la Loi type, il convient de statuer sur la demande en se référant aux critères spécifiques énoncés dans les définitions des expressions "procédure étrangère", "procédure étrangère principale" et "procédure étrangère non principale". Cependant, un problème se pose si, ayant illégalement recherché le for le plus favorable, le débiteur se retrouve dans une situation plus avantageuse, avec les conséquences préjudiciables que cela peut avoir pour les créanciers. La Loi type n'interdit pas aux tribunaux requis d'appliquer le droit interne, en particulier les règles de procédure, en présence de tels abus.

109. Une autre façon de régler le problème lié à la recherche illégitime du for le plus favorable peut être de déterminer si la reconnaissance peut être refusée pour des motifs d'ordre public⁶⁶. Vue sous cet angle, la question de la recherche illégitime du for le plus favorable relève plus généralement de l'abus de procédure. On pourrait soutenir qu'une demande de reconnaissance en tant que procédure principale est un abus de procédure si les auteurs de la demande, sachant pourtant que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouvait ailleurs, décident délibérément de déplacer le siège statuaire pour soutenir le contraire ou de taire ce type d'information lorsqu'ils demandent la reconnaissance. Une approche fondée sur l'exception de type "ordre public" a l'avantage de dissocier les questions liées à la reconnaissance et celles liées à un éventuel abus de procédure d'une manière qui reflète la lettre et l'esprit de la Loi type de la CNUDCI.

110. Dans l'affaire *Gold & Honey*, un tribunal des États-Unis a refusé de reconnaître une procédure israélienne pour des motifs d'ordre public. Dans cette affaire, une ordonnance de liquidation avait été rendue en Israël contre une société débitrice après qu'une procédure de liquidation eut été ouverte aux États-Unis et après qu'il eut été automatiquement sursis aux mesures d'exécution. Le juge des États-Unis a refusé de reconnaître cette procédure en Israël car cela "aurait eu pour effet de récompenser et de légitimer la violation du sursis automatique et des ordonnances ultérieures du tribunal concernant la suspension des mesures d'exécution"⁶⁷. La reconnaissance aurait sérieusement compromis "la possibilité pour les tribunaux de faillite des États-Unis de donner effet à deux des objectifs les plus fondamentaux du sursis automatique, à savoir empêcher les créanciers d'obtenir un avantage sur les autres créanciers et assurer une répartition efficace et méthodique des avoirs du débiteur entre tous les créanciers conformément à leur rang de priorité relatif"⁶⁸; le juge des États-Unis a donc considéré que les conditions rigoureuses qui devaient être remplies pour pouvoir invoquer l'exception d'ordre public avaient été réunies.

5. La procédure non principale – l'“établissement”

111. Pour qu'une procédure puisse être reconnue comme "procédure non principale", le débiteur doit avoir "un établissement" dans l'État étranger. Le terme "établissement" fait partie de la définition de la "procédure étrangère non principale" figurant dans la Loi type de la CNUDCI. Il est aussi employé, dans le Règlement CE, pour aider les tribunaux des États membres à déterminer s'ils ont

⁶⁶ Voir la discussion sur l'exception fondée sur l'ordre public aux paragraphes 47 à 51 ci-dessus.

⁶⁷ *Gold & Honey*, p. 371.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 372.

compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve dans un autre État membre. Le paragraphe 2 de l'article 3 du Règlement CE se lit comme suit:

Article 3

Compétence internationale

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

112. Le Guide pour l'incorporation note⁶⁹ que la définition d'“établissement” s'inspire de l'alinéa h) de l'article 2 de la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité. Le rapport Virgos-Schmit sur cette Convention donne quelques précisions à ce sujet:

“On entend par lieu d'opérations un lieu à partir duquel une activité économique est exercée sur le marché (c'est-à-dire à l'extérieur), que cette activité soit commerciale, industrielle ou professionnelle. Le fait que cette activité doive être exercée avec des moyens humains montre qu'un certain degré d'organisation est nécessaire. Un lieu d'opérations purement occasionnel ne peut pas être considéré comme un ‘établissement’. Une certaine stabilité est requise. La formule négative (‘non transitoire’) vise à éviter de fixer un délai minimum. Le facteur décisif est l'apparence de l'activité à l'extérieur, et non l'intention du débiteur.”⁷⁰

113. La question de savoir si un “établissement” existe est essentiellement une question de fait; la Loi type ne fournit aucune présomption. Cette question de fait se règlera nécessairement sur la base des éléments produits. Il convient d'établir que le débiteur “exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services” dans l'État en question⁷¹. Il y a cependant une question juridique, quant à savoir si le terme “non transitoire” désigne la durée de l'activité économique dont il s'agit ou le lieu où elle est exercée.

114. Le terme “établissement” a été analysé dans la jurisprudence. Dans l'affaire *Bear Stearns*⁷², l'“établissement” a été assimilé à un “centre d'activités local”. Le tribunal a considéré qu'aucun élément n'établissait l'existence d'une activité économique non transitoire aux îles Caïmanes. En appel, la cour a clairement indiqué que des activités d'audit réalisées pour préparer l'élaboration de l'acte constitutif ne constituaient ni des “opérations” ni des “activités économiques” aux

⁶⁹ Guide pour l'incorporation, par. 75.

⁷⁰ Rapport Virgos-Schmit, par. 7.1.

⁷¹ Loi type de la CNUDCI, art. 2 f).

⁷² *Bear Stearns*, p. 131; voir aussi *Lavie v Ran* (2009), p. 286 et 287; *British American Insurance*, p. 914 et 915.

fins d'un "établissement", pas plus que les enquêtes menées par les liquidateurs provisoires pour savoir si des transactions antérieures pouvaient être annulées⁷³.

115. Il se pourrait qu'il faille insister davantage sur l'expression "avec des moyens humains et des biens ou des services" dans la définition de l'"établissement". Une opération commerciale, gérée par des êtres humains et faisant intervenir des biens ou des services, paraît relever implicitement du type d'activité commerciale locale visée par la définition du terme "établissement".

116. Dans l'affaire *Yuval Ran*, la cour d'appel a examiné la question de l'établissement du point de vue d'un débiteur autonome et de ce qui pourrait suffire à constituer un établissement. Elle a pris note de la source de la définition de l'établissement dans la Loi type et de l'exigence s'appliquant dans le cas de sociétés débitrices⁷⁴. Elle a estimé que "de même que l'établissement principal d'une société pouvait correspondre à la résidence principale ou habituelle d'un débiteur autonome, il était concevable de comparer un établissement avec une résidence secondaire du débiteur, voire avec un lieu d'emploi dans le pays où l'administrateur judiciaire prétendait qu'il avait un établissement"⁷⁵. L'administrateur judiciaire a affirmé que l'existence de dettes et d'une procédure d'insolvabilité en Israël constituait un "établissement" aux fins de la reconnaissance. La cour a rejeté cet argument, concluant que l'existence d'une procédure d'insolvabilité et de dettes en Israël ne permettait pas de reconnaître la procédure israélienne en tant que procédure non principale⁷⁶.

⁷³ *Bear Stearns* (en appel), p. 339.

⁷⁴ *Bear Stearns*, p. 131.

⁷⁵ *Yuval Ran* (2010), p. 16.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 17 et 18.