



# Assemblée générale

Distr. limitée  
30 août 2010  
Français  
Original: anglais

**Commission des Nations Unies pour  
le droit commercial international**  
**Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)**  
**Trente-neuvième session**  
Vienne, 6-10 décembre 2010

## Droit de l'insolvabilité

### Interprétation et application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux

#### Note du Secrétariat

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction .....	1-4	2
I. Interprétation et application des concepts se rapportant au centre des intérêts principaux .....	5-50	3
A. Historique .....	5-7	3
B. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2 .....	8-38	3
1. Exigence d'insolvabilité du débiteur .....	8-12	3
2. Éléments de la définition du terme "procédure étrangère" .....	13-38	5
C. Interprétation uniforme et origine internationale – article 8 .....	39-42	12
D. Reconnaissance .....	43-50	13
1. Exception d'ordre public – article 6 .....	43-50	13

*(Suite dans le document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1)*



## Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions de travaux futurs dans le domaine du droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107), qui avait recommandé des thèmes de travail possibles à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un autre document (A/CN.9/709), qui avait été soumis après la session du Groupe de travail V, contenait des précisions relatives à la proposition suisse figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. À l'issue de la discussion, la Commission a approuvé la recommandation du Groupe de travail V tendant à ce que des travaux soient entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité qui étaient importants dans la mesure où une plus grande harmonisation des approches nationales sur ces thèmes permettrait de gagner en sécurité et en prévisibilité.

3. La présente note porte sur le premier thème<sup>1</sup> qui concerne la proposition des États-Unis (décrite au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1) d'élaborer des lignes directrices pour l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) en rapport avec le centre des intérêts principaux et, éventuellement, d'élaborer une loi type ou des dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant certains problèmes qui se posent dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance, d'une manière qui n'exclurait pas l'élaboration d'une convention<sup>2</sup>.

4. Tout d'abord, le Groupe de travail voudra peut-être examiner, ou tout du moins garder à l'esprit, la nécessité de déterminer la forme sous laquelle la première partie de la proposition, à savoir les lignes directrices sur certains concepts en rapport avec le centre des intérêts principaux, pourrait être présentée et la manière dont elle pourrait l'être. Il a été suggéré dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2 (par. 68 à 70) que, lors de l'examen des questions soulevées ci-dessous, le Groupe de travail explique la logique sous-tendant toute conclusion qu'il pourrait formuler et qui pourrait constituer la base d'orientations aux fins de l'interprétation de la Loi type. Une telle explication pourrait également constituer une sorte d'"historique législatif" utile pour aider les juristes ou les autorités de l'insolvabilité à comprendre la portée et la signification des différentes dispositions de la Loi type. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier les moyens d'atteindre cet objectif. En fonction du degré de détail des orientations que le Groupe de travail voudra donner, différents types de documents pourraient être élaborés, par exemple un document d'information et un commentaire ou des recommandations. Une solution pourrait être d'élaborer un document d'information qui accompagnerait le texte existant de la Loi type et du Guide pour son incorporation dans le droit interne (le Guide pour l'incorporation), tandis qu'une autre serait d'étoffer ou de réviser le Guide pour l'incorporation.

---

<sup>1</sup> Le deuxième thème (responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprises insolubles ou proches de l'insolvabilité) est examiné dans le document A/CN.9/WG.V/WP.96.

<sup>2</sup> Voir également la proposition de l'Union internationale des avocats (UIA) concernant l'élaboration éventuelle d'une convention (A/CN.9/686, par. 127 à 130).

## **I. Interprétation et application des concepts se rapportant au centre des intérêts principaux**

### **A. Historique**

5. À ce jour, la Loi type a été adoptée par 19 pays, et un certain nombre de décisions interprétant divers aspects de la Loi type ont été présentées dans le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI<sup>3</sup>.

6. Dans leur proposition, les États-Unis notent que la majorité des procédures concernant la reconnaissance engagées en vertu de lois incorporant la Loi type ne remettent pas en question le fait que, conformément à la présomption établie à l'article 16, le centre des intérêts principaux du débiteur est son siège statutaire<sup>4</sup>. Toutefois, ils notent également qu'un certain nombre de décisions de justice ont soulevé des questions qui pourraient être examinées et clarifiées, dont les suivantes: dans quelles conditions les divers éléments des définitions figurant à l'article 2 de la Loi type, en particulier de la définition du terme "procédure étrangère" à l'alinéa a), sont-ils réunis? Quelle est l'étendue de ce qui est recevable pour réfuter la présomption fondée sur l'emplacement du siège statutaire ou, dans certains pays, le lieu de constitution qui est énoncée au paragraphe 3 de l'article 16? Est-ce possible de contester la décision d'un État de se reconnaître compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité ou une autre décision analogue et quels critères peuvent être employés pour répondre à ces questions? Les États-Unis estiment que l'harmonisation de ces critères pourrait être un facteur considérable d'amélioration de la prévisibilité dans cet important domaine du droit, d'autant plus que les apports du groupe ayant procédé à la négociation de la Loi type auraient des chances d'être déterminants dans de nombreux pays.

7. La présente note examine les décisions de justice concernant l'interprétation et l'application des divers éléments des définitions énoncées à l'article 2 de la Loi type afin de mieux comprendre l'incidence des problèmes rencontrés ainsi que les domaines qui sont source d'incertitudes.

### **B. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2**

#### **1. Exigence d'insolvabilité du débiteur**

8. Tout d'abord, il convient de noter que la Loi type ne définit pas les termes "insolvabilité" et "procédure d'insolvabilité". Le Groupe de travail avait examiné la possibilité d'inclure une définition de ces termes dans la Loi type, mais avait finalement estimé que cela n'était pas nécessaire. La Loi type ayant pour principal objectif la reconnaissance des procédures étrangères, il a été convenu d'une manière

---

<sup>3</sup> Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/72, 73, 76 et 92, disponibles en ligne à l'adresse: [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case\\_law/abstracts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/abstracts.html).

<sup>4</sup> A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 7.

générale que les travaux devraient plutôt viser à définir les caractéristiques que doit présenter une procédure d'insolvabilité étrangère pour pouvoir être reconnue<sup>5</sup>.

9. Malgré l'absence de définition, il ressort des documents préparatoires<sup>6</sup> que, bien qu'il soit largement reconnu que différents pays puissent avoir des avis différents sur ce qu'il faut entendre par "procédure d'insolvabilité", l'avis général est que ces procédures impliquent certaines difficultés financières ou un débiteur insolvable. Le Guide pour l'incorporation tient compte de cet avis. Il est noté au paragraphe 51 que le terme "insolvabilité", tel qu'utilisé dans le titre de la Loi type, fait référence à divers types de procédures collectives à l'encontre des débiteurs insolubles. Le paragraphe 71 indique que l'expression "procédure d'insolvabilité" peut avoir un sens technique dans certains systèmes juridiques, mais, à l'alinéa a), elle s'applique au sens large aux sociétés connaissant de graves problèmes financiers.

10. Le Groupe de travail voudra peut-être rappeler que la définition du terme "insolvabilité" dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide législatif) est la suivante: "état d'un débiteur qui est généralement dans l'incapacité d'acquitter ses dettes à leur échéance ou situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs."<sup>7</sup> Il voudra peut-être également rappeler que le Guide législatif énonce les principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace (première partie, chap. I, par. 1 à 14 et recommandations 1 à 6), ainsi que les caractéristiques générales d'une loi sur l'insolvabilité (première partie, chap. I, par. 20 à 27 et recommandation 7). Concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les recommandations 15 et 16 du Guide législatif envisagent l'insolvabilité ou l'insolvabilité imminente telle que définie ci-dessus.

11. La Loi type reconnaît que, pour certaines raisons, une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans des circonstances précises définies par la loi et n'impliquant pas nécessairement l'insolvabilité du débiteur. Le paragraphe 195 du Guide pour l'incorporation note que, dans le pays où l'insolvabilité est une condition préalable à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'article 31 établit, après reconnaissance d'une procédure étrangère principale, une présomption réfragable d'insolvabilité du débiteur, aux fins de l'ouverture d'une procédure dans ces pays. Le paragraphe 194 indique que ces circonstances peuvent être la cessation de paiements ou l'accomplissement par le débiteur de certains actes tels qu'une décision concernant l'entreprise, la dispersion de ses biens ou l'abandon de son établissement.

12. Dans l'affaire *Betcorp*<sup>8</sup>, dont l'objet était la reconnaissance d'une procédure étrangère en vertu d'une législation incorporant la Loi type, la question de l'insolvabilité du débiteur a été soulevée. Cette procédure, dont la reconnaissance était demandée aux États-Unis, était une procédure volontaire de liquidation engagée en vertu de la législation australienne alors que le débiteur n'était pas

---

<sup>5</sup> Voir A/CN.9/422, par. 47.

<sup>6</sup> A.CN.9/WG.V/WP.44, 46 et 48 et A/CN.9/422, 433 et 435, disponibles en ligne à l'adresse: [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/5Insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/5Insolvency.html).

<sup>7</sup> Guide législatif, glossaire, alinéa aa).

<sup>8</sup> La présente note contient des renvois sous forme abrégée. Les références complètes de ces affaires figurent en annexe.

insolvable<sup>9</sup>. Le tribunal a noté que les dispositions pertinentes de la législation australienne<sup>10</sup> prévoyaient le recours à différentes procédures pour mettre fin à l'existence d'une société; que toutes ces procédures n'étaient pas soumises au contrôle d'un tribunal; et que la loi prévoyait la liquidation d'une société pour cause d'insolvabilité, mais aussi pour des motifs autres que l'insolvabilité. Le tribunal a été d'avis que l'élément de la définition énoncée à l'alinéa a) de l'article 2, "régie par une loi relative à l'insolvabilité", n'exigeait pas que la société soit insolvable ou qu'elle envisage de se prévaloir d'une disposition quelconque de la législation australienne pour obtenir l'aménagement d'une dette<sup>11</sup>.

## 2. Éléments de la définition du terme "procédure étrangère"

13. Pour être reconnue en vertu de la Loi type, une procédure étrangère doit entrer dans la définition donnée à l'alinéa a) de l'article 2 qui énonce plusieurs éléments. La procédure devrait être (italiques ajoutés):

- i) Une procédure *collective* judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans un État étranger;
- ii) Régie par une *loi relative à l'insolvabilité*;
- iii) Dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur *sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger*;
- iv) *Aux fins de redressement ou de liquidation*.

14. Le paragraphe 1 de l'article 16 crée une présomption qui renvoie à la définition des termes "procédure étrangère" et "représentant étranger" à l'article 2. Si la décision d'ouverture de la procédure étrangère et de désignation du représentant étranger indique que la procédure étrangère est une procédure au sens de l'alinéa a) de l'article 2 et que le représentant étranger est une personne ou un organe au sens de l'alinéa d) de l'article 2, le tribunal peut présumer qu'il en est ainsi.

15. Les tribunaux se sont appuyés sur cette présomption dans plusieurs affaires. Dans l'affaire *Ernst & Young*, la décision d'un tribunal canadien de nommer un administrateur judiciaire a été reconnue aux États-Unis en tant que procédure étrangère en vertu du Chapitre 15. Bien que s'étant interrogé sur la nature du règlement judiciaire canadien, le tribunal des États-Unis n'a pas pris ce point en

<sup>9</sup> Lors de sa création en 1998, la société *Betcorp* opérait seulement en Australie. Elle a ensuite étendu ses activités aux États-Unis où elle fournissait des services de jeu en ligne. Forcée de suspendre ses principales activités aux États-Unis suite à l'adoption en 2006 d'une loi interdisant les jeux d'argent en ligne (Unlawful Internet Gambling Enforcement Act), elle a mis fin à toutes ses activités peu après. À une réunion en septembre 2007, l'immense majorité des actionnaires a voté en faveur de la liquidation volontaire de la société. D'après les documents présentés, la société était solvable.

<sup>10</sup> Australian Corporations Act de 2001 (Loi australienne sur les sociétés). Bien que le chapitre 5 de la cette loi traite de l'administration externe, la procédure concernée dans l'affaire *Betcorp* a été ouverte en vertu de la section 5 du chapitre 5 qui porte sur la liquidation volontaire en application d'une décision d'une société et qui dispose que la société doit être solvable.

<sup>11</sup> *Betcorp*, p. 282, voir ci-après par. 28. Il convient de noter que la définition du terme "procédure étrangère" dans le chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (United States Bankruptcy Code), qui incorpore la Loi type aux États-Unis, contient non seulement les mots "loi relative à l'insolvabilité", mais aussi les mots "ou l'aménagement d'une dette".

considération mais s'est fondé sur le contenu de la décision du tribunal canadien désignant l'administrateur<sup>12</sup>.

16. Dans l'affaire *Innuu Canada*, le tribunal des États-Unis a également reconnu le règlement judiciaire canadien en tant que procédure étrangère. La reconnaissance s'appuyait sur le fait que le tribunal canadien qui avait nommé l'administrateur avait déclaré dans son ordonnance que celui-ci était le représentant étranger d'une procédure étrangère et l'avait expressément autorisée à demander la reconnaissance de la procédure aux États-Unis en vertu du Chapitre 15. Le tribunal des États-Unis a estimé qu'il pouvait donc appliquer la présomption énoncée au paragraphe 1 de l'article 16 de la Loi type<sup>13</sup>.

17. Les questions soulevées dans les affaires concernant l'article 2 portent parfois seulement sur un ou deux éléments. La présente note examine chacun de ces éléments séparément, même s'il convient de noter, comme l'a fait la cour d'appel anglaise dans l'affaire *Stanford International Bank*, que chacun des facteurs susmentionnés doit être examiné mais que la définition doit être considérée dans son intégralité<sup>14</sup>.

**a) Procédure collective**

18. Le Guide pour l'incorporation note que les créanciers doivent participer collectivement à la procédure étrangère, l'objet de la procédure n'étant pas d'aider un créancier en particulier à obtenir paiement<sup>15</sup>. Il note également que diverses procédures collectives pourraient être ainsi reconnues, "qu'elles soient obligatoires ou volontaires, qu'elles fassent intervenir des personnes morales ou des personnes physiques, qu'elles aient pour but la liquidation ou le redressement", ou qu'il s'agisse de procédures dans lesquelles le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même s'il est soumis à la supervision d'un tribunal (par exemple, débiteur en possession, suspension des paiements)<sup>16</sup>. Lors des délibérations du Groupe de travail, on a fait remarquer que "le caractère collectif de la procédure impliquait la représentation de la masse des créanciers"<sup>17</sup>. Le Groupe de travail voudra peut-être rappeler que le Guide législatif énonce les principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective et qu'un certain nombre de ces principes explicitent le caractère collectif de la procédure d'insolvabilité<sup>18</sup>. La question du caractère collectif de différents types de procédures a été soulevée dans plusieurs affaires en rapport avec des demandes de reconnaissance de procédures étrangères en vertu de la législation incorporant la Loi type dans différents États.

19. Dans l'affaire *Betcorp*, la procédure ouverte en vertu de la législation australienne a été reconnue aux États-Unis parce qu'elle remplissait les conditions requises pour être considéré comme une procédure "collective" au sens de la Loi type dans la mesure où elle tenait compte des droits et obligations de tous les créanciers et réalisait les actifs dans l'intérêt de tous les créanciers. Le tribunal des

---

<sup>12</sup> *Ernst & Young*, p. 776.

<sup>13</sup> Affaire *Innuu Canada Ltd*, citée dans l'affaire *Stanford international Bank*, par. 80.

<sup>14</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 23.

<sup>15</sup> Guide pour l'incorporation, par. 23.

<sup>16</sup> *Ibid.*, par. 24.

<sup>17</sup> A/CN.9/422, par. 48.

<sup>18</sup> Guide législatif, première partie, par. 3 à 13.

États-Unis a noté que cela était très différent d'une mise sous administration judiciaire ordonnée à la demande et dans l'intérêt d'un seul créancier garanti<sup>19</sup>.

20. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, le tribunal anglais saisi d'une demande de reconnaissance en vertu de la législation incorporant la Loi type en Angleterre a estimé que la mise sous administration judiciaire ordonnée par le tribunal des États-Unis n'était pas une procédure collective régie par une loi sur l'insolvabilité. Il a fondé sa décision sur le fait que la mise sous administration judiciaire avait été ordonnée après l'intervention de l'United Securities Exchange Commission (SEC) afin de mettre un terme à une fraude massive<sup>20</sup>. Il a estimé que l'objet de la décision était d'éviter un préjudice aux investisseurs et non de redresser le débiteur ou de réaliser les actifs dans l'intérêt de tous les créanciers. Cet avis a été maintenu en appel, essentiellement pour les motifs énoncés en première instance.

21. Dans l'affaire *Gold & Honey*, le tribunal des États-Unis a refusé de reconnaître une procédure israélienne de mise sous administration judiciaire, estimant qu'il ne s'agissait pas d'une procédure d'insolvabilité ni d'une procédure collective du fait que les administrateurs judiciaires n'étaient pas tenus de prendre en considération les droits et obligations de tous les créanciers. Le tribunal a fait remarquer que cette procédure s'apparentait plus à une action en revendication par un créancier particulier qu'à un redressement ou à une liquidation engagés par un fiduciaire indépendant à la demande d'un débiteur pour rembourser tous les créanciers sous le contrôle d'un tribunal en vue d'assurer un traitement équitable<sup>21</sup>.

22. Dans l'affaire *British American Insurance*, le tribunal est parvenu aux mêmes conclusions que dans les affaires *Betcorp* et *Gold & Honey* en ce qui concerne la signification du terme "procédure collective". Il a ajouté qu'il fallait entendre par "procédure collective" non seulement l'examen et le traitement possible des divers types de créances mais aussi la participation éventuelle des créanciers à une procédure étrangère. La notification des créanciers, y compris des créanciers chirographaires, peut jouer un rôle dans cette analyse. Pour déterminer si une procédure étrangère est bien collective comme cela est exigé, il convient d'examiner à la fois la loi qui la régit et ses attributs tels qu'ils sont définis par exemple dans les décisions du tribunal étranger chargé de la surveiller<sup>22</sup>.

23. Dans l'affaire *Rubin c. Eurofinance*, la cour d'appel a noté qu'il ne faisait aucun doute que la procédure était collective, mais a fait observer qu'elle l'était parce qu'elle visait à rassembler et distribuer les actifs du débiteur<sup>23</sup>. Elle a mentionné une autre affaire dans laquelle on avait fait remarquer que l'insolvabilité, tant des particuliers que des sociétés, était une procédure collective qui visait à faire respecter des droits et non à en créer<sup>24</sup>. Elle a estimé que les procédures de faillite prévoyaient divers mécanismes [concernant en l'espèce le régime d'exécution collective des procédures d'insolvabilité] qui permettaient au représentant de

<sup>19</sup> *Betcorp*, p. 281.

<sup>20</sup> *Stanford International Bank*, par. 73.

<sup>21</sup> *Gold & Honey*, p. 370.

<sup>22</sup> *British American Insurance*, p. 902.

<sup>23</sup> *Rubin c. Eurofinance* (en appel), par. 41.

<sup>24</sup> *Cambridge Gas Transportation Corporation c. Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings Plc* [2006] UKPC 26, [2007] 1 A.C. 508, Lord Hoffman, par. 15.

l'insolvabilité d'engager des actions contre des tiers dans l'intérêt collectif de tous les créanciers. Ces mécanismes sont inhérents au caractère collectif de la faillite et ne sont pas de simples éléments de procédure accessoires<sup>25</sup>.

**b) Régie par une loi relative à l'insolvabilité**

24. Les documents préparatoires précisent que cette formule a été retenue pour indiquer que la liquidation et le redressement pouvaient être réalisés en application d'une loi autre que, à strictement parler, la loi sur l'insolvabilité (droit des sociétés par exemple)<sup>26</sup>. Elle a été retenue par le Groupe de travail, qui l'a jugée "suffisamment large pour englober toutes les dispositions concernant l'insolvabilité, quel que soit le type de texte où elles étaient énoncées"<sup>27</sup>.

25. La question de savoir ce qui constitue "une loi relative à l'insolvabilité" a été examinée par plusieurs tribunaux, notamment pour déterminer si une procédure de mise sous administration judiciaire constituait une procédure étrangère qui pouvait être reconnue.

26. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, le tribunal anglais a estimé que la procédure engagée par la Securities and Exchange Commission ("SEC") aux États-Unis ne constituait pas une procédure étrangère car, entre autres, elle ne se fondait pas sur une loi relative à l'insolvabilité<sup>28</sup>. Il a dit que la cause profonde de l'instance qui avait conduit à la décision de mise sous administration judiciaire n'était aucunement liée à l'insolvabilité et que la plainte de la SEC ne comportait aucune allégation d'insolvabilité<sup>29</sup>. Il a en outre déclaré que le fait que certaines mises sous administration judiciaire puissent être considérées, à certaines fins, comme des "procédures d'insolvabilité" ou traitées comme des substituts acceptables de l'insolvabilité ne signifiait pas qu'elles remplissaient les conditions requises pour être considérées comme des procédures étrangères au sens de la Loi type<sup>30</sup>. Il a estimé que les règles générales de la *common law* et les principes d'équité régissant la nomination d'un administrateur judiciaire et le redressement judiciaire ne constituaient pas une loi relative à l'insolvabilité, car ils s'appliquaient à de nombreuses situations différentes, qui n'avaient souvent aucun lien avec l'insolvabilité<sup>31</sup>.

27. En appel, le président du tribunal a examiné plus avant la nature d'une "loi relative à l'insolvabilité" et conclu que celle-ci ne devait pas nécessairement être de nature législative (c'est-à-dire qu'elle pouvait inclure la *common law*) ni être relative exclusivement à l'insolvabilité. Le tribunal a estimé qu'il fallait d'abord déterminer la loi en application de laquelle la procédure concernée avait été engagée, puis vérifier si cette loi était liée à l'insolvabilité et si les autres conditions visées dans la définition de l'article 2 pouvaient être considérées comme remplies<sup>32</sup>.

---

<sup>25</sup> *Rubin c. Eurofinance* (en appel), par. 61.

<sup>26</sup> A/CN.9/WG.V/WP.44, notes relatives à l'article 2 c), par. 2.

<sup>27</sup> A/CN.9/422, par. 49.

<sup>28</sup> *Stanford International Bank*, par. 84.

<sup>29</sup> *Id.*, par. 84 iii).

<sup>30</sup> *Id.*, par. 84 viii).

<sup>31</sup> *Id.*, par. 84 ix).

<sup>32</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 24.

28. Le président a largement souscrit au raisonnement de l'instance inférieure et a ajouté que le fait qu'un tribunal puisse ultérieurement prendre des décisions donnant effet à un processus pouvant être reconnu comme une procédure d'insolvabilité était sans importance tant qu'il ne l'avait pas fait. Les principes de *common law* ou d'équité n'étaient pas liés à l'insolvabilité tant qu'ils n'étaient pas invoqués à cette fin<sup>33</sup>.

29. Dans l'affaire *Betcorp*, le tribunal des États-Unis a noté que cet élément de la définition n'exigeait pas que la société soit insolvable ou envisage de se prévaloir d'une disposition quelconque de la loi australienne pour aménager sa dette. Pour parvenir à la conclusion selon laquelle la procédure australienne satisfaisait à cette partie de la définition, le juge a invoqué l'exhaustivité de la loi australienne sur les sociétés (en vertu de laquelle la procédure volontaire de liquidation avait été ouverte) et un mémoire du Gouvernement australien expliquant pourquoi la loi sur les sociétés satisfaisait aux critères de la Loi type. Pour ce qui est du premier point, le tribunal a noté que cette loi réglementait l'intégralité du cycle de vie d'une société australienne et que le chapitre 5, qui contenait les dispositions relatives à la liquidation volontaire, régissait l'insolvabilité des sociétés. S'agissant du deuxième point, il a, à propos du mémoire explicatif qui accompagnait le texte incorporant la Loi type en Australie, noté que les tribunaux australiens pouvaient utiliser ce type de mémoire pour interpréter les lois adoptées par le Parlement. Ce mémoire mentionnait aussi bien les parties du chapitre 5 de la loi sur les sociétés qui seraient couvertes par la Loi type, que celles qui en seraient exclues; comme la partie qui traitait des liquidations volontaires n'était pas expressément exclue, le tribunal a conclu que celles-ci seraient couvertes par la Loi type<sup>34</sup>.

**c) Contrôle ou surveillance des biens et affaires du débiteur par un tribunal étranger**

30. Le Guide pour l'incorporation indique que les procédures étrangères incluent des procédures dans lesquelles le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même s'il est soumis à la supervision d'un tribunal<sup>35</sup>, mais il ne précise pas le degré de contrôle ou de surveillance requis pour satisfaire la définition, ni le moment où cette surveillance ou ce contrôle doivent commencer. D'après les documents préparatoires, cette formulation a été adoptée pour souligner la nature

<sup>33</sup> Id., par. 26.

<sup>34</sup> *Betcorp*, p. 281 et 282. Le mémoire explicatif citait également la dernière phrase du paragraphe 71 du Guide pour l'incorporation, qui mentionne les "sociétés connaissant de graves problèmes financiers" (chap. 2, par. 12 du mémoire) – voir plus haut, par. 9. Ce mémoire peut être consulté à l'adresse [http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Bills1.nsf/0/0C4BA8C26A7BE888CA2573EF00117EAC/\\$file/13020811.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Bills1.nsf/0/0C4BA8C26A7BE888CA2573EF00117EAC/$file/13020811.pdf). Un document de travail établi en vue de l'adoption de la Loi type en Australie adoptait une position différente, puisqu'il notait que, dans le contexte du droit australien des sociétés, la portée de la Loi type s'étendrait aux liquidations causées par l'insolvabilité, aux reconstitutions et aux 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 aux mises sous administration judiciaire impliquant la nomination privée d'un contrôleur. Elle ne s'étendrait pas non plus à la liquidation volontaire d'un membre ni à sa liquidation par un tribunal pour des motifs justes et équitables, car ce genre de procédure n'était pas nécessairement lié à l'insolvabilité. CLERP 8 (2002), p. 23, disponible à l'adresse <http://www.treasury.gov.au/documents/448/PDF/CLERP8.pdf>.

<sup>35</sup> Guide pour l'incorporation, par. 24.

officielle de l'exigence de contrôle ou de surveillance et préciser que "les accords privés d'aménagement financier qui pouvaient être passés par les parties hors de toute procédure judiciaire ou administrative [et qui] pouvaient prendre toute une série de formes"<sup>36</sup> ne se prêtaient pas à une inclusion dans une règle générale sur la reconnaissance. Certains aspects de cette exigence ont été examinés dans le cadre de plusieurs affaires.

31. Dans l'affaire *Gold & Honey*, le tribunal a été d'avis que tant les biens que les affaires devaient être soumis au contrôle ou à la surveillance des tribunaux. Il a estimé que les administrateurs judiciaires avaient prouvé que tous les biens du débiteur situés en Israël étaient placés sous le contrôle du tribunal israélien dans le cadre de la procédure d'administration judiciaire, mais qu'il n'y avait pas de preuve qu'ils avaient reçu pouvoir pour ce qui était des affaires commerciales du débiteur. En outre, le prêteur (qui avait demandé la nomination d'un administrateur judiciaire) a reconnu dans sa plaidoirie que les administrateurs judiciaires n'avaient pas été chargés des affaires commerciales de l'une des entités débitrices<sup>37</sup>.

32. Dans l'affaire *Betcorp*, le tribunal des États-Unis a estimé que l'exigence d'un contrôle ou d'une surveillance exercé par un tribunal étranger était satisfaite par le contrôle administratif ou judiciaire des liquidateurs chargés d'administrer la procédure collective au nom de tous les créanciers. L'autorité chargée de la surveillance générale des liquidateurs dans l'exercice de leurs fonctions pouvait exiger que ceux-ci obtiennent une autorisation avant de prendre certaines mesures et pouvait suspendre ou révoquer la qualité de liquidateur de chacun. Sur cette base, il a été estimé qu'elle constituait une autorité compétente pour contrôler ou superviser une procédure étrangère aux fins de la définition d'une "procédure étrangère"<sup>38</sup>. Il a été fait référence à l'affaire *Tradex Swiss*, dans laquelle la Commission fédérale des banques suisse avait été considérée comme un tribunal étranger en vertu du chapitre 15, car elle contrôlait et supervisait la liquidation de courtiers en valeurs mobilières, tels que le débiteur. Dans l'affaire *Betcorp*, le tribunal a estimé que la procédure de liquidation était aussi soumise à la surveillance des tribunaux, car le liquidateur ou un créancier quelconque pouvait demander au tribunal de statuer sur toute question concernant la liquidation, et le tribunal pouvait prendre toute mesure qu'il jugeait appropriée en relation avec les actes d'un liquidateur. L'exigence du contrôle ou de la surveillance exercé par un tribunal étranger pouvait aussi être satisfaite sur cette base<sup>39</sup>.

33. Dans l'affaire *Multicanal*, qui n'a pas été tranchée selon la Loi type mais qui impliquait la reconnaissance d'une procédure argentine aux États-Unis, le tribunal américain a examiné la participation du tribunal argentin à un accord de restructuration de la dette. L'argument principal était que la surveillance de la procédure par le tribunal ne répondait pas aux conditions requises pour être reconnue car elle n'avait été introduite qu'une fois la procédure d'appel à voter terminée et le tribunal n'était autorisé à examiner que certains aspects limités de la procédure, tels que la question de savoir si l'état de l'actif et du passif du débiteur était exact et si les majorités réglementaires avaient été obtenues lors de la

---

<sup>36</sup> A/CN.9/419, par. 29.

<sup>37</sup> *Gold & Honey*, p. 371.

<sup>38</sup> *Betcorp*, p. 284.

<sup>39</sup> Id.

procédure de vote. Après avoir analysé en détail la procédure argentine, le tribunal a conclu qu'elle présentait de nombreux points communs avec une procédure américaine analogue, y compris pour ce qui était de la surveillance judiciaire, et constituait le type de procédure qui pouvait être reconnu conformément à la législation américaine<sup>40</sup>.

34. Une autre question qui se pose en relation avec cet élément de la définition et avec la définition du "représentant étranger" est celle de savoir si l'entité administrée par un représentant étranger est un "débiteur" aux fins de la loi nationale qui sera appliquée par le tribunal concerné, ce terme n'étant pas défini dans la Loi type.

35. Une question de ce type s'est posée dans l'affaire *Rubin c. Eurofinance*. Le tribunal des États-Unis 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 (business trust) était reconnue en tant qu'entité juridique par la loi américaine. Lorsqu'une demande de reconnaissance a été soumise au tribunal anglais, on a fait valoir que, comme la loi anglaise ne considérait pas une telle fiducie comme une entité juridique, celle-ci ne constituait pas un "débiteur" aux fins de la reconnaissance selon la législation incorporant la Loi type. Le juge a rejeté cet argument au motif que, compte tenu des origines internationales de la Loi type, il serait pernicieux de donner une interprétation locale au terme "débiteur"<sup>41</sup>.

#### d) Aux fins de redressement ou de liquidation

36. Cette question a été examinée dans le cadre d'affaires impliquant la nomination d'administrateurs judiciaires, en relation avec l'objectif de la procédure étrangère et le point de savoir si les pouvoirs accordés aux administrateurs étaient adaptés à la conduite d'une liquidation ou d'un redressement.

37. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, l'instance inférieure a estimé que, pour déterminer si la mise sous administration judiciaire américaine constituait une procédure étrangère conformément à l'article 2, il était important d'examiner les pouvoirs effectivement conférés et les devoirs effectivement imposés à l'administrateur par l'ordonnance du tribunal américain. Citant comme exemple l'affaire *Gold & Honey*, le tribunal a déclaré que le label "administration judiciaire étrangère" n'était pas vraiment déterminant pour les questions de reconnaissance. Il a conclu que l'objectif déclaré de l'ordonnance était d'empêcher la dispersion et le gaspillage, et non de liquider ou de restructurer le patrimoine des débiteurs; que le préjudice que le tribunal voulait éviter était celui pouvant être subi par les investisseurs; que les pouvoirs conférés et les devoirs imposés à l'administrateur judiciaire visaient à réunir et à préserver les biens, et non à les liquider ou à les distribuer; et que, selon l'ordonnance, l'administrateur n'était pas habilité à distribuer les biens des défendeurs<sup>42</sup>. Ce faisceau d'éléments a amené le tribunal à conclure que la procédure ne constituait pas une procédure étrangère. En appel, le président du tribunal a estimé, comme il est noté plus haut, qu'à l'étape à laquelle la demande avait été examinée, la procédure engagée par la SEC ne visait pas la

<sup>40</sup> *Multicanal*, p. 509.

<sup>41</sup> *Rubin c. Eurofinance*, par. 39 et 40; confirmé en appel.

<sup>42</sup> *Stanford International Bank*, par. 84.

liquidation ou le redressement, mais la protection des investisseurs et des biens du débiteur. Le fait qu'un tribunal américain puisse ultérieurement prendre des décisions donnant effet à un processus pouvant être reconnu comme une procédure d'insolvabilité était sans importance tant qu'il ne l'avait pas fait<sup>43</sup>.

**e) Questions à examiner**

38. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions suivantes soulevées par les affaires susmentionnées en relation avec la définition d'une "procédure étrangère":

a) Question de savoir si une procédure étrangère doit satisfaire tous les éléments de la définition pour pouvoir être reconnue;

b) Question de savoir s'il faut établir des critères permettant de déterminer ce qui constitue une procédure collective, dans quelle mesure le Guide législatif pourrait être utile à cet effet et si des procédures non collectives devraient pouvoir être reconnues;

c) Question de savoir si l'insolvabilité ou les difficultés financières sont un élément de la définition de la "procédure étrangère" et sont par conséquent requises pour la reconnaissance;

d) Degré de contrôle ou de surveillance des biens et affaires du débiteur que doit exercer un tribunal étranger pour que les critères de la définition soient satisfaits;

e) Le moment à partir duquel la procédure devrait avoir pour objet la liquidation ou le redressement: lorsque la reconnaissance est demandée ou à un moment ultérieur s'il est possible que des pouvoirs additionnels soient octroyés; et

f) Question de savoir s'il est nécessaire de définir le terme "débiteur" aux fins de la Loi type.

## **C. Interprétation uniforme et origine internationale – article 8**

**a) Signification de l'article 8**

39. L'article 8 de la Loi type prévoit que, pour l'interprétation de la Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Le Guide pour son incorporation note qu'une disposition analogue à celle qui figure à l'article 8 existe dans un certain nombre de traités de droit privé, notamment ceux des Nations Unies, et dans des lois types, notamment celles de la CNUDCI<sup>44</sup>. L'importance de l'article 8 pour l'interprétation est relevée dans les décisions d'un certain nombre de tribunaux.

40. Dans l'affaire *Bear Stearns*, par exemple, le tribunal a noté que le chapitre 15 demandait également aux tribunaux de s'inspirer de l'application de lois similaires dans des pays étrangers. "Pour interpréter le présent chapitre, le tribunal tient compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir une

---

<sup>43</sup> *Stanford International Bank* (en appel), par. 26.

<sup>44</sup> Guide pour l'incorporation, par. 91.

application du chapitre correspondant à celle de lois similaires adoptées par des pays étrangers.”<sup>45</sup> Dans l’affaire *Stanford International Bank*, la cour d’appel a noté que, pour l’interprétation du texte incorporant la Loi type, il fallait se référer aux documents du groupe de travail de l’ONU qui avait élaboré cette loi et au Guide pour son incorporation qui avait été établi en réponse à la demande formulée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en mai 1997<sup>46</sup>. Dans l’affaire *Rubin c. Eurofinance*, la cour d’appel a estimé que, compte tenu des similitudes frappantes qui existaient à certains égards entre les législations anglaise et américaine, une interprétation harmonisée se justifiait<sup>47</sup>.

41. Dans l’affaire *Betcorp*, le tribunal des États-Unis a indiqué que, selon la section 1508 du chapitre 15, pour l’interprétation de formules telles que “centre des intérêts principaux”, le tribunal devait examiner comment celles-ci avaient été interprétées dans d’autres pays qui avaient adopté des lois similaires, c’est-à-dire qu’il ne devait pas seulement examiner des affaires nationales, mais aussi des affaires tranchées par les tribunaux d’autres pays. Il ressort de l’histoire législative des États-Unis que ces sources non seulement sont convaincantes, mais en plus font progresser l’objectif clef de l’uniformité d’interprétation<sup>48</sup>. Comme il est noté plus haut (par. 28), le tribunal a tenu compte non seulement d’affaires tranchées par d’autres tribunaux, mais aussi de divers documents de référence et documents explicatifs relatifs au droit d’autres pays.

#### **b) Questions à examiner**

42. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s’il faut donner des indications plus précises sur les sources à utiliser pour faciliter l’interprétation de la Loi type en application de l’article 8.

### **D. Reconnaissance**

#### **1. Exception d’ordre public – article 6**

##### **a) Interprétation de l’article 6**

43. L’article 6 de la Loi type prévoit une exception à la reconnaissance d’une procédure étrangère lorsque cette reconnaissance serait “manifestement contraire à l’ordre public” de l’État concerné. Le Guide pour l’incorporation indique que, en général, cette exception devrait être interprétée de manière restrictive et qu’elle ne devrait être invoquée que dans des circonstances exceptionnelles pour des questions d’une importance fondamentale pour l’État adoptant<sup>49</sup>. Les discussions tenues à la trentième session de la Commission ont confirmé que cet article ne devait se rapporter qu’aux principes fondamentaux du droit, en particulier aux garanties constitutionnelles et aux droits individuels, et devait être utilisé uniquement pour refuser, par exemple, d’appliquer une loi étrangère, lorsque cela irait à l’encontre de

<sup>45</sup> *Bear Stearns*, p. 10.

<sup>46</sup> *Stanford International Bank* (en appel), jugement du Chancelier, par. 4; voir aussi *Rubin c. Eurofinance*, par. 40.

<sup>47</sup> *Rubin c. Eurofinance* (en appel), par. 60.

<sup>48</sup> *Betcorp*, p. 289.

<sup>49</sup> Guide pour l’incorporation, par. 86 à 89.

ces principes fondamentaux. Il a été noté, par exemple, que si les tribunaux appliquaient leur notion “nationale” d’ordre public à la reconnaissance de décisions judiciaires étrangères, “très rares seraient celles qui auraient des chances d’être reconnues puisque la plupart des procédures étrangères s’écarteraient, d’une façon ou d’une autre, des procédures qui étaient régies dans le droit interne par des règles impératives.”<sup>50</sup> Le mot “manifestement” avait été utilisé pour éviter des situations où une coopération en vertu de la Loi type serait entravée par le fait que la démarche ou la mesure particulières seraient considérées comme contraires à un simple détail de caractère impératif<sup>51</sup>.

44. Dans l’affaire *Ephedra*, qui impliquait la reconnaissance d’une procédure canadienne aux États-Unis, l’incapacité d’avoir un procès avec jury pour certaines questions qui devaient être résolues dans la procédure canadienne, dans des circonstances où il existait, aux États-Unis, un droit constitutionnel à un tel procès, a été jugée comme n’étant pas manifestement contraire à l’ordre public des États-Unis. Le tribunal a jugé que l’exception devait être interprétée de manière restrictive et se limiter aux principes les plus fondamentaux des États-Unis<sup>52</sup>.

45. Dans l’affaire *Ernst & Young*, les parties qui contestaient la reconnaissance de la mise sous administration judiciaire canadienne aux États-Unis ont avancé deux arguments liés à l’exception d’ordre public. Premièrement, elles soutenaient que les investisseurs du Colorado (ou, de manière plus générale, les investisseurs américains) recevraient probablement un montant moins élevé dans la procédure canadienne, qui comprendrait des créanciers canadiens et israéliens, que celui qu’ils recevraient du tribunal du Colorado ou du tribunal fédéral. Le tribunal n’a pas été convaincu par cet argument, car il estimait que tous les investisseurs lésés devaient se répartir les biens réunis dans le cadre de la procédure d’administration judiciaire, indépendamment de leur nationalité ou du lieu où ils se trouvaient<sup>53</sup>.

46. Deuxièmement, les parties contestant la reconnaissance soutenaient que les coûts associés à la procédure canadienne épuiserait les biens des débiteurs à tel point que les montants distribués aux investisseurs lésés seraient minimes. Toutefois, ces parties n’ont fourni aucune preuve à l’appui de cette allégation, mais ont seulement indiqué que l’administrateur judiciaire était une société internationale. Le tribunal américain a estimé que la liquidation avait effectivement un coût, que la procédure soit locale ou étrangère. Par conséquent, il n’a trouvé aucun élément permettant de conclure que la procédure produirait un résultat tellement différent qu’elle serait “manifestement contraire” à l’ordre public des États-Unis.

47. Dans l’affaire *Gold & Honey*, un tribunal américain a refusé de reconnaître une procédure israélienne pour des motifs d’ordre public. Alors qu’une procédure avait déjà été ouverte aux États-Unis au titre du chapitre 11 et que la suspension automatique des poursuites avait pris effet, une décision de mise sous administration judiciaire a été prise en Israël à l’encontre de la même société débitrice. Le juge américain a refusé de reconnaître la procédure israélienne au motif qu’une telle reconnaissance récompenserait et légitimerait la violation de la suspension

---

<sup>50</sup> A/52/17, par. 171.

<sup>51</sup> Id., par. 172.

<sup>52</sup> *Ephedra*, p. 336 et 337.

<sup>53</sup> *Ernst & Young*, p. 781.

automatique et des décisions ultérieures du tribunal américain concernant cette suspension<sup>54</sup>. Estimant que cette reconnaissance entraverait sérieusement la capacité du tribunal américain de concrétiser deux des principes et objectifs fondamentaux de la suspension automatique – à savoir empêcher un créancier d’obtenir un avantage par rapport aux autres et permettre la distribution efficace et ordonnée des biens du débiteur à tous les créanciers, en fonction de leur priorité respective<sup>55</sup> – le juge a décidé que les critères requis pour invoquer une exception d’ordre public étaient remplis.

48. Dans l’affaire *Metcalfe and Mansfield*, le représentant étranger canadien demandait, en plus de la reconnaissance, que certaines décisions canadiennes soient exécutées aux États-Unis, conformément à la loi applicable à l’exécution des jugements étrangers, aux principes de courtoisie internationale et aux dispositions relatives à l’ordre public du chapitre 15. Aucune objection n’a été faite à la reconnaissance de la procédure canadienne. Le tribunal, citant l’affaire *Bear Stearns*, a noté que la reconnaissance dépendait des critères objectifs de l’équivalent américain de l’article 17 de la Loi type, mais que les mesures postérieures à l’ouverture étaient largement discrétionnaires et dépendaient de facteurs subjectifs qui intégraient des principes de courtoisie. Le tribunal a jugé que les mesures octroyées dans la procédure étrangère et les mesures qui pouvaient l’être dans une procédure américaine n’étaient pas nécessairement identiques. Pour lui, l’élément crucial était la question de savoir si les procédures suivies au Canada respectaient les normes fondamentales d’équité des États-Unis. Le tribunal a conclu que la disposition du chapitre 15 correspondant à l’article 6 n’interdisait pas de déférer aux décisions canadiennes dans cette affaire<sup>56</sup>.

49. Une question qui a suscité un certain intérêt était celle de savoir si l’exception d’ordre public pouvait être invoquée, par exemple, pour s’opposer à la pratique consistant à rechercher le for le plus avantageux, qui permettait au débiteur d’améliorer sa position au détriment des créanciers, ou à un comportement contraire à la loi de l’État reconnaissant la procédure. Dans une affaire qui n’a pas été tranchée en vertu de la Loi type, mais qui est liée à l’affaire *Stanford International Bank*, un tribunal canadien a jugé que le comportement des liquidateurs d’Antigua, qui demandaient la reconnaissance au Canada, était contraire à la loi canadienne. Cela les privait de leur qualité pour agir et présenter leur demande de reconnaissance de la procédure antiguaise au Canada<sup>57</sup>.

#### **b) Questions à examiner**

50. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions suivantes en relation avec l’application et l’interprétation de l’exception d’ordre public prévue à l’article 6:

a) Question de savoir s’il pourrait être utile, pour l’application et l’interprétation de cet article, de préciser les circonstances dans lesquelles

<sup>54</sup> *Gold & Honey*, p. 371.

<sup>55</sup> *Id.*, p. 372.

<sup>56</sup> *Metcalfe and Mansfield*, p. 697 et 698.

<sup>57</sup> Faillite de la *Stanford International Bank*, 11 septembre 2009, Cour supérieure du district de Montréal, Québec, décision relative à la demande des liquidateurs, par. 59.

l'exception pourrait être retenue par un tribunal appelé à se prononcer sur des questions de reconnaissance en vertu de la Loi type; et

b) Question de savoir si, dans les cas où une partie qui demande des mesures en vertu de la Loi type a violé les lois ou les procédures applicables dans le pays concerné, cette violation devrait permettre d'invoquer l'exception d'ordre public pour refuser la reconnaissance.

---