

**Assemblée générale**

Distr. limitée
1^{er} septembre 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**Aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale**

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

2. Le texte ci-après, qui expose le point de vue du juge sur la Loi type, a été élaboré, conformément à cette décision, en consultation avec des juges et des experts de l'insolvabilité. L'introduction explique le but du texte et la façon dont les informations qu'il contient ont été structurées.

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



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

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-7	3
A. Objet et portée	1-4	3
B. Glossaire	5-7	3
1. Termes et explications	5	3
2. Références	6-7	4
I. Contexte	8-28	5
A. Portée et application de la Loi type	8-15	5
B. Le point de vue du juge	16-24	7
C. Objet de la Loi type de la CNUDCI	25-28	9
II. Interprétation et application de la Loi type	29-55	11
A. Le principe d'“accès”	29-37	11
B. Le principe de “reconnaissance”	38-55	13
1. Observations liminaires	38-39	13
2. Règles de preuve	40	13
3. Pouvoir de reconnaissance d'une procédure étrangère	41-45	14
4. Réciprocité	46	15
5. L'exception fondée sur l'“ordre public”	47-51	15
6. Procédures étrangères “principale” et “non principale”	52	16
7. Réexamen ou annulation de la reconnaissance	53-55	16

(Suite dans le document A/CN.9/WG.V/WP.97/Add.1)

Introduction

A. Objet et portée

1. Le texte ci-après analyse la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale du point de vue du juge. Comme certains des États qui ont introduit la Loi type dans leur droit interne l'ont modifiée de manière à l'adapter aux circonstances locales, il se peut que des approches différentes s'imposent si le juge parvient à la conclusion que la modification ou l'omission de tel ou tel article du texte, tel que promulgué, l'exige. Le présent texte est fondé sur la Loi type telle qu'approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 1997 et ne mentionne pas, pas plus qu'il n'exprime de vues à ce sujet, les modifications que certains États y ont apportées.

2. Bien que le texte renvoie à des décisions rendues dans différents pays, celles-ci ne sont pas commentées, sauf à mettre en relief tel ou tel point qu'un autre juge voudra peut-être prendre en considération s'il est saisi d'une affaire semblable. On n'a pas essayé non plus de faire référence à toutes les décisions pertinentes qui affectent les questions d'interprétation soulevées par la Loi type, l'intention étant plutôt de mentionner la jurisprudence exclusivement pour illustrer les raisonnements qui peuvent être suivis pour régler des questions spécifiques. Dans chaque cas, le juge devra statuer sur l'affaire dont il est saisi sur la base du droit interne et notamment des dispositions de la loi d'incorporation de la Loi type.

3. Le texte n'entend aucunement dire au juge comment il doit donner suite aux demandes de reconnaissance et aux demandes d'assistance présentées en vertu de la législation incorporant la Loi type dans le droit interne. Par principe, une telle approche irait à l'encontre des principes de l'indépendance judiciaire. En outre, du point de vue pratique, il n'est ni possible, ni souhaitable, de suivre une seule et même approche. Une approche souple revêt une importance primordiale dans un domaine où la dynamique économique d'une situation peut soudainement changer du tout au tout. Tout ce que l'on puisse faire, c'est offrir des indications générales sur les questions que le juge voudra peut-être prendre en considération à la lumière des intentions des rédacteurs de la Loi type et de l'expérience acquise par ceux qui y ont eu recours dans la pratique.

4. Le texte est délibérément structuré pour refléter l'ordre dans lequel, conformément à la Loi type, le tribunal de renvoi sera généralement appelé à prendre ses décisions, plutôt qu'un examen article par article.

B. Glossaire

1. Termes et explications

5. Les paragraphes ci-après expliquent le sens et l'emploi de certaines expressions qui reviennent fréquemment dans le présent document. Nombre de ces expressions se retrouvent dans la Loi type de la CNUDCI, le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale. Ces expressions sont utilisées ici de la même façon que dans les textes en question.

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

b) "Accord international": Accord verbal ou écrit visant à faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité internationale et la coopération entre les tribunaux, entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité et entre les représentants de l'insolvabilité, parfois aussi avec l'intervention d'autres parties intéressées;

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

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

e) "Juge": Magistrat ou autre personne habilitée à exercer les pouvoirs d'un tribunal ou autre autorité ayant compétence en vertu de la législation promulguée sur la base de la Loi type;

f) "Tribunal de renvoi": Tribunal de l'État adoptant auquel est présentée une demande de reconnaissance ou un recours.

2. Références

a) Jurisprudence

6. Le texte, et en particulier les notes de bas de page, contiennent des références à des affaires spécifiques qui, d'une manière générale, sont citées dans l'annexe, de sorte que le texte ne contient que des références abrégées; par exemple *Bear Stearns* désigne l'affaire *Re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd* (in provisional liquidation). Les références aux numéros de page ou de paragraphe visent les parties pertinentes de la version de la décision citée dans l'annexe.

b) Textes

7. Le texte contient également des références à plusieurs textes relatifs à l'insolvabilité internationale, dont les suivants:

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

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

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

d) "Guide pratique de la CNUDCI": Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (2009);

e) "Règlement CE": Règlement (CE) No. 1346/2000 du Conseil européen du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité;

f) “Convention européenne”: Convention de l’Union européenne relative aux procédures d’insolvabilité;

g) “Rapport Virgos Schmit”: M. Virgos et E. Schmit, Rapport sur la Convention relative aux procédures d’insolvabilité, Bruxelles, 3 mai 1996.

I. Contexte

A. Portée et application de la Loi type

8. En décembre 1997, l’Assemblée générale des Nations Unies a approuvé la Loi type sur l’insolvabilité internationale élaborée et adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

9. La Loi type n’a pas pour objet de réglementer les questions de fond relevant du droit interne de l’insolvabilité, mais simplement de proposer des mécanismes de procédure de nature à faciliter le règlement des affaires dans lesquelles un débiteur insolvable a des avoirs ou des dettes dans plus d’un État. Au [...], États avaient promulgué des lois fondées sur la Loi type².

10. La Loi type est censée s’appliquer³:

a) Lorsqu’une assistance est demandée dans l’État adoptant par un tribunal étranger ou un représentant étranger en ce qui concerne une procédure étrangère;

b) Lorsqu’une assistance est demandée dans un État étranger en ce qui concerne une procédure spécifique ouverte en vertu de la législation dudit État;

c) Lorsqu’une procédure étrangère et une procédure ouverte en vertu de la législation de l’État adoptant concernant le même débiteur ont lieu concurremment;

d) Lorsque les créanciers ou d’autres parties intéressées demandent l’ouverture d’une procédure ou demandent à participer à ladite procédure en vertu de la législation de l’État adoptant.

La Loi type suppose qu’un représentant (le représentant étranger) aura été désigné pour administrer les avoirs du débiteur insolvable dans un ou plusieurs États ou agir en qualité de représentant de la procédure étrangère lorsqu’une demande est présentée en vertu de la Loi type⁴.

11. Aux termes de la Loi type, l’État adoptant doit indiquer le tribunal ou autre autorité compétente habilités à connaître des questions qui en découlent⁵. Comme certains États désigneront des organes administratifs plutôt que des tribunaux, la définition du “tribunal étranger” englobe non seulement les autorités judiciaires

² Afrique du Sud (2000), Australie (2008), Canada (2009), Colombie (2006), Érythrée (1998), États-Unis d’Amérique (2005), Grande-Bretagne (2006), îles Vierges britanniques et territoires d’outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord (2003), Japon (2000), Maurice (2009), Mexique (2000), Monténégro (2002), Nouvelle-Zélande (2006), Pologne (2003), République de Corée (2006), Roumanie (2003), Serbie (2004) et Slovaquie (2007).

³ Loi type de la CNUDCI, art. 1, par. 1).

⁴ Voir également Loi type de la CNUDCI, art. 5, concernant la compétence de l’État adoptant de spécifier les représentants autorisés à agir devant un tribunal étranger.

⁵ Ibid., art. 4.

mais aussi les autres autorités compétentes pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère⁶.

12. La Loi type prévoit qu'elle peut ne pas être applicable à des entités déterminées, telles que des banques ou des compagnies d'assurance, dont la faillite pourrait créer des risques systémiques dans l'État adoptant⁷.

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

a) *Le principe d'“accès”*: Ce principe établit les circonstances dans lesquelles un “représentant étranger”⁸ a le droit d'agir pour demander une reconnaissance ou une assistance à un tribunal (le tribunal de renvoi) de l'État adoptant⁹;

b) *Le principe de “reconnaissance”*: En vertu de ce principe, le tribunal de renvoi peut rendre une ordonnance reconnaissant la procédure étrangère comme procédure “principale” ou “non principale”¹⁰;

c) *Le principe de “protection”*: Ce principe se réfère à trois situations distinctes. Lorsqu'une demande de reconnaissance est en instance, des mesures conservatoires peuvent être ordonnées pour protéger les avoirs se trouvant sous la juridiction du tribunal de renvoi¹¹. Si une procédure est reconnue comme procédure “principale”, les mesures conservatoires sont automatiques¹². D'autres mesures de protection sont disponibles en ce qui concerne une procédure “principale” et des mesures conservatoires semblables peuvent être prescrites dans une procédure considérée comme “non principale”¹³;

d) *Le principe de “coopération” et de “coordination”*: Selon ce principe, aussi bien les tribunaux que les représentants de l'insolvabilité des États intéressés ont l'obligation de communiquer et de coopérer afin de veiller à ce que la masse d'insolvabilité du débiteur soit administrée efficacement et équitablement afin d'en maximiser la valeur pour les créanciers¹⁴.

14. Ces principes sont conçus de manière à promouvoir la réalisation des objectifs suivants¹⁵:

a) Garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements;

b) Administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur;

c) Protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur en vue d'une distribution aux créanciers sous forme de redressement ou de liquidation;

⁶ Ibid., art. 2 e); définition du “tribunal étranger”.

⁷ Ibid., art. 1, par. 2.

⁸ Tel que défini à l'article 2 d) de la Loi type de la CNUDCI.

⁹ Ibid., art. 9.

¹⁰ Ibid., art. 17.

¹¹ Ibid., art. 19.

¹² Ibid., art. 20.

¹³ Ibid., art. 21.

¹⁴ Ibid., art. 25, 26, 27, 29 et 30.

¹⁵ Préambule de la Loi type de la CNUDCI; voir également le Guide pour l'incorporation, par. 3.

d) Permettre aux tribunaux et aux autorités compétentes de communiquer et de coopérer au règlement de procédures d'insolvabilité dans plusieurs États;

e) Faciliter le redressement des entreprises en difficulté financière, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois.

15. En décembre 2009, l'Assemblée générale a approuvé le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale¹⁶, qui discute, en se référant à des affaires concrètes, des différents moyens de resserrer la coopération entre les représentants de l'insolvabilité, les tribunaux ou les autres organes compétents afin que les avoirs d'un débiteur insolvable qui a des biens ou des créanciers dans plus d'un pays soient administrés équitablement et efficacement. Selon le droit interne applicable et l'objet de l'accord international dont il s'agit, il peut arriver qu'un tribunal (ou une autre autorité compétente) doive approuver l'accord. Le Guide pratique contient des exemples d'accords internationaux sur l'insolvabilité utilisés pour faciliter cette coopération¹⁷.

B. Le point de vue du juge¹⁸

16. La Loi type de la CNUDCI met en relief la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application, compte tenu de son origine internationale¹⁹, mais le droit interne de la plupart des États stipulera habituellement qu'elle doit être interprétée conformément à la législation nationale, à moins que l'État adoptant n'ait suivi l'approche "internationale" dans sa propre législation²⁰. Même ainsi, tout tribunal appelé à porter une appréciation sur une loi fondée sur la Loi type pourra utilement se référer à la jurisprudence internationale pour l'interpréter.

17. Inévitablement, le juge n'aborde pas sa tâche sous le même angle que les représentants de l'insolvabilité. Son obligation est de statuer de façon impartiale sur les questions soulevées par une partie, sur la base des informations, c'est-à-dire des preuves, qui lui sont produites. Son obligation est d'agir judiciairement, ce qui signifie que toutes les parties intéressées doivent, en l'absence de circonstances exceptionnelles, se voir donner l'occasion d'être entendues sur tous les points pouvant affecter à des égards importants la décision qui sera rendue en définitive afin d'assurer qu'il est suivi une procédure régulière. Dans certains États, les personnes qui agissent au nom des autorités administratives compétentes²¹ peuvent ne pas être soumises à de telles contraintes. Si, dans certains États, le droit interne peut faire au juge l'obligation de s'assurer de façon indépendante que l'ordonnance

¹⁶ Le texte peut être consulté à l'adresse www.uncitral.org, sous la rubrique "Textes de la CNUDCI, état et ratification".

¹⁷ Voir, d'une façon générale, le chapitre III du Guide pratique et les résumés d'affaires figurant à l'annexe I.

¹⁸ Voir, dans le glossaire, la définition générale du terme "juge".

¹⁹ Dans les États qui ont adopté telle quelle la Loi type, ses dispositions doivent être interprétées compte tenu "de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi": Loi type de la CNUDCI, art. 8.

²⁰ En fait, la Loi type de la CNUDCI stipule qu'en cas de conflit entre elle et les dispositions de tout traité ou accord pertinent auxquels est partie l'État adoptant, les dispositions du traité prévalent: art. 3.

²¹ C'est-à-dire les autorités relevant de la définition du "tribunal étranger", Loi type de la CNUDCI, art. 2 e).

demandée doit effectivement être rendue, il se peut que la législation nationale d'autres États prévoie que le tribunal doive simplement donner effet aux souhaits des parties.

18. La façon dont les juges appartenant à des systèmes juridiques différents conçoivent leurs tâches respectives peut entraîner certaines différences dans l'approche suivie en ce qui concerne l'interprétation des dispositions originelles ou adaptées de la Loi type. Bien que toute généralisation soit difficile, le fait que la codification du droit soit plus poussée dans certains pays pourra conduire à centrer davantage l'attention sur le texte de la Loi type que ce ne serait le cas dans d'autres pays où la codification du droit n'est pas aussi poussée ou dans lesquels les tribunaux supérieurs ont fréquemment la compétence inhérente de statuer sur des points de droit d'une façon qui ne soit contraire à aucune loi ou à aucun règlement²² ou sont habilités à développer des aspects particuliers du droit pour lesquels il n'existe pas de règle codifiée²³.

19. Ces différentes approches peuvent affecter la mesure dans laquelle le tribunal de renvoi se montrera enclin à appliquer le principe de coopération entre les tribunaux et de coordination des procédures concurrentes prévu dans la Loi type²⁴. Si les dispositions de la Loi type relatives à la coopération et à la coordination ont été incorporées au droit interne de l'État adoptant, il existera une indication codifiée des mesures pouvant être adoptées à cet égard.

20. Si ces dispositions sont expressément adoptées²⁵, des doutes pourront subsister sur le point de savoir si, en droit interne, un tribunal est habilité à dialoguer avec un tribunal étranger ou à approuver un accord international conclu par des représentants de l'insolvabilité de pays différents et d'autres pays intéressés. La mesure dans laquelle le tribunal sera habilité à le faire dépendra d'autres dispositions pertinentes du droit interne. D'un autre côté, les tribunaux investis d'une compétence inhérente jouiront généralement d'une plus grande marge de manœuvre s'agissant de déterminer les mesures qui peuvent être adoptées en coopération entre différents tribunaux pour donner effet au principe de coopération et de coordination à laquelle la Loi type attache de l'importance.

21. La régularité de la procédure est un concept bien compris dans tous les pays, quel que soit leur système juridique. Elle exige, au minimum, un processus transparent, la notification aux parties de toutes communications pouvant être échangées entre les tribunaux compétents et la possibilité pour les parties d'être entendues sur les questions qui se posent, soit personnellement, soit par le biais de déclarations écrites. Quel que soit le système juridique, des garanties doivent être mises en place pour qu'une procédure régulière soit effectivement suivie²⁶. Ces

²² Pour une discussion de la compétence inhérente, voir Master Jacob in *The Inherent Jurisdiction of the Court* (1970) Current Legal Problems 23.

²³ Un exemple est le développement du droit fondé sur l'*equity* et la faute dans les systèmes de *common law*.

²⁴ Loi type de la CNUDCI, art. 25, 26, 27, 29 et 30. Voir également les paragraphes 163 à 185 ci-dessous.

²⁵ Par exemple, dans les affaires entre États membres de l'Union européenne (sauf le Danemark), le Règlement européen sur les procédures d'insolvabilité, aux termes duquel les représentants de l'insolvabilité des divers pays sont tenus de coopérer, ne contient aucune référence à la coopération entre les tribunaux.

²⁶ Voir également les paragraphes 152 à 185 ci-dessous.

principes revêtent encore plus d'importance dans le contexte de communications de tribunal à tribunal.

22. À la différence d'un représentant de l'insolvabilité directement impliqué dans l'administration de la masse d'insolvabilité, il est peu probable que le juge ait connaissance des questions soulevées dans la requête introductive d'instance, même si les affaires d'insolvabilité, faisant intervenir des questions complexes et de vastes sommes d'argent, sont fréquemment urgentes²⁷. Le juge qui n'a pas l'expérience de ce type de procédure pourra avoir besoin de l'assistance du représentant étranger²⁸, généralement par l'entremise de son conseil. Cette assistance pourra revêtir la forme d'informations et de mémoires succincts mais détaillés.

23. D'un point de vue institutionnel, il faut que le juge ait suffisamment de temps pour prendre connaissance des informations qui lui sont fournies et les assimiler avant de convoquer une audience, le délai requis en l'occurrence dépendant de l'urgence de l'affaire, de l'ampleur et de la complexité de l'administration de la masse d'insolvabilité, du nombre d'États en cause, des conséquences macroéconomiques des décisions pouvant être adoptées et des éléments intéressant l'ordre public.

24. Lors du colloque judiciaire tenu à Vancouver en juin 2009²⁹, plus de 80 juges d'une quarantaine de pays ont exprimé l'opinion qu'il faudrait envisager de fournir une assistance aux juges (sous réserve de la nécessité essentielle de préserver l'indépendance judiciaire et l'intégrité du système judiciaire de l'État dont il s'agit) sur la façon d'aborder les questions découlant de la Loi type. Le présent texte a précisément pour but de fournir le type d'assistance demandée par les juges participant au colloque de Vancouver. Sa version finale a été élaborée à la suite de [...].

C. Objet de la Loi type de la CNUDCI

25. La Loi type de la CNUDCI reflète la pratique suivie en ce qui concerne les aspects internationaux des systèmes modernes et efficaces d'insolvabilité. Les États adoptants sont encouragés à utiliser la Loi type pour compléter et améliorer des régimes nationaux d'insolvabilité et de pouvoir ainsi régler plus aisément les problèmes qui peuvent surgir dans le contexte d'affaires d'insolvabilité internationale.

26. Comme indiqué ci-dessus, la Loi type respecte les différences qui caractérisent les législations nationales de procédure et n'entend pas uniformiser les dispositions positives du droit de l'insolvabilité. Elle offre des solutions qui peuvent contribuer de façon modeste mais significative à résoudre les problèmes qui se posent, notamment en:

²⁷ Le paragraphe 3 de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI met en relief la nécessité pour le juge de statuer rapidement sur les demandes de reconnaissance.

²⁸ Tel que défini dans l'article 2 d) de la Loi type de la CNUDCI.

²⁹ Huitième Colloque judiciaire multinational CNUDCI/INSOL/Banque mondiale, Vancouver 20-21 juin 2009. Pour le rapport du Colloque, voir: <http://www.uncitral.org/pdf/English/news/eighthJC.pdf>.

a) Garantissant aux représentants étrangers le droit d'accès aux tribunaux de l'État adoptant, ce qui leur permet d'obtenir un "répit" temporaire, tout en permettant au tribunal de renvoi de déterminer quelle est la coordination qui doit être établie entre les pays intéressés ou quelles mesures doivent être adoptées pour régler l'affaire au mieux;

b) Déterminant les circonstances dans lesquelles une procédure d'insolvabilité étrangère doit être "reconnue" et quelles peuvent être les conséquences de la reconnaissance;

c) Assurant un régime transparent pour que les créanciers étrangers puissent exercer leur droit d'intenter une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant ou d'y participer;

d) Permettant aux tribunaux de l'État adoptant de coopérer efficacement avec des tribunaux et des représentants impliqués dans une procédure d'insolvabilité étrangère;

e) Autorisant les tribunaux de l'État adoptant et les personnes qui administrent une procédure d'insolvabilité dans cet État à solliciter une assistance à l'étranger;

f) Établissant les règles à suivre en matière de coordination lorsque des procédures d'insolvabilité se poursuivent concurremment dans l'État adoptant et dans un autre État;

g) Établissant les règles de coordination à suivre en ce qui concerne les mesures disponibles dans l'État adoptant dans le cas de deux ou plusieurs procédures d'insolvabilité mettant en cause le même débiteur dans plusieurs États.

27. Le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI met en relief toute l'importance que revêt la coopération dans le contexte de l'insolvabilité internationale si l'on veut que les procédures d'insolvabilité soient menées efficacement et débouchent sur le résultat optimal. L'un des principaux éléments de la coopération aussi bien entre les tribunaux saisis des différentes procédures qu'entre ceux-ci et les représentants de l'insolvabilité menée dans le contexte des différentes procédures³⁰ sera généralement l'encouragement de la communication entre les représentants de l'insolvabilité et/ou les autres autorités administrantes des États intéressés³¹. La Loi type, si elle autorise la coopération internationale et la communication entre les tribunaux, ne spécifie pas quelle forme devront revêtir cette coopération et cette communication, laissant à chaque pays le soin de déterminer cette question par application de son propre droit ou de ses propres pratiques internes. Elle n'en suggère pas moins plusieurs des modalités que peut revêtir la coopération³².

28. La possibilité pour les tribunaux, avec la participation appropriée des parties, de communiquer "directement" avec les tribunaux ou représentants étrangers et de leur demander "directement" des informations et une assistance est censée leur éviter la nécessité d'avoir recours aux procédures traditionnelles, peu rapides,

³⁰ Loi type de la CNUDCI, art. 25 et 26.

³¹ Par exemple, voir, dans le Guide pratique de la CNUDCI, la discussion concernant l'utilisation d'accords internationaux.

³² Loi type de la CNUDCI, art. 27.

comme les commissions rogatoires. Comme les procédures d'insolvabilité sont invariablement chaotiques et comme la valeur de la masse s'évapore rapidement avec le temps, cette possibilité revêt une importance critique lorsqu'un tribunal doit agir d'urgence.

II. Interprétation et application de la Loi type

A. Le principe d'“accès”

29. La Loi type de la CNUDCI envisage la situation dans laquelle une procédure est ouverte à la suite d'une demande introduite devant le tribunal de renvoi par un représentant de l'insolvabilité d'un débiteur nommé dans un autre État, à savoir le “représentant étranger”. La demande peut tendre à :

- a) Ouvrir une procédure conformément à la législation de l'État adoptant³³;
- b) Permettre au représentant étranger de participer à une procédure en cours dans cet État³⁴;
- c) Obtenir la reconnaissance du statut de représentant étranger afin de solliciter l'adoption de mesures de protection conformément à la Loi type³⁵;
- d) Dans la mesure où le droit interne l'autorise, intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur est partie³⁶.

30. L'article 2 de la Loi type de la CNUDCI définit les expressions “procédure étrangère” et “représentant étranger”.

31. La définition du “représentant étranger” et celle de la “procédure étrangère” sont liées. Pour relever de la définition du “représentant étranger”, une personne doit administrer “une procédure collective judiciaire ou administrative, ... régie par une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger, aux fins de redressement ou de liquidation”, ou agir en qualité de représentant de la procédure étrangère³⁷. Un “représentant étranger” est autorisé de plein droit à saisir directement le tribunal³⁸.

32. L'on pourrait, dans certaines circonstances, dire qu'une entité déterminée administrée par un “représentant étranger” n'est pas un “débiteur” aux fins du droit interne devant être appliqué par le tribunal de renvoi³⁹. Une question de cette nature a surgi dans l'affaire *Rubin c. Eurofinance*. Dans cette affaire, un tribunal des États-Unis avait nommé des séquestres et des syndics concernant un débiteur appelé “The Consumers Trust”. Une fiducie de cette nature n'était pas considérée comme une personne morale par le droit anglais mais l'était aux États-Unis en tant que

³³ Ibid., art. 11 et Guide pour l'incorporation, par. 97 à 99.

³⁴ Ibid., art. 12 et par. 100 et 102.

³⁵ Ibid., art. 15 et par. 112 à 121.

³⁶ Ibid., art. 24 et par. 168 à 172.

³⁷ Loi type de la CNUDCI, art. 2 a). La définition de l'expression “tribunal étranger” est discutée au paragraphe 11 ci-dessus.

³⁸ Ibid., art. 9.

³⁹ Le terme “débiteur” n'est pas défini dans la Loi type.

“fiducie commerciale”. Un tribunal anglais ayant été saisi d’une demande de reconnaissance, il a été soutenu que cette fiducie n’était pas un “débiteur” au regard du droit anglais. Le juge a rejeté cet argument, considérant qu’eu égard à l’origine internationale de la Loi type de la CNUDCI, une “interprétation de clocher” du terme “débiteur” irait à l’encontre de l’esprit de la loi⁴⁰. Le juge a soulevé une question distincte, qui était de savoir si les dispositions de la Loi type touchant les mesures disponibles pouvaient s’appliquer dans le cas d’un débiteur non reconnu en tant que tel par le droit anglais, mais a déterminé qu’en l’espèce, il n’était pas nécessaire de régler cette question⁴¹. En deuxième instance, la cour d’appel a confirmé cette conclusion pour ce qui était de la nature du requérant⁴².

33. La question de savoir si le “représentant étranger” est autorisé à agir comme représentant de la liquidation ou du redressement d’un débiteur doit être tranchée par la législation applicable de l’État dans lequel a été ouverte la procédure d’insolvabilité⁴³. Dans certains cas, il peut être bon d’avoir l’avis d’experts au sujet du droit applicable afin de déterminer si la procédure dont il s’agit relève des définitions. Dans d’autres cas, lorsque le tribunal de renvoi est familiarisé avec la procédure dont il s’agit, des avis d’experts peuvent ne pas être nécessaires. Lorsqu’il ressort de la décision de nomination du représentant étranger que cette personne satisfait à la définition figurant à l’alinéa d) de l’article 2, le tribunal peut faire fond sur la présomption établie par l’article 16 de la Loi type.

34. Dans l’affaire *Stanford International Bank*, le tribunal anglais de première instance a été d’avis qu’un syndic nommé aux États-Unis ne serait pas un “représentant étranger” au sens de la définition de la Loi type car il n’avait pas été autorisé, à ce stade, à administrer la liquidation ou le redressement de la société du débiteur⁴⁴. Cette observation a été faite dans le contexte d’une administration dont il a en définitive été déterminé qu’elle ne constituait pas une procédure collective au sens de la législation relative à l’insolvabilité.

35. Selon la Loi type de la CNUDCI un “représentant étranger” peut être une personne désignée “à titre provisoire” mais non une personne qui n’a pas encore été nommée, par exemple s’il est sursis, en attendant la décision rendue en appel, à l’exécution d’une ordonnance désignant le représentant de l’insolvabilité⁴⁵. Une approche, pour déterminer si un “représentant étranger” est habilité à agir, consiste à déterminer si les critères de la définition de la “procédure étrangère” sont réunis avant de décider si le requérant a été autorisé⁴⁶ à administrer un redressement ou une liquidation des avoirs ou des affaires du débiteur ou à agir en qualité de représentant de la procédure étrangère.

36. Selon cette approche, le juge devrait s’assurer:

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

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

⁴¹ *Ibid.*, par. 41.

⁴² *Rubin c. Eurofinance* (en appel), [...].

⁴³ Loi type de la CNUDCI, art. 5.

⁴⁴ *Stanford International Bank*, par. 85.

⁴⁵ Voir la définition du “représentant étranger” à l’article 2 d) de la Loi type de la CNUDCI.

⁴⁶ Aux fins de la Loi type, art. 2 d).

- b) Que la procédure a un caractère “collectif”⁴⁷;
- c) Que la procédure judiciaire ou administrative découle d’une loi relative à l’insolvabilité dans laquelle les avoirs et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la supervision d’un tribunal étranger à des fins de redressement ou de liquidation;
- d) Que le contrôle ou la supervision est assuré par un “tribunal étranger”, c’est-à-dire par une “autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère”⁴⁸; et
- e) Que le requérant a été autorisé dans une procédure étrangère “à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère”.

37. Il est fréquemment essentiel, si l’on veut protéger efficacement les avoirs du débiteur pour éviter qu’ils ne soient dissipés ou dissimulés, que le représentant étranger puisse demander immédiatement la reconnaissance, ce qui lui permettra de solliciter l’adoption de mesures conservatoires⁴⁹. Aussi le tribunal de renvoi est-il tenu de prendre une décision au sujet de la demande de reconnaissance “le plus tôt possible”⁵⁰. L’expression “le plus tôt possible” est jusqu’à un certain point élastique. Certaines affaires peuvent être si simples que la procédure de reconnaissance peut être menée à bien en quelques jours seulement. Dans d’autres cas, surtout si la reconnaissance est contestée, “le plus tôt possible” peut supposer plusieurs mois. Des mesures intérimaires peuvent être prononcées si besoin est pendant que la demande de reconnaissance est en instance⁵¹.

B. Le principe de “reconnaissance”

1. Observations liminaires

38. Le principe de “reconnaissance” a pour objet d’éviter de longues procédures en assurant un règlement rapide de la demande de reconnaissance. Cela accroît la certitude du processus et permet au tribunal de renvoi, une fois la reconnaissance accordée, de statuer opportunément sur les mesures conservatoires à adopter.

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

2. Règles de preuve

40. Pour obtenir la reconnaissance de la procédure étrangère, le représentant étranger doit présenter une demande conformément à la Loi type de la CNUDCI. L’article 15 de la Loi type détermine les conditions auxquelles doit répondre cette demande. Pour déterminer si une procédure étrangère doit être reconnue, le tribunal

⁴⁷ Voir ci-dessous, par. 66 à 70.

⁴⁸ Loi type de la CNUDCI, art. 2 e).

⁴⁹ Ibid., voir en particulier les articles 20, 21, 23 et 24. Pour ce qui est des mesures intérimaires disponibles pendant que la demande de reconnaissance est en instance, voir art. 19.

⁵⁰ Ibid., art. 17, par. 3.

⁵¹ Voir ci-dessous, par. 120 et suivants.

de renvoi doit seulement se référer aux préalables visés dans la définition pour établir sa compétence⁵². Il n'appartient pas au tribunal de renvoi de s'interroger sur le point de savoir si la procédure étrangère a été ouverte régulièrement conformément au droit applicable.

3. Pouvoir de reconnaissance d'une procédure étrangère

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

42. Pour faciliter la reconnaissance, l'article 16 crée un certain nombre de présomptions concernant l'authenticité des documents et le contenu de l'ordonnance par laquelle a été ouverte la procédure étrangère et a été nommé le représentant étranger.

43. Pendant que la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère est en instance, le représentant étranger continue d'être tenu par certaines obligations en matière de divulgation de l'information. Il doit sans tarder informer le tribunal de renvoi s'il intervient un quelconque changement substantiel en ce qui concerne l'état de la procédure étrangère reconnue ou sa nomination ainsi que de l'ouverture de toute autre procédure étrangère concernant le même débiteur dont il a connaissance⁵³.

44. Le paragraphe 2 de l'article 17 détermine quel doit être le statut de la procédure étrangère aux fins de sa reconnaissance. Cet article dispose que la procédure peut être reconnue comme étant soit une "procédure étrangère principale"⁵⁴ soit une "procédure étrangère non principale"⁵⁵. Dans le premier cas, il s'agit d'une procédure étrangère qui a eu lieu "dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux", tandis que, dans le second, il s'agit d'une procédure étrangère ouverte dans un État où le débiteur "a un établissement". Le terme "établissement" désigne "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services"⁵⁶. Il en découle implicitement que la Loi type de la CNUDCI n'envisage pas de reconnaissance pour d'autres types de procédures d'insolvabilité, par exemple des procédures ouvertes dans un État où le débiteur a seulement des biens⁵⁷.

45. L'affaire *Bear Stearns*⁵⁸ est un exemple d'affaire dans laquelle une "procédure étrangère" a été considérée comme n'étant ni une "procédure étrangère principale", ni une "procédure étrangère non principale". Aussi bien le tribunal de première instance que la cour d'appel ont considéré qu'une liquidation provisoire entreprise dans les îles Caïmanes n'était ni l'une ni l'autre car il ne ressortait pas du dossier que le débiteur soit avait son principal établissement aux îles Caïmanes, soit y menait de façon non transitoire une activité économique.

⁵² Loi type de la CNUDCI, art. 2 a).

⁵³ Ibid., art. 18.

⁵⁴ Ibid., voir la définition à l'article 2 b).

⁵⁵ Ibid., voir la définition à l'article 2 c).

⁵⁶ Ibid., voir la définition à l'article 2 f).

⁵⁷ Voir le Guide pour l'incorporation, par. 73 et 128.

⁵⁸ Des citations complètes des décisions rendues dans les affaires mentionnées dans le texte figurent dans l'annexe.

4. Réciprocité

46. La Loi type de la CNUDCI ne contient aucune règle de réciprocité et n'envisage pas la possibilité que la reconnaissance d'une procédure étrangère soit refusée uniquement pour le motif qu'un tribunal de l'État où la procédure étrangère a été ouverte n'accorderait pas la reconnaissance demandée par un représentant de l'insolvabilité de l'État adoptant. Le juge doit néanmoins être conscient du fait que certains États, lorsqu'ils ont incorporé la Loi type à leur droit interne, y ont inclus des dispositions relatives à la réciprocité en matière de reconnaissance⁵⁹.

5. L'exception fondée sur l'"ordre public"

47. Le tribunal de renvoi est autorisé à refuser la reconnaissance d'une procédure étrangère si cela serait "manifestement contraire" à l'ordre public de l'État sur le territoire duquel il se trouve. La notion d'"ordre public" est définie en droit interne et peut varier d'un pays à l'autre. Aussi la Loi type ne comporte-t-elle aucune définition uniforme de l'"ordre public".

48. Dans certains États, l'expression "ordre public" peut être interprétée largement, en ce sens qu'elle englobe, en principe, toute règle impérative de droit interne. Dans de nombreux États, l'exception liée à l'ordre public est interprétée comme englobant uniquement les principes fondamentaux du droit, et en particulier les garanties constitutionnelles. Dans ces États, l'ordre public ne serait invoqué que pour refuser d'appliquer une loi étrangère ou de reconnaître une décision judiciaire ou une sentence arbitrale étrangère si cela irait à l'encontre de ces principes fondamentaux.

49. Il importe, pour déterminer l'applicabilité de l'exception fondée sur l'ordre public dans le contexte de la Loi type de la CNUDCI, d'établir une distinction entre la notion d'ordre public telle qu'elle s'applique aux affaires nationales, et le concept d'ordre public tel qu'il est utilisé dans les domaines de la coopération internationale et de la reconnaissance des effets de lois étrangères. C'est en particulier dans cette dernière situation que l'ordre public est interprété de façon plus restrictive que dans le domaine interne. Cette dichotomie reflète la réalité de la coopération internationale, qui serait indubitablement entravée si l'"ordre public" était interprété largement dans ce contexte.

50. Le but de l'adverbe "manifestement" utilisé dans nombre de textes juridiques internationaux pour qualifier l'expression "ordre public" est de souligner que les exceptions fondées sur l'ordre public doivent être interprétées restrictivement et que de telles exceptions sont censées n'être invoquées que dans des circonstances exceptionnelles faisant intervenir des questions d'importance fondamentale pour l'État adoptant⁶⁰.

51. Indépendamment de l'exception fondée sur l'ordre public, le tribunal de renvoi n'est pas habilité à porter une appréciation sur le bien-fondé de la décision rendue par le tribunal étranger qui a ouvert la procédure ou en est le représentant étranger.

⁵⁹ Par exemple, Afrique du Sud, Mexique, Roumanie.

⁶⁰ Par exemple, voir ci-dessous, par. 110.

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

52. Une “procédure étrangère” peut seulement être reconnue comme étant “principale” ou “non principale”. La distinction essentielle entre ces deux types de procédure affecte les mesures qui peuvent être adoptées à la suite d’une reconnaissance. La reconnaissance d’une procédure “principale” entraîne automatiquement la suspension des actions individuelles des créanciers et des mesures d’exécution contre les biens du débiteur⁶¹ et un “gel” de ces biens⁶², sous réserve de certaines exceptions⁶³.

7. Réexamen ou annulation de la reconnaissance

53. Dans quelques circonstances, le tribunal de renvoi peut revoir une décision de reconnaissance d’une procédure étrangère “principale” ou “non principale”. S’il est établi que “les motifs de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu’ils avaient cessé d’exister”, le tribunal de renvoi peut revenir sur son ordonnance de reconnaissance⁶⁴.

54. Les circonstances dans lesquelles le réexamen ou l’annulation de la reconnaissance pourrait s’imposer sont par exemple les suivantes:

- a) Si la procédure étrangère reconnue a cessé;
- b) Si l’ordonnance ouvrant la procédure étrangère d’insolvabilité a été annulée en appel dans l’État en question;
- c) Si la nature de la procédure étrangère reconnue a changé, peut-être du fait de la transformation d’une procédure de redressement en procédure de liquidation;
- d) S’il est apparu des faits nouveaux qui exigent ou justifient une modification de la décision du tribunal, par exemple si un représentant étranger a violé les conditions auxquelles étaient subordonnées les mesures conservatoires prescrites⁶⁵.

55. Une décision de reconnaissance peut également faire l’objet d’un appel ou d’un réexamen conformément à la législation nationale applicable. Certaines procédures d’appel régies par les lois nationales donnent à la cour d’appel la faculté de revoir intégralement l’affaire quant au fond, y compris pour ce qui est des aspects factuels. Les procédures d’appel d’un État adoptant ne sont pas affectées par les dispositions de la Loi type de la CNUDCI.

⁶¹ Loi type de la CNUDCI, art. 20, par. 1 a) et b).

⁶² Ibid., art. 20, par. 1 c).

⁶³ Ibid., art. 20, par. 2. La reconnaissance d’une procédure étrangère “principale” et “non principale” est discutée plus en détail aux paragraphes 75 à 114 ci-dessous.

⁶⁴ Ibid., art. 17, par. 4.

⁶⁵ Voir Guide pour l’incorporation, par. 129 à 131.