



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

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>
II. Interprétation et application de la Loi type (<i>suite</i>)	56-114	2
C. Le processus de reconnaissance	56-114	2
1. Observations liminaires	56-65	2
2. Procédure judiciaire ou administrative collective	66-70	4
3. Procédure soumise au contrôle ou à la surveillance d'un "tribunal étranger"	71-74	5
4. La procédure "principale": centre des intérêts principaux	75-110	6
5. La procédure non principale – l'"établissement"	111-114	16
<i>(Suite dans le document A/CN.9/WG.V/WP.97/Add.2)</i>		



II. Interprétation et application de la Loi type

C. Le processus de reconnaissance

1. Observations liminaires

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

a) Est une procédure collective judiciaire ou administrative (provisoire ou finale) ouverte dans un État étranger;

b) Est régie par une loi relative à l’insolvabilité dans un État étranger et dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d’un tribunal étranger;

c) A pour but un redressement ou une liquidation.

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

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

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

60. Pour démontrer l’existence d’une “procédure non principale”, la preuve à apporter est moins rigoureuse: le débiteur doit avoir “un établissement” dans l’État où a lieu la procédure étrangère. Le terme “établissement” est défini comme étant “tout lieu d’opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services”⁵. L’expression

¹ Loi type de la CNUDCI, art. 2 a), définition de la “procédure étrangère”.

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

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

⁴ Loi type de la CNUDCI, art. 16, par. 3, dans le contexte d’une présomption concernant le “centre des intérêts principaux” des personnes aussi bien morales que physiques. Voir les paragraphes 58 et 81 à 104 ci-dessous. Pour une discussion de l’expression “résidence habituelle” dans ce contexte, voir *Re Stojevic* [2007] BPIR 141, par. 56 et 57.

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

“non transitoire” peut désigner soit la durée de l’activité économique dont il s’agit, soit le lieu où cette activité est exercée.

61. Comme indiqué ci-dessus⁶, la décision de reconnaître la procédure étrangère comme étant “principale” ou “non principale” a d’importantes ramifications. La reconnaissance d’une procédure étrangère comme procédure “principale” entraîne automatiquement des mesures de protection sous forme de sursis aux différentes mesures d’exécution qui pourraient autrement être adoptées dans le ressort du tribunal de renvoi⁷. D’un autre côté, les mesures de protection que peut ordonner le tribunal dans le cas d’une procédure “non principale” sont discrétionnaires⁸.

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

a) Présumer que la décision ou le certificat du type visé au paragraphe 2 de l’article 15 est authentique⁹;

b) Présumer que tous les documents soumis à l’appui de la demande de reconnaissance sont authentiques, qu’ils aient ou non été “légalisés”¹⁰;

c) “Sauf preuve contraire”, présumer que “le siège statutaire, ou, dans le cas d’un particulier, la résidence habituelle du débiteur” est le centre de ses intérêts principaux¹¹.

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

64. La jurisprudence concernant la signification des expressions “procédure étrangère”, “procédure étrangère principale” et “procédure étrangère non principale” porte fréquemment sur des sociétés appartenant à des groupes de sociétés. La Loi type de la CNUDCI vise des entités individuelles et non une structure de groupe¹³. La Loi type vise chaque membre de groupe d’entreprise en tant que personne morale distincte.

⁶ Voir par. 52.

⁷ Loi type de la CNUDCI, art. 20. Voir également les paragraphes 126 à 133 ci-dessous.

⁸ Ibid., art. 21. Voir également les paragraphes 134 à 151 ci-dessous.

⁹ Ibid., art. 16, par. 1.

¹⁰ Ibid., art. 16, par. 2.

¹¹ Ibid., art. 16, par. 3.

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

¹³ Voir également *Eurofood*, par. 37.

65. Jusqu'à preuve du contraire, la reconnaissance d'une procédure étrangère principale fait foi, aux fins de l'ouverture d'une procédure conformément à la législation de l'État l'ayant reconnue, de l'insolvabilité du débiteur¹⁴.

2. Procédure judiciaire ou administrative collective

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

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

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

69. Dans l'affaire *Betcorp*, un tribunal des États-Unis a considéré qu'une liquidation volontaire entamée en application de la législation australienne était une procédure administrative relevant de la Loi type. Comme la liquidation volontaire avait pour but de réaliser les actifs du débiteur au bénéfice de tous les créanciers, elle a considéré que la procédure était effectivement "collective", comme requis par la Loi type¹⁶. Dans l'affaire *Gold & Honey*, un tribunal des États-Unis a déterminé qu'une mise sous séquestre entreprise conformément à la législation israélienne n'était pas une procédure d'insolvabilité ni une procédure collective en ce sens que le séquestre n'était pas tenu de prendre en considération les droits et les obligations de tous les créanciers et avait été mené essentiellement pour permettre à une certaine partie de recouvrer ses créances¹⁷. Dans l'affaire *British American Insurance*, le tribunal a souscrit à l'avis exprimé par les tribunaux dans les affaires *Betcorp* et *Gold & Honey* pour ce qui était de la signification de l'expression "collective", relevant qu'une telle procédure supposait à la fois la prise en considération et, en définitive, le règlement des créances de divers types de créanciers ainsi que la possibilité que les créanciers participent à la procédure étrangère¹⁸.

¹⁴ Loi type de la CNUDCI, art. 31.

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

¹⁶ *Betcorp*, p. 281.

¹⁷ *Gold & Honey*, p. 370.

¹⁸ *British American Insurance*, p. 902.

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

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

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

72. Jusqu'à présent, les tribunaux n'ont guère eu à se prononcer sur le concept de "contrôle" ou de "surveillance". Deux approches peuvent être envisagées, dont la première a été discutée dans le contexte de l'affaire *Betcorp*. Nonobstant le type de procédure dont la reconnaissance était demandée, qui avait été ouverte sans aucune intervention judiciaire à la suite d'un vote des actionnaires de la société, le tribunal a considéré que la condition de "contrôle" ou de "surveillance"²³ était remplie étant donné que les syndics chargés d'administrer la procédure collective au nom de tous les créanciers étaient soumis à une surveillance administrative ou judiciaire. Le juge a estimé que la Commission australienne des valeurs mobilières et des investissements était chargée de surveiller les séquestres dans l'accomplissement de leurs fonctions, pouvait exiger des syndics qu'ils obtiennent une autorisation avant de prendre certaines mesures (par exemple destruction des livres et des archives) et était habilitée à destituer ou révoquer un syndic. Ainsi, le juge a considéré que la Commission australienne des valeurs mobilières et des investissements était une "autorité compétente pour contrôler et surveiller une procédure étrangère" aux fins de la définition de la "procédure étrangère" figurant dans la Loi type de la CNUDCI²⁴.

73. Selon une autre approche, l'existence d'un régime de réglementation ne constitue pas, en soi, un contrôle ou une surveillance des biens et des affaires du débiteur, particulièrement lorsque l'organe de réglementation est seulement habilité à veiller à ce que les représentants de l'insolvabilité s'acquittent comme il convient

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

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

²¹ Loi type de la CNUDCI, art. 2 e).

²² Guide pour l'incorporation, par. 74.

²³ Loi type de la CNUDCI, art. 2 a).

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

de leurs fonctions, plutôt que de surveiller des procédures d'insolvabilité déterminées.

74. Dans l'affaire *Betcorp*, indépendamment de la conclusion à laquelle il est parvenu en ce qui concerne l'organe de réglementation, le tribunal a considéré que la procédure de liquidation volontaire était soumise à la surveillance d'une autorité judiciaire, à savoir les tribunaux australiens. Cet avis était fondé sur trois éléments: a) le fait que les syndics et créanciers étaient habilités, dans le contexte d'une liquidation volontaire, à soumettre à un tribunal toute question liée à la liquidation; b) la compétence des tribunaux australiens en général en ce qui concerne la surveillance de l'action des syndics; et c) le fait que toute personne "lésée par un acte, une omission ou une décision" d'un syndic pouvait former un recours devant un tribunal australien, lequel pouvait "confirmer, annuler ou modifier l'acte ou la décision ou remédier à l'omission en question, selon le cas"²⁵.

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

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

76. Il a été décidé également, dans la Loi type de la CNUDCI, de ne pas définir le "centre des intérêts principaux". Cette notion est tirée de la Convention de l'Union européenne sur la procédure d'insolvabilité (ci-après dénommée la "Convention européenne") pour des raisons de cohérence²⁷. Lorsque la Loi type a été finalisée, la Convention européenne n'était pas entrée en vigueur et est par la suite devenue caduque, faute d'avoir été ratifiée par tous les États membres²⁸.

77. Par la suite, le Règlement (CE) du Conseil n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif à la procédure d'insolvabilité (ci-après dénommé le "Règlement CE"), applicable aux États membres de l'Union européenne, sauf le Danemark, a été adopté pour régler les questions pouvant surgir dans le contexte de procédures d'insolvabilité internationale dans l'Union européenne. Le concept de "procédure principale" et celui de "centre des intérêts principaux" ont été repris dans le texte du Règlement CE²⁹. À la différence de la Loi type de la CNUDCI, le Règlement CE souligne que le centre des intérêts principaux doit être "vérifiable par les tiers"³⁰. Le Guide pour l'incorporation relève que la notion de "centre des intérêts principaux" correspond à la formulation reflétée à l'article 3 de la Convention

²⁵ *Betcorp*, p. 283 et 284.

²⁶ Loi type de la CNUDCI, art. 2 b).

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

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

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

³⁰ *Ibid.*, considérant 13.

européenne et reconnaît l'opportunité de renforcer "l'harmonisation en cours quant à la notion de procédure 'principale'"³¹. Bien que les concepts reflétés dans les deux textes soient semblables, ils ont une fin différente. La détermination du "centre des intérêts principaux" dans le contexte du Règlement CE vise la détermination de l'État dans lequel doit être ouverte la procédure principale. Aux fins de la Loi type, la détermination du "centre des intérêts principaux" se rapporte aux effets de la reconnaissance, dont l'un des principaux tient aux mesures qui peuvent être adoptées pour faciliter la procédure étrangère.

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

"12. Le présent règlement permet d'ouvrir les procédures d'insolvabilité principales dans l'État membre où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur. Ces procédures ont une portée universelle et visent à inclure tous les actifs du débiteur. En vue de protéger les différents intérêts, le présent règlement permet d'ouvrir des procédures secondaires parallèlement à la procédure principale. Des procédures secondaires peuvent être ouvertes dans l'État membre dans lequel le débiteur a un établissement. Les effets des procédures secondaires se limitent aux actifs situés dans cet État. Des règles impératives de coordination avec les procédures principales satisfont l'unité nécessaire au sein de la Communauté"³².

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

79. En prévision de la ratification de la Convention par tous les États membres, il a été établi un rapport explicatif (le rapport Virgos-Schmit) concernant la Convention européenne³³. Ce rapport contient un certain nombre d'indications touchant le concept de "procédure d'insolvabilité principale" et, bien que la Convention soit par la suite devenue caduque, a été généralement accepté comme une aide pour l'interprétation de l'expression "centre des intérêts principaux" figurant dans le Règlement CE.

80. Le rapport Virgos-Schmit explique comme suit le concept de "procédures d'insolvabilité principales":

"73. Procédures d'insolvabilité principales

Le paragraphe 1 de l'article 3 autorise l'ouverture de la procédure d'insolvabilité universelle dans l'État contractant où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux. La procédure d'insolvabilité principale a un caractère

³¹ Guide pour l'incorporation, par. 31. Voir le paragraphe 153 du document A/52/17, où il est souligné que "... l'interprétation du terme dans le contexte de la Convention serait également utile dans le contexte de [la Loi type]". Il y a lieu de noter que le Règlement CE ne définit pas le centre des intérêts principaux; voir, ci-dessous, le considérant 13.

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

³³ M. Virgos et E. Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, établi avant l'ouverture de la Convention à la signature, le 23 novembre 1995. Le rapport peut être consulté en ligne à l'adresse http://global.abi.org/sites/global.abi.org/files/insolvency_report.pdf.

universel et englobe tous les avoirs du débiteur, partout dans le monde, et affecte tous les créanciers, où qu'ils se trouvent.

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 3

Compétence internationale

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

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

85. S'agissant de cette présomption, la CEJ a suggéré que tel pourrait notamment être le cas d'une société “boîte aux lettres” qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social³⁶. En revanche, elle a considéré que “le simple fait” que les choix économiques de la société mère (par exemple pour des raisons fiscales) “soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par le règlement”³⁷.

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

87. Dans le chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (auquel a été incorporée la Loi type de la CNUDCI), le libellé de la présomption, dans le texte anglais, a été modifié, le mot “proof” étant remplacé par le mot “evidence”³⁸. Il ressort des travaux préparatoires que ce changement est dû simplement à une question de terminologie et à la façon dont l'expression “evidence” est utilisée aux États-Unis, qui reflète peut-être plus étroitement la façon dont l'expression “proof” est utilisée dans certains autres États anglophones³⁹. C'est dans ce contexte que

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

³⁵ *Eurofood*, par. 34.

³⁶ *Ibid.*, par. 35.

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

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

³⁹ HR Rep No 31, 109th Cong, 1st Session 1516 (2005).

doivent être interprétées la décision rendue dans l'affaire *SPhinX* et les décisions ultérieures de tribunaux des États-Unis.

88. L'affaire *SPhinX* concernait une demande présentée par les représentants provisoires de l'insolvabilité d'une société enregistrée dans les îles Caïmanes en vue d'obtenir la reconnaissance de ce régime comme "procédure principale". La décision rendue dans cette affaire suggère que la recherche irrégulière d'un for approprié peut être un facteur pris en considération pour déterminer le centre des intérêts de la société débitrice. Sur ce point, la cour d'appel a déclaré ce qui suit⁴⁰:

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

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

89. Dans l'affaire *Bear Stearns*, le tribunal des États-Unis a également pris en considération la question de la détermination du centre des intérêts principaux du débiteur. Dans ce cas aussi, la demande de reconnaissance concernait une société enregistrée aux îles Caïmanes qui avait été prise en liquidation provisoire dans ce pays.

90. Le tribunal a exposé les raisons pour lesquelles, dans le texte anglais des dispositions correspondantes, le mot "proof" avait été remplacé par le mot "evidence". Se référant aux travaux préparatoires, le juge a déclaré ce qui suit:

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

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

92. Dans l'affaire *Bear Stearns*, le tribunal a évoqué la question de savoir à qui incombait la charge de réfuter la présomption. Il a considéré que cette charge reposait sur le représentant étranger qui demandait la reconnaissance de la procédure, lequel devait démontrer que le centre des intérêts principaux se trouvait

⁴⁰ *SPhinX*, p. 21.

⁴¹ Voir note 104.

⁴² *Bear Stearns*, p.128.

dans un lieu autre que celui du siège social⁴³. En l'espèce, le tribunal a considéré que la présomption avait été réfutée par les preuves produites par le représentant étranger à l'appui de sa demande. Tous les éléments de preuve portaient à conclure que le principal établissement se trouvait aux États-Unis.

93. Après avoir analysé l'arrêt rendu dans l'affaire *Eurofood*, le tribunal des États-Unis a exprimé l'avis que le lieu où le débiteur gère régulièrement ses intérêts et peut par conséquent être vérifié par les tiers correspond généralement au concept de "principal établissement" en droit américain⁴⁴. Plus récemment, dans l'affaire *Hertz Corp c. Friend*, la Cour suprême des États-Unis a défini l'expression "principal établissement" comme étant le "centre neuromoteur" aux fins de certaines lois⁴⁵. Cette approche paraît avoir été suivie dans l'affaire *Fairfield Sentry* aux fins de l'application de la Loi type⁴⁶.

94. La décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns* a été contestée en appel pour le motif que l'arrêt ne répondait pas aux principes de courtoisie internationale et de coopération et que le juge aurait mal interprété la présomption. En appel, le juge est parvenu à la conclusion que les principes de courtoisie internationale et de coopération avaient été dépassés par le concept de reconnaissance. Il a déclaré qu'il fallait établir une distinction entre la "reconnaissance" et les "mesures de protection" disponibles. La jurisprudence *Bear Stearns* a été suivie dans l'affaire *Atlas Shipping*, dans laquelle le tribunal a considéré que, dès lors qu'un tribunal avait reconnu une procédure étrangère principale, le chapitre 15 prévoyait expressément que le tribunal userait de ses pouvoirs discrétionnaires pour ordonner les mesures de protection appropriées conformément aux principes de courtoisie internationale⁴⁷. Elle a été suivie aussi dans l'affaire *Metcalfe and Mansfield*, dans laquelle le tribunal des États-Unis avait été appelé à faire exécuter certaines mesures de protection édictées par un tribunal canadien, mesures de portée plus large que cela n'aurait été possible en vertu du droit américain. La cour a relevé que le principe de courtoisie internationale n'exigeait pas que les mesures de protection accordées dans le cadre de la procédure étrangère et celles qui pourraient être prononcées aux États-Unis soient identiques. L'élément déterminant était de savoir si la procédure étrangère répondait aux normes fondamentales d'équité aux États-Unis, et le tribunal a considéré que la procédure ouverte au Canada répondait effectivement à cette condition⁴⁸.

95. Dans l'affaire *SPhinX*, la cour d'appel a considéré qu'il pouvait être approprié de considérer la présomption comme réfutée si aucune partie ne s'y opposait. Dans l'affaire *Bear Stearns*, la cour d'appel a confirmé la décision du tribunal de première instance selon laquelle c'était au représentant étranger qu'il incombait de réfuter la présomption et que le juge avait, indépendamment, le devoir de

⁴³ Ibid., p. 128.

⁴⁴ Ibid., p. 129.

⁴⁵ 130 S Ct 1181 (2010).

⁴⁶ *Fairfield Sentry*, p. 6. La Cour suprême a déclaré que les tribunaux devaient s'attacher à déterminer le lieu où étaient assurés la coordination, la direction et le contrôle des affaires de la société, faisant observer que ce lieu serait évident pour les membres du public qui traitaient avec elle.

⁴⁷ *Atlas Shipping*, p. 78.

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

déterminer si tel avait été le cas, sans égard pour la question de savoir si une partie s’y était ou non opposée⁴⁹.

96. Avec le tribunal de première instance, la cour d’appel a admis que le concept de centre des intérêts principaux et la présomption trouvaient leur origine dans la Convention européenne et que le “centre des intérêts principaux” équivalait au concept de “principal établissement”. La cour d’appel a également confirmé une énumération de facteurs indiqués dans la décision du juge de première instance comme devant être pris en considération pour déterminer si le centre des intérêts principaux avait été établi conformément à la demande de reconnaissance. Les facteurs en question étaient les suivants⁵⁰:

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

97. Dans l’affaire *Betcorp*, bien que le centre des intérêts principaux de la société australienne ne paraisse pas véritablement être une question controversée, le juge a formulé quelques observations à ce sujet. Il est parvenu à la conclusion qu’“il ressort des affaires dans lesquelles le juge a été appelé à analyser le centre des intérêts principaux des débiteurs que les tribunaux n’appliquent pas de formule rigide et ne considèrent pas formellement qu’un facteur donné est déterminant. Au contraire, les tribunaux analysent différents facteurs pour discerner, objectivement, où le débiteur a son principal établissement. À cette fin, les tribunaux examinent la gestion, l’administration et les opérations du débiteur et la question de savoir si des tiers ordinaires et raisonnables peuvent établir ou déterminer le lieu où le débiteur a ses différentes activités”⁵¹. Le juge a considéré que le moment auquel devait être déterminé le centre des intérêts principaux était la date à laquelle était formulée la demande de reconnaissance⁵². Cette interprétation est apparemment fondée sur le temps du verbe utilisé dans la définition de la “procédure étrangère principale”. Un problème similaire se pose en ce qui concerne le lieu où se trouve l’“établissement” au regard de la définition de la “procédure étrangère non principale”. L’approche adoptée dans l’affaire *Betcorp* a été suivie dans les affaires *Yuval Ran* et *British American Insurance*.

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

⁴⁹ *Bear Stearns*, p. 335.

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

⁵¹ *Betcorp*, p. 292.

⁵² *Ibid.*

99. En première instance, le juge a admis, compte tenu de l'approche suivie dans l'affaire *Eurofood*, que le fait que le centre des intérêts principaux devait être vérifiable par des tiers était une considération déterminante⁵³. Le juge a pris cette décision en se fondant sur le Règlement de 2006 relatif à l'insolvabilité internationale (incorporant en droit anglais la Loi type de la CNUDCI) plutôt que sur le Règlement CE. Pour déterminer ce qu'il fallait entendre par l'adjectif "vérifiable", le juge s'est référé aux informations du domaine public et à ce qu'une tierce partie apprendrait normalement de ses rapports avec le débiteur⁵⁴. Ce faisant, le juge a refusé de suivre une décision antérieure, qu'il avait lui-même prise, pour laquelle il avait appliqué le critère de "fonctions du siège"⁵⁵.

100. Le juge a observé que la différence d'approche, en ce qui concerne la réfutation de la présomption, entre les tribunaux des États-Unis et les tribunaux européens était que les tribunaux des États-Unis faisaient reposer la charge de prouver que la procédure était une "procédure principale" sur la personne qui affirmait que tel était le cas, tandis que, selon la décision rendue dans l'affaire *Eurofood*, c'était sur la partie qui cherchait à réfuter la présomption que reposait la charge de la preuve⁵⁶.

101. Le juge a exprimé des doutes sur la question de savoir si les facteurs énumérés dans la décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns*⁵⁷ avaient été qualifiés par une exigence de "vérifiabilité", comme, selon lui, cela avait été le cas dans l'affaire *Eurofood*. Cependant, même si la liste spécifique de critères n'avait pas été ainsi qualifiée par un tribunal des États-Unis, il paraissait plausible qu'un créancier informé sache, tout au moins, quel était le lieu où se trouvaient les dirigeants de la société débitrice, son siège, le lieu où se trouvait l'essentiel de ses biens et si les opérations du débiteur étaient nationales ou internationales⁵⁸. L'importance de l'observation formulée par le juge de première instance dans l'affaire *Stanford International Bank* résidait dans l'accent qui était mis implicitement sur la nécessité d'apporter la preuve des facteurs qui étaient vérifiables par les tiers qui traitaient avec le débiteur.

102. La décision rendue dans l'affaire *Stanford International Bank* a été confirmée en appel. Dans le jugement principal, le président de la cour d'appel a considéré qu'il existait une étroite corrélation entre les termes employés dans la Loi type de la CNUDCI et dans le Règlement CE en ce qui concerne aussi bien le "centre des intérêts principaux" que la présomption⁵⁹. Après avoir analysé la jurisprudence des États-Unis et d'autres pays, il a considéré que c'était à bon droit que le juge de première instance avait suivi la jurisprudence *Eurofood* et avait confirmé que l'explication donnée dans le rapport Virgos-Schmit⁶⁰ concernant la vérifiabilité valait tout autant pour les procédures relevant de la Loi type. Le président de la cour n'a pas considéré que la charge de la preuve en ce qui concerne la réfutation de la

⁵³ *Stanford International Bank*, par. 61.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 62.

⁵⁵ *Ibid.*, par. 61.

⁵⁶ *Ibid.*, par. 63 et 65.

⁵⁷ Voir par. 96 ci-dessus.

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

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

⁶⁰ Rapport Virgos-Schmit, par. 75.

présomption serait nécessairement différente aux États-Unis, mais il a laissé cette question en suspens⁶¹.

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

"Malgré tout le respect que je lui dois, je m'écarte jusqu'à un certain point des vues du président concernant le critère à appliquer pour apprécier la décision rendue par le juge de première instance sur le lieu où se trouve le centre des intérêts principaux. La démarche que doit suivre le juge consiste à déterminer si les activités étaient réalisées dans chaque centre potentiel d'intérêts principaux puis à se demander si ces activités équivalaient à des fonctions du siège et à évaluer, d'un point de vue aussi bien quantitatif que qualitatif, si ces activités étaient plus importantes que celles qui étaient réalisées au siège statuaire."

Ces observations conduiraient à penser qu'un tribunal est tenu de déterminer de façon objective, sur la base des preuves qui lui sont produites, où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur, plutôt que de se fonder sur les éléments qui étaient effectivement vérifiables par les créanciers et par les autres parties intéressées qui traitaient avec le débiteur pendant que celui-ci était opérationnel. Les autres jugements rendus en appel dans l'affaire *Stanford International Bank* ainsi que la décision prononcée dans l'affaire *Eurofood* tendent à étayer cette deuxième proposition.

104. Il ressort de l'examen de la jurisprudence concernant la question complexe qu'est le "centre des intérêts principaux" que des difficultés peuvent surgir au sujet des points suivants:

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

b) Le concept de "centre des intérêts principaux" doit-il être interprété différemment dans le contexte de la Loi type et du Règlement CE étant donné les fins différentes auxquelles ce critère est utilisé?

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

i) La question doit-elle être abordée par référence au principal établissement (ou "centre neuromoteur"), c'est-à-dire par référence au lieu que ceux qui traitent avec la société considéreraient comme le lieu où était effectivement assurée la coordination, la direction et le contrôle des activités du débiteur?

ii) Quels sont les facteurs objectivement vérifiables par des tiers au sens envisagé dans l'affaire *Eurofood*? En particulier, à quel moment faut-il déterminer où se trouve le centre des intérêts principaux: au moment où le

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

⁶² *Ibid.*, par. 159.

⁶³ *Ibid.*, par. 153.

débiteur traite avec les tierces parties, au moment où il fait l'objet d'une procédure collective d'insolvabilité ou au moment auquel la reconnaissance est demandée?

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

d) Quel degré de contrôle judiciaire ou administratif sur une "procédure étrangère" est-il requis pour répondre à cet aspect de la définition?

105. Il s'agit de questions que le juge devra prendre en considération pour interpréter la législation nationale sur la base de la Loi type de la CNUDCI, compte tenu de la jurisprudence internationale et des éléments d'ordre public pertinents.

106. Comme indiqué précédemment⁶⁴, il est peu probable que, dans la très grande majorité des cas, ce soit l'affirmation de la partie à qui incombe la charge de réfuter la présomption qui sera déterminante. D'ordinaire, les preuves produites par les parties intéressées permettront de déterminer si le lieu où se trouve le siège statutaire constitue le centre des intérêts principaux. Ce n'est que lorsque les preuves produites ne sont pas déterminantes que la réfutation de la présomption jouera un rôle déterminant dans la décision prise au sujet de la demande de reconnaissance de la procédure étrangère.

107. S'il y a certes des différences d'approche pour ce qui est de déterminer le lieu où se trouve le centre des intérêts principaux d'un débiteur, la tendance générale qui paraît se dégager de la jurisprudence est que ce lieu doit être déterminé de façon objective par les tierces parties ayant traité avec le débiteur aux moments pertinents⁶⁵. La question tient davantage à l'accent que certains pays mettent sur des facteurs spécifiques, comme le "centre neuromoteur" ou le "siège" de l'entité visée dans la procédure dont la reconnaissance est demandée.

108. Le tribunal auquel la reconnaissance est demandée devrait-il pouvoir se fonder sur le fait que l'on a abusé de ses processus pour refuser la reconnaissance? La Loi type de la CNUDCI elle-même ne contient aucune disposition qui porterait à penser que des circonstances étrangères, comme l'abus des processus judiciaires, devraient être prises en considération pour statuer sur une demande de reconnaissance. Selon la Loi type, il doit être statué sur la demande par référence aux critères spécifiques visés dans les définitions des expressions "procédure étrangère", "procédure étrangère principale" et "procédure étrangère non principale". Il se pose cependant clairement un problème si, après avoir illégalement recherché le for le plus favorable, le débiteur se trouve placé dans une situation plus avantageuse, avec les conséquences préjudiciables que cela ne manquera pas d'avoir pour les créanciers. La Loi type n'interdit pas aux tribunaux de renvoi d'appliquer le droit interne, en particulier les règles internes de procédure, en présence de tels abus.

⁶⁴ Voir par. 92 ci-dessus.

⁶⁵ *Eurofood et Bear Stearns*.

109. Une autre façon de régler le problème lié à la recherche illégitime du for le plus favorable pourra être d'examiner la question de savoir si la reconnaissance peut être refusée pour des motifs d'ordre public⁶⁶. Vue sous cet angle, la question de la recherche illégale du for le plus favorable relève, d'une façon plus générale, de l'abus des processus judiciaires. L'on semblerait pouvoir dire qu'une demande de reconnaissance en tant que procédure principale est un abus du processus judiciaire si les auteurs de la demande savent que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouvait ailleurs et n'en décidaient pas moins délibérément de déplacer le siège statutaire en un autre lieu pour soutenir le contraire ou de taire ce type d'information lorsqu'ils demandent la reconnaissance. Une approche fondée sur l'exception de l'"ordre public" a l'avantage de dissocier les questions liées à la demande de reconnaissance et à l'abus éventuel d'un processus judiciaire de manière qu'il reflète la lettre et l'esprit de la Loi type de la CNUDCI.

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

5. La procédure non principale – l'"établissement"

111. Pour qu'une procédure puisse être reconnue comme une "procédure non principale", le débiteur doit avoir "un établissement" dans l'État étranger. Le terme "établissement" fait partie de la définition de la "procédure étrangère non principale" figurant dans la Loi type de la CNUDCI. Il est employé aussi, dans le Règlement CE, pour aider les tribunaux des États membres à déterminer s'ils ont compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve dans un autre État membre. Le paragraphe 2 de l'article 3 du Règlement CE se lit comme suit:

Article 3

Compétence internationale

"2. Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur

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

⁶⁷ *Gold & Honey*, p. 371.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 372.

que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire.”

112. La question de savoir si un “établissement” existe effectivement est pour une large part une question de fait. Inévitablement, cette question de fait sera réglée sur la base des preuves spécifiques qui ont été apportées. Il devra être établi que le débiteur “exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services” dans l’État en question⁶⁹. Juridiquement, cependant, se pose la question de savoir si le terme “non transitoire” désigne la durée de l’activité économique dont il s’agit ou le lieu où celle-ci est exercée⁷⁰.

113. Le terme “établissement” a été analysé dans la jurisprudence. Dans l’affaire *Bear Stearns*⁷¹, l’“établissement” a été assimilé à un “centre d’activités local”. Dans cette affaire, le tribunal a considéré qu’il n’avait été produit aucune preuve établissant qu’une activité économique était exercée de façon non transitoire aux îles Caïmanes. En appel, la cour d’appel a clairement indiqué que des activités d’audit réalisées pour préparer l’élaboration de l’acte constitutif ne constituaient pas des “opérations” ou “activités économiques” qui donneraient naissance à un “établissement”, pas plus que les investigations menées par les syndics provisoires sur le point de savoir si des transactions antérieures pouvaient être annulées⁷².

114. Il se pourrait qu’il faille mettre davantage l’accent sur les mots “avec les moyens humains et les biens et les services” dans la définition de l’“établissement”. Une opération commerciale gérée par des êtres humains faisant intervenir des biens ou des services paraît implicitement relever du type d’activité commerciale locale qui suffit pour répondre au critère à la base de la définition du terme “établissement”.

⁶⁹ Loi type de la CNUDCI, art. 2 f).

⁷⁰ *Fairfield Sentry*, p. 8-9.

⁷¹ *Bear Stearns*, p. 131.

⁷² *Bear Stearns* (en appel), p. 339.