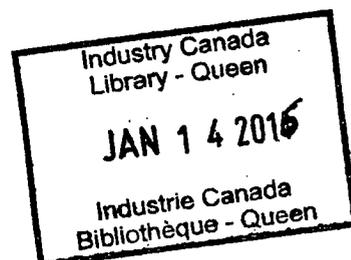


**Franchir la ligne d'arrivée : L'impact potentiel sur le redressement
d'entreprises de l'adoption des nouvelles dispositions sur l'insolvabilité
en contexte international**

Rapport soumis au Bureau du surintendant des faillites

Janis Sarra¹



I. INTRODUCTION

Dans le présent document, nous nous proposons d'effectuer une analyse préliminaire de l'impact que pourrait avoir sur le redressement d'entreprises l'adoption des nouvelles dispositions proposées sur l'insolvabilité en contexte international. Nous examinons également les instances fondées sur le chapitre 15 du *Bankruptcy Code* des États-Unis qui mettent en cause des sociétés débitrices canadiennes et qui ont été instituées au cours de la première année d'existence du chapitre 15, et nous nous attardons sur certaines des différences pratiques et de principe qui existent entre les modifications proposées au Canada et celles qui ont été adoptées sous le régime du chapitre 15. Nous nous penchons également, dans le présent document, sur la question de savoir si un traitement différent des concepts de centre des intérêts principaux et d'instances principales et secondaires peut avoir une incidence sur les instances internationales, compte tenu des leçons tirées de la manière dont on traite le centre des intérêts principaux sous le régime du Règlement de la CE relatif aux procédures d'insolvabilité.

En novembre 2005, le Parlement a voté en faveur de l'adoption du projet de loi C-55, aujourd'hui le chapitre 47 des Lois du Canada, 2005, modifiant la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC)*, et créant de nouvelles dispositions législatives sur la protection des salariés². Le chapitre 47 constitue la première modification exhaustive de la *LFI* et de la *LACC* en une décennie. Les modifications que l'on propose d'apporter aux dispositions internationales reprennent le gros de la Loi type de la

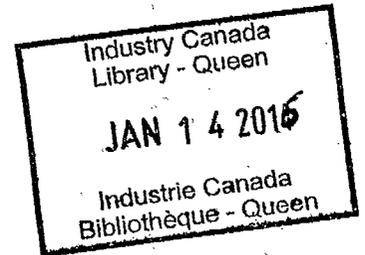
¹ M^{me} Janis Sarra, doyenne associée et professeure, Faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique; directrice, National Centre for Business Law. L'auteure remercie le BSF pour son soutien financier dans le cadre de la présente recherche.

² *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, chapitre 47, sanction royale le 25 novembre 2005, non proclamée en vigueur au 1^{er} janvier 2007 (« chapitre 47 »).

**Franchir la ligne d'arrivée : L'impact potentiel sur le redressement
d'entreprises de l'adoption des nouvelles dispositions sur l'insolvabilité
en contexte international**

Rapport soumis au Bureau du surintendant des faillites

Janis Sarra¹



I. INTRODUCTION

Dans le présent document, nous nous proposons d'effectuer une analyse préliminaire de l'impact que pourrait avoir sur le redressement d'entreprises l'adoption des nouvelles dispositions proposées sur l'insolvabilité en contexte international. Nous examinons également les instances fondées sur le chapitre 15 du *Bankruptcy Code* des États-Unis qui mettent en cause des sociétés débitrices canadiennes et qui ont été instituées au cours de la première année d'existence du chapitre 15, et nous nous attardons sur certaines des différences pratiques et de principe qui existent entre les modifications proposées au Canada et celles qui ont été adoptées sous le régime du chapitre 15. Nous nous penchons également, dans le présent document, sur la question de savoir si un traitement différent des concepts de centre des intérêts principaux et d'instances principales et secondaires peut avoir une incidence sur les instances internationales, compte tenu des leçons tirées de la manière dont on traite le centre des intérêts principaux sous le régime du Règlement de la CE relatif aux procédures d'insolvabilité.

En novembre 2005, le Parlement a voté en faveur de l'adoption du projet de loi C-55, aujourd'hui le chapitre 47 des Lois du Canada, 2005, modifiant la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC)*, et créant de nouvelles dispositions législatives sur la protection des salariés². Le chapitre 47 constitue la première modification exhaustive de la *LFI* et de la *LACC* en une décennie. Les modifications que l'on propose d'apporter aux dispositions internationales reprennent le gros de la Loi type de la

¹ M^{me} Janis Sarra, doyenne associée et professeure, Faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique; directrice, National Centre for Business Law. L'auteure remercie le BSF pour son soutien financier dans le cadre de la présente recherche.

² *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, chapitre 47, sanction royale le 25 novembre 2005, non proclamée en vigueur au 1^{er} janvier 2007 (« chapitre 47 »).

CNUDCI sur l'insolvabilité internationale³ et, lorsqu'elles seront proclamées en vigueur, elles remplaceront les dispositions internationales actuelles, la Partie XIII de la *LFI* et l'article 18.6 de la *LACC*, dans leur intégralité. Un certain nombre d'États ont aujourd'hui adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale⁴.

Les dispositions internationales qui sont actuellement en vigueur au Canada témoignent d'une reconnaissance, assez tôt, de la nécessité de faciliter les instances internationales pour les sociétés qui éprouvent des difficultés financières, et d'une reconnaissance des principes d'adhésion déférente, surtout dans le cadre d'instances qui mettent en cause le partenaire commercial le plus important du Canada, les É.-U. L'adoption de certains éléments de la Loi type peut garantir une certitude accrue dans les procédures d'insolvabilité, particulièrement dans les instances internationales qui mettent en cause des pays autres que les É.-U. Elle peut aussi contribuer à réduire les asymétries en matière de renseignements pour les créanciers et à favoriser l'équité et la certitude des procédures ainsi que la rapidité de leur déroulement⁵. Si les modifications du chapitre 47 ne correspondent pas exactement aux dispositions de la Loi type, les É.-U., eux, ont adopté en grande partie le libellé de la Loi type. Comme ils sont le ressort qui institue de loin le plus grand nombre de procédures d'insolvabilité internationale au Canada, cette divergence au niveau de la perspective législative vaut la peine que l'on s'y arrête.

Dans la Partie II, nous comparons les dispositions du chapitre 47 avec le chapitre 15 du *Bankruptcy Code* (chapitre 15) des É.-U. et la Loi type, en plus d'aborder certains des enjeux qui sont susceptibles de se présenter dans les instances internationales à venir, notamment les pouvoirs des représentants étrangers, la nécessité d'obtenir une preuve qui permet de déterminer le centre des intérêts principaux, la définition du CIP des groupes de sociétés, la relation entre l'exception d'ordre public et la reconnaissance des obligations internationales, les délais aux fins de reconnaître une instance étrangère, la portée de la suspension par suite d'une reconnaissance, les facteurs qui ont une incidence sur le pouvoir discrétionnaire d'un tribunal d'accorder des mesures de réparation, les obligations qui découlent d'une reconnaissance, et la possibilité d'instances simultanées. Ces questions se poseront probablement soit en raison des différences entre la Loi type, le chapitre 15 et le chapitre 47, soit en raison de l'absence dans les lois de dispositions particulières traitant de ces questions. Dans la Partie III, nous nous penchons sur les premières décisions qui ont été rendues sous le régime du chapitre 15 relativement à la reconnaissance d'instances étrangères canadiennes. Dans la Partie IV, nous faisons l'analyse de

³ Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, Doc. N.U. A/RES/52/158 (1997) (« Loi type »).

⁴ Elle a été adoptée en Irlande du Nord (2005), en Érythrée, en Grande-Bretagne (2006), au Japon (2000), au Mexique (2000), au Monténégro (2002), en Pologne (2003), en Roumanie (2003), en Serbie (2004), en Afrique du Sud (2000), dans les îles Vierges britanniques et aux États-Unis d'Amérique (2005).

⁵ Janis Sarra, « Northern Lights, Canada's Version of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency » (2007) 16 *International Insolvency Review* 1-43 (« Northern Lights »).

l'expérience vécue sous le régime de la réglementation de l'Union européenne sur l'insolvabilité au chapitre du centre des intérêts principaux, et cherchons à déterminer si le Canada peut en tirer des leçons.

II. COMPARAISON DES DISPOSITIONS DU CHAPITRE 47 AVEC LES DISPOSITIONS DE LA LOI TYPE ET DU CHAPITRE 15 DU *BANKRUPTCY CODE* DES ÉTATS-UNIS

L'objet explicite des modifications sur l'insolvabilité internationale proposées par le chapitre 47 est d'offrir des moyens de traiter les cas d'insolvabilité en contexte international et de favoriser la collaboration entre les tribunaux et autres autorités compétentes du Canada avec celles de ressorts étrangers dans les cas d'insolvabilité en contexte international, de garantir une certitude juridique accrue aux fins du commerce et des investissements, d'administrer de manière équitable et efficace les instances d'insolvabilité en contexte international de manière à protéger les intérêts des créanciers, des débiteurs et des autres parties intéressées, de protéger les biens du débiteur et d'en optimiser la valeur, et de faciliter le redressement des entreprises aux prises avec des difficultés financières de manière à protéger les investissements et à préserver les emplois⁶. Ces objectifs sont semblables à ceux qui sous-tendent la Loi type et le chapitre 15, destinés à favoriser la certitude et la prévisibilité des instances en matière d'insolvabilité⁷.

Aux fins d'application des dispositions internationales, si une ordonnance d'insolvabilité, de réorganisation ou autre ordonnance semblable a été rendue à l'égard d'une compagnie débitrice dans le cadre d'une instance étrangère, une copie certifiée conforme de l'ordonnance est, en l'absence de preuve contraire, la preuve que la compagnie débitrice est insolvable et la preuve de la nomination d'un représentant étranger par l'ordonnance⁸. Cette présomption existe à l'heure actuelle dans la *LFI*, mais le chapitre 47 aura pour effet d'harmoniser la *LACC* avec la *LFI* ainsi que la Loi type et les dispositions du chapitre 15⁹. Étant donné que l'accès aux lois canadiennes sur l'insolvabilité, dont les mécanismes de restructuration, repose sur la condition d'insolvabilité, cette présomption d'insolvabilité aide à garantir la reconnaissance lorsque le ressort étranger n'impose aucune condition d'insolvabilité pour accéder aux lois, notamment et surtout, pour le Canada, au chapitre 11 du *Bankruptcy Code* des É.-U. La reconnaissance d'une instance étrangère n'empêche pas les créanciers canadiens d'instituer ou de maintenir une instance en recouvrement, bien qu'elle ait pour effet de suspendre l'instance dans certaines

⁶ Articles 44, 267, modifiés par le chapitre 47.

⁷ Préambule, Loi type; article 1501 du chapitre 15 du *Bankruptcy Code* des É.-U.

⁸ Articles 59, 269, modifiés par le chapitre 47.

⁹ Article 31, Loi type.

circonstances. Le chapitre 47 cherche à harmoniser les mesures qui découlent de la reconnaissance d'une instance étrangère avec les mesures que prévoient la *LFI* ou la *LACC*¹⁰.

1. Représentant étranger

Les dispositions canadiennes ont pour objet fondamental d'assurer aux représentants étrangers un accès rapide et direct aux tribunaux canadiens et de faciliter la communication et la collaboration. Le chapitre 47, s'il est proclamé en vigueur, permettra au représentant étranger de s'adresser au tribunal pour obtenir la reconnaissance d'une instance étrangère¹¹. Les modifications prévues par le chapitre 47 aux dispositions de la *LFI* définissent le représentant étranger comme une personne ou un organe qui est autorisé dans le cadre d'une instance étrangère à administrer les biens ou les affaires d'un débiteur aux fins de réorganisation ou de liquidation¹². Le tribunal étranger est défini au chapitre 47, dans la Loi type et au chapitre 15 comme une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller des instances étrangères¹³.

La *LACC* autorise le représentant à surveiller les affaires financières ou autres de l'entreprise aux fins de réorganisation; cette disposition n'est pas expressément incluse dans la Loi type. La différence peut être attribuable à l'existence, sous le régime de la *LACC*, du contrôleur, désigné par la cour, à qui l'on confie une gamme de rôles de surveillance et de facilitation. La disposition de la Loi type précise que le représentant étranger est autorisé à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur¹⁴. Puisque la *LACC* n'est pas une loi sur la liquidation (bien qu'il y ait eu récemment un certain nombre d'instances en liquidation sous le régime de la *LACC*), elle ne contient aucun libellé semblable. La question de savoir si les représentants étrangers demanderont une ordonnance de reconnaissance plus souvent sous le régime de la *LFI* pour se prévaloir de pouvoirs qui sont plus larges que ceux que prévoit la *LACC* n'est pas sans intérêt¹⁵. Exception faite de la question de la liquidation, il semble que le représentant étranger ne puisse administrer sous le régime de la *LACC* aux fins de réorganisation.

¹⁰ Northern Lights, *supra*, note 5

¹¹ Article 269 de la *LFI*, paragraphe 46(1), modifié par le chapitre 47.

¹² Paragraphe 45(1), alinéa 268(1)*b*), modifiés par le chapitre 47.

¹³ Paragraphe 45(1), article 268, modifiés par le chapitre 47; article 2 de la Loi type.

¹⁴ Article 2 de la Loi type. Voir aussi l'article 1502 du chapitre 15 du *Bankruptcy Code* des É.-U.

¹⁵ Northern Lights, *supra*, note 5.

Tant la Loi type que les dispositions canadiennes limitent la compétence du tribunal à l'égard du représentant étranger aux fins de la demande de reconnaissance¹⁶. La demande présentée par un représentant étranger en vue d'obtenir une ordonnance n'a pour effet de soumettre ce dernier à la compétence du tribunal pour aucune fin, sauf en ce qui touche les frais de justice; le tribunal peut toutefois subordonner toute ordonnance à l'observation par le représentant étranger de toute autre ordonnance rendue par lui¹⁷. Comme pour la Loi type, il s'agit d'une « clause de sauvegarde » destinée à garantir que le tribunal n'étendra pas sa compétence à l'ensemble des biens de la compagnie débitrice au seul motif qu'une ordonnance de reconnaissance étrangère a été rendue, et à garantir que le tribunal ne fera pas valoir sa compétence sur le représentant étranger pour des questions non liées à l'insolvabilité¹⁸.

Le chapitre 15 précise qu'en cas de reconnaissance, le représentant étranger peut tenter une action ou être visé par une action devant les tribunaux américains, sous réserve des limites, le cas échéant, que le tribunal peut imposer conformément aux principes qui sous-tendent le chapitre 15¹⁹, ce qui constitue une différence marquée entre les versions américaine et canadienne de la Loi type. En effet, les dispositions canadiennes ne contiennent aucune disposition semblable et, sous le régime de la *LFI*, les représentants d'insolvabilité sont bien protégés contre les actions en justice dans la plupart des circonstances. Donc, il est probable qu'il y ait des litiges sur la portée de la responsabilité potentielle au moment de déposer une demande et d'obtenir une ordonnance de reconnaissance aux É.-U., une question qui risque de donner lieu à une recherche du tribunal le plus favorable à l'extérieur des É.-U., selon les circonstances des difficultés financières du débiteur.

2. Centre des intérêts principaux (CIP)

À l'instar de la Loi type et du chapitre 15, le chapitre 47 adopte la notion de « centre des intérêts principaux » (CIP) comme moyen de déterminer ce qui constitue une instance principale et ce qui constitue une instance secondaire. Toutefois, le CIP n'est pas défini au chapitre 47, ni au chapitre 15, ni dans la Loi type, ni dans le Règlement de la CE²⁰. Il arrive souvent que la question du CIP ne se pose pas, parce que la compagnie débitrice exerce ses activités dans le ressort

¹⁶ L'article 10 de la Loi type précise que « le seul fait qu'une demande soit présentée par un représentant étranger en vertu de la présente Loi à un tribunal du présent État ne soumet pas ledit représentant ni les biens ou affaires du débiteur à l'étranger à la compétence des tribunaux du présent État pour d'autres fins que celles indiquées dans la demande ». Voir aussi l'article 1510, chapitre 15, *Bankruptcy Code* des É.-U.

¹⁷ Articles 57, 280, chapitre 47.

¹⁸ *Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*, http://www.iiiglobal.org/organizations/uncitral/model_law.pdf, par. 94.

¹⁹ 1509 b)(1) du chapitre 15, *Bankruptcy Code* des É.-U.

²⁰ Le Règlement de la CE est étudié dans la partie IV du présent document.

dans lequel elle est enregistrée. La question du CIP se pose cependant dans les cas où le lien du débiteur avec un ressort soulève des questions. Les lois sur l'insolvabilité adoptent alors différents critères aux fins d'attribution de la compétence, y compris le critère du CIP, ou celui de savoir si le débiteur a un établissement ou des biens dans le ressort dans lequel les procédures d'insolvabilité sont ouvertes.

Les dispositions canadiennes précisent qu'en l'absence d'une preuve contraire, le siège social d'une entreprise débitrice est réputé être le centre de ses intérêts principaux; elles reprennent ainsi les dispositions de la Loi type et du chapitre 15²¹. L'« instance étrangère » sous le régime des dispositions canadiennes désigne la procédure judiciaire ou administrative, y compris la procédure provisoire, régie par une loi étrangère relative à la faillite ou à l'insolvabilité qui touche les droits de l'ensemble des créanciers et dans le cadre de laquelle les affaires financières ou autres de la compagnie débitrice sont placées sous la responsabilité ou la surveillance d'un tribunal étranger aux fins de réorganisation²². Cette définition suit donc le libellé de la Loi type et du chapitre 15²³. L'instance étrangère principale s'entend de l'instance étrangère qui a lieu dans le ressort où la compagnie débitrice a ses principales affaires, ce qui correspond à la Loi type²⁴. Aux termes de la *LFI* et de la *LACC* modifiées, la résidence du débiteur, s'il s'agit d'une personne physique, ou son siège social, s'il s'agit d'une personne morale, sera présumé être le lieu de ses affaires principales²⁵.

Toutefois, l'instance étrangère secondaire est définie de manière différente de la Loi type et du chapitre 15. Les dispositions canadiennes définissent l'instance étrangère secondaire comme étant une instance étrangère autre que l'instance étrangère principale²⁶. Au contraire, la Loi type requiert que le débiteur ait un établissement dans l'État où a lieu la procédure étrangère non principale, l'établissement étant défini comme tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services²⁷. Le chapitre 15 du *Bankruptcy Code* des É.-U. requiert également l'existence d'un

²¹ Articles 45, 268, modifiés par le chapitre 47.

²² Paragraphe 45(1), article 268, modifiés par le chapitre 47.

²³ Article 2, Loi type.

²⁴ Paragraphe 45(1), article 268, modifiés par le chapitre 47. Alinéas 17(2) a) et 2 b), Loi type. Voir également le paragraphe 1502(4), chapitre 15, *Bankruptcy Code* des É.-U.

²⁵ Articles 45, 268, modifiés par le chapitre 47.

²⁶ Paragraphe 45(1), article 268, modifiés par le chapitre 47.

²⁷ Alinéas 2 c) et f), et alinéa 17(2) b), Loi type. Le paragraphe 17(4) de la Loi type précise que les dispositions relatives à la reconnaissance n'empêchent pas la modification ou la cessation de la reconnaissance s'il apparaît que les motifs de la reconnaissance sont totalement ou partiellement absents ou qu'ils ont cessé d'exister.

établissement pour satisfaire à la définition d'instance étrangère secondaire²⁸. Au Canada, il ne sera pas nécessaire d'avoir un établissement dans le ressort étranger pour faire reconnaître une instance étrangère secondaire²⁹. On pourrait donc soutenir qu'il existe des sortes d'instances étrangères secondaires qui n'ont pas été envisagées par la Loi type ou le chapitre 15.

Si le CIP est contesté sous le régime de la Loi type, du chapitre 15 ou du chapitre 47, le tribunal tranchera la question sur le fondement de la preuve; toutefois, les lois n'offrent aucune consigne sur ce que pourrait être une preuve contraire aux fins de réfuter la présomption d'origine législative selon laquelle le CIP est le ressort où se trouve le siège social de la compagnie débitrice. Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, qui vise à établir un régime efficace en matière d'insolvabilité, définit le centre des intérêts principaux comme étant le « lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers »³⁰. Le Guide législatif de la CNUDCI indique qu'un débiteur doit entretenir un lien suffisant avec un État pour être soumis à ses lois sur l'insolvabilité³¹. La Loi type utilise la notion de CIP pour établir une distinction avec les instances susceptibles d'être reconnues comme constituant des instances étrangères « principales » aux fins de reconnaissance dans un autre ressort et, en bout de ligne, pour faciliter l'administration de l'insolvabilité. Le groupe de travail de la CNUDCI a fait remarquer que la Loi type reconnaît que la qualité de principales que l'on attribue à ces instances peut changer et qu'en conséquence l'ordonnance de reconnaissance peut devoir être modifiée ou annulée³². Le Guide pour l'incorporation de la Loi type note qu'il n'est pas souhaitable d'utiliser plus d'un critère, le CIP, pour classer une procédure dans la catégorie des procédures étrangères principales, parce que la multiplicité des critères risquerait d'entraîner des demandes concurrentes de reconnaissance de procédures étrangères comme procédure principale³³. Tout de même, la question du centre des intérêts principaux donnera certainement lieu à des litiges touchant le contrôle.

La distinction au niveau de la condition relative à l'existence d'un établissement ne permet pas de dire si la notion d'instance étrangère secondaire inclut tous les types d'instances étrangères, et si une instance instituée dans un État dans lequel le débiteur a des biens, mais aucun

²⁸ Paragraphe 1502(5), chapitre 15, *Bankruptcy Code* des É.-U. Voir, cependant la discussion ci-dessus dans *re SPinX Ltd.*, où le tribunal a conclu à l'existence d'une instance étrangère secondaire sans tenir compte du fait qu'il n'y avait aucun établissement.

²⁹ Paragraphe 45(1), article 268, modifiés par le chapitre 47.

³⁰ *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, Nations Unies, New York, 2005, par. 4, 41, reprenant le Règlement n° 1346/2000 du Conseil de l'Union européenne du mois de mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité; http://www.iiiglobal.org/organizations/uncitral/2003_Vienna_Report.PDF.

³¹ Groupe de travail V de la CNUDCI, « 0657458 Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité Note du secrétariat », document de travail, décembre 2006.

³² *Ibid.* 3.

³³ Guide pour l'incorporation de la Loi type, *supra*, note 18, par. 127.

établissement, pourrait constituer une instance étrangère autre qu'une instance étrangère principale ou qu'une instance étrangère secondaire³⁴. Bien que la Loi type n'accorde aucune reconnaissance à la procédure ouverte sur le fondement de la présence d'actifs, l'article 28 reconnaît qu'il pourrait être nécessaire dans certains cas d'ouvrir une procédure en vertu des lois de l'État en cause pour régler le sort de ces biens, à condition que le débiteur soit déjà partie à une procédure principale dans un autre État³⁵. Si le point de mire de la Loi type est celui ou celle qui a le pouvoir d'administrer les biens, Kent *et al* suggèrent que l'on ne peut toujours pas dire qui a le pouvoir de restructurer les obligations, et que l'on ne peut dire avec certitude non plus dans quelle mesure les tribunaux prendront en considération des facteurs comme l'endroit où l'entreprise est exploitée, le lieu de l'administration ou du contrôle des intérêts du débiteur, les perceptions et les attentes de tiers, et d'autres facteurs qui peuvent permettre de déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur³⁶.

Une fois que le chapitre 47 aura été proclamé en vigueur, se posera la question fondamentale de savoir quelle preuve est requise pour réfuter la présomption. La mesure dans laquelle le tribunal devra prendre en considération le CIP dans le cas d'une demande non contestée est elle aussi une question clé.

Lorsque le débiteur est une personne morale unique ayant des biens et exerçant ses activités à l'échelle internationale, la stratégie privilégiée au chapitre du dépôt d'une demande de protection dépend du lieu et du type de biens, de la nature des réclamations des créanciers, du ressort dans lequel les biens sont situés, et du lieu du siège social ou du centre des intérêts principaux³⁷. Les objectifs particuliers de l'arrangement peuvent influencer sur les choix en matière de dépôt. Ainsi, si une vente de la totalité ou presque de l'entreprise est prévue, la procédure canadienne sous le régime de la LACC peut être plus rapide et moins stricte que celle qui est instituée aux États-Unis et que le processus de vente dans ce pays. De même, le traitement de contrats exécutoires peut différer considérablement dans différents ressorts, ce qui peut jouer sur le choix des lois. Dans le contexte transfrontalier canadien/américain, le financement du débiteur-exploitant (FDE) est davantage inspiré des règles américaines et peut influencer sur le choix du régime³⁸. Dans le cadre des procédures de restructuration, les administrateurs et dirigeants tendent à recevoir un

³⁴ Andrew J.F. Kent, Stephanie Donaher et Adam Maerov. « UNCITRAL, eh? The Model Law and its Implications for Canadian Stakeholders », dans Janis Sarra, éd., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (Toronto: Carswell, 2006), p. 187.

³⁵ UNCITRAL, *supra*, note 31, par. 5.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Janis P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (Toronto: Carswell, 2007).

³⁸ À l'heure actuelle, le FDE n'est pas codifié au Canada, mais il le sera lorsque le chapitre 47 sera proclamé en vigueur. Même après la mise en application du chapitre 47, le FDE sera davantage inspiré des règles dans les instances menées sous le régime du *Bankruptcy Code* américain qu'il ne le sera sous le régime de la *LFI* ou de la *LACC*.

dédommagement plus avantageux au Canada qu'aux É.-U. et, selon la nature des réclamations déposées contre le débiteur et ses dirigeants, cela peut déterminer le lieu où le débiteur demandera la protection des lois. Les deux pays diffèrent sur le plan de la nature et de la portée des priorités et des dispositions sur les transactions inopposables, les dispositions frauduleuses et les paiements préférentiels. De plus, le chapitre 47 renforcera la priorité donnée aux réclamations des employés et offrira une solution différente de celle que proposent les É.-U. pour le traitement des conventions collectives. S'il ne demande pas la protection à titre d'entité unique et ne satisfait pas aux critères requis, le débiteur devra s'en remettre au pouvoir discrétionnaire du tribunal de se pencher sur la question de la reconnaissance dans le contexte d'un groupe de sociétés. La question de la reconnaissance des instances visant les groupes de sociétés n'étant pas traitée sérieusement, elle suscitera probablement beaucoup d'incertitudes au cours des premières années suivant l'adoption des versions américaine et canadienne de la Loi type. En outre, la distinction entre l'instance principale et l'instance secondaire ne fait aucun cas des problèmes potentiels d'accès pour les créanciers moins importants qui disposent de ressources plus modestes³⁹.

Le traitement du CIP peut avoir une incidence également sur la capacité de recueillir un financement provisoire au cours de la procédure en vue d'en arriver à un arrangement. Le Guide législatif de la CNUDCI note que de nombreux États limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement dans le contexte d'une insolvabilité. Les obstacles structurels à la fourniture de nouveaux fonds sont notamment l'absence d'un pouvoir d'origine législative, la priorité différente accordée au financement provisoire pendant la procédure de l'arrangement, la responsabilité personnelle des administrateurs et dirigeants du débiteur ou du représentant d'insolvabilité pour avoir contracté les dettes qu'un tel financement emporte, l'application des dispositions sur l'évitement aux opérations de financement, les problèmes associés à la priorité accordée au FDE, et la préférence pour la liquidation plutôt que pour le redressement, en raison de laquelle la question d'un tel financement est difficile à régler⁴⁰. À ce jour, les questions qui ont été soulevées dans le contexte du FDE ont été réglées, dans un certain nombre de cas, dans le cadre de protocoles internationaux⁴¹.

³⁹ Northern Lights, *supra*, note 5.

⁴⁰ *Digest of Financing Provisions from Cross-Border Insolvency Protocols*, International Insolvency Institute (<http://www.iiiglobal.org>); *Financing in Insolvency Proceedings*, INSOL 2006.

⁴¹ *Digest of Financing Provisions*, *ibid.*

3. Le centre des intérêts principaux (CIP) des groupes de sociétés

De plus en plus, les structures financières canadiennes sont établies en groupes de sociétés, fréquemment dans le cadre d'une structure pyramidale, et les personnes morales qui en font partie sont au Canada et à l'étranger. Ces groupes de sociétés multinationales peuvent exercer leurs activités en tant qu'entités distinctes, mais ils les exercent également dans de nombreux cas dans le cadre de structures commerciales fortement intégrées, même si les entités juridiques sont distinctes et enregistrées dans plus d'un État et qu'elles sont assujetties à de multiples régimes de lois sur l'insolvabilité.

Les tribunaux ont vu dans les protocoles d'insolvabilité internationale un moyen de faciliter les instances internationales qui mettent en cause plusieurs personnes morales liées, et de créer un cadre juridique aux fins du déroulement des procédures d'insolvabilité et de la coordination de l'administration d'un patrimoine insolvable dans un État avec l'administration dans un autre État⁴². Les tribunaux canadiens et américains ont approuvé des protocoles sur la coopération internationale. Ces ordonnances ont porté sur la coordination et la coopération au chapitre de l'administration des instances, la coordination des activités permanentes, les ventes d'actifs et la distribution de ceux-ci, les procédures de dépôt de réclamations et les questions du choix du régime législatif, ainsi que la coordination de la conception de plans dans les deux pays⁴³. Cela a permis de réduire le coût des litiges et de mettre l'accent sur les questions de restructuration plutôt que sur les litiges relatifs au conflit des lois. Ces affaires mettent en cause des compagnies débitrices canadiennes dont de nombreuses activités et de nombreux avoirs financiers sont aux États-Unis, ou vice versa, et donc des compagnies débitrices qui ont été tenues de recourir à la protection des lois sur l'insolvabilité dans les deux pays. Un protocole énonce les règles fondamentales en vertu desquelles les instances d'insolvabilité simultanées peuvent être coordonnées, respecte la souveraineté des tribunaux respectifs, harmonise les activités dans le cadre d'instances d'insolvabilité plurigouvernementales, favorise l'administration ordonnée et efficace des instances, encourage la coopération internationale et la courtoisie entre tribunaux, facilite les processus équitables ou ouverts aux fins des instances d'insolvabilité, au profit de toutes les parties, et met en place un cadre de principes généraux destiné à régler les questions administratives de base qui se posent dans le contexte d'insolvabilités internationales⁴⁴.

La question la plus importante que l'on n'ait pu régler à ce jour est celle de savoir s'il y a lieu d'énoncer une définition du CIP qui reconnaît le CIP pour les groupes de sociétés. La question du

⁴² Pour des exemples de protocoles internationaux, voir le document de la CNUDCI A/CN.9/580, paragraphes 18 à 48.

⁴³ *Northern Lights*, *supra*, note 5.

⁴⁴ *Ibid.*

ressort du dépôt de la demande de protection est complexe lorsque plusieurs entités commerciales liées sont enregistrées dans plus d'un ressort. En plus des facteurs qu'une entité unique prend en considération, de nombreuses autres questions se posent au sujet du tribunal qui convient davantage. La société mère et (ou) certaines sociétés affiliées peuvent être insolubles et d'autres, non. Les structures financières peuvent être fortement intégrées par-delà les frontières. Dans les cas où le contrôle de la direction ou du financement est centralisé, le groupe de sociétés peut devoir demander la protection concurremment dans plusieurs ressorts pour continuer à exercer ses activités, car la suspension dans un ressort ne suffit pas à permettre à une structure ainsi centralisée de poursuivre ses activités pendant le processus de négociation d'un arrangement⁴⁵. Les activités peuvent être nettement distinctes ou fortement intégrées, surtout lorsque les diverses sociétés formant le groupe de sociétés sont des fournisseurs essentiels d'autres entités du groupe, peu importe le ressort dans lequel les membres du groupe de sociétés se trouvent. La question se pose dans de nombreux secteurs. Dans un tel cas, il peut y avoir un mouvement d'actifs entre sociétés, ce qui pourrait donner lieu à des réclamations à l'encontre d'un membre insoluble du groupe de sociétés ou à des réclamations relatives à des transactions révisables dans les cas où des paiements ont été effectués au cours de la période qui précède le dépôt d'une demande de protection⁴⁶. La structure de l'endettement peut être très intégrée, et les prêts entre sociétés peuvent franchir les frontières. Une entité peut offrir des garanties pour une autre, des dirigeants de la société peuvent offrir des garanties à l'égard des dettes d'un membre du groupe de sociétés. Dans de nombreux cas, le groupe de sociétés devrait être restructuré dans le cadre d'une seule instance, mais les définitions de CIP ne semblent pas faciliter le déroulement d'une telle instance. Il y a aussi des cas où le CIP de la filiale canadienne peut être au Canada, même si le CIP de la société mère est dans un autre pays.

La notion de CIP paraît s'incarner dans la plupart des cas dans une seule entité juridique, et le libellé témoigne de l'objectif général, celui de prévenir les demandes concurrentes pour une instance principale. Or, dans les faits, de nombreuses insolvabilités en contexte international mettent en cause des groupes de sociétés, dont des succursales, des filiales, des sociétés affiliées et des accords de coentreprise. Il est possible que la société mère ou l'une ou plusieurs de ses filiales soient insolubles. L'omission de la Loi type, du chapitre 47 et du chapitre 15 de traiter de la question des groupes de sociétés et la tâche complexe qui en résulte de déterminer le CIP n'est pas sans conséquence au Canada, où de nombreuses instances d'insolvabilité mettent en cause des groupes de sociétés qui exercent leurs activités dans plus d'un ressort.

La question de savoir si le CIP peut être défini dans certaines circonstances de manière à permettre aux membres d'un groupe de sociétés de regrouper tous leurs CIP dans un seul état,

⁴⁵ Sarra, *supra*, note 37.

⁴⁶ *Ibid.*

même lorsque leurs sièges sociaux se trouvent dans des états différents, est une question fondamentale. Il faudrait à cet égard élaborer une définition du CIP pour les groupes de sociétés qui soit utile dans le cadre des arrangements globaux, mais une telle définition pourrait se révéler problématique pour les droits des créanciers dans les divers ressorts où ces derniers faisaient affaires avec des sociétés enregistrées dans ces ressorts, lesquels créanciers pourraient souhaiter obtenir une réparation relativement à l'entité commerciale en question dans ce ressort. Subsidiairement, l'on pourrait admettre que le CIP peut se trouver dans plusieurs états, mais alors il faudrait recourir à des protocoles pour faciliter les cas où il est plus efficace d'administrer l'instance collectivement dans l'état d'origine de la société mère. Les deux stratégies reconnaîtraient les groupes de sociétés. Toutefois, la conceptualisation d'une définition du CIP d'un groupe de sociétés qui peut être appliquée à bon droit à plusieurs ressorts relèvera du défi. L'objectif consiste à accroître la coordination, à accélérer le processus, à faire un usage efficace du temps des professionnels de l'insolvabilité, et à assurer le traitement équitable des créanciers locaux.

Au chapitre de la reconnaissance du CIP d'un groupe de sociétés, il importe de ne pas élargir indûment le droit interne. Par ailleurs, il est nécessaire de reconnaître que, sur le plan opérationnel, les entités qui forment le groupe de sociétés peuvent être très intégrées et très réglementées dans chacun des ressorts dans lesquels elles sont enregistrées. Ainsi, si une société mère est située au Canada, mais qu'elle exploite des filiales dans cinq autres ressorts, les lois canadiennes en matière d'insolvabilité et de faillite s'appliqueraient-elles dans ces autres ressorts? En l'absence d'une entente entre les parties visant à appliquer les lois canadiennes à une organisation commerciale intégrée, cela pourrait constituer un élargissement indu de la portée des lois canadiennes et porter préjudice aux créanciers qui se trouvent dans les ressorts où l'ordre de priorité ou de préférence diffère, et dans les cas où il existe des protections d'origine législative comme la « protection suffisante » sous le régime des lois sur l'insolvabilité des ressorts dans lesquels les filiales se trouvent. Toutefois, il est tout aussi important que la portée des lois internes du ressort où se trouvent les filiales ne s'étende pas indûment à la société mère qui se trouve à l'extérieur de ce ressort. Le critère du centre des intérêts principaux ne tient pas réellement compte des groupes de sociétés, à moins que celles-ci ne soient à ce point intégrées qu'un tribunal peut écarter le voile de la personnalité juridique. Or, la jurisprudence qui touche le droit commercial au Canada et dans de nombreux autres ressorts indique que rares sont les cas où le voile corporatif sera levé⁴⁷. En présence d'une entreprise multinationale, à la tête de laquelle se trouve une société mère contrôlante, se pose la question de savoir si la société mère pourrait à quelque moment que ce soit être tenue responsable des dettes de ses filiales insolubles qui exercent leurs activités dans d'autres ressorts.

⁴⁷ Même dans un tel cas, des questions de conflit de lois se poseront probablement.

Il arrive souvent que des instances simultanées qui visent des sociétés liées soient instituées dans plusieurs ressorts, bien qu'elles puissent ou non favoriser un règlement global de l'insolvabilité des compagnies débitrices, particulièrement dans les pays où les régimes diffèrent au chapitre des objectifs de liquidation ou de redressement, ou dans les pays où les procédures de règlement des difficultés financières des sociétés varient considérablement. Le gros de l'expérience internationale du Canada touche les États-Unis, où il existe une certaine compatibilité sur le plan des protections procédurales et une harmonisation sensible (quoique que loin d'être complète) des lois sur l'insolvabilité. Toutefois, lorsque les systèmes divergent, la question du centre des intérêts principaux et la manière dont cela pourrait jouer à l'égard des groupes de sociétés qui franchissent les frontières reste ouverte.

S'agissant d'une instance internationale mettant en cause un groupe de sociétés qui exerce ses activités dans un certain nombre de ressorts, la facilité avec laquelle le débiteur sera en mesure de restructurer ses activités dépendra dans une large mesure de la volonté du tribunal de prononcer des mesures qui auront pour effet de faciliter la restructuration, sans pour autant être incompatibles avec les lois internes⁴⁸. Étant donné que les différents régimes à l'échelle internationale ont adopté des conceptions normatives différentes de l'insolvabilité et mettent l'accent en particulier sur le redressement ou la liquidation ou une combinaison des deux options, il peut être plus difficile d'effectuer une restructuration à titre de groupe de sociétés si les tribunaux interprètent de manière restrictive le critère du CIP fondé sur chaque entité aux fins de reconnaissance ou qu'ils ne sont pas disposés à rendre certaines ordonnances au motif qu'elles ne sont pas compatibles avec le droit interne⁴⁹. Jusqu'à ce que les tribunaux se soient prononcés sur le sens des termes « preuve contraire » dans le critère du CIP, il y aura des coûts de transactions considérables dans le cadre des litiges touchant cette reconnaissance et (ou) dans le cadre de dépôts multiples dans plus d'un ressort pour éviter tout préjudice attribuable à la répugnance des tribunaux de reconnaître des instances mettant en cause des groupes de sociétés. La question se pose de savoir si le contrôle étendu qu'exerce une société mère sur une filiale sera suffisant pour réfuter la présomption selon laquelle le lieu du siège social de la filiale constitue son CIP⁵⁰.

Le recours à des protocoles internationaux ou autres mécanismes destinés à régler les questions procédurales et administratives entre les différents ressorts pourrait faire en sorte que les tribunaux ne soient pas requis de déterminer le CIP d'un groupe de sociétés unique, mais la

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Kent *et al, supra*, note 34, p. 187.

procédure d'arrangement qui se déroule dans le cadre d'instances multiples à l'échelle internationale risque d'accroître considérablement les coûts de transactions d'un arrangement global et de forcer dans une certaine mesure la liquidation prématurée dans certains des ressorts.

La question de savoir si l'on doit élaborer une notion de centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés et celle de savoir si des règles internationales d'adhésion déférente et de coopération seront suffisantes pour régler la situation d'entreprises multinationales étroitement intégrées suscitent un débat à l'heure actuelle. Le groupe de travail de la CNUDCI sur les groupes de sociétés en est aux premières étapes de l'examen de la question de savoir s'il y a lieu d'établir une notion de « centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés » dans les cas où il y a un fort degré d'intégration entre les membres du groupe de sociétés et où le groupe exerce ses activités essentiellement comme une entité unique⁵¹. La notion pourrait être définie en fonction de la manière dont les décisions stratégiques, de gestion et financières du groupe sont prises ou exécutées et du lieu où ces décisions sont prises, et en fonction des perceptions des créanciers de cet endroit⁵². Le CIP déterminerait le ressort dans lequel l'instance principale en insolvabilité contre un groupe de sociétés ou un ou plusieurs de ses membres devrait être introduite, ainsi que la loi qui s'appliquerait aux fins d'ouverture et d'administration de l'instance.

Le groupe de travail a fait remarquer que, si l'adoption d'une telle solution dépend de l'intégration étroite du groupe, il faudrait déterminer le niveau d'intégration requis⁵³. Cela imposerait un certain fardeau aux créanciers, qui devraient tenter de déterminer si la société avec laquelle ils font affaires est membre d'un groupe de sociétés. Bien que cela puisse ne poser aucune difficulté pour les prêteurs principaux, qui peuvent exiger qu'on leur communique de tels renseignements au titre de la vérification diligente pour prendre des décisions en matière de crédit, une telle solution serait très difficile pour les fournisseurs, les employés et autres créanciers qui doivent composer avec des asymétries au niveau des négociations et des renseignements.

Le groupe de travail fait remarquer que la reconnaissance du CIP d'un groupe de sociétés peut mener à l'ouverture d'une instance principale en insolvabilité à l'endroit où se trouve le CIP du groupe, peu importe que la société mère ou d'autres filiales enregistrées dans cet endroit soient elles aussi assujetties à l'insolvabilité; et il serait peut-être nécessaire d'instituer une instance locale au lieu de constitution de la filiale insolvable pour régler ses affaires et ses biens.

⁵¹ UNCITRAL, *supra*, note 31, p. 6.

⁵² *Ibid.*, citant Gabriel Moss et Christoph Paulus, « The Urgent Need for Reform—What and When? Current Trends in European Rescue and the Impact of the European Insolvency Regulation » (15 juillet 2005).

⁵³ *Ibid.* p. 6.

Subsidiairement, il indique que l'on pourrait aussi faire en sorte que le CIP du groupe soit réputé être celui de la société mère, de sorte que toutes les filiales aient elles aussi le même CIP. La compétence aux fins de l'ouverture de l'instance n'aurait rien à voir avec le lieu de constitution ou du siège social⁵⁴. La notion de centre des intérêts principaux du groupe de sociétés pourrait faciliter l'ouverture et l'administration collectives des instances en insolvabilité⁵⁵.

Au Canada, on a recouru notamment au regroupement pour régler la situation des groupes de sociétés, et cette expérience est évaluée par le groupe de travail de la CNUDCI, qui tente de déterminer notamment la manière dont une telle solution pourrait permettre de traiter les prêts interentreprises. Lorsqu'il y a un regroupement effectif des instances internationales, se pose également la question de savoir s'il devrait y avoir des comités de créanciers, qui représenteraient les créanciers de la société mère débitrice ainsi que ceux des filiales du groupe de sociétés. Même une telle structure peut créer des obstacles à la participation des créanciers non garantis dans les cas où ils se trouvent dans des ressorts autres que celui de l'instance principale. Elle peut aussi soulever une question quant au respect de la capacité des employés et des retraités de participer à une procédure d'arrangement lorsque l'instance qui vise le groupe de sociétés ne se déroule pas dans leur ressort. Il pourrait aussi en découler des obstacles à la participation au chapitre des renseignements et des coûts, lesquels empêcheraient le tribunal de connaître tous les intérêts en jeu devant lui au moment de rendre des décisions de fond relativement à l'instance. Sont en cause également les notions d'attentes raisonnables des créanciers, ainsi que des questions d'intérêt et d'ordre public relativement au caractère équitable et efficace du régime d'insolvabilité canadien. Dans leur application des dispositions du chapitre 47, les tribunaux canadiens devront s'intéresser de près à l'incidence que la reconnaissance d'une instance étrangère principale visant un groupe de sociétés aura sur les droits substantifs et procéduraux des parties intéressées au Canada.

4. Exception d'ordre public et reconnaissance des obligations internationales

Les dispositions du chapitre 47 ne contiennent pas l'exception d'ordre public qui est énoncée à l'article 6 de la Loi type et à l'article 1506 du chapitre 15, à savoir qu'aucune disposition de la Loi n'interdit au tribunal de refuser de prendre une mesure régie par cette Loi, lorsque ladite mesure serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État en question⁵⁶. Le Guide pour

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ L'article 1506 du chapitre 15 du *Bankruptcy Code* des É.-U. reprend le libellé et précise ceci : [TRADUCTION] « Aucune disposition du présent chapitre n'a pour effet d'empêcher le tribunal de refuser de prendre une mesure régie par le présent chapitre qui serait manifestement contraire à l'ordre public des États-Unis ».

l'incorporation de la Loi type indique que l'emploi du terme « manifestement » visait à insister sur le fait que les exceptions d'ordre public devraient être interprétées de manière restrictive et ne devraient être invoquées que dans des circonstances exceptionnelles pour des questions d'une importance fondamentale pour l'État adoptant ou soulevant des principes de droit fondamentaux⁵⁷.

Toutefois, malgré l'absence d'une exception d'ordre public au chapitre 47, les tribunaux canadiens jouissent sans doute déjà d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour prendre en considération les objectifs d'ordre public. La jurisprudence est truffée de renvois aux inquiétudes des tribunaux relativement aux objectifs d'ordre public qui sous-tendent la loi. On retrouve également une disposition qui précise que le tribunal canadien n'est pas tenu de rendre des ordonnances qui sont contraires au droit canadien ou de donner effet aux ordonnances rendues par un tribunal étranger⁵⁸. Ce libellé a été tiré des dispositions existantes. On pourrait soutenir qu'il confère aux tribunaux canadiens le pouvoir de refuser de rendre une ordonnance ou de donner effet à une ordonnance contraire à l'ordre public. De même, les tribunaux pourraient appliquer la règle d'interprétation selon laquelle, lorsque les législateurs ont expressément adopté certaines dispositions de la Loi type et en ont écarté d'autres, ils avaient l'intention de ne pas inclure ces dispositions, qui ne peuvent être considérées comme faisant partie de la loi. Toutefois, étant donné que les tribunaux tiennent compte depuis longtemps de facteurs liés à l'ordre public, il est probable qu'ils maintiennent cette démarche fondée sur l'objet pour interpréter la loi sur l'insolvabilité même dans les cas où l'exception d'ordre public de la Loi type et du chapitre 15 n'est pas expressément adoptée⁵⁹.

Les dispositions canadiennes permettent à un représentant étranger de présenter une demande en vertu de la *LF* ou de la *LACC* même lorsqu'un appel a été interjeté ou une révision demandée dans le ressort étranger; elles conservent ainsi le libellé tiré des dispositions internationales actuelles⁶⁰. Il n'existe pas d'article parallèle dans la Loi type ou au chapitre 15. Le représentant étranger ou toute autre personne intéressée sont libres également d'invoquer toute règle de droit ou d'*equity* relative à la reconnaissance des ordonnances étrangères en matière d'insolvabilité et à l'assistance à prêter aux représentants étrangers, dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec les dispositions de la *LF* ou de la *LACC*⁶¹ modifiées.

Pourrait se poser également la question d'une tension entre les priorités locales et les priorités internationales. Les tribunaux canadiens ont reconnu les aspects d'intérêt public de la

⁵⁷ Guide pour l'incorporation de la Loi type, *supra*, note 18, al. 20 e) et par. 87 et 89.

⁵⁸ Paragraphes 61(2), 284(2), modifiés par le chapitre 47.

⁵⁹ Northern Lights, *supra*, note 5.

⁶⁰ Articles 58, 281, modifiés par le chapitre 47.

⁶¹ Paragraphes 61(1), 284(1), modifiés par le chapitre 47.

restructuration; plus particulièrement, la souplesse de la *LACC* a permis aux tribunaux de soupeser les intérêts en cause et le risque de préjudice sur le fondement de l'intérêt public⁶².

Les dispositions canadiennes ne reprennent pas non plus l'article d'interprétation de la Loi type, qui précise que, « pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi »⁶³. La disposition a été modelée sur les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, dont l'objet est d'harmoniser l'interprétation⁶⁴. La notion de bonne foi dans les opérations commerciales n'est pas consacrée dans la jurisprudence canadienne⁶⁵. Il est intéressant de noter que, si le chapitre 15 de la loi américaine adopte largement la Loi type, il refuse cependant d'adopter l'exigence relative à la bonne foi, l'article 1508 du *Bankruptcy Code* précisant uniquement que le tribunal prend en considération l'origine internationale du chapitre 15 et la nécessité de promouvoir une application du chapitre qui soit conforme à l'application de lois semblables adoptées par des ressorts étrangers. Donc, entre le Canada et les États-Unis, la question de la bonne foi ne soulèvera probablement aucune difficulté.

5. Demande de reconnaissance

Sous le régime des modifications proposées par le chapitre 47, le représentant étranger peut demander au tribunal de reconnaître l'instance étrangère pour laquelle il a qualité⁶⁶. Ce droit d'accès direct reprend le libellé et les objectifs de la Loi type et du chapitre 15⁶⁷. Les dispositions créent une procédure de reconnaissance simplifiée. La partie qui demande la reconnaissance doit déposer une copie certifiée conforme de l'acte introductif de l'instance étrangère ou le certificat délivré par le tribunal étranger attestant l'introduction de celle-ci; une copie certifiée conforme de l'acte autorisant le représentant étranger à agir à ce titre; et une déclaration faisant état de toutes les instances étrangères visant le débiteur qui sont connues du représentant étranger⁶⁸. Le tribunal, peut, sans preuve supplémentaire, accepter ces documents comme preuve du fait qu'il s'agit d'une instance étrangère et que le demandeur est le représentant étranger dans le cadre de celle-ci⁶⁹. En l'absence de ces documents, le tribunal peut accepter toute autre preuve — qu'il estime indiquée — de l'introduction de l'instance étrangère et de la

⁶² Pour une analyse exhaustive, voir Sarra, *supra*, note 37.

⁶³ Article 8, Loi type.

⁶⁴ Guide pour l'incorporation de la Loi type, *supra*, note 18, par. 91.

⁶⁵ Voir, par exemple, *Re Stelco Inc.* *supra*, note 21.

⁶⁶ Paragraphes 46(1), 269(1), modifiés par le chapitre 47.

⁶⁷ L'article 9 de la Loi type précise que le « représentant étranger est habilité à s'adresser directement à un tribunal du présent État ».

⁶⁸ Paragraphes 46(2), 269(2), modifiés par le chapitre 47.

⁶⁹ Paragraphes 46(3), 269(3), modifiés par le chapitre 47.

qualité du représentant étranger⁷⁰. Ces dispositions suivent de près le libellé de la Loi type et du chapitre 15⁷¹.

S'il est convaincu que la demande de reconnaissance vise une instance étrangère et que le demandeur est un représentant étranger dans le cadre de celle-ci, le tribunal reconnaît, par ordonnance, l'instance étrangère en cause, et précise dans l'ordonnance s'il s'agit d'une instance étrangère principale ou secondaire⁷². Donc, une fois les documents requis déposés, l'ordonnance de reconnaissance est rendue automatiquement. Ces dispositions reprenant le libellé de la Loi type et du chapitre 15 du *Bankruptcy Code* des É.-U., il en résultera une uniformité au chapitre de la reconnaissance d'instances étrangères⁷³. Dans le contexte des instances internationales canadiennes-américaines, cela devrait réduire considérablement l'incertitude qui découle du pouvoir discrétionnaire des tribunaux américains, sous le régime de l'ancien article 304, de refuser de rendre des ordonnances dans le cadre d'une instance de reconnaissance. Bien qu'il y ait eu moins d'incertitude au Canada relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire aux fins de reconnaître une instance étrangère, la nature obligatoire de la disposition assurera néanmoins aux débiteurs une plus grande certitude concernant la portée des ordonnances qui seront rendues relativement à la reconnaissance d'une instance étrangère principale.

Si la Loi type précise que la décision relative à une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère est rendue le plus tôt possible, les dispositions canadiennes sont muettes à cet égard⁷⁴. Toutefois, nombre des demandes présentées sous le régime de la *LFI* et de la *LACC* sont, à l'heure actuelle, présentées en « temps réel », surtout compte tenu du fait que le Canada a doté ses cours supérieures de divisions commerciales en Ontario, au Québec et en Colombie-Britannique, et que des membres spécialisés de la magistrature entendent et tranchent des procédures d'insolvabilité dans d'autres provinces importantes comme l'Alberta. Comme ces quatre provinces comptent approximativement 85 % de toutes les instances instituées sous le régime de la *LACC* au Canada et la plupart des procédures commerciales instituées sous le régime de la *LFI*, l'on s'attend à ce que les mesures internationales soient réglées rapidement, même en l'absence d'un libellé semblable à celui de la Loi type⁷⁵.

Sous le régime des dispositions canadiennes, il incombe au représentant étranger d'informer sans délai le tribunal de toute modification sensible de l'état de l'instance étrangère reconnue, de toute modification sensible de sa qualité, de toute autre instance étrangère visant le débiteur qui

⁷⁰ Paragraphes 46(4), 269(4), modifiés par le chapitre 47. Le tribunal peut exiger la traduction de tout document joint à la demande, par. 46(5).

⁷¹ Articles 15 et 16, Loi type. Voir aussi les articles 1515 et 1516, chapitre 15, *Bankruptcy Code* des É.-U.

⁷² Paragraphes 47(1) (2), 270(1)(2), modifiés par le chapitre 47.

⁷³ Article 1517, chapitre 15, *Bankruptcy Code* des É.-U..

⁷⁴ Paragraphe 17(3), Loi type. Voir également l'article 1515, chapitre 15, *Bankruptcy Code* des É.-U.

⁷⁵ Sarra, *supra*, note 37.

a été portée à sa connaissance; là encore, ce libellé est semblable à celui de la Loi type et du chapitre 15⁷⁶. Le représentant étranger est tenu également de publier, sans délai après le prononcé de l'ordonnance, une fois par semaine pendant deux semaines consécutives, ou selon les modalités qui y sont prévues, dans le journal ou les journaux au Canada qui y sont précisés, un avis contenant les renseignements prescrits⁷⁷. Cette disposition rend les exigences en matière de notification de changement plus spécifiques que celles qui sont énoncées soit dans la Loi type, soit au chapitre 15 de la loi américaine, bien que les règles de pratique et autres dispositions du *Bankruptcy Code* des É.-U. imposent des exigences au chapitre de la notification et des documents à produire.

6. Suspension de l'instance

Une fois le représentant étranger et l'instance étrangère reconnus, la suspension est automatique, sous réserve de toute condition que le tribunal peut imposer. Toutefois, le moyen par lequel la suspension se produit diffère sous le régime de la *LFI* et de la *LACC*. Sous le régime de la *LFI*, la suspension est automatique, alors que, sous le régime de la *LACC*, cette suspension doit être ordonnée par le tribunal saisi de l'instance⁷⁸. Cette distinction témoigne de la manière dont les suspensions sont traitées à l'heure actuelle sous le régime des deux lois pour ce qui est d'instituer une instance locale.

Lorsque le tribunal reconnaît une instance étrangère principale, les dispositions du chapitre 47 qui concernent la *LACC* précisent que le tribunal, par ordonnance, selon les modalités qu'il estime indiquées, suspend, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime de la *LFI* ou de la *LLR*; sursoit, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie; interdit, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie; et interdit à la compagnie de disposer, notamment par vente, des biens de son entreprise situés au Canada hors du cours ordinaire des affaires ou de ses autres biens situés au Canada⁷⁹.

Les dispositions du chapitre 47 qui touchent la *LFI* sont semblables, mais elles témoignent tant de la nature automatique des suspensions initiales prévues par la *LFI* que du fait que les dispositions de la *LFI* visent également les particuliers. Donc, le paragraphe 271(1) précise que, si un débiteur exploite une entreprise, la reconnaissance d'une instance étrangère principale a

⁷⁶ Articles 53, 276, modifiés par le chapitre 47. Article 18, Loi type. Voir aussi l'article 1518, chapitre 15, *Bankruptcy Code* des É.-U.

⁷⁷ Articles 53, 276, modifiés par le chapitre 47.

⁷⁸ Articles 48, 271, modifiés par le chapitre 47.

⁷⁹ Paragraphe 48(1), modifié par le chapitre 47. Il reprend le libellé de l'article 20 de la Loi type.

pour effet d'interdire à la société de disposer, notamment par vente, des biens hors du cours ordinaire des affaires.

La suspension que prévoient les dispositions canadiennes est assujettie à trois conditions. Premièrement, l'ordonnance doit être compatible avec les autres ordonnances rendues sous le régime de la loi⁸⁰. Deuxièmement, ces dispositions ne s'appliquent pas si au moment où l'ordonnance est rendue une procédure a déjà été intentée sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI* contre la compagnie débitrice⁸¹. Troisièmement, l'ordonnance de reconnaissance n'a pas pour effet d'empêcher la compagnie débitrice d'intenter ou de continuer une procédure sous le régime de la *LACC*, de la *LFI* ou de la *LLR*⁸².

Les dispositions relatives à la suspension visent à assurer le déroulement ordonné, équitable et rapide des instances en contexte international. La nature automatique de la suspension une fois que le tribunal est convaincu qu'il convient de rendre une ordonnance de reconnaissance facilite la tâche du débiteur d'obtenir des fonds d'exploitation pendant la période de l'arrangement en garantissant une instance dont la certitude et la prévisibilité sont accrues. Par ailleurs, le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire d'assortir l'ordonnance de certaines conditions, ce qui lui permet de protéger son pouvoir de superviser ses propres procédures et de favoriser l'atteinte des objectifs d'intérêt public qui sous-tendent les lois canadiennes sur l'insolvabilité⁸³.

La portée de la suspension aux termes du chapitre 47 est aussi générale qu'elle l'est sous le régime du chapitre 15. Une fois l'instance étrangère principale reconnue, les actions individuelles du créancier et les procédures visant les biens, les droits, les obligations ou le passif du débiteur sont suspendues automatiquement, les mesures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites ou suspendues, et le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement est suspendu⁸⁴. Cette suspension accorde à la compagnie débitrice la latitude dont elle a besoin pour empêcher les créanciers de prendre des mesures pour faire valoir leurs réclamations sur les biens jusqu'à ce que les procédures appropriées soient mises en place aux fins du redressement ou de la liquidation de la compagnie débitrice ou d'une combinaison de ces options. En retour, on vise ainsi à promouvoir le déroulement ordonné et équitable de l'instance internationale.

Dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type, on peut lire que la suspension automatique est justifiée même si l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux impose des conditions

⁸⁰ Paragraphes 48(2), 271(2), modifiés par le chapitre 47.

⁸¹ Paragraphes 48(3), 271(3), modifiés par le chapitre 47.

⁸² Paragraphes 48(4), 271(4), modifiés par le chapitre 47.

⁸³ *Northern Lights*, *supra*, note 5.

⁸⁴ Alinéas 20(1) a), b) et c), Loi type.

différentes aux fins d'ouverture d'une procédure ou que les effets automatiques de la procédure dans le pays d'origine sont différents de la mesure automatique accordée par l'État adoptant⁸⁵. La Loi type prévoit que la portée de cette mesure automatique peut être limitée par des exceptions d'origine législative sous le régime des lois internes et maintient la possibilité d'exclure ou de limiter les actions au profit de l'instance étrangère⁸⁶.

Sont remarquablement absents des dispositions canadiennes l'article 22 de la Loi type et l'article 1522 du chapitre 15, qui précisent que, lorsqu'il accorde ou refuse toute mesure, le tribunal doit s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont suffisamment protégés, ce qui permet au tribunal d'imposer des conditions, de modifier les ordonnances ou de faire cesser la mesure ainsi qu'il le juge approprié⁸⁷. L'omission est probablement attribuable au fait que la loi canadienne sur l'insolvabilité ne consacre à l'heure actuelle aucune notion de protection suffisante, comme cela existe à l'heure actuelle aux États-Unis et dans certains autres ressorts. Le tribunal peut également, à la demande du représentant étranger ou de toute personne lésée par la mesure accordée, ou statuant d'office, modifier ou faire cesser la mesure en question. De même, les dispositions canadiennes ne contiennent aucune disposition expresse semblable à l'article 1523 du chapitre 15 et à l'article 23 de la Loi type — intitulé « Actions visant à annuler les actes préjudiciables aux créanciers » — aux termes duquel dans les cas où le représentant étranger a capacité pour engager des actions, le tribunal doit s'assurer que l'action se rapporte à des biens qui, en vertu de la loi de l'État, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale. L'article 23 de la Loi type ne figure pas dans les modifications de la LACC qui sont prévues au chapitre 47, car la LACC ne permet pas expressément au contrôleur d'instituer des actions en annulation⁸⁸. Toutefois, sous le régime du chapitre 47, une fois qu'une ordonnance reconnaissant une instance étrangère est rendue, le tribunal peut nommer un syndic qui, à titre de séquestre, prendra les mesures que le tribunal juge appropriées, ce qui semblerait lui

⁸⁵ Guide pour l'incorporation de la Loi type, *supra*, note 18, par. 143.

⁸⁶ Article 6, Loi type. L'article 7 de la Loi type précise qu'aucune disposition de la loi ne limite le pouvoir d'un tribunal ou d'une personne ou d'un organe administrant un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant de fournir une assistance additionnelle à un représentant étranger en vertu d'autres loi de cet État.

⁸⁷ Article 22, Loi type. Voir aussi l'article 1522, chapitre 15, *Bankruptcy Code* des É.-U., qui prescrit que a) le tribunal peut accorder une mesure en vertu de l'article 1519 ou de l'article 1521 ou modifier ou faire cesser cette mesure en vertu de l'alinéa c) uniquement si les intérêts des créanciers et autres entités intéressées, y compris ceux du débiteur, sont suffisamment protégés; b) le tribunal peut subordonner la mesure accordée en vertu de l'article 1519 ou de l'article 1521 ou l'exploitation de l'entreprise du débiteur en vertu du paragraphe 1520 a) (3) à des conditions qu'il juge indiquées, notamment à celle de donner une garantie ou de déposer une caution; c) le tribunal, peut, à la demande du représentant étranger ou d'une entité lésée par la mesure accordée en vertu de l'article 1519 ou de l'article 1521, ou de son propre chef, modifier ou faire cesser cette mesure; d) l'alinéa 1104 d) s'applique à la nomination d'un examinateur sous le régime du présent chapitre. L'examinateur doit satisfaire aux exigences en matière de qualification qui sont imposées au syndic par l'article 322.

⁸⁸ *Ibid.*

permettre de donner suite aux traitements préférentiels et autres transactions sous-évaluées conformément à la *LFI*.

Les dispositions relatives à la protection suffisante ont pour but d'assurer un équilibre entre la mesure accordée au représentant étranger et les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées qui peuvent être lésées par la mesure accordée⁸⁹. Toutefois, bien qu'il n'y ait aucune disposition spécifique dans le chapitre 47, les tribunaux canadiens, aux fins d'accorder des mesures, tentent d'établir un équilibre entre les intérêts d'une partie et le préjudice subi par l'autre lorsqu'ils prennent en considération les intérêts du débiteur, des créanciers, des employés et des autres parties intéressées. Bien que cette démarche n'ait pas été entreprise dans le contexte d'une codification stricte de la « protection suffisante », le tribunal a quand même été en mesure de prendre en considération des intérêts multiples aux fins d'accorder une mesure. De plus, il vaut la peine de noter que le *Bankruptcy Code* des É.-U. consacre depuis longtemps le concept de la protection suffisante alors que les lois canadiennes sur l'insolvabilité n'en font rien; cela n'a pas empêché le déroulement ordonné d'instances internationales⁹⁰. Donc, cette distinction dans le libellé ne devrait pas faire obstacle à une collaboration et une coordination accrues dans le contexte international.

Le paragraphe 20(4) de la Loi type et l'article 1520 du chapitre 15 prescrivent que la disposition relative à la suspension n'affecte pas le droit d'engager des actions ou procédures individuelles, dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur. Cette disposition ne figure pas dans le chapitre 47. À l'heure actuelle, sur demande, le tribunal canadien lèvera la suspension pendant une période limitée ou à une fin limitée pour permettre aux parties d'instituer des procédures en vue de préserver des créances dans les cas où la partie qui cherche à faire lever la suspension subit un préjudice. Les modifications proposées à la *LFI* et à la *LACC* n'y changent rien, harmonisant essentiellement ce que les parties étrangères doivent faire avec la manière dont ces demandes sont traitées dans le cadre d'instances locales.

7. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'accorder une mesure

Les dispositions canadiennes confèrent également au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre un certain nombre d'autres ordonnances, semblables aux dispositions du chapitre 15 et de la Loi type⁹¹. Une fois l'ordonnance de reconnaissance rendue, le tribunal canadien peut rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée s'il est convaincu que la mesure est nécessaire

⁸⁹ Guide pour l'incorporation de la Loi type, *supra*, note 18, par. 161.

⁹⁰ Northern Lights, *supra*, note 5.

⁹¹ Article 21, Loi type.

pour protéger les biens de la compagnie débitrice ou les intérêts des créanciers. S'il s'agit d'une instance étrangère secondaire, le tribunal peut rendre des ordonnances semblables à celles qui sont prévues à l'égard d'une instance principale, comme suspendre toute procédure d'insolvabilité intentée sous le régime de la loi interne, surseoir à la continuation de toute action contre la compagnie débitrice, ou interdire à celle-ci de disposer de biens hors du cours ordinaire des affaires. Le tribunal peut également ordonner l'interrogatoire des témoins, régir la manière de recueillir des preuves ou fournir des renseignements concernant les biens, affaires financières et autres, dettes, obligations et engagements de la compagnie débitrice, et peut autoriser le représentant étranger à surveiller les affaires financières et autres de la compagnie débitrice qui se rapportent à des opérations au Canada aux fins de réorganisation⁹².

Cette mesure peut consister notamment à ordonner la réalisation des biens du débiteur ou la suspension des transferts ou de la disposition des biens du débiteur et, dans le cas des modifications à la *LFI*, à accorder au représentant étranger la capacité d'administrer les biens du débiteur situés au Canada et à habiliter un syndic ou séquestre à prendre possession des biens du débiteur au Canada et à prendre toute mesure que le tribunal juge appropriée dans les circonstances. Ce libellé reprend celui de la Loi type et du chapitre 15 du *Bankruptcy Code* des É.-U.⁹³.

Aux termes de la Loi type, le tribunal peut prendre des mesures provisoires en attendant le prononcé de la décision relative à la reconnaissance⁹⁴. L'article 19 de la Loi type vise à permettre au tribunal d'accorder d'urgence, à sa discrétion, des mesures pour protéger les biens du débiteur et les intérêts des créanciers entre l'introduction d'une demande de reconnaissance et le prononcé de la décision relative à la reconnaissance⁹⁵. Le chapitre 15 américain prévoit aussi les cas où il est nécessaire d'accorder des mesures d'urgence⁹⁶. Bien que ce pouvoir ne soit pas expressément prévu au chapitre 47, les tribunaux canadiens jouissent déjà d'un vaste pouvoir discrétionnaire d'accorder des mesures provisoires, dont celui d'accorder des mesures provisoires en attendant le prononcé d'une décision dans le cadre d'une demande de reconnaissance.

Sous le régime des dispositions canadiennes, le pouvoir discrétionnaire du tribunal est subordonné à la restriction suivante : si, au moment où l'ordonnance de reconnaissance de

⁹² Paragraphe 49(1), article 272, modifiés par le chapitre 47.

⁹³ Le paragraphe 1520(a)(3) du *Bankruptcy Code* habilite le représentant étranger, sauf ordonnance contraire de la cour, à exploiter l'entreprise de la compagnie débitrice et à exercer les droits et pouvoirs d'un syndic aux fins de vente ou d'utilisation de biens et de privilèges grevant des biens acquis par la suite. Ces pouvoirs se limitent aux biens de la compagnie débitrice qui se trouvent dans les limites territoriales des États-Unis.

⁹⁴ Article 19, Loi type; Guide pour l'incorporation de la Loi type, *supra*, note 18, par. 30.

⁹⁵ Guide pour l'incorporation de la Loi type, *supra*, note 18, par. 135, 137.

⁹⁶ Article 1519, chapitre 15, *Bankruptcy Code* des É.-U.

l'instance étrangère est rendue, une procédure a déjà été intentée sous le régime de la *Loi* contre la compagnie débitrice, l'ordonnance prévue dans ces dispositions doit être compatible avec toute ordonnance qui peut être rendue dans le cadre de cette procédure⁹⁷. Pas plus que le prononcé d'une ordonnance obligatoire le prononcé d'une ordonnance discrétionnaire n'a-t-il pour effet d'empêcher que soit intentée ou continuée, contre la compagnie débitrice, une procédure sous le régime de la *LACC*, de la *LFI* ou de la *LLR*⁹⁸. Le représentant étranger peut intenter et continuer contre une compagnie débitrice une procédure sous le régime de la *LFI* et de la *LACC* comme s'il était créancier de la compagnie débitrice ou la compagnie débitrice elle-même, ce qui reprend le libellé du chapitre 15 et de la *Loi type*⁹⁹.

8. Obligations

Le chapitre 47 énonce une gamme d'obligations, dont la collaboration par le tribunal, d'autres autorités canadiennes et le représentant étranger doivent faire preuve. Il précise qu'une fois l'ordonnance reconnaissant une instance étrangère rendue, le tribunal collabore dans toute la mesure possible avec le représentant étranger et le tribunal étranger en cause dans le cadre de l'instance étrangère reconnue¹⁰⁰. Si une procédure a été intentée sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI* contre une compagnie débitrice, toute personne exerçant des attributions dans le cadre de cette procédure collabore dans toute la mesure possible avec le représentant étranger et le tribunal étranger en cause¹⁰¹. Ce libellé reprend en grande partie les articles 25 et 26 de la *Loi type* et les dispositions respectives du chapitre 15¹⁰². Selon le Guide pour l'incorporation de la *Loi type*, cette disposition précise clairement qu'un administrateur d'insolvabilité agit sous le contrôle général du tribunal compétent, et que la *Loi type* ne modifie pas les règles existant déjà dans la loi relative à l'insolvabilité de l'État adoptant¹⁰³.

Cependant, les dispositions canadiennes ne précisent pas ensuite, comme le fait la *Loi type*, que le tribunal et la personne chargée d'administrer le redressement ou la liquidation sont habilités à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers ou à leur demander directement des informations ou une assistance¹⁰⁴. L'on ne peut évaluer avec certitude l'importance de cette omission, puisque les tribunaux canadiens, au moyen de leurs

⁹⁷ Paragraphes 49(2), 272(2), modifiés par le chapitre 47.

⁹⁸ Paragraphes 49(3), 273(3), modifiés par le chapitre 47.

⁹⁹ Article 51, modifié par le chapitre 47, articles 11, 12 et 24, *Loi type*.

¹⁰⁰ Paragraphes 52(1), 275(1), modifiés par le chapitre 47.

¹⁰¹ Paragraphes 52(2), 275(2), modifiés par le chapitre 47.

¹⁰² Paragraphe 26(1), *Loi type*.

¹⁰³ Guide pour l'incorporation de la *Loi type*, *supra*, note 18, par. 180.

¹⁰⁴ Paragraphes 25(2) et 26(2), *Loi type*.

ordonnances, demandent directement des renseignements et une assistance, et dans un certain nombre de cas, des protocoles ont permis une communication directe. Dans l'instance actuellement en cours *Muscletech Research and Development Inc.*, le juge saisi de l'affaire sous le régime de la LACC et le juge saisi de l'affaire sous le régime du chapitre 15 du *Bankruptcy Code* communiquent directement en ce qui concerne la coordination et la collaboration¹⁰⁵.

L'article 13 de la Loi type et l'article 1513 du chapitre 15 précisent que les créanciers étrangers ont, en ce qui concerne l'ouverture d'une procédure et la participation à celle-ci, les mêmes droits que les créanciers qui résident dans l'État adoptant, bien que cela ne porte pas atteinte au rang de priorité des créances dans une procédure, à ceci près que les créances du créancier résidant à l'étranger n'ont pas un rang de priorité inférieur à certaines catégories de créances¹⁰⁶. La Loi type propose un libellé subsidiaire à cette disposition, indiquant que l'on pourrait prescrire que cela ne porte pas atteinte au rang de priorité des créances ni à l'exclusion d'une telle procédure des créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers¹⁰⁷. Bien que la Loi type ne fasse pas entrave à la décision de l'État adoptant relative au rang de priorité des créances, elle prescrit une norme minimale en matière de traitement. L'État adoptant doit traiter un créancier étranger [TRADUCTION] « à tout le moins aussi bien que le créancier non garanti, à condition que la créance locale équivalente jouisse à tout le moins du même traitement »¹⁰⁸.

9. Instances principales simultanées

Le chapitre 47 reconnaît expressément les instances multiples, et facilite la coordination entre une instance locale et une ou plusieurs instances étrangères. Les dispositions visent à favoriser la coordination des décisions qui sont prises, l'objectif ultime consistant à parvenir à une restructuration et à optimiser la valeur des réclamations des créanciers.

Le chapitre 47 prévoit l'existence d'instances simultanées et précise que, si, après qu'a été rendue une ordonnance de reconnaissance à l'égard d'une instance étrangère visant une compagnie débitrice, une procédure est intentée sous le régime de la LACC contre cette

¹⁰⁵ *Re Muscletech Research and Development Inc.*, [2006] O.J. No. 462 (C.S. Ont.), par. 5.

¹⁰⁶ La Loi type prescrit que l'on doit « identifier la catégorie des créances non préférentielles non garanties et indiquer que les créances étrangères doivent avoir un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties si des créances locales équivalentes (par exemple, créances découlant d'une sanction pécuniaire et créances dont le paiement a été différé) ont un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties », Article 13, Loi type.

¹⁰⁷ Note en bas de page à l'article 13, Loi type.

¹⁰⁸ J. Clift, « The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Legislative Framework to Facilitate Coordination and Co-operation in Cross-Border Insolvency » (2004) 12 *Tulane J. Int'l & Comp. L.* 307, p. 322.

compagnie, le tribunal examine toute ordonnance rendue et, s'il conclut qu'elle n'est pas compatible avec toute ordonnance rendue dans le cadre des procédures intentées sous le régime de la loi canadienne, il la modifie ou la révoque¹⁰⁹.

La Loi type précise qu'après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale, une procédure ne peut être ouverte en vertu des lois de l'État adoptant que si le débiteur y a des biens; les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur qui sont situés dans cet État et, dans la mesure nécessaire pour donner effet aux mesures de coopération et de coordination, aux autres biens du débiteur qui, en vertu de la loi de l'État, devraient être administrés dans cette procédure¹¹⁰. Selon le Guide pour l'incorporation de la Loi type, ces dispositions permettent que la reconnaissance d'une procédure étrangère principale n'empêche pas l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale à condition que le débiteur ait des biens dans l'État¹¹¹. Sous le régime de la Loi type, « les effets d'une procédure d'insolvabilité ouverte uniquement en raison de la seule présence de biens dans l'État sont normalement limités aux biens situés dans ledit État »¹¹². Donc, la Loi type n'interdit pas l'ouverture d'une procédure locale après la reconnaissance d'une instance étrangère principale, mais elle en limite la portée. Le Guide pour l'incorporation de la Loi type note que celle-ci a adopté un critère des biens moins restrictif, plutôt que d'exiger que le débiteur ait un établissement pour ouvrir une procédure, offrant « de larges possibilités d'ouvrir une procédure locale après reconnaissance d'une procédure étrangère principale »¹¹³.

Le Guide pour l'incorporation de la Loi type mentionne également que, si, habituellement, le type de procédure locale est limité aux biens situés dans l'état, dans certains cas, pour bien administrer la procédure d'insolvabilité locale, il peut être nécessaire d'y inclure certains biens à l'étranger, en particulier lorsqu'aucune procédure étrangère ne s'impose ou n'est possible dans l'État où les biens sont situés¹¹⁴. On peut y lire aussi que, pour qu'une procédure locale puisse être étendue de façon limitée à l'étranger, l'article 28 de la Loi type se termine par les mots « et [...] aux autres biens du débiteur qui [...] devraient être administrés dans cette procédure ». Cette extension est autorisée dans la mesure nécessaire pour donner effet aux mesures de coopération et de coordination, et les biens étrangers doivent être administrés dans l'État adoptant¹¹⁵. Le Guide pour l'incorporation de la Loi type mentionne que ces restrictions sont utiles pour éviter de créer une possibilité illimitée d'étendre les effets d'une procédure locale aux

¹⁰⁹ Article 54, *LACC*, modifié par le chapitre 47.

¹¹⁰ Article 28, *Loi type*; voir aussi le chapitre 15.

¹¹¹ *Ibid.*, par. 184.

¹¹² Guide pour l'incorporation de la *Loi type*, *supra*, note 18, par. 73.

¹¹³ *Ibid.* Le Guide pour l'incorporation de la *Loi type* précise également que les États peuvent souhaiter adopter le critère de l'établissement plus restrictif et que cela serait quand même conforme à la *Loi type*.

¹¹⁴ *Ibid.*, par. 186-187.

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 187.

biens situés à l'étranger, possibilité qui serait source d'incertitude quant à l'application de la disposition et pourrait conduire à des conflits de compétence¹¹⁶. Les dispositions du chapitre 15 adoptent la même démarche que celle que privilégie la Loi type.

Au contraire, le chapitre 47 ne contient aucune disposition qui soit semblable à l'article 28 de la Loi type, ce qui paraît fermer la porte aux instances principales simultanées. Les dispositions canadiennes paraissent envisager expressément les instances principales simultanées, telles qu'elles existent actuellement dans les instances internationales canadiennes. Le libellé de la Loi type soulève plusieurs questions. Premièrement, si une instance principale a été reconnue dans un ressort étranger, mais qu'elle ne fait pas encore l'objet d'une ordonnance de reconnaissance dans l'État adoptant, ce dernier peut-il instituer une instance principale? Rien dans le libellé ne paraît l'empêcher. Dans l'affirmative, on assistera vraisemblablement à une « course à la reconnaissance » et à la recherche du tribunal le plus favorable. Il n'existe aucune disposition analogue qui interdise qu'une instance locale soit instituée si elle précède la reconnaissance d'une instance étrangère principale¹¹⁷. Si une ordonnance de reconnaissance d'une instance étrangère principale a été rendue, le tribunal local peut-il quand même approuver l'instance principale locale? La Loi type semble permettre les instances locales, mais pas les instances principales, car elle restreint en grande partie la compétence du tribunal aux biens du débiteur qui se trouvent dans le ressort. Néanmoins, même une telle restriction ne peut résoudre les conflits, étant donné que le ressort local peut avoir beaucoup de biens et peu de réclamations de créanciers. La Loi type ne précise pas la manière dont les réclamations doivent être réalisées dans un tel cas, ni quel tribunal est compétent à l'égard du processus de réalisation des réclamations. L'incidence sur une stratégie en vue d'un arrangement consiste donc à ajouter, à l'égard des résultats de la liquidation, un élément d'incertitude qui peut mettre un frein aux négociations aux fins d'une telle stratégie.

La Loi type précise également que, lorsque la procédure ouverte dans l'État est en cours au moment où est introduite la demande de reconnaissance de la procédure étrangère, toute mesure prise doit être conforme à la procédure ouverte dans l'État; et si la procédure étrangère est reconnue dans l'État adoptant en tant que procédure étrangère principale, les dispositions de l'article 20 sur la suspension automatique ne s'appliquent pas¹¹⁸. Lorsque la procédure ouverte dans l'État est entamée après la reconnaissance de la procédure étrangère ou après l'introduction de la demande de reconnaissance de ladite procédure, toute mesure en vigueur est réexaminée par le tribunal et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Marvin Baer, « The Impact of Part XIII of the *BIA* and the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency » (février 1998), en ligne : gouvernement du Canada, http://www.strategis.ic.gc.ca/pics/cl/uncitr_1-2.pdf, p. 9.

¹¹⁸ Alinéa 29 a), Loi type.

locale¹¹⁹. Si la procédure étrangère est une procédure étrangère principale, les mesures d'interdiction et de suspension sont modifiées ou levées si elles ne sont pas conformes à la procédure locale¹²⁰. Le libellé paraît être suffisamment général pour englober l'instance locale qui pourrait être une instance principale et une instance étrangère principale, bien qu'il soit probable que cette question soit fort contestée. Même si l'on privilégiait cette interprétation, le libellé de la Loi type soulève la question de savoir si un État tiers mis en cause dans le dossier d'insolvabilité du débiteur pourrait reconnaître deux instances principales étrangères.

Sous le régime des dispositions canadiennes, l'instance locale peut être intentée après la reconnaissance d'une instance étrangère principale même si le débiteur n'a aucun bien au Canada. Cela ne semble pas être possible sous le régime de la Loi type. Cette dernière exige que, lorsqu'il accorde une mesure de redressement au représentant d'une procédure étrangère non principale, le tribunal doit s'assurer que la mesure accordée se rapporte à des biens qui, en vertu de la loi de l'État, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale, ou que la mesure a trait à des renseignements requis dans cette procédure¹²¹. Donc, la loi interne atténue la portée des mesures qui peuvent être accordées sous le régime de l'ordonnance de reconnaissance, sans égard au moment où l'on demande l'ordonnance. Le moment où les diverses ordonnances de reconnaissance sont rendues et où sont introduites les instances imposera probablement des limites à la décision du tribunal d'accorder une mesure en particulier. Si l'instance a déjà été intentée sous le régime de la *LFI* ou de la *LACC*, la mesure automatique prescrite sur reconnaissance d'une instance principale étrangère ne s'applique pas.

Le livre de breffage sur le chapitre 47 témoigne de l'opinion du gouvernement sur l'interaction entre les instances intentées sous le régime du droit interne et les instances étrangères :

L'article 277 donne aux tribunaux des directives concernant les moyens de traiter les débiteurs faisant l'objet d'une instance étrangère suivie par une instance locale. Le principe le plus important de cette disposition est que l'institution d'une instance locale ne met pas fin à la reconnaissance de la procédure étrangère. Ce principe permet aux tribunaux canadiens d'accorder dans toutes les circonstances un moyen de redressement à l'endroit de l'instance étrangère. Toutefois, l'article 277 protège la prééminence de l'instance locale sur l'instance étrangère (c'est-à-dire que tout moyen de redressement accordé à l'instance étrangère doit être révisé de manière à assurer sa compatibilité avec l'instance locale; et si l'instance étrangère est une instance principale, les effets automatiques en application de l'article 271 doivent être annulés s'ils sont incompatibles avec l'instance locale).

L'article 278 porte sur le cas du débiteur qui fait l'objet de procédures d'insolvabilité dans plusieurs états étrangers, lorsque les représentants étrangers de plusieurs instances étrangères demandent à être reconnus ou bien à obtenir des recours au Canada. L'article 278 vise le même objet que l'article 277, c'est-à-dire à encourager la

¹¹⁹ Sous-alinéa 29 b)(i), Loi type.

¹²⁰ Sous-alinéa 29 b)(ii), Loi type.

¹²¹ Paragraphes 21(3) et 29(3), Loi type.

coopération, la coordination et la cohérence des moyens de redressement accordés dans des instances différentes mais simultanées. Cette cohérence est permise en adaptant convenablement le moyen de redressement accordé ou bien en modifiant ou en annulant le moyen de redressement déjà accordé. La seule priorité accordée dans le présent article, l'est à l'instance étrangère principale. Cette priorité se reflète dans l'obligation que tout moyen de redressement accordé dans le cadre d'une instance étrangère secondaire soit compatible avec l'instance étrangère principale (paragraphe 278(1))¹²².

Lorsque sont en cause de nombreuses entités commerciales dont les activités commerciales sont étroitement imbriquées les unes aux autres, il semble encore exister une possibilité d'instances principales simultanées après l'adoption du chapitre 15 aux É.-U. et du chapitre 47 au Canada. La Calpine Corporation est la première entreprise canado-américaine à instituer une telle procédure après l'entrée en vigueur du chapitre 15. Elle était propriétaire, aux États-Unis et au Canada, de 92 centrales géothermiques et au gaz naturel qu'elle louait et dont elle assurait la gestion. Elle éprouvait des difficultés financières en raison du prix élevé du gaz naturel, d'une offre excédentaire d'électricité en 2005, de la concurrence à laquelle elle devait faire face de la part de la production de charbon, moins coûteuse mais aussi moins écologique, et d'un jugement en dommages-intérêts de 313 millions de dollars US, rendu à l'issue d'un litige dans le cadre duquel ses créanciers obligataires avaient allégué avec succès que l'utilisation du produit de certains biens avait contrevenu à certaines modalités dont étaient assorties leurs obligations¹²³. La Calpine et près de 300 filiales ont demandé l'autorisation de se prévaloir de la protection du chapitre 11 du *Bankruptcy Code* des É.-U., et 12 entités canadiennes de la Calpine ont demandé l'autorisation de se prévaloir de la protection de la *LACC*. Les dettes de la Calpine s'élevaient alors à 18 milliards de dollars US. Des instances principales simultanées ont été approuvées grâce au regroupement de différentes personnes morales dans différents ressorts. Il ne restait aux filiales canadiennes que quelques biens et quelques activités au moment de la demande de protection; elles détenaient de nombreux contrats de fourniture de gaz naturel et avaient un montant considérable de dettes interentreprises très complexes contractées au moyen de deux mécanismes de financement à des fins spéciales, des milliards de dollars d'emprunts obligataires publics détenus par des investisseurs en emprunts basés à New York qui éprouvaient des difficultés financières, et la dette obligataire garantie par la Calpine Corporation, la société mère américaine.

La Calpine avait exercé ses activités en qualité de société globale lorsqu'elle était viable; toutefois, les instances instituées sous le régime du chapitre 11 et de la *LACC* ont été menées de manière assez indépendante l'une de l'autre, en partie parce qu'il est devenu évident que le FDE

¹²² Note de breffage sur le chapitre 47, Bibliothèque du Parlement.

¹²³ Northern Lights, *supra*, note 5.

prévu de deux milliards de dollars ne devait pas devenir accessible aux compagnies débitrices canadiennes. Or, cette séparation des activités globales en deux instances est difficile, car les entités canadiennes sont toujours tenues de fournir du gaz aux centrales électriques américaines. De plus, les sociétés affiliées de la Calpine au Canada sont l'un des plus importants créanciers des sociétés de la Calpine aux États-Unis. Les instances se sont déroulées jusqu'à présent en tandem plutôt que sur le fondement d'un protocole, et certaines questions ont donné lieu à des protocoles d'entente¹²⁴. Ainsi, les parties ont conclu un protocole d'entente sur la nature des réclamations des sociétés canadiennes de la Calpine contre la société mère et les sociétés affiliées aux É.-U. et, en conséquence, elles ont convenu d'une preuve de réclamation principale par les entités canadiennes contre les entités américaines. Ce protocole a traité du fait que l'une des compagnies à responsabilité illimitée de la Calpine située en Nouvelle-Écosse, au Canada, avait recueilli des milliards de dollars en dettes obligataires publiques, dont le gros avait été versé aux entités américaines, mais avait ensuite été prêté à d'autres débiteurs américains de la Calpine, de sorte que le débiteur canadien risquait de ne pas avoir de réclamation directe contre l'entité qui avait obtenu les actifs en bout de ligne¹²⁵.

De même, étant donné que les actifs recueillis par l'intermédiaire de l'un des débiteurs canadiens de la Calpine avaient été prêtés par l'intermédiaire de la société mère et des sociétés affiliées aux É.-U., les créanciers des entités américaines étaient les débiteurs canadiens¹²⁶. Bien que les créanciers obligataires, en tant que créanciers des débiteurs canadiens, puissent être les bénéficiaires des actifs qui pourraient être réalisés à un moment donné, ils n'avaient aucune réclamation directe contre les débiteurs américains. Le recouvrement de leurs créances dépendait de la possibilité pour les débiteurs canadiens de recouvrer leurs prêts interentreprises, dont le gros avait été accordé aux débiteurs assujettis au chapitre 11. Les débiteurs ont permis aux fiduciaires liés par contrat pour les créanciers obligataires publics de déposer aux É.-U. certaines réclamations qu'ils jugeaient nécessaires pour le compte des entités canadiennes de la Calpine qui étaient les émetteurs de la dette obligataire publique, après avoir permis l'accès, à leurs avocats, aux documents de transactions sous-jacentes, en vertu d'ententes de confidentialité¹²⁷. Donc, bien qu'ils n'aient pas obtenu le droit de faire valoir leurs réclamations, les créanciers obligataires publics ont été en mesure, en vertu d'une entente portant sur une question en particulier, de prendre contre les débiteurs américains de la Calpine des mesures destinées à protéger leurs réclamations, en recourant en temps opportun au processus américain. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, saisie de l'instance canadienne sous le régime de la LACC, a rendu une ordonnance confirmant cet arrangement. Donc, bien que la

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

question des groupes de sociétés ne puisse être résolue facilement, les parties ont pu à ce jour, dans l'affaire Calpine, trouver un processus pratique d'instances principales simultanées¹²⁸.

Au Canada et aux États-Unis, le débat concernant la portée des instances simultanées qui peuvent être reconnues en vertu de l'article 1528 du chapitre 15 subsiste. Si l'on privilégiait une interprétation libérale, les tribunaux pourraient reconnaître une instance locale principale et une instance étrangère principale. À l'instar de la Loi type, l'article 1528 du chapitre 15 permet que l'instance locale vise des biens qui ne sont pas dans l'État, mais qui relèvent de la compétence du tribunal et qui n'ont été assujettis ni à la compétence ni au contrôle d'une instance étrangère¹²⁹. Toutefois, si l'on considère l'affaire Calpine, examinée précédemment, une société exploitée globalement comptant plus de 300 entreprises affiliées au Canada et aux États-Unis est visée par des instances principales simultanées, de sorte que le groupe de sociétés est divisé en deux groupes d'entités. Il semble que, pour autant que des personnes morales distinctes puissent situer leur CIP dans le ressort, les tribunaux peuvent reconnaître des instances principales simultanées, même si le groupe de sociétés a exercé ses activités à titre d'entreprise globale.

Les dispositions du chapitre 47 codifient de nombreuses pratiques actuelles des tribunaux canadiens. Donc, bien qu'ils perdent une partie de leur pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait aux ordonnances de suspension automatique une fois la reconnaissance prononcée, en réalité, sous le régime des dispositions actuelles de la LACC, une fois qu'un tribunal prononce la reconnaissance au Canada, ces types d'ordonnances sont accordés dans la majorité des cas. Bien que la codification assure une certitude et une prévisibilité accrues pour les représentants étrangers aux fins d'examen des demandes de reconnaissance et autres demandes, au Canada,

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ L'article 1529 précise que, si une instance étrangère et une affaire visée dans un autre chapitre de ce titre sont en instance en même temps et concernent toutes deux le même débiteur, le tribunal doit chercher à obtenir la collaboration et la coordination en vertu des articles 1525, 1526 et 1527, et les dispositions qui suivent s'appliquent alors [TRADUCTION] : (1) Si l'affaire est en instance aux États-Unis à la date du dépôt de la demande de reconnaissance de l'instance étrangère -- (A) toute mesure accordée en vertu de l'article 1519 ou de l'article 1521 doit être compatible avec la mesure accordée dans l'affaire qui est en instance aux États-Unis; et (B) l'article 1520 ne s'applique pas même si ladite instance étrangère est reconnue comme étant une instance étrangère principale. (2) Si une affaire est instituée aux États-Unis en vertu du présent titre après la reconnaissance, ou à la suite du dépôt de la demande de reconnaissance de ladite instance étrangère -- (A) toute mesure en vigueur en vertu de l'article 1519 ou de l'article 1521 est revue par le tribunal et est modifiée ou annulée si elle est incompatible avec l'affaire qui est en instance aux États-Unis; et (B) si ladite instance étrangère est une instance étrangère principale, la suspension visée à l'alinéa 1520 a) est modifiée ou annulée si elle est incompatible avec la mesure accordée dans le cadre de l'affaire en instance aux États-Unis. (3) Lorsqu'il accorde, prolonge ou modifie une mesure accordée au représentant d'une instance étrangère secondaire, le tribunal doit être convaincu que la mesure vise des biens qui, en vertu des lois des États-Unis, devraient être administrés dans le cadre de l'instance étrangère non principale ou concerne des renseignements qui sont requis dans le cadre de cette instance. (4) Pour assurer la collaboration et la coordination visées aux articles 1528 et 1529, le tribunal peut accorder toute mesure autorisée par l'article 305.

en pratique, la différence peut ne pas être marquée. On aura davantage de réponses après que des décisions auront été rendues par les tribunaux à la suite de la proclamation du chapitre 47. S'il est possible que la codification entraîne des économies de coûts, celles-ci seront cependant peu probables dans la période qui suivra l'adoption, car les parties s'adresseront aux tribunaux pour fixer les paramètres des exigences et régler des questions comme la recherche potentielle du tribunal le plus favorable¹³⁰. Il pourrait y avoir des économies une fois que l'on aura acquis une certaine certitude quant à la manière dont la loi sera interprétée.

III. LES PREMIERS DOSSIERS CANADIENS METTANT EN CAUSE LE CHAPITRE 15 DU *BANKRUPTCY CODE* DES É.-U.

Depuis l'entrée en vigueur du chapitre 15, il y a eu plus de trente dossiers dans lesquels on a demandé la reconnaissance d'instances étrangères principales et secondaires aux États-Unis. Neuf de ces dossiers mettent en cause des représentants étrangers canadiens et des instances canadiennes. Il importe de signaler dès le départ que la base de données du BSF ne recueille pas les données qui permettent d'assurer le suivi des instances d'insolvabilité instituées simultanément sous le régime du chapitre 15 et de la loi canadienne, ce qui compliquera la collecte de données et l'analyse des politiques. Le BSF devrait songer à revoir son outil de collecte des données pour tenter de saisir ces renseignements. Nous avons été en mesure d'obtenir des renseignements sur huit des neuf dossiers qui ont été relevés. Six de ces dossiers se rapportaient à l'insolvabilité d'entreprises, tandis que deux dossiers concernaient des particuliers criblés d'obligations commerciales. Tous ces dossiers paraissent être en cours d'instance au mois de janvier 2007.

L'affaire *Muscletech* a été instituée sous le régime de la *LACC*; elle met en cause une compagnie et un certain nombre d'entités liées ainsi qu'une ordonnance de reconnaissance d'une instance étrangère principale fondée sur le chapitre 15, comme nous le verrons plus loin. Deux dossiers concernent des séquestres intérimaires à des compagnies liées en Ontario et au Delaware¹³¹. Un autre dossier touche à la reconnaissance d'une instance étrangère principale pour une mise sous séquestre canadienne visant huit personnes morales, et porte aussi sur des ordonnances de

¹³⁰ Northern Lights, *supra*, note 5.

¹³¹ *Creative Building Maintenance Inc (Ontario)* et *Creative Building Maintenance Inc.(Delaware)*, Cour de la faillite des É.-U., district ouest de New York, dossier 06-03587, chapitre 15, ordonnance de jonction des dossiers connexes et de reconnaissance du séquestre intérimaire dans une instance instituée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario sous le régime de la *LFI* (21 novembre 2006).

reconnaissance prononcées par la Haute Cour de justice de la Barbade et par la Cour suprême des Bahamas¹³². Deux dossiers portent sur la reconnaissance d'une instance en faillite canadienne à titre d'instance étrangère principale, et sur la reconnaissance du syndic de faillite à titre de représentant étranger¹³³. Dans l'affaire *Mount Real Corporation*, on a reconnu une instance instituée contre quatre compagnies liées. Les deux dossiers d'insolvabilité de consommateurs mettent en cause des syndics et des liquidateurs et soulèvent des questions quant à l'endroit où le débiteur dissimulerait des biens qui devraient servir à faire face aux réclamations découlant de transactions commerciales, ainsi qu'il en sera question plus loin. Dans la plupart des cas, le représentant étranger cherche à protéger des biens situés aux É.-U.

1. Ordonnances de reconnaissance et interprétation du CIP sous le régime du chapitre 15

Le *Bankruptcy Code* américain prescrit que l'instance étrangère pour laquelle on demande la reconnaissance sous le chapitre 15 doit être reconnue comme « instance étrangère principale » si elle est en cours dans le pays où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux¹³⁴. Dans la

¹³² In re: *Norshield Asset Management (Canada), Ltd., a/k/a Norshield Financial Group; Norshield Investment Partners Holdings Ltd.; Olympus United Fund Holdings Corporation, a/k/a First Horizon Holdings Ltd.*; ordonnance reconnaissant la mise sous séquestre ordonnée par la cour à titre d'instance étrangère principale ainsi que certaines instances d'insolvabilité canadiennes en cours devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (rôle commercial) et la Cour supérieure du Québec (division commerciale), Cour de la faillite des É.-U., district du Minnesota, BKY 06-40997 (28 juin 2006), en vertu de l'article 1515 du titre 11 U.S.C. Voir aussi l'ordonnance de la Haute Cour de justice, division civile, de la Barbade, aux fins de la liquidation de la Olympus United Bank and Trust SCC, et de la nomination de RSM Richter à titre de gardiens conjoints (25 septembre 2005); ordonnance de nomination, par la Cour suprême des Bahamas, de liquidateurs provisoires conjoints de Mosaic Composite Limited, aujourd'hui Mosaic Composite Limited (US) Inc., une société du Minnesota (22 mars 2006), 2005/com/bnk/no. 00047. Ordonnance de reconnaissance rendue par la Cour supérieure du Québec en février 2006, reconnaissant l'ordonnance de la Cour supérieure de l'Ontario nommant RSM Richter Inc. à titre de séquestre, en vue de la prise de possession et du contrôle des biens des sociétés débitrices (29 juin 2005).

¹³³ In re: *Mount Real Corporation*; ordonnance reconnaissant MRACS Management Ltd., instance étrangère principale, également connue sous le nom de Mount Real Acceptance Corporation; Real Vest Investment Ltd.; BKY 06-41636 Real Assurance Acceptance Corporation (dossier fondé sur le chapitre 15) également connue sous le nom de Mount Real Assurance Acceptance Corporation, Cour de la faillite des É.-U., district du Minnesota, BKY 06-41636 (6 septembre 2006), reconnaissant Raymond Chabot Inc. à titre de syndic de faillite dans l'instance instituée devant la Cour supérieure du Québec.

¹³⁴ 11 U.S.C. § 1517(b)(1). Pour l'application du chapitre 15, le « débiteur » s'entend d'une [TRADUCTION] « entité qui est visée par une instance étrangère ». 11 U.S.C. § 1502(1). Le terme « entité » désigne notamment la « personne, le patrimoine, la fiducie, l'unité gouvernementale et le syndic des États-Unis ». 11 U.S.C. § 101(15). Les règles d'interprétation aux fins du titre 11, énoncées à l'article 102 du titre 11 U.S.C., et applicables dans les dossiers fondés sur le chapitre 15 par l'alinéa 103 a) du titre 11 U.S.C., précisent que le terme « notamment » n'est pas limitatif. 11 U.S.C. § 102(3); *9165-7999 Québec Inc., aka les Productions Sky High Vikings Inc.*, Cour de la faillite des É.-U., district nord de l'Illinois, ordonnance de reconnaissance fondée sur le chapitre 15 (22 août 2006), 06B-07875, reconnaissant un syndic et une instance devant la Cour supérieure du Québec.

plupart des cas, le CIP des instances internationales canadiennes et américaines n'a pas été contesté¹³⁵. Ainsi, dans l'affaire *re: Norshield Asset Management (Canada), Ltd.*, la Cour de la faillite des É.-U. a statué que [traduction] « l'instance d'insolvabilité canadienne est une instance étrangère au sens de l'article 101(23), titre 11 U.S.C. et, parce que l'instance d'insolvabilité canadienne est en cours dans le pays où les débiteurs ont le centre de leurs intérêts principaux, elle constitue une instance étrangère principale sous le régime de l'article 1502(4) du titre 11 U.S.C. »¹³⁶.

Dans l'affaire *Muscletech Research and Development Inc.*, le premier dossier canadien mettant en cause une instance principale sous le régime de la LACC et une instance fondée sur le chapitre 15 de la loi américaine, les compagnies débitrices canadiennes avaient vendu des produits aux É.-U., et ces ventes ont donné lieu à des recours collectifs en responsabilité du fait des produits aux É.-U. ainsi qu'à des recours collectifs de consommateurs aux É.-U.¹³⁷. Le tribunal canadien a statué que c'est en Ontario qu'était situé le CIP, aux motifs suivants : toutes les sociétés demanderesse ont été constituées et enregistrées au Canada; les mandants,

¹³⁵ *Creative Building Maintenance Inc.*, Cour de la faillite des É.-U., district ouest de New York, dossier 06-03587, chapitre 15, ordonnance de jonction des dossiers connexes, reconnaissant le séquestre intérimaire dans une instance instituée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario sous le régime de la LFI (21 novembre 2006); *9165-7999 Québec Inc., aka les Productions Sky High Vikings Inc.*, Cour de la faillite des É.-U., district nord de l'Illinois, ordonnance de reconnaissance fondée sur le chapitre 15 (22 août 2006), 06B-07875 reconnaissant un syndic et une instance dont a été saisie la Cour supérieure du Québec, dans laquelle le tribunal a statué que le CIP était le Canada, qu'il s'agissait d'une instance étrangère principale en vertu du paragraphe 1502(4) et que cette instance devait être reconnue conformément au paragraphe 1517(b) (1) et faire l'objet d'une mesure prévue à l'article 1520; *In re Trade and Commerce Bank (in Liquidation)*, ordonnance de reconnaissance sous le régime du chapitre 15, Cour de la faillite des É.-U., district sud de New York, chapitre 15, dossier n° 05-60279 (SMB), ordonnance reconnaissant une instance étrangère principale conformément aux articles 1515 et 1517 du chapitre 15, reconnaissant des liquidateurs conjoints dans une instance principale instituée devant la Grande Cour des Îles Caymans, <http://www.tcbliquidation.ky>, statuant que l'instance étrangère est en cours dans le pays où le centre des intérêts principaux de la TCB est situé, de sorte que la liquidation de la TCB est une instance étrangère principale en vertu du paragraphe 1502(4) du titre 11 U.S.C., et qu'elle doit être reconnue à titre d'instance étrangère principale en vertu du paragraphe 1517(b)(1) du titre 11 U.S.C. (8 février 2006); *Re Vekoma*, Cour de la faillite des É.-U., district ouest du Texas, dossier n° 06-50151 (LMC), reconnaissant à titre d'instance étrangère principale l'instance d'insolvabilité néerlandaise par la Cour de district de Roermond (Liq. No. 01-119 F).

¹³⁶ *In re: Norshield Asset Management (Canada), Ltd., a/k/a Norshield Financial Group; Norshield Investment Partners Holdings Ltd.; Olympus United Fund Holdings Corporation, a/k/a First Horizon Holdings Ltd.*; ordonnance reconnaissant une mise sous séquestre ordonnée par la cour à titre d'instance étrangère principale ainsi que certaines instances d'insolvabilité canadiennes en cours devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (rôle commercial) et la Cour supérieure du Québec (division commerciale), Cour de la faillite des É.-U., district du Minnesota, BKY 06-40997 (28 juin 2006) conformément à l'article 1515 du titre 11 U.S.C. La Cour a statué que l'instance d'insolvabilité canadienne était reconnue à titre d'instance étrangère principale en vertu de l'alinéa 1517(a) et du paragraphe 1517(b)(1) du titre 11 U.S.C.

¹³⁷ *Re Muscletech Research and Development Inc.*, [2006] O.J. No. 167 (C.S.J. Ont.), et *Re Muscletech Research and Development Inc.*, [2006] O.J. No. 462 (C.S.J. Ont.).

administrateurs et dirigeants sont des résidents de l'Ontario; la totalité du processus décisionnel et du contrôle à l'égard des demanderesse émane des locaux de la débitrice en Ontario; les arrangements bancaires principaux de la débitrice sont conclus en Ontario avec une banque canadienne; et toutes les fonctions administratives et tous les employés qui exécutent ces fonctions, dont la comptabilité générale, les rapports financiers, les budgets et la gestion de trésorerie, se trouvent en Ontario¹³⁸.

Donc, l'on a déterminé que les facteurs pertinents aux fins du CIP sont notamment le lieu de l'enregistrement, le lieu du contrôle et de la prise de décisions, ainsi que les facteurs administratifs et opérationnels. En accueillant la requête en vertu du chapitre 15 dans l'affaire *Muscletech*, le juge Rakoff de la Cour de district des É.-U. en est arrivé à la conclusion que le CIP des demanderesse était en Ontario, compte tenu des facteurs qui avaient été énoncés par le tribunal canadien dans sa décision initiale sur le CIP¹³⁹. Le fait que la plupart des produits de la débitrice aient été vendus aux É.-U. et qu'ils aient fait l'objet de poursuites en responsabilité du fait des produits ne changeait rien à l'endroit où se trouvait le CIP. L'affaire *Muscletech Research and Development Inc.* est encore en cours.

À ce jour, la plupart des dossiers régis par le chapitre 15 qui mettent en cause des instances étrangères autres que des instances canadiennes n'ont donné lieu à aucune contestation au chapitre de la détermination du CIP du débiteur. Ainsi, dans l'affaire *re Gordian Runoff (UK) Limited*, la Cour de la faillite des É.-U., district sud de New York, a approuvé la reconnaissance d'une instance étrangère principale sous le régime du chapitre 15 ainsi que des mesures connexes, à l'appui du concordat d'une débitrice en vertu de l'article 425 de la *Companies Act 1985 of England and Wales (Companies Act)*, sanctionné par la Haute Cour de Justice de l'Angleterre et du pays de Galles¹⁴⁰. La demande n'a pas été contestée; l'Angleterre était le lieu

¹³⁸ *Re Muscletech Research and Development Inc.*, [2006] O.J. No. 167 (C.S.J. Ont.), par. 4.

¹³⁹ Aucune question n'a été soulevée sur la reconnaissance de l'instance étrangère principale par la Cour de la faillite des É.-U. à New York et, bien que la portée de l'ordonnance a été abondamment débattue, le tribunal américain n'a pas eu à trancher cette question en bout de ligne.

¹⁴⁰ Dans l'affaire *re Gordian Runoff (UK) Limited*, dossier n° 06- 11563(rdd) (28 août 2006), le juge Robert Drain, de la Cour de la faillite des É.-U., district sud de New York, a approuvé, en août 2006, une instance fondée sur le chapitre 15, une ordonnance et un jugement définitif prononçant la reconnaissance d'une instance étrangère principale, une injonction permanente et des mesures connexes en vertu des articles 1517, 1520 et 1521 du titre 11 U.S.C. Le concordat a été proposé en vertu de l'article 425 de la *Companies Act 1985* de la Grande-Bretagne, et la Haute Cour anglaise a approuvé la convocation d'une assemblée des créanciers concordataires qui a été tenue subséquemment et au cours de laquelle le concordat a été approuvé par les majorités requises des créanciers concordataires. Le 26 avril 2006, la Haute Cour anglaise a rendu une ordonnance sanctionnant le concordat.

de la constitution en société, le lieu du siège social de la débitrice, et son seul lieu d'affaires et, donc, manifestement le pays où se trouvait le centre de ses intérêts principaux. L'on a jugé que l'affaire fondée sur le chapitre 15 avait été à juste titre instituée conformément au paragraphe 101(24) et aux articles 1504 et 1515 du titre 11 U.S.C. La Cour a statué que l'instance étrangère devait être reconnue en vertu de l'alinéa 1517(a) du titre 11 U.S.C., au motif qu'elle était en cours dans le pays où se trouvait le centre des intérêts principaux de la débitrice et, par conséquent, qu'elle était une instance étrangère principale au sens du paragraphe 1502(4) du titre 11 U.S.C.; elle devait être reconnue à titre d'instance étrangère principale en vertu du paragraphe 1517(b)(1) du titre 11 U.S.C.; et le représentant étranger avait droit à toutes les mesures prévues à l'article 1520 du titre 11 U.S.C.¹⁴¹. La Cour a statué que les mesures accordées, dont l'injonction permanente, étaient nécessaires et appropriées, dans l'intérêt du public et de la courtoisie internationale, conformément à l'ordre public des États-Unis, et ne causerait aux créanciers concordataires ou autres parties intéressées aucun préjudice qui ne serait pas compensé par les avantages qui découleraient de la décision d'accorder les mesures en cause¹⁴².

C'est dans l'affaire *re SPinX Ltd.* qu'un tribunal américain s'est prononcé pour la première fois de manière détaillée, sous le régime du chapitre 15, sur la définition du CIP. Dans une décision rendue le 6 septembre 2006, la Cour de la faillite des É.-U., district sud de New York, s'est penchée sur la question de la reconnaissance d'une instance étrangère principale par opposition à une instance étrangère secondaire. Dans cette affaire, les liquidateurs conjoints officiels d'un certain nombre de débiteurs, appelés collectivement les SPinX Funds, étaient parties à une instance en liquidation volontaire sous la supervision de la Grande Cour des îles Caymans, et demandaient la reconnaissance aux É.-U. de l'instance instituée aux Caymans à titre d'instance

¹⁴¹ Elle s'est jugée compétente en vertu des articles 157 et 1334 du titre 28, U.S.C., des articles 109 et 1501 du titre 11 U.S.C., et de l'ordonnance permanente de renvoi des dossiers aux juges de la Cour de la faillite des États-Unis pour le district sud de New York (le juge en chef intérimaire Ward), datée du 10 juillet 1984. Une instance étrangère et d'autres affaires fondées sur le chapitre 15 du *Bankruptcy Code* ont été expressément désignées comme étant des instances principales en vertu de la clause 157 b) (2) (P) du titre 28 U.S.C. Le débiteur n'a pas d'établissement commercial dans le ressort territorial des États-Unis, et il n'existe aucune instance connue en cours contre le débiteur ou ses biens aux États-Unis. Bien que le débiteur ait des biens dans le ressort territorial des États-Unis, notamment dans le district sud de New York, les biens du débiteur ne sont pas situés dans un endroit principal. Edwards Angell Palmer & Dodge LLP, procureurs du requérant dans l'instance fondée sur le chapitre 15, mémoire des arguments et de la jurisprudence à l'appui de la requête fondée sur le chapitre 15 en vue d'obtenir une ordonnance et un jugement définitif, prononçant la reconnaissance d'instances étrangères principales et d'une injonction permanente et d'autres mesures, *re Gordian Runoff (UK) Limited*, dossier n° 06- 11563(rdd) (11 juillet 2006), www.gordianuk.co.uk. Voir aussi *La Mutuelle du Mans Assurance IARD (UK Branch)*, dossier n° 06-60100(BRL) et *Lion City*.

¹⁴² *Ibid.*, par. 12.

étrangère principale¹⁴³. Chacun des débiteurs en cause était soit une compagnie à responsabilité limitée, soit une compagnie à portefeuille distinct, constituée et enregistrée aux Îles Caymans. Les SPinX Funds sont des fonds spéculatifs qui achètent et vendent des sûretés et des produits, établis à l'étranger en raison d'un traitement fiscal avantageux pour les investisseurs. La Cour de la faillite des É.-U. a reconnu l'instance étrangère et accordé la qualité de représentant étranger, mais elle a refusé de reconnaître l'instance instituée aux Îles Caymans à titre d'instance étrangère principale. Elle a fait remarquer que la présomption selon laquelle le siège social de la débitrice est le CIP était réfutable. Si le *Bankruptcy Code* des É.-U. ne précise pas le type de preuve requise pour réfuter la présomption, divers facteurs pourraient être pertinents aux fins de cette détermination, et le tribunal a statué qu'il ne devrait pas appliquer ces facteurs machinalement.

Dans l'affaire *re SPinX Ltd.*, la Cour a statué que, parce que c'est l'argent des créanciers qui, en bout de ligne, est en jeu, les tribunaux doivent de manière générale s'incliner devant l'assentiment des créanciers à un CIP proposé. Dans cette affaire, cependant, la Cour a conclu que les SPinX Funds n'avaient effectué aucune transaction ni aucun commerce aux Îles Caymans; la seule activité intervenue dans les Caymans se rapportait aux mesures minimales prises par les compagnies débitrices pour demeurer en règle avec la loi caymanienne; les compagnies débitrices ne comptaient ni employé ni directeur dans ce pays, aucun administrateur n'y résidait, et aucune réunion du conseil d'administration n'y avait été tenue; aucun bien ne s'y trouvait, exception faite des registres des procès-verbaux et autres objets requis par les lois des Caymans. Au moins 90 % des SPinX Funds, soit approximativement 500 millions de dollars en biens, se trouvaient dans des comptes aux É.-U., et les investisseurs provenaient de partout à travers le monde.

La Cour a statué également que la clé de l'harmonisation de la marge de manœuvre qu'offre le chapitre 15 avec son objectif consistant à assurer une certitude juridique accrue repose dans la protection des intérêts des parties au moyen de procédures justes et efficaces qui en maximisent la valeur¹⁴⁴. Dans l'affaire qui nous concerne, il convenait de reconnaître une instance étrangère secondaire, même si aucune instance étrangère principale n'avait encore été reconnue dans un autre ressort, et la Cour a statué qu'il convenait davantage d'adopter cette solution que de refuser ou de retarder toute reconnaissance, puisque des liquidateurs conjoints officiels

¹⁴³ *Re SPinX Ltd.*, D.S. N.Y. dossier n° 06-11760.

¹⁴⁴ *Ibid.*

compétents étaient prêts à exécuter la fonction de la liquidation sous la supervision du tribunal des Caymans. La Cour a fait remarquer également que le motif principal sur lequel était fondée la demande de reconnaissance dont elle avait été saisie était inapproprié; plus précisément, a conclu la Cour, les débitrices demandaient la reconnaissance d'une instance étrangère principale en partie pour obtenir accès à la suspension automatique et ainsi faire obstacle à un règlement que l'un des plus importants créanciers avait obtenu dans le cadre d'une autre instance intentée aux É.-U. La Cour a statué que cette stratégie en matière de litiges n'était pas appropriée. Le jugement indique que la Cour adoptera une démarche fondée sur l'objet pour interpréter le CIP. Il est intéressant de noter cependant que la Cour ne s'est pas penchée sur l'exigence prévue au paragraphe 1502(5) du chapitre 15 relative à l'existence d'un « établissement » dans le ressort étranger aux fins de satisfaire à la définition d'instance étrangère non principale.

2. Réclamations en responsabilité du fait des produits et exception d'ordre public

L'instance fondée sur la *LACC* et le chapitre 15 dans l'affaire *Re Muscletech* et les compagnies liées est l'un des premiers cas où les tribunaux canadiens et américains ont été appelés à déterminer la manière dont les réclamations en responsabilité civile délictuelle doivent être réglées dans le cadre d'une instance de restructuration internationale. Dans l'affaire *Re Muscletech*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario s'est penchée récemment sur la question de savoir si les demandeurs américains dans un recours collectif non autorisé pouvaient déposer des réclamations dans l'instance intentée sous le régime de la *LACC* pour leur compte et pour le compte de tous les autres demandeurs dans une position semblable¹⁴⁵. Dans la poursuite en responsabilité du fait des produits mettant en cause l'éphédra, les consommateurs des produits contenant de l'éphédra allèguent avoir subi des dommages physiques par suite de l'utilisation des produits, tandis que, dans la poursuite qui porte sur la prohormone, les consommateurs des produits contenant de la prohormone soutiennent soit que le produit n'a pas entraîné la croissance promise de la masse musculaire, soit, à titre subsidiaire, qu'il a entraîné la croissance promise de la masse musculaire mais que ce résultat est plutôt attribuable à la présence dans le produit de stéroïdes anabolisants. Par ces dernières actions, ils réclament des dommages pour publicité trompeuse et vente illégale d'une substance réglementée. Toutes les poursuites américaines ont été renvoyées à la Cour de district des États-Unis, district sud de New York, de manière qu'elles soient gérées collectivement.

¹⁴⁵ *Re MuscleTech Research and Development Inc.*, [2006] O.J. No. 3300 (C.S.J. Ont.).

Les actions en responsabilité du fait des produits avaient été suspendues dans le cadre de l'instance fondée sur la *LACC* et de l'instance fondée sur le chapitre 15 américain. On avait établi, dans le cadre de l'instance instituée sous le régime de la *LACC*, un processus de réclamation par lequel le contrôleur canadien effectuait une première évaluation des réclamations, un processus de résolution des réclamations contestées ainsi qu'un calendrier des dates de prescription des réclamations. Appelé à examiner la question des réclamations du représentant, le tribunal canadien a statué que, si une ordonnance de représentation peut être rendue dans le cadre d'une instance régie par la *LACC*, à ce jour, aucun tribunal canadien n'a rendu de jugement ayant pour effet d'élargir la portée de telles ordonnances pour permettre la production de la « preuve de réclamation d'un représentant ». La Cour a statué que, bien qu'un représentant puisse présenter une réclamation, la question était de savoir s'il convenait, dans l'affaire dont elle était saisie, de permettre ce genre de réclamation du représentant sans que chaque participant au recours collectif ne soit tenu de déposer des réclamations.

Dans l'affaire *Re MuscleTech*, le tribunal canadien a conclu que le processus de réclamations prévu par la *LACC* aurait suffisamment protégé les intérêts des auteurs potentiels de réclamations si ces derniers s'étaient prévalus du processus. Il a fait remarquer que d'autres particuliers avaient déposé des réclamations dans le délai prescrit, mais que les auteurs potentiels de réclamations avaient choisi de ne pas recourir au processus. La Cour a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour permettre les réclamations du représentant ou de lever la suspension pour permettre le déroulement des requêtes en autorisation aux É.-U. Elle est arrivée à la conclusion que modifier ou allonger la liste des auteurs de réclamations une fois passée la date limite de présentation des réclamations et à la suite du règlement de 30 des réclamations relatives à l'éphédra pourrait porter préjudice au bon déroulement éventuel du processus fondé sur la *LACC*. La Cour a conclu que les arguments formulés par les demandeurs représentatifs auraient dû être présentés lorsque l'ordonnance d'appel des réclamations avait été rendue. Le processus avait permis à tous ceux qui avaient une réclamation de déposer une preuve de créance; les formules étaient accessibles et rédigées dans un langage simple; et les auteurs des réclamations en responsabilité du fait des produits avaient tous réussi à présenter des réclamations individuelles, même dans les cas où ils prenaient part à des recours collectifs. Donc, a conclu la Cour, permettre les réclamations des représentants ou les réclamations collectives à cette date serait préjudiciable au processus de réclamations dans son entier et compromettrait l'intégrité du processus régi par la *LACC*.

Dans le cadre de l'instance fondée sur le chapitre 15 et mettant en cause le même débiteur, la Cour de district des É.-U., district sud de New York, a accueilli la demande du contrôleur de l'Ontario visant à faire reconnaître et à faire exécuter l'ordonnance canadienne énonçant la procédure relative aux réclamations¹⁴⁶. Le tribunal américain a statué qu'en vertu des alinéas 105 a) et 1521 a) du *Bankruptcy Code* des É.-U., le tribunal est habilité, dans le cadre d'une instance fondée sur le chapitre 15, à accorder toute mesure appropriée et requise aux fins d'application du chapitre et pour protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers. Les parties opposantes soutenaient que la procédure relative aux réclamations énoncée dans la LACC canadienne contrevenait à leur droit constitutionnel à un procès devant jury, et que le tribunal avait le pouvoir, en vertu de l'article 1506, de refuser de prendre une mesure si celle-ci était manifestement contraire à l'ordre public des États-Unis.

C'était la première fois que la cour était appelée à étudier le sens de l'exception d'ordre public — « manifestement contraire à l'ordre public » — prévue au chapitre 15 du *Bankruptcy Code* des É.-U. La Cour de la faillite américaine a signalé que la procédure relative aux réclamations prévue dans la LACC prescrit la médiation obligatoire et, si la médiation donne lieu à un plan qui est approuvé par les majorités de créanciers indiquées, l'estimation et la liquidation du reste des réclamations par un agent des réclamations désigné par la cour. La Cour a statué que le processus de réclamations modifié, qui permet aux auteurs de réclamations d'être entendus, écarte toute inquiétude relative à l'application régulière de la loi. Plus important encore, la Cour a statué que l'article 1506 n'empêche pas un tribunal américain de reconnaître et de faire exécuter une instance d'insolvabilité étrangère pour liquider des réclamations simplement parce que la procédure ne prévoit aucun droit à un jury.

La Cour a statué qu'en adoptant le chapitre 15 le Congrès avait précisé clairement que l'expression « manifestement contraire à l'ordre public des États-Unis » devait être interprétée de manière restrictive, de façon à limiter l'application de l'exception d'ordre public aux politiques les plus fondamentales des É.-U. La Cour a cité également le Guide pour l'incorporation de la Loi type sur l'insolvabilité internationale, dont le Comité judiciaire de la Chambre des représentants des É.-U. avait ordonné la consultation aux fins d'interpréter les dispositions du chapitre 15. Le juge Rakoff a conclu que l'exception d'ordre public devait être interprétée restrictivement et qu'elle ne devait être invoquée que dans des circonstances exceptionnelles touchant des

¹⁴⁶ *In re Ephedra Products Liability Litigation, In re Muscletech Research and Development*, ordonnance du juge Rakoff, 04 MD 1598, 06 Civ. 538 (D.S.N.Y.).

questions d'importance fondamentale pour l'État. La Cour s'est appuyée sur une jurisprudence américaine antérieure relative aux instances étrangères pour conclure que le tribunal doit, de manière générale, faire preuve de retenue si les instances étrangères sont équitables et impartiales et qu'elles offrent les mêmes protections — sur la forme et sur le fond — au chapitre de l'application régulière de la loi que celles qui sont assurées aux États-Unis. La Cour a statué que, si le droit constitutionnel à un jury constitue un aspect important du système juridique des É.-U., [TRADUCTION] « la notion qu'il ne peut y avoir de verdict juste et impartial en l'absence d'un procès devant jury défie l'expérience vécue par la plupart des pays civilisés », et qu'il est difficile de cerner l'injustice dont un demandeur serait victime du fait qu'une affaire civile serait tranchée par un juge plutôt que par un jury. La Cour a statué que, dans les circonstances, la procédure relative aux réclamations était juste et impartiale, et que l'article 1506 n'exigeait rien d'autre, non plus que les autres lois.

Ce jugement n'est pas sans importance, car il indique que le tribunal fera preuve de retenue à l'égard des décisions judiciaires rendues dans le cadre d'une instance étrangère principale pour autant qu'il soit convaincu que les protections relatives à l'application régulière de la loi existent; dans de tels cas, l'objectif de la courtoisie éclipsera certaines des avenues procédurales — comme le procès devant jury — qui n'existent qu'aux É.-U.

3. Faillite d'un consommateur sous le régime du chapitre 15

L'on ne semble connaître que deux instances d'insolvabilité d'un consommateur reconnues sous le régime du chapitre 15 relativement à une instance canadienne; toutes deux mettent en cause des intérêts commerciaux.

Dans l'affaire *Ian Gregory Thow*, l'instance en faillite d'un consommateur canadien a été instituée en juillet 2005 en réponse aux actions de la B.C. Securities Commission, qui avait gelé les biens du débiteur, y compris sa résidence de huit millions de dollars en C.-B. Le débiteur, un conseiller en investissements de la Colombie-Britannique, a été accusé par d'anciens clients d'avoir détourné plusieurs millions de dollars pour faciliter son style de vie. Un certain nombre d'actions en justice ont été intentées par d'anciens clients investisseurs contre le débiteur et ses compagnies liées, les réclamations s'élevant à 28 millions de dollars approximativement. Thow exploitait une compagnie connue sous le nom de Berkshire Investment Group. Un syndic de faillite a été nommé en juillet 2005 à titre de séquestre intérimaire des biens de Thow et à titre de

séquestre des biens des diverses compagnies dont il détenait la totalité de la participation. L'on a conclu que les compagnies étaient propriétaires de biens considérables, dont un aéronef et des bateaux. Le syndic a subséquemment obtenu une ordonnance l'autorisant à déposer des requêtes de mise en faillite contre les compagnies liées. Le débiteur a ensuite déposé un avis d'intention de présenter une proposition en vertu de la *LFI* en juillet 2005; toutefois, au cours d'une assemblée, ses créanciers ont refusé la proposition, et le débiteur a donc été réputé avoir fait cession de ces biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹⁴⁷.

Thow ayant déplacé ses biens et les ayant cachés au syndic et aux créanciers après le dépôt de la proposition et avant que les créanciers ne votent à l'encontre de celle-ci, il est devenu un failli involontaire. Il a ensuite franchi la frontière pour se rendre aux É.-U. et, le jour suivant, a déposé une requête de mise en faillite aux É.-U. sous le régime du chapitre 7. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a délivré un mandat d'arrestation au Canada à l'encontre du débiteur¹⁴⁸. Tous les créanciers garantis et 98 % des créanciers chirographaires se trouvaient au Canada. Le syndic a demandé une ordonnance de reconnaissance en vertu du chapitre 15 aux É.-U. Dans l'affaire *Re Ian Gregory Thow*, la Cour de la faillite des É.-U., district ouest de Washington, a accordé une ordonnance de reconnaissance au syndic de faillite nommé en vertu de la *LFI*¹⁴⁹. La Cour des É.-U. a statué que pour ainsi dire tous les biens du débiteur et des créanciers se trouvaient en Colombie-Britannique, et que le CIP était en Colombie-Britannique. L'instance canadienne a donc été reconnue à titre d'instance étrangère principale. La Cour a suspendu la demande de liquidation antérieurement déposée par le débiteur en vertu du chapitre 7 du *Code des É.-U.* et a confié l'administration et la réalisation des biens du débiteur aux É.-U. au syndic canadien¹⁵⁰. L'issue de l'instance n'était pas encore connue au moment de la rédaction du présent document.

Dans l'affaire *Mackenzie E. Howell*, la seule autre affaire publiée au Canada en matière de faillite d'un consommateur sous le régime du chapitre 15, qui mettrait en cause des biens d'une valeur inférieure à 50 000 \$ et des dettes d'environ six millions de dollars, la cour a accordé une ordonnance de reconnaissance d'une instance étrangère secondaire sous le régime du

¹⁴⁷ Certificat de cession, séquestre officiel, Bureau du surintendant des faillites (14 septembre 2005).

¹⁴⁸ *Re Thow* [2005] B.C.J. No. 1986 (C.S. C.-B.).

¹⁴⁹ *Re Ian Gregory Thow*, ordonnance reconnaissant une instance étrangère en vertu du chapitre 15, Cour de la faillite des É.-U., district ouest de Washington (10 novembre 2005), dossier n° 05-30432.

¹⁵⁰ *Ibid.* 3.

chapitre 15¹⁵¹. Le débiteur résidait au Canada au moment de la demande de protection, puis il a déménagé aux É.-U. Le syndic canadien a déposé une requête de mise en faillite en vertu du chapitre 15 en juin 2006, cherchant à interroger le débiteur relativement à des contrats immobiliers de plusieurs millions de dollars auquel il avait pris part aux É.-U.¹⁵² Les questions de la communication préalable et de l'importance et du lieu des biens sont encore, à ce jour, fort contestées.

Le plus remarquable dans ces premières affaires est la rapidité avec laquelle on a accepté l'interprétation restrictive et rigoureuse de l'exception d'ordre public prévue au chapitre 15 et la nature incontestée de la détermination du centre des intérêts principaux. Il se peut qu'aucun fait n'ait encore à ce jour inciter des créanciers ou des représentants étrangers à contester le centre des intérêts principaux. Peut-être les litiges ne surviendront-ils que dans les cas qui mettent en cause des groupes de sociétés. L'on ne peut en dire autant des affaires qui se sont déroulées au sein de l'Union européenne.

IV. LE CIP SOUS LE RÉGIME DU RÈGLEMENT DE LA CE

Dans la présente partie, nous examinons la manière dont la question du CIP a été traitée sous le régime du Règlement de la CE relatif aux procédures d'insolvabilité, entré en vigueur en mai 2002¹⁵³. Ce Règlement a été pris en vertu du *Traité instituant la Communauté européenne* (le Traité sur la CE), il est obligatoire dans tous ses éléments à l'égard de tous les États membres, et il est directement et généralement applicable dans tous ces États, sauf au Danemark, ce qui fait au total 24 pays¹⁵⁴. Le Règlement de la CE s'applique sans que l'État

¹⁵¹ *In re MacKenzie E. Bowell, Order Granting Application for Recognition of a Foreign Proceeding under Chapter 15*, dossier n° 06-01710-SSC, Cour de la faillite des É.-U. pour le district de l'Arizona (20 juillet 2006), 1.

¹⁵² *In re MacKenzie E. Bowell, Application for Recognition of a Foreign Non-Main Proceeding under 11 U.S.C. SS. 1517* (14 juin 2006), 2.

¹⁵³ Règlement du Conseil (CE) 1346/2000, du 29 mai 2000, [2000] O.J. L.160/1 (Règlement de la CE)

¹⁵⁴ *Traité instituant la Communauté européenne* (version consolidée de 2002), [2002] O.J. C 325/33 [Traité sur la CE], premier considérant; Ian F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, 2^e éd. (Oxford : Oxford University Press, 2005), par. 7.24 (« Fletcher »); l'article 249 du Traité sur la CE prescrit ceci : « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. » L'« État membre » est l'un des pays qui composent ce que l'on appelle aujourd'hui l'Union européenne (UE), par suite de l'entrée en vigueur en 1992 du *Traité sur l'Union européenne*, [1992] O.J. C 224/1 [Traité de Maastricht]. En vertu du Traité de Maastricht et du prédécesseur du Traité sur la CE, le *Traité instituant la Communauté européenne* (version consolidée de 1997), [1997] O.J. C 340/03, le Danemark est soustrait à l'application du Règlement de l'UE. Le trente-troisième considérant du Règlement de la CE, *supra*, note 153; Fletcher, *ibid.*, par. 7.27. Les autres

membre ne soit tenu d'apporter quelque modification que ce soit à ses lois nationales¹⁵⁵. En vertu de la doctrine de la suprématie des lois de la CE sur les lois nationales, le Règlement de la CE relatif aux procédures d'insolvabilité lie tous les États membres de l'UE, et les dispositions du règlement l'emportent sur toute disposition conflictuelle des lois nationales sur l'insolvabilité de tout État membre¹⁵⁶. La Cour européenne de Justice (CEJ) est compétente pour interpréter le Règlement de la CE, agissant à titre de tribunal d'appel de dernière instance pour les États membres de la CE aux fins de statuer sur la validité et l'interprétation du Règlement de la CE¹⁵⁷. Le Règlement précise que le « bon fonctionnement du marché intérieur exige que les procédures d'insolvabilité transfrontalières fonctionnent efficacement et effectivement et l'adoption du présent règlement est nécessaire pour atteindre cet objectif qui relève du domaine de la coopération judiciaire civile au sens de l'article 65 du Traité »¹⁵⁸.

L'article premier du Règlement de la CE restreint son application aux procédures d'insolvabilité collectives qui entraînent le dessaisissement partiel ou total d'un débiteur ainsi que la nomination d'un syndic. Le syndic s'entend, au sens du Règlement, de toute personne ou tout organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires¹⁵⁹. Donc, le Règlement exclut les procédures d'insolvabilité qui, bien qu'elles soient de nature collective, laissent le débiteur en plein contrôle de son patrimoine et de ses affaires; et bien qu'en raison du dessaisissement partiel, il tombe sous le coup du Règlement, le débiteur doit, dans une certaine mesure, perdre ses pouvoirs d'administrer et de contrôler ses affaires et ses biens¹⁶⁰.

États membres de l'UE sont l'Autriche, la Belgique, Chypre, la République tchèque, l'Estonie, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Pologne, le Portugal, la Slovaquie, la Slovénie, l'Espagne, la Suède, les Pays-Bas, le Royaume-Uni. La Bulgarie et la Roumanie devraient se joindre à l'UE en 2007.

¹⁵⁵ Fletcher, *ibid.*, par. 7.24.

¹⁵⁶ Le Règlement sera interprété de manière uniforme à long terme, car la Cour européenne de justice a le pouvoir de trancher les conflits qui découlent des diverses interprétations au sein des États membres, en vertu des articles 220 et 234, *Traité consolidé sur l'UE de 1999*, précité, note 154. Le Règlement de la CE ne s'applique pas au Danemark. Pour un examen des raisons historiques de cette exemption, voir Fletcher, *ibid.*, 7.27.

¹⁵⁷ Traité sur la CE, précité, note 154, art. 220, 234. Voir aussi Fletcher, *ibid.*, par. 7.24, 7.142.

¹⁵⁸ Règlement de l'UE, précité, note 153, préambule, et les troisième, quatrième et cinquième considérants.

¹⁵⁹ *Ibid.*, alinéa 2 b). Le Règlement dresse à l'Annexe C une liste des professionnels de l'insolvabilité dans les divers États membres.

¹⁶⁰ Fletcher, *supra*, note 154, 7.36; rapport Virgos-Schmit, précité, à titre d'annexe à l'ouvrage de Fletcher, *ibid.*, 154, al. 49 c).

1. Dispositions du Règlement relatives au CIP

Le Règlement de la CE utilise le « centre des intérêts principaux » (CIP) pour déterminer le lieu où une instance principale doit être ouverte dans les limites de l'UE. Il n'en énonce cependant aucune définition; toutefois, en vertu de l'article 3, le centre des intérêts principaux d'une société débitrice est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire. Il s'agit donc d'une présomption réfutable. L'instance qualifiée d'instance principale en vertu du Règlement jouit des pleins effets extraterritoriaux et lie donc tous les États membres sous le régime du Règlement en plus de couvrir les biens du débiteur globalement, liant ainsi les créanciers.

Les nombreux considérants qui figurent dans la partie liminaire du Règlement de la CE visent à aider les États membres à interpréter les exigences énoncées dans le Règlement. Le professeur Ian Fletcher a fait remarquer que les considérants seront utilisés dans le cadre du processus d'interprétation fondé sur l'objet du Règlement que la CEJ utilise¹⁶¹. Le troisième considérant du Règlement de la CE précise que le centre des intérêts principaux devrait correspondre « au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers »¹⁶².

Le rapport Virgos-Schmit, qui est considéré comme un outil d'interprétation non officiel du Règlement de la CE, explique la raison d'être du critère du CIP :

[TRADUCTION] On peut sans difficulté expliquer la raison d'être de cette règle. L'insolvabilité est un risque prévisible. Il est donc important que la compétence internationale (qui, ainsi que nous le verrons, suppose l'application des lois sur l'insolvabilité de cet État contractant) tire sa source d'un endroit connu des créanciers potentiels du débiteur. L'on peut ainsi calculer les risques juridiques qui devraient être assumés en cas d'insolvabilité [...] Lorsque des compagnies et des personnes juridiques sont concernées, la Convention présume, jusqu'à preuve

¹⁶¹ Fletcher, *supra*, note 154, 7.26.

¹⁶² Règlement du Conseil (CE) 1346/2000, du 29 mai 2000, [2000] O.J. L.160/1. Procédures (Journal officiel, L 160, 30 juin 2000), version consolidée, telle qu'elle est rédigée après l'accession de dix États à l'UE, sur le fondement de l'article 20 de la Loi sur l'accession (Journal officiel, L 236, 23 septembre 2003, Annexe II, paragraphe 18, A(1), et après l'accession de la Bulgarie et de la Roumanie au 1^{er} janvier 2007 (Journal officiel, L 363, 20 décembre 2006).

contraire, que le centre des intérêts principaux du débiteur est le lieu de son siège statutaire. Ce lieu correspond normalement au siège social du débiteur¹⁶³.

Le quatorzième considérant précise que le Règlement s'applique uniquement aux procédures dans lesquelles le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans la Communauté européenne. Le Règlement établit la compétence internationale, désignant les États membres dont les juridictions peuvent ouvrir une procédure d'insolvabilité; toutefois, la compétence territoriale au sein de cet État doit être déterminée par la loi nationale de l'État concerné¹⁶⁴. Le professeur Fletcher s'est exprimé sur les problèmes associés à la limite imposée par le Règlement lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé à l'extérieur de la Communauté européenne, mais qu'il existe au sein de la communauté des entités qui sont très liées :

[TRADUCTION] Le quatorzième considérant prescrit ceci : Le présent règlement s'applique uniquement aux procédures dans lesquelles le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans la Communauté. Cette limite essentielle à la portée de l'application du Règlement est d'une importance immense, car elle exclut de nombreux cas d'insolvabilité transfrontalière de la portée de ses dispositions, même si les parties intéressées et les biens peuvent se trouver dans les limites territoriales de l'Union européenne. Le critère décisif utilisé dans ce contexte — le lieu du centre des intérêts principaux du débiteur — est particulièrement important, car il peut avoir pour effet d'exclure de la portée du Règlement l'instance d'insolvabilité qui vise un débiteur ayant des liens très profonds avec un ou plusieurs États membres, si effectivement le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve à l'extérieur du territoire de tout État participant à la date d'ouverture de l'instance. Dans de tels cas, ainsi qu'il a été indiqué précédemment, la conséquence de la non-applicabilité du Règlement est que les États membres sont libres d'agir individuellement et en conformité avec leurs lois et leurs pratiques en ce qui concerne des questions comme l'exercice de la compétence et le déroulement des instances ainsi ouvertes, et relativement à la reconnaissance et à l'exécution d'instances ouvertes de la même manière dans d'autres États membres¹⁶⁵.

Donc, sous le régime du Règlement, l'on a recours au CIP pour limiter l'applicabilité du Règlement; il sert donc un objectif différent de celui de la Loi type, du chapitre 15 ou du chapitre 47. Si le CIP est situé à l'extérieur de l'UE, le Règlement ne s'applique pas, et aucune

¹⁶³ *The Report on the Convention on Insolvency Proceedings* daté du 8 juillet 1996, par. 75. Le rapport Virgos Schmit visait, au moment de sa rédaction, à servir d'outil d'interprétation du prédécesseur du Règlement de la CE, la Convention de 1995. Toutefois, on l'a reconnu et invoqué pour interpréter le Règlement de l'UE : *BRAC Rent-A-Car International Inc.*, [2003] EWHC (Ch. U.K.) 128; Fletcher, *supra*, note 154;

http://www.iiiglobal.org/country/european_union.html#articles.

¹⁶⁴ *Ibid.*, quinzième considérant.

¹⁶⁵ Fletcher, *supra*, note 154, 7.40.

obligation impérative ne découle de la reconnaissance de l'instance dans un État membre en particulier¹⁶⁶. Cette situation peut être comparée à la situation où le CIP est jugé être dans les limites d'un État membre, dans lequel cas les décisions du tribunal saisi de l'instance principale s'appliquent à tous les biens situés dans tous les États membres, sauf lorsque les biens sont visés dans une instance secondaire reconnue.

Le seizième considérant prescrit que la juridiction compétente pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale devrait être habilitée à ordonner des mesures provisoires et conservatoires dès le moment de la demande d'ouverture de la procédure¹⁶⁷.

Le Règlement prescrit également qu'avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État membre où le débiteur a un établissement ne devrait pouvoir être demandée que par les créanciers locaux et les créanciers de l'établissement local ou lorsque le droit de l'État membre où le débiteur a son centre d'intérêt principal ne permet pas d'ouvrir une procédure principale¹⁶⁸. Le dix-septième considérant indique que cette limitation est justifiée par le fait que l'on vise à limiter au strict minimum les cas dans lesquels des procédures territoriales indépendantes sont demandées avant la procédure d'insolvabilité principale; si une procédure d'insolvabilité principale est ouverte, les procédures territoriales deviennent secondaires. On peut demander aussi l'ouverture d'instances secondaires dans un État membre une fois qu'une instance principale est reconnue¹⁶⁹.

¹⁶⁶ La non-applicabilité du Règlement au motif que le CIP est situé à l'extérieur de l'UE ne signifie pas nécessairement que, si le siège social du débiteur est à l'extérieur de l'UE, le Règlement ne s'applique pas. Dans l'affaire *Re BRAC Rent-a-Car International Inc.* [2003] E.W.H.C. (Ch.) 128, [2003] All E.R. 201, le tribunal du R.-U. a statué que, bien que le siège social de la société soit aux É.-U., le CIP était situé au R.-U., en raison de l'endroit où se trouvaient la direction, les employés, les activités et les relations touchant au crédit.

¹⁶⁷ Règlement de la CE, *supra*, note 153. Le seizième considérant prescrit ceci : « Des mesures conservatoires ordonnées tant avant qu'après le début de la procédure d'insolvabilité sont très importantes pour en garantir l'efficacité. Le présent règlement devrait prévoir à cet égard deux possibilités : d'une part, la juridiction compétente pour la procédure principale peut ordonner des mesures conservatoires provisoires également en ce qui concerne les biens situés sur le territoire d'autres États membres, d'autre part, un syndic provisoire désigné avant l'ouverture de la procédure principale peut, dans les États membres dans lesquels le débiteur possède un établissement, demander les mesures conservatoires prévues par la Loi de ces États. »

¹⁶⁸ *Ibid.*, dix-septième considérant.

¹⁶⁹ *Ibid.* Le dix-huitième considérant prescrit ceci : « Après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale, le présent règlement ne fait pas obstacle à la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État membre où le débiteur a un établissement. Le syndic de la procédure principale

Le dix-neuvième considérant du Règlement prescrit que, hormis la protection des intérêts locaux, les procédures d'insolvabilité secondaires peuvent poursuivre d'autres objectifs. Ce pourrait être le cas lorsque le patrimoine du débiteur est trop complexe pour être administré en bloc, ou lorsque les différences entre les systèmes juridiques concernés sont si profondes que l'extension des effets de la loi de l'État d'ouverture aux autres États où se trouvent les actifs risque d'entraîner des difficultés. Pour cette raison, le syndic de la procédure principale peut demander l'ouverture d'une procédure secondaire dans l'intérêt d'une administration efficace du patrimoine. Le Règlement reconnaît que les procédures principales et les procédures secondaires ne peuvent, toutefois, contribuer à une réalisation efficace de la masse que si toutes les procédures parallèles en cours sont coordonnées et que les différents syndics coopèrent étroitement et échangent des informations¹⁷⁰.

Le Règlement vise à assurer la reconnaissance immédiate des décisions relatives à l'ouverture, au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité qui relève de son champ d'application, ainsi que des décisions qui ont un lien direct avec cette procédure d'insolvabilité¹⁷¹. Les considérants précisent que la reconnaissance des décisions rendues par les juridictions des États membres devrait reposer sur le principe de la confiance mutuelle. À cet égard, les motifs de non-reconnaissance devraient être réduits au minimum nécessaire et, par conséquent, la décision de la juridiction qui ouvre la première procédure devrait être reconnue dans tous les autres États membres, sans que ceux-ci aient la faculté de soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle¹⁷².

Le vingt-troisième considérant prescrit que le « présent Règlement, dans les matières visées par celui-ci, devrait établir des règles de conflit de lois uniformes qui remplacent - dans le cadre de leur champ d'application - les règles nationales du droit international privé; sauf disposition contraire, la loi de l'État membre d'ouverture de la procédure devrait être applicable (lex concursus). Cette règle de conflit de lois devrait s'appliquer tant à la procédure principale qu'aux

ou toute autre personne habilitée à cet effet par la législation nationale de cet État membre peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire. »

¹⁷⁰ *Ibid.*, Le vingtième considérant, qui prescrit également qu'« il devrait pouvoir, par exemple, proposer un plan de redressement ou un concordat ou demander la suspension de la liquidation de la masse dans la procédure secondaire ».

¹⁷¹ *Ibid.*, vingt-deuxième considérant.

¹⁷² *Ibid.*

procédures locales. La lex concursus détermine tous les effets de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, sur les personnes et les rapports juridiques concernés. Cette loi régit toutes les conditions de l'ouverture, du déroulement et de la clôture de la procédure d'insolvabilité »¹⁷³.

L'article 2 définit le lieu où les biens sont situés :

2 g) « État membre dans lequel se trouve un bien » :

- pour les biens corporels, l'État membre sur le territoire duquel le bien est situé,
- pour les biens et les droits que le propriétaire ou le titulaire doit faire inscrire dans un registre public, l'État membre sous l'autorité duquel ce registre est tenu,
- pour les créances, l'État membre sur le territoire duquel se trouve le centre des intérêts principaux du tiers débiteur, tel qu'il est déterminé à l'article 3, paragraphe 1;

L'article 3 du Règlement de la CE précise que, pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire, et pour le particulier, il est présumé être sa résidence habituelle.

L'article 3 est libellé dans les termes suivants :

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.
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

¹⁷³ *Ibid.* Le vingt-quatrième considérant est libellé dans les termes suivants : « La reconnaissance automatique d'une procédure d'insolvabilité à laquelle est normalement applicable la loi de l'État d'ouverture peut interférer avec les règles en vertu desquelles les transactions sont réalisées dans ces États. Pour protéger la confiance légitime et la sécurité des transactions dans des États différents de celui de l'ouverture, il convient de prévoir des dispositions visant un certain nombre d'exceptions à la règle générale ».

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

3. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte en application du paragraphe 1, toute procédure d'insolvabilité ouverte ultérieurement en application du paragraphe 2 est une procédure secondaire. Cette procédure doit être une procédure de liquidation.

4. Une procédure territoriale d'insolvabilité visée au paragraphe 2 ne peut être ouverte avant l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité en application du paragraphe 1 que:

a) si une procédure d'insolvabilité ne peut pas être ouverte en application du paragraphe 1 en raison des conditions établies par la loi de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur

ou

b) si l'ouverture de la procédure territoriale d'insolvabilité est demandée par un créancier dont le domicile, la résidence habituelle ou le siège se trouve dans l'État membre sur le territoire duquel est situé l'établissement concerné, ou dont la créance a son origine dans l'exploitation de cet établissement.

Le Règlement de la CE précise que les procédures ouvertes sur le territoire où le débiteur a un établissement sont des procédures secondaires lorsqu'une procédure principale est déjà ouverte. Toutefois, le tribunal d'un État membre peut, avant qu'une procédure ne soit ouverte là où le débiteur a son CIP, ouvrir une procédure que l'on appelle la procédure territoriale indépendante¹⁷⁴. Si une procédure principale est subséquemment ouverte, le dix-septième considérant prescrit que la procédure territoriale devient alors une procédure secondaire. Le Règlement définit l'établissement comme étant « tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens »¹⁷⁵. Sous le régime du Règlement de la CE, les procédures secondaires sont limitées à la liquidation des biens du débiteur qui sont situés dans l'État en particulier.

Le Règlement de la CE énonce la présomption relative au siège social. Toutefois, un certain nombre de tribunaux se sont penchés sur la question des facteurs à prendre en considération pour déterminer le CIP¹⁷⁶. La notion de centre des intérêts principaux sous le régime du Règlement de la CE signifie qu'il n'y a qu'une seule procédure d'insolvabilité principale et une ou plusieurs procédures secondaires dans d'autres États membres relativement au débiteur, et que

¹⁷⁴ Fletcher, *supra*, note 154, 7.46.

¹⁷⁵ *Ibid.*, alinéa 2 h).

¹⁷⁶ Voir les documents de la CNUDCI (voir A/CN.9/580, par. 58 à 79 et A/CN.9/579, par. 8 à 17).

les procédures sont coordonnées. Le devoir de coopération et d'information énoncé à l'article 31 du Règlement est par conséquent un aspect important de l'administration juste et efficace de l'insolvabilité et du déroulement efficace des procédures principale et secondaires. Le paragraphe 2 de l'article 31 du Règlement vise à assurer la coordination entre les procédures d'insolvabilité principale et secondaires, précisant que le syndic de la procédure principale et les syndics des procédures secondaires sont tenus d'un devoir de coopération réciproque¹⁷⁷. Le syndic de la procédure secondaire doit offrir au syndic de la procédure principale l'occasion de soumettre des propositions sur la réalisation des biens dans le cadre des procédures secondaires¹⁷⁸. Les dispositions nécessitent un niveau de reconnaissance, de coopération et d'échange d'information afin d'assurer l'administration efficace des procédures là où le CIP est situé, ainsi que les procédures secondaires, que l'objectif soit la restructuration ou la liquidation et la réalisation des biens. Le syndic de la procédure principale peut intervenir dans une procédure d'insolvabilité secondaire et doit être en mesure d'obtenir les conseils du syndic dans une procédure secondaire pour déterminer la manière la plus efficace de résoudre l'insolvabilité¹⁷⁹. Le régime de communication permet également aux spécialistes de l'insolvabilité d'offrir des conseils pertinents au tribunal concerné et de prendre les mesures qui s'imposent pour maintenir ou maximiser la valeur des biens. Il permet également aux créanciers d'effectuer une évaluation éclairée de leur position dans le cadre de la procédure en cause.

Le paragraphe 1 de l'article 16 du Règlement prescrit que « toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture ». L'article 16 précise que la reconnaissance d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, par une juridiction d'un autre État membre. Dans ce cas, cette dernière procédure est une procédure secondaire d'insolvabilité. L'article 17 est libellé dans les termes suivants :

¹⁷⁷ L'article 31 du Règlement de la CE, précité, note 153, prescrit ceci : « 1. Sous réserve des règles limitant la communication de renseignements, le syndic de la procédure principale et les syndics des procédures secondaires sont tenus d'un devoir d'information réciproque. Ils doivent communiquer sans délais tout renseignement qui peut être utile à l'autre procédure, notamment l'état de la production et de la vérification des créances et les mesures visant à mettre fin à la procédure. 2. Sous réserve des règles applicables à chacune des procédures, le syndic de la procédure principale et les syndics des procédures secondaires sont tenus d'un devoir de coopération réciproque ».

¹⁷⁸ *Ibid.*, paragraphe 31(3).

¹⁷⁹ *Ibid.*, articles 32 à 38.

Article 17 Effets de la reconnaissance

1. La décision d'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre État membre les effets que lui attribue la loi de l'État d'ouverture, sauf disposition contraire du présent règlement et aussi longtemps qu'aucune procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, n'est ouverte dans cet autre État membre.

2. Les effets d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, ne peuvent être contestés dans les autres États membres. Toute limitation des droits des créanciers, notamment un sursis des paiements ou une remise de dette résultant de cette procédure, ne peut être opposée, quant aux biens situés sur le territoire d'un autre État membre, qu'aux créanciers qui ont exprimé leur accord.

Le Règlement contient une exception d'ordre public restrictive, en ce que tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution¹⁸⁰.

Les articles 27 à 29 énoncent les dispositions relatives aux procédures secondaires :

Article 27 Ouverture

La procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, qui est ouverte par une juridiction d'un État membre et reconnue dans un autre État membre (procédure principale) permet d'ouvrir, dans cet autre État membre, dont une juridiction serait compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 2, une procédure secondaire d'insolvabilité sans que l'insolvabilité du débiteur soit examinée dans cet autre État. Cette procédure doit être une des procédures mentionnées à l'annexe B. Ses effets sont limités aux biens du débiteur situés sur le territoire de cet autre État membre.

¹⁸⁰ *Ibid.*, paragraphe 26(1).

Article 28 Loi applicable

Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure secondaire est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure secondaire est ouverte.

Article 29 Droit de demander l'ouverture

L'ouverture d'une procédure secondaire peut être demandée par:

- a) le syndic de la procédure principale;
- b) toute autre personne ou autorité habilitée à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi de l'État membre sur le territoire duquel l'ouverture de la procédure secondaire est demandée.

Donc, le syndic d'une procédure principale peut demander l'ouverture de procédures secondaires. L'article 38 du Règlement prescrit que, lorsque la juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 1, désigne un syndic provisoire en vue d'assurer la conservation des biens du débiteur, ce syndic provisoire « est habilité à demander toute mesure de conservation ou de protection sur les biens du débiteur qui se trouvent dans un autre État membre prévue par la loi de cet État, pour la période séparant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité de la décision d'ouverture ».

Sauf disposition contraire du Règlement de la CE, la loi applicable à la procédure secondaire est celle de l'État membre sur le territoire duquel cette procédure est ouverte¹⁸¹. La *lex concursus*, la loi de l'État membre de l'ouverture de la procédure principale, s'applique à tous les biens du débiteur, peu importe où ils sont situés, sauf dans la mesure où la procédure secondaire a été ouverte dans un État membre. Les effets de la procédure secondaire sont restreints aux biens du débiteur qui sont situés dans cet État membre¹⁸².

Le paragraphe 1, article 4, du Règlement, prescrit que « sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre

¹⁸¹ *Ibid.*, article 28.

¹⁸² *Ibid.*, paragraphe 3(2) et article 27.

sur le territoire duquel la procédure est ouverte, ci-après dénommé « État d'ouverture » »¹⁸³. Le paragraphe 2, article 4, prescrit que la loi de l'État d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité, notamment certaines questions substantives et procédurales¹⁸⁴. Cela inclut les effets des procédures d'insolvabilité sur les contrats en vigueur avec le débiteur, les règles régissant la distribution du produit de la réalisation des biens et l'ordre de priorité des créances, et les règles relatives au caractère annulable ou non exécutoire des actes juridiques qui sont préjudiciables à l'ensemble des créanciers¹⁸⁵. Les droits de compensation, les droits des vendeurs fondés sur une réserve de propriété et les droits *in rem* des tierces parties ne sont pas compromis par la procédure d'insolvabilité¹⁸⁶.

2. Jurisprudence sur le CIP au sein de l'UE

Le CIP est une question de fait qui est tranchée à la date d'ouverture de l'instance d'insolvabilité. La Cour du Royaume-Uni, dans l'affaire *Re Parkside Flexibles*, a statué que la détermination du centre des intérêts principaux d'une compagnie est tributaire des faits, et que le tribunal doit évaluer et sopeser tous les documents pertinents pour déterminer le CIP¹⁸⁷.

S'il n'existe aucune définition expresse du CIP, le paragraphe 1, article 3, cité précédemment, prescrit que le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire, et le treizième considérant du Règlement prescrit que le « centre des intérêts principaux » devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers¹⁸⁸. Le principe qui sous-tend la définition est le suivant : les créanciers ont droit à la certitude dans leurs contacts avec les compagnies débitrices, et ils devraient être en mesure d'évaluer les risques qu'ils courent lorsqu'ils font affaires avec un débiteur en sachant clairement comment seront déterminées les lois du ressort applicables en cas d'insolvabilité. Il y a cependant un problème : le Règlement n'indique pas quels aspects de la gestion sont pertinents aux fins de cette détermination. En outre, il ne semble pas permettre de régler le cas où le débiteur décide, sur le plan tactique, de déplacer son CIP dans la période qui précède

¹⁸³ *Ibid.*, paragraphe 4(1).

¹⁸⁴ *Ibid.*, alinéas 4(2) a) à m).

¹⁸⁵ *Ibid.*, article 4.

¹⁸⁶ *Ibid.*, articles 5, 6 et 7.

¹⁸⁷ *Re Parkside Flexibles S.A.*, [2005] EWHC (Ch. (U.K.)), par. 9.

¹⁸⁸ Règlement de l'UE, *supra*, note 153, treizième considérant.

l'insolvabilité, de telle sorte que son CIP n'est plus situé dans un État membre et donc, qu'il est exclu du champ d'application du Règlement¹⁸⁹.

La Cour européenne de justice (Grande chambre) s'est penchée sur le sens de CIP dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd.*, dans une décision rendue en mai 2006, la première décision d'appel visant la CE et touchant le CIP¹⁹⁰. En résumé, la Cour a conclu ce qui suit :

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit :

1. Lorsqu'un débiteur est une filiale dont le siège statutaire et celui de sa société mère sont situés dans deux États membres différents, la présomption énoncée à l'article 3, paragraphe 1, seconde phase, du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, selon laquelle le centre des intérêts principaux de cette filiale est situé dans l'État membre où se trouve son siège statutaire, ne peut être réfutée 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 du siège statutaire est censée refléter. Tel pourrait être notamment le cas d'une société qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social. En revanche, lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social, le fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par ledit règlement.

2. L'article 16, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement no 1346/2000 doit être interprété en ce sens que la procédure d'insolvabilité principale ouverte par une juridiction d'un État membre doit être reconnue par les juridictions des autres États membres, sans que celles-ci puissent contrôler la compétence de la juridiction de l'État d'ouverture.

3. L'article 16, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement no 1346/2000 doit être interprété en ce sens que constitue une décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité au sens de cette disposition la décision rendue par une juridiction d'un État membre saisi d'une demande à cet effet, fondée sur l'insolvabilité du débiteur et tendant à l'ouverture d'une procédure visée à l'annexe A du même règlement, lorsque cette décision entraîne le dessaisissement du débiteur et porte nomination d'un syndic visé à l'Annexe C dudit règlement. Ce dessaisissement implique que le débiteur perde les pouvoirs de gestion qu'il détient sur son patrimoine.

¹⁸⁹ Fletcher, *supra*, note 154, 7.42. Pour une analyse de l'État membre et de l'applicabilité du Règlement, voir *Re Arena Corporation* [2003] E.W.H.C. 3032 (Ch.); [2003] All .R. (d) 277.

¹⁹⁰ *Eurofood IFSC Ltd.*, jugement de la Cour européenne de justice (grande chambre) (2 mai 2006), dossier de l'Europe C-341/04; <http://eur-lex.europa.eu>. Eurofood avait été immatriculée en Irlande en 1997, et son siège social était à Dublin. Elle était une filiale à cent pour cent de Parmalat SpA, immatriculée en Italie. Dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd. and in the matter of the Companies Act 1963 to 2003, Emrico Bondi against Bank of America N.A., Pearse Farrell (the Official Liquidator), Director of Corporate Enforcement and the Certificate/Note holders*, C.E.J. C-341/04, 2006 ECJ CELEX LEXIS 199 (Lexis).

4. L'article 26 du règlement no 1346/2000 doit être interprété en ce sens qu'un État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre lorsque la décision d'ouverture a été prise en violation manifeste du droit fondamental à être entendu dont dispose une personne concernée par une telle procédure.

Donc, la CEJ a énoncé les principes qui sous-tendent la détermination du CIP. Elle a statué que, lorsque le débiteur est une filiale dont le siège statutaire et celui de sa société mère sont situés dans deux États membres différents, la présomption énoncée à l'article 3, paragraphe 1, du Règlement (CE), selon laquelle le centre des intérêts principaux de cette filiale est situé dans l'État membre où se trouve son siège statutaire, ne peut être réfutée 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 du siège statutaire est censée refléter. La Cour a conclu que tel pourrait être notamment le cas d'une société qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social. En revanche, le fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par ledit règlement¹⁹¹. La Cour a statué également que la procédure d'insolvabilité principale ouverte par une juridiction d'un État membre doit être reconnue par les juridictions des autres États membres, sans que celles-ci puissent contrôler la compétence de la juridiction de l'État d'ouverture. Toutefois, la juridiction d'un État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre lorsque la décision d'ouverture a été prise en violation manifeste du droit fondamental à être entendu dont dispose quiconque est concerné par une telle procédure.

La procédure soumise à la CEJ dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd.* avait été instituée par voie de renvoi en vertu de l'article 234 du Traité sur la CE par la Cour suprême de l'Irlande en vue d'obtenir une interprétation préliminaire du CIP dans un cas où le débiteur est contrôlé par une société mère dans un autre État membre¹⁹². Eurofood était une société immatriculée en Irlande et

¹⁹¹ *Eurofood IFSC Ltd.*, décision de la Cour européenne de justice (grande chambre) (2 mai 2006), dossier de l'Europe C-341/04, [2004] O.J. C 251/7, par. 33 à 40.

¹⁹² *Ibid.* La question de renvoi précise était celle-ci : « Lorsque a) les sièges statutaires respectifs d'une société mère et de sa filiale sont situés dans deux États membres différents, b) que la filiale gère habituellement ses intérêts d'une manière vérifiable par les tiers et dans le respect total et permanent de sa propre identité sociale dans l'État membre où est situé son siège statutaire et c) que, en raison de sa participation et de son pouvoir de nommer les administrateurs, la société mère est en mesure de contrôler et qu'elle contrôle effectivement la politique de la filiale, lors de la détermination du "centre des intérêts principaux", les facteurs déterminants sont-ils ceux mentionnés au point b) ci-dessus ou, au contraire, ceux mentionnés au point c) ci-dessus? »

une filiale à 100 % de Parmalat SpA (Parmalat), une société de droit italien, offrant des facilités de financement aux sociétés du groupe Parmalat dans plus de trente pays. En 2003, Parmalat a été admise à la procédure d'administration extraordinaire en Italie¹⁹³. L'affaire a été renvoyée à la CEJ par suite du fait que deux juridictions d'États membres ont ouvert une procédure principale sous le régime de l'article 3 du Règlement de la CE, soit la High Court (Irlande) et le Tribunale Civile e Penale di Parma (Italie), chacun ayant considéré que le CIP se trouvait dans leur ressort¹⁹⁴. L'administrateur extraordinaire a interjeté appel du jugement de la High Court à la Supreme Court de l'Irlande, sans succès. Cette dernière a statué que le siège social d'Eurofood était à Dublin, en Irlande, au IFSC, qui avait été établi en 1987 comme centre de prestation de services financiers négociés à l'échelle internationale; c'est la Bank of America qui s'occupait de l'administration quotidienne d'Eurofood, laquelle société comptait quatre administrateurs, dont deux étaient irlandais jusqu'en décembre 2003; les états financiers vérifiés d'Eurofood étaient préparés par des comptables agréés en Irlande et en conformité avec le droit et les normes comptables de ce pays; Eurofood avait exercé ses activités habituellement en Irlande, conformément au régime juridique et réglementaire du pays, et ses créanciers croyaient faire affaires avec une entité irlandaise. La Cour a fait remarquer que [TRADUCTION] « les détenteurs de billets avaient produit à l'intention de la High Court une preuve très détaillée des efforts qu'ils avaient déployés pour s'assurer de la nature juridique et financière de la société et du contexte réglementaire dans lequel ils faisaient affaires. De toute évidence, ils ne croyaient pas faire affaires avec une société dont le centre des intérêts principaux était en Italie. Dans la mesure où cette question est pertinente, elle tend également à démontrer que le centre des intérêts principaux était en Irlande »¹⁹⁵. La Supreme Court de l'Irlande a statué, d'une part, que le CIP devait respecter l'identité juridique et commerciale distincte d'un débiteur, particulièrement lorsque les créanciers principaux se fondent sur une telle identité distincte, et, d'autre part, que le

¹⁹³ L'« administration extraordinaire » est une procédure de restructuration qui ne s'applique qu'aux grandes sociétés qui comptent plus de 1 000 employés et dont les dettes s'élèvent au moins à un milliard d'euros. L'administration extraordinaire permet la restructuration économique et financière des sociétés sur le fondement d'un programme de redressement qui peut s'étaler sur une période maximale de deux ans.

¹⁹⁴ *In the Matter of Eurofood IFSC Limited*, [2004] IESC 45 (Supreme Court de l'Irlande), en ligne : Courts Service of Ireland <http://www.courts.ie>. Eurofood avait été immatriculée en Irlande en 1997 à titre de « société en commandite par actions » ayant son siège statutaire à l'International Financial Services Centre à Dublin. Elle est une filiale à 100 % de Parmalat SpA, société de droit italien, *Eurofood IFSC Ltd.*, précitée, note 191, par. 17. Le ministre de production des activités a désigné un administrateur extraordinaire de cette société en application du décret-loi n° 347 du 23 décembre 2003, relatif aux mesures urgentes, *ibid.* par. 18, en vue de la restructuration industrielle des grandes entreprises en état d'insolvabilité (GURI n° 298 du 24 décembre 2003, p. 4). Le 27 janvier 2004, la Bank of America NA a demandé à la High Court (Irlande) l'ouverture d'une procédure de liquidation forcée à l'encontre d'Eurofood ainsi que la nomination d'un syndic provisoire. Cette demande était fondée sur l'insolvabilité alléguée de cette dernière société. Le 20 février 2004, la Cour de district de Parma, considérant que le centre des intérêts principaux d'Eurofood se trouvait en Italie, s'est estimée internationalement compétente pour constater l'état d'insolvabilité d'Eurofood.

¹⁹⁵ *Ibid.*

contrôle financier ultime exercé par une société mère n'est pas le critère qu'il convient d'utiliser pour déterminer le CIP.

La CEJ a statué qu'elle trancherait la quatrième question dont elle avait été saisie dans un premier temps parce qu'elle avait traité, de manière générale, au système de détermination de la compétence des juridictions des États membres mis en place par le règlement, plus précisément, ce que devrait être le facteur déterminant pour l'identification du centre des intérêts principaux d'une filiale, dans le cas où les sièges sociaux d'une société mère et de sa filiale sont dans deux États membres différents¹⁹⁶. La Cour a statué ceci :

27 La juridiction de renvoi s'interroge sur la pondération à opérer entre, d'une part, le fait que la filiale gère habituellement ses intérêts, de manière vérifiable par les tiers et dans le respect de son identité propre en tant que société, dans l'État membre où se trouve son siège statutaire et, d'autre part, le fait que la société mère est en mesure, en raison de sa participation dans le capital et de son pouvoir de nommer les dirigeants de la filiale, de contrôler la politique de cette dernière.

28 L'article 3 du règlement prévoit deux types de procédures. La procédure d'insolvabilité ouverte, conformément au paragraphe 1 de cet article, par la juridiction compétente de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur, qualifiée de «procédure principale», produit des effets universels, en ce qu'elle s'applique aux biens du débiteur situés dans tous les États membres dans lesquels le règlement est applicable. Si, ultérieurement, une procédure peut, conformément au paragraphe 2 dudit article, être ouverte par la juridiction compétente de l'État membre où le débiteur possède un établissement, cette procédure, qualifiée de «procédure secondaire», produit des effets qui sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur le territoire de ce dernier État.

29 L'article 3, paragraphe 1, du règlement précise que, pour les sociétés, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire.

30 Il s'ensuit que, dans le système de détermination de la compétence des juridictions des États membres mis en place par le règlement, il existe une compétence juridictionnelle propre pour chaque débiteur constituant une entité juridiquement distincte.

31 La notion de centre des intérêts principaux est propre au règlement. Partant, elle revêt une signification autonome et doit donc être interprétée de manière uniforme et indépendante des législations nationales.

32 La portée de cette notion est éclairée par le treizième considérant du règlement, qui indique que «le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers».

33 Il ressort de cette définition que le centre des intérêts principaux doit être identifié en fonction de critères à la fois objectifs et vérifiables par les tiers. Cette

¹⁹⁶ *Ibid.*, par. 26.

objectivité et cette possibilité de vérification par les tiers sont nécessaires afin de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité concernant la détermination de la juridiction compétente pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale. Cette sécurité juridique et cette prévisibilité revêtent une importance d'autant plus grande que la détermination de la juridiction compétente entraîne, conformément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement, celle de la loi applicable.

34 Il s'ensuit 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 Tel pourrait être notamment 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 social.

36 En revanche, lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social, le simple fait que ses choix économiques 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 Dans ces conditions, il y a lieu de répondre à la quatrième question que, lorsqu'un débiteur est une filiale dont le siège statutaire et celui de sa société mère sont situés dans deux États membres différents, la présomption énoncée à l'article 3, paragraphe 1, seconde phrase, du règlement, selon laquelle le centre des intérêts principaux de cette filiale est situé dans l'État membre où se trouve son siège statutaire, ne peut être réfutée 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. Tel pourrait être notamment le cas d'une société qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social. En revanche, lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social, le fait que ses choix économiques 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.

Cette décision indique que la Cour examinera soigneusement la preuve se rapportant au CIP. Bien qu'elle n'ait pas précisé les facteurs qui pourraient être appliqués, la Cour a fait remarquer que le CIP pourrait être dans un endroit différent du siège social dans le cas, notamment, où la société n'exerçait aucune activité dans l'État membre dans lequel son siège social était situé. En revanche, ainsi qu'il a été indiqué précédemment, lorsqu'une société exerce ses activités sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social, le fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue à l'article 3. La Cour a insisté sur le fait que, dans le système établi par le Règlement pour déterminer la compétence des juridictions des États membres,

chaque débiteur constituant une entité juridique distincte est assujéti à la compétence de son propre tribunal.

Avant que ne soit rendue la décision de la CEJ dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd.*, les tribunaux avaient examiné les facteurs suivants pour réfuter la présomption selon laquelle le CIP est situé dans le ressort où le débiteur est enregistré : la gestion et les décisions stratégiques; les accords financiers conclus entre la société mère et sa filiale, y compris sur la structure du capital; le degré de dépendance de la filiale au chapitre des décisions financières; le lieu où sont situés les comptes bancaires et où sont fournis les services de comptabilité; le partage de la responsabilité à l'égard de la fourniture d'une documentation technique et juridique, et la signature de contrats; l'endroit où interviennent la conception, le marketing, l'établissement des prix et la fourniture de produits; et l'exécution du travail de bureau. Ces facteurs devraient changer maintenant que la CEJ a rendu un jugement qui établit un seuil élevé aux fins de réfutation de la présomption.

Pour décider si la compétence assumée par une juridiction d'un État membre pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale peut être examinée par une juridiction d'un autre État membre dans lequel on a demandé la reconnaissance, la CEJ a statué qu'en vertu du principe de la confiance mutuelle, la décision d'une juridiction d'ouvrir la procédure d'insolvabilité doit être reconnue par l'autre juridiction, sans que celle-ci ne puisse contrôler la compétence de la juridiction de l'État d'ouverture :

39 Ainsi qu'il ressort du vingt-deuxième considérant du règlement, la règle de priorité définie à l'article 16, paragraphe 1, de celui-ci, qui prévoit que la procédure d'insolvabilité ouverte dans un État membre est reconnue dans tous les États membres dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture, repose sur le principe de la confiance mutuelle.

40 C'est cette confiance mutuelle qui a permis la mise en place d'un système obligatoire de compétences, que toutes les juridictions entrant dans le champ d'application du règlement sont tenues de respecter, et la renonciation corrélative par les États membres à leurs règles internes de reconnaissance et d'exequatur au profit d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues dans le cadre de procédures d'insolvabilité [voir par analogie, à propos de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1972, L 299, p. 32, ci-après la «convention de Bruxelles»), arrêts du 9 décembre 2003, Gasser, C-116/02, Rec. p. I-14693, point 72, et du 27 avril 2004, Turner, C-159/02, Rec. p. I-3565, point 24].

41 Il est inhérent à ce principe de confiance mutuelle que la juridiction d'un État membre saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale vérifie sa compétence au regard de l'article 3, paragraphe 1, du règlement, c'est-à-dire examine si le centre des intérêts principaux du débiteur se situe dans cet État membre. À cet égard, il y a lieu de souligner qu'un tel examen doit se dérouler dans le respect des garanties procédurales essentielles que requiert le déroulement d'un procès équitable (voir point 66 du présent arrêt).

42 En contrepartie, ainsi que le précise le vingt-deuxième considérant du règlement, le principe de confiance mutuelle exige que les juridictions des autres États membres reconnaissent la décision ouvrant une procédure d'insolvabilité principale, sans pouvoir contrôler l'appréciation portée par la première juridiction sur sa compétence.

43 Si une partie intéressée, considérant que le centre des intérêts principaux du débiteur se situe dans un État membre autre que celui dans lequel a été ouverte la procédure d'insolvabilité principale, entend contester la compétence assumée par la juridiction qui a ouvert cette procédure, il lui appartient d'utiliser, devant les juridictions de l'État membre où celle-ci a été ouverte, les recours prévus par le droit national de cet État membre à l'encontre de la décision d'ouverture.

44 Il convient donc de répondre à la troisième question que l'article 16, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement doit être interprété en ce sens que la procédure d'insolvabilité principale ouverte par une juridiction d'un État membre doit être reconnue par les juridictions des autres États membres, sans que celles-ci puissent contrôler la compétence de la juridiction de l'État d'ouverture.

La CEJ s'est penchée également sur la question de la séquence de l'ouverture des instances ainsi que sur la question de savoir si la prise de mesures provisoires équivaut à l'ouverture d'une instance, de sorte que les autres États membres doivent faire preuve de retenue à l'égard de la première instance reconnue. Elle s'est exprimée dans les termes suivants :

49 En exigeant que toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité principale prise par une juridiction d'un État membre compétente à cet effet soit reconnue dans tous les autres États membres, dès qu'elle produit des effets dans l'État où elle a été rendue, l'article 16, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement fixe une règle de priorité, fondée sur un critère chronologique, au bénéfice de la décision d'ouverture qui a été rendue en premier lieu. Ainsi que l'explique le vingt-deuxième considérant dudit règlement, «[l]a décision de la juridiction qui ouvre la première la procédure devrait être reconnue dans tous les autres États membres, sans que ceux-ci aient la faculté de soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle».

50 Toutefois le règlement ne définit pas avec suffisamment de précision la notion de «décision ouvrant une procédure d'insolvabilité».

51 À cet égard, il convient de rappeler que les conditions et formalités requises pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité relèvent du droit national et varient considérablement d'un État membre à l'autre. Dans certains États membres, la procédure est ouverte très peu de temps après le dépôt de la demande, les vérifications nécessaires étant effectuées ultérieurement. Dans d'autres États membres, certaines constatations essentielles, pouvant nécessiter un temps assez

long, doivent être opérées avant l'ouverture de la procédure. Dans certains droits nationaux, la procédure peut être ouverte «à titre provisoire» pendant plusieurs mois.

52 Ainsi que le fait valoir la Commission des Communautés européennes, il importe, aux fins d'assurer l'efficacité du système instauré par le règlement, que le principe de reconnaissance prévu à l'article 16, paragraphe 1, premier alinéa, de celui-ci puisse s'appliquer le plus tôt possible au cours de la procédure. Le mécanisme prévoyant que ne peut être ouverte qu'une seule procédure principale, produisant ses effets dans tous les États membres dans lesquels le règlement est applicable, pourrait être gravement perturbé si les juridictions de ces derniers, saisies concomitamment de demandes fondées sur l'insolvabilité d'un débiteur, pouvaient revendiquer pendant une période prolongée une compétence concurrente.

53 C'est au regard de cet objectif visant à assurer l'efficacité du système instauré par le règlement qu'il importe d'interpréter la notion de «décision ouvrant une procédure d'insolvabilité».

54 Dans ces conditions, doit être considérée comme une «décision ouvrant une procédure d'insolvabilité» au sens du règlement non seulement une décision formellement qualifiée de décision d'ouverture par la réglementation de l'État membre dont relève la juridiction qui l'a rendue, mais encore la décision rendue à la suite d'une demande, fondée sur l'insolvabilité du débiteur, tendant à l'ouverture d'une procédure visée à l'annexe A du règlement, lorsque cette décision entraîne le dessaisissement du débiteur et porte nomination d'un syndic visé à l'annexe C dudit règlement. Un tel dessaisissement implique que le débiteur perde les pouvoirs de gestion qu'il détient sur son patrimoine. Dans un tel cas, en effet, les deux conséquences caractéristiques d'une procédure d'insolvabilité, à savoir la nomination d'un syndic visé à l'annexe C et le dessaisissement du débiteur, ont pris effet et, ainsi, tous les éléments constitutifs de la définition d'une telle procédure donnée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, du règlement sont réunis.

Cette conclusion engendre une certaine certitude quant à la manière dont les tribunaux doivent traiter les décisions préliminaires sur le dessaisissement et la nomination de syndics provisoires pour déterminer si une instance a été ouverte. Toutefois, étant donné que certaines décisions sur les mesures provisoires sont prises dans des délais très courts, souvent sans un avis complet aux parties, cette conclusion pourrait aussi provoquer une course à la reconnaissance dans certains ressorts.

Les tribunaux des États membres peuvent invoquer une exception restrictive en vue de refuser de reconnaître une instance qui a été ouverte. La seule exception tient dans une exemption d'ordre public limitée. L'article 26 du Règlement de la CE précise ceci :

26. Tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à

ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution¹⁹⁷.

Conformément à l'article 26 donc, un État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets contraires à son ordre public. D'après la CEJ dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd.*, il pourrait s'agir notamment d'une violation flagrante du droit fondamental d'être entendu¹⁹⁸ :

61 Si le vingt-deuxième considérant du règlement déduit du principe de la confiance mutuelle que «les motifs de non-reconnaissance devraient être réduits au minimum nécessaire», l'article 26 de celui-ci prévoit qu'un État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre lorsque cette reconnaissance produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa Constitution.

62 Dans le contexte de la convention de Bruxelles, la Cour a jugé que le recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 27, point 1, de cette convention, en ce qu'il constitue un obstacle à la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux de celle-ci, à savoir faciliter la libre circulation des jugements, ne doit jouer que dans des cas exceptionnels (arrêt du 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, Rec. p. I-1935, points 19 et 21).

63 Se reconnaissant compétente pour contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette clause d'ordre public pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant, la Cour, dans le cadre de la convention de Bruxelles, a jugé qu'un recours à ladite clause n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. L'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique (arrêt *Krombach*, précité, points 23 et 37).

64 Cette jurisprudence est transposable à l'interprétation de l'article 26 du règlement.

65 En ce qui concerne le domaine de la procédure, il convient de rappeler que la Cour a reconnu expressément le principe général de droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable (arrêts du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, points 20 et 21; du 11 janvier 2000, *Pays-Bas et Van der Wal/Commission*, C-174/98 P et C-189/98 P, Rec. p. I-1, point 17, ainsi que *Krombach*, précité, point 26). Ce principe s'inspire des droits fondamentaux qui font partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies notamment par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

¹⁹⁷ *Ibid.*, art. 26.

¹⁹⁸ *Eurofood IFSC Ltd.*, précitée, note 191, par. 66 et 67.

66 S'agissant plus précisément du droit à obtenir communication des pièces de procédure et, plus généralement, du droit à être entendu auxquels fait référence la cinquième question posée par la juridiction de renvoi, il convient de relever qu'ils occupent une place éminente dans l'organisation et le déroulement d'un procès équitable. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, le droit pour les créanciers ou leurs représentants de participer à la procédure dans le respect du principe de l'égalité des armes revêt une importance particulière. Si les modalités concrètes du droit à être entendu peuvent varier en fonction de l'urgence qu'il peut y avoir à statuer, toute restriction à l'exercice de ce droit doit être dûment justifiée et entourée de garanties procédurales assurant aux personnes concernées par une telle procédure une possibilité effective de contester les mesures adoptées dans l'urgence.

67 À la lumière de ces considérations, il convient de répondre à la cinquième question que l'article 26 du règlement doit être interprété en ce sens qu'un État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre lorsque la décision d'ouverture a été prise en violation manifeste du droit fondamental à être entendu dont dispose une personne concernée par une telle procédure

68 Le cas échéant, il appartient à la juridiction de renvoi d'établir si, dans l'affaire au principal, tel a été le cas lors du déroulement de la procédure devant le Tribunale civile e penale di Parma. À cet égard, il convient d'observer que ladite juridiction ne saurait se limiter à transposer sa propre conception de l'oralité des débats et du caractère fondamental que celle-ci revêt dans son ordre juridique, mais doit apprécier, au vu de l'ensemble des circonstances, si le «provisional liquidator» nommé par la High Court a bénéficié ou non d'une possibilité suffisante d'être entendu.

Dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd.*, par exemple, la Supreme Court de l'Irlande a donné une interprétation large de l'exception d'ordre public. Elle a statué que l'administrateur extraordinaire avait fait fi du principe des procédures équitables au motif qu'il avait omis d'aviser les créanciers d'Eurofood de la tenue de l'audience devant le tribunal italien et qu'il n'avait remis les documents relatifs à la requête au syndic provisoire qu'après la tenue de l'audience¹⁹⁹. La Supreme Court de l'Irlande en est arrivée à la conclusion qu'il y avait donc eu manquement au principe de l'application régulière de la loi, de sorte que le tribunal irlandais était justifié de refuser de reconnaître la décision du tribunal italien²⁰⁰. Bien qu'elle ait déterminé qu'étant donné sa décision sur le reste de l'affaire, elle n'était pas tenue de trancher cette question, la Supreme Court de l'Irlande s'est exprimée sur l'importance du principe des procédures équitables :

[TRADUCTION] Je dois malheureusement dire qu'il est très étonnant que l'appelant ait délibérément refusé de remettre au syndic provisoire les documents dont il avait besoin pour comparaître devant la Cour de Parma en février 2004. Le tribunal a offert à l'appelant plusieurs occasions d'expliquer son comportement, ce qu'il a refusé de faire. Force est d'inférer qu'il a agi délibérément, de manière à placer le syndic provisoire dans une situation désavantageuse. Je constate avec déception également que le tribunal italien paraît avoir toléré ce comportement. Notre Cour est parfaitement consciente de la place importante que l'on accorde maintenant au principe de la

¹⁹⁹ *In the matter of Eurofoods IFSC Limited and in the matter of The Companies Act 1963 to 2001*, [2006] IESC 41 (Supreme Court de l'Irlande).

²⁰⁰ *Ibid.*

reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dans de nombreux contextes du droit de la Communauté européenne et de l'Union européenne. Ce principe repose sur celui de la confiance mutuelle. Notre Cour respecte ces principes. Ils doivent par conséquent entraîner le respect des principes d'équité qui sont communs aux traditions des États membres et qui ont été confirmés à maintes reprises par la Cour européenne²⁰¹.

Dans l'ensemble, la décision de la CEJ offre de nombreuses consignes sur la manière de traiter les dossiers internationaux sous le régime du Règlement de la CE. Elle constitue une première analyse utile sur le CIP. Toutefois, le professeur Bob Wessels a fait remarquer que la description générale du centre des intérêts généraux n'est pas suffisamment large pour englober tous les types de débiteurs : les personnes physiques à titre de particuliers ou de professionnels, les plus petites entreprises et les groupes de sociétés dont la direction, le contrôle et les activités sont distinctes²⁰². Il craint qu'il n'y ait aucune garantie que l'information dont dispose la cour est complète, plus particulièrement lorsque la partie intéressée dans l'affaire n'est pas contestée à l'audience; il soutient qu'à ce jour, les tribunaux demeurent vagues sur le niveau de preuve requis pour établir le CIP²⁰³. Il fait remarquer que les tribunaux adoptent différents points de vue sur la solidité de la présomption selon laquelle le siège social du débiteur est le lieu de son CIP, plus précisément qu'ils peuvent privilégier une forte présomption ou encore traiter le siège social comme l'un des facteurs à prendre en considération. Wessels soutient également que, dans plusieurs dossiers judiciaires, il semble que le CIP soit utilisé comme un objet mobile, que certains débiteurs peuvent manipuler d'une manière qui équivaut à une recherche du tribunal le plus favorable²⁰⁴.

Avant que la décision de la CEJ ne soit rendue, la jurisprudence sur les principes à appliquer pour déterminer le CIP n'était pas uniforme au sein des États membres. Certains d'entre eux avaient établi un critère assez peu rigoureux pour réfuter la présomption, concluant qu'en dépit du fait qu'une société débitrice ait pu être enregistrée dans un ressort, l'existence d'une preuve indiquant que les fonctions du siège social relatives à la débitrice étaient exercées par une société mère dans un autre État membre permettait de réfuter la présomption créée en faveur du siège social. Dans l'affaire *Re Enron Directo Sociedad Limitada*, mettant en cause une filiale indirecte de la société américaine constituée en Espagne, un tribunal du R.-U. a rendu une ordonnance d'administration à l'égard de la compagnie sur le fondement d'une preuve selon laquelle, en dépit du fait que le siège social de la débitrice était en Espagne, toutes ses décisions

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Bob Wessels, *The place of the registered office of a company: a cornerstone in the application of the EC Insolvency Regulation*, dans 3 *European Company Law*, août 2006, 183 et ss.

²⁰³ Bob Wessels, *Twenty Suggestions for a Makeover of the EU Insolvency Regulation*, au dossier avec l'auteur.

²⁰⁴ *Ibid.*

de direction, stratégiques et administratives relatives à l'activité financière et économique étaient prises à Londres, où étaient assurées également la direction centralisée et l'administration générale de toutes les activités européennes du groupe Enron²⁰⁵. Contrairement à ce que la CEJ a décidé dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd.*, la Cour du R.-U. a conclu que, bien que certaines fonctions de moindre importance, comme la vente d'électricité, aient été exécutées au siège social de la débitrice en Espagne, la présomption avait été réfutée au motif que des fonctions plus importantes étaient exécutées au Royaume-Uni²⁰⁶. De même, dans l'affaire *Daisytek-ISA Ltd.*, un tribunal du R.-U. a approuvé l'ouverture d'une instance d'insolvabilité à l'égard d'une entreprise française dont la société mère était anglaise²⁰⁷. Étant donné le critère plus rigoureux énoncé dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd.*, il est probable que ce critère moins exigeant soit dorénavant écarté.

Dans l'affaire *Re Collins & Aikman Corporation Group*, un tribunal du Royaume-Uni a prononcé une ordonnance d'administration relativement à une société allemande, le groupe de sociétés Collins & Aikman et ses sociétés affiliées²⁰⁸. La débitrice était un fournisseur global de systèmes de composantes d'automobiles; elle effectuait ses ventes et menait ses activités dans de multiples ressorts. En Europe, Collins & Aikman comptait 24 sociétés, réparties dans dix pays, dont quatre en Allemagne et six en Angleterre; toutefois, jusqu'au milieu de 2005, son siège social était situé aux É.-U. C'est aux É.-U. que les activités européennes de la débitrice avaient été gérées antérieurement, mais après le dépôt, en vertu du chapitre 11, du bilan des activités de la débitrice aux É.-U., les activités européennes ont été gérées au R.-U. Donc, la débitrice a demandé une ordonnance d'administration selon laquelle son CIP était au R.-U. Bien que la Ford Motor Company ait représenté près de 60 % des ventes de la débitrice, ses efforts en vue d'obtenir une communication préalable ainsi qu'un ajournement pour produire une preuve sur le CIP ont été vains, même si une instance d'insolvabilité avait déjà été ouverte en Allemagne à l'encontre de l'une des sociétés allemandes de Collins & Aikman, sur demande de deux autres créanciers²⁰⁹. Ford s'est prétendue intéressée dans l'instance à titre de créancier potentiel,

²⁰⁵ *In the matter of Enron Directo Sociedad Limitada and in the matter of the Insolvency Act, 1986*, ordonnance de la High Court, Div. de la Ch. (Companies Court), 4 juillet 2002, International Insolvency Institute <http://www.iiiglobal.org>; Gabriel Moss, c.r., plaidoirie pour le compte de la partie requérante dans l'affaire *RE Enron Directo Sociedad Limitada*, en ligne : International Insolvency Institute, <http://www.iiiglobal.org>. Le créancier requérant aux fins de l'ordonnance d'administration au R.-U. était Enron Power Operations Limited (administration) (EPOL).

²⁰⁶ *Ibid.*, aux par. 20 à 24. Voir également *Parkside Flexibles*, *supra*, note 188, où une cour du R.-U. a ouvert une instance d'insolvabilité à l'égard d'une entreprise polonaise dont la société mère était anglaise.

²⁰⁷ *Daisytek-ISA Ltd.*, [2003] B.C.C. 562.

²⁰⁸ *In the matter of Collins & Aikman et al. and in the matter of The Insolvency Act 1986*, [2005] EWHC 1754 (Ch.).

²⁰⁹ *Ibid.* Ford avait informé le tribunal du R.-U. de l'existence de cette instance et indiqué que le tribunal allemand procédait à l'examen des demandes pour déterminer s'il devait assurer l'application régulière de la loi à l'égard de la société allemande de Collins & Aikman en l'avisant de la demande.

faisant valoir qu'elle deviendrait un créancier si l'une ou l'autre des sociétés de Collins & Aikman devenait incapable d'exécuter les contrats conclus avec elle. Étant donné les différences qui existaient dans les lois sur l'insolvabilité de l'Allemagne et du R.-U. au chapitre de la subordination des créances, Ford éprouvait des craintes sur la manière dont seraient traitées les créances interentreprises dans le cadre d'une instance ouverte à l'égard de la société allemande²¹⁰. La High Court du R.-U. a refusé l'ajournement et a rendu l'ordonnance d'administration à l'égard de toutes les sociétés européennes de Collins & Aikman, dont la société allemande. Ford a obtenu l'accès à une communication partielle ainsi qu'un délai d'un jour ouvrable pour produire une ordonnance de retour, la cour rejetant sa prétention selon laquelle le délai accordé était injuste et déraisonnable²¹¹. L'on pourrait dire qu'étant donné la décision de la CEJ dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd.*, la Cour du R.-U. aurait très bien pu exiger une meilleure preuve avant de déterminer le CIP et aurait pu accorder une ordonnance garantissant aux parties ayant un intérêt dans l'instance le délai nécessaire pour préparer cette preuve²¹².

La question du CIP est, au Canada, très différente de ce qu'elle représente pour les États membres qui sont assujettis au Règlement de la CE, de sorte que la jurisprudence est utile, mais limitée, dans son application. Dans le contexte de la Communauté européenne, une décision sur le CIP a pour effet de déterminer le droit applicable dans une instance pour tous les États membres, de sorte que le droit de l'État membre de l'instance principale et les pouvoirs du syndic s'appliquent dans toute l'Union européenne²¹³.

3. Établissement et reconnaissance d'une instance secondaire sous le régime du Règlement de la CE

Dans l'affaire *BenQ Mobile GmbH & Co. OHG [a trading partnership]* et *BenQ Mobile Holding B.V.* (décision rendue après la décision de la CEJ dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd.*), l'instance concernait un cabinet de services d'investissement et de gestion et soulevait des questions sur l'ouverture d'une instance secondaire et sur ce que constitue l'établissement, ainsi que la question de savoir si des entités liées doivent être traitées comme un groupe de sociétés dans

²¹¹ *Ibid.*, transcription de la décision.

²¹³ Samuel L. Bufford, « International Insolvency Case Venue in the European Union: The Parmalat and Daisytek Controversies », 12 *Columbia Journal of European Law*, printemps 2006, 429 et ss.

une instance regroupée²¹⁴. L'affaire concernait également le moment où les demandes avaient été soumises aux tribunaux de Munich et de Amsterdam.

BenQ est une société taïwanaise. Elle est la société mère de BenQ Mobile Holding B.V., dont elle détient la totalité des actions. La société de portefeuille est elle-même la société mère de plusieurs sociétés, notamment OHG et Wireless, dont les activités sont menées dans plusieurs ressorts²¹⁵. Le 29 décembre 2006, la Cour de Munich (*Amtsgericht*) a ordonné la nomination d'un séquestre intérimaire, et dans des ordonnances distinctes rendues le 1^{er} janvier 2007, elle a ordonné la liquidation involontaire de OHG et Wireless, nommant le séquestre intérimaire à titre de séquestre. Deux jours avant, soit le 27 décembre 2006, la débitrice avait déposé sa propre demande d'ouverture d'une instance d'insolvabilité devant la Rechtbank (cour d'arrondissement) d'Amsterdam, au Pays-Bas et, dans une ordonnance rendue le même jour, la Amsterdam Rechtbank a accordé à la débitrice le report temporaire des paiements et nommé un syndic. Dans une décision datée du 31 janvier 2007, le tribunal d'Amsterdam s'est penché sur une demande de liquidation involontaire de BenQ Mobile GmbH and Company OHG (« OHG ») et de BenQ Wireless GmbH (« Wireless »), à laquelle se sont opposés les deux séquestres de OHG et de Wireless respectivement, mais qu'ont appuyée Holding et BenQ²¹⁶. Les séquestres ont fait valoir que le CIP de Holding était en Allemagne, alors que Holding et BenQ ont fait valoir qu'en prononçant la suspension provisoire des paiements, le tribunal d'Amsterdam s'était saisi de l'instance et avait reconnu que c'est dans ce ressort qu'était situé le CIP des débitrices. Se fondant sur le raisonnement de la CEJ, le tribunal d'Amsterdam a statué que [TRADUCTION] « ce n'est que si aucune ou presque aucune activité n'est exécutée dans le pays du siège social d'après les statuts constitutifs que la présomption selon laquelle le CIP est situé dans cet endroit peut être réfutée ». Ici, la Cour a conclu qu'il y avait un établissement permanent, où travaillaient neuf employés et deux administrateurs, en dépit du fait que les activités commerciales étaient menées en Allemagne. La Cour s'est prononcée dans les termes suivants :

²¹⁴ *BenQ Mobile GmbH & Co. OHG [a trading partnership] et BenQ Mobile Holding B.V.*, dossier n° 1503 IE 4371/06 Munich, 5 février 2007. L'instance portait sur la requête de BenQ Mobile GmbH & Co. OHG [société commerciale], Haidenauplatz 1, 81667 Munich, dont le représentant juridique est le partenaire personnellement responsable dans la société commerciale : BenQ Mobile Management GmbH, dont le représentant juridique est son directeur général Wei-Yui Liou (Alex Liou) – Taoyuan City, Tayoyuan, Taïwan, son directeur général Deng-Rue Wang (David Wang) – Munich le partenaire personnellement responsable dans la société commerciale : BenQ Wireless GmbH, dont le représentant juridique est son directeur général Wei-Yui Liou (Alex Liou) – Taoyuan City, Tayoyuan, Taiwan, créancier, pour l'ouverture d'une instance d'insolvabilité à l'encontre des biens de BenQ Mobile Holding B.V., Neptunstraat 15-37, 2132JA Hoofddorp, Pays-Bas,

²¹⁵ Cour de district d'Amsterdam, section du droit civil, suspension n° 06/34/8, FT RK 07-93, FT RK 07-122.

²¹⁶ On demandait une ordonnance en vertu de l'article 242 de la *Bankruptcy Act* néerlandaise.

[TRADUCTION] Le facteur déterminant devrait être le fait que Holding menait ses activités au su des tierces parties aux Pays-Bas, dans un établissement permanent doté d'employés, et que ces tierces parties ne pouvaient simplement pas savoir qu'en plus, des activités étaient (peut-être principalement) exécutées à Munich. La Cour de district a par conséquent conclu que la présomption juridique selon laquelle le CIP était situé aux Pays-Bas au motif que, d'après les actes constitutifs, c'est dans ce pays que se trouvait le siège social, n'avait pas été réfutée.

En conséquence, la Cour de district est compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la EIV, pour ordonner la liquidation involontaire²¹⁷.

Donc, le CIP et, par le fait même, l'instance principale, ont été reconnus aux Pays-Bas, sur le fondement de la démarche suivie par la CEJ dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd.*

Le tribunal allemand a institué une instance d'insolvabilité en février 2007 conformément à l'article 2, aux paragraphes 3 (2) et (3) et 16 (2), et aux articles 27 et suivants du Règlement de la CE, en conjonction avec les articles 2, 3, 11 et 17 et suivants du *Insolvency Code [InsO]* allemand, à titre d'instance d'insolvabilité secondaire. Cette instance ne visait que les biens de la débitrice qui étaient situés en Allemagne. La Cour a nommé un syndic et fixé un délai aux fins de la présentation des réclamations²¹⁸.

Le tribunal allemand a statué qu'instituer une instance d'insolvabilité principale sous le régime du paragraphe 3 (1) du Règlement de la CE était totalement exclu, car une telle instance avait déjà été instituée par la Amsterdam Rechtbank le 27 décembre 2006, soit deux jours avant que la Cour de Munich n'ait ordonné qu'une administration d'insolvabilité temporaire soit instituée. Le tribunal allemand a statué qu'une décision judiciaire constitue « l'ouverture d'une instance d'insolvabilité » au sens du Règlement de la CE sur l'insolvabilité si elle est rendue en réponse à une demande d'ouverture d'une instance qui figure à l'Annexe A du Règlement, et qu'elle entraîne le dessaisissement de la débitrice et porte nomination d'un syndic, conformément au Règlement²¹⁹. La décision de la Amsterdam Rechtbank a satisfait à ces exigences; la cour a ordonné que l'entreprise de la débitrice soit gérée en coopération avec l'administrateur nommé, retirant ainsi à la débitrice le pouvoir de disposer de ses biens sans la coopération de l'administrateur. Le tribunal allemand a statué que, conformément à l'article 16 du Règlement de la CE, la décision de la Amsterdam Rechtbank devait être reconnue. Conformément à l'article 16 de ce Règlement, il ne doit y avoir aucun autre examen de la décision, particulièrement en ce qui

²¹⁷ Cour de district d'Amsterdam, section du droit civil, suspension n° 06/34-S, FT RK 07-93, FT RK 07-122 (31 janvier 2007), à 5.

²¹⁸ L'audience sur la reddition de comptes et l'audience en vue d'une décision sur le choix d'un autre syndic, le cas échéant, sur l'établissement d'un comité des créanciers, l'audience en vue de l'examen des réclamations des créanciers et des points indiqués aux articles 66, 100, 149, 157, 160, 162 et 233 du *Insolvency Code*, ont été fixées au mois d'avril 2007.

²¹⁹ *Ibid.*, citant la Cour européenne de justice, décision du 2 mai 2006 – C – 341/04.

concerne la compétence internationale de la Amsterdam Rechtbank en vertu du paragraphe 3 (1) du Règlement de la CE. La Cour n'a conclu à l'existence d'aucune contravention à l'article 26 du Règlement.

La débitrice s'est opposée à l'ouverture d'une instance secondaire, et l'administrateur d'insolvabilité nommé aux Pays-Bas a proposé la suspension de l'instance en Allemagne en faveur du tribunal néerlandais, en vertu des articles 3 et 4 de la disposition 102 de la *Introductory Act to the German Insolvency Code [EGInsO]*. Le tribunal allemand a permis l'ouverture de l'instance secondaire en vertu de l'article 2, des paragraphes 3 (2) et (3), 16 (2), et des articles 17 et suivants du Règlement de la CE sur l'insolvabilité. Il a statué que les tribunaux allemands étaient internationalement compétents en vertu des paragraphes 3 (2) et (3) du Règlement, et que la Local Court de Munich détenait la compétence territoriale en vertu du paragraphe 1(2) de la disposition 102 de la *Introductory Act to the German Insolvency Code*, puisqu'à la date du dépôt de la requête en insolvabilité, la débitrice avait un établissement dans le territoire relevant de la Cour de Munich au sens de l'alinéa 2 h) du Règlement. La Cour a statué que la débitrice menait davantage qu'une activité économique transitoire dans les locaux de son entreprise à Munich; des décisions commerciales y étaient prises et mises à exécution; l'un des associés directeurs de la débitrice travaillait principalement à partir du siège; ce sont des employés du service juridique de la requérante à Munich qui s'occupaient du droit des sociétés et des affaires contractuelles de la débitrice, et Munich représentait l'endroit de choix, sur le plan juridique, pour conclure certains contrats; la majeure partie des opérations de paiement de la débitrice étaient elles aussi gérées à Munich; et l'activité économique de la débitrice à Munich était établie en vue d'une certaine permanence. La Cour a statué que les effets de l'activité économique à Munich ne se limitaient pas simplement au groupe de sociétés, mais qu'ils rayonnaient à l'extérieur également et, dans cette mesure, qu'ils étaient reconnaissables par des tierces parties. Dans le cadre des opérations juridiques auxquelles elle a pris part avec des partenaires ne faisant pas partie du groupe, la débitrice a donné l'adresse de Munich. Elle a maintenu des relations d'affaires avec des banques allemandes et étrangères, qui correspondaient avec elle à l'adresse de Munich²²⁰.

La Cour a statué également que la débitrice menait son activité économique à Munich avec des moyens humains et des biens. Les biens employés étaient principalement des soldes créditeurs dans divers comptes bancaires, surtout auprès de la Deutsche Bank AG à Munich, où se trouvait le compte principal de la débitrice. Les moyens humains employés par la débitrice étaient le

²²⁰ La Cour a remarqué que la Citibank N.A., Londres, la Deutsche Bank AG, Amsterdam, la Deutsche Bank Polska S.A., la succursale de la Deutsche Bank AG à Munich, la Deutsche Bank S.p.A., Milan, la Deutsche Bank (Portugal) S.A., et la Citibank International PLC, Netherlands ont chacune fait parvenir des relevés bancaires et des lettres à la débitrice à l'adresse suivante : Haidenauplatz 1, 81667 Munich.

directeur général de la débitrice, le chef du service juridique de la partie requérante, l'employé du service juridique et le directeur de la trésorerie de la partie requérante. En outre, au moins cinq autres employés de la demanderesse consacraient de 30 à 70 pour cent de leurs heures de travail à la débitrice. La Cour a statué que le fait que la débitrice ne comptait que neuf de ses propres employés aux Pays-Bas et qu'elle utilisait les employés de la demanderesse pour exécuter des activités économiques à Munich, à l'exception de son directeur général, ne contredit pas la présomption relative à l'utilisation du personnel au sens de l'alinéa 2 h) du Règlement. La Cour a statué que la définition juridique générale du terme « établissement » à l'alinéa 2 h) n'indique pas qu'il n'y a utilisation de moyens humains que si la société a recours à ses propres employés, et que cette utilisation ne peut viser d'autres personnes, notamment dans le cadre d'engagements commerciaux ou d'ententes de mandat. En outre, règle générale, les relations *inter partes* entre la débitrice et les personnes qu'elle engageait ne sont pas évidentes aux yeux des tierces parties. Dans l'intérêt des créanciers, la Cour a donc statué que le recours aux employés de la société n'est pas une condition essentielle à l'existence d'un établissement si les personnes engagées agissent pour le compte de la débitrice à l'égard des tiers.

La Cour a statué qu'en raison de l'ouverture de l'instance d'insolvabilité aux Pays-Bas, il n'était pas nécessaire de vérifier l'existence de motifs d'insolvabilité²²¹. Il n'était pas nécessaire non plus de suspendre l'instance préliminaire antérieure ou, subséquemment, d'instituer une instance d'insolvabilité secondaire distincte, puisqu'aucune décision d'ouverture définitive n'avait été rendue²²². La Cour a statué que, dans l'instance en vue de l'ouverture, le tribunal d'insolvabilité doit vérifier également, en plus des autres conditions préalables, quel type d'instance (principale ou secondaire) est autorisée en vertu du Règlement de la CE. La Cour a déterminé que, si elle conclut que l'instance d'insolvabilité principale ne peut être ouverte, une demande d'insolvabilité déposée à cette fin peut être réexaminée, et une instance d'insolvabilité secondaire peut être ouverte à la place²²³.

La décision rendue dans l'affaire *BenQ Mobile GmbH & Co. OHG [a trading partnership] et BenQ Mobile Holding B.V.* révèle une grande retenue à l'égard de la première conclusion relative à l'instance principale et au CIP, ainsi que la CEJ l'avait prescrit. Elle reconnaît les intérêts des créanciers locaux ainsi que le besoin, pour les créanciers, de connaître avec certitude le CIP du débiteur. Toutefois, un niveau élevé de retenue peut poser un problème s'agissant des solutions relatives à la continuité de l'exploitation d'un groupe de sociétés. Étant donné que les instances

²²¹ *Ibid.*, par. 4, citant l'article 27, Règlement de la CE sur l'insolvabilité, *supra*, note 153.

²²² *Ibid.*, en vertu des paragraphes 3 (1) et 4 (1) de la disposition 102 de la *Introductory Act to the German Insolvency Code*.

²²³ *Ibid.*, citant Frankfurt Commentary to the Insolvency Code, 4^e éd., Appendice II de l'article 358, note marginale n° 4 de l'article 3 de la disposition 102 de la *Introductory Act to the Insolvency Code*.

secondaires sont limitées aux instances de liquidation dans un État membre, cela peut signifier qu'en l'absence de coordination et de coopération, la valeur des biens peut ne pas être maximisée par leur réalisation distincte dans le cadre d'une instance secondaire. La Cour n'a pas fait preuve de retenue à l'égard du syndic principal dans cette instance, alors qu'au Canada, les tribunaux tendent à faire preuve d'une grande retenue à l'égard de l'opinion du contrôleur, du séquestre ou du syndic. Se pose donc la question de savoir si les tribunaux des États membres de la CE devraient faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard des opinions des agents qui sont nommés par les tribunaux. Se pose aussi la question de savoir si l'on devrait reconnaître spécialement le rôle du syndic principal, de manière que ses pouvoirs incluent un rôle de supervision dans le cadre de toutes les instances connexes, afin de garantir que la valeur des biens soit maximisée pour les créanciers, quelque soit l'issue de l'instance.

La CEJ ayant formulé des consignes à l'intention des tribunaux des États membres, l'on devrait obtenir une uniformité accrue au niveau des principes appliqués pour déterminer l'établissement et le CIP. Toutefois, pour ce qui est de l'établissement, le professeur Wessels fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] Certains tribunaux ont statué qu'un « établissement » peut également servir de siège social d'une filiale à l'égard de laquelle une instance d'insolvabilité a été ouverte dans un autre État membre (là où les fonctions du siège social de la société mère sont centralisées). Bien que l'historique du Règlement ne semble apporter aucun soutien à de telles décisions, il en découle que l'incertitude demeure sur la manière dont la décision, qui inclut l'applicabilité d'une *lex concursus* étrangère et les pouvoirs des syndics nommés, se rapporte aux fonctions relatives à la gestion de la filiale aux termes des lois internes sur les sociétés et l'insolvabilité [...] Il pourrait être trop tôt pour déterminer si le Règlement a pu prévenir le phénomène de la recherche du tribunal le plus favorable. En pratique, des doutes sont exprimés, en bref : (1) dans une « course au tribunal », le premier CIP remporte la course; (2) la série de règles relatives au choix des lois peut favoriser une structure financière au niveau du choix du ressort (pour limiter les risques) et optimiser la compensation, et, de manière générale, (3) tout le cadre d'insolvabilité en droit international privé sera-t-il suffisamment cohérent?²²⁴

S'il est probable que la décision rendue dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd.* atténue la pratique de la recherche du tribunal le plus favorable étant donné le critère auquel il faut satisfaire pour réfuter la présomption selon laquelle le CIP est le siège social du débiteur, elle soulève la question de savoir s'il y aura une « course à la reconnaissance » relativement aux groupes de sociétés, car les parties pourraient chercher à obtenir une conclusion selon laquelle le CIP est situé dans un ressort, de manière que les tentatives supplémentaires pour traiter avec les entités

²²⁴ Wessels, *supra*, note 203.

d'un groupe de sociétés ne puissent être regroupées dans une instance secondaire instituée dans un autre État membre.

4. Groupe de sociétés sous le régime du Règlement de la CE

Plusieurs jugements rendus sous le régime du Règlement de la CE ont porté sur des groupes de sociétés; toutefois, ils concernaient des entités multiples dont le CIP était situé dans un même ressort. Donc, bien que les tribunaux aient été en mesure de coordonner les instances en fonction de l'existence des groupes de sociétés, ils n'ont pas eu la difficile tâche de déterminer s'il pouvait y avoir une instance relative à un groupe de sociétés dans les cas où le CIP était situé dans différents États membres.

Dans l'affaire *Daisytek Group*, 16 sociétés composaient la subdivision européenne d'un groupe de sociétés plus large contrôlé par une société américaine, la Daisytek Inc.²²⁵. La société mère américaine avait déposé une demande de protection sous le régime du chapitre 11 du *Bankruptcy Code* des É.-U. Le tribunal du R.-U. a rendu des ordonnances d'administration à l'encontre de 14 des 16 sociétés européennes, dont dix avaient été constituées en Angleterre, trois en Allemagne et une en France²²⁶. La Cour a statué que le CIP de toutes les sociétés était situé en Angleterre, compte tenu de l'endroit où les sociétés assuraient l'administration de leur entreprise régulièrement, établissant une distinction entre le lieu où les sociétés allemandes et françaises faisaient affaires avec leurs clients et le lieu où le contrôle administratif des intérêts principaux de la débitrice était exercé systématiquement et de manière transparente²²⁷. Essentiellement, le tribunal a appliqué un critère de commandement et de contrôle pour déterminer le lieu du CIP. L'on ne peut dire s'il serait arrivé à la même conclusion après la décision de la CEJ dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd.*, ainsi qu'il en a été question précédemment, en raison du critère plus rigoureux qu'a énoncé la CEJ au chapitre des conditions requises pour réfuter la présomption.

Dans l'affaire du groupe Daisytek, les tribunaux français et allemands ont refusé de reconnaître l'ordonnance rendue par le tribunal du R.-U. et ont ouvert des instances principales à l'égard des entités du groupe de sociétés qui étaient situées dans ces ressorts. L'ordonnance rendue par le tribunal français a été annulée par la cour d'appel sur demande des administrateurs conjoints du R.-U., au motif que, le tribunal du R.-U. s'étant déclaré compétent, cette décision ne pouvait être

²²⁵ Fletcher, *supra*, note 154, à 7.69.

²²⁶ *Re Daisytek-ISA Ltd., and others, claim nos. 861-876 of 2003* [2003] BCC 562; [2004] B.P.I.R. 30 (Division de la Chancellerie, greffe du district de Leeds).

²²⁷ *Ibid.*, par. 14.

examinée par le tribunal français²²⁸. Évidemment, ce raisonnement respecte les consignes formulées par la CEJ dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd*. Le litige concernant l'instance allemande a finalement été réglé en partie, car l'on a converti cette instance en une instance secondaire; toutefois, à l'égard des deux autres entités allemandes, se posait la question de savoir si le jugement du tribunal du R.-U. avait été rendu sans que ne soit donné un avis suffisant aux créanciers allemands²²⁹. Ian Fletcher a fait remarquer que, bien que le facteur temps soit souvent important en ce qui concerne l'ouverture d'une instance d'insolvabilité, dans l'affaire *Daiseytek*, le recours approprié pour les créanciers allemands aurait été de se présenter de nouveau devant le tribunal du R.-U. pour régler les questions de justice fondamentale et d'application régulière de la loi²³⁰.

Vallens a fait remarquer que les affaires qui ont été tranchées en France avant que ne soit rendue la décision de la CEJ indiquaient que les tribunaux étaient ouverts à l'idée que, dans un certain nombre d'affaires, il est pratique de regrouper des insolvabilités collectives et de les traiter dans le cadre d'une seule instance dans le ressort où la société mère a ouvert une instance, les filiales étant situées dans d'autres États membres de l'UE²³¹. D'autres ressorts ont eux aussi interprété le CIP de manière libérale pour prendre en considération les groupes de sociétés, que ce soit des États membres ou des États non membres de l'UE, comme la Suisse²³².

Dans l'affaire *Crisscross Telecommunications Group*, le tribunal du R.-U. est arrivé à la conclusion que le CIP de tout le groupe de sociétés, y compris les entités qui étaient enregistrées dans plusieurs États membres de la CE ainsi qu'en Suisse, était situé au R.-U. Le tribunal a tenu compte notamment du fait que les décisions du conseil des sociétés étaient prises principalement à Londres; c'est à Londres qu'étaient exécutées presque exclusivement les fonctions de gestion, d'administration et de comptabilité; bien que les fournisseurs locaux aient conclu leurs contrats dans le ressort local, de manière générale, les contrats étaient préparés à la suite de réunions avec les employés, et les fournisseurs anglais envoyaient leurs factures à Londres pour obtenir paiement. Le tribunal a ensuite nommé les mêmes administrateurs conjoints dans toutes les affaires en vue de permettre que l'instance se déroule de manière coordonnée²³³. Encore une fois, l'on ne peut dire avec certitude si ces facteurs seraient suffisants pour réfuter la présomption, étant donné le raisonnement énoncé dans l'affaire *Eurofood IFSC Ltd*. Plutôt que

²²⁸ Cour d'appel de Versailles, 24^e chambre, arrêt n° 12, du 4 septembre 2003 (R.G. n° 03/05038), JOR 2003/288.

²²⁹ Fletcher, *supra*, note 154, à 7.73.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Jean-Luc Vallens, *Eurofenix*, été 2006, à 10-11.

²³² Groupe de travail V de la CNUDCI, 0657458 Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, Note du Secrétariat, document de travail.

²³³ *Ibid.* Voir aussi *Hettlage-Austria*, Cour de district de Munich, 4 mai 2004, AG Munchen, Beschl. V.4.5.2004-1501 IE 1276/04, www.eir-database.com.

d'opter pour le principe du commandement et du contrôle, la CEJ s'est fondée dans une plus grande mesure sur le lieu d'enregistrement, ainsi qu'il a été indiqué précédemment, établissant un critère rigoureux aux fins de réfuter la présomption. Toutefois, les tribunaux du R.-U. ont pris en considération la question des attentes des créanciers et ce qu'ils peuvent vérifier en fonction de leur compréhension du centre des intérêts principaux du débiteur. Dans les affaires de groupes de sociétés à venir, cela deviendra encore plus important, étant donné la décision rendue par la CEJ.

V. Conclusion

La proclamation du chapitre 47 au Canada aura pour effet de codifier un certain nombre de pratiques judiciaires qui sont appliquées actuellement dans le contexte des insolvabilités internationales, mais elle soulèvera également un certain nombre de questions que les tribunaux mettront un certain temps à régler. Une analyse des affaires qui ont été instituées à ce jour et où le centre des intérêts principaux était en litige soulève la question de savoir si le CIP devrait être déterminé *ex parte* dans quelque cas que ce soit, étant donné qu'un certain nombre de mesures de redressement découlent automatiquement de la déclaration selon laquelle le CIP d'un débiteur est soit dans le ressort où il demande l'ouverture d'une instance principale, soit dans le ressort où il demande la reconnaissance à titre d'instance étrangère principale. Les affaires qui se sont déroulées sur le territoire de l'UE démontrent que les tribunaux canadiens devraient être ouverts à la nécessité d'avoir à leur disposition une preuve abondante avant de prendre une décision concernant le CIP. Bien que cela puisse poser des difficultés en ce qui concerne les instances qui sont quelque peu urgentes au chapitre de la reconnaissance et de l'imposition d'une suspension, les tribunaux pourraient songer à ordonner une suspension provisoire en attendant l'examen de la demande de reconnaissance sur le fondement d'un avis général et de la meilleure preuve possible. Aux É.-U., les exigences en matière d'avis paraissent offrir des garanties à cet égard, à supposer que les parties aient les ressources requises pour comparaître et présenter des observations relatives au CIP.

Le Règlement de la CE et la définition du CIP s'appliquent uniquement lorsque le débiteur n'exerce plus le plein contrôle de ses biens et de ses activités. Donc, une définition du CIP visant à simplifier le processus suivi par le syndic est très différente des nombreuses instances internationales canadiennes où le débiteur exerce encore un contrôle. En outre, l'impact de la détermination du CIP au Canada diffère de la détermination du CIP sous le régime du Règlement de la CE, puisque celui-ci a une vaste portée extraterritoriale. Les tribunaux pourraient devoir être

sensibles aux différentes incidences des instances de liquidation et de restructuration lorsqu'ils déterminent le CIP dans une instance donnée au Canada.

Le Canada diffère, dans ses relations transfrontalières, des États membres de l'UE. La Communauté européenne est une communauté économique et juridique liée par un traité, et assujettie au pouvoir d'une cour d'appel unique. Le Règlement de la CE protège les lois internes sur l'insolvabilité, mais dans la mesure seulement où elles n'entrent pas en conflit avec le Règlement de la CE; lorsqu'il y a conflit, le Règlement de la CE crée une norme uniforme à l'échelle des multiples ressorts qui composent l'UE. Le Canada est un état souverain, et sa relation avec les É.-U. ou avec les pays du Commonwealth avec lesquels il entretient des relations commerciales ou économiques étroites ne participe pas d'une relation communautaire économique et juridique. Donc, les leçons tirées de la jurisprudence de l'UE peuvent avoir une application limitée.

Toutefois, sur le plan pragmatique, en raison du niveau élevé d'intégration des marchés financiers canadiens et américains et de la nature intégrée de la structure du capital des sociétés canadiennes, il est nécessaire d'adopter une définition pratique du CIP qui prend en considération les réalités opérationnelles et structurelles des dettes interentreprises. Les tribunaux canadiens ne seront pas liés par la décision relative au CIP d'un autre ressort, mais il existe une longue tradition de courtoisie. Toutefois, un engagement à la coopération internationale ne devrait pas l'emporter sur la protection des droits des parties intéressées au niveau local, particulièrement lorsque les intérêts de ces dernières risquent d'être compromis. L'on pourrait assister à certaines maladresses lorsque les différents tribunaux élaboreront une première jurisprudence en matière d'ordonnances de reconnaissance sous le régime des chapitres 47 et 15. Les quelques affaires instituées à ce jour indiquent cependant que les tribunaux américains et canadiens feront preuve d'une certaine retenue à l'égard de leurs décisions respectives.

En outre, les tribunaux devront reconnaître les différences entre le chapitre 47, le chapitre 15 et la Loi type, ainsi qu'il a été indiqué dans la Partie II, dans leurs décisions concernant les instances d'insolvabilité internationales. Le Canada devra donc élaborer sa propre jurisprudence dans les limites de la loi aux fins de reconnaître des instances étrangères et des représentants étrangers dans le cadre d'instances relatives aux droits des créanciers locaux dans les instances internationales. Cela nécessitera un équilibre soigné entre le principe de la protection des intérêts et des attentes raisonnables des créanciers, dont ceux des créanciers garantis et chirographaires ainsi que des employés, et le principe de la courtoisie et de la coopération internationale.

