

Les Cahiers de droit

L'harmonisation du droit de l'insolvabilité transfrontalière en matière commerciale : tentatives, échecs et solutions pratiques

Marlyne Turgeon



Volume 38, numéro 1, 1997

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043435ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043435ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Turgeon, M. (1997). L'harmonisation du droit de l'insolvabilité transfrontalière en matière commerciale : tentatives, échecs et solutions pratiques. *Les Cahiers de droit*, 38(1), 167–229. <https://doi.org/10.7202/043435ar>

Résumé de l'article

Dans un contexte de mondialisation des relations commerciales, le besoin de sécurité est impératif et se manifeste particulièrement par cette nécessité de prévoir les conséquences d'une procédure d'insolvabilité transfrontalière. Dès lors, un régime uniformisé de l'insolvabilité transfrontalière s'avère l'idéal recherché. Or, c'est dans cette perspective qu'un projet de convention à ce sujet est en cours d'élaboration au sein de l'Union européenne, alors qu'un projet de dispositions législatives types est présentement à l'étude à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Toutefois, la gestion d'une faillite ou d'une insolvabilité internationale requiert actuellement le recours aux règles de droit international privé des divers États touchés. Des principes communs se dégagent cependant de ces règles.

De manière pragmatique, la gestion des procédures d'insolvabilité, instituées concurremment devant les tribunaux de plusieurs pays, est modelée par un « protocole ad hoc » négocié entre les représentants de ces procédures et les créanciers (et entériné par les tribunaux). D'ailleurs, la négociation d'un tel protocole peut désormais s'inspirer du modèle proposé par l'International Bar Association. C'est alors en marge des tentatives d'harmonisation à l'échelle mondiale que la conclusion de ce genre de convention, établie sur la base du cas par cas, émerge comme une nouvelle coutume internationale en cette sphère du droit.

L'harmonisation du droit de l'insolvabilité transfrontalière en matière commerciale : tentatives, échecs et solutions pratiques*

Marlyne TURGEON**

Dans un contexte de mondialisation des relations commerciales, le besoin de sécurité est impératif et se manifeste particulièrement par cette nécessité de prévoir les conséquences d'une procédure d'insolvabilité transfrontalière. Dès lors, un régime uniformisé de l'insolvabilité transfrontalière s'avère l'idéal recherché. Or, c'est dans cette perspective qu'un projet de convention à ce sujet est en cours d'élaboration au sein de l'Union européenne, alors qu'un projet de dispositions législatives types est présentement à l'étude à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Toutefois, la gestion d'une faillite ou d'une insolvabilité internationale requiert actuellement le recours aux règles de droit international privé des divers États touchés. Des principes communs se dégagent cependant de ces règles.

De manière pragmatique, la gestion des procédures d'insolvabilité, instituées concurremment devant les tribunaux de plusieurs pays, est modelée par un « protocole ad hoc » négocié entre les représentants de ces procédures et les créanciers (et entériné par les tribunaux). D'ailleurs, la négociation d'un tel protocole peut désormais s'inspirer du modèle proposé par l'International Bar Association. C'est alors en marge des tentatives d'harmonisation à l'échelle mondiale que la conclusion de ce genre de convention, établie sur la base du cas par cas, émerge comme une nouvelle coutume internationale en cette sphère du droit.

* Le présent texte est une version remaniée de l'essai de l'auteure déposé dans le cadre de sa maîtrise en droit (à l'Université Laval) et réalisé sous la direction du professeur Claude Samson, avocat.

** Avocate, LL.M., chargée de recherche pour le Programme de recherche sur les contrats commerciaux internationaux, subventionné par le FCAR.

In an age of globalized commercial deals, the need for security is a must and can especially be appreciated in the necessity for coping with the consequences of crossborder insolvency proceedings. As such, a uniform procedure governing crossborder insolvency offers an ideal solution. With just this perspective in mind, a draft covenant on this subject is being drawn up by the European Union, while draft model of legislative provisions is currently under study at the United Nations Commission for International Trade Law. Nonetheless, the handling of bankruptcy or international insolvency presently requires having recourse to the rules of international private law in force in the various States involved. Common principles do, however, emerge from these rules.

Pragmatically speaking, the handling of insolvency proceedings, instituted concurrently before the courts of several countries is modeled on an « ad hoc protocol » negotiated by the representatives of such by the courts. Furthermore, the negotiation of such a protocol may henceforth take inspiration from the model proposed by the International Bar Association. Therefore, proceedings and the creditors (and ratified while operating on the rim of efforts for worldwide harmonization, the concluding of this type of covenant, based on a one-one case analysis, is coming to the fore as a new international custom in this area of law.

	<i>Pages</i>
1. L'harmonisation par la voie de traités ou de lois modèles : les développements récents et les règles communes de droit international privé.....	174
1.1 La compétence juridictionnelle.....	175
1.1.1 Les règles communes de droit international privé.....	175
1.1.2 L'illustration des tentatives d'harmonisation	181
1.1.2.1 Le projet de convention communautaire.....	181
1.1.2.2 Le projet actuel de dispositions législatives types de la CNUDCI.....	184
1.2 La compétence législative.....	186
1.2.1 Les règles communes de droit international privé.....	186
1.2.2 L'illustration des tentatives d'harmonisation	194
1.2.2.1 Le projet de convention communautaire.....	194
1.2.2.2 Le projet actuel de dispositions législatives types de la CNUDCI.....	196
1.3 L'effet extraterritorial : son étendue et ses modalités.....	198
1.3.1 Les règles communes de droit international privé.....	198
1.3.2 L'illustration des tentatives d'harmonisation	207
1.3.2.1 Le projet de convention communautaire.....	207
1.3.2.2 Le projet actuel de dispositions législatives types de la CNUDCI.....	208

2. L'harmonisation découlant de la pratique : les protocoles <i>ad hoc</i> ou l'émergence d'une coutume internationale	209
2.1 Les protocoles <i>ad hoc</i> : leurs fondements, leurs objectifs et leurs limites	210
2.1.1 Les fondements et les objectifs de la coopération judiciaire <i>ad hoc</i>	210
2.1.2 Les limites de la coopération judiciaire <i>ad hoc</i>	218
2.2 Le modèle de coopération judiciaire <i>ad hoc</i>	220
2.2.1 La présentation du modèle de concordat de l'International Bar Association (IBA)	220
2.2.2 L'illustration de l'application du modèle de concordat de l'IBA	225
Conclusion	227

Nous sommes loin de l'ère où l'emprisonnement pour dettes était permis, et de celle où les créanciers pouvaient décapiter le corps du débiteur ou encore vendre ce dernier comme esclave en se séparant le fruit de la vente à titre de paiement¹. Un autre procédé est venu remplacer ces barbaries, à savoir la faillite.

L'internationalisation des procédures collectives trouve son origine dans la mondialisation des marchés et s'avère le corollaire du développement du commerce transfrontalier².

1. R.A. GITLIN et E.D. FLASHEN, « The International Void in the Law of Multinational Bankruptcies », (1987) 42 *Business Lawyer* 307, 307 ; S.-E.M. AL-BASHIR, « International Bankruptcy in the Draft European Convention : A Study to Enlarge its Application », (1989) 6 *Nat'l Insolv. Rev.* 26, 31.
2. La conclusion d'un accord relatif à l'abaissement des droits de douane et autres contraintes à l'exportation et l'importation des marchandises, tels le GATT, l'ALE et l'ALENA, élaborent les situations propices et favorables à l'accroissement des échanges commerciaux, mais également de l'insolvabilité transfrontalière. L'absence de disposition ou de mécanisme de résolution des différends qu'implique la faillite internationale, voire de reconnaissance des jugements et procédures impliquant le Canada et les États-Unis, a été déplorée, considérant qu'il s'agit de deux économies fortement imbriquées. Cette absence résulte probablement de l'achoppement antérieur des négociations entre le Canada et les États-Unis (en octobre 1979), relativement à l'élaboration d'un projet de convention sur l'insolvabilité transfrontalière. Il faut d'ailleurs souligner les récents travaux entrepris par l'American Law Institute, dont le but est l'élaboration du « Model Procedures for Coordination of Cross-border Involving the NAFTA Countries ». À ce sujet, on consultera les documents suivants : T.M. GAA, « Harmonization of International Bankruptcy Law and Practice : Is it Necessary ? Is it Possible ? », (1993) 27 *International Lawyer* 881, 883 et 884, à sa note 8 ; J.L. WESTBROOK, « Developments in Transnational Bankruptcy », (1995) 39 *Saint Louis University Law Journal* 745, 753 ; COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI), *Cross-border Insolvency ; Note by the Secretariat ; Report on UNCITRAL-INSOL Colloquium on Cross-border Insolvency*, 27^e session, 19 mai 1994, A/CN.9/398, p. 4 ; E.B. LEONARD, J.A. CARFAGNINI et R.H. McLAREN, « Can there be International Co-operation in Foreign Bankruptcies ? A Canadian Examination of Some Alternative Models »,

Le concept de l'insolvabilité transfrontalière s'entend des procédures collectives qui visent autant la liquidation des actifs d'une corporation et d'un commerçant (personne physique) en difficulté financière que le redressement et la réorganisation des obligations de ceux-ci³. Ce concept exige évidemment la présence d'un élément d'extranéité, qui se matérialise fréquemment dans la dispersion de l'assiette du débiteur dans plus d'une juridiction⁴.

Cette problématique de la faillite internationale est particulièrement intéressante du fait qu'elle constitue le carrefour de différentes sphères du droit. Il suffit de mentionner à ce stade les difficultés relevant du droit international privé qu'implique une telle situation juridique. Chaque État

(1989) 3 *R.I.B.L.* 23, 25. Il faut toutefois souligner l'adoption d'un projet de loi par la Chambre des communes : *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu*, projet de loi C-5 (adopté le 23 octobre 1996), 2^e session, 35^e législature (Can.) (ci-après cité : « projet de loi C-5 »). De fait, l'article 118 (1) du projet de loi C-5 (qui ajoute par adjonction les articles 267 à 275 à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3) et l'article 125 dudit projet de loi (qui ajoute par adjonction l'article 18.6 à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), c. C-36) proposent des solutions à l'insolvabilité comprise dans un contexte international. Bien qu'une étude comparative et exhaustive des dispositions du projet de loi C-5 dépasse l'objectif de la présente étude, certaines observations seront néanmoins effectuées à propos de quelques dispositions du projet de loi C-5 à l'occasion de l'analyse de certaines questions qu'il semble résoudre. Ce projet de loi a reçu la sanction royale le 25 avril 1997 et est devenu le chapitre 12 des Statuts du Canada de 1997.

3. L'insolvabilité des consommateurs est explicitement exclue de l'objet de la présente étude, ainsi que celles des entreprises d'assurances et de crédit. La définition et la signification de l'expression « faillite internationale » varient en fonction de ce que chaque législation nationale entend régir ; toutefois, des objectifs communs aux différentes procédures peuvent être mis en évidence, soit la liquidation et la réorganisation d'une entreprise en difficulté. Néanmoins, en France, les plans de redressement aboutissent encore fréquemment, pour ne pas dire dans la majorité des cas et même plus, à la liquidation des avoirs de l'entreprise. Au Canada, le taux de succès des réorganisations d'entreprise est d'environ 50 p. 100. Voir de manière générale les textes suivants : L. IDOT, « La faillite dans la Communauté : enfin une convention internationale ? », (1995) 21 *D.C.P.I.* 34, 44 ; P. DIDIER, « La problématique de la faillite internationale », [1989] *RDAl* 201, 204. Bien que les corporations soient plus présentes dans le commerce international, il ne faut pas négliger la place importante qu'occupent les commerçants (non incorporés), qui font également l'objet de nos observations. T. BROZMAN, « A Perspective from a U.S. Judge », dans « Session I : The Needs », (1995) 4 *International Insolvency Review* 9, 17.
4. P.R. WOOD, *Law and Practice of International Finance ; Principles of International Insolvency*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995, p. 229 ; A. BOHÉMIER, « La faillite internationale », (1990) 50 *R. du B.* 3, 6 et 7 ; A. MARTIN-SERF, « La faillite internationale : une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant », (1995) 122 *J.D.I.* 31, 32 et 33.

traite de manière divergente les règles de conflits de juridictions et de lois, ainsi que la reconnaissance et l'exécution des procédures ou jugements d'insolvabilité institués à l'étranger. Le déclenchement, le développement et le dénouement d'une procédure d'insolvabilité font l'objet de visions multiples au sein des droits internes des pays industrialisés. Ces divergences résultent du fait que les lois nationales relatives à la faillite s'avèrent le prolongement du droit commercial, lequel repose sur des convictions et valeurs politiques, sociales et économiques propres à chaque État.

Les conséquences d'une situation d'insolvabilité constituent de toute évidence une barrière au commerce transfrontalier. Le besoin d'harmonisation en ce domaine du droit est criant, mais le véhicule et la portée d'une telle harmonisation ne font pas l'objet d'un consensus⁵. Les outils utilisés jusqu'à maintenant sont les conventions et les législations uniformes réciproques ; plusieurs ententes bilatérales, voire multilatérales, furent élaborées entre différents États dès 1204⁶. L'uniformisation du droit matériel

5. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 881 et 882. D'autre part, les juristes sont unanimes quant à la nécessité de centraliser au maximum la gestion d'une faillite internationale, ce qui peut expliquer ce mouvement généralisé vers l'universalité, tout en s'éloignant de la territorialité de l'insolvabilité transfrontalière. Voir : J.L. WESTBROOK, *loc. cit.*, note 2, 746, 747 et 757 ; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 42.
6. On peut répertorier plusieurs conventions bilatérales, et même multilatérales, relatives à l'insolvabilité transfrontalière, lesquelles sont encore en vigueur ou ne le sont pas encore, à savoir : *Verona and Trent Treaty* (1204) ; *Verona and Venice* (1306) ; *Belgium-Netherlands* (1925) ; *Belgium-Austria* (1969) ; *Germany-Netherlands* (1962) ; *Germany-Austria* (1979, effective en 1985) ; *Nordic Convention* (1933 : laquelle convention s'applique au Danemark, à la Finlande, à l'Islande, à la Norvège et à la Suède) ; *Bustamente Code of Private International Law* (1928 ; regroupant environ 15 pays latino-américains) ; *Montevideo Treaties* (1889 et 1940 ; regroupant environ 4 pays latino-américains) ; *Franco-Suisse Convention* (15 juin 1869) ; *Franco-Belgium Convention* (8 juillet 1899) ; *Franco-Italian Convention* (3 juin 1930) ; *Franco-Monaco Convention* (15 septembre 1950) ; *Franco-Austrian Convention* (2 février 1979) ; *Hague Bankruptcy Convention* (1925) ; *Benelux Convention* (1961). Il ne faut toutefois pas négliger ces conventions dans les cas où elles trouveraient application. L'exclusion volontaire de notre texte de ces conventions ainsi énumérées est effectuée pour la simple raison qu'une étude incluant celles-ci serait certes exhaustive, mais qu'elle dépasserait toutefois les objectifs de la présente étude. À ce titre, les documents suivants pourront être utiles à une recherche plus approfondie sur cette question : P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 291-296 ; CNDUCI, *Possible Future Work ; Note by the Secretariat Addendum ; Cross-border Insolvency*, 26^e session, 22 juin 1993, A/CN.9/378/Add.4, pp. 15-19 ; K.H. NADELMANN, « Bankruptcy Treaties », (1944) 93 *University of Pennsylvania Law Review* 58, 61 et suiv. ; Y.J. GOLDSTEIN, « Trans-border Insolvencies : An Emerging Consensus », (1993) *Conference Meredith Lectures* 161, 185 ; M. BOGDAN, « Sweden », dans « Session II : What has been Done and What is Proposed », (1995) 4 *International Insolvency Review* 72 ; J. DOBSON, « Argentina », dans « Session II : What has been Done and What is Proposed », (1995) 4 *International Insolvency Review* 77. De surcroît, d'autres tentatives d'harmonisation ont été entreprises depuis 1960 : il s'agit en somme des projets préliminaires de

demeure toutefois utopique jusqu'à ce jour, considérant les divergences marquées entre les législations internes relatives à l'insolvabilité.

Le but principal de l'harmonisation est néanmoins circonscrit, à savoir l'atteinte de la prévisibilité du résultat, l'administration efficiente de l'assiette, la distribution équitable et la finalité du résultat⁷. Mais cette nécessité d'harmonisation s'inscrit également dans le but ultime du droit de l'insolvabilité transfrontalière, qui consiste essentiellement en un règlement équitable, expéditif et non coûteux de l'insolvabilité du failli, en marge du souci de protéger le débiteur tout en atteignant l'égalité entre tous les créanciers.

À l'instar des législations nationales, les tentatives d'harmonisation se fondent à différents degrés sur les quelques principes constituant la trame de la pensée juridique en matière de faillite internationale. Considérant que ces concepts juridiques ont été abondamment explicités et commentés, nous ne ferons qu'en souligner brièvement les objectifs. Le principe de l'unité et de l'universalité préconise un système où une procédure collective d'insolvabilité unique et centrale est instituée de manière exclusive, soit au domicile ou à la principale place d'affaires du débiteur, englobant l'assiette mondiale de ce dernier et jouissant d'une reconnaissance universelle de ses effets⁸.

convention de la Communauté économique européenne de 1970 et de 1982 (publiés dans Bull. CE, Suppl. 2/82) et du projet de convention du Conseil de l'Europe, à savoir la *Convention d'Istanbul* du 5 juin 1990, dont l'entrée en vigueur ne semble pas imminente. Voir les documents suivants, quant à l'évolution du droit communautaire en cette matière : L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *J.-Cl. Europe 2, v^o Procédures collectives : droit communautaire en gestation*, fasc. 871 ; J. LEMONTEY, *Dalloz Communautaire II, v^o Faillite*, pp. 1-3, où cet auteur souligne l'élaboration actuelle de deux projets de directives, présentement à l'étude dans l'Union européenne, relatives à la liquidation d'une part des établissements financiers et d'autre part des entreprises d'assurance, lesquels projets évoluent en parallèle des travaux actuels de l'UE, relatifs à l'élaboration d'une convention en matière d'insolvabilité, repris depuis 1990. Une loi modèle a également fait l'objet des travaux de l'International Bar Association (IBA), dont un document intitulé *Model International Insolvency Cooperation Act* (MIICA) fut adopté en 1989 : laquelle ne fait présentement pas l'objet d'une large adhésion. Notre étude de tous ces instruments d'harmonisation de la CEE, de l'UE, du Conseil de l'Europe et de l'IBA est réalisée sur la base de sources d'informations secondaires, essentiellement doctrinales.

7. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 884 et 885.

8. Le principe de l'universalité et de l'unité de la faillite internationale s'analyse en fonction de la compétence judiciaire, législative et des effets extraterritoriaux inhérents à ces concepts. Puisque plusieurs auteurs s'attardent sur ces principes, on consultera les documents suivants pour de plus amples détails : A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 10-16 ; G. RUBENSTEIN et L.J. LATHAM, « Bankruptcy Issues : Conflicting Jurisdictions and Work-out Arrangements », (1993) 8 *National Creditor/Debtor Review* 53, 53 et 54 ; P. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 228 et 229 ; P. SAFA, *La faillite en droit international privé* :

D'autre part, le principe de la pluralité et de la territorialité, compris dans son sens le plus strict, implique la compétence locale pour chaque État visé à l'égard de la liquidation de l'actif de l'entreprise insolvable sis à l'intérieur de son territoire. La compétence judiciaire pluraliste et concurrente ainsi que la portée strictement territoriale de cette procédure sont les tenants et aboutissants de ce principe⁹.

analyse des jurisprudences libanaise, syrienne et égyptienne à la lumière du droit comparé, Beyrouth, Imprimerie Angelil, 1954, p. 25. Un premier pas vers l'universalité ou l'ubiquité a été franchi en jurisprudence, dès 1764, dans l'affaire *Solomons c. Ross*, 1 HY B1 131, 126 Eng. Rep. 79 (1764). Cet arrêt anglais fait, entre autres, l'objet d'un commentaire dans les documents suivants : K.H. NADELMANN, « *Solomons v. Ross* and International Bankruptcy Law », (1946) 9 *Modern Law Review* 154 ; A.L. SCHECHTER, « *United States-Canada Bankruptcy Litigation: Is the Treaty the Way to Go?* », (1990) 1 *INSOL International Insolvency Review* 99, 120, qualifie le jugement dans l'affaire *Solomon* comme « a seminal pro-universalist decision ». Voir aussi : A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 41 ; S.K. HARDING, « *Re Sefel Geophysical Ltd.: A Canadian Approach to some Specific Problems in the Adjudication of International Insolvencies* », (1989) 12 *Dalhousie L.J.* 412, 420 ; J.G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, 2^e éd., Toronto, Butterworth, 1986, pp. 490 et 491 ; S.-E.M. AL-BASHIR, *loc. cit.*, note 1, 33 et 34 ; D.T. TRAUTMAN et J.L. WESTBROOK, E. GAILLARD, « *Four Models for International Bankruptcy* », (1993) 41 *Am. J. Comp. L.* 573, 575 et 576.

9. Plusieurs auteurs tentent de définir le concept de la territorialité et de la pluralité de l'insolvabilité transfrontalière. En somme, des points communs peuvent évidemment être relevés, en les analysant en fonction de la compétence judiciaire, législative et de l'effet extraterritorial, évidemment exclu de ce concept. À ce sujet, les textes suivants peuvent être consultés : A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 41-43 ; A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 10-16 ; S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 418-421 ; R.N. ROBERTSON, « *Enforcement and Other Problems in International Insolvencies* », [1985] *Meredith Memorial Lectures* 266, 266-268 ; S.-E.M. AL-BASHIR, *loc. cit.*, note 1, 26-35 ; J.W. WOLONIECKI, « *Cooperation between National Courts in International Insolvencies: Recent United Kingdom Legislation* », (1986) 35 *I.C.L.Q.* 644, 644 et 645 ; Y.J. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 6, 171-173, cite (p. 174) certains arrêts ayant préconisé la doctrine de la territorialité, soit *MacDonald c. Georgian Bay Lumber*, [1878] 2 R.C.S. 364 et *In re: E.H. Clarke c. Royal Bank of Canada*, (1922-23) 3 C.B.R. 593 (C.S. Ont.). Il précise par ailleurs que les termes « unité », « universalité », « territorialité » et « pluralité » peuvent se voir attribuer des interprétations divergentes d'un État à l'autre. Ainsi, ce qui importe s'avère être le mécanisme préconisé par ces deux conceptions opposées, dans un contexte d'insolvabilité transfrontalière (p. 172). L'auteur cite à ce sujet les propos de K.H. NADELMANN, « *Creditors Equality* », (1949-50) 98 *University of Pennsylvania Law Review* 41, 54. D'ailleurs, c'est à juste titre que P. DIDIER, *loc. cit.*, note 3, 201-206, emploie les expressions « caractère territorial » et « caractère extra-territorial » pour étayer son commentaire et souligne que le « principe de la territorialité a l'avantage de laisser chacun maître chez soi » (p. 205). D.T. TRAUTMAN, J.L. WESTBROOK et E. GAILLARD, *loc. cit.*, note 8, 574-578, qualifient la doctrine de la territorialité comme une *self-serving approach* (pp. 574 et 575). G. RUBENSTEIN et L.J. LATHAM, *loc. cit.*, note 8, 53 et 54 ; A.L. SCHECHTER, *loc. cit.*, note 8, 101-106. En somme, il est pertinent de préciser que les pays industrialisés semblent adopter une combinaison des concepts extrémistes que sont les principes de l'universalité et de la territorialité. Voir : P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, p. 228.

Dans la première partie, nous étudierons les principes généraux et communs se dégageant des législations internes et des règles de droit international privé, en parallèle avec les récentes tentatives d'harmonisation au niveau international, à savoir le projet de convention relative à l'insolvabilité de l'Union européenne (UE), ainsi que le projet de dispositions législatives types de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Dans un contexte où aucun instrument d'harmonisation n'est en vigueur, les praticiens et juristes, œuvrant dans le domaine du droit international de l'insolvabilité, sont présentement placés devant ce besoin impératif de coopération judiciaire. Ils s'en remettent alors à la négociation, afin d'en arriver à une entente assurant cette nécessaire coopération. La seconde partie de notre étude porte donc sur l'harmonisation découlant de la pratique et de l'émergence d'une coutume internationale.

Cependant, il convient de souligner à prime abord que notre étude, et plus particulièrement l'analyse des divers instruments d'harmonisation, est réalisée sur la base des observations et des commentaires de la doctrine relative à l'insolvabilité transfrontalière.

1. L'harmonisation par la voie de traités ou de lois modèles : les développements récents et les règles communes de droit international privé

Indépendamment des obstacles suscités par l'élaboration d'un instrument juridique d'envergure internationale du genre d'une convention ou d'une loi modèle¹⁰, la problématique de l'insolvabilité transfrontalière se situe précisément dans la perspective des règles internes du droit international privé, qui constituent présentement la trame de toute solution potentielle. Toutes les discussions reposent ainsi sur ces questions fondamentales et corrélatives de la compétence juridictionnelle et législative ainsi que de l'effet extraterritorial des procédures collectives étrangères d'insolvabilité.

10. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 896-898 et 903-909 ; R.A. GITLIN et E.D. FLASHEN, *loc. cit.*, note 1, 308-310 et 322. La volonté politique des États est un obstacle majeur à l'élaboration d'une convention en matière de faillite internationale, lesquels s'intéressent davantage à l'élaboration et à la conclusion d'ententes relatives aux droits de douane ou de nature fiscale. Le soutien et les pressions des gens d'affaires et des praticiens de ce domaine du droit sont d'une importance capitale dans le cadre de ces tentatives d'harmonisation. Les délais inhérents à l'élaboration, à l'adoption, à la ratification et à la mise en œuvre de tels instruments jouent souvent en défaveur de ces derniers, puisque le contexte dans lequel ils furent d'abord négociés peut être altéré considérablement, jusqu'à en dissoudre les motivations originelles.

De telles règles de droit international privé gèrent en fait les nombreuses divergences qui existent entre les législations locales en ce domaine¹¹.

1.1 La compétence juridictionnelle

1.1.1 Les règles communes de droit international privé

Aux prises en réalité avec une pluralité de procédures d'insolvabilité concurrentes et parallèles, la compétence juridictionnelle s'analyse particulièrement en fonction d'une éventuelle reconnaissance de celle-ci dans un autre État. La compétence est celle qui autorise un tribunal à ouvrir une procédure d'insolvabilité, mais également celle sur laquelle s'appuie une demande de reconnaissance d'une telle procédure. En somme, c'est dans cette première perspective que le problème de la compétence juridictionnelle se pose d'abord.

L'autorité juridictionnelle d'un tribunal varie selon la nature et la portée des procédures d'insolvabilité, ainsi que des qualités ou caractéristiques du débiteur visé. Tous les critères attributifs de compétence doivent ainsi être considérés dans un contexte de coopération judiciaire internationale, puisque, peu importe le fondement juridictionnel retenu, plusieurs tribunaux se déclarent compétents à l'égard d'une même entreprise. Chaque territoire où l'on retrouve notamment des biens appartenant au débiteur peut justifier un tribunal à ouvrir une procédure d'insolvabilité¹². Or, les fondements juridictionnels reflètent ce besoin de contrôle élargi des pays à l'égard de l'assiette du débiteur¹³.

A priori, la validité de la procédure d'insolvabilité étrangère peut être présumée de manière réfragable, sans référence à un facteur de rattachement quelconque¹⁴. Concrètement, la question juridictionnelle se pose

11. M. BALZ, « The European Union », dans « Session II: What has been Done and What is Proposed », (1995) 4 *International Insolvency Review* 60, 61.
12. P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 231-241. À ce titre, l'article 118 (1) (article 267) du projet de loi C-5 précise, aux termes d'une définition, que le « débiteur » est la personne qui est insolvable (ou le failli) et a des biens au Canada, ou encore une personne qui a des biens au Canada alors qu'elle est considérée comme étant en situation de faillite conformément au droit étranger et aux procédures étrangères.
13. M. SIGAL *et al.*, « Section I Articles: The Law and Practice of International Insolvencies, Including a Draft Cross-border Insolvency Concordat », dans W.L. NORTON JR, *Annual Survey of Bankruptcy Law, 1994-1995 Edition*, New York, Clark Boardman Callaghan (CBC), 1994, pp. 24-29.
14. CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité de sa dix-huitième session (Vienne, 30 octobre-10 novembre 1995)*, 29^e session, 1^{er} décembre 1995, A/CN.9/419, n^{os} 22-25, p. 6. En fait, cette approche n'éclipse pas le recours aux facteurs de rattachement pour déterminer le caractère approprié du fondement de la juridiction de l'État étranger, mais elle accorde un effet exécutoire à une telle procédure étrangère.

néanmoins ainsi : « quel facteur de rattachement doit-il y avoir entre le débiteur et l'État dans lequel une procédure d'insolvabilité à l'encontre du débiteur a été ouverte, afin que la reconnaissance de cette procédure d'insolvabilité dans un autre pays puisse être considérée comme justifiée ?¹⁵ » Actuellement, de multiples facteurs de rattachement font l'objet des lois nationales, justifiant ainsi la compétence internationale des tribunaux judiciaires ou organes administratifs des différents États, lesquels facteurs sont en outre élaborés par extension des règles internes de compétence judiciaire. Le moment où devront exister les éléments factuels du critère de juridiction retenu doit être particulièrement fixé, lequel peut varier notamment entre la date de l'insolvabilité ou celui de l'institution d'une procédure.

La difficulté réside dans le nombre de chefs de compétence : plus il y a de facteurs de rattachement retenus, plus le risque de procédures concurrentes augmente¹⁶. Au demeurant, « le principe même d'une compétence nationale ne saurait être contesté, aucune hiérarchie n'étant admise au niveau international, en l'absence de convention, entre les différents chefs de compétence¹⁷ ».

Les législations internes retiennent communément certains facteurs de rattachement¹⁸. La reconnaissance des effets extraterritoriaux d'une procédure étrangère d'insolvabilité est subordonnée à l'existence d'un certain lien approprié entre le débiteur et la juridiction¹⁹. En principe, les pays industrialisés accordent à leurs tribunaux une juridiction à l'égard de l'entreprise où se situe, dans les limites de leurs frontières respectives, sa principale place d'affaires ou son principal établissement, son siège social statutaire, son centre des intérêts principaux, une succursale et, dans le cas d'un commerçant, son domicile ou sa résidence²⁰. Il s'agit alors des chefs de compétence dits « principaux », qui font l'unanimité en matière d'insol-

15. CNUDCI, *Insolvabilité transnationale ; Questions liées à la coopération judiciaire et à l'accès et à la reconnaissance pouvant se poser dans le contexte de l'insolvabilité transnationale*, 18^e session, 26 septembre 1995, A/CN.9/WG.V/WP.42, n° 23, p. 7 ; E. GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 241 et suiv., définit le concept de facteur de rattachement comme étant des « éléments de liens entre le tribunal et les parties en cause » (p. 241).

16. L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *J.-Cl. Europe 2*, v° *Procédures collectives*, fasc. 870, p. 15.

17. *Id.*, n° 91, p. 16. À ce titre, qu'en est-il du choix du forum par les cocontractants, dans l'éventualité d'un litige entre eux survenant lors de l'exécution du contrat ? La faillite fait-elle échec à l'autonomie des parties, alors que des tierces personnes sont également impliquées en rapport à celles-ci ? Voir notamment : D.T. TRAUTMAN, « Foreign Creditors in American Bankruptcy Proceeding », (1988) 29 *Harv. Int'l L.J.* 49, 57 et 58.

18. P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 231-241.

19. CNUDCI, *op. cit.*, note 14, n°s 22-25, p. 6.

20. P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, p. 230 ; CNUDCI, *op. cit.*, note 14, n° 23, p. 6.

vabilité transfrontalière²¹ ; lorsqu'une procédure est instituée sur la base de ces chefs principaux, dont notamment celui de la principale place d'affaires, il est alors question de ce qu'il est convenu d'appeler une *domiciliary bankruptcy*, dont l'effet extraterritorial est plus réaliste et potentiel, par opposition à une *non-domiciliary bankruptcy* dans les autres situations, par exemple dans le cas où la juridiction n'est fondée que sur la simple présence de biens appartenant au débiteur²².

Bien que le critère de juridiction reposant sur la « principale place d'affaires » (ou principal établissement) de l'entreprise soit celui qui fait l'objet d'un consensus à savoir qu'il s'agit du critère le plus approprié en matière d'insolvabilité transfrontalière, la réalité des multinationales contemporaines révèle que celles-ci peuvent détenir plus d'un établissement principal important (*principal place of business*). La question qui se pose est alors de déterminer lequel de ces établissements est « le » principal. En fait, plusieurs procédures d'insolvabilité peuvent être instituées dans différents pays sur la base de ce critère du principal établissement²³.

Le critère du « centre des intérêts principaux » de l'entreprise semble être un fondement juridictionnel plus judicieux, en raison de sa souplesse et de sa flexibilité comparativement à celui du siège social statutaire ou du siège d'une personne morale, voire du domicile d'une personne physique. Ces derniers critères peuvent être considérés dans la recherche d'un maximum de prévisibilité, quoiqu'ils soient souvent arbitraires, particulièrement

21. L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 14-16.

22. CNUDCI, *op. cit.*, note 6, nos 8 et 9, pp. 5 et 6.

23. CNUDCI, *op. cit.*, note 14, n° 103, p. 21. D'autre part, il est pertinent de soulever les observations effectuées à l'égard de l'incidence de la banqueroute d'une filiale, entité juridique distincte, sur la situation de sa maison-mère, et inversement. C'est d'ailleurs ce concept d'entité juridique distincte qui permet à certaines personnes de prétendre que la problématique de l'insolvabilité transfrontalière est dans bien des cas, voire dans tous les cas, une question purement académique, car en réalité ce sont des corporations indépendantes, dont la faillite de l'une n'influe pas sur les activités commerciales de l'autre. À l'opposé, la constitution de telles entités peut être le résultat d'une simple formalité, imposée par la législation locale, ou encore constituées dans le seul but de miner l'intégrité économique globale de la multinationale. Voir à ce sujet : S.-E.M. AL-BASHIR, *loc. cit.*, note 1, 29, 36-38 ; T. BROZMAN, *loc. cit.*, note 3, 16, 22-27 ; M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 131-134, qui traite de l'affaire de la faillite du *Bramalea Limited Group of Companies* ; J. BURNETT, « A Classic International and Mega Insolvency — A Case Study », [1985] *Meredith Memorial Lectures* 307.

en ce qui concerne le siège social statutaire ou le lieu d'incorporation d'une entreprise²⁴.

Lorsque l'entreprise détient plus d'un établissement principal dans différents États, la compétence internationale revient, dans certains systèmes de droit, au tribunal ayant ouvert le premier une procédure de faillite. Il s'agit alors de l'application de la règle de la priorité (*priority rule*), qui accorde ainsi à cette procédure antérieure une portée universelle et un effet prioritaire ; toutes autres procédures n'auront alors qu'une portée locale et territoriale selon cette règle²⁵.

Quant aux autres fondements juridictionnels, il convient de se demander si un tribunal n'exercerait pas ce qui est désigné comme une *long-arm jurisdiction*, à savoir une juridiction excessive et exorbitante, fondée sur un lien de connexion plutôt faible²⁶. Ces chefs subsidiaires de compétence, qualifiés notamment de « secondaires »²⁷, consistent essentiellement en la présence de biens, l'exercice d'activités commerciales ; quant au commerçant, ils concernent sa présence physique, sa nationalité et sa résidence dans les frontières du pays visé²⁸. Ces chefs de compétence servent notamment à l'annulation des transactions préjudiciables à la masse, accomplies par le failli peu avant l'institution d'une procédure d'insolvabilité, ainsi qu'à l'investigation approfondie en cas de fraude afin d'y apporter sur le plan local les sanctions s'imposant²⁹.

24. CNUDCI, *op. cit.*, note 14, n^{os} 22-25, p. 6 ; P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 250 et 251, souligne la réalité des *tax haven*, où les compagnies ne vont s'y incorporer que pour des raisons fiscales, alors que la gestion et la direction effective de celles-ci s'effectuent vraisemblablement dans un autre pays.

25. G. GRASMAN, « I.-Doctrines et chroniques : effets nationaux d'une procédure d'exécution collective étrangère (redressement ou liquidation judiciaire, faillite, concordat) », (1990) 79 *Rev. crit. dr. internat. privé* 421, 427 et 428. Il faut souligner que selon S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 420, ce qui est désigné comme étant la *doctrine of priority*, selon laquelle la première procédure de faillite ouverte a préséance sur les autres instituées ultérieurement, n'est pas acceptable particulièrement en droit canadien.

26. P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 230-234. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 887 et 888, précise que la première barrière à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement de faillite est « the exercise of « excess » jurisdiction on the part of the adjudicating court » (p. 887).

27. L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 14-16.

28. P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 231-234.

29. S.-E.M. AL-BASHIR, *loc. cit.*, note 1, 29 et 30, précise que les différentes législations édictent des présomptions dans le but de faciliter la preuve d'une telle fraude, commise par un failli peu avant l'institution d'une procédure collective d'insolvabilité. Au Canada, il serait d'ailleurs question de transactions annulables et de paiements préférentiels aussi sanctionnables. Bien que l'annulation d'une transaction soit ainsi prononcée, il demeure toujours un problème d'exécution de ce jugement, lequel problème ne se poserait pas dans le cadre du principe de l'unité de la faillite. Les débiteurs insolvable jouissent, dans ce contexte, de l'avantage que leur procure l'application en fait du principe de la

La présence de biens fonde la juridiction en raison notamment d'une politique traditionnelle, existant dans plusieurs pays, qui accorde l'exclusivité juridictionnelle de leurs tribunaux à l'égard des immeubles sis à l'intérieur de leurs frontières³⁰.

Plus précisément, la présence d'un actif, peu importe sa valeur, constitue un fondement à la compétence judiciaire dans différents pays, mais elle est souvent sujette à la discrétion du tribunal; alors que dans d'autres juridictions ce critère est inadmissible à moins qu'il ne soit cumulé à la présence d'une succursale³¹. Le fait d'accomplir des transactions commerciales dans un État peut justifier la compétence des tribunaux de ce dernier, mais un cumul avec la présence de biens ou d'une succursale est généralement requise³². Sauf quelques rares cas exceptionnels, la simple présence physique du commerçant n'autorise pas en principe un tribunal à ouvrir une procédure à l'encontre de celui-ci; il en va de même quant à la nationalité et à la résidence d'une personne physique commerçante³³.

Plusieurs expressions sont ainsi employées par les législations nationales pour qualifier le fondement de la compétence judiciaire des tribunaux. Or, une difficulté certes évidente se manifeste dans ce contexte, à savoir que chacun de ces concepts peut se voir attribuer une définition et une qualification différentes d'un État à l'autre.

Une autre difficulté tient à l'étendue de la juridiction, telle qu'elle est accordée par les lois nationales, et la prétention à l'effet universel de celle-ci³⁴. Alors que plusieurs chefs de compétence peuvent justifier la

territorialité de la faillite. Or, bien que les législateurs des différents pays édictent des sanctions, parfois de nature pénale, celles-ci peuvent s'avérer insuffisantes du fait que le commerçant et les administrateurs peuvent s'exiler dans le dessein d'échapper à leur mise en œuvre.

30. G. RUBENSTEIN et L.J. LATHAM, *loc. cit.*, note 8, 54. Il s'agit dans ces cas de l'application du principe de la territorialité de la faillite internationale, compris dans son sens le plus strict.

31. P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 232 et 233.

32. *Id.*, p. 233.

33. *Id.*, pp. 233 et 234. Il semble que le critère de compétence fondé sur la nationalité ou la résidence du commerçant s'applique particulièrement, voire uniquement, à la France, à la Belgique et au Luxembourg. La présence physique est un élément assujéti à la doctrine du *forum non conveniens*, notamment en droit anglais. Un tel critère semble en fait non pertinent dans la plupart des pays industrialisés. Voir également : L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 14-16.

34. L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 16; K.H. NADELMANN, « A Reflection on Bankruptcy Jurisdiction : News from the European Common Market, the United States and Canada », (1981-82) 27 *McGill L.J.* 541, 544-546. M. Nadelmann considère que ce type de juridiction universelle fondée sur la simple présence de biens dans l'État visé s'avère un « jurisdictionally improper basis for bankruptcy adjudications » (p. 544). D'ailleurs, il est futile pour un syndic de réclamer sa reconnaissance à

juridiction d'un tribunal à l'égard d'un débiteur, cette juridiction se veut souvent universelle, en ce que la procédure de faillite ouverte dans un État donné englobe toute l'assiette mondiale du failli, sans égard à la situation locale ou étrangère de ses biens. Or, quoique les États puissent accorder une telle portée aux procédures instituées devant leurs tribunaux, la reconnaissance de cette procédure est assujettie à la complaisance de l'État tiers, où elle est requise. Néanmoins, les législateurs nationaux énoncent cette juridiction universelle dans le dessein d'autoriser notamment le syndic à se présenter à ce titre devant les tribunaux d'autres juridictions³⁵. Le problème se matérialise lors de l'ouverture d'au moins une autre procédure d'insolvabilité dans un pays accordant également une portée universelle à ses procédures d'insolvabilité. C'est justement ce type de situation complexe qui peut être particulièrement résolu de manière satisfaisante sur la base du cas par cas par les parties intéressées³⁶.

Pour atteindre un certain degré de connexion, il appert en somme que l'existence d'un « lien substantiel et réel » entre la juridiction et le débiteur insolvable est requise, dans le cadre de la reconnaissance de l'autorité de celle-ci à l'égard du failli et de son assiette mondiale³⁷. De toute évidence, les conflits tendent à se soulever entre l'ouverture d'une procédure dans la juridiction de la principale place d'affaires du débiteur et celle d'une autre procédure dans la juridiction où sont situés les biens du débiteur³⁸.

Ce sont particulièrement ces questions d'ordre juridictionnel qui occupent une part significative du temps et des efforts alloués dans les banqueroutes d'envergure, et auxquelles une convention multilatérale ou bilatérale, voire une loi modèle, pourrait potentiellement apporter une solution appropriée³⁹. Cependant, cette voie n'a pas obtenu tout le succès escompté.

l'étranger lorsque son autorité n'est justifiée que par la simple présence de biens appartenant à l'entreprise faillie dans l'État où la procédure de faillite est instituée (p. 546).

35. A.L. SCHECHTER, *loc. cit.*, note 8, 101 et 102.

36. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 887 et 888. À ce titre, voir la deuxième partie de notre étude.

37. S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 421. L'existence d'un tel lien substantiel et réel semble, selon S.K. Harding, être particulièrement une exigence du droit canadien quant à la reconnaissance d'ordonnances étrangères rendues en matière de faillite. Selon D.C. TAY et P.D. STRASLER, « International Recognition of Foreign Insolvency Proceedings: The Canadian Perspective », (1990) 1 *INSOL International Insolvency Review* 1, 9 et 10, le lieu d'incorporation d'une entreprise peut n'être que fortuit; dans ce contexte, les tribunaux canadiens ne devraient reconnaître qu'une procédure fondée notamment sur une *real and substantial connection* entre la juridiction et le débiteur, ainsi que sur des *proper jurisdictional grounds* comme on l'entend dans une perspective internationale selon les règles de conflits.

38. P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, p. 230.

39. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 888.

1.1.2 L'illustration des tentatives d'harmonisation

1.1.2.1 Le projet de convention communautaire

Un projet de convention en matière d'insolvabilité transfrontalière est toujours en cours d'élaboration au sein de l'Union européenne⁴⁰. La

40. A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 67-75 ; B. HANOTIAU, « La loi applicable par l'arbitre en cas de faillite d'une des parties à la procédure », (1996) 1 *RDAI/IBLJ* 29, 40-44. ; L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 34-52 ; D.T. TRAUTMAN, J.L. WESTBROOK et E. GAILLARD, *loc. cit.*, note 8, 581 et 602 ; T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 903-905 ; I.F. FLETCHER, « International Insolvency: A Case for Study and Treatment », (1993) 27 *International Lawyer* 429, 439-441 ; L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 6, 3-6 et 38-39 ; L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 44-45 ; L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 20 ; M. RAMACKERS, « Réflexions critiques sur la Convention européenne relative à certains aspects internationaux de la faillite », J.C.P. 1993.1.277, n° 3685, pp. 279-281 ; G. GÜNEYSU, « The New European Bankruptcy Convention », (1991) 11 *Yearbook of European Law* 295, 296-299 ; S.-E.M. AL-BASHIR, *loc. cit.*, note 1, 37 ; M. CHABOT, « L'harmonisation des législations en matière de faillite et d'insolvabilité au sein du marché commun », (1982) 6 *Revue d'intégration européenne* 43, 52-54. Voir les récents travaux de l'Union européenne quant à l'élaboration d'un nouveau projet de convention en matière de faillite internationale, dont le dernier texte date du 17 novembre 1994 (11013/94, DRS 30 (CFC)). Ce projet semble toutefois sujet à un remaniement fondamental, dont un nouveau projet de texte datant apparemment d'avril 1995. En ce sens, l'examen de ce projet de convention est effectué ici sous toutes réserves et sur la base de sources d'informations secondaires et doctrinales. Les travaux de l'UE sont donc considérés comme une réaction à l'égard de l'adoption de la Convention d'Istanbul, le 5 juin 1990, par le Conseil de l'Europe, voire que le nouveau projet de convention, en cours depuis 1990, est essentiellement fondé et élaboré en fonction de cette dernière. Outre l'élaboration de la Convention d'Istanbul, les raisons de la relance des travaux de négociations d'un autre projet de convention sur la faillite au sein de l'Union européenne s'expliquent notamment du fait de la constitution de ce qu'il est convenu d'appeler les groupements européens d'intérêt économique (GEIE). Précisément, le champ d'application du projet (art. 1) de l'UE englobe tant les procédures de liquidation que celles relatives au redressement et à la réorganisation de l'entreprise en difficulté, contrairement à la Convention d'Istanbul (art. 1) qui exclut les procédures de redressement (alors que la loi française du 25 janvier 1985 vise essentiellement ce type de procédures). La Convention d'Istanbul établit un système similaire de procédure principale et secondaire à celui du projet de l'UE, édictant d'ailleurs une règle de compétence indirecte (art. 1-5 et 16-18). Une procédure principale peut être instituée dans un État membre où le débiteur détient son centre d'intérêts principaux (présupposé également de manière réfragable au siège statutaire), ou à défaut au principal établissement, ou encore la première procédure ouverte dans l'État membre où le débiteur y maintient un établissement. Des faillites secondaires peuvent aussi être instituées ultérieurement du fait de l'ouverture d'une faillite principale dans un État signataire, où le débiteur détient un établissement ou des biens, ou encore en vertu de tout autre facteur de rattachement édicté par la législation de l'État visé. La Convention d'Istanbul met en place une conception atténuée du principe de la territorialité de la faillite internationale, et à l'égard de laquelle les États peuvent émettre de nombreuses réserves (art. 40). Voir : M. BALZ, *loc. cit.*, note 11, 64. Le projet de convention communautaire de 1982 (art. 3, 4 et 13), élaboré par la Communauté économique européenne

multiplicité et le caractère territorial des procédures d'insolvabilité décrivent bien la situation qui règne toujours en ce domaine du droit international.

Dans ce contexte, le projet en question tente d'agir simplement à titre d'outil palliatif des conséquences qui en résultent⁴¹.

En effet, l'objectif de cette récente tentative d'harmonisation multilatérale apparaît plutôt comme une coordination des règles de conflits de juridictions des États et l'instauration de moyens menant à cette nécessaire coopération⁴².

Ce projet introduit le concept de la « compétence directe », édictant d'ailleurs une hiérarchie et une coordination entre la procédure d'insolvabilité principale et celle dite secondaire⁴³. Le critère de juridiction justifiant l'institution d'une procédure principale, à portée extraterritoriale, est celui du centre des intérêts principaux du débiteur, lequel est présumé de manière réfragable au lieu du siège statutaire de la corporation. Après l'ouverture d'une procédure principale, une procédure secondaire, dont la portée est strictement locale et caractérisée par l'obligation « aléatoire » de transférer le solde de la distribution à la procédure principale, peut être instituée dans l'État membre où le débiteur détient un établissement ou des biens, en excluant ainsi tout autre facteur pouvant être édicté par la législation de cet État⁴⁴.

(CEE), consacrait pour sa part le principe de l'unité et l'universalité de la faillite, ainsi que celui de la *compétence directe*, en énonçant l'ouverture d'une procédure unique au centre d'administration des affaires de l'entreprise en difficulté. Or, il fut reproché à ce projet de ne pas aller assez loin dans l'application du principe de l'unité, en permettant, entre autres, l'institution de procédures concurrentes lorsqu'un tel centre n'est pas situé dans un État membre de la communauté. Ledit projet accorde dans ces circonstances la priorité à la procédure ouverte la première à l'un des établissements du débiteur, sis dans un État membre. En conséquence, ce projet semble édicter un simple système de pluralité de la faillite. Il fut d'ailleurs abandonné en 1985 pour différentes raisons, dont certaines d'ordre politique et économique, par exemple l'élargissement continu de la CEE qui nécessite une perpétuelle adaptation des dispositions conventionnelles, voire l'application par analogie de ce projet de convention aux situations de redressement et de réorganisation d'une entreprise en difficulté, prévu à l'origine uniquement pour les cas de liquidation.

41. L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 38 et 46. C'est d'ailleurs dans cette même réalité et selon cet objectif qu'a été élaborée la Convention d'Istanbul.

42. M. RAMACKERS, *loc. cit.*, note 40, 277 (paragraphe 2)-284.

43. Art. 2 et 4 du récent projet de convention de l'UE, *supra*, note 40; L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 46-52, précise que par l'admission de procédures secondaires territoriales le principe de l'unité de la faillite est conséquemment abandonné. Selon L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 6, 38 et 39, l'originalité de ce projet de convention par rapport à celui de 1982 est de permettre justement l'ouverture de procédures secondaires.

44. Art. 2, 20 et 28 du projet de convention de l'UE; CNUDCI, *op. cit.*, note 15, n° 27, p. 7; L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 54 et 55; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 69 et 70; selon

Dans la mesure où le centre des intérêts principaux de l'entreprise n'est pas situé dans les limites des territoires des États membres et qu'une procédure de faillite est par ailleurs instituée, cette procédure est privée du caractère principal, soit de l'effet extraterritorial reconnu s'y rattachant. Or, ce type d'instrument d'harmonisation forme ainsi un regroupement fermé, qui n'envisage pas le même degré de coopération à l'égard des États tiers que celui qui existe entre les États membres⁴⁵. Il en résulte une injustice économique, subie par certains créanciers, et évidemment une discrimination à l'égard des États non membres⁴⁶. Idéalement, la convention devrait prévoir la mise en œuvre par les tribunaux des États membres d'une certaine « déférence judiciaire » à l'égard de la juridiction de l'État tiers, laquelle se fonde sur le centre des intérêts principaux de l'entreprise⁴⁷. Alors que la coopération judiciaire semble permise aux termes du récent projet de l'Union européenne, il n'est toutefois pas clair jusqu'à quel degré de coopération un État membre peut aller envers un pays tiers⁴⁸.

Alors que le critère de juridiction fondé sur le centre des intérêts principaux de l'entreprise est cohérent par rapport à ceux des différentes conventions bilatérales élaborées jusqu'à présent, certains reprochent à ce test d'être vague, ambigu et imprévisible, en ce sens qu'il nécessite d'être interprété et qualifié⁴⁹.

M. BALZ, *loc. cit.*, note 11, 65-69, il faut noter une distinction importante entre la Convention d'Istanbul et le projet de convention de l'UE quant aux créanciers admis à recevoir un dividende lors de la distribution de l'actif du débiteur dans le cadre de la procédure secondaire de faillite. Une obligation de transfert du solde de l'actif de la faillite secondaire vers la faillite principale est également imposée, à l'instar de la Convention d'Istanbul. D'autre part, il ne semble pas permis pour un État adhérent d'émettre des réserves à l'égard des dispositions du projet de convention de l'UE, notamment en interdisant l'ouverture de procédures secondaires de faillite, contrairement à ce qui prévaut à l'égard de la Convention d'Istanbul (art. 40).

45. D.T. TRAUTMAN, J.L. WESTBROOK et E. GAILLARD, *loc. cit.*, note 8, 582 et 583.

46. *Id.*, 589 et 590.

47. *Id.*, 583, 589-590 et 608. C'est ainsi que s'illustre notamment l'abandon du principe de l'unité et de l'universalité, en excluant du « club » d'autres États. Cette remarque s'applique également aux autres tentatives d'harmonisation européennes. Toutefois, la Convention d'Istanbul est ouverte à tout État du monde qui désire voir cette convention s'appliquer dans ses frontières, mais il lui faudra d'abord avoir été exclu des négociations et de l'élaboration de cette convention ; il ne lui reste alors que la possibilité d'y faire des réserves.

48. *Id.*, 609.

49. *Id.*, 581. Les articles 5 à 7, 11 et 12 de l'*United States of America-Canada Bankruptcy Treaty* (1979) consacraient le principe de l'unité et l'universalité de la faillite, en édictant une administration unique et centrale devant les tribunaux de l'État « where the greater portion in value of the debtor's property is situated », accompagnée d'un pouvoir de discrétion judiciaire, qui permet le renvoi aux tribunaux de l'autre État lorsque cela est justifié par la justice et l'efficacité de l'administration de la faillite. Or, c'est d'ailleurs

1.1.2.2 Le projet actuel de dispositions législatives types de la CNUDCI

L'atteinte de la coopération judiciaire en matière d'insolvabilité transfrontalière est également recherchée par la CNUDCI dans l'élaboration d'un instrument d'harmonisation, tel que la loi modèle⁵⁰. Ce projet de dispositions législatives types envisage l'harmonisation en fonction essentiellement de la reconnaissance du représentant et de la procédure d'insolvabilité étrangère. Seules la prévisibilité et la fiabilité sont les paramètres de la coopération judiciaire instaurée dans cet instrument en cours d'élaboration. En conséquence, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité proposait un projet de dispositions prévoyant un « menu d'options », aux termes duquel les États auraient à choisir parmi trois variantes, de manière exclusive ou cumulative, traduisant d'ailleurs la réalité du droit positif à l'égard de la reconnaissance de la compétence des tribunaux étrangers en matière de procédure d'insolvabilité.

La première variante prévoyait d'abord une présomption réfragable en faveur de la compétence du tribunal étranger, à moins qu'il ne soit démontré

parce que le critère de juridiction retenu était différent de celui traditionnellement reconnu comme le plus approprié, à savoir celui de la principale place d'affaires, que les négociations ont échoué entre ces pays. En fait, la juridiction exclusive s'avérait fondée sur la simple présence de biens appartenant au débiteur, lequel fondement est toutefois contestable, voire inopportun, dans la gestion centrale d'une insolvabilité transfrontalière. À ce sujet, voir les documents suivants : K.H. NADELMANN, *loc. cit.*, note 34, 550-555 ; Y.J. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 6, 186 et 187 ; A.L. SCHECHTER, *loc. cit.*, note 8, 128-144 ; R.D. MCRAE, « Thèse en faveur de la reconnaissance des insolvabilités internationales », (1986) 6 *Bulletin sur l'insolvabilité* 5, 18-20 ; D.T. TRAUTMAN, *loc. cit.*, note 17, 55-58, précise que la principale place d'affaires du débiteur est « that place that all the actors can look, and it is that place which, at the time a creditor enters into a transaction with the debtor, provides the rules by which the debtor and the creditor shape their expectations » (pp. 57 et 58). J. HONSBARGER, « De l'insolvabilité et des lois nationales en droit international privé », (1983) 3 *Bulletin sur l'insolvabilité* 2, 25-27 ; E.B. LEONARD, J.A. CARFAGNINI et R.H. McLAREN, *loc. cit.*, note 2, 38.

50. Puisque le projet de législations réciproques uniformes est en cours d'élaboration, et évidemment sujet à des modifications, notre examen de ces dispositions est ainsi effectué sous toutes réserves, et dans le seul but d'en synthétiser les tendances. Le projet actuel entend englober les procédures d'insolvabilité visant le redressement ou la liquidation de l'entreprise en difficulté ; l'insolvabilité des consommateurs, des banques et des compagnies d'assurances sont exclues du champ d'application de ce projet. CNUDCI, *Insolvabilité transnationale, Projet de dispositions législatives sur la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance dans les cas d'insolvabilité transnationale*, 19^e session, 8 mars 1996, A/CN.9/WG.V/WP.44, pp. 5-10.

«qu'il n'y a pas de lien substantiel entre la juridiction étrangère et le débiteur⁵¹ ». Cette présomption imposait à la partie s'opposant à la juridiction du tribunal étranger d'en faire la démonstration ; or, se posent alors la question des critères d'appréciation de la preuve et celle de la loi applicable.

La deuxième variante énumérait les facteurs de rattachement sur la base desquels la compétence juridictionnelle est réputée. Ils concernent le domicile ou la résidence habituelle du débiteur, le siège ou le siège statutaire, l'établissement principal ou le centre des intérêts principaux du débiteur et l'emplacement des biens⁵², mais le sens et la portée de ces facteurs peuvent de toute évidence varier d'un État à l'autre.

La troisième et dernière variante consistait en la reconnaissance automatique par un pays de la juridiction d'un tribunal étranger, qui appartient à l'un ou l'autre des pays apparaissant sur la liste constituée par l'État visé. Quoique la confection d'une telle liste ne soit plus retenue dans le projet, cette variante envisageait certainement la situation des États européens. Aux termes de ce projet, la question de la juridiction est toutefois analysée selon que le tribunal fonde sa compétence sur la présence du « centre des intérêts principaux du débiteur » dans les limites du territoire de l'État d'où

51. CNUDCI, *op. cit.*, note 14, n^{os} 105-110, pp. 21 et 22 ; CNUDCI, *op. cit.*, note 50, pp. 10-12 (art. 6 du projet) ; CNUDCI, *Cross-border Insolvency, Newly Revised Articles of the Draft UNCITRAL Model Legislative Provisions on Cross-Border Insolvency*, 21^e session, 21 novembre 1996, A/CN.9/WG.V/WP.48, pp. 13-15 (art. 2 et 13 du projet), qui envisage la question de la juridiction selon que la procédure est ou non « principale ». Il convient de rappeler ici le projet de loi modèle de l'IBA, le MIICA de 1989 (art. 1 et 6), lequel se fondait essentiellement sur le principe de l'unité et l'universalité, en exigeant la reconnaissance de toute procédure collective d'insolvabilité provenant de tribunaux situés dans des États ayant adopté cette loi modèle et l'assistance à cette procédure ; il s'agit de l'application stricte du principe de la réciprocité. Cette même coopération est requise à l'égard de toute autre procédure étrangère, mais seulement dans la mesure où le tribunal étranger s'avère le *proper and convenient forum*, considérant l'intérêt des créanciers. Quant à la définition de ce critère juridictionnel, les rédacteurs assument que les tribunaux utiliseront l'approche du *forum non conveniens*, mais qui sera en fait qualifiée et interprétée en fonction des règles de droit international privé de l'État auprès de qui la demande de reconnaissance est effectuée. Voir les textes suivants au sujet du MIICA : E.B. LEONARD, J.A. CARFAGNINI et R.J. McLAREN, *loc. cit.*, note 2, 39-41 ; B. LEONARD, « Canada », dans « Session II: What has been Done and What is Proposed », (1995) 4 *International Insolvency Review* 53, 55 et 56 ; R.R. MEARS, « Cross-border Insolvencies in the 21st Century: A Proposal for International Cooperation », (1990) 1 *INSOL International Insolvency Review* 23, 30-32 et 36 ; D.M. GLOSBAUD et C.T. KATUCKI, « Current Developments in International Insolvency Law and Practice », (1990) 45 *Business Lawyer* 2273, 2280 ; Y.J. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 6, 186 ; R. RUBENSTEIN, *loc. cit.*, note 8, 61 ; S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 443.

52. CNUDCI, *op. cit.*, note 50, pp. 10-12, (art. 6 du projet).

le tribunal émane, auquel cas il s'agit d'une procédure d'insolvabilité dite « principale »⁵³.

Alors que nous analysons séparément la compétence juridictionnelle et législative, ce sont d'autre part des éléments qui se révèlent étroitement liés : le choix d'un critère juridictionnel particulier dicte logiquement (dans cet ordre chronologique) une solution particulière quant à la loi applicable⁵⁴.

1.2 La compétence législative

1.2.1 Les règles communes de droit international privé

C'est à propos de cette question précise de la détermination de la loi applicable que s'élèvent les obstacles à l'harmonisation et qu'ils en limitent sa portée. Au demeurant, les divergences indubitables de visions et de positions au sein des multiples législations substantives relatives à la faillite rendent par ailleurs toute tentative d'uniformisation fondamentalement utopique. Cette constatation s'explique en outre du fait que la « faillite » est une institution complexe répondant aux besoins impératifs de la législation commerciale d'un État donné et est considérée comme l'extension de cette dernière, ce qui constitue un mécanisme indissociable⁵⁵. De surcroît, des fondements hétérogènes d'ordre politique, économique, historique, social et culturel sous-tendent de telles législations relatives à l'insolvabilité, reflétant ainsi les valeurs commerciales de chaque pays ; conséquemment, toute harmonisation nécessite, à tout le moins, un accommodement de ces prémisses⁵⁶. Ces conceptions disparates du droit de la faillite se traduisent

53. CNUDCI, *Report of the Working Group on Insolvency Law on the Work of its Twenty-First Session, (New York, 20-31 January 1997)*, 19 février 1997, A/CN.9/435, n^{os} 17 et suiv., 107-113 et 165 et suiv. (art. 2 et 13 à 20 du projet) ; sauf preuve du contraire, un tel centre est présumé être au *debtor's registered office* ou à la résidence habituelle du débiteur s'il est une personne physique (art. 13 du projet). Une procédure non principale est celle ouverte dans l'État où le débiteur détient un *establishment*, ce qui signifie « where the debtor carries out a nontransitory economic activity with human means and goods » (art. 2 du projet).

54. A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 34.

55. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 14-16 ; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 32 et 33 ; P. DIDIER, *loc. cit.*, note 3, 203. Le système de l'insolvabilité est élaboré en interaction avec le droit fiscal, le droit public, le droit du travail, le droit des contrats, le droit des sûretés, etc.

56. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 893-895 ; A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 13-16 ; S.-E.M. AL-BASHIR, *loc. cit.*, note 1, 32 ; P. DIDIER, *loc. cit.*, note 3, 203 et 204. C'est d'ailleurs à cette réalité des fondements disparates que se heurte le principe de l'unité de la faillite, puisque l'application unique de la loi du tribunal saisi, comme le veut ce principe, implique une acceptation de la part des autres États de l'application de cette législation de préférence à leur loi, et illustre le désir pour chacun d'eux de préserver l'application de leur propre loi sur la faillite aux procédures ouvertes dans les limites de leur territoire.

par le degré de protection accordée par chaque État aux créanciers, locaux et étrangers, parallèlement à la protection dont bénéficie le débiteur insolvable⁵⁷. D'ailleurs, la plupart des dispositions du droit de la faillite d'un pays s'imposent en vertu de leur caractère d'ordre public ou de loi de police commerciale, voire de loi d'application immédiate, dictant la territorialité des procédures collectives d'insolvabilité⁵⁸.

Concrètement, dans quelle mesure la coopération judiciaire internationale peut-elle évoluer et s'installer dans un contexte où prévaut l'étalement du fondement des normes substantives en matière d'insolvabilité ? Dans la perspective de la reconnaissance des effets extraterritoriaux d'une procédure collective étrangère d'insolvabilité, l'interrogation soulevée consiste à déterminer si l'autorité étrangère a appliqué la loi appropriée à la situation ayant fait l'objet de son adjudication⁵⁹. En l'absence d'harmonisation à l'échelle internationale à ce sujet, la détermination de la loi applicable, au fond et à la procédure de faillite, s'effectue aux termes des règles de droit international privé en vigueur dans l'État du tribunal saisi⁶⁰ ; s'opposent

57. Selon P.R. WOOD, *loc. cit.*, note 4, 2-4, en dehors de toute catégorisation, deux visions principales du droit de l'insolvabilité s'opposent : l'approche dite « pro-débiteur » affronte celle dite « pro-créancier ». Brièvement, les tenants de l'approche « pro-créancier » accordent aux créanciers une protection contre l'insolvabilité, par l'octroi de sûretés ou de droits similaires à la compensation. L'argument principal est celui de permettre à certaines personnes d'éviter de souffrir de pertes résultant des erreurs et des défauts du débiteur failli. D'autre part, l'approche « pro-débiteur » tend à maximiser l'assiette du débiteur, pour ainsi augmenter la valeur de celle-ci aux fins de la distribution. L'idée de base est que si l'entreprise en difficulté et ses employés doivent être sauvés, les créanciers doivent en conséquence contribuer à leur sauvetage. En fait, l'accroissement de l'assiette du débiteur augmente la part que recevront les créanciers ordinaires (non garantis et ni privilégiés). Les législations en matière d'insolvabilité sont colorées de ces visions à différents degrés.

58. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 15 ; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 32 et 33 ; P. DIDIER, *loc. cit.*, note 3, 203.

59. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 888 et 889 ; A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 32.

60. Peu de pays ont adopté des dispositions législatives concernant et régissant directement le droit international de l'insolvabilité. Cela semble toutefois être le cas du Canada en raison du projet de loi C-5. Alors, le droit substantif matériel applicable s'entend de l'application par extension à une situation transfrontalière des lois dont la portée est à l'origine strictement locale et territoriale. C'est d'ailleurs à juste titre que A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, p. 14, précise que « le droit international privé de la plupart des pays s'en est tenu au système de la pluralité de la faillite » et ajoute (p. 16) que les outils techniques mettant en œuvre une loi de faillite imposent l'intervention d'un organe judiciaire, ce qui consacre ainsi le caractère territorial de la procédure collective d'insolvabilité. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 888, 889 et 906, souligne l'omission des traités, élaborés jusqu'à maintenant, d'harmoniser les règles procédurales, lesquelles ont en outre une incidence significative sur les droits des parties intéressées par l'insolvabilité d'une entreprise. À ce titre, il soutient qu'un traité pourrait permettre aux parties de

alors la loi du *for* et une loi étrangère⁶¹. Bien que les règles de droit international privé puissent diverger, certaines s'avèrent cependant communes.

En principe, la *lex fori* (la loi du tribunal saisi) gère tous les aspects de la faillite, en ce sens que le tribunal saisi applique la loi de la faillite (la *lex concursus*) en vigueur dans cet État⁶². Une liaison patente se crée entre le *for* et la *lex fori*⁶³. La *lex fori* conditionne l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le déroulement de celle-ci, ainsi que les effets de la procédure sur l'assiette du débiteur et sur les droits des parties impliquées⁶⁴. Le champ d'application de la *lex concursus* est plutôt extensif, quoique souvent difficile à délimiter⁶⁵. En définitive, dans ce contexte actuel de procédures rivales, l'application du principe de la *lex fori concursus* provoque l'évolution parallèle d'autant de régimes distincts d'insolvabilité que de procédures instituées à travers le monde⁶⁶.

Plus particulièrement, la *lex concursus* gère les conditions de fond et de forme de la procédure collective d'insolvabilité, identifie les qualités et les types de débiteurs sujets à une telle procédure⁶⁷, les conditions d'ouverture d'une procédure d'ordre économique et financier⁶⁸, les personnes pouvant

choisir de telles règles de procédure. Les conventions peuvent envisager, de manière générale, les conflits de lois en indiquant l'application de la loi du tribunal saisi et celle d'un État étranger à l'égard des divers aspects d'une procédure collective d'insolvabilité.

61. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 888.

62. B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 34-40, se fonde essentiellement sur le droit français et belge dans l'élaboration de ses observations. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 40 et 41, précise que ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une loi autre que la *lex fori* trouvera application dans l'administration de la procédure de faillite. L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 16 et 17.

63. A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 75-90, fonde ses observations et commentaires en grande partie sur le droit français.

64. *Id.*, 77-85.

65. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 11 et 12. Ce sont les règles de droit international privé de la loi du *for* qui déterminent l'étendue de l'application de la *lex concursus*.

66. L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, n° 97, p. 17.

67. A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 77 et 78, souligne l'importance de cette question de la qualification du débiteur, entre commerçant et non-commerçant ou personne physique et morale, pouvant varier considérablement d'une législation nationale à l'autre, alors que cette « qualification du débiteur fait partie intégrante de la loi de la faillite, dont elle constitue une condition d'application ». Selon M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Quelques observations sur le domaine d'application de la loi de la faillite », (1995) 21 *D.C.P.I.* 4, 7 et 8, les législations distinguent en général les procédures collectives d'insolvabilité de nature civile et celle dite commerciale. Comme nous l'avons mentionné antérieurement, le projet de loi C-5, art. 118 (1) (art. 267), définit ce qu'est un « débiteur » lorsqu'il s'agit d'une insolvabilité en contexte international.

68. A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 78. Il est alors question des actes (ou omissions) commis par le débiteur (désignés parfois par l'expression « acte de faillite »), qui justifient l'ouverture d'une procédure collective d'insolvabilité, à savoir un montant minimal de

requérir le déclenchement de cette dernière, le partage de la charge de la preuve et prescrit l'organisation matérielle de la faillite, à savoir le tribunal ou l'organe administratif compétent, la constitution d'une masse de biens, la portée du dessaisissement du débiteur et la responsabilité des dirigeants de l'entreprise à l'égard du passif de celle-ci⁶⁹.

De plus, la *lex concursus* régleme en général la gestion de l'assiette du failli, en édictant les mesures conservatoires et d'exécution pouvant être requises par le syndic, impose des obligations d'aide et d'assistance incombant au failli, restreint les droits de certains créanciers en suspendant les recours individuels et définit également la période suspecte précédant l'ouverture de la faillite, au cours de laquelle certaines transactions effectuées par le failli peuvent être annulées⁷⁰.

dette, la cessation générale de paiements, l'inexécution d'un plan de redressement, etc. Il est évident que les modalités d'ouverture d'une faillite varient d'une législation à l'autre, voire de manière considérable.

69. B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 34 et 35; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 77-85. Les conditions d'ouverture d'une procédure collective d'insolvabilité sont indéniablement celles édictées dans la *lex fori*. Voir : A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 18, 19, 22-38, 41 et 42; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 8 et 9. Selon M.-N. Jobard-Bachelhier, le dessaisissement porte sur des catégories de biens déterminées à une date impartie dans la *lex fori*, mais qui exclut d'autre part les biens insaisissables dont la liste varie d'un pays à l'autre. La faillite englobe donc les biens tant meubles qu'immeubles. De plus, une application concurrente a lieu entre la *lex concursus* et la *lex societatis*, dans la mesure où un tel dessaisissement est considéré comme une incapacité pour le débiteur, ou encore la *lex rei sitae*, s'il est considéré comme une saisie générale des biens du débiteur. De toute évidence, le dessaisissement ne vaut en principe qu'à l'égard des biens locaux, alors que le dessaisissement à l'égard de tout actif situé à l'étranger implique la reconnaissance des effets extraterritoriaux de cette procédure. Dans un autre ordre d'idées, la responsabilité personnelle des dirigeants et administrateurs d'une entreprise faillie implique la question de la levée du voile corporatif et celle qui concerne l'imposition de sanctions pénales à l'égard de ces personnes. Voir à ce sujet : P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 137-159 et 160-173; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 9 et 10, précise que la législation à ce titre constitue une « loi de police commerciale ». À titre illustratif, la responsabilité personnelle des administrateurs est particulièrement retenue à l'égard des gages et salaires dus aux employés de l'entreprise faillie. Voir nos remarques ultérieures à propos de la *lex societatis*.

70. B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 34 et 35; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 78-85; A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 27-29, 42-44 et 46-48. Il faut souligner que la *lex concursus* détermine tant la période, la nature et les parties impliquées que les conséquences d'une transaction préjudiciable à la masse. Néanmoins, l'exécution efficace et les effets de l'annulation d'un tel acte préjudiciable nécessitent en général, dans le contexte d'une insolvabilité internationale, l'intervention d'une juridiction étrangère. Voir précisément les analyses suivantes concernant les transactions annulables : P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 72-136; N.J. RUBENSTEIN, « Preferences in Bankruptcy », (1995) 112,5 (mai) *Banking Law Journal* 422; CNUDCI, *op. cit.*, note 6, n^{os} 31 et 32, pp. 13-15.

Font aussi partie du champ d'application de la *lex concursus* l'impact de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours d'exécution, les conditions d'admission des réclamations des créanciers, l'ordre de distribution modelant la liquidation des actifs, l'opposabilité à la masse des sûretés, des privilèges ou des hypothèques et la portée de la libération du failli à la suite de la clôture de la procédure d'insolvabilité⁷¹.

La *lex concursus* ne supprime toutefois pas d'autres lois, qui interviennent parallèlement et concurremment dans son application, faisant ainsi

71. B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 34 et 35; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 78-87; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 18-21; A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 44-46 et 48-50. C'est particulièrement à propos de l'admissibilité des réclamations des créanciers et de l'ordre de distribution de l'actif du débiteur que la discrimination entre les créanciers locaux et étrangers s'installe. Ce traitement discriminant a évidemment des paramètres et une portée opposés d'un État à l'autre (des critères variables qualifient la dichotomie entre les créanciers locaux et étrangers, notamment dans les pays d'Amérique latine). De surcroît, l'inadmissibilité des réclamations des gouvernements étrangers pour impôts, taxes ou autres obligations fiscales inexécutées est un exemple de discrimination soulevée en cette matière, qui s'avère un obstacle considérable à l'harmonisation à l'échelle internationale. D'ailleurs, l'admissibilité des réclamations des créanciers étrangers est souvent soumise à l'exigence d'un traitement réciproque par le pays d'où viennent ces créanciers. Sans oublier d'autre part qu'une faillite locale peut avoir un effet extraterritorial indirect (sans reconnaissance formelle de ses effets par un État tiers), en imposant l'obligation de rapport ou de remboursement (la doctrine de la *hotchpot rule*, du *marshalling* et de l'*equalisation*) aux créanciers étrangers ayant reçu un dividende lors de la distribution d'une faillite étrangère, à titre de condition à l'admission de sa réclamation et du versement d'une quelconque somme lui revenant en vertu de l'ordre de distribution de la faillite locale. Ce qui consacre la réalité des procédures concurrentes. Voir précisément à ce sujet : P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 271-274. Au Canada, l'article 118 (1) (art. 274) du projet de loi C-5 propose en quelque sorte l'essence de cette « obligation de report », en énonçant que, lors de la « distribution des dividendes aux créanciers d'un débiteur au Canada », il doit être tenu compte en outre des dividendes versés à ces créanciers dans le cadre de procédures étrangères, et on retire le droit à ces créanciers de recevoir un dividende de la distribution faite au Canada, jusqu'à ce que les autres créanciers du même rang aient reçu un dividende équivalent (lequel est déterminé selon les alinéas a et b de l'article 274). De plus, l'ordre de collocation est déterminé par la loi canadienne pour une distribution faite au Canada. Par ailleurs, certains « privilèges » sont établis par l'ordre de distribution et édictés par la loi sur la faillite, tels que les privilèges accordés à des dettes fiscales locales et aux obligations salariales, laquelle loi semble ainsi avoir un champ d'application exclusif quant à leur existence, validité, opposabilité et rang. Une étude exhaustive à ce sujet permet de mettre en évidence des points communs quant à la composition d'un ordre de collocation ou distribution, établissant une hiérarchie des droits des créanciers, à savoir « 1-Super-Priority creditors ; 2-Priority creditors ; 3-Pari Passu creditors ; 4-Deferred creditors ; 5-Equity shareholders ; 6-Expropriated creditors », selon P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 10-31 et 271-290. La hiérarchie établie par l'ordre de collocation existant dans la législation d'un État est une raison primaire de cette hésitation envers la coopération et la reconnaissance des effets d'une procédure étrangère. Voir :

échec à toute prétention de monopole de la part de la *lex concursus*⁷². Ces autres lois potentiellement applicables font également état d'un champ d'application variable⁷³. En effet, la *lex contractus* (la loi applicable au contrat) régit l'existence, la validité, l'interprétation, l'exécution et l'inexécution des obligations contractuelles⁷⁴. La *lex loci delicti* (la loi du lieu du délit) trouve application notamment quant à la validité des créances de nature délictuelle (extracontractuelle)⁷⁵. La loi régissant la société (*lex societatis*), la loi du siège, ou la loi du lieu d'incorporation de la personne morale, dicte la répercussion de la procédure de faillite sur une potentielle dissolution de l'entreprise insolvable, ainsi qu'elle encadre l'appréciation du caractère fautif du comportement d'un dirigeant en fonction de l'étendue de ses pouvoirs et devoirs⁷⁶.

CNUDCI, *op. cit.*, note 6, nos 22-30, pp. 10-13. Un constat s'impose : ce sont les créanciers ordinaires qui détiennent en terme de valeur monétaire la grande partie des créances contre le failli, alors que c'est justement ceux-ci qui reçoivent en général moins de 10 p. 100 de l'assiette lors de la distribution. Or, cela mène J.B. ZIEGEL, « Preferences and Priorities in Insolvency Law : Is there a Solution », (1995) 39 *Saint Louis University Law Journal* 793, 805, à la conclusion suivante : « We must make up our minds which of the two principles-fairness to creditors or the play of market forces-we deem the more important, and then be prepared to accept the consequences. » Il faut également souligner l'importance de la date de la créance par rapport à celle de la procédure d'insolvabilité (ou tout autre élément selon la loi applicable), à titre de condition de son admission. De plus, une difficulté de taille se dresse lorsqu'il est question de la libération du failli, ce qui implique l'extinction de ses obligations et ses dettes, laquelle est une conséquence de la clôture de la procédure collective d'insolvabilité, plus particulièrement de la liquidation de ses actifs à titre de paiement de ces créances. Or, le problème qui se pose est la détermination de la loi applicable à ce genre d'extinction, soit la *lex concursus* concurrentement à la *lex rei sitae* et à la *lex obligationis*. En réalité, la procédure n'a qu'un effet territorial : ainsi un créancier ayant participé à la faillite pourrait néanmoins se retourner contre les biens de ce même débiteur mais situés à l'étranger, lesquels ne sont pas automatiquement englobés par la procédure ainsi close. Voir entre autres : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 10-11.

72. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 40, souligne à juste titre que « la loi de faillite, soit par son silence, soit par interprétation de ses dispositions, laisse place à l'application d'une loi étrangère ».

73. L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 16.

74. B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 35 ; L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 16 et 17. La loi applicable au contrat permet, entre autres, d'apprécier la validité de la créance. D'autre part, il convient de s'interroger sur l'efficacité de la clause de choix de loi des cocontractants, désignée dans l'éventualité d'un litige entre eux en cours d'exécution, voire la faillite de l'un d'eux. Mais la loi d'autonomie peut-elle dicter la loi applicable à la faillite, alors que des tierces personnes y sont également impliquées ? Voir notamment : D.T. TRAUTMAN, *loc. cit.*, note 17, 57 et 58.

75. A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 85 et 86.

76. *Id.*, 81 et 85 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 9 et 10.

D'ailleurs, c'est dans la relation entre la procédure d'insolvabilité et la présence de sûretés, de privilèges, d'hypothèques et d'autres droits réels que s'illustre le caractère typique du droit international de la faillite. Auquel cas, la *lex obligationis* (loi régissant l'obligation litigieuse contractuelle ou extracontractuelle) conditionne l'existence de la sûreté, la *lex rei sitae* (loi de la situation) régit la validité et l'opposabilité de même que le rang de la sûreté à l'égard des tiers (quoique la confusion et la concurrence puissent s'installer dans l'application de ces lois sur ces aspects précis), alors que la *lex concursus* régit l'incidence de la faillite sur l'exercice de la sûreté⁷⁷. Dans la mesure où il s'agit de droits réels immobiliers, la *lex concursus* s'oppose à la *lex rei sitae*, laquelle conditionne l'existence, la validité, l'opposabilité et l'exercice de ce droit, ou à la *lex contractus* s'il s'agit d'un droit conventionnel, alors que l'ordre de distribution de la *lex concursus* attribue un rang à ce droit⁷⁸. Les meubles et les immeubles, ainsi que les droits s'y rattachant, sont en principe régis par la loi de leur situation, qui constitue une règle généralement acceptée, illustrant d'ailleurs la souveraineté des États envers les biens sis dans leur territoire. C'est le particularisme du régime des droits réels en vigueur dans chaque pays qui dicte la règle de la *lex rei sitae*. Le respect des formalités relatives à la constitution et à l'opposabilité d'un droit réel prévalant dans l'État de la situation du bien visé s'impose logiquement, mais également pour des impératifs d'ordre pragmatique et économique du point de vue du créancier. Pour ce qui est de la validité d'un droit réel, le créancier peut normalement s'attendre à se voir imposer la loi du lieu où est situé le bien. En fait, le créancier ne peut pas prétendre à un droit supérieur à l'égard du bien grevé que celui que lui accorde la *lex rei sitae*⁷⁹. Ce sont de tels paramètres qui confèrent le caractère territorial à une banqueroute transnationale, et ce, sans compter

77. B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 35 et 36 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 12-16. À ce titre, il convient de distinguer entre les sûretés légales, judiciaires, conventionnelles, réelles ou personnelles, à savoir en outre le cautionnement découlant de dispositions contractuelles distinctes de l'obligation qu'il garantit. Voir à ce sujet : A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 85 et 86 ; L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 16 et 17, soulignent que la *lex rei sitae* détermine « les sûretés grevant les biens ». Au demeurant, la nature même des biens corporels mobiliers en facilité d'autant leur déplacement, la détermination de la loi applicable en fonction de la loi sur la situation du bien s'avère complexe, puisqu'en réalité celle-ci varie dans le temps et dans l'espace. Or, quelle loi conditionne alors la validité des sûretés sur ces biens ? Cette question peut évidemment recevoir une réponse particulière pour chaque pays visé ; elle est certes d'actualité en matière d'insolvabilité transfrontalière. Voir : H.P. GLENN, « Droit international privé », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, PUL, 1993, pp. 698-700 et 707-710.

78. A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 86-88. Il faut évidemment faire une distinction entre les droits portant sur des biens meubles et immeubles, locaux ou situés à l'étranger.

79. *Id.*, 87.

les difficultés soulevées dans le domaine de la faillite par la présence de la clause de réserve de propriété (essentiellement à l'égard de marchandises), de la compensation légale ou conventionnelle⁸⁰ et du droit de rétention, pour lesquelles la *lex obligationis*, la *lex rei sitae* et la *lex concursus* ont en outre également vocation à s'appliquer de manière similaire, quant à leur existence, à l'opposabilité et à l'incidence de la procédure de faillite sur ces droits⁸¹.

Somme toute, l'existence d'une garantie semble en général soumise à la loi applicable au contrat, puisque souvent elle est conventionnelle, alors que son rang dans le contexte d'une procédure de faillite est assujéti à la loi du *for*, soit la *lex concursus*⁸².

Le cumul de plusieurs législations potentiellement applicables met à l'épreuve l'exercice de créances ou de garanties des créanciers mondiaux et atteste de maintes difficultés se dressant quant à leur mise en œuvre dans une procédure collective d'insolvabilité étrangère⁸³. Néanmoins, la réalisation des biens étrangers de l'entreprise insolvable s'effectue en principe selon les prescriptions de la *lex rei sitae* ; conséquemment, les procédures de faillite s'opèrent en fonction des règles de l'État où elles sont instituées⁸⁴. Au demeurant, l'application de la loi de la faillite est contrée principalement par la loi du lieu de la situation des biens⁸⁵.

80. *Id.*, 82-85 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 16-18, précise que la loi sur la faillite trouve application quant à l'effet de la compensation, soit un mode de paiement ou une garantie, dans le contexte de la procédure collective.

81. B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 37-40 ; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 88-90 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 16-18. La validité de la clause de réserve de propriété, qui n'est pas un concept exclusif au domaine de la faillite, peut de manière concurrente être soumise à la *lex contractus* et à la *lex rei sitae*, sans toutefois négliger les règles de publicité locales et étrangères, en présence de biens se déplaçant d'un État à l'autre, lesquelles règles sont parfois complexes et ardues lorsqu'elles modèlent l'opposabilité d'une clause de réserve de propriété. Somme toute, l'exercice de ce droit peut mener au dépouillement absolu de l'assiette du débiteur dans certains cas. Le principe de l'égalité des créanciers mine d'autre part l'effet de cette clause dans plusieurs systèmes de droit de la faillite. Ce n'est là que la pointe de l'iceberg, et si toute étude plus approfondie de cette clause déborde évidemment les paramètres de la présente étude, elle mérite néanmoins d'être sérieusement considérée.

82. A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 88.

83. *Ibid.*

84. *Ibid.*

85. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 32.

1.2.2 L'illustration des tentatives d'harmonisation

1.2.2.1 Le projet de convention communautaire

L'un des rôles primordiaux joués par une convention en matière d'insolvabilité transfrontalière devrait être d'harmoniser les règles de droit international privé résolvant les conflits de lois en vigueur actuellement dans les États visés⁸⁶. À ce titre, le projet de convention de l'Union européenne énonce que la *lex fori concursus* gère en principe les conditions d'ouverture, le déroulement et les effets de la procédure⁸⁷. Certaines exceptions limitent la portée de ce principe, à savoir que les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur un contrat en cours d'exécution sont dictés par la loi applicable au contrat⁸⁸.

De plus, la réalisation des biens du failli situés dans un État contractant, autre que celui où la procédure est instituée, est régie par la *lex rei sitae*

86. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 888 et 889, résume le droit international privé à deux tendances, soit celle dite traditionnelle qui cherche à déterminer la loi la plus appropriée telle qu'on l'entend aux termes de la *lex fori*, alors qu'une approche contemporaine recherche la justice, entre les intérêts conflictuels, en traitant sur un pied d'égalité la loi tant locale qu'étrangère (mais qui ne désigne pas pour autant la loi la plus appropriée pour une situation donnée). Le droit international privé survivra en cette matière, puisqu'aucun traité ni loi modèle n'est en vigueur à l'échelle internationale.

87. Art. 3 du projet de convention de l'UE ; B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 40-44 ; L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 47 et 48, précise que « cette règle, qui correspond là encore au droit positif, joue tant pour les faillites principales que pour les faillites secondaires » (p. 48) (art. 21 du projet de convention de l'UE) ; les articles 17 et 18 du projet de convention communautaire de 1982 semblent être au même effet, sous réserve de certaines exceptions. Cette question de la désignation de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité n'est toutefois pas envisagée dans la Convention d'Istanbul (art. 10 et 19), si ce n'est que de manière indirecte, à savoir que la *lex concursus* est celle en principe applicable, tant à l'égard de la procédure principale que de la procédure secondaire ; il y a autant de lois applicables que de procédures ouvertes. Voir : L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 47 ; P. WINSHIP, « European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy », (1991) 1 *INSOL International Insolvency Review* 223, 228 et 229 ; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 94-96 ; D.T. TRAUTMAN, G. WESTBROOK et E. GAILLARD, *loc. cit.*, note 8, 592-593 et 598. Il convient de préciser ici la solution retenue par le projet de convention entre le Canada et les États-Unis, de 1979, énonçant que l'État ayant juridiction applique en principe ses propres lois en vigueur relativement à l'insolvabilité, ce qui inclut ses règles de droit international privé : il s'agit d'une démonstration de l'incidence patente du critère de juridiction unique retenu sur le choix de la loi applicable. Voir entre autres : E.B. LEONARD, J.A. CARFAGNINI et R.H. McLAREN, *loc. cit.*, note 2, 36-38 ; J. HONSBARGER, *loc. cit.*, note 49, 25-27 ; A.L. SCHECHTER, *loc. cit.*, note 8, 131 et 137-140.

88. Art. 6 et 7 du projet de convention de l'UE, la *lex rei sitae* détermine les effets de la procédure de faillite sur les contrats portant sur des biens immobiliers (art. 6). Les articles 38, 39 et 40 du projet de convention communautaire de 1982 semblent être au même effet ; B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 41 ; L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 49.

quant aux modalités⁸⁹. La *lex loci registrationis* s'applique dans la mesure où des droits, impliqués dans la procédure, sont soumis à une inscription sur un registre public⁹⁰. Les droits existants ne sont pas atteints par l'ouverture de la procédure de faillite⁹¹. En effet, le droit à la compensation n'est pas touché par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, si le bien est situé dans un autre État, quand la loi applicable à la créance la permet⁹². Il en va de même pour la réserve de propriété, qui voit son opposabilité assujettie à la loi de la situation du bien lors de l'ouverture de la procédure, mais sans préciser davantage. Or, considérant la complexité de cet aspect du droit de l'insolvabilité, la répercussion de la faillite sur ce droit mérite d'être plus explicitement traitée⁹³.

Enfin, les droits réels, tels que les sûretés et les privilèges, se rattachant à des biens situés dans un autre État que celui de l'ouverture de la procédure de faillite, ne sont pas touchés par cette dernière ; une multitude de faillites dites secondaires peuvent être instituées en conséquence dans les États contractants où le débiteur détient des biens⁹⁴.

89. Art. 10 (3) du projet de convention de l'UE. L'article 33, alinéa 1 du projet de convention communautaire de 1982 semble être au même effet ; B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 41. Le projet exposé ici ne reprend pas la solution retenue par le projet de convention communautaire de 1982 (art. 19), qui précisait que la détermination de la nature mobilière ou immobilière des biens visés était soumise à la *lex rei sitae*.

90. Art. 7 *bis* du projet de convention de l'UE. L'article 28 du projet de convention communautaire de 1982 semble être au même effet. B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 41 ; L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 49.

91. L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 48.

92. Art. 4 *bis* du projet de convention de l'UE ; CNUDCI, *op. cit.*, note 50, p. 8. L'article 36 du projet de convention communautaire de 1982 énonce qu'en principe la procédure de faillite n'empêche pas la compensation, mais seulement dans les cas où la dette est assortie d'un terme, qu'elle n'est pas stipulée en monnaie, ou encore stipulée en monnaie étrangère à celle de l'État où la procédure est instituée. B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 41 et 42 ; L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 48.

93. Art. 3 et 5 du projet de convention de l'UE ; CNUDCI, *op. cit.*, note 50, p. 8. L'article 41 du projet de convention communautaire de 1982 était plus précis en proposant plusieurs solutions quant à la validité et à l'opposabilité de la clause de réserve de propriété, dont la loi applicable pouvait notamment être la *lex concursus*, la *lex contractus*, la *lex rei sitae*, etc. ; B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 42 et 43 ; L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 48.

94. Art. 4, 5 (2) et 19 du projet de convention de l'UE : ces articles désignent la *lex rei sitae* comme loi applicable ; CNUDCI, *op. cit.*, note 50, p. 8 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 19. C'est justement à ce titre que les articles 43 à 49 du projet de convention communautaire de 1982 furent vivement critiqués, en raison du mécanisme complexe, voire inintelligible, d'exceptions et de conditions qu'ils instauraient quant à la loi applicable aux droits réels. B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 40, 43 et 44 ; D.T. TRAUTMAN, J.L. WESTROOK et E. GAILLARD, *loc. cit.*, note 8, 582-586. Il faut d'ailleurs préciser que les droits réels et la compensation, qui seraient créés ou accomplis pendant la période

Alors que les règles déterminant la loi applicable sont fixées en partie par la convention, il demeure néanmoins que le traitement par les législations internes désignées des divers aspects du droit de la faillite varie considérablement, notamment en ce qui concerne l'ordre de distribution, pour ne citer que cet exemple. C'est à une telle réalité que se heurte la mise en œuvre de ce genre d'instrument juridique de coordination des procédures d'insolvabilité.

1.2.2.2 Le projet actuel de dispositions législatives types de la CNUDCI

En l'absence d'un véritable consensus et d'une volonté politique à l'égard de l'uniformisation des législations matérielles relatives à l'insolvabilité, les travaux élaborés sous l'égide de la CNUDCI ne s'orientent pas vers cette voie législative⁹⁵. L'ébauche soumise à l'étude ne propose pas directement de règles de conflits de lois, contrairement au projet de l'Union

suspecte, antérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ne pourront être attaqués afin de les annuler ou les rendre inopposables que dans la mesure où la loi applicable à l'acte ou au contrat permet qu'ils soient ainsi attaqués : art. 8 du projet de convention de l'UE ; L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 48 et 49. Il convient de souligner ici qu'aux termes de la Convention d'Istanbul (art. 26) les créanciers pouvant jouir d'un privilège dit « général » (soit fiscal, de sécurité sociale ou de salarié) dans la faillite principale sont traités comme des créanciers ordinaires dans le cadre de la faillite secondaire. Voir : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 20. À partir des observations de cette auteure, il est pertinent de souligner qu'aux termes des dispositions communautaires les règles désignant les créanciers admissibles à la distribution de l'actif de la procédure principale et secondaire varient, et imposent ainsi des restrictions aux droits de certains (projet de convention de l'UE, art. 25 et 26 ; Convention d'Istanbul, art. 20 et 21). De plus, il semble que les projets européens adoptent tous deux la *hotchpot rule* (projet de convention de l'UE, art. 5 ; Convention d'Istanbul, art. 20). Voir : CNUDCI, *op. cit.*, note 50, p. 23 (art. 19) ; CNUDCI, *op. cit.*, note 51, p. 23 (art. 23) ; CNUDCI, *op. cit.*, note 53, n° 96 (art. 23 du projet), cette même règle semble faire également l'objet du projet de la CNUDCI.

95. CNUDCI, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-huitième session*, New York, Nations Unies, 1994, A/49/17, n° 219, p. 47 ; CNUDCI, *op. cit.*, note 2, n° 7, p. 3. À ce titre, les dispositions du MIICA (art. 4) énoncent notamment l'application de la loi substantive en vigueur dans l'État étranger où la procédure entière d'insolvabilité est instituée dans le cadre de l'administration de la procédure auxiliaire, celle-ci étant ouverte dans un autre État afin d'assister cette procédure entière. Cela représente pour un État, de qui l'on requiert ainsi la reconnaissance de la procédure étrangère, l'obligation d'appliquer une loi substantive sur la faillite autre que la sienne (mais n'englobant pas toutefois les règles procédurales), sauf dans la mesure où selon les règles de droit international privé de cet État, dont celles relatives aux conflits de lois, contraignent ses tribunaux à n'appliquer que la loi locale. Or, les motifs justifiant l'application de la loi locale ne sont pas explicitement envisagés, mais il semble qu'il s'agit en définitive de la violation de l'ordre public. Voir : R.R. MEARS, *loc. cit.* note 51, 34 et 35 ; E.B. LEONARD, J.A. CARFAGNINI et R.H. McLAREN, *loc. cit.*, note 2, 40-42.

européenne. C'est à propos des effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère et des pouvoirs du représentant de celle-ci qu'est envisagée la question de la loi applicable. Or, l'application des dispositions actuelles du droit international privé de chaque État n'est pas éclipsée, quant à la détermination de la loi applicable à l'ouverture, au déroulement et aux effets d'une procédure collective d'insolvabilité, quoique ce dernier aspect soit justement modelé dans une perspective extraterritoriale. En fait, certaines approches ont été relevées quant à la détermination des effets de la procédure étrangère, dont celle qui prescrit une référence à la loi applicable, qui peut être soit celle de l'État de l'ouverture, celle de l'État de la reconnaissance ou celle qui est choisie par le tribunal de la reconnaissance en vertu d'un pouvoir discrétionnaire lui étant dévolu⁹⁶. Il est pertinent de souligner l'hésitation du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à l'égard de la détermination de la loi applicable aux droits réels et à l'annulation des transactions préjudiciables à la masse effectuée antérieurement à l'institution de la procédure d'insolvabilité⁹⁷. Cette question concerne l'un des aspects les plus importants du droit international de la faillite. Les pouvoirs des représentants étrangers et les remèdes pouvant être accordés par le tribunal de l'État de la reconnaissance sont en réalité assujettis aux limitations et aux prescriptions de la loi de cet État, tel que le projet de dispositions types le propose⁹⁸.

Concrètement, la gestion de cette situation juridique transnationale peut en somme se concevoir ainsi : « Les juristes gèrent les faillites internationales en s'appuyant sur les législations internes des pays concernés. Mais toutes les législations internes ne leur prêtent pas le même appui, car elles ne se reconnaissent pas la même portée⁹⁹ ».

96. CNUDCI, *op. cit.*, note 15, n^{os} 39-59, pp. 10-13 ; CNUDCI, *op. cit.*, note 14, n^{os} 46-59, pp. 10-12.

97. CNUDCI, *op. cit.*, note 50, n^o 10, p. 15 ; CNUDCI, *op. cit.*, note 53, n^{os} 33-37, 62-66 (art. 19 *bis* du projet) ; et 151-156 (art. 11 du projet) ; où il est question du rang minimal auquel doivent être colloquées les réclamations des créanciers étrangers.

98. CNUDCI, *op. cit.*, note 53, n^{os} 125-128 (art. 6 du projet) ; CNUDCI, *op. cit.*, note 50, n^{os} 10-12, pp. 12-15 ; CNUDCI, *op. cit.*, note 14, n^{os} 59-61 et 151, pp. 12-13 et 30. Puisqu'en principe les droits réels sont soumis à la *lex rei sitae*, et considérant l'exclusion de la faillite de certains biens personnels, familiaux ou autres biens insaisissables, il semble convenir de limiter la portée de la reconnaissance d'une procédure étrangère d'insolvabilité aux conditions de la législation en vigueur dans l'État de la reconnaissance à ce sujet, ce qui se justifie notamment par des motifs d'ordre public et reliés à la souveraineté des États, dictant ainsi le respect de leurs législations internes et de leurs règles de droit international privé.

99. P. DIDIER, *loc. cit.*, note 3, 205.

1.3 L'effet extraterritorial : son étendue et ses modalités

1.3.1 Les règles communes de droit international privé

Une banqueroute internationale n'a de sens que si elle englobe tous les biens locaux et étrangers du débiteur. Or, c'est justement dans cette nécessité d'atteindre les biens du débiteur situés dans une autre juridiction que la problématique de la reconnaissance des jugements étrangers, rendus en matière de faillite internationale, trouve son origine et sa raison d'être, lorsqu'aucune procédure collective n'est antérieurement ouverte dans la juridiction de la reconnaissance¹⁰⁰.

L'attitude des pays à l'égard d'une banqueroute étrangère s'explique notamment par la conception du droit de la faillite à laquelle ils adhèrent. Les lois substantives relatives à l'insolvabilité font une combinaison variable des trois approches suivantes : la *judgement approach*, la *creditors' remedy approach* et la *general assignment approach*¹⁰¹. Brièvement, la *judgement approach* met l'accent sur l'aspect déclaratoire et constitutif du jugement. Ainsi, la reconnaissance d'un jugement de faillite étranger s'inscrit simplement dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution de tout jugement étranger. Des questions sont alors soulevées à l'égard de la juridiction, des conflits de lois et du respect de l'ordre public. Aux termes de la *creditors' remedy approach*, la faillite n'est qu'un moyen de préservation et de récolte des biens du failli, dans l'unique dessein de les distribuer parmi les créanciers. Il en résulte une protection accrue des créanciers locaux, au détriment des créanciers étrangers : les réclamations de ces derniers sont normalement rejetées. Enfin, la *general assignment approach*, laquelle approche est retenue par plusieurs juridictions de common law, insiste sur le transfert de la propriété des biens du failli, en ce sens que la faillite est considérée comme une cession générale des biens du débiteur au bénéfice de ses créanciers.

Ainsi une tendance interdit à un État d'accorder une quelconque portée extraterritoriale à une procédure étrangère d'insolvabilité en l'absence

100. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 51. Il convient de préciser que la décision étrangère rendue en matière de faillite, dont la reconnaissance est requise dans une autre juridiction, englobe celle qui provient d'une autorité judiciaire, et également d'une autorité administrative ou légale (mais de nature publique, excluant les sentences arbitrales étrangères). Il appert d'ailleurs de la définition des « procédures intentées à l'étranger », contenue dans l'article 118 (1) (article 267) et l'article 125 (article 18.6 (1)) du projet de loi C-5, que les procédures envisagées sont autant celles d'ordre administratif que celles d'ordre judiciaire, lesquelles sont instituées contre le débiteur « au titre du droit relatif à la faillite ou à l'insolvabilité et touchant les droits de l'ensemble des créanciers ».

101. R.N. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 9, 266-269 ; S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 418 et 419 ; T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 889 et 890.

d'une convention à cet effet¹⁰². D'autres pays consentent toutefois à un effet total ou partiel au moment de l'application d'une telle procédure dans leur juridiction locale, sujette cependant à certaines conditions¹⁰³. Or, ces conditions semblent communes à toutes les nations en cette sphère du droit international privé¹⁰⁴. En sus des questions de la compétence juridictionnelle et législative, la nature de la décision étrangère et son caractère final, décisif et exécutoire constituent le préalable de toute reconnaissance de son effet extraterritorial¹⁰⁵. D'ailleurs, il est certes évident que, pour qu'une faillite ait un tel effet, il faut que la loi ayant permis son institution lui accorde également une portée universelle, à savoir qu'elle englobe les biens locaux et étrangers¹⁰⁶.

D'autre part, des barrières fondamentales, voire omniprésentes, s'élèvent particulièrement lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet réel de la faillite étrangère dans la juridiction locale. *A priori*, le respect de l'ordre public international, tel qu'il est défini par l'État de la reconnaissance, constitue une limite importante de la portée extraterritoriale de ce type de procédure, lequel concept ne jouit toutefois pas d'une acception universellement admise, mais plutôt appelée à varier d'une juridiction à l'autre, et même dans chaque cas d'espèce¹⁰⁷. Il s'agit somme toute du respect des

102. P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 243 et 244.

103. *Id.*, pp. 244-246.

104. Quant à la mise en évidence de ces conditions, voir en outre : P.R. WOOD, *op. cit.* note 4, pp. 244-248 ; L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 17 et 18 ; G. GRASSMANN, *loc. cit.*, note 25, 477-480 ; D.C. TAY et P.D. STRASLER, *loc. cit.*, note 37, 2-21.

105. Il suffit de souligner que seule une *domiciliary bankruptcy* semble sujette à une reconnaissance. Les procédures visant le redressement et la réorganisation (ainsi que les plans de redressement ou toute entente de même nature), à l'égard d'une entreprise en difficulté, constituent une situation particulière et pour laquelle l'obtention d'une reconnaissance peut être incertaine, car la question qui se pose est de déterminer dans quelle mesure les créanciers locaux peuvent être liés par une entente étrangère à cet égard. L'effet suspensif des recours individuels des créanciers peut être exclu. Les paramètres de cette problématique semblent en outre avoir été établis dans le jugement de l'affaire *Canadian Southern Railway Co. c. Gebhard*, 109 U.S. 527 (1883). Voir à ce sujet : J.D. HONSBARGER, « Conflict of Laws and the Bankruptcy Reform Act of 1978 », (1980) 30 *Case Western Reserve Law Review* 631, 666 et 667 ; L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 17 ; G. GRASSMANN, *loc. cit.*, note 25, 475 et 476 ; A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 32-38. D'autre part, le fait que la procédure intentée à l'étranger est l'objet d'un appel ou d'une révision n'empêche pas le représentant étranger de formuler une demande au tribunal canadien, conformément aux dispositions relatives à l'insolvabilité en contexte international, selon les termes de l'article 118 (1) (art. 273) du projet de loi C-5.

106. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 32 ; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 44. Autrement, la faillite ne serait que strictement territoriale.

107. P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 247 et 248. Selon cet auteur, l'expropriation déguisée, le respect des règles de justice naturelle et de celles qui concernent les réclamations des

dispositions législatives impératives de l'État à qui une demande de reconnaissance est requise¹⁰⁸. Le respect effectif du principe de l'égalité de tous les créanciers locaux et étrangers du débiteur, prévalant en droit international de l'insolvabilité, est contrôlé lors de la reconnaissance des effets extraterritoriaux d'une procédure étrangère rendue en cette matière ; il peut s'agir en fait d'une composante du respect de l'ordre public¹⁰⁹. En général, à titre de modalités de la reconnaissance, certains pays exigent un traitement similaire ou réciproque dans des circonstances semblables de la part de l'État d'où émane la procédure d'insolvabilité¹¹⁰.

L'incidence locale d'une procédure d'insolvabilité étrangère peut varier selon qu'elle entend englober des biens meubles ou immeubles, alors qu'à l'égard de ces derniers la reconnaissance d'une telle procédure demeure incertaine, voire invraisemblable¹¹¹.

Ces difficultés s'illustrent particulièrement lorsque la recherche de la portée transnationale d'une faillite se fonde sur le principe de la courtoisie internationale (*international comity* ou *comity*). Ce concept est notamment utilisé afin de jouer un rôle d'intermédiaire entre les prétentions de souveraineté territoriale des États, en matière de banqueroute, et les besoins inhérents aux échanges commerciaux transfrontaliers¹¹². À titre de principe fondamental du droit international privé, les tribunaux invoquent la courtoisie internationale non seulement quant à la reconnaissance de procédures

gouvernements étrangers pour taxes ou impôts s'avèrent des éléments relevant de l'ordre public, pouvant ainsi faire obstacle en partie ou en totalité à la reconnaissance d'une procédure étrangère d'insolvabilité. L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 17, précisent que, lorsqu'il est question de l'ordre public, des intérêts nationaux sont fréquemment en cause.

108. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 24-29. C'est en outre l'approche retenue en droit français. Cette auteure ajoute de plus que la notion d'ordre public est soumise par ailleurs au « principe d'actualité », selon lequel cette notion s'entend du jour où le tribunal statue sur la reconnaissance, au lieu du jour de l'adjudication étrangère. D'autre part, il semble qu'il en sera ainsi pour le Canada, puisque l'article 118 (1) (article 268(5) (6)) et l'article 125 (article 18.6 (4) (5)) du projet de loi C-5 exigeraient du juge canadien le respect du droit canadien, en lui permettant néanmoins d'appliquer toutes règles de droit ou d'équité compatibles avec le droit canadien, aux fins de la reconnaissance de la procédure étrangère et de l'assistance au représentant étranger.

109. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 24-29 ; L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 17 ; G. GRASMANN, *loc. cit.*, note 25, 477.

110. P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, p. 248 ; G. GRASMANN, *loc. cit.*, note 25, 444 et 445.

111. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 50-68 ; L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 18 ; D.C. TAY et P.D. STRASLER, *loc. cit.*, note 37, 2-21 ; M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 122-127. Il semble en fait qu'à l'égard des immeubles l'application stricte du principe de la territorialité de la faillite prévaut, imposant en conséquence la nécessité d'instituer une procédure d'insolvabilité dans l'État de leur situation.

112. S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 425 et 426.

collectives étrangères d'insolvabilité, mais également dans le but élargi d'atteindre un partage équitable de l'actif mondial du débiteur, de déterminer la juridiction la plus appropriée à l'égard du débiteur, ainsi que celui d'atteindre un certain niveau de prévisibilité quant à la loi applicable, en vue d'assurer le respect des attentes des opérateurs du commerce international¹¹³. Étant une notion qui se développe depuis plusieurs années, la courtoisie internationale fonde aujourd'hui l'intercoopération judiciaire¹¹⁴.

Puisqu'il s'agit d'un concept évasif et insaisissable, toute définition ne serait qu'incomplète. En pratique, il convient de résumer ce concept en précisant qu'il consiste en une obligation non impérative pour les tribunaux, dont la mise en œuvre exige l'application d'un certain degré de déférence judiciaire à l'égard d'une juridiction ou législation étrangère et mieux appropriée, compte tenu des circonstances de l'espèce¹¹⁵. En effet, la courtoisie

113. *Id.*, 431 ; G. RUBENSTEIN et L.J. LATHAM, *loc. cit.*, note 8, 59 ; M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 32-49. Quant à l'exercice de la courtoisie internationale, il convient de citer le passage suivant de l'affaire *Cunard Steam Ship Co. c. Salen Reefer Services, A.B.*, 773 F.2d 452, p. 458 (2d Cir. 1985) : « The granting of comity to a foreign bankruptcy proceeding enables the assets of a debtor to be dispersed in an equitable, orderly, and systematic manner, rather than in a haphazard, erratic or piecemeal fashion. » Cet extrait est tiré du texte suivant : D.C. TAY et P.D. STRASLER, *loc. cit.*, note 37, 7.
114. L'origine de la courtoisie internationale remonte en fait au dernier quart du XVII^e siècle aux Pays-Bas. S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 425 ; H.E. YNTEMA, « The Comity Doctrine », (1966) 65 *Michigan Law Review* 9, 9, analyse en détail les fondements de cette notion, laquelle marqua le développement philosophique en matière de droit international privé. Toutefois, cette proposition semble contestée par Dicey et Moris, comme le rapporte S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 426 et 427. Dicey et Moris semblent rejeter l'idée que la *comity* soit à la base du droit international privé. Notre étude se limite ici à circonscrire les grandes lignes de cette notion ; ainsi, le document de M. Yntema est important pour toutes démarches ultérieures. A.L. SCHECHTER, *loc. cit.*, note 8, 103, qualifie ce concept de la manière suivante : « The primary doctrine encouraging transnational recognition of foreign bankruptcy proceedings by the courts of another nation is comity. »
115. Dès 1883, la Cour suprême des États-Unis a reconnu ce concept dans l'affaire *Canadian Southern Railway c. Gebhard*, 109 U.S. 527 (1883). En 1895, cette cour définit la notion de *comity* dans l'affaire *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113, 163 et 164 (1895), en ces termes : « 'Comity', in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws. It is, however, at most, only a rule of practice and not of law. » Cet extrait est tiré des textes suivants : pour la dernière phrase, D.C. TAY et P.D. STRASLER, *loc. cit.*, note 37, 6 ; et pour le reste de la citation, M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, p. 34, 33-48, 75 et 76, qui constatent que la présente définition fait l'objet d'un large consensus à travers le monde. D'ailleurs, les objectifs et les limites de la courtoisie internationale ont été détaillés dans le jugement de l'affaire *Laker Airways c. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909,

internationale ne relève pas d'une formalité procédurale particulière, mais elle nécessite l'appréciation et la discrétion judiciaire.

Le respect de la réciprocité n'est pas une condition *sine qua non* de l'exercice de la courtoisie internationale, mais il en constitue une composante ; il semble en fait qu'une certaine similarité doit être présente entre les lois relatives à l'insolvabilité dans les États visés¹¹⁶. D'ailleurs, considérant le but recherché par la mise en œuvre de la courtoisie internationale, l'équité constituerait également un élément de cette notion, voire même son fondement¹¹⁷.

Hormis ces barrières communes s'appliquant intégralement à ce fondement de la reconnaissance¹¹⁸, et bien qu'il existe une présomption en faveur

937 (D.C. Cir. 1984), cité dans le texte suivant : D.C. TAY et P.D. STRASLER, *loc. cit.*, note 37, 6 et 7. Selon P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, p. 230, la courtoisie est d'ailleurs influencée de la manière suivante : « Comity therefore appears to be primarily influenced by the legal nationalism ; cultural attitudes about foreigners ; the degree of respect and courtesy ; and by the extent of the involvement in international business which generates creditor pressures to satisfy legitimate expectations. » En 1978, la *comity* fit l'objet d'une codification dans l' *United States Bankruptcy Code*, 11 U.S.C. section 304 (1978), art. 304 (ci-après cité : « Code des faillites des États-Unis »), laquelle disposition sera analysée ultérieurement. S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 430. Cette codification intervient après que ce concept a envahi la jurisprudence américaine.

116. S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 429 ; *Drexel Burnham Lambert Group Inc. c. A.W. Gladri*, 610 F. Supp. 114 (D.C. N.Y., 1985) ; *Johnston c. Compagnie Générale Transatlantique*, 242 N.Y. 381 ; *Cornfield c. Investors Overseas Ltd.*, (1979) 34 C.B.R.n.s. 124 (U.S.D.C.) ; D.C. TAY et P.D. STRASLER, *loc. cit.*, note 37, 8, citent l'affaire *Williams c. Rice and Rice Knitting Mills*, (1926) 3 D.L.R. 225 (B.R. Man.), dans le cadre de laquelle le juge rejette l'exigence du traitement réciproque comme condition de mise en œuvre de la *comity*. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 28 et 29 ; P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, p. 230, nie le fait que la *comity* dépend d'une certaine similarité entre les lois des États visés. M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 44-46.

117. S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 430-433, affirme : « Furthermore, it could be stated that comity is more or less a very broad equitable principle applicable to international disputes. Hessel Yntema intimates in his article that comity was actually founded on equity » (p. 433). L'auteur ajoute cette remarque après l'examen de l'affaire *Re Sefel Geophysical Ltd.*, (1989) 54 D.L.R. (4th) 117 (B.R. Alb.). Dans le cadre de ce jugement, le tribunal canadien semble faire une distinction entre la *comity* et l'*equity*. Brieèvement, le tribunal invoque la *comity* afin d'admettre une réclamation de revenus (taxes) du gouvernement américain, mais cette notion ne peut pas permettre au tribunal de déroger au principe voulant que l'ordre de distribution soit déterminé par la *lex fori* ; le juge canadien s'autorise par des motifs d'*equity* à distribuer l'assiette du failli conformément à la loi américaine. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 8, 64 et 65 ; J.L. WESTBROOK, *loc. cit.*, note 2, 751.

118. Ces barrières sont la protection des créanciers locaux, le respect des règles de compétence juridictionnelle, législative, de l'ordre public et de la dichotomie traditionnelle de traitement entre les meubles et les immeubles. Voir à ce sujet : Y.J. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 6, 1771-78, qui cite l'affaire *Felixstowe Dock & Railway Co. c. United States*

de l'application de la courtoisie internationale, celle-ci est refusée dans la mesure où il en résulterait une transaction inacceptable : « the approval of a transaction which is inherently vicious, wicked or immoral, and shocking to the prevailing moral sense¹¹⁹ ».

Somme toute, les paramètres réels de l'exercice de la courtoisie internationale semblent se dessiner sur la base du cas par cas¹²⁰. Il est toutefois plus probable de constater l'application de la courtoisie internationale entre des pays industrialisés, ayant des liens commerciaux substantiels¹²¹.

Concrètement, l'effet extraterritorial d'une procédure d'insolvabilité est envisagé à différents degrés, en ce qu'il peut être immédiat, automatique, retardé ou rétroactif, variant selon que celui-ci est assujéti ou non à des formalités procédurales judiciaires ou administratives¹²². À ce titre, la

Lines, (1989) Q.B.D. 360, lequel jugement affirma que les intérêts des créanciers locaux pouvaient surpasser l'application de la *comity* dans certaines circonstances. D.C. TAY et P.D. STRASLER, *loc. cit.*, note 37, 8, citent l'affaire *Re C.A. Kennedy Co. c. Stibbe-Monk Ltd.*, (1976) 14 O.R. (2d) 439 (H.C.J., Div. Ct.). Ce jugement ontarien rejette la limite de la *local creditors rule* à l'encontre de l'application de la *comity*. N.D. WOLFE, « Foreign Insolvency Proceedings and the American Bank : The Section 304 Problem », (1983) 100 *Banking Law Journal* 4, 8 et 9 ; P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, p. 227, précise que les lois relatives à l'insolvabilité sont des *mandatory rules of public policy* et ajoute : « Another reason for the lack of comity is xenophobic protection of local creditors and a distrust of foreign legal systems, coupled sometimes with a popular resentment at foreign debtors who have caused loss to local creditors. » De plus, il précise que ce défaut ou manque de courtoisie résulte aussi du fait que les États craignent que les biens locaux ne soient utilisés pour payer des réclamations de revenus et taxes des gouvernements étrangers ou des créanciers étrangers jouissant d'une préférence (p. 227). A.L. SCHECHTER, *loc. cit.*, note 8, 119-125. Dans l'affaire *Williams c. Rice and Rice Knitting Mills*, précitée, note 116, le tribunal limita l'application de la courtoisie aux seuls biens meubles du failli, à l'instar du jugement dans l'affaire *MacDonald c. Georgian Bay Lumber*, [1878] 2 R.C.S. 364. D.C. TAY et P.D. STRASLER, *loc. cit.*, note 37, 7 et 8 ; M. SIGAL ET AL., *loc. cit.*, note 13, 37-44 et 124-125.

119. *International Hotel Co. c. Golden*, 15 N.Y. 2d 9, 13 (1964), dont l'extrait cité est tiré du texte suivant : S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 429.

120. R.N. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 9, 268.

121. S.K. HARDING, *loc. cit.*, note 8, 428 et 429, croit qu'il s'agit, entre autres, de la situation existant entre le Canada et les États-Unis. Selon P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, p. 230, tant les pays de common law que les pays de droit civil font preuve de courtoisie, dans le cadre de procédures de faillite à caractère international. A.L. SCHECHTER, *loc. cit.*, note 8, 103 et 104, mentionne que dans les États qui discriminent les créanciers étrangers par rapport aux créanciers locaux, il est moins probable que cet État fasse l'objet d'une relation fondée sur la courtoisie internationale ; il s'agit d'une caractéristique de l'exigence de la réciprocité.

122. CNUDCI, *op. cit.*, note 15, nos 56-59, p. 13 ; P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 244-246. La rétroactivité de la reconnaissance au jour de l'adjudication étrangère, ultérieurement à l'accomplissement des exigences procédurales de reconnaissance, s'expliquent notamment du fait qu'elle permet d'annuler toutes saisies effectuées par des créanciers sur les

procédure dite de l'*exequatur* est parfois le préalable d'une quelconque incidence d'une procédure étrangère d'insolvabilité à l'intérieur d'un autre pays ; les pouvoirs et les droits des créanciers, des débiteurs et des syndics varient en fonction du fait que l'adjudication étrangère est exécutoire ou non ; l'*exequatur* accorde à l'adjudication étrangère une force exécutoire et un plein effet dans l'État de la reconnaissance, lequel effet était limité antérieurement à l'accomplissement de cette formalité¹²³.

Les aspects du droit de la faillite sur lesquels influe, de manière variable, la reconnaissance d'une procédure étrangère d'insolvabilité se divisent en quelques catégories¹²⁴. En effet, la reconnaissance d'une faillite étrangère entraîne le dessaisissement du débiteur, restreignant à titre de corollaire les pouvoirs d'administration et de disposition de celui-ci à l'égard de ses avoirs et biens situés dans la juridiction de la reconnaissance. La mise en œuvre des pouvoirs du syndic étranger quant à la gestion et à la disposition de l'actif local du débiteur, par l'intermédiaire de mesures conservatoires et d'exécution, s'avère matériellement le résultat ultime ainsi recherché¹²⁵. La

biens sis dans la juridiction de la reconnaissance. Sans effet rétroactif, les transactions et saisies demeurent valides à l'égard de ces biens. Aux termes de l'article 118 (1) (art. 268 (1)) du projet de loi C-5, la preuve par une copie certifiée conforme ou une ampliation de l'ordonnance étrangère fait foi, sauf preuve du contraire, de l'insolvabilité du débiteur et de la nomination d'un représentant étranger.

123. Selon P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 244-246, tel est le cas notamment de la France, de l'Italie, de la Grèce, du Mexique, du Honduras, de Panama et de la Colombie. Il n'est toutefois pas nécessaire de reprendre en détail les modalités procédurales et relatives au fardeau de preuve existant en matière d'*exequatur*, puisque plusieurs commentateurs se sont attardés sur ces aspects qui débordent d'ailleurs l'objet de la présente étude. Voir notamment à ce sujet : A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 55 et 56 ; J. HONSBERGER, *loc. cit.*, note 105, 662 ; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 45-53 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 23, 24, 29 et 30. Il ne s'agit toutefois pas d'une révision au fond de la décision étrangère rendue en matière d'insolvabilité. Selon G. GRASMANN, *loc. cit.*, note 25, 443-476 et 478-480, il faut comprendre que les délais inhérents à ce type de procédure de reconnaissance constituent un inconvénient important en pratique. L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 17 et 18. L'exigence de l'*exequatur* traduit le désir de préserver le caractère déclaratif d'une situation juridique, plutôt que son caractère constitutif (qui n'exigerait pas une telle procédure), et de préserver les conséquences intrinsèques à un système de pluralité de faillite. Voir à ce sujet : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 23.

124. P. DIDIER, *loc. cit.*, note 3, 205 et 206 ; D.C. TAY et P.D. STRASLER, *loc. cit.*, note 37, 12-21 ; G. GRASMANN, *loc. cit.*, note 25, 443-476 ; L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 17 et 18.

125. P.R. WOOD, *loc. cit.*, note 4, 246, précise que cette situation existe notamment dans les cas où les dirigeants de la multinationale ne détiennent plus de contrôle effectif sur les biens locaux de celle-ci et s'avère ainsi le seul effet accordé à la portée extraterritoriale d'une faillite étrangère dans certains pays. Au Canada, le projet de loi C-5, aux termes de son article 118 (1), modèle les pouvoirs d'un « représentant étranger », tel qu'on le

suspension et l'interruption des recours individuels des créanciers, à l'égard du débiteur et de l'assiette locale, constituent la matérialisation du principe de la collectivisation des droits des créanciers régnant en matière d'insolvabilité transfrontalière¹²⁶. La libération du failli et l'extinction de ses dettes traduisent l'intérêt extrême de celui-ci dans cette situation juridique, quoique la reconnaissance d'une faillite étrangère n'ait pas toujours un tel effet, puisque fréquemment seules les causes d'extinction des obligations contractuelles ou extracontractuelles dictées par la loi applicable au contrat ou au délit modèlent cet effet libératoire¹²⁷. Or, c'est entre autres à propos de ces éléments que se définissent en pratique les effets réels d'une faillite étrangère.

La reconnaissance des effets extraterritoriaux dans une juridiction n'empêche pas ultérieurement l'institution d'une procédure d'insolvabilité complète et globale (entière, au mérite) dans les frontières de ce pays. D'ailleurs, de tels effets sont admis par le fait même de l'ouverture de procédures partielles d'insolvabilité soit « auxiliaires », soit « secondaires », notamment en présence de biens appartenant au débiteur. Dans la même veine que le projet de convention multilatérale élaboré en Europe, il est également possible de provoquer l'ouverture d'une procédure complémentaire, dite en outre « secondaire », mais dont la portée se résume strictement aux biens locaux, lorsqu'une procédure d'insolvabilité étrangère est instituée dans la juridiction du domicile ou du siège du débiteur¹²⁸. Le syndic de cette deuxième procédure se voit contraint de coopérer avec celui de la faillite principale ; la caractéristique de cette mesure complémentaire réside dans le transfert du solde de l'actif vers la procédure principale, afin qu'un dividende soit distribué à tous les créanciers ordinaires¹²⁹, quoique d'un point de vue pratique un tel solde soit plutôt minime, voire inexistant.

À titre illustratif, le droit américain instaure ce qu'il est convenu d'appeler l'« harmonisation unilatérale » par l'institution d'une procédure « auxiliaire » d'insolvabilité lorsque des biens appartenant au débiteur sont

définit dans cet article (art. 267), à l'égard des procédures qu'il peut intenter ou continuer envers le « débiteur » et ses biens sis au Canada, et ce, devant les tribunaux canadiens.

126. Il faut rappeler à ce titre que la date de la naissance de la créance et celle de son exercice sont capitales, puisque seulement certaines créances antérieures à l'adjudication ou à l'insolvabilité entrent dans le régime de la faillite ; ainsi, pour toute autre créance née ultérieurement, de telles restrictions quant à leur exercice ne prévalent pas. Voir : G. GRASMANN, *loc. cit.*, note 25, 456-476.

127. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 50-66 ; J. HONSBARGER, *loc. cit.*, note 105, 663-666 ; D.C. TAY et P.D. STRASLER, *loc. cit.*, note 37, 21.

128. G. GRASMANN, *loc. cit.*, note 25, 425-442.

129. *Id.*, 435 et 436.

situés sur le territoire des États-Unis¹³⁰. L'ouverture d'une procédure auxiliaire est en grande partie fondée sur le pouvoir discrétionnaire du juge américain, l'autorisant ainsi à accorder une aide et l'assistance judiciaire à l'égard d'une procédure entière d'insolvabilité antérieure et pendante devant les tribunaux d'une autre juridiction, soit en outre celle du domicile, de la résidence ou de la principale place d'affaires du débiteur. Cette disposition législative nationale est l'illustration d'une loi prévoyant une assistance générale dans un contexte de coopération judiciaire, mais laissant dans chaque cas le tribunal libre de déterminer sa ligne de conduite. Toutefois, l'exercice d'un tel pouvoir est encadré par une énumération de six lignes directrices légales, dont la finalité est « l'administration économique et expéditive des biens du failli », alors que les critères antagonistes prépondérants se résument à la protection des intérêts des créanciers locaux (américains) et le respect du principe de la courtoisie internationale. Cette assistance prend la forme de mesures ayant en somme pour objet d'ordonner l'engagement ou la poursuite d'actions, ou encore l'application de jugements étrangers à l'égard du débiteur et de ses biens situés aux États-Unis,

130. Nul besoin de mentionner que la doctrine au sujet de l'article 304 du Code des faillites des États-Unis, précité, note 115, ainsi qu'à l'égard de la jurisprudence provenant des tribunaux de ce pays, est abondante et exhaustive. Or, il convient pour la présente étude de n'en dresser que les grandes lignes. Il est toutefois pertinent de préciser que l'institution d'une procédure auxiliaire ou *ancillary proceeding* ne jouit évidemment pas des mêmes effets que de l'ouverture d'une procédure entière de faillite aux États-Unis ; à titre d'exemple, la procédure auxiliaire ne suspend pas automatiquement les recours individuels des créanciers, contrairement à une procédure entière. D'autre part, les tribunaux américains peuvent refuser d'accorder au syndic étranger le remède recherché par l'entremise d'une procédure auxiliaire, alors ce dernier pourra toujours requérir l'ouverture d'une procédure complète de faillite dans ce pays. Il faut comprendre que ce type de procédure est particulièrement utilisée afin que le syndic étranger obtienne le contrôle des biens sis aux États-Unis, mais également dans le but d'obtenir l'annulation de transactions préjudiciables à la masse et conclues peu avant l'ouverture de la faillite étrangère. Voir notamment : M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 17-23 et 59-82 ; P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, pp. 259-264 et 285 ; T. BROZMAN, *loc. cit.*, note 3, 26-29, laisse entrevoir une limite au transfert de l'administration et de la distribution des biens américains au syndic étranger lorsqu'il s'agit d'immeubles. D. GLOSBAUD, « United States of America », dans « Session II: What has been Done and What is Proposed », (1995) 4 *International Insolvency Review* 43, 43-53 ; T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 891-893 ; H. DAHL, « USA : Bankruptcy under Chapter 11/États-Unis : La faillite sous le chapitre 11 », (1992) *RDAl/IBLJ* 555 ; E.B. LEONARD, J. CARFAGNINI et R.H. McLAREN, *loc. cit.*, note 2, 27-36. D'ailleurs, il semble que l'Angleterre, l'Allemagne et la Suisse ont également adopté des lois ayant une portée et un effet similaire à cette disposition américaine. Voir notamment à ce sujet : Y.J. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 6, 184 ; S.A. MELNIK, « United States-Europe Model for Cross-border Insolvencies », dans R.A. GITLIN, *International Bankruptcies : Developing Practical Strategies*, New York, Practising Law Institute, 1992, pp. 493-495.

la suspension ou l'arrêt des recours individuels des créanciers locaux (américains), la remise au syndic étranger des biens situés aux États-Unis pour administration et distribution, ainsi que toute autre mesure évaluée comme appropriée par le juge selon les circonstances de l'espèce. Or, c'est justement le caractère discrétionnaire et flexible du pouvoir de coopération dévolu au juge qui est critiqué, quoique cette critique soit dépourvue d'arguments concrètement, puisqu'il semble que les juges américains sont généralement favorables à la reconnaissance de l'effet extraterritorial d'une procédure collective étrangère d'insolvabilité¹³¹. Bref, cette loi américaine est considérée comme un progrès considérable et souhaitable en matière de faillite internationale, considérant la flexibilité qui se dégage de ses règles, ayant d'ailleurs inspiré officieusement les travaux d'harmonisation au sein de l'Europe.

Mais, de toute évidence, une impasse se soulève lorsqu'une demande de reconnaissance d'une adjudication étrangère est effectuée alors qu'une procédure locale d'insolvabilité a déjà été instituée¹³². Dans les cas où l'effet extraterritorial est refusé, l'institution d'une procédure locale et complète (entière) d'insolvabilité s'avère alors nécessaire. Il en résulte l'existence de procédures collectives d'insolvabilité complètes et concurrentes, dans plus d'une juridiction.

1.3.2 L'illustration des tentatives d'harmonisation

1.3.2.1 Le projet de convention communautaire

La coordination d'une procédure collective d'insolvabilité « principale » et « secondaire » repose sur une hiérarchisation de celles-ci, la principale prévalant¹³³. En effet, la procédure principale d'insolvabilité jouit d'une reconnaissance universelle et de plein droit au sein des États

131. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 892.

132. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 4, 38, 39, 50 et 51. Il faut se référer ici aux notions de chose jugée et de litispendance, pouvant de toute évidence paralyser l'effet extraterritorial d'une procédure étrangère d'insolvabilité ; dans certains pays, les tribunaux pourront néanmoins surseoir au fait de statuer dans le cadre de la procédure locale de faillite antérieurement instituée.

133. L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 49. À ce titre, il convient de souligner l'existence de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* relative à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements, laquelle exclut expressément de son champ d'application les « faillites, concordats et autres procédures analogues », mais laisse croire qu'elle pourrait jouir d'une certaine incidence en matière d'insolvabilité dans la mesure où l'action intentée ne se rapporte pas directement à la faillite, ce qui désigne ainsi les actions de droit commun. Pour plus de détails, consulter en outre les documents suivants : P. DIDIER, *loc. cit.*, note 3, 201 et 202 ; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 53-57 ; L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 19 et 20.

membres, tout en étant sujette néanmoins à l'exception traditionnelle du respect de l'ordre public tel qu'il est envisagé dans l'État en cause¹³⁴. Il en va évidemment de même quant aux pouvoirs du syndic de la faillite principale, dont la preuve de sa nomination doit être établie : ses pouvoirs de gestion et de disposition sont automatiquement reconnus dans tous les États membres visés par l'insolvabilité du débiteur en question¹³⁵. La caractéristique primordiale de ce projet est de ne pas assujettir la reconnaissance de l'effet universel d'une procédure principale à une quelconque formalité procédurale préalable, telle que celle de l'*exequatur*.

1.3.2.2 Le projet actuel de dispositions législatives types de la CNUDCI

Selon le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, la coopération judiciaire en matière d'insolvabilité transfrontalière ne peut être fondée exclusivement sur la doctrine de la courtoisie internationale, la procédure d'*exequatur*, ou encore sur un pouvoir discrétionnaire dévolu au juge par la législation locale¹³⁶. La reconnaissance d'une faillite étrangère doit être envisagée dans un contexte de coopération judiciaire. Aux termes des dispositions en cours d'élaboration, l'effet extraterritorial d'une procédure

134. L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 49 et 50 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, note 67, 23-25 ; art. 2, 9, 10.1, 18 et 30 du projet de convention de l'UE. Il semble en être de même pour les articles 5 à 15 de la Convention d'Istanbul, en ce que l'*exequatur* n'est pas exigé, quoique celle-ci n'aborde la question qu'indirectement et ne s'attarde que sur les pouvoirs du syndic de la faillite principale. Bien que la reconnaissance des pouvoirs de ce syndic s'effectue de plein droit, ils sont néanmoins soumis (quant à la gestion et à la disposition des biens du failli) à un délai suspensif de deux mois depuis l'accomplissement des formalités relatives à la publicité de sa nomination exigées par la Convention. Voir notamment : L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 16, 21-23 ; A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 72-75. L'effet automatique et de plein droit, notamment quant au dessaisissement du débiteur, prévalait aux termes du projet de convention communautaire de 1982 (art. 20, 29, 34, 56 et 60), à l'égard de la procédure centrale de faillite dans tous les États membres et dès son institution. Voir à ce sujet : A. MARTIN-SERF, *loc. cit.*, note 4, 67 et 68 ; L. IDOT et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, note 6, 4. D'autre part, la reconnaissance pleine et entière du rôle et des pouvoirs du syndic étranger à l'égard de l'actif local du débiteur est de l'essence même de l'unique procédure centrale d'insolvabilité, instaurée aux termes du projet de convention entre le Canada et les États-Unis (1979) (art. 9, 13, 16), fondée d'ailleurs sur la réciprocité. Voir à ce sujet : A.L. SCHECHTER, *loc. cit.*, note 8, 131 et 132.

135. L. IDOT, *loc. cit.*, note 3, 50.

136. CNUDCI, *op. cit.*, note 15, n° 11, p. 5 ; CNUDCI, *op. cit.*, note 14, n° 58, p. 12. Il convient de souligner la portée des dispositions de la loi modèle MICA qui, sur la base de la réciprocité, reconnaissent les pouvoirs du syndic étranger de requérir de plein droit l'institution d'une procédure auxiliaire (du même style que celle édictée par l'article 304 du Code des faillites des États-Unis, précité, note 115), sans avoir à accomplir une formalité procédurale formelle de reconnaissance. Voir notamment : R.R. MEARS, *loc. cit.*, note 51, 23-38.

étrangère d'insolvabilité se traduit par la possibilité d'instituer, dans l'État faisant l'objet de la demande de reconnaissance, soit une procédure auxiliaire ou parallèle (secondaire), voire complète (entière) et concurrente¹³⁷ ; il s'agit concrètement des moyens actuels en matière de banqueroute transnationale. L'incidence locale d'une procédure étrangère d'insolvabilité varie en outre selon qu'elle est ou non « principale »¹³⁸. De surcroît, une obligation générale de coopération judiciaire s'ajoute à ces avenues menant à la reconnaissance ; il s'agit en fait d'habiliter les juges à coopérer, alors que la coopération judiciaire serait peu probable, voire impraticable, sans une telle disposition habilitante¹³⁹. Par ailleurs, une restriction générale à l'égard de toute reconnaissance et assistance réside dans le respect de l'ordre public¹⁴⁰.

En définitive, il convient de citer à juste titre les propos de M. Paul Didier : « À l'heure actuelle, les juristes sont donc contraints ou de négocier en marge de toute législation, ou de se débrouiller avec les lois internes des différents États concernés, quoique, par définition, les faillites qu'ils gèrent ainsi dépassent les frontières de ces États¹⁴¹. »

2. L'harmonisation découlant de la pratique :

les protocoles *ad hoc* ou l'émergence d'une coutume internationale

L'imprévisibilité est inhérente au commerce transfrontalier, ce qui est d'autant plus vrai en matière de faillite internationale, en raison du besoin de rapidité et des sommes importantes engagées. Dans la recherche de la sécurité et de la souplesse en matière d'insolvabilité, la coopération judiciaire s'impose *de facto*.

137. CNUDCI, *op. cit.*, note 50, pp. 12-16 et 19-23 (art. 7, 16 et 18 du projet) ; CNUDCI, *op. cit.*, note 51, p. 23 (art. 22 du projet) ; CNUDCI, *op. cit.*, note 53, nos 137 et suiv. (art. 9 et 10 du projet), 95, 180 et suiv. (art. 22 du projet).

138. CNUDCI, *op. cit.*, note 50, pp. 14 et 15 ; CNUDCI, *op. cit.*, note 51, pp. 6, 7 et 13 et suiv. (art. 2 et 13 et suiv. du projet) ; CNUDCI, *op. cit.*, note 53, nos 17 et suiv., 95, 107-113, 165 et suiv. et 180 et suiv. (art. 2, 13-20 et 22 du projet).

139. CNUDCI, *op. cit.*, note 50, pp. 16 et 17 (art. 11 du projet) ; CNUDCI, *op. cit.*, note 51, p. 22 (art. 21 du projet) ; CNUDCI, *op. cit.*, note 53, nos 85 et suiv. (art. 21 du projet).

140. CNUDCI, *op. cit.*, note 50, pp. 10-12 (art. 6 (2) du projet) ; CNUDCI, *op. cit.*, note 51, p. 9 (art. 6 du projet) ; CNUDCI, *op. cit.*, note 53, n° 125-128 (art. 6 du projet).

141. P. DIDIER, *loc. cit.*, note 3, 202.

2.1 Les protocoles *ad hoc* : leurs fondements, leurs objectifs et leurs limites

2.1.1 Les fondements et les objectifs de la coopération judiciaire *ad hoc*

L'absence de conventions ou de lois modèles largement acceptées à travers le monde et l'institution simultanée de procédures d'insolvabilité complètes et concurrentes s'avèrent les paramètres à l'intérieur desquels doit s'insérer la coopération judiciaire en matière d'insolvabilité transfrontalière¹⁴². La coordination de ces procédures multiples est dès lors envisagée dans une approche du cas par cas. D'ailleurs, il est soutenu que « that cooperation on a case-by-case basis has emerged as the de facto norm¹⁴³ ».

Le scénario est habituel : les créanciers, voyant leur débiteur s'enfoncer dans l'insolvabilité, s'empressent d'instituer des procédures de faillite dans toutes les juridictions où il détient des biens, afin de se protéger du débiteur et de la multiplicité des saisies¹⁴⁴. En réponse à cette situation, certaines mesures concrètes d'harmonisation ont été formulées sur la base de l'objectif commun de maximiser la valeur de l'actif de l'entreprise en difficulté et, conséquemment, d'augmenter la part de dividende qui sera versée à chaque catégorie de créanciers. La concrétisation d'un tel objectif serait vraisemblablement irréaliste sans l'élaboration d'un protocole *ad hoc*, considérant les impératifs de l'évolution concomitante de plusieurs procédures complètes d'insolvabilité, soit les conflits de juridictions, l'application de lois divergentes et la reconnaissance incertaine des pouvoirs du syndic à l'étranger¹⁴⁵. Au demeurant, les praticiens du droit international de la faillite ont élaboré des stratégies et techniques afin de contourner et de résoudre les difficultés que posent en outre l'application de plusieurs lois locales par différents tribunaux, et ce, à la même entité insolvable¹⁴⁶.

142. R.A. GITLIN et R.J. SILVERMAN, « International Insolvency and the Maxwell Communication Corporation Case : One Example of Progress in the 1990's », dans R.A. GITLIN, *op. cit.*, note 130, p. 7, précisent : « Especially in the absence of international insolvency treaties, it is the professionals and the business community, not the statutes, who will drive the resolution of international insolvencies. The professionals must work within the frameworks to fashion specific mechanisms and remedies which will harmonize multinational proceedings » (pp. 18 et 19).

143. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 899.

144. P.R. WOOD, *op. cit.*, note 4, p. 229.

145. M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 87 ; R.A. GITLIN et R.J. SILVERMAN, *loc. cit.*, note 142, 19, ajoutent à juste titre : « In resolving international insolvencies, professionals should be driven by a sound business analysis. This concern for the maximization of value of a debtor, combined with diplomacy and an understanding judiciary, constitute the recipe for international cooperation which will best promote the resolution of international insolvencies. »

146. T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 899 ; R.A. GITLIN et R.J. SILVERMAN, *loc. cit.*, note 142, 10-12, précisent : « In the absence of formal treaties to address the problems arising from

Concrètement, ce genre d'entente *ad hoc* a pour objectif premier de coordonner l'administration et d'harmoniser de manière fonctionnelle la coexistence de ces procédures d'insolvabilité à l'origine parallèles et disjointes. De tels protocoles s'imposent notamment dans un souci d'atteindre un certain degré de prévisibilité, ainsi que dans la perspective élargie, mais louable, de la planification des relations commerciales internationales¹⁴⁷. De cette façon, les procédures en cascade et leur coût inhérent tendent à diminuer considérablement, voire à être enrayés.

L'élaboration de ces protocoles *ad hoc* procède de négociations ; l'accent est mis sur l'effort et la créativité des praticiens à négocier un règlement méthodique et pragmatique dans chaque cas d'espèce. Alors qu'en général les ententes sont élaborées par les syndics (ou toute autre personne désignée pour représenter la procédure d'insolvabilité), elles doivent néanmoins être approuvées par les créanciers, et ultimement par les tribunaux des juridictions devant lesquels des procédures d'insolvabilité sont pendantes. Bien que leur assentiment soit requis, il est pertinent de souligner que les créanciers et le débiteur (ou leur représentant dûment mandaté) ne participent pas nécessairement de manière active à la négociation et à l'élaboration d'un protocole *ad hoc*.

À titre illustratif et de manière à saisir l'étendue de ce genre d'entente *ad hoc*, il convient d'expliciter notamment certaines affaires déterminantes, ayant tracé cette avenue à l'harmonisation *de facto*. D'ailleurs, cette approche du cas par cas n'est pas nouvelle, elle remonte en outre à l'an 1302, au moment de l'effondrement de la Banque Ammanati de Pistoia, où le pape Boniface VIII est intervenu en vertu de son autorité papale afin d'assurer une coordination de la distribution des actifs de la banque, dans le respect des droits des créanciers et pour leur bénéfice¹⁴⁸.

international insolvencies, the task falls to the shoulders of insolvency practitioners to develop on a case by case basis strategies and techniques for resolving the conflicts that arise when different nations attempt to apply different laws and enforce different requirements upon the same set of parties » (pp. 11 et 12).

147. C'est par la connaissance et la mise en évidence des règles guidant la coopération judiciaire que les prêteurs, commerçants et multinationales peuvent calculer avec plus d'exactitude les conséquences concrètes d'une faillite internationale. Cela semble avoir une incidence importante sur la structuration des échanges commerciaux internationaux, lesquels évoluent actuellement dans un contexte d'incertitude juridique quant au déroulement réel et potentiel d'une insolvabilité transfrontalière. Voir : J.L. WESTBROOK, *loc. cit.*, note 2, 746.
148. La faillite de cette banque européenne s'avère intéressante en ce qui a trait au mode d'administration qui prévalait. Une succursale romaine était en outre impliquée dans cette faillite. En fait, plusieurs membres du clergé, ainsi que de nombreux dignitaires du pape, constituaient une partie de la clientèle de la succursale romaine. On comprend conséquemment l'inquiétude de ces distingués clients lorsque les liquidateurs instituèrent

La première affaire concerne la faillite en 1974 de la Banque Herstatt, de Cologne en Allemagne, qui s'avère particulièrement instructive quant à l'étendue de ce genre d'entente *ad hoc*¹⁴⁹. La situation était complexe : un liquidateur avait été nommé en Allemagne simultanément à la nomination d'un syndic aux États-Unis, alors que des saisies-arrêts avaient été instituées à New York par des créanciers, à l'égard des sommes considérables détenues par la Chase Manhattan Bank de New York pour le compte de la Banque Herstatt. L'ampleur et la complexité du problème dépassaient indubitablement les tribunaux allemand et américain, en ce sens qu'il leur était impossible d'arriver à une solution convenable ; conséquemment, les parties impliquées ont convenu d'élaborer et de conclure un plan de liquidation extrajudiciaire¹⁵⁰. Les 34 banques créancières et les syndics adoptèrent un plan énonçant en outre la liquidation des avoirs du failli selon une formule complexe, élaborant la base sur laquelle l'actif fut attribué à chaque catégorie de créanciers, lequel plan fut d'ailleurs entériné par les tribunaux visés¹⁵¹. Un comité d'experts a été précisément formé pour procéder à la

le transfert des biens de la succursale vers la maison mère, dans le cadre de la distribution de l'actif du failli. Le pape Boniface VIII est intervenu alors en usant de son autorité papale et de son pouvoir de persuasion et de coercition. Il établit des commissions rogatoires et fournit des informations détaillées sur l'inspection des comptes. Aucun bien ne pouvait être disposé sans l'autorisation papale. Aujourd'hui, aucun syndic ou autre représentant ne pourrait imposer un tel pouvoir à l'extérieur des frontières de la juridiction l'ayant nommé, et encore. Voir à ce sujet : T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 899 et 900 ; K.H. NADELMANN, *loc. cit.*, note 6, 58 et 59 ; J. HONSBARGER, *loc. cit.*, note 49, 2 et 3.

149. Voir particulièrement les textes suivants : J.D. BECKER, « Transnational Insolvency Transformed », (1981) 29 *Am. J. Comp. L.* 706 ; J.D. BECKER, « International Insolvency : The case of Herstatt (The Collapse of a Large Private Bank in Germany Led to an Innovative International Banking Settlement) », (1976) 62 *American Bar Association Journal* 1290 ; K.H. NADELMANN, « Rehabilitating International Bankruptcy Law : Lessons Taught by the Herstatt and Company », (1977) 52 *New York Univ. Law Rev.* 1, 4-11.
150. M.T. LEBOW et R.T. TAIT, « International Effects of Bankruptcy in American Law », [1989] *RDAI* 257, 257 et 258 ; J.D. BECKER, *loc. cit.*, note 149, 710.
151. J.D. BECKER, *loc. cit.*, note 149, 710. Il convient de citer ici les propos de R.C. EFFROS, « The Effects of Insolvency and Foreign Exchange Restrictions on Exchange Contracts », (1994) 9 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 165, 171 et 172 : « When the lawyers for the various parties had considered the paucity and uncertainty of the law in the area, they decided to seek their own settlement with one another instead of leaving the matter to the vagaries of the courts. In the end, a system of priorities was agreed according to which the funds in New York were allocated to the classes of creditors on the basis of three criteria : (i) whether the creditor was German or not ; (ii) whether the transaction that gave rise to the claim was a spot transaction or a credit transaction ; (iii) whether or not an attachment against the funds had been obtained. » K.H. NADELMANN, *loc. cit.*, note 149, 9. D'autre part, la juridiction des tribunaux américains n'était pas mise en doute, puisqu'elle se fondait en outre sur la présence de

distribution des actifs, à la suite de l'accomplissement de certaines mesures de publicité à l'échelle internationale. En définitive, l'ordre de distribution fut ainsi négocié.

La deuxième affaire, datant de 1991, concerne l'écroulement de la Bank of Credit and Commerce International (BCCI), qui s'avère une démonstration de la force de levier qu'est le processus de négociations d'une entente concernant la gestion d'une insolvabilité transfrontalière¹⁵². La complexité de cette affaire réside particulièrement dans l'enjeu économique qui existait à l'échelle mondiale, dans la présence de succursales ou de filiales dans plusieurs dizaines de pays, et des réclamations de quelques centaines de milliers de créanciers. Les tribunaux du Luxembourg, de l'Angleterre, des îles Caïmans et des États-Unis furent notamment saisis de cette affaire. Une entente *ad hoc* a été élaborée par l'équipe de liquidateurs désignés, visant plus particulièrement à suspendre les recours individuels des créanciers et à remettre une partie des actifs situés aux États-Unis aux liquidateurs. Au demeurant, une administration unique de l'ensemble de l'actif semble résulter de ce protocole, tel qu'il a été entériné par les créanciers et les tribunaux visés¹⁵³.

La troisième affaire très médiatisée, s'inscrivant dans le même ordre d'importance que la précédente, concerne la déconfiture de l'empire Maxwell Communication Corporation, en 1992, qui est incontestablement déterminante dans la définition de cette voie *ad hoc* de la coopération

biens aux États-Unis appartenant au débiteur. À cette époque, l'exclusion des banques du champ d'application de la législation américaine semblait ne viser que les banques américaines. C'est d'ailleurs à la suite de cette affaire notoire que les autorités américaines ont envisagé une réforme de leur loi, aboutissant à l'adoption de l'article 304 actuel du Code des faillites des États-Unis, précité, note 115.

152. I.F. FLETCHER, *loc. cit.*, note 40, 434-436.

153. R. DEKOVEN, « The BCCI Case-opinion and Order », dans R. GITLIN, *op. cit.*, note 130, p. 305 ; S.A. MELNIK, « Caveat Creditor Cross-Border Insolvency-Wherefore Creditor Democracy? », dans R.A. GITLIN, *op. cit.*, note 130, p. 497. Les pouvoirs du juge américain étaient restreints du fait qu'il s'agissait de l'ouverture d'une procédure « auxiliaire » plutôt que d'une procédure entière et complète. D'ailleurs, aux termes de ce type de procédure auxiliaire, les créanciers ne sont pas officiellement représentés par un comité ou autre groupe, contrairement à ce qui semble être le cas pour les procédures complètes d'insolvabilité en vertu de la loi américaine. Or, il est déploré dans l'affaire BCCI l'absence des créanciers dans les négociations et l'élaboration même de l'entente. I.F. FLETCHER, *loc. cit.*, note 40, 436, précise : « What is in prospect, if all goes as planned, is that the outcome of the BCCI insolvency will correspond to the « theoretical ideal » for cases of international insolvency, namely, a unitary process of administering the estate based upon the principle of equality of treatment of all creditors » ; M. GIOVANOLI, « A Perspective from an International Bank Lawyer », dans « Session I: The Needs », (1995) 4 *International Insolvency Review* 9, 11-13 ; T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 900 et 901.

judiciaire¹⁵⁴. Cette entreprise anglaise détenait environ 80 p. 100 de son actif aux États-Unis, alors que la plupart des créanciers ne s'y retrouvaient pas¹⁵⁵. Deux procédures complètes d'insolvabilité furent simultanément instituées en Angleterre et aux États-Unis¹⁵⁶.

Considérant l'ampleur de cette entreprise et des sommes en jeu, il était certes évident que le coût inhérent à une bataille judiciaire aurait en outre mis en péril la réorganisation recherchée de l'entreprise¹⁵⁷. Un représentant fut assigné pour chaque procédure, alors qu'un comité de créanciers non officiel fut formé aux États-Unis et un comité officiel en Angleterre¹⁵⁸. Les représentants américain (*examiner*) et anglais (*joint administrators*) ont entrepris des négociations dans le dessein d'élaborer un protocole concernant l'administration de ces procédures concurrentes, afin de pourvoir à la maximisation de la valeur de Maxwell dans l'intérêt des parties impliquées¹⁵⁹.

Considérant que les tribunaux reconnaissaient la légitimité de la procédure étrangère et par conséquent la nomination de leur représentant respectif, les tribunaux visés acquiescèrent à un *joint agreement order*¹⁶⁰.

154. Considérant que les commentaires et opinions à ce sujet sont abondants, il convient ici de faire la synthèse des objectifs et de la portée du protocole convenu par les parties intéressées dans cette insolvabilité transfrontalière, impliquant notamment les États-Unis et l'Angleterre. *In re Maxwell Communication Corporation plc*, (1992) B.C.L.R. 465; Case no. 91 B 15741, (TLB) United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, Brozman J. (January 15, 1992); 170 B.R. 800 (S.D.N.Y. 1994).
155. T. BROZMAN, *loc. cit.*, note 3, 18. M^{me} Tina Brozman était la juge chargée de l'affaire Maxwell aux États-Unis.
156. *Id.*, 19. En fait, un *examiner* fut nommé aux États-Unis, lequel n'agit pas à titre de syndic et ne remplace pas le débiteur, et des *joint administrators* furent simultanément nommés en Angleterre.
157. *Id.*, 18-21; M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 88 et 89.
158. T. BROZMAN, *loc. cit.*, note 3, 20. Or, c'est justement ce qui est déploré dans cette affaire, à savoir l'absence d'un comité officiel représentant les créanciers aux États-Unis, tel qu'il aurait été possible en vertu du chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis, précité, note 115. S.A. MELANIK, *loc. cit.*, note 153, 497-501, précise que le coût inhérent à la mise sur pied et au fonctionnement d'un tel comité non officiel incombe évidemment aux créanciers. Mais la question principale soulevée concerne la place et les pouvoirs décisionnels des créanciers dans une insolvabilité transfrontalière, lorsqu'elle se pose dans la perspective du *creditor democracy*.
159. R.A. GITLIN et R.J. SILVERMAN, *loc. cit.*, note 142, 14 et 15, ajoutent : « The Examiner and the Joint Administrators were guided by the principal that a successful international rehabilitation must focus on a maximization of value of the debtor » (p. 15).
160. L.J. CROZIER, « Using « Maxwell Orders » in Aid of Transborder Reorganizations », (1993) 16 C.B.R. (3d) 86, 89 et 90; M. SIGAL ET AL., *loc. cit.*, note 13, 96-98. Il semble qu'un rapprochement peut, à certains égards, être effectué entre le rôle d'un médiateur en matière de résolution des différends et celui reconnu aux représentants des deux procédures d'insolvabilité dans cette ordonnance judiciaire. Puisqu'il s'agit d'une situation

enjoignant en outre aux représentants d'investiguer les conditions actuelles existant dans la situation de l'entreprise et de collaborer en s'échangeant les informations dont ils disposaient. Ils devaient également collaborer en vue d'harmoniser les deux procédures, ainsi que d'optimiser les perspectives de réhabilitation de l'entreprise. Dans la mesure où les représentants repéraient des obstacles à un plan potentiel de réorganisation, ils s'engageaient à les enrayer en procédant à la médiation des intérêts opposés. De manière générale, agissant à titre de *facilitators*, ils devaient s'efforcer de promouvoir un consensus parmi les parties quant à l'élaboration d'un plan de redressement.

Tel qu'il a été entériné, le protocole partageait l'administration de l'empire Maxwell. En effet, cette entente reconnaissait le statut de *corporate governance* (l'administration et la gestion de l'entreprise) aux représentants anglais, alors que le représentant américain intervenait en révision ou en approbation des décisions du premier. Étaient en outre reconduites les fonctions du président et du chef administratif dans les activités courantes et journalières des deux plus importantes filiales de Maxwell (lesquelles personnes pourront être démisés de leur fonction et remplacer de concert par les représentants anglais et américain). De plus, le consentement préalable du représentant américain, ou à défaut celui de la Cour de faillite des États-Unis, conditionnait certaines opérations et transactions énumérées concernant ces deux filiales. Le protocole accordait aux représentants anglais un pouvoir discrétionnaire pour toute autre filiale sise à l'extérieur des États-Unis, mais soumis à l'autorisation du tribunal américain ou du représentant américain selon les sommes impliquées par les transactions projetées. Le protocole imposait également au représentant américain un devoir général d'investiguer et d'harmoniser¹⁶¹.

Précisément, les représentants américain et anglais étaient tenus en vertu du protocole d'intégrer et de coordonner leurs plans de redressement,

conflictuelle qui met en péril principalement l'exécution de contrats commerciaux internationaux, le concept de la médiation des différends, au même titre que l'arbitrage, ne pourrait-il fonder les pouvoirs des représentants des procédures d'insolvabilité conséquemment ouvertes, dans le but ultime de proposer une entente concernant l'ensemble des aspects de l'administration d'une banqueroute ?

161. Nous faisons ici une brève présentation du contenu et de la portée du protocole, tel qu'il a été entériné par les tribunaux anglais et américain, fondée sur les propos de M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 88-91 : « This provision of the Protocol resolved a conflict between English administration law (pursuant to which the appointed administrators become the corporate governance of a company in administration) and U.S. reorganization law (pursuant to which prepetition management ordinarily remains the corporate governance of the company in Chapter 11) » (p. 89). R. GITLIN et R.J. SILVERMAN, *loc. cit.*, note 142, 14-18.

qui devaient être similaires, de façon à en arriver à un compromis entre les exigences des lois sur l'insolvabilité en vigueur dans leur pays respectif quant à l'intérêt payable sur les créances des créanciers ordinaires (*unsecured creditors*), la date de détermination du taux de change applicable pour les créances stipulées en monnaie étrangère, la date limite pour le dépôt des réclamations des créanciers et les sanctions pour les retardataires¹⁶².

En définitive, le protocole, qualifié de *bilateral treaty on the international insolvency* de l'entreprise Maxwell, a pour but de réaliser sa réorganisation à l'échelle internationale¹⁶³. En fait, le redressement de cette entreprise colossale fut remarquablement expéditif, dû précisément à l'approche *ad hoc* de l'harmonisation des procédures d'insolvabilité¹⁶⁴. L'élaboration et l'exécution d'un tel protocole dépendent en grande partie des personnes impliquées et de leur conception de ce type d'entente particulière quant à l'administration d'une affaire de cette envergure¹⁶⁵.

Enfin, il est également pertinent de souligner une quatrième affaire concernant cette fois l'effondrement de l'entreprise familiale Olympia & York (O & Y), en 1992-1993¹⁶⁶. À l'instar de l'affaire *Maxwell*, O & Y a fait l'objet simultanément de deux procédures complètes et globales d'insolvabilité, instituées au Canada et aux États-Unis, dans le but notamment de redresser et de réorganiser l'entreprise. À la suite de difficiles négociations¹⁶⁷, un protocole fut élaboré et entériné par les tribunaux américains et

162. M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 93 et 94 ; J.L. WESTBROOK, *loc. cit.*, note 2, 749 et 750. En ce qui concerne la date de détermination du taux de change, elle est fixée dans les articles 118 (1) (art. 275) et 125 (art. 18.6(8)) du projet de loi C-5, en ce que les réclamations visant des créances établies en devise étrangère devront être converties en monnaie canadienne aux dates stipulées.

163. R.A. GITLIN et R.J. SILVERMAN, *loc. cit.*, note 142, 18.

164. T. BROZMAN, *loc. cit.*, note 3, 20. En fait, cet empire fut réorganisé en 16 mois, ce qui est relativement expéditif considérant les sommes importantes impliquées.

165. *Id.*, 21, où l'auteure, T. Brozman, précise à ce titre : « If the judges who are involved, or the professionals appointed by the judges who are involved, are not like-minded, you can have very difficult road trying to administer such a case. »

166. *Olympia & York Developments Ltd. c. Royal Trust Co.*, (1993) 20 C.B.R. (3d) 165 ; E.B. LEONARD et R.G. MARANTZ, « Cross-Border Issues between the United States and Canada », dans R. GITLIN, *op. cit.*, note 130, p. 439, aux pages 463-466 ; J.L. WESTBROOK, *loc. cit.*, note 2, 745 et 746 ; Y.J. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 6, 189-191 ; W. STEWART, *Too Big to Fail; Olympia & York: The Story behind the Headlines*, Toronto, McClelland & Stewart, 1993.

167. Dans l'affaire *Olympia & York Developments Ltd. c. Royal Trust Co.*, précitée, note 166, 167, le juge ontarien précise : « Like most other accomplishments in this multi-national corporate re-organization of the Olympia & York companies, the Protocol is the product of intensive-even herculean-efforts on the part of all concerned. Mr. Vance and everyone involved are to be commended for what is yet another triumph in these proceedings of the oldest of all « alternative dispute resolution » techniques : negotiation. » M. Cyrus

canadiens : il avait pour objectif premier de coordonner et de répartir le *corporate governance* des filiales (de la maison-mère canadienne d'O & Y) détenant des biens immobiliers aux États-Unis¹⁶⁸. Ce protocole peut notamment être modifié, à la suite de l'approbation des tribunaux visés, par la conclusion d'un plan de redressement. Aux termes du protocole, la compétence juridictionnelle des tribunaux canadien et américain est déterminée par le champ d'application matériel et territorial des législations canadiennes et américaines¹⁶⁹.

Bien que la conclusion d'ententes *ad hoc* de coordination fasse incontestablement partie de la pratique du droit international de la faillite, on s'interroge toujours sur le fondement sur lequel repose le pouvoir d'un juge d'approuver une telle entente. En d'autres termes, en vertu de quels principes, concepts ou notions les tribunaux s'autorisent-ils à coopérer au sein d'une insolvabilité transfrontalière ? Divers fondements peuvent évidemment justifier un tribunal d'entériner un protocole *ad hoc*¹⁷⁰. Les principes fondamentaux du droit international privé favorisent la coopération judiciaire en matière d'insolvabilité transfrontalière. Parmi ces principes, il suffit de mentionner la notion de courtoisie internationale entre les États, le principe de la loi d'autonomie ; cette coopération trouve également un appui dans les lois nationales relatives à la faillite qui énoncent le principe de l'équité et de l'égalité dans le traitement des créanciers¹⁷¹. D'autre part, les traités de nature commerciale conclus entre les pays, dans le but de promouvoir le commerce transfrontalier, peuvent justifier précisément l'approbation d'un tel protocole, puisque des principes d'accès au système judiciaire

R. Vance est l'*examiner* nommé par le tribunal new-yorkais conformément au chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis, précité, note 115.

168. *Olympia & York Developments Ltd. c. Royal Trust Co.*, précité, note 166, 166 et 167 ; T. BROZMAN, *loc. cit.*, note 3, 21 et 22.

169. Y.J. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 6, 190 et 191, précise : « All of this is expressed in the context of the stated objective of giving « deference to the Bankruptcy Court on matters of United States law and deference to the Court of Justice on matters of Canadian law ». »

170. Au sujet des fondements juridiques permettant à un juge d'approuver un protocole *ad hoc*, le document suivant est pertinent, établissant toutefois de tels fondements pour les tribunaux américains : INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, SECTION ON BUSINESS LAW COMMITTEE — INSOLVENCY AND CREDITOR'S RIGHTS, *Cross-border Insolvency Concordat*, Paris, septembre 1995, Appendix II, pp. II-1-II-5. L'étude que nous faisons ici de cette question est d'ailleurs fondée en partie sur ce texte. D'autre part, le fondement législatif permettant au tribunal canadien d'approuver un « protocole *ad hoc* » pourrait bien être désormais édicté par le projet de loi C-5, aux articles 118 (1) et 125, et selon l'interprétation qui sera accordée, entre autres, aux articles 268 (3) et 18.6 (2) qu'il ajoute aux lois canadiennes visées.

171. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *op. cit.*, note 170, pp. II-1-II-3.

et d'un traitement non discriminatoire par la loi y sont véhiculés¹⁷². Le juge peut également s'appuyer sur sa juridiction inhérente de faire justice entre les parties¹⁷³. Une disposition type de coopération judiciaire, comme celle à l'ordre du jour des travaux de la CNUDCI, pourrait être la source de l'autorité du juge d'approuver un tel protocole *ad hoc*¹⁷⁴. Au demeurant, il convient de s'interroger à savoir dans quelle mesure une entente de gestion et d'administration d'une situation d'insolvabilité ne pourrait pas à elle seule justifier et dicter son respect par les tribunaux. La négociation donnant en outre naissance aux relations commerciales internationales, alors pourquoi cette méthode alternative de résolution des différends ne pourrait-elle pas également autoriser un juge à entériner un protocole *ad hoc* ? Dans le commerce international, la négociation s'avère un mode sélectionné par les cocontractants pour établir les modalités et paramètres de la suspension temporaire ou définitive de leurs relations contractuelles au même titre que l'arbitrage, voire préalablement à celui-ci. Somme toute, si le commerce international voit le jour par l'entremise de négociations, son échec ne pourrait-il pas aussi se voir négocier par les parties intéressées à une faillite ? D'ailleurs, la supervision judiciaire de ces protocoles assure le respect des préceptes primaires du droit international de la faillite, telle l'égalité de tous les créanciers.

2.1.2 Les limites de la coopération judiciaire *ad hoc*

Quoique cette approche du cas par cas de la coopération judiciaire en matière d'insolvabilité transfrontalière soit innovatrice, elle se heurte néanmoins à un effet limité dans l'accomplissement d'une harmonisation à l'échelle mondiale¹⁷⁵. Alors que l'objectif principal de cette conception réside dans la coordination de l'administration de l'assiette mondiale du débiteur, les mêmes questions fondamentales de conflits de juridictions, de

172. *Id.*, p. II-3. Ce qui semble être la situation régnant entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, aux termes de l'ALENA.

173. *Olympia & York Developments Ltd. c. Royal Trust Co.*, précité, note 166, 168, en sus de la notion de l'*international comity*.

174. Voir CNUDCI, *op. cit.*, note 50, pp. 16-17, où il est précisé que le projet d'article 11 « se veut une disposition générale d'habilitation, autorisant les tribunaux ou d'autres autorités administratives compétentes de l'État adoptant les dispositions types à coopérer avec les tribunaux étrangers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité » (p. 17), et qui précise justement la possibilité pour un État d'ajouter à cette liste illustrative de moyens de coopération « l'approbation de protocoles spéciaux » (p. 17) (protocole *ad hoc*). CNUDCI, *op. cit.*, note 51, p. 22 (art. 21 du projet) ; CNUDCI, *op. cit.*, note 53, nos 85 et suiv. (art. 21 du projet).

175. Il s'agit ici de souligner les limites de l'approche *ad hoc* de l'harmonisation en matière de faillite internationale, telles qu'elles ont été rapportées par T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 901-903.

lois, de respect de l'ordre public et de l'effet extraterritorial peuvent persister et freiner l'efficacité réelle de cette voie d'harmonisation¹⁷⁶.

D'ailleurs, chaque solution élaborée ne vaut à toute fin pratique comme la loi de l'affaire en l'espèce (*the law of the case*)¹⁷⁷ : elle ne vise pas en soi à créer un précédent. L'application éventuelle d'un protocole *ad hoc* à une autre affaire similaire d'insolvabilité transfrontalière n'est donc pas certaine ; la notion du *stare decisis* est absente de cette approche de l'harmonisation du droit international de la faillite. À tout le moins, l'autorité de ce précédent pourrait lier la juridiction qui a entériné le protocole. Toute entente de ce genre demeure cependant une source d'inspiration disponible pour d'autres cas éventuels.

Dans la mesure où les principes se dégageant d'un protocole seraient suivis dans une autre banqueroute internationale par une juridiction visée, cela n'assure toutefois pas la reconnaissance de l'adjudication de celle-ci à l'étranger, en ce sens que la discrétion judiciaire quant à la reconnaissance de l'effet extraterritorial de cette décision n'est pas pour autant liée.

D'autre part, puisque ces solutions *ad hoc* ne sont pas largement diffusées, il devient difficile de s'en inspirer dans d'autres faillites internationales, mais également dans la planification des transactions commerciales¹⁷⁸. À ce titre, considérant le caractère fondamentalement unique et spécifique des solutions de coordination élaborées dans chaque faillite, celles-ci ne peuvent avoir qu'un effet restreint quant à la structuration des relations contractuelles internationales. À quoi il faut toutefois répondre que l'atteinte même limitée d'un certain degré de prévisibilité est justifiée dans ce contexte actuel de l'harmonisation du droit de la faillite transnationale¹⁷⁹.

Puisque ce genre de solutions *ad hoc* s'impose par la complexité et l'incidence économique internationale de mégafaillites, l'utilité et l'efficacité de cette dernière peuvent être minées dans de plus petits cas, considérant le coût associé à l'élaboration d'une entente complexe. Selon M. Thomas A. Gaa, cette critique ignore la pratique actuelle, en fait, « [the] « international common law of bankruptcy » that is evolving on an *ad hoc* basis in the large international bankruptcy cases does exert a real influence on harmonization of international bankruptcy law and practice », d'où

176. *Id.*, 901.

177. *Ibid.*

178. *Id.*, 901 et 902, où l'auteur, T.M. GAA, ajoute qu'il ne faut pas pour autant déprécier « the real conceptual and practical contributions being made by practitioners in these international cases », que doivent s'attarder à enseigner les institutions visées.

179. *Id.*, 902.

résulte « an evolving customary international law »¹⁸⁰, devant constituer la trame de toute tentative d'harmonisation et de coopération entamée à d'autres niveaux, à savoir une convention multilatérale.

2.2 Le modèle de coopération judiciaire *ad hoc*

2.2.1 La présentation du modèle de concordat de l'International Bar Association (IBA)

Comme nous l'avons démontré, la coopération judiciaire se concrétise actuellement par l'approbation de protocoles *ad hoc*. Or, l'utilisation de cette approche pour l'harmonisation internationale des procédures d'insolvabilité concurrentes est désormais soutenue par un modèle d'entente *ad hoc*. En effet, l'International Bar Association (IBA) a adopté en septembre 1995 la dernière version d'un projet de dispositions types, servant de guide aux praticiens et juges dans l'élaboration et la conclusion de ce genre d'entente, concernant la gestion d'une banqueroute transnationale, dans une perspective tant de réorganisation que de liquidation¹⁸¹. Il s'agit donc d'un modèle de concordat du genre d'un contrat type.

L'instrument de l'IBA intervient dans un contexte où règne à l'échelle mondiale un vide législatif sur cette question de droit privé. Cependant, ce modèle n'est pas un substitut à l'adoption d'une convention ou loi modèle

180. Ces extraits cités sont tirés de T.M. GAA, *loc. cit.*, note 2, 902 et 903, qui ajoute : « Thus, despite the unlikelihood that these solutions will be accorded any stare decisis effect, they are helping to define the customary international law in this area » (p. 903) et « Despite its inherent limitations, this approach constitutes a laboratory for developing practical solutions that may be employed in the future cases » (p. 903). D'autre part, selon cet auteur, la compilation de données sur l'incidence et la taille des faillites internationales à l'égard du commerce transfrontalier pourrait convaincre les États et les gouvernements de la nécessité de pourvoir à cette absence d'harmonisation officielle en cette sphère du droit international privé.

181. La première version date de 1993, laquelle fut présentée à l'International Bar Association (IBA), par le comité J de la Section du droit des affaires de l'IBA. Ce projet primaire fut modifié pour donner finalement la version telle qu'elle fut adoptée en septembre 1995. Ce modèle de concordat s'intitule le « Cross-border Insolvency Concordat » ou encore le « Concordat pour l'insolvabilité transnationale ». Le projet de 1993 a fait l'objet d'une publication notamment dans : M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 138-154. Pour la présente étude, il sera néanmoins question de la version de 1995. Quant à l'aspect historique de l'évolution de ce modèle et aux personnes ayant participé à son élaboration, voir notamment : INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, SECTION ON BUSINESS LAW COMMITTEE — INSOLVENCY AND CREDITORS' RIGHTS, *Report on the Committee J Cross-border insolvency concordat ; Presented to the Council of the Section on Business Law International Bar Association*, Paris, 17 septembre 1995.

et ne prétend pas remplacer ces avenues à l'harmonisation, il est plutôt considéré comme une mesure intérimaire¹⁸².

L'objectif de cet outil est de suggérer une série de dix dispositions, pouvant être façonnées par les parties intéressées, de manière que le protocole type s'accorde aux spécifications de chaque cas d'espèce¹⁸³.

Sommairement, le modèle de concordat propose des règles concernant « [la] désignation du for administratif ; [l']application des règles de priorité de ce for ; certaines règles applicables dans les cas où il y a plus d'un for administratif ; et [la] désignation des règles applicables pour annuler les transferts de biens ayant été effectués durant la période précédant l'insolvabilité¹⁸⁴ ».

De manière concise, certains éléments de ce modèle de concordat méritent d'être explicités. Le concordat fait état de la réalité en distinguant les types de procédures d'insolvabilité coïncidentes potentielles, à savoir une procédure unique englobant tous les biens et les réclamations à travers le monde, une procédure majeure complétée par des procédures auxiliaires ou secondaires dans d'autres pays, une multitude de procédures territoriales, ainsi que de nombreuses procédures se chevauchant quant à la juridiction et à l'assiette qu'elles envisagent¹⁸⁵. Les concepts de procédures principales, secondaires, auxiliaires et entières sont donc repris et aménagés de manière coordonnée. Brièvement, lorsqu'il y a plus d'une procédure, le modèle de concordat propose des mesures précises de coopération et la coordination des différentes procédures d'insolvabilité est alors impérative. La centralisation préserve manifestement l'assiette du débiteur insolvable et assure l'équité de traitement entre les créanciers. Or, c'est pourquoi une certaine primauté semble être accordée à la procédure principale et instituée

182. M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 140 ; INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, SECTION ON BUSINESS LAW COMMITTEES — INSOLVENCY AND CREDITORS' RIGHTS, CROSS-BORDER INSOLVENCY CONCORDAT, Paris, septembre 1995, pp. 1 et 2 : ce document contient une brève présentation et le texte même du modèle de concordat, avec également les commentaires et justifications pour chacun de ses articles. Le dessein principal de la section 2.21 de notre étude est d'établir de manière générale les paramètres et les idées fondamentales dans le respect desquelles le modèle de concordat de l'IBA a été adopté. L'étude exhaustive de chaque disposition n'est pas envisagée, puisque ce ne serait évidemment que redondant. Or, nos observations sont fondées essentiellement sur les commentaires et les justifications sous-tendant chaque article, tels qu'ils sont formulés par l'IBA.

183. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *op. cit.*, note 182, p. 1.

184. CNUDCI, *op. cit.*, note 15, n° 98, p. 18.

185. « IBA Approves Cross-border Insolvency Concordat », 1995 (27, 22) (17 octobre) *Bankruptcy Court Decisions Weekly News and Comment*, A1, A13.

dans la juridiction où le débiteur maintient son *nerve center*¹⁸⁶. Lorsqu'il y a plusieurs procédures, la diffusion et l'échange d'informations s'avèrent capitales et obligatoires dans une perspective de coordination ; en effet, seules les données publiques peuvent être transmises d'un représentant à l'autre¹⁸⁷. L'objectif de la coopération peut également être atteint par la conclusion d'un *corporate governance* entre les procédures entières d'insolvabilité concurrentes¹⁸⁸. D'autre part, lorsque les créanciers garantis et privilégiés ont reçu un dividende (conformément à la loi locale applicable à la procédure secondaire), le solde de l'actif de la faillite secondaire doit être transféré à la procédure complète et principale, afin qu'il y soit versé un dividende aux créanciers ordinaires¹⁸⁹. En général, le traitement simultané des créanciers ordinaires s'effectue au prorata dans chaque procédure, ou s'il y a lieu aux termes de la distribution de la procédure principale, puisqu'ils sont considérés comme des « creditors of a single world-wide estate¹⁹⁰ ». La loi locale de chaque juridiction, dont les tribunaux sont saisis en raison de l'insolvabilité du débiteur, régit le traitement devant être accordé aux créanciers privilégiés et garantis¹⁹¹. Au demeurant, chaque catégorie de créanciers devrait recevoir un dividende selon la règle du prorata. Un créancier ne peut en principe produire sa réclamation que dans une juridiction, à défaut de quoi il sera tenu de déclarer le dividende reçu aux termes d'une procédure étrangère. De surcroît, dans l'objectif d'optimiser la valeur de l'entreprise faillie, certaines transactions sont néanmoins annulables et diverses lois peuvent s'appliquer pour en arriver à obtenir l'annulation de celles-ci, en ce sens que le représentant d'une faillite peut utiliser toutes les lois à cet effet en vigueur dans chaque juridiction saisie. Cette démarche doit se faire dans le respect des règles de droit international privé et de la loi applicable au contrat liant le créancier visé par l'annula-

186. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *op. cit.*, note 182, p. 9, principe 1 du modèle de concordat. Le *nerve center* est d'ailleurs le lieu où se retrouve le *board of directors or senior management* ou encore « any jurisdiction the laws of which its creditors would reasonably have expected to govern their relationships with the entity » (p. 9).

187. *Id.*, pp. 13 et 14, principe 3 du modèle de concordat.

188. *Id.*, pp. 15-19, principe 4 du modèle de concordat qui propose des solutions propres au cas où plus d'une procédure entière et complète d'insolvabilité est instituée, mais sans pour autant qu'il y ait de *main forum*, soit de procédure principale. L'inclusion de ce concept de *corporate governance* provient de l'entente *ad hoc* convenue dans l'affaire *Maxwell*.

189. *Id.*, p. 20, principe 5 du modèle de concordat. Quoique dans certains pays de telles procédures limitées (secondaires et auxiliaires) ne soient pas prévues par la loi locale, il est par ailleurs possible de limiter la portée ou l'étendue d'une procédure entière et complète d'insolvabilité.

190. *Id.*, p. 14, principe 3 du modèle de concordat.

191. CNUDCI, *op. cit.*, note 14, n° 81, p. 17.

tion¹⁹². Par ailleurs, bien que la réhabilitation d'une entreprise s'opère sur la base de critères et de choix socio-économiques effectués par les États, cette réorganisation ou ce redressement de la situation de celle-ci n'est parfois possible que dans certaines juridictions, alors que pour d'autres ce concept est ignoré de la loi locale relative à l'insolvabilité¹⁹³. En conséquence, le protocole type envisage la coexistence de ces procédures de liquidation et de réorganisation d'une même entité, dans le cadre de procédures simultanées¹⁹⁴. De manière générale, la défense de l'*Act of State* n'est pas admise pour écarter une transaction, accomplie antérieurement à l'insolvabilité, qui serait autrement valide¹⁹⁵.

De surcroît, les litiges survenant lors de l'exécution d'un tel protocole *ad hoc* peuvent évidemment être soumis aux tribunaux l'ayant entériné, mais les parties pourraient également convenir, aux termes du protocole, de soumettre leur différend à l'arbitrage¹⁹⁶. Cela s'avère une proposition fort intéressante, qui se situe exactement dans le contexte de la résolution des conflits survenant lors de l'exécution d'un contrat commercial international.

Certains paramètres communs se dégagent du contenu de ces dix dispositions types. En effet, si la flexibilité est une caractéristique primordiale requise par le particularisme de chaque faillite, elle est également une condition à l'acceptation de ce modèle par les juges et les praticiens de ce domaine du droit international¹⁹⁷. D'ailleurs, afin d'encourager et de soutenir le commerce international, tout système ou régime d'insolvabilité doit être raisonnablement prévisible, juste, équitable et efficace¹⁹⁸. Le but ultime est de promouvoir le commerce international par un régime d'insolvabilité approprié. En fait, les dispositions types ont été rédigées par l'IBA de manière à répondre à l'exigence de prévisibilité requise pour les besoins

192. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *op. cit.*, note 182, pp. 21-25, principes 6, 7 et 8 du modèle de concordat.

193. *Id.*, p. 26.

194. *Ibid.*, principe 9 du modèle de concordat.

195. *Id.*, p. 27, principe 10 du modèle de concordat. Voir également à ce sujet : M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 49-51.

196. *Loc. cit.*, note 185, A13. Cette manière de résoudre les litiges, par des méthodes alternatives de résolution des différends, soulèvent potentiellement des questions d'arbitrabilité, au même titre que la survenance de la banqueroute d'un cocontractant alors qu'un différend né de l'exécution d'un contrat commercial international était déjà en cours d'arbitrage. Cette problématique fort intéressante déborde le cadre de notre étude, mais elle mérite une attention particulière.

197. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *op. cit.*, note 181, p. 6.

198. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *op. cit.*, note 182, p. 1. D'ailleurs, comme le souligne à juste titre l'IBA, la guerre est absente des pays dont les relations commerciales transfrontalières sont considérables et soutenues.

actuels du commerce international, en ce qui concerne l'administration d'une insolvabilité transfrontalière. Ces dispositions modèles prônent le respect des attentes des opérateurs du commerce international, quant à la loi applicable à leurs relations et à la juridiction compétente, diminuant ainsi les incertitudes chez les créanciers¹⁹⁹. À ce titre, il convient de déterminer le risque que le créancier prévoyait raisonnablement assumer lors de la conclusion du contrat. D'autre part, la recherche de la maximisation de la valeur de l'actif du débiteur apparaît comme un point commun à ces dispositions modèles. Le traitement équitable et non discriminatoire de tous les créanciers, peu importe leur nationalité ou origine, inspire les solutions individuelles élaborées à partir de cet instrument de coopération²⁰⁰. La présence d'un créancier ou du représentant d'une procédure étrangère devant une juridiction n'a pas en principe pour effet d'assujettir cette personne à celle-ci, si ce n'est qu'en ce qui concerne l'insolvabilité l'ayant justifiée²⁰¹. Au demeurant, le modèle de concordat repose essentiellement sur les règles du droit international privé²⁰². C'est à l'intérieur de ces paramètres que ces articles proposent des solutions pragmatiques et malléables quant à certains aspects d'une insolvabilité transfrontalière.

199. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *op. cit.*, note 181, p. 2: « These principles should reflect respect for the legitimate private expectations of the parties transacting business with the debtor, including their reasonable reliance upon laws of particular jurisdictions. » Autrement dit, le résultat atteint par l'adhésion à ce modèle de concordat ne doit pas être inattendu pour les cocontractants d'une relation contractuelle internationale, soit particulièrement pour le créancier. Or, c'est de cette manière que les échanges commerciaux à l'échelle mondiale (mais particulièrement le financement international des entreprises) seront soutenus et même stimulés.

200. *Id.*, p. 6: « The Concordat provides for non-discrimination of creditors based on nationality or domicile and suggests rules for the fair treatment of creditors. »

201. L'assujettissement sans limite à la compétence juridictionnelle d'un tribunal (à l'égard de toutes les sphères du droit et pas uniquement les matières concernant la faillite) constitue une crainte qui marque l'histoire du droit international de la faillite. À ce titre, les articles 118 (1) (art. 272) et 125 (art. 18.6 (7)) du projet de loi C-5 répondent à cette crainte en ne soumettant pas le représentant étranger à la juridiction du tribunal canadien du simple fait qu'il a présenté une demande conformément aux dispositions des lois canadiennes relatives à l'insolvabilité en contexte international, sauf pour les frais des procédures et lorsque la demande accordée est subordonnée à l'observance de toute autre ordonnance du tribunal.

202. CNUDCI, *op. cit.*, note 15, n^{os} 97 et 98, p. 18; M. SIGAL *et al.*, *loc. cit.*, note 13, 139.

2.2.2 L'illustration de l'application du modèle de concordat de l'IBA

Même au stade de projet, le modèle de concordat suscitait de l'intérêt, étant dès lors considéré comme une série de lignes directrices à la coordination d'une insolvabilité internationale²⁰³. Récemment, soit le 20 décembre 1995, les tribunaux ontariens et new-yorkais ont entériné respectivement un protocole *ad hoc* élaboré à partir du concordat type de l'IBA, ce qui apparaît d'ailleurs dans le libellé même de cet accord. En effet, l'entreprise Everfresh Beverages Inc. a fait l'objet de procédures d'insolvabilité complètes et concurrentes à l'intérieur de ces juridictions, dans le dessein d'une éventuelle réorganisation de sa situation financière²⁰⁴. L'assiette de cette entité insolvable se situe environ en parts égales au Canada et aux États-Unis ; les créanciers et fournisseurs du débiteur se séparent également entre ces deux pays. Considérant la complexité des problèmes de logistique quant à l'administration simultanée de procédures, et l'urgence de la situation, les représentants de la faillite et les créanciers ont convenu d'élaborer une entente cadre régissant les modalités de la coopération requise. Ils avaient pour objectif de maximiser la valeur de l'entreprise et d'assurer la protection des intérêts de tous les créanciers.

Principalement, le protocole aménage l'administration et la coordination des procédures simultanées²⁰⁵. Concrètement, les parties impliquées sont tenues de collaborer et de s'échanger toutes les informations qu'elles détenaient. Toutes les personnes en cause doivent également être avisées de tout acte ou de toute procédure et elles ont le droit corollaire d'y participer. Le protocole prévoit la juridiction exclusive des tribunaux de chaque État envers les procédures d'insolvabilité qui y sont respectivement instituées. De plus, toute transaction projetée est soumise à la juridiction exclusive du tribunal de l'État où sont situés les biens visés, alors qu'une juridiction

203. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *op. cit.*, note 181, pp. 6 et 7 ; *In re Hackett*, 1995 WL 422132, n. 3 (Bank. S.D.N.Y. 1995).

204. *In re Everfresh Beverages Inc. and Sundance Beverages Inc.*, Ont. C.J., Gen. Div. in Bankruptcy, n° 32-077978, 20 décembre 1995, j. Farley ; United States Bankruptcy Court Southern District of New York, n°s 95 B 45405, 95 B 45406, 20 décembre 1995, j. B.R. Lifland. À ces procédures est annexé le protocole conclu entre les parties et entériné par ces jugements. Un « séquestre intérimaire » fut nommé au Canada à titre de représentant de la procédure d'insolvabilité, alors qu'aux États-Unis, il est plutôt question de *debtors and debtors-in possession*. Il est pertinent de souligner ici la participation du juge canadien et celle du juge américain dans l'élaboration du modèle de concordat par l'IBA.

205. Il s'agit d'une brève synthèse des différents éléments ou aspects d'une insolvabilité transfrontalière, tels qu'ils sont traités et gérés par le protocole conclu dans l'affaire *In re Everfresh Beverages Inc. and Sundance Beverages Inc.*, précitée, note 204, sans néanmoins s'attarder sur les détails.

concurrente est accordée aux tribunaux du Canada et des États-Unis dans la mesure où ces biens se retrouvent dans ces deux pays. Un avis à cet effet doit être donné aux parties impliquées préalablement à la réalisation d'une opération ou d'une transaction qui n'est pas courante. Les créanciers peuvent se présenter devant les tribunaux de l'un ou l'autre des États impliqués, à l'instar des créanciers ressortissant de ces derniers. Certaines dispositions établissent précisément un mécanisme pour la production et l'ajustement des réclamations des créanciers, déposées dans les juridictions saisies. Enfin, le protocole prévoit l'application de certaines règles de conflits de lois à l'égard de l'admission, de la catégorisation et de l'annulation de créances. L'ultime mesure de coordination réside dans l'obligation pour les parties intéressées de présenter des plans de redressement similaires.

Le protocole élaboré précisément dans l'affaire *Everfresh* est considéré comme un exemple de l'application de la notion de courtoisie internationale entre le Canada et les États-Unis, en raison de l'acquiescement des tribunaux de ces pays à l'égard d'un tel protocole *ad hoc*²⁰⁶. Cette entente a d'ailleurs été conclue avec une célérité remarquable, car il s'est écoulé moins de cinq semaines entre l'institution des procédures et l'approbation de cette entente²⁰⁷. Le succès obtenu dans ce cas d'insolvabilité transnationale démontre l'efficacité du modèle de concordat pour l'élaboration d'une entente de coopération.

Ce genre de protocole *ad hoc* résout à l'avance des problèmes de droit international privé et de procédure, qui augmenteraient autrement le coût, les délais et la complexité générale de l'administration d'une insolvabilité transnationale²⁰⁸. Somme toute, l'affaire *Everfresh* est une source d'inspiration, voire un précédent, pour l'élaboration d'un protocole sur la base du modèle de l'IBA, ce qui contribue dans l'ensemble au développement du droit de la réorganisation internationale d'une entreprise en difficulté financière²⁰⁹.

Enfin, comme nous l'avons soulevé antérieurement, certaines avenues sont actuellement envisagées quant à la coopération internationale en matière d'insolvabilité transfrontalière : les conventions multilatérales, les conventions bilatérales, les législations types uniformes, l'adoption de lois locales et l'élaboration de protocoles *ad hoc*. Or, c'est toutefois dans l'ordre inverse que l'harmonisation semble être réalisable²¹⁰. En effet, c'est *a priori*

206. E.B. LEONARD, « *Everfresh* : A New Milestone in International Reorganizations », 1996 (28,7) (23 janvier) *Bankruptcy Court Decisions Weekly News and Comment*, A1, A4.

207. *Ibid.*

208. *Id.*, A6.

209. *Id.*, A6.

210. Il s'agit de l'opinion élaborée par E.B. LEONARD, *loc. cit.*, note 51, 53-55.

par des efforts consacrés à l'élaboration d'ententes généralement acceptables, pour toutes les parties impliquées dans une insolvabilité transnationale, que résident les fondements de l'harmonisation, et ce, en dehors de toute action législative. Les règles d'administration et de gestion d'une faillite internationale se dégageant de la pratique des protocoles *ad hoc* pourront ultérieurement être d'abord codifiées dans des législations domestiques et ensuite édictées dans des conventions bilatérales entre pays industrialisés, dont les économies sont fortement imbriquées, pour finalement être consacrées dans une convention multilatérale. Il est certes évident que si les praticiens et la communauté des affaires en arrivent à élaborer des paramètres convenant à toutes les personnes en cause de prime abord et visant à résoudre les difficultés que pose la gestion d'une banqueroute transnationale, alors toute codification ultérieure de cette pratique est conséquemment logique, même qu'elle s'impose²¹¹. D'ailleurs, la CNUDCI encourage et réitère l'opportunité de cette voie de coopération et de coordination d'une faillite internationale prônée par les protocoles *ad hoc* et elle entend ne pas ériger d'obstacles à l'élaboration de ceux-ci aux termes des dispositions législatives types qu'elle étudie présentement²¹².

Conclusion

Puisque l'insolvabilité transfrontalière est en soi une situation juridique qui fait précisément appel aux règles du droit international privé, des conflits s'élèvent particulièrement à l'égard de la juridiction, de la loi applicable et de l'effet extraterritorial d'une procédure d'insolvabilité.

Toutefois, certaines notions s'avèrent communes. En effet, la réalité des règles en cette sphère du droit est composée de l'ouverture d'une procédure complète, principale ou non, parfois assistée de procédures dont la portée est limitée (auxiliaire ou secondaire). L'attribution de la juridiction est capitale et dicte souvent la solution à retenir quant aux conflits de lois et à l'incidence à l'étranger d'une procédure locale d'insolvabilité. Il semble que la juridiction de la principale place d'affaires du débiteur est plus

211. L.J. CROZIER, *loc. cit.*, note 160, 87, précise : « It is difficult to envision in the foreseeable future any macro solution to international insolvency conflicts in general or to those which arise from transborder reorganizations in particular. It is suggested, however, that on an individual case basis, much can be accomplished on an international scale through creativity and cooperation on the part of counsel and the courts. Specifically, such cooperation may recognize the goals of the reorganization, and at the same time, resolve complicated issues relating to jurisdiction as well as the standing and authority of foreign insolvency representatives. »

212. CNUDCI, *op. cit.*, note 14, n^{os} 80 et 81, p. 17.

opportune, notamment du point de vue des pronostics de son cocontractant à ce sujet.

D'autre part, bien que différentes lois locales aient vocation à s'appliquer à la faillite internationale de la même entité insolvable, ce sont généralement la loi de la faillite du tribunal saisi et la loi de la situation des biens qui s'affrontent.

Au demeurant, l'extraterritorialité d'une procédure de faillite est soumise en principe aux mêmes règles régissant la reconnaissance de toute autre procédure judiciaire ou administrative instituée dans d'autres champs du droit international. Cependant, l'imprévisibilité se matérialise précisément à cette étape, puisqu'un créancier peut déterminer avec raisonnablement de justesse la portée de l'adjudication d'un tribunal en fonction de sa loi locale. C'est néanmoins le lot de tous les domaines de droit international : les efforts d'harmonisation s'insèrent dans cette perspective de l'effet extraterritorial intrinsèque de l'exportation de toute adjudication judiciaire.

Or, les impératifs de la mondialisation des relations commerciales exigent que l'institution, le déroulement et le dénouement d'une procédure de faillite au niveau international soit davantage prévisible, de manière que les cocontractants puissent déterminer avec plus d'exactitude ce qu'il adviendra de leurs droits. Tout régime de coopération doit être conçu en fonction des attentes et des exigences de la communauté commerciale internationale, en ce sens que les règles régissant les conséquences de la déconfiture d'un débiteur puissent être anticipées le plus précisément possible.

Mais encore, la flexibilité même du système d'harmonisation s'impose en raison des caractéristiques uniques de chaque situation de faillite internationale. À ce titre, les voies traditionnelles et rigides d'harmonisation que sont les conventions multilatérales et les lois modèles, envisagées actuellement par l'Union européenne et la CNUDCI, ne sont pas parvenues jusqu'à maintenant à établir un mécanisme de coopération judiciaire à l'échelle mondiale ; reste à voir l'accueil que recevront ces récents instruments en cours d'élaboration.

Concrètement, seule une avenue moins contraignante et plus flexible semble appropriée, telle que le modèle de concordat de l'IBA, car il se moule à la réalité de chaque banqueroute transnationale. Il faut insister sur le fait que ce sont les parties directement impliquées et visées par une insolvabilité internationale qui sont, de toute évidence, les mieux placées pour négocier les paramètres régissant le krach de leurs relations contractuelles. Puisque le statut du modèle de protocoles *ad hoc* est purement conventionnel, ce modèle est proposé au même titre que les guides, contrats types et condi-

tions générales gérant d'autres situations juridiques de nature contractuelle. Confortée des tentatives et des échecs d'harmonisation antérieurs, la conclusion de protocoles *ad hoc* pourrait même supplanter le besoin d'élaborer un traité relatif à la faillite internationale entre les États, considérant que cette alternative comble de manière satisfaisante la nécessité de coordonner les procédures concurrentes d'insolvabilité²¹³.

213. Y.J. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 6, 191.