

**L'INSOLVABILITÉ PANCANADIENNE,
TRANSFRONTALIÈRE ET INTERNATIONALE :
COMMENT ÊTRE PRÊT À GÉRER LES DIFFICULTÉS
MAJEURES**

Me Louis Dumont
Litige
(514) 878-8828
louis.dumont@fmc-law.com

5^e Conférence avancée sur la faillite
et l'insolvabilité
de l'Institut Canadien
Montréal, les 28 et 29 septembre 2005



FRASER MILNER CASGRAIN SENCRL

TABLE DES MATIÈRES

	Page
1. INTRODUCTION.....	1
2. LA COLLABORATION ET L'ENTRAIDE ENTRE LES TRIBUNAUX DANS LES DOSSIERS D'INSOLVABILITÉ PANCANADIENS.....	4
2.1 L'approche pluraliste	4
2.2 Les dispositions de la LFI et de la LACC.....	8
3. LES DISPOSITIONS ACTUELLES DE LA LFI ET DE LA LACC EN MATIÈRE DE COORDINATION ET D'ENTRAIDE AVEC LES TRIBUNAUX ÉTRANGERS	11
3.1 Articles 267 à 275 LFI.....	11
3.2 L'article 18.6 LACC.....	16
4. L'ARTICLE 304 DE LA LOI SUR LA FAILLITE AMÉRICAINE	22
5. LA LOI TYPE DU CNUDCI.....	29
6. LES AMENDEMENTS AU U.S. BANKRUPTCY CODE	37
7. LE PROJET DE LOI C-55.....	44
8. CONCLUSION	47
ANNEXE.....	48

1. INTRODUCTION

Le besoin et le souhait d'harmoniser l'application des systèmes juridiques dans le domaine de la restructuration et de l'insolvabilité n'est pas nouveau. Au Canada, la co-existence des systèmes de droit civil et de *common law* a souvent donné lieu à des difficultés dans l'application de plans de réorganisation et de redressement d'entreprises en difficulté.

La réforme du droit des sûretés introduite dans le *Code civil* en 1994 et le remaniement du régime de la publicité des droits en matière mobilière suite à la création du *Registre des droits personnels et réels mobiliers* (« **RDPRM** ») suivi de l'adoption le 17 septembre 1998 de la *Loi modifiant le Code Civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèque mobilière sans dépossession*¹ n'ont pas eu la portée escomptée par les praticiens en insolvabilité des autres provinces canadiennes et des États-Unis qui auraient souhaité un plus grand rapprochement avec le régime de *common law* et du *Personal Property Security Act*.

Plus récemment, le législateur fédéral adoptait la *Loi d'harmonisation numéro 1 du droit fédéral avec le droit civil*². Comme son titre l'indique, cette loi s'avérait être un nouvel effort pour tenter de s'approcher d'un système cohérent menant à l'application de solutions uniformes dans les restructurations et les faillites à travers le Canada.

¹ L.Q. 1998 C.5 (la Loi 181). Les sûretés du CCQ sont regroupées sous le vocable unique d'hypothèque et les contrats de vente à tempérament, de crédit-bail, et de location doivent dorénavant être publiés pour être opposables aux tiers.

² *Loi d'harmonisation numéro 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4.

Sur le plan international, la mondialisation de l'économie mène de plus en plus à la globalisation des restructurations des entreprises insolvable et des dossiers de faillite. De plus en plus, les entreprises ont des filiales, des opérations ou tout simplement des actifs situés à l'étranger. Les traités de libre-échange ont accéléré le volume des transactions internationales et, de ce fait, nous voyons une prolifération de créanciers situés dans plusieurs juridictions.

Cette évolution rapide soulève des défis importants pour les praticiens en insolvabilité qui se voient souvent confrontés à la difficulté de mettre en œuvre un plan de restructuration global malgré des systèmes juridiques souvent très différents. La mise en place d'un plan de restructuration ou de liquidation global soulève plusieurs questions :

- Doit-on déposer des procédures de restructuration ou de faillite dans toutes les juridictions où la débitrice a des actifs ?
- Comment mettre en place un plan de restructuration unique ?
- Comment obtenir la suspension de procédures dans les diverses juridictions nécessaire à la mise en place d'un plan de relance ?
- Comment traiter les créanciers étrangers lorsque les systèmes juridiques des divers pays prévoient un ordre de collocation et de priorité différent pour les créanciers ?
- Dans les cas de liquidation et de faillite, quel régime juridique s'applique aux paiements préférentiels et aux transactions révisables ?

Ces questions parmi tant d'autres témoignent de la nécessité croissante d'harmonisation des divers systèmes juridiques sur le plan international afin d'assurer le succès des restructurations et des faillites, tout en évitant les fraudes ou le traitement inéquitable de certains créanciers face à d'autres.

De même, ces questions mettent en lumière le besoin criant de coordination et d'entraide entre les tribunaux des diverses juridictions.

Dans les pages qui suivent, nous nous proposons d'examiner la législation actuelle et les mesures de coordination et d'entraide présentement en place au Canada et aux États-Unis, comment les tribunaux interprètent la collaboration avec les tribunaux étrangers, et comment ils tentent de réconcilier plusieurs systèmes juridiques qui mènent souvent à des solutions différentes.

Nous nous proposons ensuite d'examiner la *Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (« **CNUDCI** ») adoptée en 1997 et comment cette loi type a influencé les législateurs canadiens et américains. Dans cette optique, nous examinerons les modifications apportées à la *Loi sur la faillite américaine* par l'introduction du chapitre 15 ainsi que les changements proposés par le législateur canadien³.

³ Projet de loi C-55 intitulé *Loi édictant la Loi sur le programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers et les compagnies et d'autres lois en conséquence*, 1^{ère} lecture, 3 juin 2005.

2. LA COLLABORATION ET L'ENTRAIDE ENTRE LES TRIBUNAUX DANS LES DOSSIERS D'INSOLVABILITÉ PANCANADIENS

2.1 L'APPROCHE PLURALISTE

Le concept de collaboration entre les tribunaux de diverses juridictions n'est pas nouveau, surtout dans le secteur de l'insolvabilité.

Par contre, il n'a pas toujours été facile pour les tribunaux de réconcilier l'exercice de leur compétence territoriale exclusive avec la collaboration et l'entraide qu'il est souhaitable d'accorder aux tribunaux des autres provinces et aux tribunaux étrangers.

Par définition, l'exercice de la compétence en *common law* et en droit canadien est essentiellement territorial. Dans un dossier d'insolvabilité, ceci voudrait dire que les actifs doivent servir à satisfaire les créanciers situés là où se trouvent les actifs, selon l'ordre de priorité de la loi du tribunal en question. La collaboration et l'entraide en faveur des tribunaux étrangers implique nécessairement que le tribunal local devra, dans une certaine mesure, déférer l'exercice de sa juridiction au profit d'un tribunal étranger, sans toutefois aller jusqu'à lui accorder la réciprocité.

La définition de « courtoisie » reconnue à la fois par les tribunaux américains et canadiens remonte à la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt collaboration avec les tribunaux étrangers *Hilton c. Guyot*⁴ :

⁴ *Hilton c. Guyot*, 159 US 113 (1895), aux pp. 163 et 164.

[Traduction] La « courtoisie » au sens juridique n'est ni une question d'obligation absolue d'une part ni de simple politesse et de bonne volonté de l'autre. Mais c'est la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ces lois...

Cette définition de « courtoisie » entre les tribunaux fut reprise par le juge Estey de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Spencer*⁵ et à de nombreuses autres reprises par la suite⁶.

Au Canada, c'est l'arrêt *Morguard Investment Ltd.*⁷ qui a consacré le principe de courtoisie et de collaboration entre les tribunaux dans les cas de reconnaissance de jugements étrangers. Dans cette affaire, M. De Savoye était initialement caution à un prêt hypothécaire. Il a plus tard acquis les biens-fonds et assumé les obligations du débiteur hypothécaire. Par la suite, M. De Savoye déménage en Colombie-Britannique. Le créancier hypothécaire le poursuit et obtient un jugement par défaut en Alberta. Le défendeur n'a pas comparu ou produit une défense à cette action. Le créancier hypothécaire tente ensuite de faire reconnaître ce jugement en Colombie-Britannique où M. De Savoye réside maintenant. La Cour suprême établit les critères de reconnaissance de décisions étrangères comme suit :

- 1) Lorsque le défendeur se soumet à la juridiction du tribunal qui a rendu le jugement, la décision sera reconnue par le tribunal d'une autre province

⁵ *Spencer c. The Queen* [1985] 2 RCS 278, à la page 283.

⁶ Voir également *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye* [1990] 3 RCS 1077, *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 RCS 1022; *Hunt c. T. & N. PLC* [1993] 4 RCS 289, *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline n.v. (Trustees of)*, [2001] 3 RCS 907 et finalement, *SPAR Aerospace Ltd. c. American Mobile Satellite Corp.* [2002] 4 RCS 205.

⁷ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, *supra* note 6.

dans la mesure où le tribunal qui a rendu la décision a exercé sa juridiction.

- 2) Lorsque le défendeur n'a pas accepté la juridiction du tribunal ayant rendu jugement, cette décision étrangère doit être reconnue par le tribunal d'une autre province sur la base du principe de « courtoisie », lequel répond à la nécessité impérieuse de pouvoir faire exécuter partout au pays les jugements obtenus dans une province. L'organisation du système judiciaire canadien élimine toute crainte d'inéquité de traitement et assure une qualité de justice uniforme d'une province à l'autre.
- 3) Le jugement ne sera reconnu que s'il y a un lien réel et substantiel entre le litige et la juridiction étrangère ayant rendu le jugement.
- 4) La cour rejette l'approche de « réciprocité », affirmant que le test doit être souple et que la collaboration et la courtoisie ne seront appliquées que dans la mesure où les principes d'ordre et d'équité sont rencontrés. D'une part, l'ordre et la justice militent en faveur de la sécurité des opérations, c'est-à-dire, la reconnaissance du jugement rendu. D'autre part, l'ordre et la justice doivent être soupesés en fonction de l'équité (« fairness ») envers le défendeur. Ici la cour conclut que l'équité de la procédure n'est pas en cause à l'intérieur de la Fédération canadienne.

Dans l'affaire *Holt Cargo*⁸, la Cour suprême du Canada réaffirme le principe de courtoisie qui avait été reconnu dans *Morguard*⁹ et confirme l'application de ce principe dans le domaine de l'insolvabilité internationale. Par contre, la Cour suprême rejette l'approche « universaliste » proposée par le syndic de faillite belge, où se trouvait le siège social et la principale place d'affaire de la compagnie faillie, au profit d'une approche « pluraliste ». La Cour suprême définit l'approche universaliste comme suit :

There is much to be said for the proposition that primary insolvency proceedings having been instituted in Belgium, other jurisdictions where the bankrupt possessed assets should cooperate to the extent permitted by their respective laws with the Belgian courts. The need for such international cooperation in bankruptcy and insolvency has been evident for a very long time, though the ever-continuing ascendancy of multi-national enterprises and acceleration towards a global economy have made the underlying problems more acute.

As long ago as 1883, in the case of *Canada Southern Railway Co. vs. Gebhard*, 109 U.S. 527 (1883), the United States Supreme Court said, at page 539:

Unless all parties in interest, wherever they reside, can be bound by the arrangement which it is sought to have legalized, the scheme may fail. All home creditors can be bound. What is needed is to bind those who are abroad. Under these circumstances the true spirit of international comity requires that schemes of this character, legalized at home, should be recognized in other countries.

The essence of the universalist approach advocated by the Trustees is that there ought to be a primary bankruptcy proceeding, title to assets locally situated should be vested in the foreign representative of the bankrupt estate, creditors should not be permitted to realize on a foreign debtor's assets in the local courts outside the framework of the primary bankruptcy, and orders made in foreign bankruptcy proceedings should be recognized and enforced elsewhere.¹⁰

⁸ *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline n.v. (Trustees of)*, *supra* note 6.

⁹ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, *supra* note 6.

¹⁰ *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline n.v. (Trustees of)*, *supra* note 6, à la page 17.

La Cour suprême adopte plutôt une position mitoyenne entre l'« approche territoriale » et l'« approche universaliste » qu'elle qualifie d'« approche pluraliste ».

L'honorable juge Binnie définit l'approche pluraliste comme suit :

In short, Canada has adhered to a middle position (dignified by the name “plurality approach”) which recognizes that different jurisdictions may have a legitimate and concurrent interest in the conduct of an international bankruptcy, and that the interests asserted in Canadian courts may, but not necessarily must, be subordinated in a particular case to a foreign bankruptcy regime. The general approach reflects a desire for coordination rather than subordination, with deference being accorded only after due consideration of all the relevant circumstances rather than automatically accorded because of an abstract “universalist” principle. As pointed out by Professor Castel, *supra*, at pp. 554-555:

Under the doctrine of plurality which prevails in Canada, each country has the right, if it deems it advisable, to allow bankruptcy proceedings to begin in its territory by virtue of its bankruptcy law. The court applies its own substantive law. Thus, bankruptcies may be initiated in a number of countries with respect to the same debtor. In Canada, this rigid doctrine is partially tempered by close cooperation with foreign courts.¹¹

2.2 LES DISPOSITIONS DE LA LFI ET DE LA LACC

L'application du principe de collaboration et d'entraide entre les tribunaux sur le plan interne est tout désigné dans le domaine de l'insolvabilité, un secteur de compétence fédérale. D'ailleurs, tant la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »)¹² que la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »)¹³ précisent qu'une ordonnance rendue par le tribunal sous le régime de ces lois est exécutoire ailleurs au Canada de la même manière « que si l'ordonnance avait été rendue par le tribunal tenu par les présentes de l'exécuter » à tous les égards. De même, les deux lois prévoient que

¹¹ *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline n.v. (Trustees of)*, *supra* note 6, à la page 18.

¹² Article 188 de la LFI.

¹³ Articles 16 et 17 de la LACC.

les tribunaux doivent s'entraider et peuvent demander l'assistance des tribunaux des autres provinces au moment opportun.

L'application de ces dispositions dispositifs d'entraide peut mener à des résultats pour le moins surprenants. Par exemple, on sait que dans les provinces de *common law* on se formalise beaucoup moins quant à l'utilisation de séquestres intérimaires pour la réalisation des sûretés et des actifs d'une entreprise, que ce soit dans le contexte d'un avis d'intention de faire une proposition en vertu de la LFI, dans le contexte d'un arrangement en vertu de la LACC, ou autrement. Particulièrement en Ontario, les ordonnances de nomination de séquestre intérimaire prennent souvent la forme d'un « *receivership* » qui n'a rien d'intérimaire et qui met en place un régime de réalisation des actifs parallèle au dossier d'avis d'intention ou de faillite. Ces ordonnances sont souvent assorties d'une suspension des procédures.

Dans la mesure où la débitrice visée par l'ordonnance possède des actifs au Québec et que l'ordonnance de nomination est fondée, du moins en partie, sur l'article 47 LFI, une telle ordonnance devrait en principe avoir effet partout au Canada, sans la nécessité d'une reconnaissance de l'ordonnance dans chacune des provinces. L'utilisation du séquestre intérimaire permettrait également de réaliser les actifs de l'entreprise de façon globale.

Si les tribunaux québécois refusaient de reconnaître de telles ordonnances en totalité ou en partie, il y aurait toujours possibilité de faire signifier les préavis de recours hypothécaire et de faire abréger les délais pour que toute vente puisse se faire tant sur le couvert de l'ordonnance obtenue dans les autres provinces que sur le régime de la

réalisation des sûretés du *Code civil du Québec*. Par exemple, rien n'empêche le créancier garanti d'opter pour la vente des biens par le créancier et de procéder à la vente des actifs grevés par l'intermédiaire de la personne désignée à titre de séquestre intérimaire dans l'ordonnance émise à l'extérieur du Québec. De la même manière, si le créancier garanti opte pour la vente sous contrôle de justice, il peut sans doute, sur la base de l'ordonnance obtenue à l'extérieur du Québec, bénéficier de la réduction des délais pour l'exercice de son droit hypothécaire et la présentation de sa requête pour vente sous contrôle de justice.

3. LES DISPOSITIONS ACTUELLES DE LA LFI ET DE LA LACC EN MATIÈRE DE COORDINATION ET D'ENTRAIDE AVEC LES TRIBUNAUX ÉTRANGERS

3.1 ARTICLES 267 À 275 LFI

Dans la foulée du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Morguard*¹⁴ et de l'adoption de la Loi type¹⁵, le législateur fédéral a amendé la LFI afin d'y introduire la Partie XIII intitulée « Insolvabilité en contexte international ». Ces amendements, entrés en vigueur le 30 septembre 1997, ont pour but de faciliter la coordination entre des procédures visées par la LFI et des procédures intentées à l'étranger.

Les articles de cette partie sont rédigés de manière très générale afin de maintenir la flexibilité et la discrétion suggérées par l'approche pluraliste adoptée par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Morguard*¹⁶ et *Holt Cargo*¹⁷ plutôt que l'approche universaliste préconisée par les tribunaux américains. Cette approche fait valoir notamment les dispositions suivantes :

- a) le tribunal n'a pas l'obligation de donner effet aux ordonnances rendues par un tribunal étranger, ou de rendre des ordonnances qui sont contraires au droit canadien. Comme la Cour suprême, le législateur rejette l'approche de réciprocité en faveur d'un test plus souple et discrétionnaire;

¹⁴ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, *supra* note 6.

¹⁵ Voir *infra*, Section 5.

¹⁶ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, *supra* note 6.

¹⁷ *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline n.v. (Trustees of)*, *supra* note 6.

- b) lors de toute demande de coordination de procédures présentée par un tribunal ou par un représentant étranger, le tribunal canadien peut appliquer des règles de droit ou d'équité qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi. Encore ici, on reconnaît les notions d'« ordre » et d'« équité » auxquelles la jurisprudence avait recours pour protéger les créanciers canadiens. Par exemple, si la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ou d'une ordonnance étrangère causait un traitement inéquitable aux créanciers canadiens, ou encore une distribution moindre que celle à laquelle ils pourraient s'attendre en vertu de la LFI, le tribunal pourrait refuser d'accorder la coopération demandée¹⁸;
- c) le tribunal canadien peut assortir ses ordonnances des conditions qu'il estime indiquées dans les circonstances. Par exemple, le tribunal peut exiger du représentant étranger ou du tribunal étranger des rapports qui lui permettront, selon la teneur de son ordonnance, de modifier ou de rescinder l'ordonnance de reconnaissance de la décision étrangère.

Malgré la souplesse et la grande latitude accordées aux tribunaux canadiens en matière de coordination avec des procédures étrangères, ce régime prévoit certaines limites importantes :

- a) le débiteur faisant l'objet des procédures étrangères doit être insolvable ou failli. En principe, à moins que nos tribunaux adoptent une notion

¹⁸ Les paragraphes 268(5) et 268(6) de la LFI.

consolidée d'insolvabilité comme ce fut le cas sous la LACC, la débitrice canadienne solvable ne peut se voir assujettie aux procédures d'insolvabilité étrangères;

- b) en vertu de l'article 269, la suspension de procédures ordonnée dans le cadre de procédures intentées à l'étranger n'est pas opposable aux créanciers qui résident ou opèrent au Canada en ce qui touche les biens du débiteur situé au Canada que si elle résulte de procédures intentées au Canada. Ainsi, si le débiteur est déjà en faillite au Canada, s'il a déposé un avis d'intention ou une proposition concordataire sous la LFI, le tribunal canadien pourra reconnaître la suspension ordonnée par le tribunal étranger. Mais dans tous les cas, celle-ci doit être ordonnée par le tribunal canadien. Si la suspension de procédures est accordée, le tribunal en fixe les termes ainsi que la durée. Les conditions et la durée de la suspension doivent être compatibles avec les redressements prévus aux articles 69 à 69.5 LFI¹⁹. La jurisprudence canadienne a interprété de façon restrictive ces dispositions de la LFI. En fait, l'approche de nos tribunaux est plutôt territoriale que pluraliste. Dans l'affaire *In Re Singer Machine Co. of Canada Ltd.*²⁰, la compagnie-mère de la débitrice canadienne avait obtenu la protection de ses créanciers en vertu du chapitre 11 de la *Loi sur la faillite américaine*. Cette suspension de procédures visait également les

¹⁹ Voir paragraphe 271(2) LFI. L'article 270 permet au représentant étranger d'être nommé ou de faire nommer un séquestre intérimaire. S'il était en mesure d'obtenir la nomination d'un super séquestre, comme ils existent en Ontario, pourrait-il obtenir une période de suspension plus longue?

²⁰ *In Re Singer Machine Co. of Canada Ltd.*, (2000), 18 C.B.R. (4th) 127 (Alta. QB).

créanciers de la filiale canadienne. La cour refuse de reconnaître les procédures du chapitre 11 à l'égard de la filiale canadienne qui n'exploite qu'au Canada et dont les actifs sont exclusivement situés au Canada. La cour ajoute que le principe de courtoisie ne peut pas aller à l'encontre de l'ordre public ni créer une injustice pour ses citoyens.

La situation aurait été différente si nous avions été en présence d'une compagnie étrangère faillie qui a des actifs au Canada. Dans un tel cas, les tribunaux ont accordé la suspension²¹.

Nos tribunaux ont également refusé de suspendre les procédures contre une filiale canadienne poursuivie solidairement avec sa compagnie-mère devant l'Ontario Commercial Court²². Par contre, dans *Microbiz*²³, le tribunal ontarien a suspendu des procédures au Canada contre une compagnie américaine sous la protection du chapitre 11 même si la compagnie n'avait pas d'actifs dans la province. La cour conclut qu'il y a un lien réel et substantiel entre les procédures américaines et les procédures canadiennes. De même, les demandeurs de l'action canadienne avaient déposé des preuves de réclamation dans le dossier de faillite américain.

Dans *CIBC c. ECE Group Ltd.*²⁴, la cour a refusé de suspendre une demande reconventionnelle pendante devant un tribunal de l'Ontario au motif que la requête fournissait très peu de détails sur les sommes qui pourraient être éventuellement

²¹ *Re Graham (no 2)*, (1929) 3 D.L.R. 353 (Sask. K.B.); *Re IIT*, (1975), 58 D.L.R. (3d) 55 (Ont. H.C.).

²² *Braycon International Inc. c. Everest & Jennings Canadian Ltd.*, (2001) 26 C.B.R. (4th) 154.

²³ *Microbiz Corp. c. Classic Software Systems Inc.*, (1996) 45 C.B.R. (3d) 40.

²⁴ *CIBC c. ECE Group Ltd.*, (2001) 23 C.B.R. (4th) 92.

distribuées aux créanciers canadiens. Devant ce manque d'information, l'honorable juge Farley a considéré cette requête prématurée.

D'autre part, lorsque nécessaire, le tribunal canadien peut nommer un syndic comme séquestre intérimaire à la totalité ou une partie des biens du débiteur situés au Canada²⁵.

L'article 274 LFI prévoit que nous devons tenir compte des sommes reçues à l'étranger par un créancier dans une distribution de dividendes sous la LFI. Les créanciers ne peuvent bénéficier d'un traitement plus avantageux à cause des procédures d'insolvabilité concurrentes. Dans la distribution des dividendes aux créanciers d'un débiteur au Canada, on doit tenir compte des sommes que le créancier a reçues à l'étranger à titre de dividende ainsi que la valeur de tout bien du débiteur que le créancier a acquis à l'étranger au titre d'une créance prouvable ou à la suite d'un transfert qui constituerait une transaction révisable sous la LFI. En fait, le créancier ne peut pas recevoir aucun dividende de la distribution faite au Canada tant que les titulaires de créances venant au même rang que la sienne n'ont pas reçu un montant équivalent à ce qu'il a reçu.

Examinons maintenant les demandes qui peuvent être faites à un tribunal étranger. Sous la LFI, en l'absence d'une procédure étrangère, tous les actifs du failli, qu'ils soient meubles ou immeubles, sont dévolus au syndic de faillite²⁶. Si le syndic canadien n'obtient pas la coopération nécessaire pour prendre possession des biens situés à

²⁵ Article 271(3) LFI. L'article 47.2 s'applique avec les adaptations nécessaires au séquestre intérimaire nommé en vertu de cette disposition.

²⁶ La définition de « biens » à l'article 2(1) LFI et l'article 71(2) LFI.

l'étranger, le tribunal canadien pourra, par ordonnance, demander le concours du tribunal étranger et même demander la nomination d'un séquestre intérimaire²⁷.

3.2 L'ARTICLE 18.6 LACC

L'article 18.6 LACC est, dans une large mesure, le reflet des articles 267 à 275 LFI. Toutefois, la LACC a interprété le concept d'« insolvabilité » de façon très large pour inclure dans un plan de restructuration des entités juridiques qui, prises isolément, étaient solvables. Sans doute portés par l'interprétation large et libérale de la LACC et de l'utilisation répandue de la juridiction inhérente du tribunal dont l'honorable juge Farley a été l'instigateur, les tribunaux ont accordé une interprétation beaucoup moins restrictive de ces dispositions.

Dans *Holt Cargo*²⁸, la Cour suprême traitait une demande d'un syndic de faillite belge fondée sur l'article 18.6 LACC. Rappelons que la Cour suprême a opté pour l'approche pluraliste, mais tout en émettant la réserve suivante :

Le besoin de coordination internationale est important mais ne peut pas toujours être la considération déterminante. Les tribunaux doivent toujours exercer leur discrétion de suspendre les procédures canadiennes sur la base des faits pertinents à chaque dossier.

Un exemple de l'interprétation libérale de l'article 18.6 LACC est la décision dans l'affaire *Re Babcock & Wilcox*²⁹. Le juge Farley a étendu la suspension de procédures accordée à la compagnie-mère en vertu du chapitre 11 de la *Loi sur la faillite américaine* à sa filiale canadienne solvable et qui n'était pas menacée de réclamations.

²⁷ Article 271 LFI.

²⁸ *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline n.v. (Trustees of)*, supra note 6.

²⁹ *Re Babcock & Wilcox*, (2000), 18 C.B.R. (4th) 157.

Le juge Farley constate que le paragraphe 18.6(4) LACC qui permet de reconnaître les ordonnances étrangères et d'assister les représentants étrangers ne requiert pas que l'ordonnance s'applique à un débiteur insolvable. Cette approche a également été suivie dans les affaires *Grace Canada*³⁰ et *Re Matlack Inc.*³¹. Dans *Babcock*, le juge Farley énonce les critères devant guider le tribunal dans l'application de l'article 18.6 LACC :

I do not intend the factors listed below to be exclusive or exhaustive but merely an initial attempt to provide guidance:

- (a) The recognition of comity and co-operation between the courts of various jurisdictions are to be encouraged.
- (b) Respect should be accorded to the overall thrust of foreign bankruptcy and insolvency legislation in any analysis, unless in substance generally it is so different from the bankruptcy and insolvency law of Canada or perhaps because the legal process that generates the foreign order diverges radically from the process here in Canada.
- (c) All stakeholders are to be treated equitably, and to the extent reasonably possible, common or like stakeholders are to be treated equally, regardless of the jurisdiction in which they reside.
- (d) The enterprise is to be permitted to implement a plan so as to reorganize as a global unit, especially where there is an established interdependence on a transnational basis of the enterprise and to the extent reasonably practicable, one jurisdiction should take charge of the principal administration of the enterprise's reorganization, where such principal type approach will facilitate a potential reorganization and which respects the claims of the stakeholders and does not inappropriately detract from the net benefits which may be available from alternative approaches.
- (d) The role of the court and the extent of the jurisdiction it exercises will vary on a case by case basis and depend to a significant degree upon the court's nexus to that enterprise; in considering the appropriate level of its involvement, the court would consider:
 - (i) the location of the debtor's principal operations, undertaking and assets;

³⁰ *Re Grace Canada Inc.*, (2001) Carswell Ontario 2886 (Ont. S.C.J.).

³¹ *Re Matlack Inc.*, (2001), 26 C.B.R. (4th) 45.

- (ii) the location of the debtor's stakeholders;
 - (iii) the development of the law in each jurisdiction to address the specific problems of the debtor and the enterprise;
 - (iv) the substantive and procedural law which may be applied so that the aspect of undue prejudice may be analyzed;
 - (v) such other factors as may be appropriate in the instant circumstances.
- (f) Where one jurisdiction has an ancillary role,
- (i) the court in the ancillary jurisdiction should be provided with information on an ongoing basis and be kept apprised of developments in respect of that debtor's reorganizational efforts in -the foreign jurisdiction;
 - (ii) stakeholders in the ancillary jurisdiction should be afforded appropriate access to the proceedings in the principal jurisdiction.
- (g) As effective notice as is reasonably practicable in the circumstances should be given to all affected stakeholders, with an opportunity for such stakeholders to come back into the court to review the granted order with a view, if thought desirable, to rescind or vary the granted order or to obtain any other appropriate relief in the circumstances.

Sur la base de l'affaire *Babcock*³² et de l'interprétation très large de la LACC, il est recommandable dans les dossiers de restructuration, dans tous les cas où une suspension de procédures est nécessaire, d'avoir recours à l'article 18.6 LACC plutôt que les dispositions correspondantes de la LFI.

Dans d'autres décisions, la présence d'une « come-back clause », qui permet aux créanciers qui pourraient se prétendre lésés par la reconnaissance de l'ordonnance

³² *Re Babcock & Wilcox, supra* note 29.

étrangère, est une des mesures de protection pour les créanciers locaux que nos tribunaux peuvent accorder³³.

Ainsi, lorsque la suspension de procédures et la reconnaissance de la procédure étrangère demandée par le représentant étranger a pour effet de traiter les créanciers canadiens de manière moins favorable, la reconnaissance de la procédure étrangère pourra ne pas être accordée³⁴. De même, un plan de restructuration qui traiterait les créanciers canadiens moins favorablement que les créanciers étrangers ne serait pas reconnu par les tribunaux canadiens³⁵.

Par contre, les protocoles et les plans ont été approuvés par les créanciers et les tribunaux canadiens et américains dans les affaires suivantes : *Olympia and York Developments Ltd. c. Royal Trust Co.*³⁶ et *Re Laidlaw Inc.*³⁷.

L'affaire *Laidlaw*³⁸ est un excellent exemple de réorganisation transfrontalière réussie. Le 28 juin 2001, Laidlaw U.S.A. Inc. et ses filiales débitrices ont demandé la protection en vertu du Chapitre 11 de la *Loi sur la faillite américaine*. À la même date, Laidlaw Inc, une filiale canadienne, a demandé et obtenu une ordonnance initiale en vertu de la LACC.

³³ *Re United Airlines Inc.*, (2003) 43 C.B.R. (4th) 284.

³⁴ *Re United Airlines Inc.*, (2005) 9 C.B.R. (5th) 159, où les contributions aux fonds de pension dans les autres pays étaient à jour mais on demandait au tribunal canadien d'autoriser United à cesser de faire ses contributions à ses plans canadiens.

³⁵ *Menegon c. Philipp Services Corp.*, (1999) 11 C.B.R. (4th) 262.

³⁶ *Olympia and York Developments Ltd. c. Royal Trust Co.*, (1993) 20 C.B.R. (3d) 165.

³⁷ *Re Laidlaw Inc.*, (2003) O.J. 865 (Ont. S.C.J.).

³⁸ *Re Laidlaw Inc.*, *supra* note 37.

Un protocole d'insolvabilité en contexte international a été accepté des deux côtés de la frontière afin de faciliter la coordination des activités entre les procédures américaines et canadiennes.

Par la suite, Laidlaw U.S.A. Inc. a déposé un plan de restructuration en vertu du Chapitre 11 lequel a été subséquemment approuvé par une ordonnance d'homologation américaine. Cette ordonnance d'homologation prévoyait et exigeait spécifiquement que les requérants demandent l'aide des tribunaux canadiens pour mettre en œuvre certains éléments du plan de restructuration et de l'ordonnance d'homologation au Canada.

Le tribunal déclare que le but de l'article 18.6(2) de la LACC est d'accorder au tribunal une juridiction libérale et flexible afin de faciliter les procédures d'insolvabilité en contexte international qui impliquent des dépôts concurrents au Canada en vertu de la LACC et dans une juridiction étrangère en vertu des lois sur l'insolvabilité de cette dernière juridiction. Dans la foulée de *Babcock and Wilcox Canada*³⁹, le juge Farley a accordé une ordonnance reconnaissant l'ordonnance d'homologation américaine. Les éléments suivants ont servi à justifier la permission accordée à Laidlaw de se réorganiser à titre d'entité globale :

- a) le protocole a été mis en œuvre autant par les tribunaux canadiens qu'américains;
- b) les procédures américaines constituaient des procédures étrangères aux fins de la LACC;

³⁹ *Babcock and Wilcox Canada*, (2000), 18 C.B.R. (4th) 157 (Ontario S.C.J.).

- c) les parties intéressées des requérants ainsi que les autres débiteurs étaient assujettis à un seul processus de réclamation qui les traitait équitablement, indépendamment de la juridiction où ils résidaient;
- d) la restructuration proposée par le plan était de nature globale;
- e) un avis suffisant avait été donné quant à l'existence de ces procédures et des procédures américaines;
- f) plus de 90 % des revenus provenant des débiteurs avaient été générés aux États-Unis;
- g) le présent tribunal a été informé régulièrement du développement des procédures américaines.

Les requérants ont été dégagés de leur obligation de déposer un plan de transaction et de compromis au Canada en vertu de la LACC, à moins que et jusqu'à ce que le plan de restructuration proposé soit rejeté ou refusé par les tribunaux américains. De plus, le tribunal canadien a concédé la juridiction aux tribunaux américains pour déterminer, transiger ou influencer autrement les intérêts des demandeurs contre les requérants, y compris leurs créanciers et actionnaires.

4. L'ARTICLE 304 DE LA LOI SUR LA FAILLITE AMÉRICAINE

Nous avons vu que les tribunaux canadiens ont adopté une approche pluraliste lors de questions touchant la coordination de dossiers d'insolvabilité internationaux alors la solution américaine penche plus vers l'approche universaliste.

Comme au Canada, le *U.S. Bankruptcy Code* (« U.S.B.C. ») permet le dépôt et la co-existence de procédures de restructuration de faillite complète mais concurrente ou le dépôt de procédures ancillaires afin d'obtenir la reconnaissance aux États-Unis d'une procédure principale déposée dans une juridiction étrangère. Cette procédure principale sera normalement celle où le débiteur a son siège social, sa principale place d'affaires et la majorité de ses opérations ou actifs.

L'article 304 du U.S.B.C. traite de l'ouverture de procédures ancillaires aux États-Unis et de la reconnaissance d'une procédure étrangère. Suite à l'audition d'une demande en vertu de l'article 304 U.S.B.C., le tribunal américain peut, entre autres, suspendre des procédures contre une débitrice relativement à des actifs qui sont visés par la procédure étrangère, la reconnaissance et l'exécution de tout jugement contre le débiteur relativement à ces actifs ou même mettre en place ou mettre à exécution une sûreté sur les biens de l'actif du débiteur. Le tribunal américain peut même ordonner la remise ou la saisie des biens de l'actif ou le produit de la vente de ces biens en faveur du « représentant étranger »⁴⁰. On reconnaît-là une approche universaliste qui autorise le tribunal américain à déférer l'administration du dossier d'insolvabilité ou de faillite au

⁴⁰ Voir 11 USC §101 (24).

représentant étranger et au tribunal où a été ouverte la procédure principale. Toutefois, cette approche a des limites.

Le paragraphe 304(c) U.S.B.C. stipule que la décision du tribunal américain doit être guidée par l'assurance qu'une administration expéditive et économique du dossier dans la mesure où le tribunal américain est satisfait que tous les créanciers seront traités de manière juste et équitable, qu'il n'y aura pas de traitement préférentiel ou de transactions frauduleuses et que la distribution du produit de vente des actifs procédera généralement conformément à l'ordre de collocation prévu par le U.S.B.C.

Le paragraphe 304(c) se lit comme suit :

In determining whether to grant relief under subsection (b) of this section, the court shall be guided by what will best assure an economical and expeditious administration of such estate, consistent with –

- (1) just treatment of all holders of claims against or interests in such estate
- (2) protection of claim holders in the United States against prejudice and inconvenience in the processing of claims in such foreign proceedings;
- (3) prevention of preferential or fraudulent dispositions of property of such estate;
- (4) distribution of proceeds of such estate substantially in accordance with the order prescribed by this title;
- (5) comity; and
- (6) if appropriate, the provision of an opportunity for a fresh start for the individual that such foreign proceeding concerns.

Comme nous pouvons le voir, l'article 304 U.S.B.C. reconnaît la nécessité de collaborer avec la juridiction étrangère mais vise aussi à s'assurer que les débiteurs et

créanciers situés aux États-Unis seront adéquatement protégés et traités de manière équitable.

La demande en vertu de l'article 304 U.S.B.C. est déposée par le « représentant étranger » du débiteur. Dans le cas d'une injonction visant à suspendre une poursuite ou l'exécution d'un jugement contre le débiteur, la demande doit être déposée dans la juridiction où l'action est pendante ou que le jugement a été rendu. Lorsque le « représentant étranger »⁴¹ recherche la mise en place ou la réalisation d'une sûreté contre les actifs du débiteur, la demande doit être déposée dans la juridiction où les actifs sont situés. Pour tous les autres recours, la demande doit être déposée dans la juridiction où le débiteur a sa principale place d'affaires aux États-Unis ou dans la juridiction où sont situés la majorité de ses actifs américains.

En vertu du U.S.B.C., le « représentant étranger » du débiteur est un syndic, administrateur ou autre représentant de l'actif dans une procédure étrangère. « Procédure étrangère » signifie une procédure, qu'elle soit judiciaire ou administrative, régie ou non par la *Loi sur la faillite* dans le pays étranger où le débiteur a son domicile, sa résidence, sa principale place d'affaires ou à l'endroit où sont situés ses actifs, afin de liquider l'actif, de proposer un arrangement à ses créanciers, ou de procéder à une restructuration⁴².

⁴¹ Voir *supra* note 40.

⁴² Voir 11 USC §101 (23).

Le contrôleur nommé en vertu de la LACC ou le séquestre intérimaire nommé en vertu de l'article 47 LFI qui a des pouvoirs étendus à l'égard des actifs du débiteur sont des « représentants étrangers » au sens de l'article 304 U.S.B.C.⁴³.

Il est important de se rappeler que le dépôt d'une demande en vertu de l'article 304 U.S.B.C. ne suspend pas automatiquement les procédures. Lorsqu'une telle suspension est nécessaire et qu'il y a urgence, il faut déposer une demande d'injonction provisoire. C'est ce qui a été fait dans le dossier de Concert Industries Ltd., où des procédures en vertu de la LACC étaient pendantes au Canada. ACI Inc., une filiale de Concert Industries avait des opérations en Caroline du Nord. ACI Inc. faisait l'objet de l'ordonnance initiale émise au Canada en vertu de la LACC. Le tribunal américain a émis une ordonnance en vertu de l'article 304 reconnaissant les procédures canadiennes qui fut précédée d'une injonction provisoire suspendant toutes les procédures contre ACI Inc. et les autres compagnies du groupe Concert.

La célèbre affaire *Maxwell* illustre bien les difficultés inhérentes liées à la coordination de procédures d'insolvabilité concurrentes⁴⁴.

Dans cette affaire, Maxwell Communication Corp. PLC (« MCC »), une compagnie du Royaume-Uni, a déposé des procédures en vertu du chapitre 11 du U.S.B.C. suivi d'une demande de protection devant la High Court of Justice de Londres.

⁴³ C'est un autre exemple de l'approche universaliste en vertu de l'article 304 : *Re Fracmaster* 237 BR 627 (Bank. ED TEX. 1999) où un séquestre nommé pour liquider les actifs de la débitrice suite à l'échec d'une restructuration en vertu de la LACC fut reconnu comme représentant étranger ; voir également *Smith c. Dominion Bridge*, 33 BCD 1263 (ED Pa. 1999).

⁴⁴ *Maxwell Communication Corp. c. Barklay's Bank (In re Maxwell Commun. Corp.)* 170 BR 800, 816 (Bankr.S.D.N.Y. 1994), conf. dans 186 B.R. 807 (S.D.N.Y. 1995); conf. dans 93 Cir. F.3d 1036 (2d 1996).

Les dossiers d'insolvabilité américains et anglais étaient des procédures principales dans chaque pays. Les tribunaux des deux pays ont approuvé un plan de réorganisation conjoint.

Antérieurement à sa faillite, MCC avait effectué des transferts importants d'argent en Angleterre à trois banques européennes. L'administrateur de la faillite de MCC nommé par la *High Court* demande alors au tribunal américain de recouvrer ces transferts comme étant des transactions révisables en vertu de la loi américaine. Le tribunal américain réaffirme le principe de coopération (*international comity*) qui avait été défini par la Cour suprême américaine dans l'affaire *Hilton c. Guyot*⁴⁵, et ajoute :

- 1) Il existe une forte présomption face à l'utilisation par un débiteur étranger des recours à l'encontre de transactions révisables contenues au U.S.B.C. lorsque le domicile du débiteur, c'est-à-dire l'endroit où se trouve le centre nerveux du débiteur, n'est pas situé aux États-Unis.
- 2) Ce ne sont pas toutes les transactions étrangères qui requièrent une application extra-territoriale des lois américaines. Le tribunal américain doit d'abord examiner les faits afin de déterminer si le « centre de gravité » des transactions est situé à l'extérieur des États-Unis.
- 3) Si le tribunal détermine que les transactions ont leur « centre de gravité » à l'extérieur des États-Unis, le tribunal doit déterminer s'il est approprié d'appliquer les dispositions de la loi américaine à l'étranger.

⁴⁵ *Hilton c. Guyot*, *supra* note 4.

- 4) En matière de transactions révisables, la solution choisie doit être prévisible pour le débiteur et pour tous les créanciers. Cette prévisibilité ne peut être obtenue qu'en appliquant la loi du domicile du débiteur.
- 5) Les dispositions régissant les transactions révisables de l'Angleterre, même si elles sont moins généreuses que celles du U..B.C., ne vont pas à l'encontre de l'ordre public.

La cour écrit :

At the opposite end of the spectrum from territorialism, which uses local assets to satisfy local claimants in local proceedings with little regard for proceedings or parties elsewhere, is universalism, which would provide a single forum applying a single legal regime to all aspects of a debtor's affairs on a worldwide basis. As the enactment of section 304 of the Bankruptcy Code demonstrates, the United States in ancillary bankruptcy cases has embraced an approach to international insolvency which is a modified form of universalism accepting the central premise of universalism, that is, that assets should be collected and distributed on a worldwide basis, but reserving to local courts discretion to evaluate fairness of home country procedures and to protect the interests of local creditors.⁴⁶

Adoption of the home country test might well be desirable if there were a widespread treaty or convention which regulated international insolvencies. Unfortunately, there is none. And even under section 304, the U.S. has not adopted this approach; the section permits relief with respect to any "foreign proceeding", which is defined to encompass a proceeding pending in any "foreign country in which the debtor's domicile, residence, principal place of business, or principal assets were located at the commencement of such proceedings..." 1 U.S.C. § 101(23). Moreover, section 304 does not mandate blind adherence to the foreign court's decrees, but requires the U.S. court to consider the factors set forth in section 304(c).

In any event, whether one applies the Restatement's traditional choice-of-law analysis or Professor Westbrook's more radical approach, the conclusion is inescapable that, as Professor Westbrook concluded, English law ought govern resolution of these suits. MCC was a publicly-owned holding company, incorporated in England and run, for all intents and purposes, by MCC executives out of Maxwell House in London subject to the direction of an English board of directors. [**63] n23 MCC negotiated its loans with these defendants in England and

⁴⁶ *Supra* note 44, à la p. 22.

provided that English law would govern resolution of any disputes arising therefrom. The challenged transfers occurred in England and the recipients, two of which were English banks, were located in England. It is certainly questionable whether the defendants reasonably could have expected U.S. law to apply. At the time that MCC's chapter 11 case was filed, no other company had filed primary proceedings in [*818] both the U.S. and another country. Because, as mentioned earlier, English directors can be personally liable for trading while insolvent, it is a reasonable assumption that an insolvent or nearly insolvent English enterprise will file proceedings in England as in fact, MCC did. It would have taken a crystal ball to foresee a dual filing.⁴⁷

L'affaire *Ivaco Inc.*⁴⁸ est une autre illustration d'ordonnances restrictives temporaires émises par les tribunaux américains en vertu de l'article 304 U.S.B.C. Suite à l'émission d'une ordonnance initiale en vertu de la LACC, le contrôleur a déposé une requête en vertu de l'article 304 U.S.B.C. afin d'obtenir une ordonnance restrictive temporaire à l'égard des biens américains et des compagnies requérantes. Le juge Rhodes a accordé une ordonnance d'injonction interlocutoire le jour même de l'émission de l'ordonnance initiale.

⁴⁷ *Maxwell Communication Corp. c. Barklay's Bank (In re Maxwell Commun. Corp.)*, supra note 44 à la p. 23.

⁴⁸ *Ivaco Inc.*, (16 septembre 2003), Toronto 03-CL-5145 (Ontario SCJ).

5. LA LOI TYPE DU CNUDCI

Comme nous l'avons vu dans les sections précédentes, les tribunaux canadiens, américains et européens reconnaissent l'importance croissante de l'entraide et de la collaboration dans le contexte de dossiers d'insolvabilité et de faillite internationaux. Que l'approche soit pluraliste ou universaliste, les tribunaux recherchent, dans chaque cas, à mettre en place les mesures de coordination nécessaires pour assurer une administration saine et économique du dossier afin d'en maximiser la réalisation pour le bénéfice de tous les créanciers. Dans cette optique, les tribunaux portent une attention particulière à mettre en place les mesures nécessaires pour protéger les actifs et s'assurer que les créanciers locaux ne recevront pas un traitement moindre ou désavantageux par rapport à celui que recevront les créanciers étrangers. On reconnaît donc les concepts d'ordre et de raisonnable mis de l'avant par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Morguard*⁴⁹.

Malgré tout, la décision de collaborer avec le tribunal étranger et la portée de cette coopération demeurent, dans une large mesure, discrétionnaires. Afin de faciliter la résolution des conflits dans le cas de dossiers d'insolvabilité ou de faillite internationaux, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a préparé une loi type (la « **Loi type** ») qui a fait l'objet d'une résolution de l'assemblée générale des Nations Unies datée du 15 décembre 1997⁵⁰. En adoptant cette Loi type, la CNUDCI souhaitait que les pays membres incorporent dans leurs lois domestiques ces 32 articles afin d'uniformiser et de promouvoir la coopération entre les États lorsqu'un débiteur

⁴⁹ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, supra note 6.

⁵⁰ Résolution de l'assemblée générale des Nations Unies, no 52/158, 15 décembre 1997.

insolvable doit déposer des procédures d'insolvabilité ou de faillite dans plusieurs juridictions. La Loi type n'est pas un traité international et chaque État est libre ou non d'incorporer ces dispositions dans sa législation d'insolvabilité et de faillite locale.

D'ailleurs, l'article 3 de la Loi type prévoit qu'en cas de conflit entre la Loi type et l'obligation de l'État qui l'adopte découlant d'un traité avec d'autres États, les dispositions du traité ou de l'accord prévaudront. Le préambule de la Loi type confirme que celle-ci a pour but de promouvoir les objectifs suivants :

- a) assurer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes intervenant dans les affaires d'insolvabilité internationale;
- b) garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements;
- c) administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur;
- d) protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur; et
- e) faciliter le redressement des entreprises en difficultés financières, de manière à protéger les investissements et à préserver les emplois.

À ces objectifs, nous pouvons ajouter que la Loi type tend également à faciliter la coordination entre les tribunaux en rejoignant les objectifs suivants :

- a) uniformise la terminologie employée d'une juridiction à l'autre;

- b) facilite la preuve et uniformise la procédure qui doivent être faites par un représentant étranger, qui demande la reconnaissance d'une ordonnance par un État étranger où le débiteur a sa principale place d'affaires, des opérations et des biens, ce qui accélère le processus de reconnaissance d'ordonnance étrangère;
- c) uniformise la suspension des procédures dans le cas d'une procédure principale. Comme nous l'avons vu, sous la LACC, la LFI et l'article 304 USBC, la suspension des procédures n'est pas automatique. Maintenant, dans le cas d'une procédure principale, la suspension des procédures sera automatique mais l'État local sera libre de mettre en place les exceptions qu'il juge appropriées;
- d) permet de limiter les effets de la reconnaissance de l'ordonnance étrangère, s'il y a lieu, ou de modifier celle-ci si la situation l'exige, par exemple, pour s'assurer que le débiteur ou les créanciers soumis à sa juridiction ne souffrent d'aucun préjudice de la reconnaissance ou ne reçoivent pas un traitement moins avantageux suite à cette reconnaissance;
- e) consacre le principe interdisant la double distribution lorsqu'un créancier participe à une distribution dans une pluralité de dossiers d'insolvabilité.

La Loi type envisage deux types de procédures étrangères dont les effets de la reconnaissance seront différents.

Le paragraphe 2 b) de la Loi type définit « procédure étrangère principale » comme étant une procédure étrangère qui a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux. Le paragraphe 2 c) de la Loi type définit le terme « procédure étrangère non principale » comme étant une procédure étrangère, autre qu'une procédure étrangère principale, qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement où il exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services.

Dans le cas d'une procédure étrangère principale, la Loi type prévoit qu'une fois reconnue, la suspension des procédures sera automatiquement accordée, les mesures d'exécution contre les biens du débiteur seront interdites ou suspendues et le droit de transférer les biens du débiteur et de constituer des sûretés sur ses biens ou d'en disposer autrement est suspendu⁵¹.

Le siège statutaire du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux⁵².

L'article 21 de la Loi type permet également au représentant étranger de s'adresser au tribunal dès la reconnaissance de la procédure étrangère pour demander également la permission (i) d'interroger des témoins afin de recueillir des preuves ou fournir des renseignements concernant les biens, les affaires, les droits et les obligations

⁵¹ Article 20 de la Loi type.

⁵² Article 16(3) de la Loi type.

du débiteur; (ii) de confier l'administration, la réalisation de la totalité ou d'une partie des biens du débiteur situés dans l'État où un représentant étranger ou une autre personne nommée par le tribunal; (iii) d'accorder toute autre mesure que pourrait prendre l'État en vertu de ses lois⁵³.

Lorsqu'il s'agit d'une procédure non principale, il n'y a pas de suspension automatique des procédures, d'interdiction ou de suspension des mesures d'exécution contre les biens du débiteur et de suspension du droit de transférer les biens du débiteur à moins que celle-ci ne soit demandée une fois la procédure étrangère reconnue.

Le tribunal pourra accéder à la demande s'il est nécessaire de protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers; or, dans toute mesure appropriée dont celles énumérées aux paragraphes a) à g) de l'article 21 de la Loi type.

L'article 19 de la Loi type permet également en cas d'urgence, dès le dépôt de la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère, principale ou non, d'obtenir une suspension de procédures ou d'autres redressements appropriés aux conditions et pour la durée déterminée par le tribunal. Le tribunal peut refuser d'accorder les mesures visées à l'article 19 si ces mesures risquent d'entraver l'administration de la procédure étrangère principale⁵⁴.

Le tribunal peut subordonner aux conditions qu'il juge appropriées toute mesure qu'il accorde conformément à l'article 19 (émission de mesures intérimaires lors du dépôt d'une demande) ou à l'article 21. Il peut également modifier ou faire cesser les mesures

⁵³ Article 21 d), e), f) et g) de la Loi type.

⁵⁴ Article 19 (4) de la Loi Type.

accordées de façon intérimaire quant à toute procédure étrangère (article 19) ou pour la procédure étrangère non principale aux termes de l'article 19 ou 21⁵⁵.

Il en découle que le tribunal qui reconnaît la procédure étrangère non principale peut modifier les ordonnances qu'il a émises lorsqu'à propos.

Dès la reconnaissance de toute procédure étrangère, le représentant étranger a la capacité d'intenter des procédures pour annuler ou rendre sans effet les actes préjudiciables aux créanciers.⁵⁶ Toutefois, l'article 13 prévoit que les créanciers de toutes les juridictions devront avoir les mêmes droits. Toutefois, ceci ne porte pas atteinte au rang et à la priorité des créances. L'article 13 se lit comme suit :

Article 13 – Accès des créanciers résidant à l'étranger à une procédure [ouverture] en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, les créanciers résidant à l'étranger ont, en ce qui concerne l'ouverture d'une procédure et la participation à cette procédure en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité], les mêmes droits que les créanciers résidant dans le présent État.

2. Le paragraphe 1 du présent article ne porte pas atteinte au rang de priorité des créances dans une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité], à ceci près que les créances du créancier résidant à l'étranger n'ont pas un rang de priorité inférieur à [identifier la catégorie des créances non préférentielles non garanties et indiquer que les créances étrangères doivent avoir un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties, si des créances locales équivalentes (par exemple, créances découlant d'une sanction pécuniaire et créances dont le paiement a été différé) ont un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties].

⁵⁵ Article 22 (3) de la Loi type.

⁵⁶ Article 23 de la Loi type.

La demande de reconnaissance doit être présentée par le représentant étranger.

L'article 2 d) de la Loi type définit le représentant étranger comme suit :

2 d) Le terme « représentant étranger » désigne une personne ou un organe, y compris une personne ou un organe désigné à titre provisoire, autorisé dans une procédure étrangère à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur, ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère ;

Le représentant étranger devrait normalement être un syndic en vertu de la LFI, un contrôleur nommé en vertu de la LACC ou même un séquestre intérimaire ou autre administrateur des biens dont les pouvoirs permettent d'administrer le redressement ou d'entrevoir la liquidation des biens.

Une fois la coopération reconnue, le chapitre 4 de la Loi type (articles 25, 26 et 27) reconnaît le principe de « *comity* » et réaffirme le principe selon lequel le tribunal continue à coopérer dans toute la mesure du possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une personne nommée par le tribunal. Le tribunal peut même communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou avec les représentants étrangers pour leur demander des informations ou de l'assistance.

D'autre part, la Loi type prévoit la possibilité de plusieurs procédures étrangères non principales. Dans tous les cas, les ordonnances émises à l'égard de la procédure étrangère principale ont préséance sur les ordonnances rendues quant à toute procédure étrangère non principale⁵⁷. La Loi type ne prévoit toutefois pas de situation où le siège social change en cours d'instance ou celle où une nouvelle demande est faite pour

⁵⁷ Article 30 de la Loi type.

reconnaître une nouvelle procédure étrangère principale. Me Philippe Bélanger et Neil Peden soulèvent le dilemme comme suit :

However, the Model Law does not deal with the situation where a court, having already recognized the foreign main proceeding on the basis of the presumption at Article 16(3) that the debtors' registered office is its "center of main interests" is faced with a request for recognition of another foreign main proceeding in a jurisdiction which on a factual basis is the "true" center of main interests. Can a court, having previously recognized a foreign main proceeding, rescind that designation? Whatever solution is adopted, the effects could be problematic.⁵⁸

À notre connaissance, des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ont été adoptés en Afrique du Sud (2000), en Érythrée, au Japon (2000), au Mexique (2000), en Pologne, en Roumanie (2003), et en Serbie et au Montenegro (2002).

D'autre part, aux États-Unis, le chapitre 15 du *U.S. Bankruptcy Code* a été adopté le 20 avril 2005 et entrera en vigueur le 17 octobre 2005.

⁵⁸ BÉLANGER, Philippe H., PEDEN, Neil A., *The changing framework relating to the recognition of cross-border insolvencies in Canada and the United States*, Conférence pancanadienne sur l'insolvabilité, Barreau canadien, 16 septembre 2005, à la p. 18.

6. LES AMENDEMENTS AU *U.S. BANKRUPTCY CODE*

À compter du 17 octobre 2005, l'article 304 U.S.B.C. sera abrogé et remplacé par le chapitre 15.

Le chapitre 15 intitulé « *Ancillary and Other Cross-Border Cases* » reprend presque textuellement la Loi type de la CMUDCI sur l'insolvabilité internationale. D'ailleurs, tout comme la Loi type, le chapitre 15 comporte 32 articles⁵⁹.

À première vue, le chapitre 15 semble reprendre l'article 304 U.S.B.C. tout en codifiant la jurisprudence qui a été développée par les tribunaux américains au cours des années. Quoiqu'il en soit, même si le chapitre 15 ne révolutionne pas la pratique américaine, le fait demeure qu'en incorporant les dispositions de la Loi type dans le chapitre 15 de sa *Loi sur la faillite*, les États-Unis réaffirment leur engagement de coopération avec les tribunaux de juridictions étrangères dans les dossiers d'insolvabilité internationaux.

En vertu de l'article 304 de la loi actuelle, avant de reconnaître une décision étrangère et de mettre en place les remèdes appropriés pour assurer la coordination des dossiers internationaux, le tribunal doit s'assurer que sa décision est compatible avec les six principes suivants :

- 1) le traitement équitable de tous les créanciers;

⁵⁹ 11 U.S.C. § 1501 à 1532.

- 2) la protection des créanciers américains, c'est-à-dire de s'assurer que ceux-ci ne soient pas préjudiciés et traités défavorablement lors de la distribution dans la procédure étrangère;
- 3) la prévention des transactions révisables, y compris les transferts frauduleux d'actifs;
- 4) une distribution aux créanciers substantiellement conforme à l'ordre de collocation prévu à la loi américaine;
- 5) le principe de collaboration (*comity*); et
- 6) si approprié, permettre un nouveau départ pour le débiteur visé par la procédure étrangère.

L'article 11 U.S.C. § 1507 reprend textuellement cinq de ces critères de l'article 304(b) actuel, sauf le cinquième « *comity* » qui est maintenant inséré dans le paragraphe introductif de l'article 1507(b), qui se lit maintenant comme suit :

1507. (b) In determining whether to provide additional assistance [...], the court shall consider whether such additional assistance, consistent with the principles of comity, will reasonably assure:

(1) just treatment of all holders of claims against or interests in the debtor's property;

(2) protection of claim holders in the United States against prejudice and inconvenience in the processing of claims in such foreign proceeding;

(3) prevention of preferential or fraudulent dispositions of property of the debtor;

(4) distribution of proceeds of the debtor's property substantially in accordance with the order prescribed by this title; and

(5) if appropriate, the provision of an opportunity for a fresh start for the individual that such foreign proceeding concerns.⁶⁰

Certains auteurs considèrent que le déplacement de l'expression « *comity* » pour la placer dans le paragraphe introductif de l'article 1507(b) signifie que le critère de collaboration n'est plus un critère parmi tant d'autres, mais plutôt le critère déterminant autour duquel s'articulent les cinq autres. Par exemple, M^{es} Bélanger et Peden écrivent :

It is immediately apparent that the principal difference between the two revisions is that *comity* is no longer one element to consider among many; it is the sole remaining element, the others having become ends in themselves – the previous objective of “economical and expeditious administration having fallen by the wayside”.⁶¹

Avec respect pour l'opinion contraire, le paragraphe 1507(b) n'oblige pas le tribunal américain à collaborer avec les instances étrangères. Le tribunal doit plutôt, dans la détermination de l'utilité d'une telle coopération, tenir compte des principes de coopération (*comity*). Selon nous, c'est plutôt l'inclusion de l'expression « *will reasonably assure* » plutôt que « *consistent with* » qui s'éloigne de l'article 304 de la loi actuelle en ce qu'elle permet expressément que la protection des créanciers américains dans la procédure étrangère où le schème de distribution pourrait ne pas être identique à ce que prévoit la loi américaine au profit d'une solution uniforme sur le plan international. Quant aux autres modifications, les commentaires que nous avons faits relativement à la Loi type s'appliquent toujours avec les précisions suivantes :

- 1) Nous avons vu que la suspension de procédures en vertu de l'article 304 de la loi actuelle demeure discrétionnaire et doit être ordonnée par le tribunal lors de la demande de reconnaissance de la procédure étrangère.

⁶⁰ 11 U.S.C. § 1507(b).

⁶¹ *Supra* note 58.

Comme la Loi type le prévoit, la suspension de procédures est automatique lors de la reconnaissance d'une « *foreign main proceeding* » ; la suspension provisoire qui pourrait être accordée entre la date du dépôt de la demande de reconnaissance et l'audition sur celle-ci demeure toutefois discrétionnaire comme le prévoit la Loi type et ne sera accordée que lorsqu'il y a urgence afin de protéger les actifs du débiteur ou les intérêts des créanciers⁶².

- 2) La demande de reconnaissance est initiée par le dépôt d'une requête pour reconnaissance d'une procédure étrangère en vertu de l'article 1515⁶³.
- 3) Une procédure en vertu du chapitre 15 doit être déposée dans le district où se trouvent les actifs du débiteur étranger ou à la principale place d'affaires du débiteur étranger aux États-Unis ; à défaut, la demande peut être déposée dans le district où une procédure judiciaire est pendante contre le débiteur étranger. Contrairement à l'article 304 actuel, il y aura non seulement suspension des procédures contre la débitrice étrangère ou ses actifs situés aux États-Unis, mais également les articles de la loi régissant la vente ou l'utilisation de biens, de vente d'actifs et de sûretés sur les biens du débiteur deviennent applicables⁶⁴.
- 4) Le représentant étranger peut exploiter l'entreprise du débiteur et vendre les biens conformément aux dispositions de la loi américaine.

⁶² 11 U.S.C. § 1519.

⁶³ Voir également 11 U.S.C. § 1504.

⁶⁴ 11 U.S.C. § 361 à 363; 11 U.S.C. § 549.

- 5) Le représentant étranger a la capacité d'ester en justice et d'être poursuivi devant les tribunaux américains et peut s'adresser aux tribunaux américains pour obtenir tout remède ou redressement⁶⁵. Toutefois, le simple fait qu'un représentant étranger dépose une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère ne soumet pas le représentant étranger à la juridiction des tribunaux américains pour d'autres fins⁶⁶.
- 6) La cour américaine collaborera avec le représentant étranger.
- 7) Les créanciers étrangers ont les mêmes droits que les créanciers domestiques relativement à une procédure ancillaire initiée en vertu du chapitre 15⁶⁷. Toutefois, ce principe ne modifie pas l'ordre de priorité et de distribution prévu à la loi américaine, sauf que la réclamation d'un créancier étranger ne peut bénéficier d'un traitement moins avantageux que celui offert aux créanciers domestiques au seul motif que ce créancier est un créancier étranger.

Le chapitre 15 contient quelques restrictions :

- 1) les traités internationaux ont préséance sur le chapitre 15. Nous n'avons pas de tels traités en matière d'insolvabilité;

⁶⁵ 11 U.S.C. § 1509(b)(2).

⁶⁶ 11 U.S.C. § 1510.

⁶⁷ 11 U.S.C. § 1513.

- 2) les créances fiscales ou autres réclamations de droit public étrangères ne voient pas leur statut modifié au chapitre 15⁶⁸;
- 3) le tribunal américain pourra refuser de reconnaître une procédure étrangère si la décision de la reconnaître était manifestement contraire à l'ordre public des États-Unis⁶⁹.

Une fois la procédure étrangère reconnue en vertu du chapitre 15, les articles 1528 et suivants prévoient la forme que pourra prendre la coopération avec les tribunaux étrangers :

- 1) la nomination de représentants qui agiront dans les dossiers transfrontaliers et qui pourront, tout comme le tribunal, communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou représentants étrangers et demander leur assistance;
- 2) en coordonnant l'administration des actifs des opérations du débiteur;
- 3) en prévoyant diverses formes d'échanges d'information, de communications et de rapports;
- 4) en approuvant ou en mettant en place des conventions ou des protocoles relativement à la coordination des procédures;

⁶⁸ 11 U.S.C. § 1513(b)(2).

⁶⁹ 11 U.S.C. § 1506.

- 5) en émettant les ordonnances appropriées pour coordonner les procédures concurrentes qui sont pendantes, qu'il s'agisse de procédures d'insolvabilité principale ou ancillaire.

7. LE PROJET DE LOI C-55

Maintenant que nous avons passé en revue les faits saillants de la Loi type du CNUDCI, nous pouvons constater que le législateur canadien avait introduit dans notre droit certains de ses enseignements.

Le Projet de loi C-55, s'il est adopté, viendra à toutes fins pratiques incorporer à la LFI et à la LACC l'ensemble des dispositions de la Loi type. Au moment d'écrire ces lignes, le Projet de loi est en première lecture et doit toujours faire l'objet d'une révision par le comité législatif et être adopté par le Parlement. Même si la volonté politique est d'adopter le Projet de loi, y compris l'éventuelle Partie XIII de la LFI intitulée « Insolvabilité en contexte international »⁷⁰ et la Partie IX de la LACC intitulée « Insolvabilité en contexte international »⁷¹, le sort de ce projet de loi à court terme dépend plutôt de la Commission Gomery et de l'appétit électoral de l'opposition.

L'article 267 reprend textuellement les objectifs du préambule de la Loi type, dont celui d'assurer la collaboration des tribunaux et les autres autorités compétentes du Canada à l'étranger, de garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements, de mettre en place une administration équitable et efficace des instances d'insolvabilité en contexte international de manière à protéger les intérêts des créanciers et des autres parties intéressées, y compris protéger les biens du débiteur, et de faciliter le redressement des entreprises en difficultés de manière à protéger les investissements et préserver les emplois.

⁷⁰ Article 122 du Projet de loi C-55, qui remplace la Partie XIII de la LFI par les articles 267 à 284.

⁷¹ Article 131 du Projet de loi C-55, qui remplace les articles 18 à 22 de la LACC actuelle par les articles 18 à 62, dont les articles 44 à 62 qui incorporent la Loi type.

M^{es} Bélanger et Peden dans leur excellent article intitulé « *The changing framework relating to the recognition of cross-border insolvencies in Canada and the United States* »⁷², résumant en ces mots les différences entre la Loi type et les dispositions du Projet de loi C-55 :

[Traduction]

« Dans la plupart des cas, ces omissions ne sont pas matérielles puisque plusieurs articles de la Loi type sont soit redondants ou ont une importance relative dans le contexte des amendements à la LACC. Ces omissions comprennent :

- l'article 3 de la Loi type qui stipule que les obligations des États en vertu des traités et les conventions avec d'autres États ont préséance sur les dispositions de la Loi type;
- l'article 4 qui prévoit que l'identité du tribunal compétent qui appliquera la Loi type ;
- l'article 7 qui prévoit que la Loi type ne doit pas limiter les pouvoirs du tribunal de fournir une assistance supplémentaire représentant étrangers aux termes d'autres lois de l'État;
- l'article 8 qui prévoit que la loi doit être appliquée de bonne foi de façon à promouvoir une application uniforme et doit être interprétée à la lumière de l'origine internationale de la Loi type;
- l'article 9 qui confirme que le représentant étranger est en droit de s'adresser directement au tribunal de l'État;
- l'article 23 qui prévoit que le représentant étranger a le droit d'intenter des procédures pour attaquer des transactions révisables en vertu de la loi de l'État (considérant qu'un tel pouvoir n'est pas accordé au contrôleur en vertu de la LACC); et
- l'article 24 qui prévoit que lors de la reconnaissance d'une procédure étrangère, le représentant étranger peut intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur est une partie à condition que les exigences des lois de l'État sont rencontrées. »⁷³

Une autre distinction par rapport à la Loi type se retrouve à la LACC : le tribunal ne peut émettre une ordonnance intérimaire suspendant les procédures contre le débiteur

⁷² *Supra* note 58.

⁷³ *Supra* note 58.

étranger, comme le prévoit l'article 19 de la Loi type. Cette omission est peut-être due à la rapidité des auditions de la LACC et de l'utilisation à toutes les sauces de la juridiction inhérente du tribunal, que le législateur entend codifier à l'article 50 de la LACC.

Le législateur entend également codifier les enseignements de l'arrêt *Morguard*⁷⁴ lorsqu'il permet au tribunal d'avoir recours à toute règle de droit ou d'équité dans sa décision de reconnaître les ordonnances étrangères et dans les demandes d'assistance en faveur du représentant étranger.

Tout comme la Loi type, l'article 61(2) permet au tribunal canadien de refuser d'émettre une ordonnance de reconnaissance d'une procédure étrangère si l'ordonnance qui en résulte était contraire au droit canadien.

⁷⁴ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, supra note 6.

8. CONCLUSION

Comme nous pouvons le voir, l'adoption, en tout ou en partie, de la Loi type par la communauté internationale fera en sorte, du moins sur le plan procédural, de simplifier les dossiers d'insolvabilité internationaux et permettra, dans une certaine mesure, d'uniformiser le traitement des débiteurs et des créanciers dans de tels dossiers.

Le simple fait d'utiliser la même terminologie et d'incorporer des dispositions d'assistance « réciproque » dans les diverses lois permettra aux débiteurs, aux créanciers, aux praticiens dans le domaine de l'insolvabilité et surtout aux tribunaux d'appliquer des solutions uniformes et d'éviter la multiplication de procédures d'insolvabilité concurrentes tout en aspirant à une certitude juridique, aussi ténue soit-elle. Nous devons espérer que d'autres pays adopteront la Loi type dans la foulée des États-Unis.

Bien que la Loi type permettra, dans la plupart des cas, d'éliminer la nécessité de déposer des procédures principales dans plus d'une juridiction, il faudra examiner chaque cas ainsi que la législation des divers pays impliqués pour déterminer s'il y a lieu de déposer des procédures d'insolvabilité complètes et concurrentes.

Malgré cet effort d'uniformisation, il faut s'attendre à ce qu'il y ait de nombreux conflits, questions d'interprétation et demandes de révision des ordonnances de reconnaissance des procédures étrangères, selon les intérêts en cause.

ANNEXE