



## Assemblée générale

Distr. GENERALE

A/CN.9/413  
12 avril 1995

FRANÇAIS  
Original: ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES  
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL  
Vingt-huitième session  
Vienne, 2 - 26 mai 1995

### ASPECTS TRANSNATIONAUX DE L'INSOLVABILITE

#### Rapport sur le Colloque judiciaire CNUDCI - INSOL relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité

##### Note du Secrétariat

##### INTRODUCTION

1. On trouvera dans la présente note un résumé des informations présentées et des conclusions tirées lors du Colloque judiciaire relatif aux aspects transnationaux de la solvabilité, organisé les 22 et 23 mars 1995 à Toronto par le Secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité (INSOL). Le Colloque avait pour objet d'obtenir pour la Commission les avis de juges, ainsi que de hauts fonctionnaires spécialistes de la législation de l'insolvabilité, sur la coopération judiciaire dans les cas d'insolvabilité transnationale (ci-après dénommée "coopération judiciaire") et sur les aspects connexes que sont l'accès aux tribunaux des administrateurs de faillites étrangères et la reconnaissance des procédures de faillites étrangères (ci-après dénommés "accès et reconnaissance"). Le Colloque avait aussi pour objet d'aider la Commission, alors que celle-ci commence d'examiner ces aspects de l'insolvabilité transnationale.
2. Plus de 60 juges et hauts fonctionnaires de 36 Etats ont pris part au Colloque, ce qui a permis de tenir compte d'un large éventail d'expériences pratiques, ainsi que des perspectives de différents systèmes juridiques. On a ainsi pu obtenir, au stade initial des travaux de la Commission, l'avis de ceux qui seront les utilisateurs finals de l'instrument juridique qu'élaborera éventuellement la Commission dans le domaine de l'insolvabilité transnationale. Le Colloque a également été une occasion unique pour les juges de se rencontrer et de mieux comprendre les différentes approches nationales en matière d'insolvabilité transnationale; de telles rencontres sont précieuses, car elles permettent de promouvoir la coopération judiciaire.
3. Ayant pris la décision d'entreprendre des travaux sur ces aspects transnationaux de l'insolvabilité, la Commission a décidé à vingt-septième session d'organiser le Colloque. Cette décision a, quant à elle, été prise compte tenu des avis exprimés lors du premier Colloque CNUDCI-INSOL (Vienne, 17-19 avril 1994), auquel

ont participé des praticiens de l'insolvabilité provenant de différents domaines : juges, hauts fonctionnaires et représentants d'autres secteurs intéressés, y compris les prêteurs. Lors du Colloque, on a fait état des difficultés que posaient actuellement les cas d'insolvabilité transnationale et des effets néfastes, économiques ou autres, qui en découlaient, pour ce qui est tant de la valeur des actifs disponibles pour les créanciers que de la possibilité de sauver des entreprises et des emplois. Il avait été jugé que la Commission pourrait apporter une contribution utile dans des délais relativement brefs en s'attachant particulièrement à faciliter la coopération judiciaire, ainsi que l'accès et la reconnaissance. Il avait en outre été suggéré qu'il serait utile, dans un premier temps, d'obtenir les avis de juges, non seulement pour évaluer une nouvelle fois s'il était souhaitable et possible d'entreprendre de tels travaux, mais aussi pour recueillir les informations nécessaires pour ces travaux<sup>1</sup>.

## COLLOQUE JUDICIAIRE CNUDCI - INSOL RELATIF AUX ASPECTS TRANSNATIONAUX DE L'INSOLVABILITE

### A. Rapport de base du groupe d'experts

4. Les participants au Colloque se sont fondés pour leurs débats sur un document de base relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité élaboré par un groupe d'experts constitué par INSOL. Ce document sera finalisé compte tenu des avis exprimés lors du Colloque judiciaire et sera utile à la Commission pour ses travaux sur cette question.

5. Le document décrit l'environnement juridique actuel, dans le cadre duquel des solutions aux questions liées à l'insolvabilité transnationale doivent être élaborées. Cet environnement se caractérise par sa diversité et, souvent, par l'incompatibilité des solutions juridiques retenues, notamment le degré de liberté laissé aux juges en l'absence de toute loi en la matière. Cette situation peut empêcher, dans tel ou tel cas, d'appliquer une décision de liquidation ou un plan de redressement visant à maximiser la valeur des actifs du débiteur et à sauver autant d'emplois que possible. Par exemple, certains Etats adhèrent au principe de la "territorialité", en vertu duquel ils peuvent refuser de reconnaître une procédure de faillite étrangère et affirmer leur contrôle sur les actifs situés sur leur territoire, alors que des Etats ayant conclu des traités bilatéraux ou multilatéraux pourront être tenus d'appliquer des méthodes permettant une administration unique ou commune de l'insolvabilité (par exemple, les traités de Montevideo de 1889 et de 1940; la Convention nordique sur la faillite), ou une harmonisation de procédures simultanées.

6. Le rapport décrit les lois adoptées dans un nombre limité d'Etats traitant expressément de la coopération judiciaire et de l'accès et de la reconnaissance dans le contexte de l'insolvabilité. Ces lois présentent en général les caractéristiques suivantes : possibilité pour le représentant d'une faillite étrangère d'ouvrir une procédure secondaire ou "accessoire"; pouvoir donné au tribunal, d'empêcher ou de suspendre, sur la demande du représentant étranger, des actions intentées contre le débiteur ou les biens du débiteur, ou d'exécuter un jugement prononcé contre le débiteur; et transfert de la propriété des biens ou des produits de ces biens au représentant étranger.

7. Ces lois divergent également en ce qui concerne la mesure dans laquelle la coopération et l'assistance sont impératives ou sont laissées à la discrétion du tribunal requis, pour ce qui est tant de l'accès et de la reconnaissance que du degré de coopération. Par exemple, dans un pays, on a retenu une approche double, selon laquelle la reconnaissance et l'assistance sont impératives pour les procédures ouvertes dans certains pays,

---

<sup>1</sup> Les travaux actuels de la Commission sur les aspects transnationaux de la solvabilité se fondent sur une proposition faite lors du Congrès de la CNUDCI "Le droit commercial uniforme au XXIème siècle", à laquelle la Commission a décidé de donner suite à sa vingt-sixième session. Les débats et décisions de la Commission qui sont à l'origine de ses travaux actuels sur cette question sont résumés dans les documents A/48/17, par. 302 à 306 (vingt-sixième session) et A/49/17, par. 215 à 222 (vingt-septième session). Les documents soumis à la Commission à ce propos sont les suivants : A/CN.9/378/Add.4, et A/CN.9/398 (rapport sur le Colloque CNUDCI - INSOL, Vienne, 17-19 avril 1994).

ou peut-être d'autres aspects liés à la compatibilité du système juridique. Pour les autres pays, la reconnaissance et l'assistance sont discrétionnaires.

8. Une autre méthode consiste à autoriser la coopération et l'assistance à tous les pays sans discrimination, mais à laisser le tribunal libre de décider du degré de coopération et d'assistance à offrir dans un cas donné, la législation pouvant énoncer des critères pour encadrer cette liberté. Ces critères sont notamment les suivants : traitement équitable de tous les créanciers et cohérence, dans leurs grandes lignes, des systèmes juridiques en jeu pour ce qui est de la répartition des actifs.

9. Selon une autre variante encore, une assistance doit être fournie dans le cadre de procédures ouvertes dans des pays spécifiés, sur certification de représentants de l'Etat; le tribunal, exerçant sa discrétion pour ce qui est du type de coopération à offrir dans un cas donné, doit s'inspirer en particulier des règles du droit international privé.

10. On a également décrit diverses techniques et notions employées dans les domaines de la coopération judiciaire et de l'accès et de la reconnaissance, notamment en l'absence de tout cadre législatif ou conventionnel spécifique. Ces techniques sont notamment les suivantes : application de la doctrine de la courtoisie internationale par les tribunaux dans les juridictions de *common law*; émission, à des fins équivalentes, d'*exequatur* dans les juridictions de droit continental; conclusion de protocoles spéciaux visant à établir une coopération entre les juridictions saisies d'un cas d'insolvabilité transnationale et à faciliter l'administration transnationale d'une insolvabilité; exécution des ordonnances de faillite étrangères en application d'une législation générale sur la reconnaissance des jugements et procédures étrangers, notamment les commissions rogatoires émanant de juridictions étrangères. Le rapport comporte des annexes décrivant et comparant de manière plus détaillée les approches retenues dans les différents pays pour ce qui est de la coopération judiciaire et de l'accès et de la reconnaissance.

11. Le rapport présente un certain nombre de recommandations et conclusions provisoires : i) les Etats devraient être encouragés à énoncer dans leur législation certaines règles fondamentales applicables aux affaires d'insolvabilité transnationale; ii) la reconnaissance devrait être accordée avec diligence, après établissement des faits suivants : ouverture d'une procédure d'insolvabilité valide, contrôle des affaires commerciales et des actifs du débiteur, présence dans la juridiction étrangère d'intérêts commerciaux ou d'actifs du débiteur, ou de personnes ou d'informations liées aux affaires commerciales et aux actifs du débiteur; iii) les règles sur la reconnaissance et les effets de cette reconnaissance devraient être prévisibles; iv) les demandes de reconnaissance et d'exécution devraient être présentées par la voie judiciaire; v) une personne demandant la reconnaissance ne devrait pas être réputée s'être soumise sans réserve à la juridiction du pays étranger lorsqu'elle comparaît dans le cadre de la procédure d'insolvabilité; vi) après la reconnaissance, une coopération et une assistance devraient être offertes qui ne soient pas incompatibles avec la loi du pays étranger, le tribunal compétent étant libre de fournir l'assistance qu'il jugera appropriée selon les circonstances.

#### B. Programme du Colloque judiciaire

12. La première partie du Colloque a été consacrée à la présentation de six affaires importantes d'insolvabilité transnationale par des personnes y ayant participé. Les présentations ont été faites par des juges de pays et de systèmes juridiques différents ayant présidé certaines de ces affaires, ainsi que par des syndics de faillite et autres administrateurs nommés par un tribunal. Ensuite, le rapport a été présenté, de même que des observations de juristes renommés dans le domaine du droit des faillites, puis un groupe multinational de juges a procédé à une évaluation de la question. En outre, plusieurs débats ont été organisés durant le colloque qui ont permis d'enrichir substantiellement les expériences et les avis présentés.

13. Les avis et les questions présentés lors du Colloque sont résumés ci-après, en fonction des principaux aspects des travaux entrepris actuellement par la Commission, à savoir la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance.

## 1. Coopération judiciaire

14. Il ressort des expériences et avis présentés lors du Colloque que les juges sont en général tout disposés à coopérer dans les affaires d'insolvabilité transnationale. Toutefois, la coopération judiciaire est entravée par la disparité ou les lacunes des lois relatives à cette coopération. Il a été jugé dans l'ensemble qu'un texte de la CNUDCI, sous forme par exemple de dispositions législatives types, pourrait utilement favoriser la coopération et l'assistance entre juges de systèmes juridiques dans lesquels une telle activité doit être autorisée par la loi. En outre, même dans les juridictions où les juges ont d'importants pouvoirs discrétionnaires, il apparaît qu'un cadre législatif permettrait de réduire les incertitudes pour ce qui est du règlement des insolvabilités transnationales.

15. On a appuyé l'exclusion de l'insolvabilité des ménages du champ d'application de l'instrument qu'établirait la Commission. L'intention n'était toutefois pas de limiter cet instrument à l'insolvabilité de personnes morales car, dans certains cas, des particuliers géraient des entreprises économiques de caractère commercial sans avoir formellement constitué une société. Il y a par contre eu certaines divergences sur le point de savoir si le texte juridique qu'établirait la Commission devrait s'efforcer d'harmoniser des notions telles que les "créances", les "créanciers futurs" et la "libération des obligations". On a craint qu'une telle tentative n'aille au-delà sur ce qui était nécessaire pour faciliter la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance et ne rende le texte plus complexe et moins acceptable.

16. Selon certains avis, il faudrait incorporer, dans la législation relative à la coopération, une disposition, sous une forme ou une autre, prévoyant une suspension automatique de l'exécution des créances. Cela permettrait de disposer au moins d'un délai minimum pour examiner la demande du représentant de la faillite étrangère avant la liquidation ou le démembrement des biens du débiteur insolvable. On a jugé qu'il pouvait être bon qu'un juge nomme un tiers neutre, par exemple pour aider à harmoniser les procédures simultanées, pour faciliter la conclusion d'un accord, pour servir de médiateur en cas de litige et pour limiter la polarisation entre les différentes parties et aplanir les obstacles aux plans de redressement.

17. Il a été indiqué que les communications entre juges dans les affaires d'insolvabilité transnationale seraient particulièrement utiles car elles permettraient d'éclaircir des informations contradictoires, de suivre les procédures étrangères, d'obtenir des explications sur une loi étrangère et d'élaborer des plans de règlement et des solutions acceptables aux parties dans les deux juridictions. A ce propos, des approches différentes ont été présentées : certains étaient favorables à un droit pratiquement illimité des juges à communiquer directement, alors que d'autres préféraient certaines restrictions et l'adoption de certaines procédures. Les tenants de ces restrictions craignaient en effet qu'il ne soit ni correct ni équitable de communiquer ainsi en l'absence des parties. Les conditions de procédure proposées étaient notamment les suivantes : enregistrement de la communication, notification aux parties de la communication ou possibilité pour les parties d'être présentes.

18. Une suggestion, non directement liée aux travaux de la CNUDCI, mais visant à faciliter la coopération judiciaire, a été faite : il s'agissait de mettre en place une méthode d'accréditation des représentants des faillites, de manière à renforcer la confiance des juges priés d'intervenir par des représentants de faillites étrangères.

## 2. Accès et reconnaissance

19. Un consensus s'est dégagé quant à l'inclusion dans le texte à établir par la CNUDCI de dispositions relatives à l'accès et à la reconnaissance. Pour ce qui est des types de procédures à reconnaître, il a été avancé que les dispositions devraient se limiter aux procédures dans lesquelles le débiteur était effectivement insolvable. La suggestion selon laquelle il ne fallait pas traiter des procédures d'insolvabilité volontaire, ni des procédures dans lesquelles le débiteur restait en possession des actifs durant la procédure ou pouvait être considéré comme continuant de commercer tout en étant insolvable, se justifiait par le fait que de tels cas soit n'étaient pas universellement reconnus, soit étaient traités différemment selon les Etats.

20. Il a été noté que le rapport de base proposait un moyen de surmonter ces divergences entre systèmes juridiques en mettant l'accent sur la nature de la procédure, plutôt que sur le point de savoir si le débiteur était ou non insolvable. Les éléments essentiels de la procédure seraient les suivants : ouverture en application de la législation des faillites; objectif consistant à promouvoir collectivement la communauté d'intérêts des créanciers; et contrôle extérieur efficace de la gestion des intérêts commerciaux et des actifs du débiteur par un administrateur (que ce soit un administrateur indépendant, ou le débiteur lui-même).

21. D'autres suggestions ont été faites sur les objectifs possibles des dispositions législatives relatives à l'accès et à la reconnaissance : donner un certain effet exécutoire à la reconnaissance des procédures étrangères; prévoir une comparution limitée des représentants de faillites étrangères qui ne se soumettraient pas entièrement à la compétence du tribunal; donner un accès égal aux créanciers et abolir la priorité accordée automatiquement aux créanciers locaux; énoncer une règle sur la détermination de la procédure principale, toutes les autres procédures étant alors secondaires ou accessoires. Il a été noté que, lorsqu'on étudierait le choix des questions à traiter, il faudrait tenir compte des avantages, du point de vue de la faisabilité et de l'acceptabilité, qu'il y aurait à élaborer un instrument qui ne tente pas de traiter de trop de questions.

### CONCLUSIONS

22. Lors du Colloque judiciaire, il s'est dégagé un consensus selon lequel l'élaboration par la CNUDCI d'un texte législatif de portée limitée (par exemple, sous la forme de dispositions législatives types visant à faciliter la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance) était à la fois souhaitable et possible. L'urgence de cette question a été soulignée, vu le nombre de plus en plus grand de cas d'insolvabilité transnationale.

23. La Commission voudra peut-être à ce stade charger un groupe de travail d'examiner en détail les avis et informations présentés lors du Colloque judiciaire. Deux sessions du groupe de travail pourraient être organisées avant la vingt-neuvième session, afin de tirer parti des informations réunies dans le rapport du groupe d'experts et présentées lors des colloques.

24. Le groupe de travail pourrait également examiner les propositions faites quant à la forme et à la teneur possibles des travaux de la Commission (par exemple, des dispositions législatives types comportant un "menu d'options" pour les législateurs, s'inspirant peut-être des différentes méthodes retenues dans les législations en vigueur sur la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance; voir par. 6 à 9 ci-dessus).

25. Une telle méthode permettrait d'offrir aux Etats diverses approches possibles qu'ils pourraient adopter à propos des deux questions fondamentales : l'accès et la reconnaissance du représentant d'une faillite étrangère d'une part et, d'autre part, la détermination du degré de coopération à offrir dans un cas donné. Pour ce qui est de l'accès, une méthode consisterait par exemple à imposer un accès impératif pour ce qui est des procédures ouvertes dans des pays spécifiés, sur la base d'une évaluation de facteurs tels que la compatibilité des systèmes juridiques, l'accès étant alors discrétionnaire pour ce qui est des procédures d'autres pays. Selon une autre approche, l'accès serait discrétionnaire pour tous les pays. Une autre série d'options présentées aux Etats traiterait de la portée des mesures qui pourraient être adoptées pour appuyer une procédure étrangère et des conditions à remplir pour obtenir de telles mesures.