



Assemblée générale

Distr. LIMITEE

A/CN.9/WG.V/WP.42
26 septembre 1995

FRANÇAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité
Dix-huitième session
Vienne, 30 octobre - 10 novembre 1995

INSOLVABILITE TRANSNATIONALE

Questions liées à la coopération judiciaire et à l'accès et à la reconnaissance
pouvant se poser dans le contexte de l'insolvabilité transnationale

TABLE DES MATIERES

<i>Chapitres</i>	<i>Page</i>
INTRODUCTION	3
I. REMARQUES GENERALES	4
II. LES EVENTUELS FACTEURS DETERMINANTS DE L'ACCES ET DE LA RECONNAISSANCE	7
A. Compétence	7
B. Procédures étrangères ouvertes dans des pays spécifiés	7
C. Pouvoir discrétionnaire du tribunal	8
D. Types de procédures traitées	8
E. Type de débiteur	9
F. Pouvoir d'agir du représentant étranger	9
G. Considérations d'ordre public	9

TABLE DES MATIERES (suite)

	<i>Page</i>
III. EFFETS DE RECONNAISSANCE	10
A. Approches législatives possibles	10
1. Énumération détaillée des effets	10
2. Effets de la reconnaissance par référence à la loi applicable	11
a) La reconnaissance entraîne l'importation des effets de la législation étrangère des faillites	11
b) La reconnaissance déclenche l'application de la loi locale	12
c) Le choix de la loi est laissé au tribunal de la reconnaissance	12
3. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de détermination des effets de la reconnaissance	12
4. Exclusion de certains types de biens	12
5. Aspects procéduraux de la reconnaissance	13
IV. PROCEDURES D'INSOLVABILITE SECONDAIRES	13
A. Liens éventuels avec la procédure étrangère principale	14
1. Restriction de la compétence	14
2. Limitation du droit des créanciers de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire	15
3. Limitation du droit des créanciers à être payés dans les procédures secondaires ...	15
B. Procédure connexe visant à appuyer la procédure principale étrangère	17
V. ACCES DU REPRESENTANT DE L'INSOLVABILITE ETRANGERE	17
VI. COOPERATION JUDICIAIRE	18
A. Approbation de protocoles spéciaux	18
B. Communication judiciaire	18
VII. AUTRES QUESTIONS	19
A. Obligation d'informer les créanciers	19
B. Obligation des administrateurs de se communiquer des informations	19

INTRODUCTION

1. A la présente session, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité entamera ses travaux, conformément à la décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session (Vienne, 2-26 mai 1995) d'entreprendre l'élaboration d'un instrument juridique relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité¹.
2. La Commission a pris cette décision à la suite de suggestions formulées par des praticiens et des représentants d'autres milieux commerciaux directement concernés par le problème, notamment à l'occasion du Congrès de la CNUDCI sur "Un droit commercial uniforme au XXI^e siècle" (tenu à New York parallèlement à la vingt-cinquième session, du 18 au 22 mai 1992). A sa vingt-sixième session, la Commission a décidé d'étudier de plus près ces suggestions². Par la suite, pour évaluer l'opportunité et la faisabilité de travaux dans ce domaine et pour définir comme il convenait la portée de ces travaux, la CNUDCI et l'International Association of Insolvency Practitioners (INSOL) ont organisé un colloque sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité (Vienne, 17-19 avril 1994), qui a rassemblé des praticiens de l'insolvabilité de diverses disciplines, des juges, des hauts fonctionnaires et des représentants d'autres secteurs intéressés, y compris des prêteurs³.
3. Lors de ce premier Colloque CNUDCI-INSOL, il a été proposé que la CNUDCI entreprenne, tout au moins au stade actuel, des travaux dans le but limité mais utile de faciliter la coopération judiciaire, et l'accès aux tribunaux des administrateurs de faillites étrangères et la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité (appelés ci-après "coopération judiciaire" et "accès et reconnaissance"). Il a été proposé par ailleurs d'organiser une réunion internationale de magistrats afin de connaître leur avis sur les travaux de la Commission dans ce domaine. La Commission a accueilli favorablement ces suggestions à sa vingt-septième session⁴.
4. La CNUDCI et INSOL ont ensuite organisé à Toronto, les 22 et 23 mars 1995, un deuxième Colloque judiciaire sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité. L'objectif était de faire en sorte que la Commission, au moment où elle entreprenait des travaux sur cette question, obtienne les avis de juges et de hauts fonctionnaires concernés sur la question de la coopération judiciaire dans les cas d'insolvabilité transnationale et sur les questions connexes de l'accès et de la reconnaissance⁵. Selon le consensus qui s'est dégagé lors du Colloque, il serait utile que la Commission fournisse un cadre législatif, sous forme par exemple de dispositions législatives types, pour la coopération judiciaire et qu'elle incorpore dans le texte qu'elle élaborera des dispositions sur l'accès et la reconnaissance.

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-huitième session (1995), Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément N° 17 (A/50/17), par. 382 à 393.

²Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session (1993), Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-huitième session, Supplément N° 17 (A/48/17), par. 302 à 306. La note sur laquelle la Commission a basé ses débats à la vingt-sixième session a été publiée sous la cote A/CN.9/378/Add.4.

³Le rapport du Colloque CNUDCI-INSOL relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité présenté par le Secrétariat à la Commission à sa vingt-septième session figure dans le document A/CN.9/398.

⁴Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session (1994), Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément N° 17 (A/49/17), par. 215 à 222.

⁵Le rapport du Colloque judiciaire que le Secrétariat a soumis à la Commission à sa vingt-huitième session figure dans le document A/CN.9/413.

5. Lorsqu'elle a pris note des vues exprimées au Colloque, la Commission a noté que le Groupe de travail examinerait diverses questions qui y avaient été soulevées quant à la portée et aux effets éventuels du texte juridique à élaborer et aux approches à adopter. La solution proposée, selon laquelle le cadre juridique qui serait élaboré pour la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance comporterait, pour certains aspects, un "menu d'options" à l'intention des législateurs, a suscité un intérêt particulier au sein de la Commission. Une telle approche serait conforme à la réalité : en effet, non seulement il subsiste des divergences sensibles entre les dispositions de fond de la législation des faillites des différents Etats, mais aussi la législation de ces Etats diverge quant au degré et au mode de coopération judiciaire et d'accès et de reconnaissance. Ainsi, vu l'absence de dispositions en la matière dans de nombreux Etats, on peut supposer que même les choix les moins ambitieux sur le menu d'options qu'élaborerait la Commission constitueraient un progrès sensible par rapport à la situation actuelle. Toutefois, il faut noter que les diverses options présentées ci-après sont soumises à l'examen du Groupe de travail, afin que ses membres puissent faire part de leurs préférences en la matière.

6. La présente note a été conçue comme une liste sommaire annotée des questions et solutions qui pourraient être traitées dans l'instrument qu'élaborera la Commission. Cette liste ne se veut pas exhaustive et l'on peut supposer que, durant les débats, des questions seront posées qui ne sont pas traitées ci-après. En outre, le Secrétariat continue de consulter des praticiens et d'autres milieux intéressés, notamment par l'intermédiaire d'INSOL et du Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau (AIB), et les résultats de ces consultations pourront être portés à l'attention du Groupe de travail durant la session.

I. REMARQUES GENERALES

7. Pour établir la présente note et sélectionner les questions qui sont mentionnées, le Secrétariat s'est fondé sur les activités déjà entreprises et les instruments adoptés aux échelons national et régional dans le domaine de la coopération judiciaire, et de l'accès et de la reconnaissance. Aux échelons régional et multilatéral, on notera la Convention de droit international privé de La Havane, 1928 ("Code Bustamante"), les deux Traités sur le droit commercial international de 1889 et 1940 ("Traités de Montevideo"), la Convention entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède relative à la faillite ("Convention nordique sur la faillite", 1933, modifiée en 1977 et 1982), la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite ("Convention d'Istanbul", 5 juin 1990 (non encore en vigueur), et le projet de convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité de 1992 ("projet UE"), ainsi que la Loi type internationale sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (*Model International Insolvency Cooperation Act - MICA*) établie par le Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau⁶.

8. Pour sélectionner les questions présentées ci-après, le Secrétariat s'est fondé sur la gamme des questions traitées dans les instruments mentionnés ci-dessus, ainsi que dans les dispositions législatives nationales relatives à l'insolvabilité transnationale. Le Secrétariat avait également à sa disposition un projet d'étude des lois nationales et des activités liées à l'élaboration de traités multilatéraux dans le domaine de l'insolvabilité transnationale établi par un comité d'experts réuni par INSOL.

9. Le projet d'étude du groupe d'experts d'INSOL décrit l'environnement juridique actuel dans le cadre duquel les solutions aux problèmes liés à l'insolvabilité transnationale devraient être élaborées. Cet environnement se caractérise par sa diversité et, souvent, par l'incompatibilité des solutions juridiques retenues, notamment le degré de liberté laissé au juge 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

⁶On trouvera davantage de renseignements sur les instruments régionaux et bilatéraux mentionnés ici dans la note du Secrétariat publiée sous la cote A/CN.9/378/Add.4.

Etats adhèrent au principe de la "territorialité", en vertu duquel ils peuvent refuser de reconnaître une faillite étrangère et affirmer leur contrôle sur les actifs situés sur leur territoire, alors que des Etats ayant conclu des traités bilatéraux et multilatéraux peuvent être tenus d'appliquer des méthodes permettant une administration unique ou commune de l'insolvabilité (par exemple, les Traités de Montevideo de 1889 et 1940, la Convention nordique sur la faillite) ou une harmonisation de procédures simultanées.

10. Ce document 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 divergent quant à la mesure dans laquelle la coopération et l'assistance sont impératives ou sont laissées à la discrétion du tribunal requis. Par exemple, dans un pays, la reconnaissance et l'assistance sont impératives pour les procédures ouvertes dans certains pays spécifiés, sur la base d'une évaluation de la nature de ces procédures. Selon une autre approche, la coopération et l'assistance sont autorisées, mais le tribunal est libre de décider du degré de coopération et d'assistance à offrir dans un cas donné.

11. Sont également décrites dans le document diverses techniques et notions employées, notamment en l'absence de tout cadre législatif ou conventionnel relatif à la coopération judiciaire, et à l'accès et à la reconnaissance. Ces techniques sont notamment les suivantes : application de la doctrine de la courtoisie internationale par les tribunaux dans les juridictions de *common law*; exequatur, à des fins équivalentes, dans les juridictions de droit continental; conclusion de protocoles spéciaux visant à établir une coopération entre les juridictions connaissant de cas d'insolvabilité transnationale et à faciliter l'administration transnationale d'une insolvabilité; exécution des déclarations d'insolvabilité étrangères en application d'une législation générale sur la reconnaissance des jugements et procédures étrangers, notamment les commissions rogatoires émanant de juridictions étrangères. Il est également noté dans le document que des approches fondées purement sur la doctrine de la courtoisie internationale ou sur l'exequatur ne seraient pas aussi prévisibles et fiables qu'un cadre législatif conçu expressément pour la coopération judiciaire, et l'accès et la reconnaissance.

12. Il a été noté qu'à quelques exceptions près, les lois générales relatives à la reconnaissance réciproque des jugements, notamment les lois sur l'exequatur, pouvaient dans l'ensemble être considérées comme particulièrement imprévisibles en cas d'insolvabilité transnationale. En effet, de telles procédures pouvaient être limitées dans un système juridique donné à l'exécution de jugements ou injonctions prévoyant le paiement d'une somme donnée en cas de litige entre deux parties, plutôt que de procédure collective courante dans le contexte de l'insolvabilité. En outre, la reconnaissance d'une faillite étrangère, par exemple afin d'offrir des possibilités juridiques annexes, pourrait ne pas être considérée comme la reconnaissance d'un "jugement".

13. En fait, les décisions ou injonctions du tribunal étranger ne pourraient être exécutées que si elles étaient considérées comme définitives et exécutoires en vertu de la loi du for où elles étaient émises et si elles n'étaient pas jugées impossibles à exécuter. Une décision étrangère ne serait pas exécutée, par exemple, si le tribunal requis constatait que le tribunal étranger n'avait pas compétence en vertu des principes juridiques du tribunal requis, si le débiteur n'avait pas été avisé comme il convient dans le cadre de la procédure étrangère, si l'exécution ne serait pas conforme à une décision antérieure ou à une procédure en cours dans l'Etat requis, ou au cas où l'exequatur serait contraire à l'ordre public.

14. Il est noté dans le document que les perspectives qu'offre le recours, pour la reconnaissance des faillites étrangères, aux lois sur la reconnaissance réciproque des jugements sont encore restreintes par le fait que les déclarations ou injonctions d'un tribunal dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité pourraient être considérées comme des déclarations relatives à la situation ou la capacité d'une personne fondées sur l'exercice de la puissance publique et non comme de véritables jugements ou injonctions visés par la législation sur la reconnaissance réciproque. D'autres obstacles théoriques peuvent se dresser lorsque la procédure d'insolvabilité dont la reconnaissance est demandée a été ouverte volontairement par le débiteur.

15. Ce document ainsi que les consultations qu'a eues le Secrétariat avec des praticiens et autres entités intéressés directement à l'insolvabilité transnationale font apparaître que les travaux de la Commission, s'ils

ne sont pas ambitieux au point de tenter une unification de fond de la législation des faillites, pourront apporter une contribution pratique en permettant de résoudre divers problèmes. Les travaux de la Commission seront d'autant plus utiles que les cas d'insolvabilité transnationale augmentent rapidement, conséquence logique de la mondialisation de l'activité économique.

16. Les problèmes que l'on pourrait ainsi résoudre sont ceux de diverses personnes ou entités, notamment : le débiteur, qui souhaite être libéré des actions des créanciers et peut-être sauver et renflouer son entreprise; les créanciers non nantis, dont le remboursement des créances serait maximisé dans la mesure où la coopération transnationale viendrait à remplacer la "course aux tribunaux"; les employés du débiteur, qui souhaitent se faire payer les salaires qui leur sont dus et maximiser les possibilités de sauver l'entreprise et, donc, leurs emplois; les créanciers nantis, qui souhaitent la reconnaissance et l'exécution de leurs sûretés; les pouvoirs publics, qui tiennent non seulement à voir exécuter leurs créances, mais aussi à sauver les emplois et à garantir aux investisseurs que le système juridique applicable est prévisible et permet l'exécution des créances; les tribunaux, qui doivent disposer d'un cadre juridique approprié pour traiter de l'insolvabilité transnationale; et les administrateurs judiciaires, qui ont besoin d'un cadre juridique prévisible et efficace.

17. Dans le même temps, l'étude des affaires d'insolvabilité transnationale ainsi que les colloques et les consultations qu'a tenus le Secrétariat font apparaître clairement que les Etats divergent quant au degré et au mode de coopération judiciaire, et d'accès et de reconnaissance qu'ils sont prêts à offrir pour répondre à ces besoins. Cela tient à différents facteurs, notamment les divergences entre les systèmes juridiques quant au pouvoir discrétionnaire accordé aux tribunaux et la mesure dans laquelle ces systèmes juridiques adhèrent au principe traditionnel de la territorialité en ce qui concerne l'applicabilité de la législation des faillites.

18. Avant d'examiner ces questions plus en détail, il peut être utile de rappeler comment certains des termes fondamentaux utilisés dans la présente note peuvent être compris. La plupart des systèmes juridiques comportent des règles régissant divers types de procédures qui peuvent être entamées lorsqu'un débiteur est dans l'incapacité de payer ses dettes. On a utilisé dans la présente note, en tant que terme générique, l'expression "procédure d'insolvabilité" pour décrire ces types de procédures. On peut distinguer deux types de procédures d'insolvabilité pour lesquels il n'y a pas encore de terminologie uniforme.

19. Selon l'une de ces procédures (désignée ci-après sous le nom de "liquidation"), une autorité publique, en général un tribunal, agissant normalement par l'intermédiaire d'un administrateur nommé à cette fin (ci-après dénommé "administrateur judiciaire" ou, dans certains contextes, "représentant de l'insolvabilité"), prend en charge les avoirs du débiteur insolvable en vue de transformer les avoirs non monétaires en avoirs monétaires, de répartir les montants ainsi obtenus entre les créanciers et, à la fin de la procédure, de liquider le débiteur en tant qu'entité commerciale. Dans certains Etats, c'est la seule procédure utilisée. D'autres termes sont parfois retenus pour décrire ce type de procédures : *bankruptcy*, *winding-up*, faillite (au sens strict du terme), liquidation des biens, *quiebra*, *Konkursverfahren*. On notera toutefois que certains de ces termes (*bankruptcy*, faillite) pourraient être considérés comme ayant un sens plus large, englobant également la procédure de redressement décrite au paragraphe suivant.

20. L'autre type de procédure (ci-après dénommée "redressement") est une solution de rechange à la procédure de liquidation. Son objet n'est pas de liquider le débiteur insolvable, mais de lui permettre de surmonter la crise financière qu'il traverse et de reprendre ses activités commerciales normales. Cette procédure, qui est également en général placée sous la supervision d'un tribunal, vise normalement la conclusion d'un accord, ou plan de redressement, entre le débiteur et ses créanciers sur les mesures qui pourraient être prises pour permettre au débiteur de se réorganiser et de retrouver sa viabilité commerciale. Il peut s'agir par exemple d'une réduction des créances contre le débiteur, d'une prolongation des délais de paiement ou de la renégociation des obligations du débiteur. Pendant que ces mesures sont négociées, le débiteur bénéficie d'une suspension de toute action intentée par les créanciers. Parfois, une procédure de redressement est entamée durant la procédure de liquidation. D'autres termes sont utilisés pour ce type de procédure de faillite : réorganisation, règlement judiciaire, concordat préventif de faillite, administration judiciaire, *suspensión de pagos*, *administración judicial de empresas*, *Vergleichsverfahren*.

21. Pour qu'une procédure de faillite puisse être entamée, il faut normalement une décision judiciaire. L'initiative en la matière peut être prise soit par le débiteur insolvable lui-même (faillite volontaire) ou par un ou des créanciers (faillite non volontaire). Dans certains Etats, les mêmes types de procédures de faillite s'appliquent à tous les commerçants ou entreprises insolvable, alors que d'autres Etats font appel à deux types de procédure, l'un pour les personnes morales, l'autre pour les entités n'ayant pas la personnalité morale.

II. LES EVENTUELS FACTEURS DETERMINANTS DE L'ACCES ET DE LA RECONNAISSANCE

22. Cette section et la section suivante sont axées sur certains des principaux problèmes que doit en général résoudre le législateur national lorsqu'il souhaite adopter des lois relatives à la coopération dans le domaine de l'insolvabilité transnationale. Nous nous sommes efforcés d'indiquer comment pourraient être structurées des dispositions types susceptibles d'être acceptées par les législateurs nationaux.

A. Compétence

23. Une des questions fondamentales, dans nombre de juridictions, est la suivante : quel facteur de rattachement doit-il y avoir entre le débiteur et l'Etat dans lequel une procédure d'insolvabilité à l'encontre du débiteur a été ouverte, afin que la reconnaissance de cette procédure d'insolvabilité dans un autre pays puisse être considérée comme justifiée ? De ce fait, il faudra traiter de cette question (parfois appelée "compétence indirecte") lors de l'élaboration de dispositions types sur la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères.

24. Divers facteurs de rattachement sont concevables, notamment : le domicile, la résidence habituelle, le siège social statutaire, le principal établissement, le centre des intérêts principaux et l'emplacement des actifs.

25. On trouve une réponse claire à la question du facteur de rattachement déterminant à l'article 166-1 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP), qui dispose qu'une procédure d'insolvabilité étrangère ne peut être reconnue que si elle a été ouverte dans l'Etat où le débiteur a son domicile (art. 166-1) ou, dans le cas d'une société, où le débiteur a son siège (art. 166-1, en conjonction avec l'article 21).

26. Cette approche a l'avantage de supprimer toute incertitude juridique quant à son application. Toutefois, elle présente sans doute un inconvénient, dans la mesure où elle ne semble pas permettre d'ajustement dans les cas exceptionnels où l'application du critère général du "centre de gravité" (c'est-à-dire, le domicile, le siège) ne conduirait pas, en raison de circonstances particulières, à des résultats raisonnables.

27. On trouve dans la Convention d'Istanbul (art. 4) et dans le projet UE (art. 2) une solution de compromis entre l'exigence de la certitude juridique et la possibilité de tenir compte de circonstances particulières. Ces deux instruments définissent le facteur de rattachement déterminant au moyen d'une formule souple ("centre des intérêts principaux du débiteur"), associée à une présomption pour les sociétés ("Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire").

B. Procédures étrangères ouvertes dans des pays spécifiés

28. On se rappellera ici, et lorsque l'on examinera les options que pourra retenir la Commission, qu'il existe un certain nombre de juridictions offrant une assistance aux procédures d'insolvabilité étrangère ouvertes dans des pays énumérés sur une liste de pays "spécifiés", les tribunaux étant libres de donner suite ou non aux demandes émanant d'autres pays. Les lois de l'Australie et du Royaume-Uni sont des exemples de cette combinaison d'une assistance impérative pour certains pays spécifiés et d'une assistance discrétionnaire pour les autres pays.

C. Pouvoir discrétionnaire du tribunal

29. Dans la mesure où une loi laisse le tribunal libre de décider de fournir ou non une assistance, ce tribunal sera tenu ou, du moins, libre de prendre en considération, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la question du facteur de rattachement, par exemple, si ladite loi dispose que le tribunal, dans l'exercice de ce pouvoir, doit tenir compte des règles de droit international privé.

30. L'article 304 du Code des faillites des Etats-Unis donne l'exemple d'une loi prévoyant une assistance en général, mais laissant dans chaque cas le tribunal libre de déterminer sa ligne de conduite. Il donne également un exemple des critères sur lesquels pourra se fonder le tribunal, notamment le critère prépondérant d'une administration économique et dans les meilleurs délais des biens du failli, compte tenu de la nécessité :

- a) de traiter équitablement tous les détenteurs de créances ou d'intérêts sur ces biens;
- b) de protéger les créanciers aux Etats-Unis de tout préjudice et inconvénient lié au traitement des créances dans le cadre de la procédure étrangère;
- c) de prévenir la liquidation préférentielle ou frauduleuse d'éléments de ces biens;
- d) d'assurer la répartition du produit de ces biens en se conformant pour l'essentiel à l'ordre de priorité prescrit par le Code des faillites des Etats-Unis;
- e) de respecter le principe de la courtoisie internationale; et
- f) le cas échéant, de donner à la personne contre laquelle la procédure étrangère a été ouverte la possibilité de prendre un nouveau départ.

D. Types de procédures traitées

31. Dans certaines juridictions, un système de filtrage permet de limiter la reconnaissance aux procédures étrangères considérées comme des procédures d'"insolvabilité" en vertu de la loi du for (c'est-à-dire en vertu de la loi de l'Etat dans lequel est situé le tribunal auquel est demandée une assistance). Des dispositions de ce type peuvent avoir, par exemple, pour effet d'empêcher l'assistance à des procédures étrangères (par exemple, des procédures de redressement volontairement ouvertes par un débiteur non déclaré techniquement en faillite) qui n'entreraient pas dans la définition de la procédure d'insolvabilité en vertu de la loi du tribunal requis.

32. Cet exemple suscite un certain nombre de questions que le Groupe de travail voudra peut-être examiner, notamment le point de savoir si le texte à élaborer doit établir une distinction entre les procédures de liquidation et de redressement; entre les procédures volontaires, ouvertes par le débiteur et les procédures ouvertes par les créanciers; entre les procédures judiciaires et les procédures administratives; entre les procédures dans lesquelles le débiteur est privé de tout contrôle sur ses biens et les procédures dans lesquelles le débiteur reste en possession de ses biens; et entre celles dans lesquelles le débiteur est effectivement insolvable et celles dans lesquelles le débiteur en difficulté cherche à éviter l'insolvabilité.

33. Afin de faciliter l'examen de ces questions, la définition ci-après, tirée de l'article 101 du Code des faillites des Etats-Unis, est présentée ci-dessous :

"23) Le terme 'procédure étrangère' désigne une procédure, qu'elle soit judiciaire ou administrative et qu'elle relève ou non de la législation des faillites, dans un pays étranger dans lequel le domicile, la résidence, l'établissement principal ou les principaux actifs du débiteur étaient situés au début de cette procédure, ayant pour objet de liquider la masse des biens, d'aménager les dettes par concordat, par prorogation ou par exécution, ou de procéder à un redressement". [traduction non officielle]

34. La définition présentée dans la MIICA (art. 6 b)) offre une autre formulation, faisant référence en termes généraux à la compétence du tribunal ouvrant la procédure, plutôt qu'à des facteurs de rattachement donnés :

"Le terme 'procédure étrangère' désigne une procédure d'insolvabilité, qu'elle soit judiciaire ou administrative, dans un pays étranger, à condition que le tribunal ou organisme administratif étranger menant la procédure ait la compétence voulue sur le débiteur et ses biens". [traduction non officielle]

Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait utile d'inclure d'autres éléments dans une définition, par exemple une référence au fait que la procédure doit être ouverte dans l'intérêt de la totalité, ou de la quasi-totalité, des créanciers.

35. Le Groupe de travail voudra peut-être en outre étudier dans quelle mesure la condition selon laquelle la procédure étrangère doit être administrée par un tribunal ou être de caractère administratif devrait être absolue. Il faut noter ici qu'il existe dans certaines législations nationales des procédures de quasi-insolvabilité, de caractère contractuel, ouvertes par les parties elles-mêmes afin d'éviter l'insolvabilité.

E. Type de débiteur

36. On pourra se demander si le travail de la Commission devrait englober à la fois les débiteurs qui ont la personnalité juridique et les débiteurs qui sont des personnes physiques. On pourra objecter que l'inclusion des personnes physiques poserait des problèmes fondamentaux de caractère social et autres outrepassant largement les objectifs du projet. Dans le même temps, on pourra estimer que, si l'on exclut les personnes physiques, on limitera fortement la portée de l'instrument juridique envisagé, car il n'est pas rare que des activités commerciales importantes et des entreprises actives dans le commerce international soient dirigées par une personne privée ne présentant aucune des caractéristiques des personnes morales. Il faut alors se demander s'il serait possible, voire souhaitable, d'exclure les faillites de "consommateurs" du champ d'application de l'instrument.

F. Pouvoir d'agir du représentant étranger

37. Dans bon nombre de juridictions, il faudra sans doute se demander, avant de répondre favorablement à une demande adressée par le représentant d'une insolvabilité étrangère, si ce dernier est habilité en vertu de la procédure étrangère à agir au nom du débiteur pour ce qui est des actifs à l'étranger. La définition figurant dans le MIICA (art. 6 a)) peut être utile à cet égard :

"Le terme 'représentant étranger' désigne une personne qui, quelle que soit sa désignation, est chargée, en vertu des lois d'un pays extérieur à la présente juridiction, de s'acquitter de fonctions liées à une procédure étrangère qui sont équivalentes à celles exécutées par un syndic, liquidateur, administrateur, séquestre, curateur ou autre représentant d'un débiteur ou de biens d'un débiteur dans la présente juridiction". [traduction non officielle]

G. Considérations d'ordre public

38. Les Etats offrant une coopération en matière d'insolvabilité transnationale se réservent normalement le droit de refuser la reconnaissance en cas d'incompatibilité avec leur ordre public. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait possible d'élaborer une disposition type sur cette question. On notera, par exemple, l'article 14-2 b) de la Convention d'Istanbul⁷, l'article 18 du projet UE⁸ et l'article 166-1 b) (en conjonction avec l'article 27) de la loi fédérale suisse sur le droit international privé.

⁷"Limitations à l'exercice des pouvoirs du syndic

2. Le syndic ne peut accomplir, dans une autre Partie, un acte qui est :
b. manifestement contraire à l'ordre public de cette Partie."

⁸"Ordre public

Tout Etat contractant peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre Etat contractant ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public." [traduction non officielle]

III. EFFETS DE RECONNAISSANCE

39. La question fondamentale que doit ensuite trancher le législateur d'un pays disposé à reconnaître une procédure étrangère d'insolvabilité est la suivante : quels effets juridiques une telle reconnaissance devrait-elle avoir dans le "pays de la reconnaissance" ? Diverses questions subsidiaires découlent de cette question, fondamentale, notamment les suivantes : le débiteur, du fait de la reconnaissance de la procédure étrangère d'insolvabilité, est-il dessaisi de la même manière que si la procédure d'insolvabilité avait été ouverte par les tribunaux du pays de reconnaissance ? De quels pouvoirs dispose l'administrateur étranger dans le pays de la reconnaissance ? Quelle est la situation juridique des créanciers du débiteur ? Sont-ils empêchés de faire valoir leurs créances contre le débiteur dans le pays de la reconnaissance ? Quelle est leur situation s'ils ont déjà entamé des procédures judiciaires particulières contre le débiteur devant les tribunaux des pays de la reconnaissance ? Y a-t-il des exceptions pour des catégories données de créances, pour lesquelles les procédures judiciaires déjà entamées peuvent se poursuivre ?

40. Cette liste pourrait être à l'évidence prolongée à volonté et le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'ajouter d'autres questions, en tenant compte du fait que le législateur est censé offrir des réponses aussi claires que possible.

A. Approches législatives possibles

41. Une comparaison des diverses législations nationales et des instruments internationaux fait apparaître qu'il existe différentes méthodes visant à traiter du problème.

1. Énumération détaillée des effets

42. L'une de ces méthodes consiste à établir une liste exhaustive, dans laquelle sont énumérées de manière détaillée toutes les conséquences de la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère, par exemple : les mesures liées aux actifs situés dans le pays de la reconnaissance que l'administrateur étranger est habilité à prendre, notamment : obtenir des renseignements, des témoignages et des dossiers concernant les comptes et les actifs du débiteur et d'autres éléments pertinents; les mesures de protection et de préservation des actifs que peut prendre l'administrateur étranger (notamment, demande d'assistance aux autorités compétentes de l'Etat de la reconnaissance, remise des biens à l'administrateur étranger et annulation des transferts préférentiels effectués avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité); situation du débiteur par rapport aux actifs situés dans cet Etat; possibilité pour les créanciers du débiteur de faire valoir leurs créances et d'entamer ou poursuivre une procédure judiciaire particulière à l'encontre du débiteur, et notamment détermination du point de savoir si la reconnaissance entraînerait la suspension d'une telle instance; et question de la libération par paiement au débiteur ou à l'administrateur étranger.

43. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier d'autres effets possibles, ou principes liés à ces effets, qui pourraient être inclus dans une énumération. Par exemple, conformément au principe désigné dans certains pays de *common law* sous le nom de "hotchpot" et dans d'autres pays sous le nom de "marshalling", un créancier dont la créance a été partiellement payée dans une procédure ne peut prétendre à un dividende pour la même créance dans une autre procédure tant que les autres créanciers de même rang ou de même catégorie n'ont pas obtenu dans cette autre procédure un dividende équivalent. Ce principe, qui vise à assurer un traitement équitable de tous les créanciers, est énoncé dans plusieurs législations nationales (par exemple, l'article 508 a) du Code des faillites des Etats-Unis) et dans des instruments internationaux (art. 5 de la Convention d'Istanbul; art. 12-2 du projet UE). Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait possible d'élaborer une disposition type sur la question.

44. On trouve un exemple de ce type d'énumération au chapitre II de la Convention d'Istanbul. Cette Convention ne dispose pas que les effets d'une procédure étrangère d'insolvabilité sont intégralement exportés dans l'Etat de la reconnaissance (comme c'est le cas dans le projet UE décrit ci-après), ou que les effets de la procédure étrangère (*lex concursus*) se transforment en les effets qu'aurait une insolvabilité si la procédure

avait été ouverte dans l'Etat de la reconnaissance (comme c'est le cas dans la loi suisse, également décrite ci-après).

45. La Convention d'Istanbul contient au contraire un ensemble de dispositions (chap. II, art. 6 à 14) conférant à l'administrateur étranger certains droits qu'il peut exercer dans l'Etat de la reconnaissance et qui régissent également certains aspects de la situation juridique des créanciers du débiteur, ainsi que des débiteurs du débiteur. Par exemple, l'article 8 dispose que le syndic peut prendre, conformément à la loi nationale, toute mesure nécessaire pour protéger ou préserver la valeur des biens du débiteur, y compris le recours à l'assistance des autorités compétentes locales. Le syndic peut accomplir ou faire accomplir tout acte d'administration, de gestion et de disposition des biens du débiteur, y compris leur déplacement hors de ce pays (art. 10). Seules peuvent engager ou continuer des poursuites individuelles à l'égard des biens du débiteur (art. 11) certaines catégories de créanciers (titulaires de créances de droit public et titulaires d'une créance liée à l'exploitation d'un établissement du débiteur dans ce pays ou résultant d'un emploi dans ce pays). La liste comporte également une disposition relative à l'effet libératoire des paiements et à la remise de biens au syndic ou au débiteur (art. 13).

46. Les avantages et inconvénients de ce système n'ont pu encore être déterminés dans la pratique, car la Convention n'est pas encore en vigueur. Toutefois, deux aspects particuliers de la Convention d'Istanbul seront peut-être déterminants pour son avenir. Premièrement, d'une part, ce système confère certains droits à l'administrateur étranger lui permettant d'agir au nom du débiteur pour ce qui est des biens locaux de ce dernier mais, d'autre part, ne dessaisit pas le débiteur du droit de disposition de ces biens locaux. Deuxièmement, les pouvoirs conférés à l'administrateur étranger par l'article 10 (administration, gestion ou disposition des biens du débiteur) sont suspendus durant une période de deux mois commençant le lendemain de la publication obligatoire de la décision d'ouverture de l'insolvabilité étrangère dans l'Etat de la reconnaissance (art. 11-1).

47. Cette clause de suspension semble avoir pour objet de donner aux créanciers la possibilité de demander l'ouverture de ce qu'on appelle une faillite secondaire dans l'Etat de la reconnaissance (chap. III de la Convention) qui empêcherait l'administrateur d'exercer ses pouvoirs dans ce pays (pour ce qui est de la faillite secondaire, voir ci-après les paragraphes 60 à 91). Le non-dessaisissement du débiteur, associé à la suspension de deux mois mentionnée ci-dessus, pourrait toutefois permettre au débiteur de disposer de suffisamment de temps pour transférer ses avoirs dans un autre pays. Cela ne pourrait être empêché que si l'administrateur étranger parvenait à prendre en temps voulu des mesures de protection appropriées conformément à l'article 8.

2. Effets de la reconnaissance par référence à la loi applicable

48. On peut retenir une seconde approche, très différente, consistant à déterminer les effets de la reconnaissance par application de la loi d'un des deux pays intéressés. On peut dans ce cas disposer soit (variante 1) que, lorsque la reconnaissance produit ses effets, l'ouverture de la procédure étrangère d'insolvabilité a, dans l'Etat de la reconnaissance, les mêmes effets que ceux qu'elle aurait en vertu de la loi de l'Etat dans lequel la procédure a été ouverte (sous réserve d'un certain nombre d'exceptions énumérées), ou (variante 2) qu'en cas de reconnaissance, la procédure étrangère a, dans l'Etat de la reconnaissance, les mêmes effets que ceux qu'elle aurait si la procédure avait été ouverte dans ledit Etat (sous réserve de certaines exceptions énumérées). On trouvera dans les paragraphes ci-après des exemples de ces deux variantes tirés de différentes législations.

a) La reconnaissance entraîne l'importation des effets de la législation étrangère des faillites

49. On trouve la variante 1 dans le projet UE, par exemple. Son article 9-1 dispose que la décision d'ouverture de la procédure prise par un tribunal ayant compétence en application de l'article 2-1 produit, sans aucune formalité, dans tout autre Etat contractant, les effets que lui attribue la loi de l'Etat où la procédure d'insolvabilité a été ouverte, à moins que la Convention n'en dispose autrement et aussi longtemps qu'aucune procédure n'est ouverte dans cet autre Etat par un tribunal ayant compétence en application de

l'article 2-2. L'article 10 relatif aux pouvoirs du syndic dispose quant à lui que le syndic désigné par une juridiction compétente en vertu de l'article 2-1 peut exercer sur le territoire d'un autre Etat contractant tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'Etat où la procédure d'insolvabilité a été ouverte, aussi longtemps qu'aucune autre procédure d'insolvabilité n'a été ouverte dans cet autre Etat.

b) La reconnaissance déclenche l'application de la loi locale

50. On trouvera un exemple de la variante 2 à l'article 170-1 de la LDIP. Cet article dispose que la reconnaissance de la décision de faillite rendue à l'étranger a, pour le patrimoine du débiteur sis en Suisse, les effets de la faillite tels que les prévoit le droit suisse.

51. Si l'on s'efforce d'évaluer les avantages et inconvénients des deux variantes décrites ci-dessus, il semble que la variante 1 soit justifiée d'un point de vue théorique, alors que la variante 2 est sans doute plus facile à appliquer dans la pratique. Si les conséquences juridiques de la reconnaissance, dans l'Etat de la reconnaissance, sont régies par la *lex concursus* étrangère (variante 1), il pourra être nécessaire dans certains cas d'évaluer la teneur de cette loi, ce qui peut prendre beaucoup de temps.

52. Sans vouloir suggérer que la Commission doive nécessairement se conformer à cette approche, ou la proposer en option, nous noterons que, pour ce qui est de la question de la loi applicable à l'annulation des transferts préférentiels, on trouve dans la législation allemande un exemple de "combinaison" de la législation des faillites étrangères et de la loi régissant les effets de l'opération. Selon cette approche, le représentant étranger peut contester, en application de la législation étrangère des faillites, un transfert préférentiel dont les effets sont régis par la loi de l'Etat de la reconnaissance si ledit transfert peut être contesté en vertu de la loi de ce dernier Etat. La condition selon laquelle la contestation doit être fondée en vertu de la loi locale peut être satisfaite par référence, par exemple, au droit préjudiciel ou au droit des contrats. Il est ainsi tenu compte de la règle de conflits allemande soumettant l'annulation d'une opération à la loi applicable à ladite opération.

c) Le choix de la loi est laissé au tribunal de la reconnaissance

53. On notera qu'il est possible qu'un Etat habilite les tribunaux à appliquer soit la loi qui pourrait être appliquée par le tribunal de l'Etat dans lequel la procédure d'insolvabilité reconnue a été ouverte, soit la loi de l'Etat de la reconnaissance. On trouve un exemple de cette approche à l'article 426-5 de la loi sur l'insolvabilité du Royaume-Uni, qui exhorte les tribunaux, lorsqu'ils exercent ce pouvoir discrétionnaire, à tenir compte en particulier des règles de droit international privé.

3. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de détermination
des effets de la reconnaissance

54. Dans les systèmes juridiques accordant traditionnellement un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux, notamment, les effets de la reconnaissance peuvent, dans une certaine mesure, être laissés à la discrétion du tribunal. On trouve un exemple de cette approche à l'article 304 du Code des faillites des Etats-Unis, qui prévoit un tel pouvoir discrétionnaire à deux niveaux. En premier lieu, la question de savoir s'il faut donner suite à une demande d'ouverture d'une procédure connexe est laissée à l'appréciation du tribunal, qui doit se fonder sur les principes mentionnés ci-dessus (voir par. 30). En second lieu, pour ce qui est des mesures particulières qui peuvent être ordonnées par le tribunal pour appuyer une procédure étrangère, cet article mentionne qu'il est possible d'interdire ou de suspendre une action d'un créancier local et de remettre les biens à l'administrateur étranger. Il indique également que le tribunal est autorisé à "ordonner d'autres mesures conservatoires appropriées".

4. Exclusion de certains types de biens

55. On notera que certaines juridictions exemptent les biens immeubles et les droits réels des créanciers ou tiers liés aux biens locaux du débiteur des effets de la reconnaissance accordée à une procédure étrangère

d'insolvabilité. On trouve un exemple de cette approche à l'article 4 du projet UE. On pourra toutefois juger qu'une règle type générale à cet effet ne serait pas nécessairement souhaitable.

5. Aspects procéduraux de la reconnaissance

56. Si les conditions juridiques de la reconnaissance sont réunies, il faut alors déterminer par quels moyens la reconnaissance prend effet. A ce propos, les législations nationales se conforment en principe à deux approches différentes. Dans certains pays, par exemple la Suisse (art. 166 et 167 de la LDIP), la reconnaissance est déclenchée par une décision expresse du tribunal compétent de l'Etat de la reconnaissance. Dans d'autres systèmes, la procédure étrangère d'insolvabilité peut produire ses effets dans l'Etat de la reconnaissance sans aucune formalité.

57. Ces deux types de systèmes présentent des avantages. L'approche formelle est sans doute moins incertaine juridiquement, alors que l'approche prévoyant un effet immédiat donne à l'administrateur étranger la possibilité de prendre rapidement des mesures liées aux biens locaux du débiteur.

58. Il se peut toutefois que la question de l'approche à suivre en la matière soit examinée par le législateur dans le contexte plus large du droit procédural général, qui diffère considérablement d'un Etat à l'autre. Il serait donc sans doute préférable de laisser cette question entièrement à la discrétion du législateur national et de ne présenter aucune disposition type ou optionnelle.

59. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être envisager une solution se situant à mi-chemin entre les deux approches mentionnées ci-dessus. Celle-ci consisterait à obliger l'administrateur étranger à faire publier les éléments essentiels de la décision étrangère (ouvrant la procédure d'insolvabilité) dans l'Etat de la reconnaissance (voir, par exemple, l'article 9 de la Convention d'Istanbul et l'article 13-2 du projet UE).

IV. PROCEDURES D'INSOLVABILITE SECONDAIRES

60. L'une des plus importantes questions qui se posent dans le domaine de la coopération en matière d'insolvabilité internationale est la suivante : dans quelles circonstances les effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère peuvent-ils être bloqués par l'ouverture d'une procédure distincte dans l'autre Etat et quelles en sont les conséquences ? Cette dernière procédure est parfois désignée sous le nom de "procédure d'insolvabilité secondaire".

61. L'attitude des législateurs à l'égard d'une telle procédure est variable, en raison notamment de divergences entre les pays en ce qui concerne la coopération en matière d'insolvabilité transnationale. On trouvera dans ce chapitre un examen des diverses techniques auxquelles peut recourir le législateur lorsqu'il élabore des dispositions légales relatives aux procédures secondaires, afin d'obtenir des résultats conformes aux considérations de doctrine en vigueur.

62. Une analyse de diverses juridictions nationales représentant les différents systèmes juridiques fait apparaître que même les pays qui ne se conforment pas au principe de la territorialité prévoient que, dans certaines circonstances, leurs tribunaux peuvent ouvrir une procédure d'insolvabilité territoriale distincte, même si une autre procédure d'insolvabilité concernant le même débiteur a déjà été ouverte dans un autre Etat avec lequel le débiteur a la relation la plus étroite. Ce qui sépare les différentes juridictions n'est pas le point de savoir si elles prévoient ou non la possibilité d'ouvrir une procédure territoriale distincte, mais plutôt de savoir si, et dans quelle mesure, les conditions et effets de ces procédures sont limités par rapport à ceux des procédures locales normales.

63. Les conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité territoriale distincte sur les effets extraterritoriaux de la procédure principale sont presque partout les mêmes : ces effets extraterritoriaux sont bloqués; avec l'ouverture de la procédure d'insolvabilité territoriale, l'administrateur étranger ne peut plus exercer dans le pays les pouvoirs dont il aurait pu disposer si cette procédure n'avait pas été ouverte.

64. Une procédure territoriale a un effet de blocage d'autant plus grand qu'il s'agit d'une procédure entièrement distincte, sans aucune différence avec une procédure normale d'insolvabilité nationale. Dans ce contexte, il n'y a ni restrictions pour ce qui est de l'exercice de la compétence en matière d'ouverture de la procédure, ni limitation quant aux catégories de créanciers habilités à obtenir paiement à partir du produit de la liquidation des biens locaux dans la procédure territoriale distincte.

A. Liens éventuels avec la procédure étrangère principale

65. Une des premières mesures à prendre pour assurer une certaine coordination entre la procédure territoriale distincte et la procédure étrangère principale peut consister à disposer que, du fait de l'existence de la procédure étrangère principale, il n'est pas nécessaire de prouver l'insolvabilité du débiteur avant d'ouvrir la procédure territoriale.

66. Un autre lien entre la procédure étrangère principale et la procédure territoriale distincte sera établi si, outre les personnes habilitées en vertu de la législation locale des faillites, l'administrateur étranger est également habilité à demander l'ouverture d'une procédure territoriale.

67. Si le législateur veut accorder une préséance plus marquée à la procédure étrangère, il peut le faire en recourant aux moyens suivants, ou à certains d'entre eux : 1) restriction du pouvoir d'ouvrir une procédure territoriale distincte; 2) limitation du droit des créanciers de demander l'ouverture d'une telle procédure; 3) limitation du droit des créanciers à obtenir paiement au moyen du produit de la liquidation territoriale des actifs locaux. Les procédures territoriales comprenant un ou plusieurs de ces éléments, qui sont traitées ci-dessous, sont en général désignées sous le nom de "procédures d'insolvabilité secondaires".

1. Restriction de la compétence

68. On trouve dans le projet UE une restriction de grande portée quant à l'exercice du pouvoir d'ouvrir une procédure secondaire. En application de l'article 19 (en conjonction avec l'article 2-2), une procédure secondaire ne peut être ouverte que si le débiteur a un établissement dans l'Etat de la procédure secondaire. Dans ce cas, la procédure secondaire, portant sur les biens du débiteur situé dans cet Etat, peut être ouverte sans autre preuve de l'insolvabilité du débiteur.

69. Ainsi, si le débiteur n'a que des biens et non un établissement dans ce pays, il est impossible d'ouvrir une procédure secondaire. Dans ce cas, l'administrateur étranger ne peut être empêché d'exercer tous les pouvoirs que l'Etat de la procédure principale lui confère, ce qui peut entraîner le transfert des actifs locaux sous le contrôle de la procédure étrangère principale. Un tel transfert n'est pas subordonné à l'approbation des tribunaux des Etats dans lesquels les actifs sont situés.

70. On notera que, dans ce système, les pouvoirs de l'administrateur étranger ne sont reconnus que si cet administrateur a été nommé dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans l'Etat où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur (voir ci-dessus, par. 23 à 27).

71. Par contraste avec le projet UE, la Convention d'Istanbul ne prévoit pas de limitation quant à l'exercice du pouvoir d'ouvrir une procédure secondaire. De telles procédures peuvent être ouvertes, sans autre preuve de l'insolvabilité du débiteur, si ce dernier a soit un établissement, soit des biens dans cet Etat, sans préjudice des autres chefs de compétence prévus par la loi nationale (art. 17).

72. L'approche retenue dans la loi suisse représente un compromis entre ces deux approches. Une procédure d'insolvabilité suisse, entièrement indépendante, ne peut être ouverte que si le débiteur a un établissement dans ce pays. S'il n'y dispose que de biens (ou si, dans le cas d'un établissement local, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité nationale distincte n'a pas été demandée), l'administrateur étranger nommé dans le cadre de la procédure de faillite principale n'est pas automatiquement habilité à retirer ces biens en vue de les distribuer dans le cadre de la procédure étrangère (comme il pourrait le faire en application du projet UE). Dans de tels cas, une procédure secondaire portant sur les biens situés en Suisse

doit être ouverte par le tribunal suisse compétent. Dans cette procédure secondaire, le droit des créanciers à obtenir paiement au moyen du produit de la liquidation des biens locaux est restreint (pour plus de détails, voir ci-dessous, sect. 3, par. 76 à 87).

2. Limitation du droit des créanciers de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire

73. Toute restriction de la compétence revient à limiter le nombre de cas dans lesquels il est possible de bloquer les effets d'une procédure étrangère principale en ouvrant une procédure secondaire. On peut également arriver à ce résultat en limitant le droit de demander l'ouverture d'une procédure secondaire, plutôt que de donner la possibilité de recourir à une telle procédure à tous les créanciers ayant le droit de demander l'ouverture d'une procédure locale normale.

74. Selon cette approche, la législation des faillites de l'Etat de la procédure secondaire ne resterait applicable, en raison de considérations de principe, qu'à certaines catégories de créanciers, même dans le cas où une procédure étrangère principale a été ouverte. Ces créanciers peuvent notamment être les détenteurs de créances privilégiées ou assorties d'une sûreté, de créances de droit public et de créances découlant de l'exploitation d'un établissement du débiteur dans l'Etat de la procédure secondaire, notamment les créances des employés de tels établissements.

75. L'approche consistant à n'habiliter que certaines catégories de créanciers à demander l'ouverture d'une procédure secondaire a été retenue, par exemple, dans les Traités de Montevideo. Selon ces instruments, seuls les créanciers locaux sont habilités à demander l'ouverture d'une procédure locale distincte (art. 45 du Traité de 1940, art. 39 du Traité de 1889). Les "créanciers locaux" sont définis comme les créanciers dont les créances sont payables dans l'Etat de la procédure secondaire.

3. Limitation du droit des créanciers à être payés dans les procédures secondaires

76. Deux types de techniques législatives ont été utilisées pour déterminer les catégories privilégiées de créanciers pouvant être payées au moyen du produit de la liquidation des biens locaux dans la procédure secondaire. Une solution possible consiste à établir une liste exhaustive de ces catégories de créanciers. Cette technique est utilisée, par exemple, dans la Convention d'Istanbul, qui énumère à l'article 21 les créances suivantes : les créances assorties d'un privilège ou d'une sûreté réelle; les créances de droit public; les créances des employés dans l'Etat de la procédure secondaire; les créances liées à l'exploitation d'un établissement du débiteur dans l'Etat de la procédure secondaire (il semble que l'on privilégie cette dernière catégorie de créanciers au motif que les créanciers traitant avec un établissement local ont le droit de compter sur les biens de cet établissement).

77. On peut adopter une autre approche consistant, plutôt que d'énoncer une liste des catégories de créanciers habilités à avoir accès aux biens locaux, à donner ce droit à tous les créanciers qui auraient, dans la procédure étrangère principale, une situation juridique moins favorable que celle qu'ils auraient dans une procédure secondaire du fait de l'application de la loi locale. Le principe sur lequel se fonde cette approche est le suivant : il faut contrebalancer une "détérioration injustifiée" (du point de vue de l'Etat de la procédure secondaire) de la situation juridique des créanciers dans la procédure principale étrangère en privilégiant ces créanciers dans la procédure secondaire.

78. On trouve dans les articles 173 et 174 de la LDIP suisse une combinaison des deux techniques législatives décrites ci-dessus. Comme la Suisse est un des rares pays de droit continental à avoir élaboré des dispositions détaillées sur la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères, il pourrait être utile de décrire brièvement le système suisse avant de traiter des deux règles de protection énoncées aux articles 173 et 174 de la LDIP.

79. Une procédure d'insolvabilité étrangère peut être reconnue en Suisse si cette procédure a été ouverte dans un Etat dans lequel le débiteur a son domicile ou, dans le cas d'une société, où la société du débiteur

a son siège (voir ci-dessus, par. 25 et 26). La reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans l'Etat du domicile du débiteur (ou de son siège, le cas échéant) peut être bloquée par l'ouverture d'une procédure suisse d'insolvabilité normale, entièrement distincte, si le débiteur a un établissement en Suisse.

80. Le seul fait que le débiteur ait des biens en Suisse n'est pas un motif suffisant pour qu'une procédure suisse normale puisse être ouverte pour ce qui est de ces biens (restriction de la compétence, voir ci-dessus, par. 72). Dans un tel cas, seule une procédure secondaire peut être ouverte. Une telle procédure est régie par des règles différentes (art. 166 à 175 de la LDIP) de celles qui sont applicables à une procédure locale normale. L'ouverture de cette procédure secondaire peut être demandée par l'administrateur de la procédure principale étrangère ou par tout créancier, car il n'y a pas de limitation du droit qu'ont les créanciers de demander l'ouverture d'une procédure secondaire.

81. La différence essentielle entre la procédure secondaire et une procédure locale normale tient à la limitation du droit des créanciers à obtenir paiement à partir du produit de la liquidation dans le cadre de la procédure secondaire. Ce droit est réservé inconditionnellement aux créanciers nantis et aux créanciers préférentiels en vertu de la loi suisse sur la faillite (méthode de l'énumération).

82. Cela ne signifie pas, toutefois, que les biens restants sont automatiquement transférés à l'administrateur étranger. Les articles 173 et 174 entrent alors en jeu, afin de protéger les créanciers domiciliés ou ayant leur siège en Suisse contre tout traitement discriminatoire dans le cadre de la procédure étrangère principale. Avant que le produit restant ne soit transféré à l'administrateur étranger, l'état de collocation étranger doit être reconnu par le tribunal suisse ayant ouvert la procédure secondaire.

83. Dans ce contexte, le tribunal suisse doit étudier si les créanciers domiciliés ou ayant leur siège en Suisse "ont été admis équitablement à l'état de collocation étranger" (art. 173 de la LDIP). Si l'état de collocation étranger n'est pas reconnu par le tribunal suisse ou ne lui a pas été soumis, le solde est réparti entre les créanciers ayant leur domicile ou leur siège en Suisse (art. 174 de la LDIP).

84. Les considérations de principe sur lesquelles se fondent les articles 173 et 174 de la LDIP sont similaires à celles qui sous-tendent l'article 304 c) 2) du Code des faillites des Etats-Unis. Ces deux approches ont pour objet de contrebalancer le traitement défavorable (du point de vue du pays "protecteur") que subiraient certains créanciers dans la procédure principale étrangère.

85. A ce propos, on notera que la Convention d'Istanbul ne comporte pas de clauses antidiscriminatoires similaires qui seraient applicables dans la procédure secondaire. La Convention tente plutôt de renforcer l'égalité entre les créanciers dans la procédure principale en disposant, à l'article 24, que les créanciers de la faillite principale habilités à recevoir un dividende sur la partie de l'actif provenant de la faillite secondaire sont traités de manière égale, sans tenir compte des privilèges ou autres exceptions au principe de l'égalité des créanciers prévus par la loi de la faillite principale.

86. Il semble toutefois qu'une disposition du type de l'article 24 de la Convention d'Istanbul ne fonctionnerait que dans le cadre d'une convention à laquelle les deux Etats en jeu, à savoir l'Etat de la procédure principale et l'Etat de la procédure secondaire, adhéreraient. Un législateur national pourrait difficilement suivre cet exemple, car il n'aurait pas compétence pour adopter des dispositions relatives à la situation juridique des créanciers dans des procédures menées dans d'autres Etats.

87. Afin de faciliter les débats du Groupe de travail, on trouvera ci-après une récapitulation de la manière dont les approches décrites dans la section A ont été reprises dans les différents instruments juridiques :

Système 1 : Compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité territoriale (secondaire) dans l'Etat B si le débiteur y a un établissement (aucune compétence si des biens seulement y sont situés); aucune limitation du droit qu'ont les créanciers de demander l'ouverture d'une procédure secondaire dans l'Etat B; aucune limitation à l'accès des créanciers au produit de la liquidation dans la procédure secondaire (projet UE).

Système 2 : Compétence pour ouvrir une procédure secondaire dans l'Etat B, non seulement si le débiteur y a un établissement, mais également s'il y a des biens; aucune limitation des droits des créanciers de demander l'ouverture d'une procédure secondaire dans l'Etat B; limitation de l'accès des créanciers au produit de la liquidation dans le cadre de la procédure secondaire (Convention d'Istanbul).

Système 3 : Compétence pour ouvrir une procédure territoriale (secondaire) dans l'Etat B, non seulement si le débiteur y a un établissement, mais également s'il y a des biens; aucune limitation du droit des créanciers de demander l'ouverture d'une procédure territoriale (secondaire); limitation de l'accès des créanciers au produit de la liquidation dans le cadre de la procédure secondaire, sauf dans le cas où le débiteur a un établissement dans l'Etat B pouvant conduire, sur la demande des créanciers, à l'ouverture d'une procédure locale d'insolvabilité distincte (législation suisse).

Système 4 : Identique au système 3, mais il n'y a en aucun cas de restriction à l'accès des créanciers au produit de la liquidation dans le cadre de la procédure secondaire (Allemagne, à compter du 1er janvier 1999).

B. Procédure connexe visant à appuyer la procédure principale étrangère

88. On pourrait envisager d'inclure dans le menu d'options à l'intention des législateurs une autre approche, qui pourrait être considérée comme liée à la question de la procédure secondaire : il s'agirait de prévoir la possibilité d'ouvrir une procédure connexe, ayant expressément pour objet d'appuyer une procédure principale étrangère. Comme il a été déjà noté, le principal exemple de cette approche est l'article 304 du Code des faillites des Etats-Unis. La MIICA reprend également ce type d'approche.

89. Comme il est indiqué dans ces instruments, ces procédures connexes peuvent avoir les objets suivants : empêcher l'ouverture ou la poursuite de procédures d'insolvabilité locales et l'exécution de décisions à l'encontre du débiteur portant sur ses biens locaux, ou jonction de la procédure locale en cours et de la procédure connexe; transfert à la procédure étrangère principale de biens ou des produits de ces biens; obtention de témoignages ou production de livres, dossiers ou autres documents relatifs à une insolvabilité; obtention de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement ou d'une décision étrangers; et obtention de toute autre mesure provisoire appropriée.

90. On notera que, selon cette approche, au cas où une telle procédure n'est pas possible ou est refusée, le représentant étranger reste libre d'entamer une procédure locale indépendante.

91. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier d'autres questions qui pourraient être traitées à propos des procédures connexes, par exemple la question de la loi applicable par le tribunal ouvrant la procédure connexe. A ce propos, la MIICA oblige ce tribunal à appliquer les dispositions de fond de la législation des faillites du tribunal étranger menant la procédure principale.

V. ACCES DU REPRESENTANT DE L'INSOLVABILITE ETRANGERE

92. Le terme "accès" peut être compris comme désignant le mécanisme procédural utilisé par le représentant étranger pour demander la reconnaissance. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait souhaitable et possible d'inclure des dispositions sur les mécanismes procéduraux utilisables pour obtenir l'accès et la reconnaissance.

93. Pour ce qui est des catégories de mécanismes, on peut établir une distinction entre les mécanismes diplomatiques officiels, mécanismes faisant intervenir des communications directes entre les tribunaux de différents Etats, et les mécanismes de type exequatur par le biais de mécanismes administratifs ou quasi judiciaires. A ce propos, on notera qu'il n'est pas typique, dans les usages internationaux, qu'un tribunal envoie directement une commission rogatoire au tribunal étranger correspondant. Ces contacts directs

supposent normalement un accord entre les deux Etats. Dans d'autres cas, la commission rogatoire est transmise par la voie diplomatique. Cette approche est codifiée dans la Convention multilatérale de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (1970), qui prévoit la transmission des commissions rogatoires par l'intermédiaire d'"autorités centrales" des deux Etats.

94. Dans le même temps, on notera que, dans diverses juridictions nationales et dans la Convention d'Istanbul et le projet UE, une procédure d'insolvabilité étrangère, y compris les pouvoirs d'un administrateur étranger, est reconnue *ipso jure* si des conditions expresses sont remplies. Ainsi, un "accès" immédiat est prévu sans intervention des tribunaux ou autres formalités.

95. Que ce soit sous la rubrique de l'"accès" ou ailleurs, il pourra être jugé essentiel d'inclure une disposition spécifiant que la comparution du représentant étranger demandant la reconnaissance ne soumet pas ce dernier à la pleine juridiction du tribunal. D'autres questions pourront être envisagées, notamment le type de pièces à fournir par le représentant demandant l'accès et quelle devrait être l'entité habilitée à demander la reconnaissance.

VI. COOPERATION JUDICIAIRE

96. Si la notion de coopération judiciaire peut être considérée comme étroitement liée aux notions d'accès et de reconnaissance, englobant ainsi un ensemble d'activités de coopération entre les juridictions participant à une insolvabilité transnationale, il pourrait être utile, du moins à ce stade, d'examiner ces notions séparément, dans la mesure du possible. Ainsi, le Groupe de travail voudra peut-être étudier quels aspects de la procédure pourraient être traités sous la rubrique de la coopération judiciaire. La présentation des questions ci-après ne doit pas être interprétée comme constituant une liste exhaustive des questions pouvant se poser dans ce domaine.

A. Approbation de protocoles spéciaux

97. La coopération judiciaire peut consister en l'approbation, par les tribunaux des juridictions intéressées, de protocoles spéciaux convenus par les parties concernant divers aspects de l'administration d'une insolvabilité transnationale et établissant un régime de coopération. Ces protocoles peuvent être particulièrement intéressants lorsqu'un débiteur exerce des activités commerciales importantes dans plus d'une juridiction, ce qui fait que la juridiction principale est investie d'une autorité dans plus d'une juridiction.

98. De tels protocoles ont été utilisés avec succès dans un certain nombre d'importantes affaires d'insolvabilité transnationale. En outre, le Comité J de la Section du droit des affaires de l'AIB a récemment mis au point un modèle de protocole spécial (intitulé "Concordat pour l'insolvabilité transnationale"). L'objet de ce concordat, qui est essentiellement fondé sur les règles de droit international privé, est de proposer des règles, dont certaines peuvent être applicables à toute insolvabilité transnationale, que les participants ou les tribunaux pourront adopter pour traiter notamment des questions suivantes : désignation du for administratif; application des règles de priorité de ce for; certaines règles applicables dans les cas où il y a plus d'un for administratif; et désignation des règles applicables pour annuler les transferts de biens ayant été effectués durant la période précédant l'insolvabilité.

B. Communication judiciaire

99. Une autre question pourra être traitée sous la rubrique de la coopération judiciaire, celle des communications entre juges de juridictions différentes participant à une affaire d'insolvabilité transnationale. De telles communications peuvent être particulièrement utiles pour permettre aux juges d'obtenir des informations précises et coordonner leurs actions, leurs procédures et leurs décisions.

100. Bien que potentiellement utiles, les communications entre juges suscitent des préoccupations plus ou moins grandes, notamment dans les systèmes juridiques qui ne sont pas habitués à de telles initiatives de la

part des juges, ainsi que des inquiétudes quant aux garanties procédurales offertes aux parties. Diverses techniques peuvent être envisagées pour y répondre, notamment une ou plusieurs des suivantes : notification aux parties de l'arrivée d'une communication; présence des parties durant la communication; soumission d'un enregistrement de la communication aux parties; communication par le biais d'un tiers agréé par les parties.

VII. AUTRES QUESTIONS

101. Comme il a été noté dès le départ, la présente note ne traite pas de toutes les questions qui pourront se révéler pertinentes dans le cadre des travaux relatifs à l'insolvabilité transnationale. Le Groupe de travail voudra donc peut-être étudier d'autres aspects, notamment ceux qui sont présentés ci-dessous, pour approfondir le débat.

A. Obligation d'informer les créanciers

102. Souvent, les créanciers sont informés tardivement, ou ne sont pas informés du tout, de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un autre pays. Il serait peut-être souhaitable et possible d'élaborer une disposition type qui prévoirait que, dès qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, l'autorité compétente ou l'administrateur doit informer promptement et individuellement les créanciers connus résidant dans un autre pays. Parmi les exemples de cette disposition, on mentionnera l'article 30 de la Convention d'Istanbul et l'article 32-1 du projet UE.

B. Obligation des administrateurs de se communiquer des informations

103. La coopération dans le cadre des insolvabilités transnationales sera sans doute renforcée si les administrateurs nommés dans la procédure principale et dans une procédure territoriale (secondaire) se communiquent entre eux toute information pouvant être utile à l'autre procédure (voir l'article 25 de la Convention d'Istanbul et l'article 24 du projet UE).