

**B. Aspects transnationaux de l'insolvabilité : rapport sur le Colloque CNUDCI-INSOL
relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité : note du Secrétariat
(A/CN.9/398) [Original : anglais]**

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-3
I. EXAMEN DU CADRE JURIDIQUE ACTUEL	4-14
A. Remarques générales	4-7
B. Travaux de réforme législative à l'échelon national	8-9
C. Initiatives prises à l'échelon international	10-11
D. Coopération judiciaire transnationale, protocoles spéciaux et concordats ..	12-14
II. CONCLUSIONS	15-19

INTRODUCTION

1. Lors du Congrès de la CNUDCI intitulé "Le droit commercial uniforme au XXI^e siècle", tenu dans le cadre de la vingt-cinquième session de la CNUDCI (1992), il a été proposé que la Commission envisage d'entreprendre des travaux sur les aspects internationaux de la faillite. Comme suite à cette décision, le Secrétariat a présenté à la Commission à sa vingt-sixième session (1993) une note sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité soulignant divers problèmes juridiques pouvant susciter des difficultés en raison des dysharmonies entre les lois nationales (A/CN.9/378/Add.4). Cette note décrivait aussi brièvement les travaux déjà entrepris à l'échelon international en vue d'harmoniser les lois dans ce domaine. Selon l'avis qui a prévalu à la dernière session, malgré les doutes émis quant à la faisabilité d'un projet d'harmonisation des règles relatives aux aspects internationaux de l'insolvabilité, les problèmes pratiques suscités par la dysharmonie des lois nationales régissant les aspects transnationaux de l'insolvabilité justifiaient une étude plus approfondie des questions juridiques qui se posaient dans ce domaine et la recherche de solutions susceptibles d'être acceptées internationalement. Le Secrétariat a été prié d'élaborer pour une session future de la Commission une étude approfondie sur l'opportunité et la faisabilité des règles harmonisées relatives aux aspects transnationaux de l'insolvabilité. Cette étude devait examiner quels aspects du droit applicable dans ce domaine se prêtaient à une harmonisation et quel pouvait être le moyen d'harmonisation le plus approprié (A/48/17, par. 302 à 306).

2. En tant que première étape dans la collecte de renseignements pour l'étude de faisabilité requise par la Commission, le Secrétariat a organisé un Colloque sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité (Vienne, 17-19 avril 1994) coparrainé par INSOL International, qui a également fourni une assistance en matière d'organisation. INSOL est une association internationale de praticiens de l'insolvabilité transnationale. Le colloque était notamment conçu pour permettre un dialogue entre praticiens des différentes régions ayant une expérience de première main de la pratique en

matière d'insolvabilité transnationale et ayant participé aux efforts déployés à ce jour pour harmoniser les règles. En tant que tel, le colloque visait à permettre à la Commission d'évaluer d'un point de vue pratique si les travaux qu'elle pourrait envisager d'entreprendre dans ce domaine étaient souhaitables et possibles. Les quelque quatre-vingt-dix participants de divers pays étaient des avocats, experts-comptables et banquiers et des juges ayant présidé des affaires importantes d'insolvabilité transnationale, ainsi que des représentants de ministères intéressés et d'organisations internationales telles qu'INSOL et le Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau. Ont notamment pris la parole des juges et praticiens ayant une expérience approfondie des affaires d'insolvabilité transnationale, ainsi que des personnalités et représentants d'organisations à la pointe des efforts internationaux et régionaux d'harmonisation.

3. On trouvera dans la présente note un résumé des avis et points de vue qui ont été échangés lors du colloque, y compris des orientations et étapes possibles des travaux que pourrait entreprendre la Commission, telles qu'elles ressortaient des échanges de vues et d'informations.

I. EXAMEN DU CADRE JURIDIQUE ACTUEL

A. Remarques générales

4. Selon un avis largement partagé lors du colloque, l'importance pratique des aspects juridiques de l'insolvabilité transnationale continuerait de croître, parallèlement au développement des activités économiques multinationales. L'accent a été mis sur la nécessité d'élaborer des mécanismes juridiques visant à limiter la mesure dans laquelle, en cas d'insolvabilité transnationale, les disparités et conflits entre les lois nationales créaient des obstacles à la réalisation des grands objectifs économiques et sociaux des procédures de faillite. Ces objectifs étaient, en général, la protection des droits et intérêts des créanciers, employés et débiteurs. Plus

précisément, les règles juridiques appliquées en cas d'insolvabilité transnationale devaient faciliter le redressement des entreprises qui, notamment d'un point de vue économique, méritaient d'être préservées, ce qui permettrait de préserver également les emplois et, en cas de liquidation, maximiser la valeur des actifs disponibles pour désintéresser les créanciers, où que soient situés ces actifs.

5. Il a été indiqué par de nombreux intervenants que, malgré la prolifération des activités économiques multinationales, le cadre juridique actuel ne permettait en général pas d'atteindre les objectifs susmentionnés en cas d'insolvabilité transnationale. De nombreuses législations de la faillite prônaient pour leurs propres procédures de faillite l'application du principe de l'universalité, selon lequel l'objectif serait une administration unifiée de la faillite et l'application des ordonnances des tribunaux aux éléments d'actifs situés à l'étranger, sans toutefois reconnaître cette universalité pour les procédures de faillite étrangère. Parmi les difficultés pouvant se poser dans le cadre d'une procédure de redressement, on a noté le cas d'une juridiction envisageant un "débiteur restant en possession" qui continuerait d'exercer des fonctions de gestion, alors qu'en vertu de la loi d'un autre État dans lequel serait menée une procédure simultanée de faillite contre le même débiteur, les responsables de l'entreprise seraient déplacés ou l'entreprise serait liquidée.

6. Il a été noté que, dans ce cadre juridique, la fragmentation et le cloisonnement selon des lignes nationales prévalaient en cas d'insolvabilité transnationale. Il a en outre été noté qu'en raison des lacunes ou insuffisances de la loi, les tribunaux et praticiens s'efforçant d'harmoniser l'administration des insolvabilités transnationales en venaient à constater qu'au mieux il leur fallait s'appuyer sur des protocoles ou accords *ad hoc* entre les parties, afin de permettre une administration harmonisée de la masse des biens dans un contexte transnational. De telles procédures, qui pouvaient se fonder sur l'interprétation de notions générales telles que la courtoisie internationale, seraient souvent appliquées dans une atmosphère d'incertitude juridique, du fait des lacunes du cadre législatif requis pour promouvoir la coopération.

7. S'il a été largement jugé qu'il ne serait pas possible, du moins dans un avenir proche, de résoudre ces problèmes par une unification des règles de fond des lois régissant les procédures de faillite transnationales, diverses questions particulières ont été recensées, auxquelles on pourrait apporter des solutions sans aller jusqu'à une unification des règles de fond. Ces questions particulières étaient notamment les suivantes : systèmes visant à faciliter, dans le contexte des procédures de liquidation, la préservation des actifs et une liquidation rapide ou, dans le contexte d'une procédure de redressement, mécanismes propres à faciliter le sauvetage et la réhabilitation d'entreprises viables au moyen de moratoires visant à prévenir toute mesure de la part des créanciers; mécanismes législatifs prévoyant la reconnaissance de représentants dûment nommés et la récupération d'éléments d'actifs, notamment en fournissant des informations dans le cadre de procédures de faillite étrangères; pour les prêteurs nantis, meilleure information et moins d'incertitudes pour ce qui est de l'identité des biens sur lesquels ils détiennent une garantie; systèmes simplifiés de recours, notamment en permettant aux créanciers, dans des circon-

tances appropriées, d'intenter une action dans leur propre pays et dans leur propre langue; reconnaissance des ordonnances des tribunaux étrangers; et reconnaissance et caractère exécutoire des "bilans nets" des banques dans le cadre d'arrangements bilatéraux de compensation.

B. Travaux de réforme législative à l'échelon national

8. L'attention a été appelée sur les activités de réforme législative entreprises ou en cours dans un nombre limité d'États, visant à favoriser l'universalité dans l'administration des insolvabilités transnationales et allant au-delà du principe de la courtoisie internationale ou des simples règles de droit international privé. Il a été noté que ces activités, qui, en général prévoyaient la mise en place de mécanismes donnant accès aux tribunaux aux représentants de faillites étrangères et reconnaissant de toute autre manière les procédures étrangères, pourraient donner une indication de ce qui était faisable sur la voie d'une harmonisation internationale.

9. Ces réformes nationales visant à mettre en place des mécanismes souples pour traiter des insolvabilités transnationales portaient essentiellement sur les points suivants : possibilité pour les représentants des faillites étrangères de s'adresser au tribunal des faillites pour demander l'ouverture d'une faillite secondaire, solution laissée à la discrétion du tribunal ou pouvant être impérative, afin de contribuer à l'administration de la faillite étrangère; diverses formes de recours accessoire, y compris les ordonnances bloquant toute action à l'encontre de débiteurs ou de biens étrangers dans la juridiction et remise de biens aux représentants étrangers en vue de leur administration dans le cadre de la faillite étrangère; suspension éventuelle ou clôture d'une procédure de faillite locale du fait de la procédure de faillite étrangère en cours; possibilité pour le représentant étranger de demander une procédure de faillite principale non volontaire, plutôt qu'une procédure secondaire; fait de considérer la comparution devant les tribunaux locaux de représentants étrangers comme une "comparution spéciale", le représentant étranger ne relevant alors pas de la compétence du tribunal à toute autre fin; critères permettant d'évaluer les procédures étrangères, afin de déterminer si le tribunal aura la liberté d'accorder soit la reconnaissance, soit une procédure secondaire (par exemple, similarité pour l'essentiel entre les systèmes juridiques de l'État du for et de l'État étranger; égalité de traitement de tous les créanciers; courtoisie internationale).

C. Initiatives prises à l'échelon international

10. Il a été noté que, de même que les dispositions particulières des législations nationales visant à traiter des faillites transnationales restaient l'exception, il n'existait pas non plus de réseau étoffé de traités bilatéraux en la matière, non plus que de traités multilatéraux à l'échelon mondial. Parmi les traités multilatéraux à l'échelon régional, on pouvait noter, en Amérique latine, les Traités de Montevideo de 1889 et 1940; dans la région des pays nordiques, la Convention entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède relative à la faillite (conclue en 1933 et modifiée en 1977 et 1982); entre les États membres du Conseil de l'Europe, la Convention européenne sur certains aspects in-

ternationaux de la faillite (Istanbul, 1990); et, dans l'Union européenne, le projet de convention sur les procédures de faillite.

11. On a également noté certaines initiatives non gouvernementales visant à instaurer un cadre juridique ou à servir de base pour l'harmonisation des procédures de faillite transnationales, en particulier la Loi type internationale sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (*Model International Insolvency Cooperation Act*, "MIICA"), élaborée par le Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau. Selon un avis, cette dernière initiative montrait à quel point il importait, si l'on voulait que les efforts d'harmonisation aboutissent, notamment si l'on souhaitait élaborer une législation type, de faire participer les États à ce processus. Il a été noté que le Comité J procédait actuellement à un examen et à une analyse des principaux concepts en matière d'insolvabilité en vue d'élaborer un code type de l'insolvabilité, ensemble de concepts uniformes qui seraient acceptables ou adaptables par les législations nationales. On a également appelé l'attention sur une autre initiative : les recherches entreprises par l'American Law Institute concernant les insolvabilités transnationales parmi les pays membres de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). (Davantage de renseignements sur les initiatives multilatérales visant à régler les insolvabilités transnationales sont présentés dans le document A/CN.9/378/Add.4.)

D. Coopération judiciaire transnationale, protocoles spéciaux et concordats

12. Une attention particulière a été accordée à la fonction essentielle que joue dans les insolvabilités transnationales la coopération entre juges et avocats des différents États dans lesquels peuvent se situer des actifs du débiteur et dans lesquels sont ouvertes des procédures de faillite. Il a été noté que, si l'importance de cette coopération était reconnue, elle était difficile en l'absence d'un cadre législatif approprié pour les insolvabilités transnationales, alors qu'il fallait concilier des lois nationales divergentes. Des juges et avocats ayant participé ces dernières années à des affaires importantes d'insolvabilité transnationale ont donné des exemples notables de coopération judiciaire et de coopération entre avocats et représentants des créanciers et des débiteurs. Il a été noté dans l'ensemble que le fait que les juges désireux de coopérer ne puissent pas véritablement s'appuyer sur la loi constituait un obstacle à cette coopération et la rendait plus incertaine.

13. Une attention particulière a été portée durant le débat à la fonction que pouvaient remplir, dans les affaires d'insolvabilité transnationale, les protocoles spéciaux convenus par les diverses parties et approuvés par les juges de tutelle. De tels protocoles pouvaient par exemple permettre d'établir un système de gestion de l'entreprise qui serait appliqué au débiteur dans le cadre d'une procédure de redressement. Ces protocoles pourraient traiter de questions telles que la nomination de directeurs, le règlement intérieur du conseil d'administration, les procédures de recours judiciaire liées au licenciement des directeurs et la reconnaissance de certains droits de l'administrateur judiciaire, notamment le droit d'obtenir des renseignements.

14. A propos de ces arrangements *ad hoc*, le colloque a noté avec intérêt les travaux entrepris par le Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau relatifs à un "Concordat pour l'insolvabilité transfrontière". Ce concordat, qui se fonde pour l'essentiel sur des règles de droit international privé, a pour objet de proposer des règles, dont certaines peuvent être applicables dans toute procédure de faillite transnationale, que les participants ou les tribunaux pourraient adopter pour traiter de diverses questions et, notamment, des questions suivantes : désignation de la juridiction chargée de l'administration, application des règles de priorité de cette juridiction, règles applicables dans les cas où il y a plus d'une juridiction et désignation des règles applicables afin d'éviter les transferts d'actifs durant la période précédant l'insolvabilité.

II. CONCLUSIONS

15. On notera que les participants au colloque se sont montrés très réceptifs à l'intérêt exprimé par la Commission d'œuvrer à un projet sur l'insolvabilité transnationale. Compte dûment tenu des avis et observations relatifs à l'insolvabilité transnationale présentés lors du colloque par des juges, praticiens et représentants d'organisations intéressées et de gouvernements, le Secrétariat continuera d'étudier s'il serait possible d'entreprendre des travaux dans ce domaine, comme l'a demandé la Commission. Dans cette tâche, le Secrétariat coopérera avec les organisations intéressées et il se félicite de l'offre d'assistance en matière de recherche qui lui a été faite par INSOL International.

16. Sur la base d'une évaluation de la faisabilité des travaux en la matière et compte tenu des débats et des consultations avec des praticiens et organisations intéressés dans le cadre du colloque, il est possible à ce stade de recenser un certain nombre de sous-domaines de l'insolvabilité transnationale pour lesquels des initiatives de la Commission seraient non seulement bien accueillies, mais également possibles et utiles. En outre, il semblerait possible d'entreprendre des travaux dans ces sous-domaines sans s'aventurer dans un domaine dans lequel, de l'avis général, il ne serait à ce stade pas possible, voire pas souhaitable, d'entreprendre des travaux, à savoir l'unification des dispositions de fond de la législation des faillites.

17. L'un de ces sous-domaines est au premier abord modeste, mais il a retenu l'attention du colloque, car il semblerait possible d'apporter une contribution utile dans un délai relativement bref : il s'agit de la coopération judiciaire. La possibilité d'entreprendre des travaux dans ce domaine s'est déjà présentée, car INSOL International a proposé de parrainer avec la CNUDCI et d'organiser, dans le cadre d'une conférence régionale qu'il doit tenir à Toronto en mars 1995, un colloque à l'intention des juges sur la coopération judiciaire en matière d'insolvabilité transnationale. Le double objectif de ce colloque serait le suivant : premièrement, obtenir l'avis des juges sur la mesure dans laquelle la coopération judiciaire est possible en vertu des lois actuelles, par exemple en application du principe de la courtoisie internationale, et déterminer les limites de cette coopération dans le cadre des lois en vigueur; deuxièmement, déterminer quelles règles pourraient être nécessaires pour promouvoir la coopération judiciaire, en tant que première mesure à pren-

dre pour faire face aux problèmes que peuvent susciter des procédures parallèles, des régimes juridiques différents et des juridictions concurrentes.

18. Le deuxième sous-domaine qu'il semblerait utile d'examiner et qui, à certains égards, recouvre le premier peut être désigné sous le nom d'"accès et reconnaissance". Il s'agirait de l'accès aux tribunaux des représentants de faillites étrangères ou de créanciers et de la reconnaissance des ordonnances de tribunaux étrangers administrant la faillite. Les travaux préliminaires dans ce domaine pourraient consister à recenser les avantages et inconvénients des différentes approches retenues dans les systèmes législatifs en matière d'accès et de reconnaissance, ainsi que dans le cadre des réformes législatives aux échelons national et multilatéral. On pourrait également étudier, du point de vue des exigences de la pratique et des objectifs de l'insolvabilité (par exemple, l'égalité de traitement entre les créanciers), s'il serait approprié d'élaborer des règles uniformes sur l'accès et la reconnaissance.

19. Un troisième sous-domaine pourrait en temps voulu être envisagé par la Commission : l'élaboration d'un ensem-

ble de dispositions législatives types sur l'insolvabilité. Il ne s'agit pas là d'une conclusion du colloque et il n'est pas proposé ici d'élaborer un code détaillé de l'insolvabilité en vue d'arriver à une unification des règles de fond, mais des travaux dans ce domaine du droit seraient sans doute importants non seulement pour les gouvernements désireux de moderniser leur législation, mais aussi pour le monde des affaires et les praticiens du droit. On peut envisager d'entreprendre diverses activités sous une forme qui permette d'éviter les problèmes que poserait toute tentative d'unifier à l'échelle mondiale les règles de fond sur l'insolvabilité. En particulier, un tel projet pourrait être conçu de manière à tenir compte des différentes options qu'un État voudra envisager lors de la rédaction de sa législation des faillites et pourrait présenter des dispositions types visant à mettre en œuvre ces diverses options. La Commission voudra peut-être noter à ce propos, en vue d'un développement de la coopération avec le Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau, les activités préparatoires entreprises par cet organe sur les notions fondamentales qu'énoncerait un code type sur l'insolvabilité (voir le paragraphe 11 ci-dessus).

C. Projets de construction, exploitation, transfert : note du Secrétariat (A/CN.9/399) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1
I. LE CONCEPT "CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT"	2-8
II. LES DIRECTIVES DE L'ONUUDI	9-11
III. CONCLUSION	12

INTRODUCTION

1. Lors du Congrès sur le droit commercial international tenu à New York en mai 1992 dans le cadre de la vingt-cinquième session de la Commission, il a été proposé que cette dernière envisage d'entreprendre des travaux concernant le mécanisme de financement des projets "Construction, exploitation, transfert" (ci-après "CET"). A la suite de cette proposition, la Commission a été saisie, à sa vingt-sixième session en 1993, d'une note sur les travaux futurs possibles (A/CN.9/378) dans laquelle le Secrétariat l'a informée qu'il suivait l'évolution des travaux de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUUDI) concernant l'établissement de directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion de contrats relatifs à des projets CET. La Commission a souligné l'intérêt des projets CET et pris note avec satisfaction de l'intention du Secrétariat de lui présenter une note sur les travaux futurs possibles dans ce domaine. Le présent document vise à informer la Commission de la situation actuelle à cet égard.

I. LE CONCEPT "CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT"

2. Sous sa forme la plus élémentaire, un projet CET suppose l'octroi pour l'État d'une concession temporaire à un consortium privé pour l'exécution d'un projet; le consortium construit, exploite et gère alors le projet pendant un certain nombre d'années, en récupérant ses dépenses de construction et en dégageant des bénéfices grâce à l'exploitation commerciale dudit projet. Lorsque la concession prend fin, le projet est transféré à l'État.

3. Dans ce type d'arrangement, le remboursement des prêts ou le rendement des investissements ne sont pas garantis par l'État, mais dépendent des recettes d'exploitation du projet. N'ayant pas à mettre directement à contribution le budget de l'État, le gouvernement du pays concerné sera moins soumis à la pression qu'entraîne un emprunt public, ce qui permettra de transférer les risques industriels et les technologies nouvelles au secteur privé. En outre, du fait