



## Assemblée générale

Distr. GENERALE

A/CN.9/419  
1er décembre 1995

FRANÇAIS  
Original : ANGLAIS

---

COMMISSION DES NATIONS UNIES  
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL  
Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité  
Vingt-neuvième session  
New-York, 28 mai - 14 juin 1996

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITE  
SUR LES TRAVAUX DE SA DIX-HUITIEME SESSION  
(Vienne, 30 octobre - 10 novembre 1995)

### TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
<u>Chapitre</u>		
I. INTRODUCTION .....	1 - 10	3
II. DEBAT ET DECISIONS .....	11 - 12	4
III. COOPERATION JUDICIAIRE ET ACCES ET RECONNAISSANCE DANS LE CONTEXTE DE L'INSOLVABILITE TRANSNATIONALE .....	13 - 93	4
A. Remarques générales .....	13 - 21	4
B. Les éventuels facteurs déterminants de l'accès et de la reconnaissance .....	22 - 45	6
1. Compétence .....	22 - 25	6
2. Procédures étrangères ouvertes dans des pays spécifiés .....	26	6
3. Pouvoir discrétionnaire du tribunal .....	27	7

TABLE DES MATIERES (*suite*)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
4. Types de procédures traitées .....	28 - 32	7
5. Types de débiteurs .....	33 - 35	8
6. Pouvoir d'agir du représentant étranger .....	36 - 39	8
7. Considérations d'ordre public .....	40	9
8. Facteurs additionnels possibles .....	41 - 45	9
C. Effets de la reconnaissance .....	46 - 69	10
1. Approches législatives possibles .....	46 - 59	10
2. Exclusion de certains types de biens .....	60 - 61	12
3. Aspects procéduraux de la reconnaissance .....	62 - 69	13
D. Procédures secondaires d'insolvabilité .....	70 - 76	15
E. Accès du représentant étranger .....	77 - 79	16
F. Coopération judiciaire .....	80 - 83	17
G. Autres questions .....	84 - 93	17
1. Obligation d'informer les créanciers .....	84 - 87	17
2. Obligation des administrateurs de se communiquer des informations .....	88	18
3. Péréquation du paiement des créances .....	89 - 93	18
IV. EXAMEN DES PROJETS PRELIMINAIRES DE DISPOSITIONS .....	94 - 189	19
A. Définition de la "procédure étrangère" .....	95 - 110	19
B. Définition de "représentant étranger" .....	111 - 117	22
C. Coopération judiciaire .....	118 - 133	24
D. Effets de la reconnaissance .....	134 - 177	26
E. Preuve concernant la procédure étrangère .....	178 - 189	34
V. TRAVAUX FUTURS .....	190 - 193	36

## I. INTRODUCTION

1. A la présente session, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a entamé 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'insolvabilité<sup>1</sup>.
2. La Commission a pris cette décision à la suite de suggestions formulées par des praticiens directement concernés par le problème, notamment à l'occasion du Congrès de la CNUDCI sur "Un droit commercial uniforme au XXIème siècle" (tenu à New York parallèlement à la vingt-cinquième session, du 17 au 21 mai 1992). A sa vingt-sixième session, la Commission a décidé d'étudier de plus près ces suggestions<sup>2</sup>. 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 prêteurs<sup>3</sup>.
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 session<sup>4</sup>.
4. La CNUDCI et INSOL ont ensuite organisé un deuxième Colloque judiciaire sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité (Toronto, 22-23 mars 1995). 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 reconnaissance<sup>5</sup>. 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. 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.
5. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les Etats membres de la Commission, a commencé l'examen de ces questions à sa dix-huitième session, qui a eu lieu à Vienne du 30 octobre au 11 novembre 1995. Y ont participé des représentants des Etats suivants membres du Groupe de travail : Algérie, Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Chili, Chine, Equateur, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Nigéria, Ouganda, République slovaque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Thaïlande et Uruguay.
6. Ont participé à la session des observateurs des Etats suivants : Bosnie-Herzégovine, Canada, Costa Rica, Gabon, Grèce, Indonésie, Iraq, Koweït, Paraguay, Pays-Bas, Philippines, République de Corée, Suède, Suisse, Turquie et Yémen.
7. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs : Fédération bancaire de l'Union européenne, Association européenne des praticiens des procédures collectives (AEPPC), International Association of Insolvency Practitioners (INSOL), Association internationale du barreau (AIB) et Association internationale des assureurs-crédit.
8. Le Groupe de travail a élu le bureau ci-après :

Président : Mme Kathryn Sabo (Canada)

Rapporteur : M. Ruthai Hongsiri (Thaïlande)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.41) et note du Secrétariat présentant l'examen des questions pouvant être traitées dans un instrument juridique relatif à la coopération judiciaire, à l'accès et à la reconnaissance dans le contexte de l'insolvabilité transnationale, sur laquelle le Groupe de travail a fondé ses débats (A/CN.9/WG.V/WP.42).

10. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Election du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Aspects transnationaux de l'insolvabilité.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

## II. DEBAT ET DECISIONS

11. Le Groupe de travail a examiné les questions liées à la coopération judiciaire, à l'accès et à la reconnaissance dans le contexte de l'insolvabilité transnationale en se fondant sur la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.42).

12. Après avoir entamé l'examen du document A/CN.9/WG.V/WP.42, le Groupe de travail a chargé un groupe de rédaction officieux de préparer des avant-projets de dispositions sur un certain nombre de questions en tenant compte du débat, qui a eu lieu et des décisions qui ont été prises. Le débat et les conclusions du Groupe de travail, y compris l'examen des divers projets de dispositions, font l'objet des chapitres III et IV ci-après.

## III. COOPERATION JUDICIAIRE ET ACCES ET RECONNAISSANCE DANS LE CONTEXTE DE L'INSOLVABILITE TRANSNATIONALE

### A. Remarques générales

13. Le Groupe de travail a ouvert ses travaux par un débat sur l'historique et les grands traits des travaux actuellement entrepris par la Commission dans le domaine de l'insolvabilité transnationale.

14. Le Groupe de travail a noté un progrès apparent dans la manière dont les questions liées au droit de l'insolvabilité étaient perçues, dans la perspective des travaux que pourrait entreprendre la Commission. Ce progrès était illustré par le fait que, précédemment, la Commission s'était abstenue de travailler sur un sujet tel que les sûretés, en partie du fait de ses incidences importantes sur le droit de l'insolvabilité, alors que maintenant, elle se lançait dans un projet portant sur cette dernière question. Parmi les facteurs justifiant l'avis actuel de la Commission, selon lequel il serait souhaitable et possible d'entreprendre des travaux dans le domaine de l'insolvabilité transnationale, on a noté en particulier les importants efforts d'harmonisation régionale entrepris jusqu'ici, l'augmentation du nombre de cas d'insolvabilité transnationale, conséquence naturelle de la mondialisation soutenue du commerce et des investissements, et le fait que les travaux entrepris ont une portée et des objectifs limités.

15. La coopération étroite entre la CNUDCI et les praticiens, qui avait caractérisé les travaux préparatoires entrepris jusqu'ici, revêtait une importance essentielle pour la définition des paramètres du projet et permettait d'escompter que la Commission pourrait, à ce stade, apporter une contribution positive dans ce domaine. Référence a été faite au Colloque judiciaire qui avait été organisé récemment et qui était l'expression de cette coopération; ce

colloque avait démontré le souci et la volonté des juges de différents pays et systèmes juridiques d'entreprendre en coopération des activités liées à l'insolvabilité transnationale, ainsi que leur intérêt pour les travaux actuellement entrepris par la Commission.

16. Pour ce qui est des paramètres du projet actuel, divers intervenants ont souligné qu'afin de préserver les chances de succès de ce projet, il faudrait lui conserver une ampleur et des objectifs relativement modestes, comme l'avait d'ailleurs envisagé la Commission. Il a été noté que, vu les divergences actuelles des lois et l'absence quasi totale de dispositions relatives à l'insolvabilité transnationale, les travaux sur l'accès et la reconnaissance envisagés par la Commission, bien que de proportions relativement modestes, pourraient néanmoins apporter une contribution importante dans le domaine du commerce et des investissements internationaux en améliorant la prévisibilité et en réduisant les incertitudes juridiques.

17. Selon un avis, afin de maintenir le projet dans ces limites, en lui donnant un champ d'application modeste mais réaliste, il faudrait éviter, dans la mesure du possible, certaines formulations terminologiques ou abstraites susceptibles d'engendrer des difficultés. On a mentionné à ce propos la notion de "réciprocité", qui pourrait être comprise de manières très différentes. De même, la notion de "domicile" semblait difficile à cerner et risquait donc de susciter des incertitudes.

18. Afin également de maintenir le projet dans des limites viables, le Groupe de travail a été instamment prié de garder à l'esprit qu'inévitablement, les points de vue nationaux en matière d'insolvabilité continueraient de diverger fortement et que la Commission n'avait pas à se fixer pour objectif de surmonter ou d'éliminer ces divergences. Il a été souligné que l'on devrait plutôt se limiter à énoncer un nombre restreint de principes fondamentaux et de règles minima, qui permettraient de traiter avec efficacité et diligence les cas d'insolvabilité transnationale et qui seraient applicables tant dans les Etats recourant à des moyens judiciaires pour traiter de l'insolvabilité que dans les Etats recourant à des mécanismes administratifs.

19. Plus précisément, à propos du champ d'application et de la structure des travaux à entreprendre, on a avancé qu'il serait utile d'aborder cette tâche de manière analytique en se fondant sur deux aspects essentiels. Premièrement, la protection et le regroupement des biens, et deuxièmement, la distribution de ces biens. On a également souligné qu'il importait d'indiquer les caractéristiques essentielles des types de procédure à traiter. Ces caractéristiques essentielles pourraient notamment être les suivantes : la procédure devrait être de caractère collectif, elle devrait entraîner le contrôle du débiteur par un organe indépendant et elle ne devrait pas englober les mesures d'aménagement financier prises par les parties dans un cadre privé, sans intervention d'un tribunal ou d'un organe administratif.

20. Diverses suggestions ont été faites afin d'élargir ou de compléter les questions présentées dans le document soumis au Groupe de travail. Selon un avis, la Commission pourrait utilement promouvoir le principe fondamental suivant : les législations nationales de l'insolvabilité devraient accorder aux créanciers étrangers un "traitement national", c'est-à-dire que les créanciers ne subiraient pas de discrimination du fait de leur nationalité. Dans le même temps, il a été noté que la notion de "traitement national" pourrait être considérée comme liée à la question de la distribution des biens et qu'il serait peut-être bon de l'examiner après les questions liées à la protection et au regroupement des biens.

21. Une proposition a été faite quant à la nature de l'avis d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité donné aux créanciers. Il a été déclaré que le cas où le débiteur avait des créanciers dans plus d'une juridiction était un cas très fréquent, peut-être plus encore que celui où le débiteur avait des actifs dans plusieurs pays. Et ce cas faisait apparaître bien souvent l'insuffisance des exigences actuelles en matière de notification, qui se limitaient souvent à la publication, et ne permettaient pas vraiment de donner aux créanciers étrangers la possibilité de participer à la procédure d'insolvabilité. Le Groupe de travail a convenu d'examiner ces questions et d'autres questions éventuelles durant ses débats.

## B. Les éventuels facteurs déterminants de l'accès et de la reconnaissance

### 1. Compétence

22. Le Groupe de travail a noté que certaines juridictions subordonnaient la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères à un examen préalable de la validité de leur ouverture. On a suggéré qu'il serait bon de tenir compte, dans l'instrument que la Commission doit établir, de cette approche qui subordonne la reconnaissance à l'existence des "facteurs de rattachement" requis entre le débiteur et la juridiction dans laquelle la procédure d'insolvabilité a été ouverte.

23. On a débattu des moyens qui permettraient d'exprimer cette condition et les éventuels facteurs de rattachement à considérer comme essentiels pour apprécier, aux fins de la reconnaissance, la compétence de la juridiction étrangère pour ouvrir la procédure à reconnaître. Ces facteurs pouvaient être le domicile, la résidence habituelle, le siège social statutaire, le principal établissement, le centre des intérêts principaux du débiteur et l'emplacement des actifs.

24. Selon une opinion, afin d'assurer le degré maximum de prévisibilité, il faudrait que le facteur de rattachement décisif soit, dans le cas d'une personne morale, le siège ou le siège social statutaire et, dans le cas d'une personne physique, le domicile. On a fait valoir que cette approche assurerait le degré maximum de prévisibilité et de certitude. Elle présentait cependant un inconvénient dans la mesure où elle manquait de souplesse pour tenir compte d'autres facteurs de rattachement qui pouvaient être importants et pour régler les cas où il serait souhaitable de reconnaître des procédures ouvertes par des juridictions autres que celles du domicile ou du siège du débiteur. Il serait donc plus judicieux de faire référence au "centre des intérêts principaux du débiteur".

25. Une troisième approche a été proposée, qui faisait intervenir l'appréciation de la validité de la procédure étrangère en cause et non une référence à tel ou tel facteur de rattachement : elle consistait simplement à établir une présomption réfragable favorable à la validité de la procédure d'insolvabilité étrangère. Cette approche offrait des avantages en ce sens qu'elle faciliterait l'assistance transnationale tout en préservant la possibilité de contester la reconnaissance pour des questions de compétence de la juridiction étrangère. On a aussi signalé que cette approche tiendrait compte du fait que, dans un grand nombre de cas, la validité de la procédure étrangère ne serait pas nécessairement contestée, si par exemple, dans la juridiction de reconnaissance, il n'y a pas de créanciers pour contester la validité. Cette troisième approche présentait un autre intérêt en ce sens qu'elle éviterait l'effet d'exclusion, qui pouvait être peu souhaitable, d'un critère établi à partir d'un seul facteur; autrement dit, il serait impossible de reconnaître des procédures fondées sur un critère autre que les facteurs de rattachement, qui servirait de moyen de filtrage.

### 2. Procédures étrangères ouvertes dans des pays spécifiés

26. Le Groupe de travail a noté que certains pays appliquaient une formule qui consistait à offrir une assistance aux procédures d'insolvabilité étrangères ouvertes dans les pays énumérés sur les listes de pays "spécifiés" à cette fin.

### 3. Pouvoir discrétionnaire du tribunal

27. Le Groupe de travail a relevé qu'une autre approche liée à la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères supposait l'exercice par le tribunal d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur des directives légales. L'idée a été émise que cette approche pourrait faire l'objet d'un examen plus approfondi au titre des effets de la reconnaissance.

#### 4. Types de procédures traitées

28. Le Groupe de travail a examiné la question des types de procédures qui devraient entrer dans le champs d'application des dispositions sur la reconnaissance. On a mentionné l'inclusion, dans une définition des procédures traitées, de certains éléments de base tels que la représentation collective des créanciers et le dessaisissement du débiteur.

29. On a généralement soutenu l'idée que la reconnaissance devrait être limitée aux procédures qui étaient en quelque sorte sanctionnées officiellement, que ce soit par une décision judiciaire ou un arrêté administratif. On a déclaré que les accords privés d'aménagement financier qui pouvaient être passés par les parties hors de toute procédure judiciaire ou administrative pouvaient prendre toute une série de formes et n'étaient pas matière satisfaisante pour faire une règle générale sur la reconnaissance. On a généralement estimé qu'en prévoyant la reconnaissance des procédures par une instance judiciaire ou administrative, on prendrait en considération les cas de type courant, et ce serait là une bonne limite au champ d'application de l'instrument.

30. On s'est demandé comment traiter du fait qu'il existait dans certaines juridictions des formes de procédures de redressement qui étaient inconnues ou qu'il ne serait pas facile à reconnaître dans d'autres juridictions. Un exemple en est donné par les procédures dans lesquelles le débiteur reste en possession de ses biens. On s'est préoccupé à ce sujet du fait que les dispositions sur la reconnaissance ne devraient pas mettre le tribunal dans la position d'avoir à déterminer à la base si la procédure à reconnaître impliquait de fait une insolvabilité. Pour répondre à ces préoccupations, on a proposé d'inclure une condition tendant à ce que le débiteur soit placé sous le contrôle d'un organe indépendant. On a aussi proposé de prévoir une règle visant à ce que la procédure étrangère soit reconnue en tant que procédure d'insolvabilité si elle est traitée comme telle dans la juridiction d'origine. On a aussi fait valoir que, dans la mesure où des demandes en reconnaissance étaient présentées directement par un tribunal à un autre, le tribunal requis aurait moins le sentiment de devoir déterminer s'il s'agit ou non d'une procédure d'insolvabilité.

31. Au cours du débat, on a noté qu'une distinction pourrait être faite entre l'accès et la reconnaissance, d'une part, afin que le débiteur étranger détermine les éléments qui entrent dans la masse des biens et, d'autre part, afin que les créanciers étrangers fassent valoir leurs créances sur les biens du débiteur situé hors de la juridiction dans laquelle la procédure d'insolvabilité se déroule (reconnaissance des créanciers étrangers). On s'est demandé si différentes conditions pourraient s'appliquer aux deux cas.

32. L'idée a été émise qu'on pourrait éviter certaines de ces difficultés si, du moins en tant que méthode de travail, le Groupe de travail s'intéressait d'abord aux procédures de liquidation pour passer ensuite aux procédures de redressement. A l'appui de cette idée, on a pensé que le consensus serait peut-être plus facile à obtenir sur la reconnaissance des procédures de liquidation étrangères que sur celle des procédures de redressement, car les secondes sont inconnues d'un certain nombre de juridictions. On a déclaré que, dès qu'une série de règles sur les procédures de liquidation auraient été approuvées, le Groupe de travail pourrait se demander si ces règles pourraient s'appliquer aux procédures de redressement. On a ajouté que, si on traitait simultanément les procédures de liquidation et les procédures de redressement, il faudrait faire une distinction entre les deux, ce qui pourrait être difficile, car liquidation implique souvent redressement, et inversement.

#### 5. Types de débiteurs

33. Le Groupe de travail s'est demandé, au cours d'une discussion préliminaire, s'il fallait apporter des restrictions aux types de débiteurs auxquels s'appliquerait l'instrument à établir et, en particulier, s'il fallait en exclure les non-commerçants ou les consommateurs. On a relevé que l'un des moyens de procéder à cette exclusion serait de limiter le champ d'application de l'instrument aux personnes morales. Pour exclure les insolvabilités de "consommateurs", on a fait valoir qu'elles avaient relativement peu d'importance en termes économiques, en particulier dans le contexte transnational, et qu'elles plongeraient les tribunaux étrangers dans la complexité des règles et privilèges spéciaux

en vigueur dans d'autres juridictions pour protéger les consommateurs (par exemple, exemptions de certains des biens personnels ou familiaux du débiteur). Toutefois, ceux qui se sont déclarés favorables à l'idée d'inclure à la fois les personnes morales et les personnes physiques ont expliqué que, si on excluait les secondes, on laisserait échapper des cas importants dans lesquels des sommes considérables étaient dues par des personnes physiques. A cet égard, on a signalé que, si l'instrument s'appliquait aux personnes physiques, il faudrait peut-être écarter de la masse des biens du débiteur certaines catégories d'actifs tels que les actifs personnels ou familiaux. Il serait par ailleurs difficile d'établir une distinction nette entre les insolvabilités de consommateurs et les insolvabilités commerciales, car on ne trouverait pas nécessairement de critères généralement acceptés à cette fin. Devant cette dernière complication, on a suggéré de se référer aux dettes encourues à des fins privées ou personnelles pour définir une insolvabilité de "consommateur".

34. Une autre possibilité d'exclusion a été soulevée à propos de certains types de débiteurs institutionnels tels que les banques, les compagnies d'assurance et les sociétés d'investissement. On a signalé que certaines de ces institutions financières étaient soumises à des lois qui n'entraient pas dans le cadre de la législation ordinaire sur l'insolvabilité car elles relevaient normalement, en tant qu'organismes réglementés, d'instances et de textes légaux distincts. La liquidation des banques s'opérait souvent dans un cadre administratif spécial, et l'application de la législation ordinaire sur l'insolvabilité à ces institutions pourrait être compliquée en raison de la garantie des dépôts, question normalement régie par la législation de la juridiction dans laquelle la banque serait située. Une autre question était de savoir si l'inclusion de ces institutions pourrait dépendre des circonstances. C'est ainsi qu'une banque qui opère dans une juridiction d'une manière qui l'assujettit à la législation interne pourrait normalement ne pas être soumise à la législation interne ordinaire sur l'insolvabilité, tandis qu'une banque qui n'a que des actifs que dans une juridiction donnée pourrait se voir soumise, en ce qui concerne ces actifs, à une procédure secondaire dans cette juridiction.

35. On a été d'avis, du moins à ce stade, qu'il ne serait pas souhaitable d'éliminer d'emblée la possibilité d'inclure les banques et institutions apparentées, étant donné en particulier que certaines des insolvabilités transnationales les plus importantes engagent des banques. En outre, les grandes banques étant de plus en plus souvent des filiales de grosses sociétés commerciales, la reconnaissance des procédures d'insolvabilité des banques pourrait être essentielle pour maximiser la valeur de la masse des biens.

#### 6. Pouvoir d'agir du représentant étranger

36. Le Groupe de travail a étudié dans quelle mesure et de quelle manière le tribunal de la reconnaissance voudrait s'assurer que le représentant étranger était habilité par la juridiction de la procédure reconnue à agir à l'étranger, notamment en ce qui concerne les biens situés à l'étranger. Il a été noté que la question ne posait pas de problème insurmontable dans la pratique, car, dans la plupart des juridictions, l'accréditation d'un représentant était supposée avoir un effet universel. Toutefois, il a été jugé que cette question était importante, car elle pouvait poser des problèmes aux tribunaux.

37. Selon un avis, pour qu'un représentant étranger soit reconnu à l'étranger, son identité et sa fonction devaient être sans ambiguïté, ce qui ne serait peut-être pas toujours le cas, à moins que ce représentant ait été expressément autorisé par un tribunal de la juridiction d'origine et que la preuve puisse en être apportée. Il a toutefois été noté que l'exigence d'un ordre exprès du tribunal, outre l'acte de nomination, constituerait un obstacle sérieux à une action efficace du représentant étranger, dans la mesure où celui-ci serait privé du pouvoir essentiel d'agir avec diligence pour protéger les biens. Il a également été avancé que le tribunal de la reconnaissance pourrait être assuré que le représentant en question avait le pouvoir d'agir à l'étranger si l'Etat d'origine du représentant conférait ce pouvoir, en vertu d'une disposition légale générale aux représentants soumettant une demande de reconnaissance à un tribunal étranger.

38. Durant le débat, il a été demandé dans quelle mesure les organismes spéciaux existant dans certains pays, qui avaient pour objet de contrôler les activités des représentants d'insolvabilités, dans l'intérêt public ou dans l'intérêt

des créanciers, pourraient être habilités à obtenir une assistance judiciaire à l'étranger. Selon un avis, cette question poserait moins de problèmes dans la mesure où ces organismes, bien que sans doute nommés par une autorité autre qu'un tribunal, agiraient quasiment en tant que représentants étrangers pour ce qui est des biens. On a également fait valoir que ces organismes ne devraient pas avoir plus de pouvoirs qu'un représentant étranger normal, même s'ils étaient liés à un gouvernement ou nommés par lui.

39. Il a en outre été déclaré que cet aspect, ainsi que d'autres aspects de la question militaient en faveur d'une définition fonctionnelle du "représentant étranger", plutôt que d'une définition fondée sur une terminologie particulière, susceptible d'être interprétée ou comprise de manières divergentes. Il a été ajouté que, dans une certaine mesure, les doutes que pourrait avoir le tribunal de la reconnaissance sur le pouvoir d'agir à l'étranger d'un représentant étranger seraient peut-être atténués si la demande de reconnaissance émanait du tribunal étranger plutôt que du représentant.

#### 7. Considérations d'ordre public

40. On a jugé dans l'ensemble que l'instrument futur devrait comporter une disposition donnant aux Etats le droit de refuser la reconnaissance pour des motifs d'ordre public. On trouvait cette exception dans les instruments multilatéraux et dans les lois nationales traitant de la reconnaissance des procédures étrangères. Le Groupe de travail s'est demandé s'il serait possible ou souhaitable de qualifier ou de définir ces considérations d'ordre public, de manière à éviter tout abus, vu le grand nombre de motifs que l'on pourrait probablement invoquer pour faire jouer cette exclusion, ce qui risquerait de contrecarrer les objectifs de l'instrument envisagé. Il a noté, par exemple, que certaines dispositions en la matière étaient applicables dans les cas où la reconnaissance serait "manifestement contraire" à l'ordre public. Au-delà de cette condition élémentaire, l'ajout d'une formulation plus restrictive n'a pas recueilli un appui suffisant, étant donné que cette notion, dans ses détails, n'était pas du tout interprétée de la même manière selon les Etats.

#### 8. Facteurs additionnels possibles

41. Diverses suggestions ont été faites à propos d'éventuelles questions additionnelles relatives aux facteurs qui pourraient être déterminants pour la reconnaissance; il a été notamment proposé que les définitions de termes tels que "représentant étranger", comme il a été noté ci-dessus, et "procédure étrangère" soient axées sur les aspects fonctionnels. Il a été jugé qu'une telle approche serait utile, car elle éviterait toute incertitude due à des divergences terminologiques parmi les systèmes juridiques.

42. Pour ce qui est des facteurs additionnels eux-mêmes, le Groupe de travail s'est demandé s'il faudrait inclure une référence à la réciprocité. Les partisans de cette référence, en vigueur dans certains pays, ont jugé qu'un tel mécanisme de filtrage permettrait d'harmoniser davantage les lois en incitant plus fortement les Etats à inclure dans leur législation des dispositions sur l'insolvabilité transnationale.

43. Dans le même temps, divers intervenants ont fait part des inconvénients qu'il y aurait selon eux à inclure une référence à la réciprocité dans l'instrument que devrait établir la Commission. Selon un avis, l'inclusion d'une telle référence serait source d'incertitudes, étant donné que cette notion était interprétée différemment et qu'elle se fondait sur des concepts législatifs différents; il serait en outre difficile de déterminer dans quelle mesure la réciprocité était effectivement assurée. Il a également été déclaré que l'inclusion de cette référence ne serait pas conforme à l'objectif fondamental du projet, qui était de promouvoir la coopération internationale, et donnerait une idée erronée du projet.

44. Selon un avis, afin de réduire les effets négatifs d'une disposition relative à la réciprocité, on pourrait, pour le moins, établir une distinction entre deux approches en la matière. Selon la première approche, la moins souhaitable selon cet avis, que l'on pourrait appeler la réciprocité "positive", il fallait prouver que la réciprocité serait accordée; selon l'autre approche, moins néfaste, que l'on pourrait appeler la réciprocité "négative", on supposerait, sauf preuve contraire, que la réciprocité serait accordée dans la juridiction dont la procédure devait être reconnue.

45. Il a en outre été noté que l'objectif de la réciprocité, qui, semblait-il, serait servi de la façon la plus directe si l'instrument prenait la forme d'une convention, pourrait également être énoncé dans une loi type. Il a été avancé à ce propos qu'une loi type qui serait largement acceptée permettrait d'atteindre l'objectif de la réciprocité sans qu'il soit nécessaire d'y inclure une disposition à cet effet.

### C. Effets de la reconnaissance

#### 1. Approches législatives possibles

46. Le Groupe de travail a procédé à un échange de vues sur les différents moyens possibles de traiter la question primordiale des effets qui découleraient de la reconnaissance d'une insolvabilité étrangère compte tenu des paramètres du projet entrepris par la Commission.

47. Il était entendu au départ qu'il y avait toute une série d'effets possibles qui pouvaient être attribués à la reconnaissance, y compris des mesures provisoires conçues pour regrouper et protéger les biens, telles que la suspension ou le gel des poursuites individuelles des créanciers portant sur les biens situés dans la juridiction de la reconnaissance et l'autorisation donnée au représentant étranger, d'une part, d'obtenir des renseignements et des témoignages concernant les biens et les activités économiques du débiteur et, d'autre part, de gérer et d'administrer ces biens ainsi que, en dernière extrémité, l'autorisation qui lui serait accordée de transférer les biens ou le produit de la réalisation de ces biens hors de la juridiction de la reconnaissance.

48. On a aussi retenu comme base fondamentale des travaux entrepris par la Commission l'idée que la mise en oeuvre par le représentant étranger des effets de la reconnaissance supposerait généralement, du moins au départ, une forme d'intervention judiciaire ou administrative dans la juridiction de la reconnaissance. De ce fait, la mise en place d'un système qui habiliterait les représentants étrangers à agir dans des juridictions étrangères en l'absence d'autorisation ou d'assistance officielles n'entrerait pas dans le champ d'application du projet. Toutefois, il a été noté que les Etats désireux d'aller dans ce sens pourraient envisager une telle approche et que l'on pourrait également envisager de l'inclure dans le menu d'options qui serait présenté aux Etats par la Commission.

49. Au titre d'une approche qui a été envisagée pour déterminer les effets de la reconnaissance, on pourrait tenter de faire une énumération exhaustive de ces effets, en s'inspirant par exemple de la formule adoptée dans la Convention d'Istanbul. Cette approche n'a pas suscité un très large appui, notamment parce qu'on craignait de rendre vaine une tentative d'énumération générale et complète d'effets qui pouvaient être très nombreux.

50. Des avis divergents ont été émis à propos d'une seconde approche qui a été examinée pour déterminer les effets de la reconnaissance : elle supposait une référence à la loi applicable. On pouvait envisager un certain nombre de variantes qui étaient fonction de la question de savoir si le tribunal de la reconnaissance serait autorisé à déterminer les effets de cette reconnaissance en application de la loi dont il relève, ou de celle de la juridiction dont la procédure d'insolvabilité devait être reconnue. On pouvait aussi envisager la possibilité d'autoriser le tribunal de la reconnaissance à appliquer l'une ou l'autre des deux lois.

51. Les arguments qui militaient en faveur d'une approche fondée sur l'application de la loi du tribunal de la reconnaissance tenaient à la plus grande facilité avec laquelle ce tribunal pourrait appliquer une loi qui était la sienne et qu'il connaissait bien, comparée à une loi étrangère qui risquait de lui être moins familière. On a fait valoir que cette approche rendrait plus facile et plus probable l'octroi d'une assistance à la procédure étrangère, sans parler du fait que, pour ces raisons, les Etats accepteraient plus volontiers l'instrument établi par la Commission.

52. Une approche fondée sur l'application de la loi régissant la procédure reconnue présentait des avantages en ce sens que, selon toute probabilité, elle aboutirait à un résultat plus cohérent et mieux équilibré, étant donné les différences entre les législations nationales sur l'insolvabilité, des différences qui pourraient être mises en évidence

si le tribunal de la reconnaissance devait appliquer une loi différente de celle qui régirait la procédure principale. Il était aussi préférable d'appliquer la loi de la procédure principale afin de ne pas inciter les débiteurs à chercher à dissimuler des actifs en se retranchant derrière une autre loi qui pourrait permettre de soustraire ces actifs à une administration découlant de la procédure principale d'insolvabilité, si par exemple ces actifs étaient jugés ne pas faire partie des biens concernés.

53. Le Groupe de travail a aussi examiné une approche qui se situait quelque part à mi-chemin entre les deux variantes concernant la "loi applicable", visée dans les paragraphes précédents. Cette approche consisterait à autoriser le tribunal de la reconnaissance à appliquer soit sa propre loi, soit celle de la juridiction qui avait ouvert la procédure reconnue. On a fait valoir que cette approche "combinée" apporterait la souplesse nécessaire pour limiter la possibilité de soustraire des actifs aux procédures d'insolvabilité, qu'elle servirait au mieux les intérêts des créanciers et qu'elle permettrait de maximiser la valeur de la masse des biens. A ce propos, on s'est demandé si cette approche n'aboutirait pas à donner au représentant étranger des pouvoirs plus étendus que ceux qui seraient conférés à un représentant qui agirait en vertu de la loi de la juridiction de désignation.

54. Dans le cadre du débat sur les effets de la reconnaissance, le Groupe de travail a aussi noté que, dans une mesure ou une autre, en fonction partiellement de la tradition et du système juridique applicables, les effets précis de la reconnaissance pourraient faire intervenir l'exercice par les juges d'un pouvoir d'appréciation ou d'un "pouvoir discrétionnaire", comme l'entendent en particulier certains systèmes juridiques, compte tenu des circonstances de chaque cas. On a fait observer par ailleurs que, même si les juges des différents systèmes juridiques étaient appelés et habitués à exercer ce pouvoir d'appréciation, il y avait toujours entre ces systèmes des différences quant à l'étendue du "pouvoir discrétionnaire" qui pouvait être laissé au juge.

55. Pour atteindre l'objectif fondamental, mais limité, qui consiste à offrir rapidement la possibilité concrète d'établir une coopération entre les juridictions en cas d'insolvabilité transnationale, tout en faisant place aux différences entre les diverses traditions et notions juridiques applicables, le Groupe de travail a examiné avec beaucoup d'intérêt une proposition qui combinerait et rapprocherait certaines des considérations et des approches dont il a été question pendant le débat. Si l'on retenait la proposition d'approche combinée, la Commission incorporerait dans l'instrument en cours d'élaboration une liste "minimum" de mesures ou d'effets qui seraient déclenchés par la reconnaissance, l'accent étant mis sur la nécessité de mettre rapidement les biens à l'abri d'une dilapidation et de prévoir suffisamment de temps pour procéder à une évaluation complète de la situation, tout en laissant au tribunal de la reconnaissance la possibilité d'admettre des effets supplémentaires.

56. La dernière partie de la disposition, qui ouvrirait aux juges la possibilité de prévoir des effets supplémentaires, en plus de ceux de la liste minimum, pourrait être rédigée de manière à faire intervenir des éléments ou des directives qui seraient connus des juges des différents systèmes juridiques et dont ils auraient l'habitude. Ces éléments pourraient être en même temps assortis du degré de souplesse qui caractérise les poursuites judiciaires dans les différents systèmes juridiques et permettre en particulier de déterminer si la principale procédure étrangère défavoriserait les créanciers locaux et d'évaluer les règles procédurales locales ainsi que les considérations générales d'ordre public.

57. Pour ce qui est des effets susceptibles d'être inclus dans la liste minimum, on est généralement convenu qu'il faudrait s'intéresser essentiellement aux effets qui seraient indispensables pour répondre à une nécessité immédiate : permettre la prise en compte des biens locaux dans une solution coordonnée ou globale de l'insolvabilité. A titre de premier exemple de ces effets, on pourrait citer la suspension ou le gel, dès la reconnaissance, voire peut-être, dès la simple demande de reconnaissance, des poursuites individuelles des créanciers et du transfert par le débiteur de ses intérêts sur les biens. On a précisé que l'efficacité de cette suspension, dans le cas du transfert des intérêts du débiteur, serait des plus utiles en raison du facteur temps essentiel, qui peut jouer pour prévenir la dilapidation des biens. Parmi les autres effets qui pourraient être inclus dans la liste minimum, on a mentionné le pouvoir donné au représentant étranger d'obtenir des informations et des témoignages concernant les biens et les affaires du débiteur, de prendre en charge les biens de celui-ci et d'en assurer la gestion.

58. Les partisans de l'approche ci-dessus ont fait valoir qu'elle répondrait à l'objectif fondamental du projet en ce sens qu'elle permettrait de prévoir des dispositions législatives "habilitantes" qui offrirait des moyens de coopération et de reconnaissance judiciaire des procédures étrangères d'insolvabilité, ces moyens faisant actuellement défaut dans beaucoup de législations nationales. En même temps, elle permettrait d'éviter de compter uniquement sur l'exercice du "pouvoir discrétionnaire des tribunaux" d'une manière qui pouvait faire craindre une moins bonne harmonisation et une moindre acceptabilité entre les systèmes juridiques. En revanche, au delà des mesures énoncées dans la liste minimum, elle apporterait le degré de souplesse nécessaire pour permettre aux juges de traiter de façon pratique les cas d'insolvabilité transnationale, compte tenu des conditions particulières des différents cas dont ils seraient saisis ainsi que d'autres facteurs pertinents, ce qu'ils étaient généralement habitués à faire pour d'autres cas dans tous les systèmes juridiques.

59. On s'est demandé si, dans la "liste minimum", on devrait prévoir la possibilité d'annuler certaines opérations du débiteur, généralement défavorables aux créanciers, qui ont eu lieu un certain temps avant la déclaration d'insolvabilité, mesure désignée dans certains systèmes par l'expression "annulation des paiements ou transferts préférentiels". On a cependant hésité à la faire figurer dans la liste au motif qu'elle faisait intervenir des questions particulièrement complexes qui étaient traitées très différemment selon les Etats. En ce qui concerne les facteurs qui doivent orienter la détermination des mesures supplémentaires possibles, indépendamment des mesures visées dans la liste minimum, on a été d'avis qu'il faudrait aussi mentionner ce qui a été désigné auparavant par l'expression "réciprocité positive" (voir par. 44). Cet avis n'a pas bénéficié d'un appui suffisant.

## 2. Exclusion de certains types de biens

60. On a noté que, dans les législations nationales, certains types de biens étaient exemptés de l'application soit des mesures d'insolvabilité en général soit, plus précisément, des règles concernant la disposition des biens dans le contexte transnational. C'est ainsi que certains types de biens personnels ou familiaux peuvent être exclus complètement de l'application de la législation sur l'insolvabilité et, comme le montre l'article 5 du projet de Convention de l'Union européenne, les droits réels des tiers peuvent en être exclus en vertu des règles sur les effets transnationaux de l'ouverture des procédures d'insolvabilité. On a mentionné aussi à cet égard l'exemption possible des biens immeubles.

61. Diverses interventions ont donné à penser que l'on s'orientait vers l'idée que, dans l'instrument qu'elle doit établir, la Commission ne devrait peut-être pas chercher à toucher à ces exemptions, surtout parce qu'elles peuvent faire intervenir des notions d'ordre public et de souveraineté dont les Etats ne voudraient pas qu'elles cessent de relever de leur droit interne ou du droit international privé. Toutefois, le Groupe de travail a noté qu'il s'agissait là d'une question qu'il faudrait examiner plus avant. Il a également noté que, lorsqu'il examinerait la question d'une éventuelle exclusion des droits réels, il devrait tenir compte de la question connexe des biens pour lesquels une saisie avait déjà été obtenue.

## 3. Aspects procéduraux de la reconnaissance

62. Le Groupe de travail a étudié les caractéristiques possibles d'une disposition qui pourrait figurer dans l'instrument qu'élaborerait la Commission et qui traiterait des effets de la reconnaissance et de considérations connexes. Les diverses approches possibles différaient en fonction de leur caractère plus ou moins formel, ainsi que du type et de la spécificité des éléments de procédure. A une extrémité de l'éventail, on trouverait les approches exigeant une décision expresse de reconnaissance par un tribunal compétent et entraînant peut-être également l'ouverture par le représentant étranger d'une procédure locale d'insolvabilité. A l'autre extrémité, on trouverait l'approche de l'"effet immédiat" selon laquelle, par exemple, les effets de la reconnaissance et le pouvoir donné au représentant étranger d'agir dans la juridiction de la reconnaissance découleraient directement de l'ouverture de la procédure étrangère. Il a été noté que la première approche était la plus certaine du point de vue juridique, alors que la seconde visait à permettre au représentant étranger d'obtenir rapidement les mesures de protection qu'il souhaitait.

Le Groupe de travail a également examiné les approches intermédiaires pour ce qui est du degré de formalité et des procédures.

63. Une question pouvait en dernière analyse avoir des incidences sur la teneur d'une disposition sur les procédures : dans quelle mesure les procédures particulières pouvaient-elles être soumises à la loi applicable de la juridiction de la reconnaissance. Une autre question a été discutée : la teneur d'une disposition sur les procédures pourrait être fonction de la nature des moyens de recours, ou du stade auquel se situait la procédure de reconnaissance. Selon cette approche, les règles de procédure et le degré de formalité requis pourraient dépendre du point de savoir si les mesures en question étaient des mesures d'urgence, de caractère provisoire, nécessaires pour protéger immédiatement les biens, ou si ces mesures étaient de caractère plus définitif, par exemple une décision finale sur la reconnaissance du représentant étranger ou une suspension générale des actions des créanciers. Le premier type de mesures pourrait être assorti de conditions de procédure moins formelles que le second type.

64. On a également traité durant le débat de l'hypothèse généralement admise selon laquelle, dans le contexte de l'instrument qu'élaborerait la Commission, il faudrait, pour donner effet à la reconnaissance, des mesures et un contrôle judiciaires ou quasi-judiciaires, notamment si l'instrument devait prendre la forme d'une loi type, supposant une adoption unilatérale par voie législative, compte tenu du fait qu'il ne s'agirait en aucun cas d'un instrument limité à un contexte régional. Ainsi, il semblait douteux que l'approche de l'"effet immédiat" soit une option pratique, en tant qu'approche que les Etats devraient suivre en général.

65. Prenant les éléments ci-dessus comme principes directeurs possibles pour l'étude d'une disposition en la matière, le Groupe de travail s'est penché sur les détails des procédures. Il fallait par exemple déterminer dans quelle mesure et à quel moment les créanciers devaient être avisés de la reconnaissance du représentant étranger, ou dans quelle mesure et à quel moment la reconnaissance produirait ses effets, par exemple le gel des biens. Il a été noté dans l'ensemble que les juridictions imposaient en général des conditions en matière de notification et de publication, par exemple la publication d'avis invitant les créanciers à présenter la preuve de leurs créances, à une ou plusieurs étapes de la procédure d'insolvabilité. Il a été jugé à ce propos que de telles exigences en matière de publication ne devraient pas être imposées trop tôt dans le cadre de ce processus, car on risquerait d'empêcher le représentant étranger de protéger efficacement les biens contre tout risque de dispersion ou de dissimulation, notamment si la publication ou la notification était requise avant qu'une mesure d'urgence de gel des biens n'entre en vigueur et un débiteur ou des créanciers auraient alors le temps de disposer de biens avant que le gel ne prenne effet.

66. On a également avancé qu'il ne serait sans doute pas approprié que la notification des mesures accordées à un représentant étranger intervienne trop tôt notamment si une décision définitive sur la reconnaissance n'avait pas encore été prise et s'il était encore possible que la reconnaissance soit refusée. On a craint à ce propos qu'une notification ou une publication prématurée ne porte de manière injustifiée atteinte à la réputation du débiteur, ainsi qu'à son aptitude à poursuivre ses activités commerciales; elle serait en outre contraire à la doctrine constitutionnelle des garanties de la procédure légale. Dans le même temps, il a été indiqué qu'une notification donnée trop tard risquerait de porter atteinte aux intérêts légitimes des créanciers et ne donnerait pas satisfaction aux créanciers, qui se plaignaient souvent de l'insuffisance des informations sur la procédure d'insolvabilité.

67. Il a également été avancé que l'on pourrait probablement supposer que, dans le cadre de la législation des faillites applicable et de la jurisprudence de la juridiction de la reconnaissance, Il existerait des dispositions appropriées en matière de notification et de publication; ainsi, cette question n'aurait peut-être pas à être traitée de manière très détaillée dans l'instrument qu'élaborerait la Commission. Toutefois, il serait peut-être utile d'énoncer quelques aspects fondamentaux de la question, car les approches retenues dans les lois nationales divergeaient et il serait peut-être bon de trouver un dénominateur commun minimum dans ce domaine. Différents exemples ont été donnés : ainsi, une loi nationale prévoyait que la publication ne se faisait qu'une fois que la décision définitive sur la reconnaissance était publiée. Le point de vue selon lequel il pourrait être utile de prévoir une notification plus précoce pour certains aspects a reçu un certain appui. On a avancé, par exemple, que, lorsqu'une mesure provisoire

était adoptée consistant à geler un bien avant que la décision concernant la reconnaissance ne soit prise, il serait sans doute bon d'aviser directement les parties touchées par cette mesure.

68. Il est ressorti du débat qu'il serait sans doute bon de laisser au tribunal ordonnant la reconnaissance ou des mesures de protection particulières le soin de déterminer les exigences en matière de notification et de publication. En outre, il a été avancé que certaines mesures de protection devaient être conçues de manière à prendre effet dès la demande de reconnaissance et non après que la décision relative à la reconnaissance avait été prise; il s'agissait là d'une possibilité qui devait être prise en considération. On a de plus estimé dans l'ensemble que la disposition devrait prévoir l'accès du représentant étranger au tribunal ayant compétence pour ordonner la reconnaissance et les mesures de protection requises et, en particulier, que certaines mesures de protection devraient sans doute être prises par le tribunal dans des délais particulièrement brefs, peut-être dans le cadre d'une procédure non contradictoire. Il a été noté que de telles voies non contradictoires n'étaient pas inconnues de la plupart des systèmes juridiques et qu'elles donnaient en général la possibilité de notifier et de contester après l'étape non contradictoire initiale. (Voir également l'examen des questions liées à la notification, par. 84 à 87 et 170.)

69. Pour ce qui est de savoir quel tribunal dans un pays donné serait compétent, plusieurs facteurs pourraient être pris en compte, notamment la proximité des biens en question et le fait qu'un tribunal prié de prendre des mesures de protection d'urgence ne soit pas nécessairement le tribunal compétent pour accepter ou rejeter en dernière analyse la demande de reconnaissance. On a jugé dans l'ensemble que, du fait de la diversité de ces facteurs, il ne serait ni possible ni approprié, pour ces raisons, de faire référence à un tribunal ou des tribunaux particuliers dans l'instrument qu'élaborerait la Commission. On a toutefois jugé qu'il pourrait être utile de préciser que l'accès aux tribunaux devait être garanti et que les Etats adoptant l'instrument indiqueraient eux-mêmes quels tribunaux seraient compétents en la matière.

#### D. Procédures secondaires d'insolvabilité

70. Le Groupe de travail a ensuite abordé la question des incidences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité distincte dans l'Etat de la reconnaissance sur la coopération judiciaire et l'accès aux tribunaux et sur la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère. Il a été noté que les effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère pourraient être bloqués dans une certaine mesure par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité distincte et, afin de limiter cet effet de blocage, diverses restrictions pourraient être imposées à l'ouverture de ces procédures distinctes (parfois désignées sous le nom de "procédures secondaires").

71. Il a été noté que l'on trouvait dans les systèmes juridiques divers moyens de relier ces procédures secondaires aux procédures étrangères; ainsi, du fait de l'existence de la procédure étrangère, il n'était parfois pas nécessaire de prouver l'insolvabilité du débiteur pour ouvrir une procédure secondaire. On pouvait établir un autre lien important entre ces procédures en autorisant le représentant étranger à demander l'ouverture d'une procédure secondaire ou accorder une préséance plus ou moins marquée à la procédure étrangère en limitant : le pouvoir d'ouvrir une procédure secondaire; le droit des créanciers de demander l'ouverture d'une telle procédure; et leur droit d'obtenir paiement au moyen du produit de la liquidation des biens dans le cadre de la procédure secondaire. L'attention du Groupe de travail a aussi été appelée sur un système dans lequel la reconnaissance d'une procédure étrangère déclenchait automatiquement l'ouverture d'une procédure secondaire.

72. Plusieurs observations ont été faites à propos de l'intérêt relatif des procédures secondaires. D'un côté, on a reconnu les inconvénients et les désavantages que ces procédures pourraient avoir par rapport à l'objectif à atteindre, qui était la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité et, de l'autre, on a insisté sur le fait que ces procédures pouvaient avoir un rôle positif. Cela dit, on a été généralement d'avis qu'il fallait, dans l'instrument à élaborer, admettre le phénomène de la pluralité éventuelle des procédures d'insolvabilité et non y résister. Au lieu de chercher à limiter les procédures secondaires, ce qui, a-t-on dit, ne serait pas judicieux pour les travaux de la Commission, encore que cela puisse l'être dans le cadre d'une convention régionale telle que le projet de l'Union européenne, on a estimé qu'il fallait chercher à faciliter le maximum de coopération et de coordination

entre les procédures dans plus d'une juridiction. De l'avis général, cette approche rendrait le texte juridique à élaborer plus acceptable et, en même temps, permettrait à la Commission d'apporter une contribution concrète et efficace dans le domaine de l'insolvabilité transnationale.

73. Un certain nombre de considérations et de questions ont été émises, qui pouvaient avoir une incidence sur la teneur des dispositions à élaborer conformément à l'approche ci-dessus. Il était essentiel de savoir dans quelle mesure le texte juridique pourrait traiter en détail des modalités et procédures spécifiques de la coordination et de la coopération entre les procédures d'insolvabilité. Les aspects et techniques possibles de la coopération et de la coordination étaient les suivants : application du traitement national aux créanciers étrangers pour que les créanciers locaux ne bénéficient d'une préférence qu'en fonction de la nature de leurs créances et non en fonction de leur nationalité; échange de renseignements sur les procédures et les actifs du débiteur; devoir de coopération des administrateurs nommés dans le cadre des procédures; droit du représentant étranger d'intervenir dans les procédures locales; maintien des droits accordés au représentant étranger du moins jusqu'à l'ouverture effective des procédures locales; et non suspension de ces droits sur simple demande d'ouverture d'une procédure locale qui peut rester pendante pendant un certain temps; droit au rapatriement des biens et du produit de la liquidation locale; application du principe selon lequel 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 (principe désigné dans certaines juridictions sous le nom de "hotchpot").

74. L'attention du Groupe de travail a été appelée aussi sur diverses distinctions qui pourraient être faites dans les relations entre les procédures dans différentes juridictions. Il s'agirait de savoir, d'une part, comment déterminer la procédure qui serait réputée être la procédure "principale", par opposition aux procédures "secondaires", ce qui ne dépendrait pas nécessairement autant de l'ordre chronologique des procédures que de leur objectif et, d'autre part, si la procédure locale était ouverte exclusivement pour octroyer une assistance à une procédure étrangère, ou avait le caractère d'une véritable procédure d'insolvabilité locale.

75. Etant donné les différentes circonstances envisagées, pouvant avoir des incidences tant sur la nature de la coopération et de la coordination qui pourraient être établies que sur celle des différentes procédures d'insolvabilité qui pourraient avoir lieu en parallèle, on a beaucoup soutenu l'idée que, dans le texte juridique, la Commission ne devrait pas chercher à faire de distinction précise, de nature hiérarchique, entre les procédures en cas de pluralité, ni à définir dans le détail le degré exact de coopération et de coordination entre ces procédures. Selon cette idée, au contraire, la Commission devrait affirmer le principe selon lequel il faut établir le maximum de coopération et de coordination et prévoir des dispositions législatives habilitantes à l'intention des juges disposés à coopérer dans tous les cas. On a rappelé à cet égard que c'était le manque de dispositions habilitantes dans de nombreuses juridictions qui faisait obstacle au traitement efficace des insolvabilités transnationales.

76. En même temps, l'idée a été avancée qu'une simple déclaration de principe incitant à la coopération et à la coordination pourrait être jugée insuffisante dans des systèmes juridiques qui chercheraient dans la législation des directives plus précises sur ce que les tribunaux pourraient faire pour répondre à des demandes de coopération ou de coordination. A ce propos, on a suggéré de se référer dans une liste indicative à certaines mesures fondamentales, telles que la communication de renseignements sur les actifs du débiteur, et à d'autres aspects de la coopération et de la coordination. On a aussi suggéré de mettre l'accent sur le devoir qu'auraient les administrateurs de coopérer, encore qu'on ait fait observer que ce serait toujours le tribunal qui garderait un rôle important, malgré le fait que dans certaines juridictions les administrateurs pourraient se voir confier une part relativement grande de la responsabilité de la mise en oeuvre des activités de coopération. On a ajouté que la mesure dans laquelle il appartiendrait aux tribunaux d'établir les détails de la coopération serait tempérée par le fait que, selon toute probabilité, les mesures qu'ils adopteraient découleraient souvent en grande partie des demandes émanant des conseils.

#### E. Accès du représentant étranger

77. Il a été noté que, plus tôt dans le débat, il y avait eu convergence d'opinions sur l'opportunité de donner au représentant étranger un accès direct au tribunal compétent pour demander la reconnaissance et obtenir les mesures de protection voulues. A ce stade du débat, le Groupe de travail s'est intéressé à ce qui pourrait compléter ce principe général dans l'instrument juridique à établir. L'opinion largement partagée était qu'il fallait favoriser le maximum de souplesse possible dans le processus et aplanir au maximum les obstacles.

78. S'agissant d'une disposition concrète tenant compte des principes ci-dessus, on a beaucoup soutenu l'idée qu'une disposition sur le représentant étranger soit fondée, selon un processus simplifié, sur la preuve de la désignation dans la procédure étrangère. Cela pourrait se faire sur présentation d'une copie certifiée conforme du document de désignation dans la procédure d'insolvabilité étrangère. Cette méthode répondrait au critère de simplicité, tout en réglant les questions soulevées au cours du débat sur le fait que le tribunal de la reconnaissance souhaiterait avoir l'assurance que le représentant étranger a le pouvoir d'agir. Cette approche irait d'ailleurs dans le sens de celle qui a été utilisée dans le projet de Convention de l'Union européenne.

79. L'idée de demander au représentant étranger de prouver, au stade de la demande, que les actifs existaient dans la juridiction de la reconnaissance n'a recueilli aucun appui. On a estimé qu'imposer une telle exigence de base créerait un obstacle à l'objectif fondamental d'une demande d'accès et de reconnaissance, demande qui pourrait en fait viser à obtenir des renseignements sur le point de savoir si ces actifs étaient situés dans la juridiction de la reconnaissance.

#### F. Coopération judiciaire

80. Outre ce qui avait été examiné plus tôt au cours de la session à propos de l'opportunité d'encourager et de faciliter la coopération entre les juridictions participant à des insolvabilités transnationales, le Groupe de travail s'est intéressé au rôle que pourraient avoir les protocoles ou concordats ad hoc qui étaient parfois convenus par les parties et sanctionnés par les tribunaux et qui pourraient servir d'outil pour définir les modalités et les aspects précis de la coopération et de la coordination. De tels protocoles avaient été utilisés avec succès dans un certain nombre d'importantes affaires d'insolvabilité transnationale. On a ajouté que l'AIB avait mis au point un modèle de concordat dont les parties pourraient s'inspirer pour formuler un protocole traitant, par exemple, de la désignation du for administratif et du choix de la loi applicable à certaines questions, dont l'annulation des transferts et les règles de priorité pour la répartition des actifs.

81. Le Groupe de travail a admis que les protocoles ad hoc pouvaient servir à définir le règlement méthodique des cas d'insolvabilité transnationale, et on est convenu que la Commission devrait, dans l'instrument à élaborer, éviter de dresser des obstacles à l'adoption de ces protocoles. En même temps, on a signalé que les protocoles pouvaient soulever certaines questions, dont celle de leurs incidences sur les droits que les divers créanciers cherchaient à faire valoir. A ce propos, il ne fallait pas considérer que ces protocoles priveraient les différents créanciers de leurs droits. Il a été dit aussi que le modèle de concordat de l'AIB portait sur la question fondamentale du traitement des créances : les créances générales ou ordinaires seraient traitées au prorata de la même manière dans toutes les procédures et les créances prioritaires le seraient conformément à la loi de chaque juridiction participante.

82. A ce stade du débat, on pouvait aussi examiner la possibilité de recourir à la communication judiciaire pour renforcer la coopération. Les différents aspects de cette question étaient les suivants : le fait que les positions à l'égard des communications judiciaires pouvaient être différentes selon les systèmes juridiques, certains Etats les encourageant et d'autres les interdisant et mettant l'accent sur les moyens de communication par la voie diplomatique classique ou ceux qui étaient fondés sur les traités; la mesure, plus ou moins grande, dans laquelle les activités de coopération et les communications incomberaient aux administrateurs de l'insolvabilité des différentes juridictions participantes; le degré plus ou moins poussé de formalisme ou de simplicité qui pouvait intervenir dans ces communications suivant la position prise à cet égard par les systèmes juridiques; enfin, les garanties de procédure

plus ou moins strictes qui pouvaient être exigées dans les communications, par exemple la présence obligatoire des parties, la notification obligatoire des communications aux parties et leur droit de participer, compte tenu du fait que la communication judiciaire pourrait fort bien découler des suggestions du conseil. Indépendamment des complexités de caractère juridique qui pourraient influencer sur la communication judiciaire, on a fait état des considérations linguistiques qui peuvent constituer un obstacle logistique.

83. La conclusion généralement admise à ce stade du débat sur la communication judiciaire était que, dans l'instrument à élaborer, la Commission devrait éviter de faire obstacle à ces communications.

## G. Autres questions

### 1. Obligation d'informer les créanciers

84. Le Groupe de travail a examiné la mesure dans laquelle, dans l'instrument à élaborer, la Commission pourrait traiter de ce qui a été signalé comme étant un problème fréquent dans le cadre de l'insolvabilité transnationale, à savoir que les créanciers étaient informés tardivement ou n'étaient pas informés du tout de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un autre pays. A titre général, on a aussi signalé à ce propos que les procédures classiques de notification risquaient de ne pas être adaptées au contexte transnational, les créanciers étrangers pouvant être handicapés par des facteurs tels que la langue, l'éloignement géographique et le manque de connaissance des procédures étrangères. De plus, il y avait des différences entre les systèmes nationaux quant à la question de savoir si l'administrateur avait l'obligation de rechercher les créanciers. Certains systèmes nationaux obligeaient l'administrateur à les rechercher et à convenir du montant à payer, alors que d'autres imposaient cette charge essentiellement aux créanciers, aucune obligation n'étant faite à l'administrateur de faire une réserve pour les créances qui n'étaient pas produites.

85. Par référence aux dispositions sur la notification du projet de convention de l'Union européenne, de la Convention d'Istanbul et de certaines législations nationales, le Groupe de travail a relevé plusieurs éléments qui pourraient être retenus dans un système de notification adapté au contexte transnational et qui consisteraient à fournir des explications supplémentaires sur les procédures étrangères, à indiquer en particulier si une assemblée de créanciers aurait lieu et si le fait de ne pas y assister entraînerait renonciation à une créance, et à fournir d'autres informations sur la production des créances; à accorder aux créanciers étrangers un délai supplémentaire pour la production des créances; à établir des formulaires multilingues d'invitation à produire les créances et à autoriser à les remplir dans des langues étrangères; enfin, à permettre que les créances soient produites par écrit depuis l'étranger.

86. A propos de la notification, on a reconnu qu'il y aurait des limites à la précision et à la nature réglementaire de la disposition qu'on pourrait chercher à faire figurer dans le texte juridique de la Commission. De l'avis général, il serait possible d'affirmer que les créanciers étrangers devraient être avisés de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et, peut-être, prévoir une déclaration de principes pour faciliter leur participation.

87. A un niveau plus précis, l'idée de prévoir une disposition énonçant les renseignements à fournir sur les procédures étrangères n'a soulevé aucune objection, cette idée pouvant contribuer utilement à la normalisation internationale des procédures de notification. Selon une opinion, la note devrait être adressée aux créanciers étrangers en même temps que celle qui serait destinée aux créanciers locaux dans la procédure étrangère. A propos de la langue utilisée, une disposition tendant à demander au représentant étranger d'envoyer cette note rédigée dans une langue étrangère n'a pas recueilli un appui très ferme, de crainte d'imposer une charge excessive au représentant si on faisait de cette obligation un principe général.

## 2. Obligation des administrateurs de se communiquer des informations

88. On a généralement reconnu que la communication d'informations entre les administrateurs de procédures d'insolvabilité transnationale faciliterait la coopération et la coordination dans ce domaine. Ces informations pourraient porter, par exemple, sur la liste des créanciers admis et des actifs liquidés. L'échange d'informations a été jugé fort souhaitable, mais plusieurs participants ont pensé qu'il serait difficile d'arrêter et de formuler une disposition qui irait au-delà de la déclaration relativement vague d'une obligation de communiquer des informations. De plus, selon une opinion, une telle obligation pourrait entraîner des complications dans la mesure où les représentants étaient des hommes de loi soumis aux contraintes liées au rapport privilégié qui existe entre eux et leurs clients.

## 3. Péréquation du paiement des créances

89. Le Groupe de travail a noté qu'un des principes fondamentaux de la coordination et de l'équité dans l'administration des insolvabilités transfrontières était le suivant : 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 (règle du "hotchpot"). Il a été dans l'ensemble jugé souhaitable et possible de faire référence à ce principe.

90. Le Groupe de travail s'est également demandé s'il faudrait traiter, dans l'instrument à élaborer, d'une autre technique utilisée pour veiller, dans la mesure du possible, à ce que certains créanciers ne bénéficient pas d'un avantage indu sur d'autres créanciers lors de la liquidation. Cette technique permettait à un représentant de produire également dans une autre procédure les créances découlant de sa propre procédure.

91. On s'est demandé si une telle approche était en fait le seul moyen, ou le meilleur moyen, d'assurer une répartition équitable. Une autre solution, peut-être plus efficace, consisterait à adopter une approche comptable supposant un ajustement des créances. Il a été avancé qu'une telle approche serait sans doute plus efficace, car elle n'avait pas à être déclenchée par une mesure que prendraient les représentants, et l'instrument à élaborer devrait donc en tenir compte également, outre la possibilité d'une "production croisée" (cross-filing) des créances. A l'appui de l'inclusion de la technique de la "production croisée", il a été souligné que cette technique était transparente et revêtait une importance particulière pour les petits créanciers, car il leur serait ainsi possible de faire valoir leurs créances sans avoir à engager un conseil local dans la procédure étrangère.

92. Référence a été faite durant le débat à une autre technique employée pour assurer la péréquation des paiements aux créanciers, à savoir la restitution ou le remboursement du montant reçu par un créancier dans le cadre d'une action individuelle engagée pour faire valoir une créance sur les biens du débiteur. Si aucune objection de fond n'a été émise à propos de ce principe, car il s'agissait sans doute d'un outil particulièrement efficace pour assurer une péréquation, on a hésité à envisager de telles mesures, qui seraient normalement traitées en application de la législation locale au titre de la liquidation des créances. Il a en outre été noté que, si cette restitution n'entrait peut-être pas dans le champ d'application de l'instrument qu'élaborerait la Commission, elle entrait sans doute dans celui d'une convention régionale (projet de convention de l'Union européenne, art. 20-1).

93. Les participants ont estimé de même qu'il serait sans doute difficile de mentionner le principe, désigné sous le nom de "marshalling", selon une interprétation duquel les créanciers seraient tenus, dans l'exercice de leurs droits relatifs aux avoirs, de causer le moins de préjudice possible à certaines autres classes de créanciers. Si ce principe n'a pas été mis en cause, il a été jugé difficile à appliquer et il risquerait de susciter des questions sur le point de savoir à quoi les créanciers auraient droit en cas de perte effective et s'ils seraient habilités à demander des dommages-intérêts non pécuniaires. Il a également été noté qu'il y avait différentes conceptions du "marshalling".

#### IV. EXAMEN DES PROJETS PRELIMINAIRES DE DISPOSITIONS

94. Comme suite à l'examen des questions présentées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.42, le Groupe de travail a examiné certains projets préliminaires de dispositions élaborés par le petit groupe de travail spécial qu'il avait constitué.

##### A. Définition de la "procédure étrangère"

95. Le projet de disposition était libellé comme suit :

"Le terme 'procédure étrangère' désigne une procédure judiciaire ou administrative ouverte dans un pays étranger ayant pour objet de liquider les biens d'un débiteur en vue de leur distribution à ses créanciers ou de procéder au règlement des dettes d'un débiteur envers ses créanciers.

##### Variante A

Une procédure étrangère est présumée avoir été ouverte comme il convient, sauf preuve contraire.

##### Variante B

Le débiteur dans une procédure étrangère ne peut être qu'une personne physique ou une personne morale qui a son domicile, son établissement [principal] ou ses biens [principaux] dans le pays étranger [et qui n'est pas soumise aux dispositions en matière de liquidation en vertu des lois du présent pays]."

96. L'examen de ce projet de définition a fait apparaître que l'on estimait en général que la "procédure étrangère" à reconnaître devait, pour l'essentiel, présenter trois caractéristiques : être une procédure d'insolvabilité au sens large, de manière à couvrir à la fois les procédures de liquidation et les procédures de redressement; être une procédure collective, en ce sens que la masse des créanciers serait représentée; et être une procédure officiellement sanctionnée, d'une manière ou d'une autre, soit par un tribunal, soit une autorité administrative. Dans le même temps, il a été jugé que certaines questions visées dans cette définition pourraient être traitées dans une disposition relative au champ d'application de l'instrument à élaborer.

##### Chapeau

97. On a avancé que les mots "procéder au règlement des dettes d'un débiteur" ne seraient peut-être pas compris dans tous les pays comme faisant référence à une procédure de redressement, que l'on voulait inclure dans le champ d'application.

98. Il a été proposé d'inclure d'autres éléments dans la définition de la procédure étrangère. Selon un avis, il faudrait utiliser l'adjectif "collective" pour décrire la procédure. Selon un autre avis, cela ne suffirait pas et il serait plus clair de faire référence, en tant que dénominateur commun, à l'égalité de traitement ("pari passu") des créanciers non titulaires de sûretés. Toutefois, on s'est demandé si cette référence ne risquerait pas d'être comprise comme excluant les procédures faisant intervenir des créanciers titulaires de sûretés. Il a également été proposé de faire référence à une procédure "ouverte et existante", afin de ne pas englober les simples demandes. En outre, il a été proposé que d'autres éléments soient éventuellement inclus dans la définition, notamment l'idée selon laquelle le débiteur, du fait de l'ouverture de la procédure étrangère, devait être dessaisi, c'est-à-dire perdre le contrôle de ses biens. On a toutefois craint qu'une telle référence ne soit comprise différemment selon les Etats et ne conduise par erreur à exclure les procédures dans lesquelles le débiteur restait en place et en possession de ses biens, bien que ses activités soient soumises au contrôle ou à l'approbation d'un tribunal. Durant le débat sur les principaux éléments qui pourraient être mentionnés dans la définition, le Groupe de travail a été instamment prié d'adopter une approche

qui soit aussi large que possible et d'éviter d'inclure dans la définition un nombre de conditions, tel qu'elle en viendrait à entraver l'objectif visé, qui était de faciliter la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité.

#### Variantes A et B

99. Le Groupe de travail a ensuite examiné les variantes, qui incorporaient deux approches possibles pour déterminer si le tribunal étranger était compétent pour ouvrir la procédure dont la reconnaissance était demandée. La variante A se fondait sur la proposition selon laquelle il suffirait de présumer, sauf preuve contraire, que, d'un point de vue juridictionnel, la procédure étrangère avait été ouverte valablement. La variante B consistait à évaluer la compétence de la juridiction étrangère à la lumière d'un facteur de rattachement ou d'un autre.

100. Il a été noté que les variantes A et B n'étaient pas nécessairement concurrentes, car l'approche énoncée dans la variante A pouvait elle-même aboutir à une évaluation par le tribunal fondée sur les facteurs mentionnés dans la variante B.

101. Pour ce qui est de la variante A, on a craint que les mots "ouverte comme il convient" ne soient source d'incertitudes, car leur sens n'était pas clair. Il a été répondu que la procédure étrangère devait être considérée comme ayant été ouverte comme il convient, si elle était traitée de la sorte dans la juridiction d'origine.

102. Durant le débat, il a été avancé qu'à un moment ou un autre de la préparation de l'instrument juridique par la Commission, il faudrait étudier si une pluralité de procédures étrangères pourrait être reconnue en vertu des règles énoncées.

103. Pour ce qui est de la variante B, il a été noté que la référence à l'établissement "principal" du débiteur risquait de poser des problèmes car, de nos jours, il pouvait être difficile de déterminer, dans le cas d'une entité multinationale, lequel de ses différents établissements importants devrait être considéré comme l'établissement "principal". Il a également été jugé que cette référence risquait d'avoir la conséquence suivante : après la reconnaissance initiale d'une procédure sur la base du critère de l'établissement principal, une demande pourrait être faite ultérieurement auprès d'une autre juridiction sur la base du même critère. Divers intervenants ont jugé que, pour ces raisons, une approche du type de celle énoncée dans la variante A serait préférable car elle constituait un moyen efficace de déterminer comme il convient la compétence de la juridiction étrangère.

104. Afin de développer encore la formulation retenue dans la variante A, il a été proposé que la présomption de l'ouverture valide d'une procédure étrangère soit libellée de manière à exclure les procédures dans lesquelles il n'y avait pas de liens substantiels entre le débiteur et la juridiction étrangère.

105. Par la suite, et compte tenu du débat résumé ci-dessus, le Groupe de travail a étudié la nouvelle révision ci-après du projet de définition de la "procédure étrangère" :

- "1. Le terme 'procédure étrangère' désigne une procédure judiciaire ou administrative ouverte en application d'une loi sur l'insolvabilité dans un pays étranger, dans laquelle le débiteur est soumis au contrôle ou à la supervision d'une personne, d'un organe ou d'une autorité compétents aux fins :
  - a) du redressement des affaires du débiteur, ou
  - b) de la liquidation des biens du débiteur.
2. Aux fins de la présente loi, le terme 'procédure étrangère' n'inclut pas une procédure dans laquelle il n'y a pas de lien substantiel entre le débiteur et la juridiction dans laquelle la procédure a été ouverte."

### Paragraphe 1

106. De l'avis général, la version révisée du paragraphe 1 représentait un net progrès dans l'élaboration d'une disposition qui pourrait être largement acceptée. On a noté, en particulier, qu'il y était explicitement fait mention de la notion de procédure "collective". En outre, cette disposition faisait désormais allusion à la procédure d'insolvabilité étrangère comme étant en application de la législation sur l'insolvabilité du pays étranger considéré. On a fait observer que cela éviterait au tribunal de la reconnaissance d'avoir à décider à nouveau si la procédure ouverte était bien une procédure d'insolvabilité.

107. Un certain nombre de préoccupations et de suggestions ont toutefois été exprimées. L'une de ces préoccupations était motivée par le fait que les termes "contrôle ou supervision" ne suffiraient peut-être pas à indiquer clairement que l'on entendait ainsi désigner une autorité de l'Etat. On s'est aussi inquiété du fait que l'ordre dans lequel il était fait mention du redressement et de la liquidation n'était peut-être pas approprié et devrait être inversé en raison de la préférence traditionnelle pour la liquidation observée dans diverses juridictions. Pour justifier l'ordre retenu, on a signalé que la tendance en faveur des tentatives de redressement s'accroissait; de ce fait, l'ordre actuel pourrait donc être maintenu, d'autant plus qu'il représentait un enchaînement logique des mesures pouvant être prises.

108. Il a été proposé d'ajouter, au paragraphe 1, une référence au concordat, c'est-à-dire à la procédure dans laquelle l'insolvabilité est réduite sans que le débiteur perde le contrôle de ses biens. Le Groupe de travail a hésité à ajouter une mention aussi précise. Selon un avis en ce sens, le terme "redressement" dans son sens large, qui pouvait être considéré comme de caractère économique plutôt que juridique, serait généralement compris comme englobant le concordat et autres procédures du même ordre. On a estimé que l'adjonction d'une référence spécifique à toute forme particulière de redressement risquerait en fait d'être une source d'incertitudes. Par ailleurs, on a fait observer qu'en voulant dresser une liste des procédures de redressement, on courait le risque d'exclure certains types de procédures que l'on entendait inclure. Tout en s'accordant à reconnaître qu'il conviendrait d'inclure le concordat dans la définition, le Groupe de travail n'était pas disposé à décider de manière définitive quel serait le meilleur moyen d'atteindre ce résultat et il a renvoyé l'examen de cette question à un stade ultérieur de ses travaux. L'une des solutions envisagées consisterait à inclure une définition du terme "redressement" ou à s'y référer dans un guide pour l'incorporation de l'instrument envisagé.

109. Un certain nombre de suggestions ou de questions d'ordre rédactionnel ont été formulées ou soulevées : on pourrait supprimer le terme "organe", qui risquait d'être confus et qui, en tout état de cause, était déjà inclus dans les termes "personne ou autorité", préciser que les termes "contrôle ou supervision" désignaient les biens et non la personne même du débiteur, et enfin préciser que le redressement pourrait s'appliquer à la fois aux biens et aux affaires du débiteur. Au cours des débats, on a de nouveau soulevé la question de savoir si l'intention était d'appliquer la procédure telle que définie à l'insolvabilité des personnes physiques de manière à englober les insolvabilités de consommateurs.

### Paragraphe 2

110. De l'avis général, le paragraphe 2 se référerait à une règle relative à la reconnaissance d'une procédure étrangère et non à un élément à inclure dans une définition de la "procédure étrangère"; la question pourrait donc être traitée dans une autre disposition. Selon un autre avis, le fait de déclarer que le terme "procédure étrangère" n'inclut pas une procédure dans laquelle il n'y a pas de lien substantiel avec la juridiction étrangère serait source de confusion car, avec ou sans lien avec la juridiction étrangère, la procédure émanerait d'une telle juridiction.

#### B. Définition de "représentant étranger"

111. Le Groupe de travail a examiné l'avant-projet ci-après de définition du terme "représentant étranger" :

"Le terme 'représentant étranger' désigne un syndic, administrateur ou autre représentant d'une masse de biens dûment désigné dans une procédure étrangère, qui a été [expressément] autorisé par la loi ou par ordre d'un tribunal (organisme administratif) à agir dans le cadre d'une procédure étrangère portant sur le débiteur ou ses biens."

112. On s'est inquiété du fait que la définition du terme "représentant étranger" par référence à divers termes et titres spécifiques utilisés dans diverses juridictions risquait d'être une source d'incertitudes dans les juridictions où ces expressions n'étaient pas habituelles et risquait, ce qui n'était pas le but recherché, d'être trop restrictive étant donné que cette liste serait inévitablement incomplète. Une autre solution, qui a été appuyée, consisterait à fonder la définition sur les fonctions du représentant étranger, selon la formule utilisée aux alinéas b) et d) de l'article 2 du projet de convention de l'Union européenne. On a aussi fait observer que cette solution serait en harmonie avec l'approche fonctionnelle adoptée pour la définition du terme "procédure étrangère".

113. Il a expressément été demandé au Groupe de travail d'éviter d'inclure le terme "expressément" dans la définition étant donné qu'il serait inhabituel pour un Etat de désigner en cas d'insolvabilité un représentant judiciaire expressément désigné pour agir à l'étranger. On a fait observer que les représentants ou administrateurs étaient plutôt désignés avec le pouvoir général d'agir au sujet du débiteur et de ses biens.

114. A l'issue de cette discussion et compte tenu des opinions exprimées, le Groupe de rédaction officieux a révisé comme suit le projet de disposition :

"Le terme 'représentant étranger' désigne une personne ou un organe dûment désigné dans une procédure étrangère, qui est autorisé par la loi, par un tribunal ou par une autre autorité compétente à agir pour ce qui est des biens ou des affaires du débiteur."

115. La définition révisée du terme "représentant étranger" a, dans l'ensemble, été jugée acceptable dans son principe. Un certain nombre de préoccupations ont toutefois été exprimées quant à sa formulation précise. On s'est inquiété notamment de l'élément d'incertitude introduit par les mots "à agir pour ce qui est des biens ou des affaires du débiteur" étant donné que, dans diverses juridictions, un certain nombre de personnes pourraient être autorisées "à agir pour ce qui est" des biens ou des affaires du débiteur sans être nécessairement des représentants d'une procédure d'insolvabilité. Ces personnes pourraient être, par exemple, des juges, des comptables et des commissaires. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été suggéré de remplacer les mots "à agir pour ce qui est des biens ou des affaires du débiteur" par une expression du genre : "à administrer ou à contrôler les biens du débiteur dans le cadre de la procédure de redressement ou de liquidation". On a fait objection à cette suggestion car elle risquait par inadvertance d'aboutir à l'exclusion des procédures du type "débiteur en possession" ou "suspension des paiements" dans lesquelles le débiteur gardait le contrôle de ses biens et pourrait techniquement être considéré comme exerçant des fonctions de type administratif, tout en étant placé sous la surveillance d'une autorité judiciaire ou administrative. Une autre suggestion visant à garantir que ce type de procédure ne serait pas exclu consisterait à faire référence à l'exercice des pouvoirs d'administration ou de contrôle sur les biens ou les affaires du débiteur étant donné que, comme il a déjà été noté, le "débiteur en possession" pourrait exercer de tels pouvoirs. On a aussi fait objection à cette suggestion pour le motif que toute référence à l'administration et au contrôle ne désignait pas de manière suffisamment précise les personnes ou les organes dont il s'agissait.

116. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé qu'un membre de phrase du genre "personne ou organe désigné ... pour redresser les biens ou les affaires du débiteur, ou pour liquider les biens du débiteur" suffirait peut-être à répondre aux préoccupations exprimées, en particulier celle selon laquelle il convenait de préciser qu'étaient inclus les représentants de procédures du type "débiteur en possession" ou "suspension de paiement" dans lesquelles le débiteur garde le contrôle de ses biens.

117. On s'est aussi inquiété de ce que le terme "dûment" risquait de donner l'impression que le tribunal de la reconnaissance pouvait refuser de reconnaître un représentant étranger en faisant valoir que sa nomination n'était

pas conforme aux règles de procédure de la juridiction d'origine. Selon l'avis qui a prévalu, cette disposition ne visait pas à saisir le tribunal du pays de la reconnaissance de cet aspect de la question et que le terme "dûment" devrait donc être supprimé.

### C. Coopération judiciaire

118. Le Groupe de travail a examiné le projet préliminaire de disposition sur la coopération judiciaire qui était libellé comme suit :

- "1. Lorsqu'une procédure collective d'insolvabilité a été ouverte par les tribunaux du présent pays et les tribunaux d'un autre pays, le tribunal est habilité à coopérer avec l'autre tribunal afin d'assurer une administration efficace de l'actif et du passif du débiteur.
2. L'administrateur se conforme à tout ordre du tribunal ayant pour objet d'assurer la coopération prévue ci-dessus.
3. La coopération entre [les tribunaux] s'entend sous réserve
  - a) des exigences de procédure du tribunal;
  - b) de la protection due aux créanciers locaux contre tout préjudice ou inconvénient injustifié;
  - c) des considérations d'ordre public."

119. Il a été rappelé que cette disposition avait été élaborée pour donner effet à l'avis émis par le Groupe de travail durant la phase initiale des débats (voir par. 75 et 76), selon lequel il serait nécessaire de rédiger une disposition sur la coopération judiciaire afin de traiter du phénomène de la pluralité des procédures. Il a été noté qu'une disposition sur la question serait particulièrement utile aux juges dans les juridictions qui ne disposaient pas actuellement d'un cadre législatif pour la coopération judiciaire ou d'une autorisation en la matière et où cette lacune constituait un obstacle aux mesures judiciaires de coopération. Durant le débat sur les aspects particuliers du projet d'article, diverses questions présentées ci-dessous ont été abordées. Le Groupe de travail a été instamment prié, durant l'examen de ces questions, de garder présent à l'esprit l'objet essentiel de cette disposition, qui devait être une disposition habilitante de base permettant la coopération judiciaire, cette dernière étant, quant à elle, un des principaux objectifs du projet.

#### Paragraphe 1

120. Des questions ont été posées à propos des différents contextes possibles dans lesquels le projet de disposition devait s'appliquer. Selon le champ d'application envisagé de la disposition, ces contextes pourraient être les suivants : cas où il y avait une procédure principale et une ou plusieurs procédures secondaires, ces dernières étant dans une certaine mesure subordonnées à la procédure principale, ou limitées du fait de cette procédure; cas de procédures parallèles pour chacune desquelles la primauté est revendiquée; et cas d'une procédure "accessoire" ouverte dans une juridiction afin de fournir une assistance à une procédure étrangère. On a jugé que le fait que ces questions aient été posées durant le débat, non seulement avait des incidences sur la teneur de la disposition, mais faisait également apparaître qu'il serait sans doute nécessaire de traiter plus en détail, à un stade ultérieur, de la question de savoir si - et comment - l'instrument envisagé pourrait traiter de manière plus complète de la question de la pluralité des procédures. On pourrait ainsi se demander comment une procédure pourrait se voir accorder la primauté sur une autre. On a également avancé qu'il ne serait peut-être pas nécessaire de s'étendre sur ces aspects, du moins dans le cadre de la disposition sur la coopération judiciaire, car il s'agissait essentiellement de proclamer le principe général de la coopération; les mesures particulières qui seraient prises par la suite incomberaient alors au tribunal, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce.

121. Pour ce qui est du type de contexte dans lequel s'appliquerait la disposition sur la coopération judiciaire, il a été noté que cette disposition visait pour l'essentiel le cas où plusieurs procédures se déroulaient simultanément. Elle ne visait pas expressément le cas des procédures accessoires; aussi le Groupe de travail a-t-il été instamment prié d'envisager d'élargir à ces procédures le champ de la disposition, demande qui n'a suscité aucune objection.

122. Il a été demandé s'il serait souhaitable, voire possible, de définir les mesures qui pourraient être incluses dans la notion de "coopération". S'il a été dans l'ensemble jugé qu'une telle précision serait utile, notamment dans les juridictions où les juges exigeraient qu'on leur donne une indication des mesures qu'ils étaient habilités à prendre, des doutes ont été exprimés quant à l'inclusion d'une définition de la "coopération". On craignait que cela ait pour effet malencontreux de réduire la souplesse dont pouvaient faire preuve les juges et donc de limiter leur aptitude à adapter ces mesures aux circonstances des différents cas dont ils étaient saisis, ce qui restreindrait la portée de la coopération.

123. Toutefois, dans le même temps, le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble que l'on pourrait trouver un moyen de répondre au vœu de ceux qui souhaitaient décrire la coopération ou indiquer ce que l'on entendait par ce terme, sans pour autant compromettre la souplesse nécessaire pour que la coopération puisse, dans chaque cas, être véritablement adaptée aux circonstances. Aussi le Groupe de travail a-t-il accueilli favorablement la proposition selon laquelle il faudrait s'efforcer d'inclure une liste indicative ou illustrative, c'est-à-dire non exhaustive, des mesures de coopération possibles.

124. Pour ce qui est de la définition de ce que pourrait être la coopération dans un cas donné, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur le point suivant : un des moyens par lesquels la coopération entre les tribunaux pouvait être structurée consistait en l'approbation par les tribunaux d'un protocole spécial concernant divers aspects de la coordination et de l'établissement de la coopération entre les tribunaux et les parties intéressées. Il a été noté que le Concordat élaboré par l'AIB constituait un modèle d'accord en la matière.

## Paragraphe 2

125. Plusieurs participants sont intervenus pour préciser quel était l'objectif du paragraphe 2 et à qui il s'appliquait. En particulier, on s'est demandé si l'obligation de l'administrateur de se conformer aux ordres du tribunal ayant pour objet d'assurer la coopération s'appliquait à un administrateur nommé par le tribunal de la reconnaissance, ou éventuellement aussi à l'administrateur étranger qui était reconnu.

126. A la suite de ces questions, on a signalé que le paragraphe 2 répondait initialement à l'idée d'aider un tribunal à communiquer par l'intermédiaire de l'administrateur local qu'il avait nommé lorsqu'il risquait de ne pas être en mesure de le faire directement avec ce tribunal de la juridiction étrangère. Telle qu'elle était libellée, la disposition s'appliquait au tribunal local et à l'administrateur du tribunal de la reconnaissance. En même temps, on a reconnu qu'en matière de coopération et de coordination certaines juridictions ne conféraient pas la responsabilité première aux tribunaux, mais qu'elles accordaient une importance particulière au rôle des administrateurs. On a suggéré de tenir compte de cette approche en insistant aussi sur l'obligation des administrateurs de coopérer et d'élargir le champ d'application du paragraphe 2 à l'administrateur étranger.

127. La suggestion tendant à élargir l'application du paragraphe 2 aux représentants étrangers n'a pas soulevé de véritable objection. Cependant, il a été déclaré qu'à un certain endroit du texte à élaborer, il faudrait prévoir la possibilité d'une "comparution limitée" du représentant étranger. Ainsi, la comparution du représentant étranger devant un tribunal étranger ne l'exposerait pas à la pleine juridiction du tribunal de la reconnaissance, et n'exposerait pas non plus les actifs qu'il contrôlerait. On est convenu qu'il s'agissait d'un point qui, étant donné son importance pour les questions fondamentales d'accès et de reconnaissance, devait être examiné plus à fond qu'il ne serait possible de le faire à la session en cours, ce dont il ne fallait pas déduire qu'il faudrait attendre nécessairement l'issue de cet examen pour progresser dans l'élaboration d'un projet de disposition sur la coopération judiciaire.

128. En ce qui concerne la rédaction, on pourrait reformuler le paragraphe 2 de manière à se référer à l'autorisation donnée au tribunal d'émettre des ordres ayant pour objet d'assurer la coopération, et non au respect de ces ordres par les administrateurs. On aurait ainsi un moyen d'éviter de préciser à qui s'appliquerait l'article et de répondre aux questions connexes qui ont été soulevées plus haut (voir par. 125 et 126). La disposition pourrait être aussi reformulée de manière à en éviter une interprétation qui ne serait pas voulue, à savoir que l'administrateur pourrait décider de ne pas respecter les instructions du tribunal qui n'étaient pas jugées servir à assurer la coopération.

129. Un dernier point a été soulevé au cours du débat sur le paragraphe 2 : le Groupe de travail pourrait probablement s'engager dans un débat mieux défini sur les questions qui ont été soulevées dès qu'il serait saisi d'une disposition généralement plus élaborée sur la coopération judiciaire, compte tenu des observations qui avaient été faites au cours de la discussion sur le paragraphe 1.

### Paragraphe 3

130. On a soutenu l'idée d'inclure une disposition allant dans le sens du paragraphe 3, dont on a dit qu'elle garantirait que le texte juridique en cours d'élaboration répondrait au souci de ne pas porter préjudice aux droits des créanciers locaux et de tenir compte des intérêts de la procédure et de l'ordre public de l'Etat requis.

131. A propos du libellé du paragraphe 3, on a indiqué que la référence aux limitations susceptibles d'être apportées à la coopération aux termes des alinéas a), b) et c) pourrait être utilement précisée de manière à faire bien comprendre, comme on en avait l'intention, qu'il s'agissait de limitations possibles de la coopération, et non de facteurs qui imposeraient cette coopération. On a insisté sur le fait que, dans toute nouvelle formulation, il faudrait se garder de donner à entendre qu'il faudrait suspendre toute coopération dès l'instant où a été décelée une incohérence possible, aussi mineure fût-elle, avec la procédure locale, les intérêts des créanciers locaux ou l'ordre public.

132. Une question a été posée au sujet du sens de la référence de l'alinéa b) à la protection des créanciers locaux contre "tout préjudice ou inconvénient injustifié". On a répondu que si, de par sa nature même, toute insolvabilité était source de préjudices ou d'inconvénients pour les créanciers, la disposition visait à assurer que les Etats qui adopteraient le texte juridique ne seraient pas empêchés de protéger leurs créanciers locaux contre la discrimination ou un inconvénient particulièrement lourd. A titre d'exemple, on a cité le cas où les créanciers locaux seraient empêchés de produire leurs créances dans la procédure étrangère.

133. On s'est aussi demandé si l'alinéa b) était vraiment nécessaire, car la notion de protection des créanciers locaux pourrait être comprise dans la référence à l'ordre public qui figurait à l'alinéa c). Bien que l'on ait reconnu qu'il pourrait être concevable de tronquer ainsi la disposition, on a été dans l'ensemble d'avis qu'il était souhaitable, étant donné son objectif spécifique, de la séparer de la référence générale à l'ordre public.

### D. Effets de la reconnaissance

134. Le Groupe de travail a examiné le projet préliminaire de disposition sur les effets de la reconnaissance qui était libellé comme suit :

"1. La reconnaissance d'une procédure étrangère par une autorité compétente

a) a pour effet de suspendre

i) l'ouverture ou la poursuite d'une action judiciaire, administrative ou privée contre le débiteur ou ses biens, à l'exception des procédures collectives de liquidation ou d'apurement des dettes ("procédures locales"), et

- ii) le transfert de tout intérêt sur des biens par le débiteur;
  - b) autorise le représentant étranger, sous réserve de considérations d'ordre public, à exiger du débiteur ou d'autres personnes des attestations ou la fourniture d'informations écrites ou électroniques concernant les actes, la conduite, les biens et les obligations du débiteur;
  - c) autorise le représentant étranger à prendre en charge et à gérer les biens du débiteur, sous réserve des droits réels sur ces biens;
  - d) autorise le représentant étranger à intervenir dans la procédure locale;
  - e) autorise le représentant étranger à demander au tribunal toute autre mesure provisoire appropriée pouvant être accordée à un liquidateur en vertu de la loi de la juridiction dans laquelle la procédure étrangère a été ouverte (sauf interdiction par la loi locale) [et de la juridiction dans laquelle la procédure limitée a été ouverte], sous réserve dans tous les cas
    - i) des exigences de procédure du tribunal ou de l'autorité;
    - ii) de la protection due aux créanciers locaux contre tout préjudice ou inconvénient injustifié;
    - iii) des considérations d'ordre public.
2. La reconnaissance d'une procédure étrangère continue de produire ses effets tant que le tribunal local compétent ou l'autorité locale compétente ne les modifie pas ou n'y met pas fin.
  3. Un représentant étranger peut demander directement la reconnaissance d'une procédure étrangère et des mesures provisoires à un tribunal compétent ou une autorité compétente.
  4. Lorsqu'il est approprié de protéger les biens ou les intérêts des créanciers, des mesures provisoires peuvent être accordées sur la demande d'un représentant étranger, étant entendu que notification de ces mesures sera donnée conformément aux instructions du tribunal. A moins que le tribunal ou l'autorité n'en décide autrement, une ordonnance de mesures provisoires produit ses effets tant qu'il n'est pas répondu à la demande de reconnaissance de la procédure étrangère."

135. Sachant qu'il examinerait plus avant les bases sur lesquelles la reconnaissance serait accordée, le Groupe de travail a noté que la disposition ci-dessus visait à concrétiser les résultats du débat sur les effets à attribuer à la reconnaissance de la procédure étrangère d'insolvabilité (voir par 54 à 59). Conformément aux suggestions qui avaient reçu un accueil favorable au sein du Groupe de travail, le projet d'article se fondait sur une approche double : les alinéas a) à d) du paragraphe 1 énonçaient les effets qui se produiraient automatiquement dès la reconnaissance de la procédure étrangère, alors que l'alinéa e) offrait au tribunal de la reconnaissance la possibilité d'accorder d'autres formes de mesures appropriées compte tenu des circonstances de l'espèce. L'octroi de ces mesures additionnelles était soumis à des conditions : compatibilité avec les exigences de procédures locales, protection des créanciers locaux contre tout préjudice ou inconvénient injustifié, et ordre public.

136. Le projet de texte comportait d'autres éléments : une disposition, énoncée au paragraphe 2, indiquant que la reconnaissance continuait de produire ses effets tant que le tribunal compétent ou l'autorité compétente ne les modifiait pas ou n'y mettait pas fin; le droit conféré en vertu du paragraphe 3 au représentant étranger de demander directement la reconnaissance au tribunal compétent ou à une autre autorité; et une disposition, énoncée au paragraphe 4, permettant d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires au cas où de telles mesures seraient justifiées.

## Paragraphe 1

### Alinéa a)

137. Diverses observations, tant sur le fond que sur la forme, ont été faites concernant la disposition relative à la suspension énoncée à l'alinéa a). Il a été noté que la référence à la suspension au sous-alinéa i) serait peut-être difficilement acceptable par les juridictions dans lesquelles l'exécution des créances de créanciers titulaires de sûretés n'était pas soumise à la procédure d'insolvabilité : ainsi, ces actions en exécution étaient exonérées des mesures de suspension de l'exécution de créances individuelles. Selon un avis, il pourrait s'agir là d'un problème pour lequel les Etats souhaiteraient peut-être que l'on présente des options dans le texte juridique.

138. Il a en outre été noté que certaines juridictions voudraient peut-être aller plus loin que la suspension prévue, de manière à suspendre non seulement une action individuelle d'un créancier, mais aussi les actions collectives. Il a été répondu qu'une suspension aussi large serait possible en vertu du projet d'article dont était saisi le Groupe de travail, puisque les tribunaux avaient le pouvoir discrétionnaire d'accorder des mesures d'assistance en vertu de l'alinéa e).

139. Durant le débat sur le paragraphe 1, le Groupe de travail a été instamment prié par plusieurs participants d'envisager de soumettre la suspension prévue à l'alinéa a) à une exception d'ordre public. La primauté éventuelle des considérations d'ordre public était déjà mentionnée parmi les facteurs limitatifs ou principes directeurs, en application desquels des mesures discrétionnaires pourraient être prises, outre celles qui étaient énoncées dans la liste minimum, conformément à l'alinéa e), ainsi que dans l'alinéa b), qui autorisait automatiquement le représentant étranger à obtenir des informations dans l'Etat de la reconnaissance, dès cette reconnaissance.

140. A l'appui d'une soumission expresse des dispositions sur la suspension à d'éventuelles exceptions d'ordre public, il a été déclaré qu'une disposition générale prévoyant l'exclusion de la reconnaissance pour des motifs d'ordre public ne tiendrait pas compte de la distinction que l'on pourrait établir entre la décision de reconnaissance proprement dite et les effets éventuels de la reconnaissance, dont certains pourraient être contraires à l'ordre public dans l'Etat de la reconnaissance. Parmi les autres motifs ou exemples d'exclusion, on pouvait citer les actions pour préjudice corporel, les actions matrimoniales, les questions liées à l'état civil ou au versement de pensions alimentaires et diverses procédures administratives et pénales. On a avancé que l'on pourrait par exemple spécifier de manière plus détaillée les types d'actions qui seraient suspendues. On a également avancé que l'élaboration de la disposition relative à la suspension avait fait apparaître que l'on n'avait peut-être pas assez limité les effets dans la liste minimum, par exemple, la durée de la suspension ou d'autres effets.

141. Il a été répondu à ce propos qu'il faudrait faire preuve de prudence et ne pas trop mettre l'accent dans le texte sur les exceptions à ce qui serait, comme on en avait convenu, une liste minimum des effets de la reconnaissance nécessaires pour protéger sans délai les biens contre la dispersion et pour atteindre les objectifs fondamentaux de l'accès et de la reconnaissance. Il a été avancé à ce propos que l'on pourrait accorder l'attention voulue aux considérations d'ordre public dans la décision sur la reconnaissance, ainsi que lors de l'examen par les tribunaux d'une contestation éventuelle pour des motifs d'ordre public, contestation qui pourrait être faite de toute façon à propos de l'application de tel ou tel effet de la reconnaissance.

142. Le Groupe de travail a pris note des observations qui avaient été faites sur la question de savoir s'il fallait expressément prévoir une exception d'ordre public dans les dispositions relatives à la suspension, et il a indiqué qu'il examinerait les problèmes soulevés à des sessions ultérieures en fonction des autres dispositions dont il serait saisi.

143. On a suggéré en outre que la suspension du transfert des biens du débiteur, visée à l'alinéa a) ii), ne devait pas s'appliquer aux transferts que pourraient exiger les affaires courantes. A titre d'exemple, on a cité le paiement de salaires à des employés, qui serait très probablement approuvé par l'autorité de contrôle. Cette suggestion n'a pas

soulevé d'objection, car elle tenait compte des besoins de la pratique dans ce domaine, et il n'avait pas été question de l'exclure. A propos du libellé de la disposition, on a fait observer que la notion de "suspension" de l'ouverture d'une procédure, et non d'une procédure déjà ouverte, risquait de ne pas être bien comprise partout et pourrait donc être exprimée autrement et que, comme on l'a vu au cours du débat, l'expression "règlement des dettes" serait modifiée et alignée sur la terminologie révisée qui serait utilisée ailleurs dans le texte.

#### Alinéa b)

144. Le Groupe de travail a noté que l'alinéa b), qui se référait, à titre d'élément de la liste minimum des effets de la reconnaissance, au droit du représentant étranger d'exiger la fourniture d'informations concernant les affaires du débiteur, s'appliquait sous réserve de considérations d'ordre public dans l'Etat de la reconnaissance. On a fait observer que cette réserve rendrait la disposition plus acceptable dans les systèmes juridiques qui n'étaient pas habitués aux méthodes ou procédures de recherche d'informations qui étaient suivies dans d'autres systèmes. Selon une opinion, on pourrait encore apaiser les préoccupations dans ce domaine en rendant la disposition applicable sous réserve de la loi locale. Cependant, l'inclusion de cette nouvelle réserve n'a pas recueilli un très large appui. On a signalé que le texte juridique aurait en fait pour objectif d'établir le droit local en la matière, même si cela devait obliger à modifier à cet égard des pratiques ou des règles traditionnelles. On a aussi mis en garde contre l'imposition, à propos de cet élément et d'autres éléments de la liste minimum d'effets, d'exigences qui pourraient compliquer le processus tendant à donner effet à la reconnaissance au point, éventuellement, de compromettre tous les objectifs fondamentaux de ce processus. Parallèlement, on a noté, d'après un certain nombre d'interventions, que la disposition, telle qu'elle était rédigée, n'aurait pas pour effet d'habiliter le représentant étranger à chercher des renseignements sans tenir compte des règles de procédure locales.

145. Le Groupe de travail était cependant favorable à l'idée de mentionner expressément, dans un futur projet de disposition, que l'autorisation donnée au représentant étranger d'exiger la fourniture d'informations serait subordonnée à une décision judiciaire. On aurait peut-être ainsi le moyen de répondre aux préoccupations qui ont été exprimées sans compromettre l'efficacité de la disposition.

146. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur la question de savoir comment concilier les exigences en matière d'informations et les règles du secret professionnel. On a répondu que cette considération qui, soit dit en passant, ne concernait pas directement les comptables, semblait devoir être plus pertinente dans le cadre des procédures pénales et civiles que dans celui des procédures d'insolvabilité. On a fait valoir cependant qu'un problème de confidentialité qui touchait aux procédures d'insolvabilité découlait des notions de secret bancaire.

147. En ce qui concerne les informations électroniques, le Groupe de travail a noté qu'on examinerait à un stade ultérieur s'il était nécessaire d'aligner la terminologie utilisée pour décrire ces formes d'information sur celle qui était employée dans d'autres textes juridiques de la CNUDCI, notamment ceux, en cours d'élaboration à la Commission, qui sont précisément consacrés à l'échange de données informatisées.

#### Alinéa c)

148. Comme pour d'autres effets de la reconnaissance figurant sur la liste minimum, on s'est demandé s'il serait souhaitable de prévoir certains types de limitations. La question soulevée à propos de l'alinéa c) touchait les exemptions possibles, par exemple, celle des biens familiaux.

149. Au cours d'un échange de vues, on s'est demandé si la disposition concernant l'exemption des "droits réels", c'est-à-dire des droits des tiers sur certaines catégories de biens meubles, était bien rédigée. Selon une opinion, le terme particulier utilisé pourrait ne pas être toujours bien compris. On a donc suggéré une meilleure formulation qui pourrait consister à se référer au droit du représentant étranger de prendre en charge et de contrôler les biens dans toute la mesure autorisée par la loi locale. Cette nouvelle formulation n'a pas recueilli un très large appui, cependant, car on a jugé qu'elle n'apportait pas le degré de précision requis.

150. A un niveau plus fondamental, on s'est demandé s'il suffisait de prévoir une exemption pour les biens réels uniquement dans le cadre de cet effet spécifique de la reconnaissance et non, en particulier, dans le cadre de la suspension prévue à l'alinéa a). On a indiqué qu'une exemption plus large des droits réels, que certaines juridictions écartaient des procédures d'insolvabilité, contribuerait à rendre plus acceptable le texte en cours d'élaboration. Selon une autre opinion, en revanche, il était peu souhaitable d'élargir l'exemption des droits réels aux autres effets de la reconnaissance, car cela affaiblirait la valeur de la reconnaissance en ce qui concerne la protection des biens contre la dispersion et, de toute manière, les détenteurs de droits réels seraient autorisés, en vertu du paragraphe 2, à demander la non-application provisoire de la suspension.

151. Au cours du débat, on a demandé si, en soustrayant les droits réels des effets des dispositions de la reconnaissance, on empêcherait l'annulation du transfert de ces droits par le débiteur d'une manière qui porterait préjudice aux autres créanciers. On a répondu que l'exemption des droits réels du champ d'application du texte juridique ne devrait pas nécessairement être considérée comme empêchant l'annulation de ces transferts. On a aussi signalé que l'approche suivie dans un certain nombre de juridictions pour déterminer la loi applicable à ces questions était fondée sur le principe de la *lex rei sitae*.

152. Après le débat sur les questions posées à propos de l'alinéa c), le Groupe de travail a estimé que la disposition et les points soulevés devraient être examinés plus avant, compte tenu en particulier des autres dispositions du texte qui seraient élaborées.

#### Alinéa d)

153. Le Groupe de travail a noté que l'objectif de la disposition de l'alinéa d), qui conférait aux représentants étrangers le droit d'intervenir dans la procédure locale, se rattachait au fait que la suspension de la procédure prévue à l'alinéa a) était sans effet sur les procédures collectives locales.

#### Alinéa e)

154. Le Groupe de travail a pris note d'une suggestion selon laquelle il faudrait prévoir également, dans le texte de l'alinéa, le maintien des mesures qui pouvaient être accordées provisoirement par le tribunal en application du paragraphe 4, comme étant une des formes optionnelles d'assistance que le tribunal serait habilité à accorder en vertu de l'alinéa e).

155. Les participants ont dans l'ensemble approuvé l'approche retenue à l'alinéa e) en ce qui concerne la référence aux facteurs énoncés aux sous-alinéas i) à iii) de cet alinéa pouvant servir dans certains cas à limiter l'octroi d'une assistance au représentant étranger en sus des effets prévus dans la liste minimum (alinéas a) à d)). On a toutefois avancé qu'il serait peut-être possible de rédiger la référence à ces facteurs de manière qu'il apparaisse encore plus clairement qu'ils avaient pour objet de limiter éventuellement l'obligation d'accorder d'autres formes d'assistance et non de justifier de telles mesures d'assistance. Il a été jugé à ce propos que les mots "sous réserve" n'étaient peut-être pas suffisamment clairs.

156. Le Groupe de travail s'est penché longuement sur la forme et la portée de la référence, figurant dans l'alinéa e), à la loi applicable par le tribunal de la reconnaissance pour déterminer quelles mesures supplémentaires pouvaient être accordées, outre les effets énoncés dans la liste minimum. Il a été avancé que l'application de la loi de l'Etat de la reconnaissance présenterait un avantage particulier dans la mesure où elle était bien connue et bien comprise du tribunal de la reconnaissance. On a certes jugé que l'application d'une loi étrangère serait sans doute plus acceptable si l'instrument prenait la forme d'une convention plutôt que d'une loi type, mais on a fait remarquer qu'il existait déjà des législations nationales de l'insolvabilité qui prévoyaient l'application de la loi étrangère pour déterminer les effets de la reconnaissance. Toutefois, le Groupe de travail n'a pas jugé que le texte juridique en cours d'élaboration devrait faire uniquement référence à cette loi.

157. Le Groupe de travail a accordé une importance particulière au fait suivant : il était entendu que, dans la pratique, un représentant étranger cherchait le plus souvent à faire admettre dans la juridiction de la reconnaissance les pouvoirs qui lui étaient conférés dans sa juridiction d'origine, c'est-à-dire la juridiction ayant ouvert la procédure dont la reconnaissance était demandée. On a signalé qu'il se poserait sans doute davantage de problèmes si la loi de l'Etat de la reconnaissance ignorait complètement ou presque un pouvoir demandé par le représentant étranger et que la référence à la loi de la procédure étrangère pourrait être utile à cet égard. Dans le même temps, il a été admis dans l'ensemble que, dans une certaine mesure, l'octroi de mesures d'assistance, outre les effets énoncés dans la liste minimum, ne pourrait être traité dans l'abstrait, sans référence à la loi locale du tribunal de la reconnaissance.

158. Vu ces considérations, on a dans l'ensemble approuvé l'approche énoncée dans le projet de disposition selon laquelle les pouvoirs du représentant étranger en vertu de la loi de la juridiction dans laquelle la procédure étrangère avait été ouverte devraient être préservés. Simultanément, le Groupe de travail s'est prononcé pour le maintien d'une réserve similaire à celle qui était énoncée dans le projet de disposition, excluant les pouvoirs qui étaient conférés au représentant étranger en vertu de la loi étrangère, mais qui étaient contraires à la loi locale.

159. Outre cette question sur laquelle on s'est accordé dans une large mesure, divers avis et suggestions ont été présentés quant aux possibilités supplémentaires d'application de la loi locale pour accorder à la reconnaissance des effets allant au-delà de ceux qui étaient énoncés dans la liste minimum, ainsi qu'à l'importance relative que l'on pourrait accorder à la loi étrangère et à la loi locale.

160. Divers participants ont souligné que, dans l'intérêt des créanciers et afin de maximiser la valeur des biens, il serait bon de permettre au représentant étranger de choisir parmi les pouvoirs qui pouvaient lui être conférés en vertu de la loi, soit de la procédure étrangère, soit de l'Etat de la reconnaissance. Il a été noté qu'une telle approche dissuaderait de rechercher le for le plus favorable; il serait donc ainsi plus difficile de disperser les biens ou de les soustraire de toute autre manière à l'administration de l'insolvabilité. Toutefois, ces considérations pourraient être contrebalancées dans une certaine mesure par le fait que les Etats éprouveraient sans doute des hésitations à voir un représentant étranger, ayant le droit de choisir parmi les pouvoirs que lui conférait l'une ou l'autre loi, acquérir potentiellement, du fait de la reconnaissance dans une juridiction étrangère, davantage de pouvoirs que ceux qui lui étaient accordés dans sa juridiction d'origine.

161. D'autres observations ont été faites durant le débat sur l'importance relative à accorder à la loi locale et à la loi étrangère pour déterminer les pouvoirs du représentant étranger et les mesures pouvant être prises, outre celles qui étaient énoncées dans la liste minimum. Selon un avis, on pourrait établir une distinction entre la loi étrangère, en tant que source d'autorité ou de pouvoir du représentant étranger, et la loi locale, en tant que source des procédures à suivre pour donner effet à ces pouvoirs. Selon un avis similaire, la loi locale pourrait être considérée comme la source du pouvoir donné au représentant étranger d'user de ses droits, ce qui pourrait constituer un cadre analytique attrayant pour les systèmes juridiques mettant un accent particulier sur la distinction entre un droit et l'usage de ce droit. Il a en outre été noté qu'un système englobant les deux lois poserait des problèmes, car il serait difficile de tracer une frontière entre les domaines particuliers où chaque loi s'appliquerait.

162. On a noté qu'il pourrait être utile d'établir une distinction entre les procédures d'assistance ou accessoires et les procédures parallèles. Selon un avis, il serait sans doute moins difficile d'énoncer une règle pour le premier type de procédure que pour le second. Il a toutefois été noté que la question de la compatibilité des mesures avec la loi locale se poserait dans le contexte des procédures accessoires, comme dans celui des procédures parallèles.

163. Il a été proposé que l'on prenne en compte plusieurs des facteurs susmentionnés en incluant une formulation selon laquelle le tribunal serait invité à "tenir dûment compte", tant de la loi de la procédure étrangère que de sa propre loi. Selon une approche différente, qui a suscité un certain intérêt, il serait peut-être possible d'élaborer une disposition qui ne fasse référence ni à l'une ni à l'autre des lois applicables possibles, mais qui laisse cette question à l'appréciation du tribunal. Il a été jugé qu'une telle approche permettrait au représentant étranger de demander les mesures jugées nécessaires pour l'exercice de sa mission et que le tribunal de la reconnaissance pourrait réagir de

manière similaire en accordant les mesures qu'il jugerait appropriées et qu'il était habilité à prendre. A l'appui de cette approche, il a été déclaré qu'elle serait conforme au postulat de base, selon lequel l'assistance et la coopération devaient être accordées dans toute la mesure du possible.

164. Selon une autre observation, il faudrait tenir compte, lors de l'élaboration de dispositions en la matière, des types de procédures et pratiques prévues dans la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger, notamment pour ce qui est de la notion selon laquelle l'activité du représentant étranger devait être compatible avec la loi locale. Il a été jugé à ce propos que l'application pratique de cette convention pourrait donner des indications utiles en montrant jusqu'où différents Etats étaient prêts à aller dans des domaines similaires à celui qui était examiné.

165. Pour conclure le débat sur le point de savoir laquelle des lois applicables devrait être invoquée pour autoriser des mesures allant au-delà de la liste minimum des effets de la reconnaissance, le Groupe de travail a noté que, selon l'avis qui a prévalu, il fallait retenir une approche fondée sur l'application de la loi de la procédure étrangère. Dans le même temps, on a largement estimé qu'il faudrait faire référence à une limitation fondée sur les interdictions découlant de la loi locale. Selon un avis lui aussi largement partagé, l'application de la loi locale ne devrait pas conduire à donner au représentant étranger davantage de pouvoirs qu'il n'en aurait en vertu de la loi de son pays d'origine. Cela étant, le Groupe de travail est convenu que ces questions devraient être examinées plus avant et qu'il y reviendrait ultérieurement.

166. Pour ce qui est de la forme, il a été noté que le terme "liquidateur", figurant à l'alinéa e), serait remplacé par le terme "représentant étranger". Il a également été jugé que l'expression "en vertu de la loi" était sans doute par trop restrictive. Selon une suggestion portant davantage sur la structure de l'instrument envisagé, les questions traitées à l'alinéa e) pourraient l'être dans une disposition sur la coopération judiciaire.

#### Paragraphe 2

167. Des questions ont été posées au sujet de la fonction exacte du paragraphe 2. On s'est inquiété de ce qu'on pourrait tenir pour une incohérence entre ce paragraphe et l'objectif du paragraphe 1, aussi serait-il peut-être préférable de supprimer le paragraphe 2. On a alors fait observer qu'une partie qui serait lésée par les effets de la reconnaissance pourrait se fonder sur ce paragraphe pour demander la non-application provisoire de ces effets. Cela étant, on a dit qu'il serait peut-être plus clair de rédiger une disposition prévoyant plus directement le droit de demander la non-application provisoire des effets de la reconnaissance. On s'est demandé à ce propos si une disposition relative à la modification des effets de la reconnaissance devrait porter uniquement sur les effets qui étaient automatiques, ou aussi sur ceux qui découlaient du pouvoir discrétionnaire du tribunal en application du paragraphe 1 e).

168. Le paragraphe 2 devait aussi permettre de régler les cas où, dans certaines juridictions, les effets de la reconnaissance, en particulier les mesures de caractère provisoire, risqueraient de prendre fin automatiquement après un certain temps. Cependant, on pouvait comprendre que la disposition portait, non sur les mesures provisoires, visées au paragraphe 4 pour lesquelles cette disposition pourrait fort bien être nécessaire, mais sur les effets de la reconnaissance pour le maintien desquels elle pourrait ne pas l'être.

169. Le débat a néanmoins conduit à se demander s'il conviendrait de prévoir une disposition sur la durée des effets de la reconnaissance, ou sur le moment où ils prennent fin. Selon un avis, on pouvait supposer que le tribunal veillerait à maintenir les effets qu'il admettrait aussi longtemps que nécessaire. On a aussi fait valoir qu'à un moment ou à un autre, certains des effets perdraient automatiquement leur raison d'être et deviendraient inutiles dès lors qu'ils auraient atteint leur but du fait de la progression naturelle des événements auxquels ils sont attachés. Selon un avis, il serait peut-être souhaitable d'inclure une disposition qui assurerait avec un certain degré de certitude la durée ou la fin des effets de la reconnaissance.

170. Au cours du débat, on s'est demandé quels effets pourraient être attribués à la fin de la procédure étrangère, pour ce qui est notamment des effets de la reconnaissance. A ce propos, on s'est aussi demandé s'il faudrait prévoir des dispositions particulières en matière de publication qui interviendraient à la fin soit de la procédure étrangère soit des effets de la reconnaissance. On a estimé qu'il pourrait être utile de lier la fin des effets de la reconnaissance à un certain type de formalité à cause des incidences de la reconnaissance sur les droits des créanciers locaux. On a fait observer à cet égard que la question de la publication pouvait être traitée dans la loi locale et, par conséquent, qu'il pourrait suffire de se référer à "la notification exigée par le tribunal local". Par ailleurs, on a reconnu qu'il serait peut-être plus difficile de se fonder sur une telle approche dans la mesure où, dans certaines juridictions, il pourrait ne pas y avoir de publication officielle dans laquelle les créanciers pourraient s'attendre à trouver les notifications de ce genre.

171. Le Groupe de travail a indiqué qu'il poursuivrait son débat sur les questions qui avaient été soulevées en se fondant sur les dispositions qui ont été élaborées plus avant compte tenu du débat.

### Paragraphe 3

172. Au sens où l'entendait le Groupe de travail, le mot "directement" qui figurait au paragraphe 3 visait à donner au représentant étranger le droit de s'adresser directement au tribunal de la reconnaissance, sans avoir à passer par une voie indirecte, telle que la voie diplomatique. Au demeurant, la disposition ne devait pas l'emporter sur celles qui pouvaient être appliquées dans certaines juridictions qui exigeaient le recours à un conseil local.

173. Par ailleurs, on a été d'avis qu'il serait plus logique de faire figurer le paragraphe 3 en tête de la disposition examinée.

### Paragraphe 4

174. Le Groupe de travail a généralement appuyé l'idée d'inclure une disposition autorisant le tribunal de la reconnaissance à accorder des mesures provisoires dans des circonstances appropriées dès la demande du représentant étranger. Cette idée a été appuyée parce que, si cette possibilité n'existait pas, la reconnaissance ne pourrait produire ses effets, en particulier la suspension des poursuites individuelles des créanciers et du transfert des biens, que lorsque la décision aurait été prise sur une demande de reconnaissance, moment où, souvent, il ne restait guère de biens à protéger.

175. On s'est demandé si le Groupe de travail, en élaborant davantage le paragraphe 4, ne voudrait pas examiner la possibilité de définir telle ou telle mesure provisoire qui serait envisagée, ou si la question ne pourrait pas tout simplement relever entièrement de la loi locale. Les mesures que l'on a proposé d'examiner étaient les suivantes : placer les biens sous la garde du représentant étranger, autoriser le représentant étranger à saisir certains biens et interdire au créancier de faire valoir ses créances sur les biens du débiteur.

176. Au sens où l'entendait le Groupe de travail, la disposition, sous sa forme actuelle, permettait que des mesures provisoires soient accordées de manière non contradictoire lorsque ces mesures étaient autorisées par la loi locale.

177. Pour ce qui est du texte du paragraphe, on a fait observer que le membre de phrase "tant qu'il n'est pas répondu à la demande de reconnaissance" risquait de ne pas être bien compris et qu'il serait peut-être plus clair de le remanier pour dire "... tant que le tribunal ne s'est pas prononcé sur la demande". Il faudrait aussi préciser que les premiers mots du paragraphe 4 visaient les biens du débiteur.

### E. Preuve concernant la procédure étrangère

178. Le Groupe de travail a examiné le projet préliminaire de disposition sur la preuve concernant la procédure étrangère qui était libellé comme suit :

- "1. L'existence d'une procédure étrangère est attestée par une copie certifiée conforme des documents démontrant l'ouverture de la procédure.
2. La nomination d'un représentant étranger est attestée par une copie certifiée conforme de l'ordre ou de la décision de nomination ou par toute autre preuve satisfaisant le tribunal.
3. La traduction dans une langue officielle du pays dans lequel la procédure locale doit être ouverte peut être requise.
4. Une procédure étrangère est présumée avoir été ouverte comme il convient dans la juridiction étrangère, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il n'y avait pas de liens substantiels entre le débiteur et cette juridiction."

179. Il a été noté que cette disposition se fondait sur les avis exprimés antérieurement au sein du Groupe de travail (voir par. 36 à 38 et 113), selon lesquels il faudrait garantir au tribunal de la reconnaissance que le représentant étranger était habilité à agir à l'étranger par la juridiction de nomination, notamment pour ce qui est des biens situés à l'étranger. En même temps, il a été noté que le projet de disposition était libellé de manière à ne pas exiger littéralement une autorisation d'agir à l'étranger, car l'inclusion d'une exigence expresse ne serait pas conforme à la pratique. Il a été souligné à ce propos que la nomination d'un représentant serait normalement libellée dans les termes généraux, sans référence à une limitation territoriale de son pouvoir d'agir.

180. Il a en outre été noté que les paragraphes 1 et 2 avaient été élaborés pour donner effet à l'opinion selon laquelle la présentation d'une copie certifiée conforme de l'acte de nomination, ou faute d'un tel acte, de toute autre preuve de la nomination, devrait être suffisante. Il a également été noté que le paragraphe 4, selon lequel il était présumé que la procédure étrangère avait été ouverte comme il convient, se justifiait par le fait qu'il ne faudrait pas empêcher de manière injustifiée le représentant étranger d'obtenir le pouvoir d'agir rapidement afin de préserver les biens.

#### Paragraphes 1 et 2

181. S'il a été convenu que les paragraphes 1 et 2 traitaient de manière acceptable du problème de l'accréditation requise du représentant étranger auprès du tribunal compétent de la juridiction de la reconnaissance, diverses observations ont toutefois été faites. Selon un avis, les paragraphes 1 et 2 risquaient d'être interprétés comme exigeant dans tous les cas deux documents distincts, l'un établissant l'ouverture de la procédure étrangère, l'autre attestant la nomination du représentant étranger, alors qu'en fait, dans certains cas, le tribunal étranger n'émettrait qu'un seul document couvrant ces deux aspects. Diverses propositions de forme ont été faites afin de répondre à cette préoccupation : on pouvait par exemple fonder le paragraphe 2 sur le paragraphe 1, remplacer les mots "est attesté" par les mots "peut être attesté", ou fusionner les paragraphes 1 et 2 en un seul paragraphe qui pourrait être libellé comme suit : "L'ouverture de la procédure étrangère et la nomination du représentant étranger doit être attestée. La preuve peut prendre la forme d'une copie certifiée conforme ou toute autre forme requise par le tribunal."

182. Il a également été noté que la référence à "toute autre preuve satisfaisant le tribunal" risquerait d'aller à l'encontre de l'objectif visé, qui était de faire expressément référence à l'ordre du tribunal ou à toute autre décision par laquelle le représentant étranger était nommé, et serait donc source d'incertitude. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé de modifier le paragraphe 2 afin de préciser qu'une autre preuve ne pourrait être requise qu'en l'absence d'un ordre du tribunal ou de toute autre décision de nomination. Il a été noté que l'on pourrait préciser la disposition en exigeant la présentation d'une copie certifiée conforme d'un texte de loi dans les cas où le représentant étranger invoquait une autorisation fondée sur la loi, dans la mesure où de tels cas se présenteraient dans la pratique. Selon un autre avis encore, la référence à la certification de l'ordre ou de la décision du tribunal ou d'une autre autorité compétente pourrait être source d'incertitude, à moins qu'il ne soit précisé que ce qui était visé était

une indication donnée par l'émetteur du document quant à son authenticité et non la légalisation, procédure complexe en général effectuée par une autorité administrative, ou par des voies diplomatiques ou consulaires.

183. Le Groupe de travail a approuvé en substance les paragraphes 1 et 2 et a prié le Secrétariat de les réviser, compte tenu des préoccupations qui avaient été exprimées et des suggestions qui avaient été faites.

#### Paragraphe 3

184. Si l'on a estimé que cette disposition énonçait une évidence et était superflue, ou poserait le problème de la certification de la traduction, le Groupe de travail a hésité à supprimer le paragraphe 3, car il lui semblait que la condition énoncée à ce paragraphe était utile et rendrait le texte plus acceptable.

#### Paragraphe 4

185. Diverses préoccupations ont été exprimées quant à la formulation exacte du paragraphe 4. Selon un avis, la référence à l'ouverture "comme il convient" de la procédure étrangère pourrait laisser entendre que le tribunal de la reconnaissance devrait s'attacher à étudier si la procédure étrangère avait été ouverte conformément aux conditions de procédure détaillée de la juridiction étrangère. L'examen par le tribunal de la reconnaissance devait en fait plutôt se limiter à la question de la compétence. Il a été jugé dans l'ensemble que le tribunal de la reconnaissance n'était pas habilité à examiner ces autres questions. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé de modifier comme suit le paragraphe 4 : "Une procédure étrangère n'est pas reconnue s'il n'y a pas de lien substantiel entre le débiteur et la juridiction dans laquelle la procédure a été ouverte." Il a également été proposé de supprimer le paragraphe 4, car cette question semblait être traitée au paragraphe 2 de la définition de la "procédure étrangère". Cette suggestion n'a pas reçu un appui suffisant, car le Groupe de travail, lors de l'examen de cette disposition (voir par. 110), avait estimé dans une large mesure qu'une telle règle touchait à la reconnaissance de la procédure étrangère et devrait donc être placée ailleurs dans le texte.

186. On a en outre fait observer qu'il serait possible d'invoquer les considérations d'ordre public dans certains cas peu habituels où la procédure étrangère répondait au critère juridictionnel, mais pourrait ne pas valoir la reconnaissance. Un exemple en était le cas où des procédures étrangères étaient entachées de collusion entre le débiteur et le représentant étranger dans le but de dissimuler des biens. Au cours du débat, on a aussi fait valoir que la teneur du "lien substantiel" serait différente selon que la reconnaissance était demandée pour une procédure accessoire ou une procédure parallèle.

187. Une autre préoccupation venait de ce que la question de la compétence du tribunal de la reconnaissance pouvait ne pas être réglée de façon satisfaisante sans que le soit aussi celle de la compétence du tribunal de l'Etat d'origine, car il pouvait y avoir interaction entre les deux. Pour répondre à cette préoccupation, on a suggéré de traiter de manière complète la question de la compétence internationale d'un tribunal qui ouvrirait une procédure d'insolvabilité, en adoptant une démarche dont le modèle serait l'article 3 du projet de Convention de l'Union européenne. A cet égard, on a été d'avis qu'il fallait se préoccuper de ce que les dispositions sur la reconnaissance pourraient avoir pour conséquence de restreindre la compétence de l'Etat de la reconnaissance pour ouvrir sa procédure locale.

188. On a été d'avis aussi qu'il importait de déterminer quel était le stade de la procédure étrangère qui devrait être considéré comme indiquant "l'ouverture" effective de la procédure étrangère d'insolvabilité aux fins de sa reconnaissance. On a fait observer à cet égard qu'il y avait des différences entre les juridictions quant aux mesures et aux stades qui détermineraient l'ouverture d'une procédure. On a ajouté que cette question avait une certaine importance, car il arrivait souvent que des mesures provisoires soient demandées dans la juridiction de la reconnaissance alors que la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'Etat d'origine était pendante.

189. Bien que le Groupe de travail soit convenu que la question de l'évaluation des fondements de la compétence de la procédure étrangère était importante et devrait être traitée dans le texte, il n'était pas prêt à prendre une décision définitive sur une disposition qui pourrait être acceptable. Il a donc décidé de laisser le paragraphe 4 entre crochets dans l'attente d'un examen ultérieur.

## V. TRAVAUX FUTURS

190. A l'issue de son débat, le Groupe de travail a entendu un certain nombre d'interventions portant sur les progrès réalisés à la session en cours et sur les autres questions qui pourraient être abordées.

191. On a généralement estimé que de nets progrès avaient été faits sur un certain nombre de questions importantes, notamment les définitions de la "procédure étrangère" et du "représentant étranger", les effets de la reconnaissance, la coopération judiciaire et la preuve concernant la procédure étrangère. On a déclaré que le fait que le Groupe de travail se soit engagé dans un débat fructueux et avait déjà examiné une série de projets préliminaires de dispositions à la session en cours était très encourageant pour les travaux futurs.

192. On a mentionné un certain nombre de questions sur lesquelles pourraient porter les travaux futurs : compétence du tribunal étranger et reconnaissance de cette compétence par un tribunal dans l'Etat de la reconnaissance; applicabilité des projets de dispositions aux procédures accessoires ou parallèles; définitions du débiteur et de la procédure de redressement; questions de réciprocité et de courtoisie internationale; portée de la coopération judiciaire; possibilité pour le représentant étranger de comparaître devant la juridiction de la reconnaissance, sans être soumis à sa pleine juridiction ("comparution limitée"); traitement national des créanciers étrangers; forme et calendrier des notifications aux créanciers étrangers; péréquation entre les créanciers ordinaires; reconnaissance des créances de l'Etat étranger, ou du Trésor; mécanisme pour mettre fin à une procédure limitée ou secondaire; effets de la reconnaissance et des mesures provisoires sur les créanciers titulaires de sûretés, eu égard en particulier aux droits réels et à la réserve de propriété; compensation dans le cadre transnational; exceptions aux mesures automatiques d'assistance; mécanisme visant à modifier les mesures provisoires ou à y mettre fin; répartition et rapatriement des biens; préservation des biens dans le contexte de l'insolvabilité transnationale en créant un cadre juridique pour les mesures provisoires à accorder, en ce qui concerne notamment les actifs aux mains de tiers en vertu d'ordonnances judiciaires ou de contrats.

193. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'établir, pour sa prochaine session, des projets de dispositions sur la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance, compte tenu des vues et suggestions émises à la session en cours. Il a été noté que, conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session<sup>6</sup>, la dix-neuvième session du Groupe de travail aurait lieu à New York du 1er au 12 avril 1996.

## Notes

1. Rapport 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. Dans cette décision, la Commission a rebaptisé le Groupe de travail du nouvel ordre économique international pour lui donner son titre actuel, étant entendu que la numérotation des sessions du Groupe de travail se poursuivrait normalement.

2. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-sixième session (1993), Document officiels de l'Assemblée générale, quarante-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.

3. Le 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.
4. Rapport 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.
5. Le 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.
6. Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément N° 17 (A/50/17), par. 449.