

NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE

FILE COPY



Distr. GENERALE

A/CN.9/378/Add.4
23 juin 1993

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Vingt-sixième session
Vienne, 5-23 juillet 1993

TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

Note du Secrétariat

Additif

Aspects transnationaux de l'insolvabilité

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>
INTRODUCTION	1 - 3
I. REMARQUES GENERALES	4 - 9
II. CERTAINS PROBLEMES LIES A L'INSOLVABILITE TRANSNATIONALE	10 - 32
III. INITIATIVES PRISES POUR REGLEMENTER LES CAS D'INSOLVABILITE TRANSNATIONALE	33 - 48
CONCLUSIONS	49 - 54

INTRODUCTION

1. Lors du Congrès sur le droit commercial international, tenu en mai 1992 à New York dans le cadre de la vingt-cinquième session de la Commission, il a été proposé que la Commission envisage d'entreprendre des travaux sur les aspects internationaux de la faillite. Il a été déclaré à cette occasion qu'il n'était peut-être pas envisageable d'unifier le droit des faillites, car l'évolution du droit international n'était pas telle que l'on puisse espérer que les pays adoptent des lois similaires en matière de faillite. Toutefois, il a été indiqué que l'on pourrait réduire les difficultés en axant les travaux sur les questions qui se posent dans l'Etat où sont situés les avoirs et non dans l'Etat où a été ouverte la procédure de faillite et en étudiant la manière dont ces avoirs devraient être traités.

2. L'objet de la présente note est d'aider la Commission à décider s'il faudrait entreprendre une étude approfondie, ayant pour objet de déterminer s'il serait souhaitable et possible d'élaborer des règles harmonisées en la matière.

3. Après les remarques liminaires figurant à la section I, la section II examine certaines questions juridiques pouvant susciter des problèmes imputables aux divergences entre les lois nationales. La section III présente une brève description des travaux entrepris à l'échelon international en vue d'harmoniser les lois en la matière. Cette section est suivie de conclusions.

I. REMARQUES GENERALES

4. La plupart des systèmes juridiques comportent des règles régissant divers types de procédures qui peuvent être entamées lorsqu'un débiteur est dans l'incapacité de payer ses dettes. On a utilisé dans la présente note en tant que terme générique l'expression "procédure de faillite" pour décrire ces types de procédures. On peut distinguer deux types de procédures de faillite pour lesquelles il n'y a pas de terminologie uniforme.

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

6. L'autre type de procédure (ci-après dénommée "redressement"), que l'on rencontre dans beaucoup d'Etats, mais pas dans tous, est une solution de rechange à la procédure de liquidation. Son objet n'est pas de liquider le débiteur insolvable, mais de lui permettre de surmonter la crise financière

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

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

8. Dans de nombreux Etats, pour qu'un tribunal soit habilité à entamer une procédure de faillite, il faut qu'il existe un certain lien entre le débiteur et l'Etat. Il faut, par exemple, que le débiteur ait dans cet Etat son établissement principal, son lieu de résidence, son siège ou centre administratif, ou qu'il soit immatriculé en tant que société dans l'Etat. Ce type de procédure de faillite est souvent désigné sous l'appellation de "faillite domiciliaire".

9. Outre les procédures de faillite domiciliaire, bon nombre d'Etats permettent l'ouverture d'une procédure de faillite même s'il n'existe pas de lien domiciliaire entre l'Etat et le débiteur. Ce type de procédure, que l'on appelle souvent "faillite non domiciliaire", peut être ouverte dans un Etat si, par exemple, certains des avoirs du débiteur y sont situés ou si le débiteur, qui est une personne physique, est temporairement présent dans l'Etat. Certains Etats permettent l'ouverture d'une telle procédure dans de très nombreux cas, alors que, dans d'autres, cette possibilité est plus limitée. Ces procédures de faillite peuvent être ouvertes parallèlement à toute procédure domiciliaire ou non domiciliaire entamée dans un autre Etat et indépendamment de celle-ci.

II. CERTAINS PROBLEMES LIES A L'INSOLVABILITE TRANSNATIONALE

10. L'insolvabilité transnationale est le terme utilisé en général pour désigner les cas d'insolvabilité dans lesquels les avoirs du débiteur sont situés dans deux Etats ou plus ou dans lesquels certains créanciers sont étrangers. Les sections A à G ci-dessous décrivent certains aspects de l'insolvabilité transnationale pouvant susciter des problèmes en raison des divergences des règles nationales.

A. Effet d'une procédure de liquidation entreprise dans un Etat sur des avoirs situés dans un autre Etat

11. Dans la législation de nombreux Etats, il est expressément déclaré - ou il est entendu - qu'une procédure de liquidation entamée dans l'Etat doit exercer ses effets sur tous les avoirs du débiteur, y compris ceux qui sont situés à l'étranger. L'intention est que l'administrateur puisse disposer de tous les avoirs du débiteur pour répartir le produit de leur vente entre les créanciers. Certaines lois indiquent expressément que seule une liquidation domiciliaire et non une liquidation non domiciliaire ont cet effet universel (voir ci-dessus, par. 8 et 9).

12. Il existe toutefois également des lois nationales disposant qu'une procédure de liquidation domiciliaire ouverte dans l'Etat n'exerce ses effets que sur les avoirs du débiteur insolvable situés dans cet Etat. Cette restriction auto-imposée a été critiquée, car elle empêche les créanciers d'avoir accès à la totalité des avoirs du débiteur.

13. De nombreux Etats affirmant l'universalité de leurs procédures de liquidation reconnaissent, à divers degrés et avec certaines restrictions, l'universalité des procédures de liquidation ouvertes à l'étranger. Il existe toutefois des Etats qui, tout en affirmant que leurs procédures de liquidation doivent avoir un effet universel, refusent cette universalité aux procédures de liquidation étrangères.

14. Dans les Etats qui acceptent en principe de reconnaître les procédures de liquidation étrangères, cette reconnaissance est en général subordonnée à l'existence d'un lien substantiel entre le débiteur insolvable et l'Etat où la procédure de liquidation a été ouverte. Il faut par exemple que la procédure de liquidation étrangère soit une procédure domiciliaire (voir le paragraphe 8 ci-dessus) ou que la majorité des avoirs du débiteur insolvable soient situés dans cet Etat étranger.

15. Selon certaines lois nationales, pour qu'une procédure de liquidation étrangère puisse exercer ses effets, il est nécessaire d'obtenir une reconnaissance officielle de la décision du tribunal étranger par laquelle la procédure a été ouverte. Selon ces lois, cette reconnaissance est en général soumise aux conditions normales de reconnaissance des décisions judiciaires étrangères. Dans d'autres lois nationales, la reconnaissance d'une procédure de liquidation étrangère, tout en étant soumise à certaines conditions (par exemple, compétence du tribunal étranger et respect de principes fondamentaux en matière de procédure), ne suppose pas une procédure officielle de reconnaissance.

16. Même si la procédure de liquidation ouverte dans un Etat n'est pas pleinement et officiellement reconnue par les Etats où se trouvent des avoirs du débiteur insolvable, il existe plusieurs moyens de renforcer l'efficacité internationale de la procédure de liquidation. Par exemple, si la personne qui détient les avoirs du débiteur insolvable est justifiable de la juridiction de l'Etat où a lieu la procédure de liquidation, l'administrateur judiciaire pourra intenter une action contre cette personne afin qu'elle lui remette ces avoirs. En outre, le débiteur insolvable peut être tenu - ou contraint par le tribunal ouvrant la procédure de faillite - de prendre les mesures requises pour mettre tous ses avoirs situés à l'étranger à la

disposition de l'administrateur judiciaire. De plus, un créancier ayant obtenu dans un Etat étranger le paiement intégral de sa créance sur le débiteur insolvable, et qui est justifiable de la juridiction de l'Etat où a lieu la procédure de liquidation, peut, dans certaines circonstances, être contraint par le tribunal de remettre le montant ainsi obtenu à l'administrateur et d'accepter d'être payé aux mêmes conditions que les autres créanciers.

B. Assistance judiciaire internationale

17. Lorsqu'une procédure de faillite est ouverte dans un Etat, l'administrateur des biens du débiteur ou un créancier intéressé, peut souhaiter obtenir l'assistance d'un tribunal étranger. Cette assistance, dans la mesure où elle est disponible, peut prendre les formes suivantes : remise à un administrateur judiciaire étranger des avoirs appartenant au débiteur insolvable; publicité de la procédure de faillite étrangère; suspension de toute action intentée par le créancier contre le débiteur qui, en violation du principe de l'égalité entre les créanciers, entraînerait une réduction des avoirs du débiteur insolvable; adoption de mesures conservatoires concernant les avoirs du débiteur; suspension de toute mesure du créancier visant à faire constituer ou à invoquer une sûreté fondée sur un bien du débiteur; refus de tout transfert préférentiel de biens ou de tout transfert dont le caractère frauduleux est allégué; ouverture d'une procédure de faillite subsidiaire; ou autorisation donnée à l'administrateur d'agir au nom des créanciers étrangers.

18. Les règles et pratiques en vigueur, en matière d'assistance judiciaire internationale dans le cadre des procédures de faillite, sont assez diverses. Certains Etats, notamment ceux qui ne donnent pas effet aux procédures de faillite ouvertes dans un pays étranger, répugnent à des demandes officielles d'assistance (adressées par exemple par un administrateur judiciaire étranger). Dans ces Etats, la seule manière pour un administrateur judiciaire étranger de mettre des avoirs locaux à la disposition des créanciers étrangers, ou d'obtenir toute autre forme d'assistance, peut consister à ouvrir une procédure locale de faillite, à laquelle les créanciers étrangers pourront participer, soit directement, soit par l'intermédiaire de l'administrateur.

19. Certains Etats ont adopté des règles traitant expressément de l'assistance judiciaire en cas d'insolvabilité transnationale. Les types d'assistance disponibles divergent toutefois. Dans d'autres Etats, il n'existe pas de règles expresses en la matière. En outre, dans certains Etats, l'assistance judiciaire internationale est soumise à des conditions relativement précises, alors que dans d'autres, il s'agit d'une question laissée dans une large mesure à la discrétion du tribunal.

C. Droit pour tous les créanciers de participer à la procédure de faillite

20. De nombreuses lois nationales autorisent en principe tous les créanciers, locaux ou étrangers, à participer à la procédure de faillite; toutefois, des autorités étrangères ne peuvent en général pas faire valoir des créances du trésor public découlant par exemple d'obligations fiscales, pénales ou autres, encore que, dans certains Etats, cette interdiction ne vaille pas si certains des avoirs du débiteur proviennent de l'Etat faisant valoir ces créances.

21. Selon la loi de certains pays, le principe de la non-discrimination entre les créanciers ne s'applique qu'aux créances payables dans l'Etat où a lieu la procédure de faillite; dans ces pays, toute créance payable exclusivement à l'étranger est subordonnée aux créances payables dans l'Etat où a été ouverte la procédure de faillite.

D. Règles de priorité pour la répartition des avoirs

22. De nombreuses législations nationales établissent un classement des créances sur le débiteur insolvable, afin de constituer un ordre de priorité. Les créances ayant le rang de priorité le plus élevé doivent être payées intégralement au moyen des avoirs du débiteur insolvable, avant que les autres catégories de créances ne soient payées.

23. Il existe des divergences considérables entre les lois nationales quant au nombre et au type de catégories de créances privilégiées. Les dépenses liées à la procédure de liquidation et les honoraires de l'administrateur judiciaire bénéficient dans de nombreuses législations de la priorité la plus élevée. Certaines créances fiscales des autorités de l'Etat où a lieu la procédure de liquidation ont également souvent un rang de priorité élevé. Viennent ensuite en général les salaires des employés du débiteur solvable, bien que, dans certains Etats, ce traitement préférentiel soit plafonné à un montant donné ou à une période maximale en cas de demande de paiement d'arriérés de salaire. Outre ces catégories de créances en général privilégiées, les règles relatives aux autres catégories, définies selon le type de créancier ou d'opération, sont plus diverses.

24. La question de l'ordre de priorité des créances est en général déterminée par les règles de l'Etat où a lieu la procédure de liquidation, qu'il y ait ou non des créanciers étrangers ou des avoirs provenant d'un pays étranger. En application de cette règle de conflit, s'il souhaite se conformer à l'ordre de priorité escompté par les créanciers dans une procédure de liquidation ayant lieu ou pouvant avoir lieu dans l'Etat, un tribunal répugnera à remettre à un administrateur judiciaire étranger les avoirs du débiteur insolvable situés dans l'Etat. Il sera d'autant moins enclin à le faire si les avoirs demandés risquent d'être utilisés pour satisfaire les créances fiscales privilégiées de l'Etat demandeur. Dans ce contexte, on a critiqué le traitement privilégié accordé aux créances fiscales et l'on a avancé qu'il serait plus facile de mettre en place un système efficace de coopération entre Etats en matière d'insolvabilité si ce traitement privilégié était aboli ou radicalement limité. Il semble que de tels arguments aient conduit certains Etats à réduire considérablement les privilèges accordés à ces créances.

E. Redressements internationaux

25. Alors que, dans les procédures de liquidation internationales, il est important de déterminer si la procédure ouverte dans un Etat englobe les avoirs situés à l'étranger, les redressements internationaux suscitent une autre question importante : les mesures de redressement convenues dans un Etat (par exemple, une réduction des créances) peuvent-elles être invoquée par le débiteur à l'encontre d'un créancier dans le cadre d'une procédure judiciaire dans un autre Etat ?

26. Dans de nombreux Etats, la législation et la jurisprudence ne semblent pas donner une réponse claire à cette question. Selon certaines opinions, le redressement est un accord de procédure et ne devrait donc exercer ses effets

que dans le pays d'origine. Selon d'autres opinions, en l'absence de tout accord international, un redressement étranger devrait être reconnu dans la mesure où il englobe des dettes qui sont régies par la loi de l'Etat où le redressement a été décidé. Selon d'autres opinions encore, le redressement devrait lier tous les créanciers qui y ont participé ou qui ont eu la possibilité d'y participer. D'autres estiment qu'un redressement étranger devrait être reconnu aux mêmes conditions qu'une liquidation étrangère. Selon un autre avis encore, la reconnaissance devrait être subordonnée à la condition suivante : le redressement doit avoir lieu dans un Etat avec lequel le débiteur insolvable a un lien étroit (par exemple, établissement, lieu de résidence, centre administratif ou majorité des avoirs); autre condition, le redressement devrait englober tous les créanciers et ne pas établir de discrimination entre eux, ni être de toute autre manière contraire à l'ordre public de l'Etat où le redressement est invoqué.

F. Reconnaissance des sûretés

27. La plupart des lois nationales admettent qu'un créancier qui détient une sûreté sur un bien inclus dans les avoirs du débiteur insolvable a le droit d'obtenir le paiement de sa créance en invoquant la sûreté, sans avoir à

remettre le produit de cette créance en vue d'un partage avec les autres créanciers. De telles sûretés, qui peuvent considérablement réduire la disponibilité des avoirs pour le paiement des créances des créanciers non nantis, sont notamment les suivantes : réserve de propriété, gage, cession d'une créance à titre de sûreté ^{1/}, hypothèque, privilège ou sûreté sans dessaisissement. Les biens meubles comme les biens immeubles peuvent faire l'objet de telles sûretés.

28. Il existe des divergences entre les systèmes juridiques quant aux règles régissant les sûretés. Ces divergences portent notamment sur les types de sûretés reconnus dans les lois nationales, les formalités de constitution d'une sûreté, les procédures à suivre pour invoquer la sûreté et les règles de priorité lorsque plus d'un créancier a une sûreté sur le même bien.

29. Il existe également des divergences quant au traitement des sûretés dans le cadre d'une procédure de faillite, qui portent notamment sur les questions suivantes : effets de tel ou tel type de sûreté après l'ouverture de la procédure de faillite; droit de l'administrateur judiciaire de vendre le bien sur lequel porte la sûreté; existence de créances privilégiées ayant la priorité sur les créances assorties d'une sûreté; et conditions dans lesquelles un autre créancier ou l'administrateur judiciaire peuvent invalider une sûreté créée durant une période spécifiée avant l'ouverture de la procédure de faillite.

30. Dans de nombreuses lois nationales, les sûretés sur des biens tangibles sont en principe considérées comme régies par la loi de l'Etat où le bien était situé au moment de la constitution de la sûreté. Si cette loi nationale est différente de la loi régissant la procédure de faillite, le créancier peut être empêché d'invoquer la sûreté si celle-ci n'est pas connue de la loi nationale régissant la procédure de faillite.

G. Interdiction d'opérations du débiteur préjudiciables aux créanciers

31. De nombreux Etats ont adopté des règles permettant à l'administrateur judiciaire ou à un créancier intéressé de faire annuler ou modifier une opération du débiteur ayant pour conséquence de réduire ses avoirs. Il peut s'agir, par exemple, de la vente d'un bien du débiteur à des conditions exceptionnellement favorables à l'acheteur, du paiement préférentiel de dettes en faveur de certains créanciers ou de la création rétrospective de sûretés sur des dettes jusque-là non garanties. Les lois nationales divergent, par exemple, quant aux types d'opérations pouvant être interdites, aux types de mesures que peuvent prendre l'administrateur judiciaire ou un créancier intéressé et aux conditions d'interdiction d'une opération (par exemple, le moment à partir duquel, avant l'ouverture de la procédure de faillite, une opération du débiteur devient suspecte et susceptible d'interdiction, les conditions de l'opération la rendant susceptible d'interdiction et la connaissance qu'a la partie contractante du débiteur de l'insolvabilité éventuelle de ce dernier).

^{1/} La cession de créances en tant que moyen de fournir une sûreté aux créanciers est traitée dans la note A/CN.9/378/Add.3; le paragraphe 13 de ladite note fait référence aux activités antérieures de la Commission dans le domaine des sûretés.

32. Les conflits de lois et conflits de compétence posent des problèmes difficiles auxquels les lois nationales donnent des réponses divergentes ou incertaines. Par exemple, dans un Etat donné, un administrateur judiciaire étranger peut-il demander l'interdiction d'une opération, ou cela n'est-il possible qu'à un administrateur judiciaire local ? Un Etat reconnaîtrait-il une décision judiciaire étrangère interdisant l'opération et quelle loi nationale serait applicable à une telle demande (par exemple, la loi de l'Etat où a lieu la procédure de faillite, la loi de l'Etat où le bien en question est actuellement situé ou était situé avant l'opération, la loi de la personne ayant bénéficié de l'opération ou la loi applicable à l'opération) ?

III. INITIATIVES PRISES POUR REGLENER LES CAS D'INSOLVABILITE TRANSNATIONALE

A. Initiatives régionales

1. Etats d'Amérique latine

33. En Amérique latine, trois textes traitent des aspects internationaux de la législation des faillites : la Convention de droit international privé, La Havane, 1928 ("Code Bustamante") et deux Traités de droit commercial international, 1889 et 1940 ("Traités de Montevideo").

a) Code Bustamante

34. Le Code Bustamante a été adopté par 15 Etats d'Amérique latine. Il dispose que le domicile civil ou commercial du débiteur est le critère de rattachement requis pour établir la compétence en vue de l'ouverture d'une procédure de faillite. Si le débiteur a un seul domicile, seules les procédures de faillite dans l'Etat du domicile sont autorisées; si le débiteur a un domicile commercial dans plus d'un Etat, une procédure peut être ouverte dans chacun de ces Etats.

35. Le Code Bustamante comporte des dispositions sur les points suivants : reconnaissance dans les autres Etats contractants des ordonnances de faillite et de redressement; reconnaissance des pouvoirs de l'administrateur judiciaire nommé dans un Etat contractant étranger; reconnaissance des décisions étrangères annulant ou modifiant des opérations conclues durant une période donnée avant la déclaration de faillite et portant préjudice aux créanciers du débiteur.

b) Traités de Montevideo

36. Les relations entre quatre Etats d'Amérique latine sont régies par le Traité de Montevideo de 1889, et les relations entre trois Etats d'Amérique latine, dont l'un est également partie au Traité de 1889, sont régies par le Traité de Montevideo de 1940. Le premier énonce des règles relatives à la liquidation, alors que le second traite également des redressements, de la suspension des paiements et d'autres procédures analogues prévues dans les Etats contractants.

37. Les deux traités prennent le domicile commercial du débiteur comme critère de rattachement pour établir la compétence en vue de l'ouverture d'une procédure de faillite. Si le débiteur a un domicile commercial dans d'autres Etats, une procédure peut être ouverte dans chacun de ces Etats.

38. En vertu de ces traités, l'autorité de l'administrateur judiciaire, telle que déterminée par les lois de l'Etat où la procédure de faillite a été ouverte, est reconnue dans tous les Etats contractants. Des mesures conservatoires peuvent être prises sur des biens situés dans d'autres Etats et les tribunaux de ces autres Etats doivent rendre publiques l'ouverture de la procédure et l'adoption des mesures conservatoires. En outre, les créanciers locaux de ces Etats peuvent demander que soit ouverte une procédure non volontaire distincte, menée conformément à la loi de l'Etat où elle est ouverte. Les créanciers peuvent invoquer des sûretés, sur des biens tant meubles qu'immeubles, devant le tribunal de l'Etat où le bien est situé, dans la mesure où ces sûretés ont été constituées avant l'ouverture de la procédure de faillite.

2. Conseil nordique

39. Sous les auspices du Conseil nordique, les Etats nordiques ont conclu en 1933 la Convention entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède relative à la faillite. Cette convention a été modifiée en 1977 et en 1982.

40. Une procédure de faillite ouverte dans l'Etat contractant où le débiteur insolvable a son lieu de résidence ou son siège statutaire est reconnue dans tous les Etats contractants.

41. La Convention amalgame tous les biens du débiteur dans tous les Etats contractants en une masse unique devant être administrée et répartie conformément aux règles de l'Etat où la procédure de faillite a été ouverte. Toutefois, les privilèges ou garanties particuliers relatifs à des biens du débiteur doivent être régis par la loi de l'Etat où les biens en question sont situés. La Convention comporte des dispositions sur les points suivants : publicité de la procédure de faillite dans les autres Etats contractants où sont situés des avoirs du débiteur, établissement d'un inventaire des avoirs du débiteur, mesures provisoires, assistance judiciaire des autorités des autres Etats et reconnaissance des décisions judiciaires, notamment en vue de confirmer un redressement conclu avec les créanciers.

3. Conseil de l'Europe

42. Les Etats membres du Conseil de l'Europe ont conclu la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite (Istanbul, 5 juin 1990). Au 1er juin 1993, aucun Etat n'y avait encore adhéré.

43. Selon la Convention, la compétence pour l'ouverture d'une procédure de faillite est déterminée par le lieu où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux; pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire.

44. L'objet de la Convention est avant tout de permettre à l'administrateur judiciaire d'agir dans d'autres juridictions au nom des créanciers, de prendre des mesures provisoires et d'intenter des actions dans chacun des Etats membres. De plus, lorsqu'un débiteur a été déclaré en faillite dans un Etat (faillite principale), la Convention dispose que le débiteur peut, de ce seul fait, être déclaré en faillite dans tout autre Etat contractant (faillite secondaire). En outre, la Convention permet aux créanciers du débiteur insolvable situés dans des Etats différents d'introduire une action dans l'Etat où la procédure de faillite a été ouverte et de recevoir des informations appropriées sur la procédure.

4. Communautés européennes (CE)

45. Dès les années 60, la Communauté économique européenne s'est efforcée d'établir un texte sur les aspects juridiques de l'insolvabilité transnationale. Le dernier texte à l'examen, un projet de convention sur les procédures de faillite (1992), que ses rédacteurs n'ont pas encore publié, ne vise pas, selon un commentaire écrit, à harmoniser les lois des Etats Membres, mais plutôt à réunir les conditions juridiques requises pour traiter des faillites transnationales dans les Communautés en réglant les conflits de lois et de compétence. A cette fin, le texte se fonde sur la notion suivante : il devrait y avoir une procédure de faillite unique englobant tous les avoirs, où qu'ils soient situés. Ce principe de l'universalité peut être limité par la possibilité d'ouvrir une ou plusieurs procédures secondaires, dont les effets ne s'exercent que sur le territoire de l'Etat sur lequel elles ont été ouvertes.

B. Autres initiatives

1. Conférence de La Haye de droit international privé

46. La Conférence a commencé ses travaux sur la réglementation des faillites en 1894. A sa vingt-huitième session, en 1928, la Conférence a décidé de transformer les projets précédents de convention multilatérale sur les faillites en un traité bilatéral type. Ce traité n'a pas fait l'objet d'une large adhésion.

2. Association internationale du Barreau (AIB)

47. L'Association internationale du Barreau (AIB) a élaboré en 1989 une Loi type internationale sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (Model International Insolvency Cooperation ACT - MIICA). Cette Loi type se fonde sur la notion d'universalité et sur le principe d'une administration unique des avoirs du débiteur insolvable, où qu'ils soient situés.

48. La Loi type contraint les tribunaux des Etats l'ayant adoptée à fournir une assistance à l'administrateur judiciaire étranger. Cette assistance peut consister à mettre les avoirs des débiteurs à la disposition de l'administrateur judiciaire étranger; suspendre ou rejeter une action intentée contre le débiteur; fournir des preuves relatives à l'insolvabilité; reconnaître et exécuter un jugement étranger; et offrir toute autre mesure d'assistance appropriée. Les conditions de fourniture d'une telle assistance sont les suivantes : l'Etat de l'administrateur judiciaire doit accorder, pour

les faillites étrangères, un traitement similaire dans ses grandes lignes à celui qui est prévu dans la Loi type; le tribunal étranger dont relève l'administrateur judiciaire doit être une instance appropriée, à même de superviser la procédure de faillite; et l'administration des biens du débiteur dans les différentes juridictions étrangères doit être dans l'intérêt général de tous les créanciers du débiteur. Si l'assistance judiciaire requise n'est pas accordée, l'administrateur judiciaire étranger peut entamer une procédure de faillite dans l'Etat ayant refusé cette assistance.

CONCLUSIONS

49. Il a souvent été noté que les divergences entre les règles nationales régissant l'insolvabilité transnationale constituaient une entrave au commerce international. L'attention a été appelée sur le fait qu'en raison de divergences sur des questions telles que les effets transnationaux d'une procédure de faillite (voir ci-dessus par. 11 à 16), l'assistance judiciaire internationale en matière de faillite (voir ci-dessus par. 17 à 19), le droit pour les créanciers de participer à la procédure de faillite (voir ci-dessus par. 20 et 21), les règles de priorité pour la répartition des avoirs entre les créanciers (voir ci-dessus par. 22 à 24), les effets internationaux des redressements conclus entre le débiteur insolvable et les créanciers (voir ci-dessus par. 25 et 26), la reconnaissance des sûretés constituées en application d'une loi étrangère (voir ci-dessus par. 27 à 30), ou l'interdiction d'opérations du débiteur portant préjudice aux créanciers (voir ci-dessus par. 31 et 32), l'exercice des droits des créanciers nantis ou non nantis appartenant à différents Etats sur les avoirs du débiteur se heurte à des obstacles, incertitudes et inégalités. Les divergences des règles en la matière ont un autre effet indésirable : les tribunaux et les législateurs, qui sont enclins à protéger les créanciers de leur propre territoire, tendront sans doute à limiter la reconnaissance des procédures de faillite étrangères et à prendre des mesures en faveur des créanciers locaux et répugneront à fournir une assistance judiciaire aux créanciers étrangers. Cette situation peut conduire à l'ouverture de plusieurs procédures de faillite indépendantes, menées simultanément dans plusieurs juridictions, sans réelle coordination, ce qui est source de gaspillages et augmente les risques de traitement inéquitable des créanciers; il peut en outre y avoir conflit entre les mesures prises par les différents administrateurs judiciaires.

50. Les commentateurs et associations de praticiens ont jugé qu'il serait souhaitable d'harmoniser les règles de base dans certains domaines du droit des faillites, ce qui permettrait de traiter des insolvabilités internationales, y compris des redressements, de manière plus prévisible, sans susciter de conflits entre les juridictions participant à la procédure. Selon des avis, il serait souhaitable de constituer un réseau harmonisé de règles législatives qui permettraient à un administrateur judiciaire, dans certaines conditions, d'inclure dans les avoirs du débiteur devant servir à payer les créanciers ceux qui sont situés dans un Etat étranger. Cet effet extraterritorial de la procédure de faillite serait assorti de conditions : notamment, la procédure de faillite devrait avoir été ouverte conformément à des règles harmonisées en matière de compétence. En outre, l'Etat prié de remettre des avoirs à un administrateur judiciaire étranger devrait être autorisé à veiller à ce que certains créanciers locaux soient protégés.

51. Toutefois, bien que l'on s'accorde à penser qu'il serait souhaitable de mettre sur pied un système efficace de coopération entre Etats en matière d'insolvabilité, il a également été noté au sein d'instances internationales qu'il serait sans doute peu réaliste de supposer que le principe de l'universalité des procédures de faillite puisse s'imposer à l'échelon mondial, voire régional, dans un avenir prévisible. On continuera sans doute de considérer comme inacceptable que des intérêts ou attentes fondés sur la loi locale puissent être subordonnés aux effets d'une procédure de faillite ouverte dans un autre pays.

52. La Commission voudra peut-être garder à l'esprit les observations ci-dessus lorsqu'elle déterminera qu'il serait utile d'examiner cette question en profondeur. L'un des principaux objectifs de cet examen approfondi serait de recenser les aspects de la législation internationale des faillites qui pourraient être harmonisés et de déterminer quel serait l'instrument le plus approprié de cette harmonisation : traité multilatéral, loi type ou traité bilatéral type.

53. Dans le cadre de l'examen desdites questions, la Commission voudra peut-être également étudier les effets possibles de l'ouverture d'une procédure de faillite sur des relations ou procédures extérieures à la faillite. Par exemple, si, dans le contexte d'une garantie bancaire, le donneur d'ordre fait l'objet d'une procédure de faillite, il pourrait être utile de préciser si la banque serait habilitée à suspendre le paiement ou à mettre fin à la garantie, au motif que cette procédure réduit les chances qu'a la banque à obtenir remboursement du donneur d'ordre. Un problème similaire peut se poser dans le contexte d'une lettre de crédit, lorsque l'émetteur fait l'objet d'une procédure de faillite. De même, lorsque, dans le cadre d'un arbitrage international, le défendeur fait l'objet d'une procédure de faillite, on peut se demander si l'ouverture de cette procédure devrait avoir des incidences sur l'arbitrage. Ces effets de la procédure de faillite sur d'autres relations ou procédures sont souvent déterminés, non par la loi régissant les faillites, mais par celle régissant les relations ou procédures en question.

54. Au cas où la Commission jugerait ce projet utile, elle voudra peut-être exprimer des avis préliminaires sur les orientations des travaux futurs et prier le Secrétariat d'établir, en consultation avec d'autres organisations internationales intéressées, notamment la Conférence de La Haye de droit international privé, une étude sur la possibilité d'énoncer des règles harmonisées relatives à l'insolvabilité internationale, étude qui serait soumise à une session future de la Commission.