



Assemblée générale

Distr. limitée
19 avril 2010
Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-huitième session
New York, 19-23 avril 2010**

Droit de l'insolvabilité: travaux futurs possibles

Additif

Commentaires de l'Association internationale du barreau concernant les propositions d'envisager une convention internationale et/ou une loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises multinationaux*

1. À sa trente-septième session (Vienne, 2009), le Groupe de travail V de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international est convenu d'examiner, à sa prochaine session, certaines propositions de travaux futurs¹, et en particulier les questions suivantes:

a) La CNUDCI devrait-elle charger le Groupe de travail d'élaborer une convention internationale sur les procédures d'insolvabilité internationale (la "Convention")²?

* Le présent document a été soumis le plus rapidement possible après réception des commentaires.

¹ Le Groupe de travail V a consacré plusieurs sessions à l'élaboration de recommandations destinées à une annexe au Guide législatif traitant diverses questions juridiques de procédure et de fond qui se posent dans le traitement national et international de l'insolvabilité des groupes d'entreprises multinationaux. Il avait précédemment élaboré la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Guide législatif, traitant de l'insolvabilité des débiteurs en tant qu'entités autonomes. La troisième partie du Guide législatif constitue une première étape vers l'harmonisation des règles juridiques régissant les procédures d'insolvabilité des groupes d'entreprises multinationaux.

² À la trente-septième session du Groupe de travail, l'Union internationale des avocats (UIA) a présenté le document A/CN.9/WG.V/XXXVII/CRP.3, où elle proposait une convention dans le domaine du droit de l'insolvabilité internationale qui traiterait des questions suivantes: l'accès des représentants de l'insolvabilité étrangers aux tribunaux; la reconnaissance de la procédure



b) La CNUDCI devrait-elle charger le Groupe de travail d'élaborer une loi type sur les procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises (la "Loi type sur les groupes d'entreprises")³?

2. La Section de l'insolvabilité, de la restructuration et des droits des créanciers de l'Association internationale du barreau souhaiterait formuler les brefs commentaires ci-après à l'appui d'une réponse affirmative conditionnelle aux questions qui précèdent.

A. Convention sur les procédures d'insolvabilité internationale

Le Groupe de travail devrait recommander des dispositions en vue d'une convention sur les procédures d'insolvabilité internationale, qui régirait les questions traitées dans les recommandations du chapitre II (Questions internationales) du projet de troisième partie du Guide législatif. Une convention s'appliquant sur la base de la réciprocité constituerait un cadre international fiable permettant d'administrer de manière coordonnée et cohérente les procédures d'insolvabilité internationale, en particulier celles qui visent des groupes d'entreprises.

3. L'absence de règles internationales obligatoires, fiables et cohérentes prévoyant la coordination, la coopération et la communication entre les tribunaux et entre les personnes administrant des procédures d'insolvabilité internationale visant des groupes d'entreprises multinationaux a conduit à des conflits de compétence et à des litiges coûteux et a amené les tribunaux nationaux et les administrateurs de l'insolvabilité à se disputer les actifs et le contrôle. Les tribunaux de certains États ont comblé les lacunes procédurales en approuvant des protocoles internationaux ad hoc⁴.

4. Les tribunaux d'autres États n'ont pas souhaité le faire. Une convention sur les aspects internationaux (procéduraux) des procédures d'insolvabilité internationale permettrait de régler ces questions. Cette convention aurait pour objectif principal d'établir un cadre plus cohérent et plus fiable qu'une loi type pour la coordination, la coopération et la communication entre les tribunaux et les administrateurs et professionnels de l'insolvabilité, ainsi que de faciliter l'administration conjointe dans les procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux, qui ont souvent des répercussions importantes sur l'économie mondiale.

d'insolvabilité étrangère; la coopération et la communication entre représentants de l'insolvabilité et tribunaux; et d'autres questions possibles comme la "compétence directe" ("convention double") et la loi applicable. [Voir aussi document A/CN.9/WG.V/WP.93, par. 1, 4 et 5.]

³ [Voir la proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique concernant l'élaboration d'une loi type ou de dispositions types sur certaines questions relatives au droit de l'insolvabilité internationale présentée dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1 et les informations accompagnant ladite proposition dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2.]

⁴ La CNUDCI a adopté, en juillet 2009, le Guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale, élaboré par le Groupe de travail V, qui décrit dans le détail l'utilisation à ce jour des protocoles dans les procédures d'insolvabilité internationale.

1. Avantages d'une convention sur une loi type

5. Le fait que peu d'États à ce jour aient adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale laisse craindre un destin similaire pour les recommandations du Groupe de travail sur le traitement international de l'insolvabilité des groupes d'entreprises et justifie que l'on réexamine si ces recommandations devraient être incorporées dans une convention ou dans une loi type⁵. On estime généralement que les lois types ont plus de chances d'être adoptées que les conventions, car le législateur national peut apporter des modifications aux premières lors de leur incorporation dans le droit interne mais non aux secondes⁶. Il est possible cependant qu'une convention parvienne au moins tout aussi bien qu'une loi type à régler les aspects internationaux des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux.

6. Le Groupe de travail a examiné les divergences importantes entre règles de fond et de procédure de différents États en matière d'insolvabilité, divergences qui empêchent toute coopération et communication internationales, même limitées, dans les affaires concernant des groupes d'entreprises⁷. Bien que les tribunaux et les praticiens de nombreux pays connaissent le Guide législatif et la loi type de la CNUDCI, leurs dispositions n'ont pas été adoptées aussi souvent que souhaité. Cela s'explique notamment par le fait que les États hésitent à modifier leurs règles de droit, à renoncer à leurs compétences ou à accorder des privilèges de crainte que les autres États n'en fassent pas autant en retour – et les lois types ne comportent aucun engagement de réciprocité (et leur application n'est pas soumise non plus à une telle réciprocité).

7. Une convention qui ait force obligatoire et produise effet uniquement entre les États contractants permettrait de régler ce problème. Il se peut, par exemple, que les États ne souhaitent pas adopter un principe général du droit de l'insolvabilité qui consiste à reconnaître les procédures d'insolvabilité étrangères "sur un pied d'égalité" avec les procédures nationales de crainte que les autres États n'en fassent pas autant. Ils seraient probablement plus enclins à accorder cette reconnaissance dans le contexte d'une convention qui garantit la réciprocité entre les tribunaux des États contractants.

⁵ Avant d'entreprendre l'élaboration d'une nouvelle loi type ou convention, le Groupe de travail devrait examiner en détail pourquoi si peu d'États ont incorporé la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale dans leur droit interne. Cet examen lui permettrait d'obtenir des informations utiles pour déterminer s'il serait bon de proposer une loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (ou une convention sur les aspects internationaux des procédures d'insolvabilité internationale) et, si tel est le cas, comment accroître les chances que ces instruments soient largement acceptés et adoptés/ratifiés.

⁶ Les États peuvent néanmoins formuler des réserves à certaines dispositions des conventions. Cette pratique, autrefois désapprouvée, a rencontré une plus large acceptation au cours des dernières décennies.

⁷ Ces divergences contribuent au fait que de nombreux États sont peu disposés à adopter la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

8. Une convention sur les procédures d'insolvabilité internationale devrait par conséquent s'imposer et avoir effet sur la base de la réciprocité⁸ et devrait se limiter au contexte international (à savoir, dans le cadre des groupes d'entreprises, aux questions traitées au chapitre II (Questions internationales) de la troisième partie du Guide législatif)⁹. S'il est impossible d'établir une convention sur les recommandations du chapitre premier de la troisième partie du Guide législatif, qui traite des questions nationales¹⁰, une convention limitée aux questions traitées dans le chapitre II est réaliste et éviterait bien des difficultés rencontrées à ce jour dans l'application de conventions régionales sur l'insolvabilité plus ambitieuses et très étendues.

9. Les lois types sont incorporées dans le droit interne des États – en l'occurrence le droit de l'insolvabilité – dont elles font partie intégrante. Certaines dispositions de la Loi type ne peuvent pas être incorporées car elles diffèrent beaucoup trop des règles fondamentales d'un système juridique pour pouvoir être intégrées aux règles de droit matériel de l'État¹¹. De leur côté, les conventions internationales, qui lient entièrement les États conformément à leur droit interne et qui font techniquement partie intégrante de ce droit, prévoient souvent des exceptions limitées aux règles de droit (et aux traditions judiciaires) nationales normalement applicables car les États

⁸ Ces clauses de réciprocité figurent dans plusieurs conventions ratifiées par un grand nombre d'États. Voir la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958), art. 1, par. 3 ("Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou ..., tout État pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.")

⁹ Le chapitre II (Questions internationales) de la troisième partie du Guide législatif se limite aux aspects davantage procéduraux que substantiels des affaires concernant des groupes d'entreprises multinationaux, en ce sens qu'il ne prévoit pas de dispositions sur les droits ou voies de droit pour le traitement des dettes, créances ou intérêts dans la relation entre débiteur et créanciers. Les dispositions qu'il contient et qui auraient leur place dans une convention internationale, ont trait aux questions suivantes: l'accès aux tribunaux et la reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère, la coopération et la communication entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité, la communication directe entre tribunaux, tribunaux étrangers et représentants de l'insolvabilité, la coordination des audiences, la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité par les tribunaux de différents États, et le pouvoir de conclure des accords d'insolvabilité internationale – ainsi que leur homologation et application.

¹⁰ Du fait que les recommandations du chapitre premier de l'annexe au Guide législatif concerne les droits et voies de droit essentiels au règlement de la relation entre débiteur et créanciers, elles soulèvent des questions de politique nationale qui pourraient, dans de nombreux cas, impliquer de modifier sensiblement les règles du droit de l'insolvabilité d'un État. De nombreuses délégations participant au Groupe de travail ont argué qu'il n'existe pas de consensus suffisant pour assurer le succès d'une convention sur ces dispositions de droit matériel interne.

¹¹ Les dispositions de la Loi type qui modifient les règles de compétence ou les normes généralement acceptées de conduite judiciaire posent souvent problème. Les dispositions qui pourraient être difficiles à incorporer en tant que droit national unilatéral concernent par exemple la communication entre tribunaux au niveau international, la reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère sur un pied d'égalité avec la procédure nationale, la désignation du même représentant de l'insolvabilité pour les procédures se déroulant dans différents États.

s'engagent dans ce cas à répondre à un besoin particulier de coopération internationale. Une dérogation aux principes normalement applicables du droit national est souvent plus acceptable dans le contexte d'une convention internationale qui appelle tous les États parties à trouver un compromis lorsque celui-ci est nécessaire pour réaliser des objectifs communs.

10. En résumé, une convention liant les États sur la base de la réciprocité inciterait ces derniers: a) à combler les différences concernant l'accès aux tribunaux étrangers, la reconnaissance des procédures étrangères, ainsi que la communication, la coordination et la coopération entre les tribunaux et les administrateurs et praticiens de l'insolvabilité dans les procédures d'insolvabilité internationale, notamment celles qui visent des groupes d'entreprises; b) à surmonter leur méfiance, notamment à l'égard des tribunaux étrangers, dont ils soupçonnent qu'ils appliqueront injustement un traitement discriminatoire aux nationaux d'autres États; et c) à trouver un compromis sur les règles de compétence et d'autres règles en sachant que, de cette manière, les procédures devant les tribunaux des autres États parties à la convention en bénéficieraient. Les principes énoncés dans la convention seraient ainsi plus largement acceptés.

Le Groupe de travail devrait envisager de collaborer avec la Conférence de La Haye de droit international privé afin d'examiner et de proposer conjointement une convention sur les procédures d'insolvabilité internationale¹².

11. Une collaboration entre la CNUDCI (par l'intermédiaire de son Groupe de travail V) et la Conférence de La Haye de droit international privé permettrait de combiner les compétences étendues de la CNUDCI dans le domaine du droit commercial international (et le bénéfice de dizaines d'années de dialogue international et d'études sur le droit de l'insolvabilité internationale) et les compétences de la Conférence en matière d'élaboration de conventions de droit international privé¹³. Cette collaboration pourrait prendre la forme d'une équipe commune de rédaction composée des secrétariats et des experts des deux organisations. Il serait essentiel que le Secrétariat de la CNUDCI se prononce sur la faisabilité d'une telle entreprise commune, compte tenu de son expérience passée de collaboration avec la Conférence dans le cadre du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.

B. Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises

12. Outre l'élaboration d'une convention sur les procédures d'insolvabilité internationale, le Groupe de travail devrait entreprendre la rédaction d'une loi type

¹² La CNUDCI a déjà demandé l'aide de la Conférence de La Haye lors de l'élaboration du commentaire et des dispositions législatives de son Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.

¹³ Le Groupe de travail ne devrait pas sous-estimer la nécessité de la contribution de la CNUDCI à l'élaboration d'une telle convention. Il dispose d'une connaissance remarquable des questions d'insolvabilité internationale qui serait utile à l'élaboration de la convention et à la recherche du consensus nécessaire à une ratification étendue.

sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises multinationaux¹⁴. Si la CNUDCI propose une convention sur les aspects internationaux des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises, une loi type n'en demeurerait pas moins nécessaire pour traiter les questions se posant dans le contexte national (en d'autres termes, les questions nationales traitées au chapitre premier de la troisième partie du Guide législatif)¹⁵. Si la CNUDCI ne propose pas de convention, une loi type devrait également contenir des dispositions sur les questions qui se posent dans le contexte international (autrement dit les questions internationales traitées au chapitre II de la troisième partie du Guide législatif).

13. Les commissions gouvernementales et les praticiens de l'insolvabilité ont noté la nécessité d'une plus grande uniformité dans les règles juridiques qui régissent l'insolvabilité des groupes d'entreprises. Les disparités entre les droits nationaux qui régissent ces procédures empêchent la réalisation des objectifs communs, économiques et de politique générale, des lois sur l'insolvabilité. Les principales dispositions de la troisième partie du Guide législatif sont suffisamment développées pour laisser supposer qu'un consensus est possible autour des dispositions d'une loi type traitant des groupes d'entreprises. L'approbation d'une telle loi type par la CNUDCI permettrait de promouvoir, dans le contexte des groupes d'entreprises, les principes largement partagés de redressement et de répartition équitable qui sous-tendent les lois sur l'insolvabilité. L'adoption de règles uniformes régissant l'insolvabilité des groupes d'entreprises au niveau national sera bénéfique pour les procédures internationales et augmentera la prévisibilité dans les opérations financières et commerciales internationales et dans le gouvernement d'entreprise international.

14. Contrairement à une convention, une loi type n'a pas à être ratifiée par un nombre minimum d'États pour entrer en vigueur et peut être modifiée par le législateur national pour tenir compte des réalités des politiques de groupes d'intérêts locaux. Une certaine souplesse politique est nécessaire pour encourager une large adoption des recommandations du chapitre premier (Questions nationales) de la troisième partie du Guide législatif sur les groupes d'entreprises.

15. Ainsi qu'il est noté plus haut, la question de la réciprocité ne permet pas de savoir avec certitude si de nombreux États adopteraient unilatéralement les dispositions d'une loi type traitant des questions internationales. Néanmoins, le chapitre II de la troisième partie du Guide législatif aidera le législateur national à "combler les lacunes" en attendant qu'une convention entre en vigueur. Même si elles ne sont pas largement adoptées, ces dispositions constitueraient, avec le Guide pratique de la CNUDCI, une référence utile pour les protocoles ad hoc.

¹⁴ S'il est très utile que le Groupe de travail établisse une liste des facteurs permettant de déterminer le centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises, celle-ci aurait peut-être davantage sa place en annexe au Guide législatif que dans une Loi type.

¹⁵ Le chapitre II de l'annexe au Guide législatif fournirait aux États qui ne ratifieraient pas la convention des indications utiles en matière législative pour harmoniser les aspects internationaux des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux.