



Assemblée générale

Distr. générale
6 mars 2009
Français
Original: espagnol

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-sixième session
New York, 18-22 mai 2009**

Projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale

Compilation des commentaires reçus des gouvernements

Table des matières

	<i>Page</i>
II. Compilation des commentaires	2
A. El Salvador	2
B. Espagne	4
C. Mexique	7



II. Compilation des commentaires

A. El Salvador

La République d'El Salvador présente ci-après en détail les observations et propositions reçues de la Surintendance du système financier (Superintendencia del Sistema Financiero) à propos du projet d'aide-mémoire:

“Suite à son analyse, la Surintendance a formulé les observations suivantes:

1. Il convient de souligner que, si les concepts et procédures décrits dans le texte présentent un grand intérêt pour les opérations commerciales internationales, en ce qui concerne l'application juridique, le lien qui existe entre la Surintendance en qualité d'organe de contrôle et les entités soumises à ce contrôle est minime. En effet, les lois qui régissent les activités de ces entités prévoient des mécanismes de contrôle et, dans certains cas, de sortie ordonnée du marché qui reposent sur des procédures très spécialisées visant à réduire au minimum l'impact sur le public.

2. Il importe par ailleurs de mentionner que le pays s'attache actuellement à élaborer un avant-projet de loi sur le redressement des entreprises (*Anteproyecto de la Ley de Recuperación Empresarial*), qui vise trois objectifs clairs:

- liquider les entreprises non viables en réintégrant dans l'économie productive les biens inutilisés;
- redresser les entreprises en difficulté et sauver ainsi de nombreux emplois;
- promouvoir l'offre de crédit.

Ce travail se poursuit activement, car sont compilées à l'heure actuelle des données d'expérience qui pourraient servir à l'élaboration de cette loi, aux fins d'une réglementation efficace de la question. Il convient donc que nombre des principes directeurs et concepts fondamentaux compilés servent autant que possible de référence à la rédaction de la loi interne envisagée.

3. Il est noté que l'aide-mémoire vise à fournir aux praticiens et aux juges des conseils sur certains aspects de la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale (p. 6).

4. La Surintendance propose que les scénarios présentés dans les divers types d'insolvabilité soient clairement précisés.

5. La Surintendance souhaite également attirer l'attention sur la section 2 du glossaire, intitulée “Termes et définitions” (p. 8, al. h) de la version française et al. d) de la version espagnole). En effet, il convient selon elle d'avoir à l'esprit que le projet d'aide-mémoire emploie le terme “*crédito*” (créance) dans une acception – à savoir au sens de droit à paiement du créancier – qui diffère de celle qu'il a dans le domaine financier, où il désigne l'opération active de financement. Il est donc nécessaire de faire ressortir plus clairement cette différence sémantique.

6. En ce qui concerne les procédures d'insolvabilité, que ledit aide-mémoire vise à appuyer, il est bon de souligner que le droit commercial positif en vigueur dans le pays prévoit seulement le jugement universel de faillite (Juicio Universal de Quiebra) et la suspension des paiements (Suspensión de Pagos), procédures qui pour diverses raisons ne sont plus utilisées.
7. La Surintendance juge fondée l'affirmation, faite au début du chapitre A ("Cadre législatif de l'insolvabilité internationale") de la partie I ("Contexte général") (p. 11), selon laquelle l'augmentation du nombre d'affaires d'insolvabilité internationale n'a pas eu de répercussions sur le nombre de régimes juridiques adoptés pour traiter ces affaires.
8. Il faut que la relation juridique entre les accords internationaux, la Loi type et la législation interne soit absolument claire.
9. En ce qui concerne l'élaboration des accords internationaux, et plus particulièrement la langue qui sera utilisée pour leur rédaction, il convient de noter que les exemples de clauses figurant dans l'aide-mémoire prévoient qu'un accord pourra être conclu en anglais et en français, autrement dit dans la langue des pays participants, mais que les communications ne se feront que dans l'une des deux langues. De l'avis de la Surintendance, une telle disposition est contraire au principe d'égalité et risque de porter préjudice à l'une des parties, à savoir celle qui n'a pas la possibilité de communiquer dans sa propre langue (p. 41).
10. Il est utile aussi de souligner que le projet d'aide-mémoire mentionne, dans certains passages, diverses présomptions (en employant les mots "est réputé") (p. 52), ce qui ne convient pas ici. En effet, ces présomptions peuvent avoir des conséquences juridiques préjudiciables aux droits et garanties procédurales dont la législation primaire des parties garantit le respect. En conséquence, il conviendrait de modifier la rédaction de ces passages pour les rendre plus explicites, autrement dit pour établir avec clarté et certitude les effets de tel ou tel acte au lieu de les présumer.
11. On constate dans l'aide-mémoire une contradiction entre, d'une part, les modalités de communication prévues pour les parties en rapport avec l'insolvabilité, qui ne font pas l'objet de conditions ou de restrictions majeures (p. 77), et, d'autre part, la confidentialité reconnue expressément et attachée intrinsèquement aux informations qui se rapportent au débiteur, notamment les secrets d'affaires, les informations sur la recherche-développement ou les informations sur les clients (p. 81). Il conviendrait peut-être de revoir le texte proposé en ce qui concerne le droit de comparaître et d'être entendu (p. 53). Il conviendrait également de définir très précisément ce que signifient les termes "les autres parties intéressées" ("todo otro interesado" dans la version espagnole) et quelle autorité ou instance est chargée de déterminer qui a qualité pour comparaître et être entendu, afin de parvenir à l'harmonisation souhaitée."

B. Espagne

Projet de propositions et d'observations du Gouvernement espagnol sur le document A/CN.9/WG.V/WP.83 (WP.83) de la CNUDCI

1. Introduction

12. Le document A/CN.9/WG.V/WP.83 (WP.83) revêt une grande importance en ce qu'il expose la situation actuelle des accords internationaux en matière d'insolvabilité ayant des effets supranationaux.

13. Nul doute que ce document fera l'objet d'études et constituera, comme beaucoup d'autres documents de la CNUDCI, une référence déterminante, car il renferme plusieurs éléments intéressants: non seulement il donne un aperçu des accords internationaux utilisés dans la pratique, mais s'attache aussi à en étudier et comparer le contenu de manière structurée ainsi qu'à examiner le moment opportun pour leur conclusion, le tout étant illustré par des "exemples de clauses" et, complété, en annexe, par un résumé des 32 affaires qui ont servi à son élaboration.

14. Le Gouvernement espagnol souhaiterait ici seulement présenter une série de suggestions et d'observations sur la forme (les commentaires linguistiques propres à la version espagnole étant présentés séparément) et sur le fond. Il convient cependant, avant toute chose, de féliciter à nouveau le Secrétariat pour le travail réalisé.

2. Suggestions et observations

a) Suggestions et observations sur la forme

15. La note du Secrétariat qui présente le document WP.83 mentionne le lien entre ce dernier et l'article 27 c) de la Loi type (par. 1). Peut-être faudrait-il renvoyer plutôt à l'article 27 d). En effet, s'il est vrai que la coordination de l'administration des biens du débiteur à laquelle contribuent les protocoles permet d'améliorer dans une large mesure le rendement économique des procédures d'insolvabilité [ce qui évidemment nous amène à l'article 27 c)], ces accords internationaux présentent indéniablement un caractère judiciaire [si bien qu'il convient de se référer à l'article 27 d), comme le fait à juste titre la note verbale du Secrétaire général dans laquelle ce dernier sollicite des observations].

16. Le paragraphe 14 énumère les États qui ont adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. L'Espagne ne figure pas sur cette liste, ni sur la page Web de la CNUDCI à laquelle renvoie la note de bas de page 6. Or, la loi 22/2003 du 9 juillet sur les procédures collectives (Concursal) déclare dans son exposé des motifs que "la nouvelle réglementation s'inspire également de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur l'insolvabilité internationale, que l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandée dans sa résolution 52/158, du 15 décembre 1997". Dans le corps même de la loi, on notera aussi, sans entrer toutefois dans le détail de toutes les règles relatives aux aspects supranationaux, que l'article 227 énonce des obligations de coopération semblables aux dispositions des articles 25, 26 et 27 de la Loi type; que l'article 226 concernant les mesures provisoires présente une similitude avec les articles 15-3 et 20 de la Loi type (entre autres); et que les articles 229 et 230, sur la règle de paiement, présentent un certain parallélisme avec

l'article 32 de la Loi type. Il conviendrait en définitive de mentionner l'Espagne dans la liste des pays ayant incorporé la Loi type de la CNUDCI dans leur droit interne.

17. La numérotation des paragraphes redémarre à chaque partie désignée par un chiffre romain. Il est proposé d'utiliser une numérotation continue afin que le document soit perçu comme formant un tout, mais aussi pour montrer que chaque partie présente un intérêt et une utilité pour les autres parties.

18. Les exemples d'affaires auxquels il est fait référence aux points d) et j) du paragraphe 8 de la partie III.A auraient probablement davantage leur place dans une note de bas de page (dans laquelle on soulignerait leur caractère particulier ou rare). S'ils restent mentionnés dans le corps même du texte, il faudrait alors également citer des affaires pour illustrer les autres points.

19. Le point i) du paragraphe 8 de la partie III.A n'a probablement pas sa place ici. L'affirmation qu'il contient est certes vraie, mais semble sans rapport avec l'énumération des effets directs des accords internationaux. En d'autres termes, ce que mentionne ce point n'est pas la finalité d'un ou de plusieurs accords, mais une conséquence découlant de leur étude. En effet, si les accords internationaux peuvent servir de référence pour élaborer un cadre de principes généraux dans ce domaine, ce cadre ne résulte pas d'un accord, ni de plusieurs, mais d'une mûre réflexion à leur sujet. Ce serait peut-être là un motif pour regrouper, dans une section séparée, les exemples de clauses que contient le document.

20. Il faudra peut-être simplifier le titre de l'annexe car les affaires s'y trouvant résumées sont mentionnées non seulement dans la partie III.B mais aussi dans d'autres parties du WP.83.

b) Suggestions et observations linguistiques

21. Dans la version espagnole, la suppression de l'article défini "la" qui est employé, dans le titre du WP.83, devant les mots "*cooperación, comunicación y coordinación*" conférerait peut-être au texte un caractère plus général. Le document serait alors intitulé "*Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación transfronterizas en procedimientos de insolvencia*". S'agissant du titre toujours, il conviendrait probablement de modifier celui-ci pour qualifier d'internationales ("*transfronteriza*"), non pas la coopération, la communication et la coordination, mais les procédures d'insolvabilité, si bien que le titre serait: "*Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza*". Cette modification permettra d'aligner le titre sur le contenu du paragraphe 1 libellé comme suit: "*Las presentes Notas tienen por objeto dar orientación a los profesionales de la insolvencia y a los jueces sobre los aspectos prácticos de la cooperación y la comunicación en casos de **insolvencia transfronteriza***" (majuscules ajoutées).

22. Au paragraphe 15 de la partie III.A, la phrase qui suit l'appel de note 18 présente une incohérence. Elle est libellée comme suit: "*El acuerdo determinará, tanto en lo sustantivo como el procesal*". Or, en espagnol, elle devrait être rédigée comme suit: "*El acuerdo determinará, tanto en lo sustantivo como en lo procesal*". Toutefois, ce passage pourrait être formulé différemment.

23. Il est peut-être préférable d'employer, dans la version espagnole, l'expression "directrices Court-to-Court Guidelines", comme le fait notamment le paragraphe 51 de la partie III.B, et non l'expression "Directrices europeas" (comme dans le glossaire de l'Introduction, notamment). En tout état de cause, il faudrait utiliser une référence unique.

24. La remarque vaut pour les références au Concordat. Le paragraphe 76 de la partie III.B emploie les mots "*los principios del Cross-Border Insolvency Concordat (en adelante el Concordat)*", alors que d'autres expressions sont employées plus haut dans l'aide-mémoire (supposément) pour désigner le même document: voir par exemple note de bas de page 41 (p. 44 de l'espagnol), note de bas de page 35 (p. 42 de l'espagnol), paragraphe 51 (part. III.B), et note de bas de page 21 (p. 31 de l'espagnol).

25. La première phrase du paragraphe 77 n'est pas très compréhensible et il est demandé que la traduction soit revue. Il est possible que, si le terme anglais "*local*" était traduit par "*nacional*" en espagnol, le texte s'en trouverait amélioré. Mais ce dernier nécessite peut-être d'autres modifications.

26. Il semble y avoir une erreur dans l'emploi des temps qui est fait en espagnol dans l'exemple de clause 10. La première phrase devrait être au futur, comme la deuxième, et non au conditionnel.

27. Dans le paragraphe 120, dernière phrase, il semble que le sujet, qui pourrait être le mot "*trato*" (traitement), fasse défaut dans la proposition subordonnée. Le texte devrait se lire non pas "*o pactarse que el otorgable a ciertos créditos será negociado ulteriormente en un protocolo que determine los plazos*", mais "*o pactarse que el trato otorgable a ciertos créditos será negociado ulteriormente en un protocolo que determine los plazos*".

c) Suggestions et observations sur le fond

28. Il faut insister sur le caractère pragmatique de l'ensemble du document: celui-ci est le fruit d'une multiplicité d'affaires (dont la première est l'affaire Maxwell en 1992) et de plusieurs accords généraux (concordats, protocoles, etc.) et accords ad hoc, certains revêtant un caractère universel et d'autres traitant de thèmes très précis. Cette idée n'est pas mentionnée au début du WP.83. Elle apparaît en revanche au paragraphe 5 de la note du Secrétariat qui précède le WP.83. Il importerait de développer quelque peu ce paragraphe 5 (afin de souligner le mode d'élaboration de l'aide-mémoire) et de l'insérer (éventuellement avec les paragraphes précédents qui traitent de l'historique et de la raison d'être du WP.83) au début du WP.83. Il serait peut-être utile à cette fin de déplacer le paragraphe 3 de la partie III.A pour l'insérer aussi à cet endroit.

29. Le début du paragraphe 122 semble contenir une affirmation très importante, dont la portée est considérablement réduite par l'exemple qui y est fourni. Ce passage pourrait être compris, par exemple, comme signifiant qu'une créance subordonnée peut avoir priorité et être placée dans une catégorie supérieure. Or, l'exemple montre clairement que l'accord vise à modifier, au sein de la catégorie des créances subordonnées mais sans sortir de cette catégorie, le rang de l'une d'entre elles. Cela semble possible (ce passage du WP.83 indique que cette possibilité se fonde sur le droit d'un autre pays où se déroule une procédure d'insolvabilité connexe), mais pas plus. Il convient donc de modifier le passage en

question. Peut-être suffirait-il de remplacer la conjonction “o” et la préposition “de” par la préposition “en” et l’article “la”. Le texte serait ainsi libellé: “*Los acuerdos pueden también dilucidar ciertas cuestiones de la prelación en la subordinación*” (Les accords peuvent également régler certaines questions concernant la priorité dans le cadre du déclassement) [dans la version anglaise, il s’agirait de remplacer la conjonction “and” par la préposition “in”, qui serait probablement suivie de l’article défini, de sorte que le texte serait libellé comme suit: “Agreements may also address issues of priority in the subordination.”]. Il ne convient certainement pas de mentionner les accords qui affectent la priorité dans d’autres catégories de créances, si aucun exemple n’est fourni à leur sujet.

30. Le point a) du paragraphe 178 va peut-être un peu loin, car tout indique que le consentement de tout nouveau tribunal est nécessaire, à plus forte raison lorsque celui-ci est situé dans un pays autre que celui des parties à l’accord existant.

C. Mexique

31. Au Mexique, la conclusion d’accords internationaux aux fins de la coopération et de la coordination dans les affaires d’insolvabilité internationale s’appuie principalement sur deux éléments.

32. D’une part, le texte du titre XII de la loi sur les procédures collectives commerciales (Ley de Concursos Mercantiles), qui incorpore la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale, contient des dispositions fondamentales, qui sont les articles 304 et 305 libellés comme suit:

Chapitre IV

De la coopération avec les tribunaux et représentants étrangers

Article 304 – Collaboration avec les tribunaux étrangers. En ce qui concerne les questions visées à l’article 278 de la présente loi, le juge, l’inspecteur (visitador), le conciliateur ou le syndic coopère, dans l’exercice de ses fonctions et dans la mesure du possible, avec les tribunaux et représentants étrangers. Il est habilité, dans l’exercice de ses fonctions, à communiquer directement avec les tribunaux ou représentants étrangers, sans qu’aucune commission rogatoire ou autre formalité ne soit nécessaire.

Article 305 – Moyens de collaboration internationale. La coopération visée à l’article 304 peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

- i) La nomination d’une personne ou d’un organe chargé d’agir suivant les instructions du juge, de l’inspecteur, du conciliateur ou du syndic;
- ii) La communication d’informations par tout moyen jugé approprié par le juge, l’inspecteur, le conciliateur ou le syndic;
- iii) La coordination de l’administration et de la surveillance des biens et des affaires du commerçant;
- iv) L’approbation ou l’application par les tribunaux des accords concernant la coordination des procédures, et

v) La coordination des procédures concurrentes concernant le même commerçant.

33. D'autre part, l'article 1051 du Code de commerce pose le principe général du droit procédural commercial mexicain selon lequel la procédure privilégiée sera celle choisie d'un commun accord par les parties:

Article 1051 – La procédure commerciale privilégiée est celle dont les parties conviennent librement, dans les limites prévues par le présent livre, cette procédure pouvant être une procédure conventionnelle devant les tribunaux ou une procédure arbitrale.

Le caractère illégal de la convention ou, lorsque celle-ci est conforme à la loi, son non-respect peuvent être invoqués, à titre accessoire et sans que la procédure soit suspendue, à tout moment avant le prononcé de la décision judiciaire ou de la sentence arbitrale.

La procédure conventionnelle devant les tribunaux est régie par les dispositions des articles (*sic*) 1059 et 1053, et la procédure arbitrale par les dispositions du titre IV du présent livre.

34. En outre, les créanciers qui engagent une action et sont parties à un jugement de procédure collective doivent s'entendre et accepter les dispositions des accords internationaux, ce qui est jugé difficile dans une procédure où participent un grand nombre de créanciers.