

**Assemblée générale**

Distr. limitée
6 mars 2009
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-sixième session
New York, 18-22 mai 2009

**Projet d'aide-mémoire 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>
I. Introduction.....	2
II. Compilation des commentaires reçus des gouvernements.....	2
A. Australie	2
B. Canada	5
C. République tchèque.....	5
D. République fédérale d'Allemagne.....	5
E. Indonésie	6
F. Lettonie	7
G. Norvège	8
H. Singapour.....	9
I. Suisse.....	9



I. Introduction

1. En préparation de la trente-sixième session du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), le texte du projet d'aide-mémoire sur la coopération, la communication et la coordination a été distribué, à la demande du Groupe de travail, à tous les gouvernements pour commentaire (voir A/CN.9/666, par. 22). Les commentaires reçus au 27 février 2009 qui avaient spécifiquement trait au contenu du projet d'aide-mémoire sont reproduits en substance ci-dessous.

II. Compilation des commentaires reçus des gouvernements

A. Australie

Commentaires généraux sur le projet d'aide-mémoire

2. Globalement, l'Australie estime que le projet d'aide-mémoire donne de précieuses orientations aux praticiens et aux juges. Le document est particulièrement utile en ce qu'il aborde des points que les praticiens devraient prendre en considération lorsqu'ils traitent des questions pour lesquelles des administrations concurrentes sont reconnues conformément à la Loi type. D'une manière générale, il fournit d'excellents résumés des points principaux et aide les juges et les praticiens à suivre l'évolution du droit dans les pays étrangers.

3. L'Australie note que l'introduction de la Loi type et du projet d'aide-mémoire marque un abandon de l'idée d'une administration confinée à un territoire. Une procédure d'insolvabilité étrangère sera reconnue dans un pays donné si elle répond à une définition large de la procédure d'insolvabilité, si les pièces nécessaires qui la concernent sont déposées et si la demande est formée devant le tribunal local compétent. Une procédure étrangère qui satisfait à ces conditions sera reconnue dans le pays en question, ce qui donnera au tribunal local compétence pour accorder des mesures. La Loi type et le projet d'aide-mémoire encouragent et facilitent la coopération et la coordination entre pays.

4. L'Australie observe que d'une manière générale, le projet d'aide-mémoire semble partir du principe que le praticien de l'insolvabilité compétent est un représentant du tribunal ou, du moins, que le tribunal participe directement à l'administration de l'insolvabilité. Ce régime juridique, qui est celui de nombreux pays, ne correspond pas au régime de l'insolvabilité des sociétés ou des particuliers en vigueur en Australie. Nous sommes conscients que tout document de ce type (en particulier s'il contient des exemples de clauses qui ont pour objet de montrer comment les principes généraux peuvent s'appliquer) contiendra des explications qu'il sera parfois difficile de transposer dans un contexte factuel ou juridique particulier. Néanmoins, l'Australie suggère de mentionner explicitement dans le projet d'aide-mémoire que dans certains pays, les tribunaux ne jouent aucun rôle dans l'administration au jour le jour de l'insolvabilité. Elle propose aussi d'indiquer qu'il pourra être nécessaire d'adapter aux conditions locales certaines dispositions proposées pour les accords entre tribunaux ou entre représentants de l'insolvabilité.

5. L'Australie est d'avis que les approches à adopter pour les points soulevés par le projet d'aide-mémoire dépendent en grande partie des faits de chaque espèce, ce

que le document reconnaît explicitement. Les attitudes qu'il est suggéré d'adopter face à des exemples tirés de la pratique sont, pour les praticiens, une référence très utile.

6. En ce qui concerne les questions de coordination et de communication entre praticiens de l'insolvabilité, l'Australie n'a pas d'autre proposition de modification à faire concernant le projet d'aide-mémoire.

Commentaires détaillés sur le projet d'aide-mémoire

Première partie

7. La première partie du projet d'aide-mémoire traite de l'importance croissante de la coordination et de la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale.

8. La non-coordination des approches dans les affaires d'insolvabilité internationale fait notamment courir le risque d'une perte de valeur des actifs. Les différences entre pays peuvent aussi avoir une influence sur la gestion des actifs du débiteur. L'Australie estime que le projet d'aide-mémoire donne aux praticiens des orientations utiles pour aborder des affaires de ce type.

9. L'amélioration de la communication entre tribunaux, le traitement équitable des parties prenantes communes et la possibilité, pour des parties prenantes étrangères, de saisir les tribunaux australiens dans les mêmes conditions que des parties prenantes nationales sont perçus comme des objectifs souhaitables.

10. En outre, le Gouvernement australien est favorable:

- À l'amélioration de l'accès aux tribunaux;
- À la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères;
- À la simplification des procédures de reconnaissance;
- À une transparence accrue des procédures d'accès pour les créanciers étrangers;
- À la possibilité, pour les tribunaux et les représentants étrangers, de coopérer efficacement; et
- À l'établissement de règles pour ce qui est de coordonner les mesures prises dans deux ou plusieurs procédures d'insolvabilité.

Deuxième partie

Traitement des créances

11. Les intérêts des créanciers entrent en jeu à différents niveaux de l'insolvabilité: les questions de savoir quels créanciers peuvent voter dans la procédure, comment ils peuvent le faire et comment se fera toute répartition éventuelle entre eux dépendent de la soumission, de la vérification et de l'admission ordonnées des créances. Le rôle joué par les tribunaux peut varier d'un État à l'autre. Le Gouvernement australien en est conscient et se dit favorable à la conclusion d'accords pour régler ces difficultés.

Arrêt des poursuites

12. Les affaires d'insolvabilité internationale où de multiples procédures sont engagées soulèvent des questions difficiles lorsqu'un arrêt est prononcé par des tribunaux dans des procédures étrangères ou dans des procédures parallèles à l'appui de procédures étrangères. La Loi type prévoit un arrêt automatique dès la reconnaissance d'une procédure étrangère et la coordination des mesures entre les procédures principale et non principale. La coopération est surtout nécessaire dans les domaines où un conflit peut surgir. Le Gouvernement australien soutient cette approche.

Communication entre les tribunaux

13. La communication entre tribunaux est importante pour maximiser la fonction de supervision que ces derniers remplissent en matière d'insolvabilité. La coordination permet de réduire les retards et les dépenses et d'éviter les différences de traitement entre créanciers se trouvant dans une situation similaire. Le Gouvernement australien reconnaît cet état de fait et se dit favorable à la conclusion d'accords entre tribunaux pour régler ces questions. La communication entre représentants de l'insolvabilité peut en outre se révéler importante pour faciliter les procédures.

14. S'il était jugé souhaitable de rendre le projet d'aide-mémoire plus concis, on pourrait peut-être supprimer certaines suggestions rédactionnelles lorsqu'elles portent sur des bonnes pratiques et des principes généraux de rédaction et non sur des points spécifiques de la Loi type. Ainsi en est-il, par exemple, des conseils suivants:

- “Un exposé de l'affaire retraçant l'historique de l'insolvabilité pourrait clarifier et mieux faire comprendre l'accord. Souvent, à la présentation des parties succède un résumé des différentes procédures d'insolvabilité impliquant les parties qui ont déjà été ouvertes ou sont imminentes. Là aussi, ce résumé sera plus ou moins détaillé, certains accords précisant les dates et lieux de dépôt des demandes, les ordonnances qui ont été prononcées, etc.” et
- “Il est souvent énoncé des règles générales d'interprétation selon lesquelles, par exemple, le singulier englobe le pluriel et inversement; les titres insérés ne répondent qu'à un souci de commodité et n'ont pas de signification particulière; les références à une partie, quelle qu'elle soit, sont réputées désigner, s'il y a lieu, ses successeurs ou cessionnaires, selon le cas; et le masculin englobe les genres féminin et neutre.”

15. Le projet contient également, outre une explication générale des questions qui pourraient ou devraient figurer dans les accords d'insolvabilité internationale, de longs “exemples de clauses” correspondants (tel celui présenté aux pages 38 à 41). Il n'est pas certain que des exemples aussi longs aient leur place dans un guide général destiné à être adopté par la CNUDCI, et l'on pourrait se contenter d'exposer ces détails dans des textes juridiques et pratiques consacrés à l'insolvabilité internationale.

Conclusion

16. Améliorer l'accessibilité et la reconnaissance des procédures étrangères est nécessaire pour garantir l'égalité de traitement entre débiteurs et créanciers étrangers et nationaux. Alors que la loi australienne sur l'insolvabilité des particuliers et des sociétés impose aux tribunaux du pays de coopérer avec leurs homologues d'un certain nombre de pays prescrits, l'application de la Loi type à l'aide du projet d'aide-mémoire multipliera les possibilités d'étendre ce processus à d'autres pays.

17. L'Australie accueille avec satisfaction le projet d'aide-mémoire et estime, d'une manière générale, qu'il s'agit d'une ressource particulièrement utile pour les praticiens qui ont à résoudre des questions d'insolvabilité internationale.

B. Canada

18. La note A/CN.9/WG.V/WP.83 est un document sérieux et complet qui explique utilement comment différents pays règlent les questions de coopération, de communication et de coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale. Ce document devrait rester distinct de la Loi type sur l'insolvabilité internationale et du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, car il est, en tant que document de référence, plus utile dans le contexte de l'insolvabilité et il ne se limite pas à la question des groupes d'entreprises. On notera qu'il importe de conserver une approche souple des protocoles et de leur contenu, mais aussi de comprendre ce qui pourrait altérer leur neutralité.

C. République tchèque

19. Les réponses que nous avons reçues nous ont appris que la plupart des tribunaux et juges de notre pays ne possédaient pas d'expérience en la matière. La majorité d'entre eux ont évoqué l'absence de commerce en ligne et de registres d'insolvabilité dans certains États membres de l'Union européenne.

20. Malgré leur absence d'expérience concrète de la facilitation d'accords internationaux, ils étaient néanmoins favorables à l'idée de recourir à de tels accords pour permettre une coordination efficace de procédures multiples visant un débiteur et aider à préciser les attentes des parties.

21. Mis à part ce qui précède, ..., nous n'avons pas d'observation de fond à formuler sur le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI.

D. République fédérale d'Allemagne

22. ...[R]emerciant le Secrétariat d'avoir mis le projet d'aide-mémoire sur les procédures d'insolvabilité internationale à la disposition des États Membres, la République fédérale d'Allemagne n'a pas d'autre commentaire à formuler sur le texte.

E. Indonésie

I. Commentaires généraux

23. Le problème de l'insolvabilité internationale se pose lorsqu'une entreprise multinationale est déclarée insolvable dans un pays alors qu'elle possède, dans un autre pays, une ou plusieurs filiales créées conformément au droit local. Les législations nationales disposent généralement que les décisions d'insolvabilité qu'un tribunal prend dans le cadre de ses compétences seraient applicables à tous les actifs détenus par le débiteur, même s'ils sont situés dans d'autres pays. Un problème peut survenir si un pays applique le principe d'universalité à une décision d'insolvabilité prise par l'un de ses tribunaux, mais refuse d'appliquer sur son territoire des décisions similaires prises par des tribunaux étrangers. Il se posera également un problème si un pays limite l'applicabilité d'une décision d'insolvabilité prise par l'un de ses tribunaux aux actifs situés sur son territoire, empêchant ainsi au créancier de pouvoir obtenir l'ensemble des actifs du débiteur.

24. La loi indonésienne sur l'insolvabilité (loi n° 37 de 2004 sur l'insolvabilité et le report des obligations de remboursement de dettes) ne traite pas spécifiquement de l'insolvabilité internationale. Son article 212, cependant, prévoit qu'un créancier concurrent qui, après avoir été déclaré insolvable, utilise ses actifs situés à l'étranger pour payer ses dettes est tenu de rembourser le montant qu'il a prélevé sur la masse de l'insolvabilité. Cela signifie implicitement que les décisions d'insolvabilité prises en Indonésie s'appliquent à l'étranger, même s'il s'agit d'un contexte très limité.

25. Lorsqu'une décision d'insolvabilité prise par un tribunal étranger doit être exécutée dans un autre pays où les actifs du débiteur sont situés, la plupart des pays invoquent le principe de souveraineté pour interdire à leurs tribunaux d'exécuter cette décision. Il en va de même en Indonésie, dont le droit privé ne permet pas la reconnaissance et l'exécution des décisions prises par des tribunaux étrangers.

26. Pour surmonter cet obstacle, certains efforts d'harmonisation législative ont été entrepris en matière d'insolvabilité internationale pour que les décisions d'insolvabilité prises par des tribunaux étrangers puissent être reconnues et exécutées dans un autre pays. À cet égard, on peut citer la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ainsi que les traités multilatéraux et bilatéraux, qui visent à permettre la coopération dans l'application des décisions d'insolvabilité.

27. Le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI est un moyen de faciliter la coordination et la coopération dans l'application des décisions d'insolvabilité en fournissant aux praticiens des orientations concrètes, notamment en matière d'insolvabilité internationale.

II. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

28. La loi indonésienne sur l'insolvabilité n'a pas adopté les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale; de fait, elle ne contient pas de dispositions sur cette question. Les juridictions indonésiennes elles-mêmes manquent également d'expérience en la matière.

29. Pour que puisse s'établir un contact direct entre les tribunaux saisis d'affaires d'insolvabilité internationale, il faut disposer d'un cadre juridique national qui

permette aux tribunaux locaux de prêter assistance aux tribunaux étrangers. Généralement, dans le cadre de l'entraide judiciaire, un tribunal peut fournir une assistance par la voie diplomatique ou par l'intermédiaire d'une autorité centrale spécifiquement chargée de faciliter l'entraide.

III. Accords internationaux

30. Un accord international est un accord conclu entre les parties à une affaire d'insolvabilité internationale afin de coopérer ou de coordonner dans différents pays le processus d'insolvabilité qui vise un débiteur particulier. Étant donné que cet accord est conclu entre des individus qui participent à la gestion de la masse de l'insolvabilité et non entre États, on peut se demander s'il lie un État ou ses institutions qui participent au processus d'insolvabilité. Un tel accord est tout simplement un contrat, qui lie les parties sans imposer d'obligations aux institutions étatiques.

31. Les accords internationaux ne lieraient un État que s'il existait un accord-cadre international, qu'il soit bilatéral ou multilatéral, prévoyant spécifiquement la reconnaissance et l'application des décisions d'insolvabilité prises par des tribunaux étrangers. Un accord international ne suffit donc pas pour promouvoir le processus d'insolvabilité internationale; il faut également qu'il se fonde sur des traités internationaux.

F. Lettonie

32. Le Ministère de la justice a examiné le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.83 (ci-après désigné "le projet de document") et aimerait exprimer l'opinion suivante. Le projet de document a été élaboré sous la forme d'un guide législatif destiné à compléter la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) (ci-après désignée "la Loi type"). Il contient des exemples pratiques d'affaires d'insolvabilité et des extraits d'autres réglementations, comme le Règlement n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après désigné "le Règlement 1346/2000"). Il donne une description assez détaillée des formes que peut revêtir, en matière d'insolvabilité, la coopération entre administrateurs, tribunaux, etc.

33. L'un des objectifs du projet de document est de faciliter l'adoption de la Loi type dans les États Membres. Le texte de cette dernière a été conçu de manière qu'on puisse le transposer directement dans la réglementation nationale ou en adopter uniquement les principes généraux. Le Règlement 1346/2000 s'applique sur le territoire de l'Union européenne, donc également en Lettonie, mais il ne régit pas les relations avec les pays tiers.

34. Lors de la 35^e session du Groupe de travail V de la CNUDCI, la forme du projet de document a été largement débattue. Les États Membres ont unanimement insisté sur le fait que ce document ne devait pas remplacer la Loi type, que ce soit en totalité ou, dans certains cas, en partie; il remplit une fonction auxiliaire, qui est de décrire, sans indiquer de préférence, les types de coopération possibles.

35. Après l'avoir évalué, le Ministère de la justice est parvenu à la conclusion que le projet de document est relativement complet et donne de bons exemples pratiques. Il traite tous les créanciers de façon égale, prévoyant qu'un créancier qui a reçu des dividendes pour sa créance lors de la procédure d'insolvabilité peut prendre part à la répartition des actifs dans d'autres procédures, à moins que des créanciers de même rang ou catégorie dans ces autres procédures aient reçu des dividendes de même valeur. Le paragraphe 16 du projet de document fait référence aux articles 28 à 32 de la Loi type, l'article 32 portant sur les dépenses en cas de pluralité de procédures. Conformément à cet article, si un créancier a obtenu satisfaction partielle de sa créance dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État étranger, il ne pourra obtenir paiement pour sa créance dans la deuxième procédure que lorsque les autres créanciers de même rang auront reçu paiement pour les leurs. En la matière, le préambule du Règlement 1346/2000 dispose qu'aux fins de l'égalité de traitement des créanciers, il faut coordonner la répartition du produit de la réalisation. Chaque créancier devrait pouvoir effectivement conserver ce qu'il a obtenu dans une procédure d'insolvabilité et ne devrait pouvoir participer à la répartition de la masse effectuée dans une autre procédure que si les créanciers du même rang ont obtenu un dividende équivalent. Un créancier qui, après avoir engagé la procédure mentionnée au paragraphe 1 de l'article 3, reçoit, en vertu de tout instrument (y compris contraignant), satisfaction complète ou partielle de sa créance sur les actifs d'un débiteur situés dans un autre État Membre, doit remettre les dividendes reçus au liquidateur, conformément aux articles 5 et 7.

36. Le paragraphe 47 du projet de document prévoit que le contrat de coopération doit mentionner la langue de l'accord. Dans le même temps, il est fait remarquer que la pratique actuelle consiste à employer de préférence l'anglais pour rédiger les accords et mener les activités de coopération, ce qui n'interdit toutefois pas l'emploi d'une autre langue. Le problème de la langue peut se poser lorsqu'un débiteur est devenu insolvable dans un État alors que ses actifs sont situés dans plusieurs États ou lorsque ses créanciers sont dans un autre État que celui où la procédure d'insolvabilité a été ouverte. En ce cas, un État conclut avec les pays concernés un contrat (accord volontaire) qui pourra stipuler le lieu de la procédure principale, les différences juridictionnelles qui existent entre ces pays et d'autres points afin de garantir une procédure d'insolvabilité égale et juste pour tous les États participants.

37. Le paragraphe 181 du projet de document relatif aux frais de la procédure d'insolvabilité est conforme à la loi sur l'insolvabilité de la République de Lettonie, qui prévoit que ces frais sont à la charge du débiteur.

G. Norvège

38. Premièrement, nous tenons à exprimer au Secrétariat notre appréciation et notre gratitude pour le travail qu'il a accompli en ce qui concerne l'élaboration de rapports, de documents de travail et, en particulier, du projet d'aide-mémoire. Ce dernier a été porté à l'attention des praticiens de l'insolvabilité et le Ministère de la justice norvégien a reçu, à son sujet et sur les questions internationales en général, certains commentaires.

39. Deuxièmement, le droit norvégien ne contient pas, actuellement, de cadre juridique général qui régit l'insolvabilité internationale de façon satisfaisante.

L'important accroissement du commerce international et les limites atteintes par la loi norvégienne sur l'insolvabilité internationale dans certaines affaires font qu'il est nécessaire de développer le droit norvégien en la matière. La Norvège est partie à la Convention des pays nordiques relative à la faillite (1933). Il lui semble toutefois nécessaire de s'intéresser aux affaires internationales impliquant des États autres que les États nordiques et de développer sa législation en conséquence. Le Ministère de la justice travaille actuellement sur ces questions en tenant compte de la Loi type de la CNUDCI et du Règlement 1346/2000.

40. Compte tenu de ce qui vient d'être dit, il est difficile d'évaluer l'impact qu'ont actuellement les accords internationaux sur le droit de l'insolvabilité norvégien. Dans le même temps, nous estimons que le projet d'aide-mémoire peut être d'une grande utilité puisqu'il aborde les différentes situations dont il faudra probablement tenir compte pour élaborer une loi norvégienne sur l'insolvabilité internationale. Les discussions et les exemples des chapitres II et III pourront se révéler utiles lors des travaux préparatoires.

41. Nous rappelons que pendant les réunions tenues à Vienne du 17 au 21 novembre 2008, le statut de l'aide-mémoire a fait, lors de sa finalisation, l'objet de débats. À notre avis, ce document devrait avant tout offrir, en donnant des exemples et en exposant différentes approches, une vue d'ensemble des relations et de la coopération qui peuvent s'instaurer entre les parties à une procédure d'insolvabilité internationale.

H. Singapour

42. Nous avons examiné le projet d'aide-mémoire et n'avons aucun commentaire à faire à ce stade. Nous consulterons toutefois en temps voulu d'autres organismes publics et les autorités judiciaires pour étudier de façon plus approfondie les différentes questions soulevées.

I. Suisse

43. Nous proposons d'ajouter l'affaire "Swissair" à celles citées dans l'annexe. Il s'agit de l'une des plus importantes affaires d'insolvabilité qu'ait connue la Suisse ces dernières décennies et elle a eu d'importantes répercussions à l'échelle internationale¹. À notre connaissance, il s'agit de l'une des premières procédures à avoir appliqué, en Suisse, un accord international conclu entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité. Aussi suggérons-nous d'ajouter le libellé suivant à l'annexe du document A/CN.9/WG.V/WP.83:

Swissair Schweizerische Luftverkehr AG (2001)

"Note: Procédure d'insolvabilité engagée devant les tribunaux de district de Bülach (Swissair et autres membres de SAirGroup) et Zurich (SAirGroup).

Une procédure d'insolvabilité a été ouverte en Suisse à l'encontre de plusieurs sociétés du Groupe Swissair. Afin de protéger les actifs des différentes sociétés étrangères, des procédures accessoires ont été ouvertes dans plusieurs pays

¹ Voir le site du liquidateur: www.liquidator-swissair.ch.

(mesures conservatoires prononcées par un juge des États-Unis conformément à l'article 304 du titre 11 du Code des faillites; arrêt temporaire prononcé par un juge canadien conformément à l'article 18.6 de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies; procédures accessoires en France et en Israël; liquidation accessoire de la filiale anglaise de Swissair). Pour faciliter la coordination entre les dirigeants suisses et anglais, il a été convenu d'un protocole. Ce document traitait de la réalisation des actifs, du paiement des dettes, coûts et dépenses, des obligations d'information ainsi que de l'admission des créances et des décisions relatives à ces dernières. Il avait pour but d'éviter les chevauchements d'activités, tout en protégeant les droits des créanciers et en respectant les droits de priorité.”²

44. Nous suggérons en outre d'ajouter, dans le texte principal, les références suivantes à l'affaire Swissair:

- Dans la note 20: Dans l'affaire Swissair, il a fallu que le protocole soit confirmé par les tribunaux anglais, mais non par les tribunaux suisses;
- Dans la note 28: insérer Swissair;
- À la page 58, alinéa d), après “en répartissant les responsabilités entre les différentes parties intéressées”, insérer une note faisant référence à Swissair;
- Dans la note 161, faire référence à Swissair;
- Dans la note 180, faire référence à Swissair.

45. Nous saisissons cette occasion pour féliciter les rédacteurs du document A/CN.9/WG.V/WP.83 pour l'excellente qualité de leur travail. Nous sommes convaincus que ce document sera extrêmement utile aux législateurs et aux praticiens du monde entier.

² La délégation suisse remercie M^{me} Brigitte Umbach, avocate chez Wenger Plattner Attorneys (Zurich), pour sa précieuse contribution aux présents commentaires.