

**Assemblée générale**

Distr. limitée
28 février 2012
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Quarante et unième session
New York, 30 avril-4 mai 2012**

Droit de l'insolvabilité**Interprétation et application de certains concepts de la Loi
type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en
rapport avec le centre des intérêts principaux****Note du Secrétariat**

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction	2
GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'INSOLVABILITÉ INTERNATIONALE	4
I. Objet et origine de la Loi type	4
II. Objet du Guide et interprétation	6
III. La Loi type, instrument d'harmonisation des lois	6
IV. Principales caractéristiques de la Loi type	8
V. Observations par article	12



Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions de travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107) et une recommandation concernant les sujets possibles avait été présentée à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un document supplémentaire (A/CN.9/709) complétant la proposition faite par la Suisse dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 avait été présenté après cette session.

2. À l'issue de la discussion, la Commission a approuvé la recommandation du Groupe de travail V tendant à ce que des travaux soient entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité, qui étaient actuellement importants, dans la mesure où une plus grande harmonisation des approches nationales sur ces thèmes permettrait de gagner en sécurité et en prévisibilité.

3. La présente note porte sur le premier thème, qui concerne la proposition des États-Unis, décrite au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1, d'élaborer des lignes directrices pour l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) en rapport avec le centre des intérêts principaux et éventuellement d'élaborer une loi type ou des dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant certains problèmes qui se posent dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance, d'une manière qui n'exclurait pas l'élaboration d'une convention¹. Le deuxième thème (responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprises proches de l'insolvabilité) est examiné dans le document A/CN.9/WG.V/WP.104.

4. La présente note fait fond sur les documents de travail précédents sur la question du centre des intérêts principaux, en particulier les documents A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.99, et les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-neuvième et quarantième sessions (A/CN.9/715 et A/CN.9/738).

5. Conformément à une décision prise par le Groupe de travail à sa quarantième session, selon laquelle l'hypothèse de travail était que le Guide pour l'incorporation devrait être révisé et enrichi (A/CN.9/738, par. 13), la présente note contient des projets de révisions et d'ajouts concernant le Guide pour l'incorporation. Ces révisions et ajouts sont les suivants:

a) L'ordre des paragraphes de l'introduction a été modifié et une nouvelle section IV sur les caractéristiques principales, plus brève, a été ajoutée;

b) Les paragraphes de l'ancienne section sur les caractéristiques principales ont été versés dans l'examen par article, emplacement jugé plus adéquat car une partie importante du texte était répétée dans le commentaire de certains articles, et certains paragraphes ont été supprimés;

¹ Voir également la proposition de l'Union internationale des avocats (UIA) concernant l'élaboration éventuelle d'une convention (A/CN.9/686, par. 127 à 130).

c) L'examen par article a pris de l'ampleur et de l'importance, compte tenu des conclusions du Groupe de travail.

6. Les paragraphes non révisés ou ne comportant pas de texte révisé n'ont pas été inclus dans la présente note, sauf lorsque c'était absolument nécessaire. Le texte des nouvelles notes de bas de page a été inclus; les notes de bas de page conservées de la version publiée ne sont pas reproduites mais leur emplacement est indiqué par une mention entre crochets. Les renvois aux délibérations du Groupe de travail ont aussi été omis mais seront actualisés compte tenu des débats en cours.

7. La numérotation des paragraphes de la version publiée du Guide pour l'incorporation a été conservée afin qu'apparaissent clairement les aménagements apportés à l'ordre du texte et les ajouts. La numérotation des paragraphes de la présente note n'est donc pas nécessairement séquentielle. Lorsqu'un paragraphe a été ajouté, il porte le numéro du paragraphe qui le précède, suivi d'une lettre. Tous les titres du texte publié sont mentionnés, suivis des numéros des paragraphes correspondants entre crochets, afin d'indiquer le contenu et de faciliter la comparaison avec le texte publié.

**GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT
INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR
L'INSOLVABILITÉ INTERNATIONALE [fondé sur la version
révisée de l'annexe III du Guide législatif sur le droit de
l'insolvabilité]**

I. Objet et origine de la Loi type

A. Objet de la Loi type [par. 1 à 3 et 3A]

1. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité, adoptée en 1997, vise à aider les États à doter leur législation sur l'insolvabilité d'un cadre moderne, harmonisé et équitable permettant de mener plus efficacement les procédures internationales concernant les débiteurs en proie à de graves problèmes financiers ou en situation d'insolvabilité. Il peut s'agir de cas où le débiteur a des avoirs dans plus d'un État ou de cas où certains des créanciers ne sont pas de l'État où se déroule la procédure. En principe, la procédure se déroulant au centre des intérêts principaux du débiteur est censée être responsable au premier titre de l'administration de l'insolvabilité du débiteur quel que soit le nombre d'États dans lesquels le débiteur a des avoirs et des créanciers, sous réserve de procédures de coordination appropriées tenant compte des nécessités locales.

Note à l'intention du Groupe de travail

Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'expression "graves problèmes financiers" est utilisée dans la version publiée du Guide au paragraphe 71 portant sur les définitions de l'article 2 et en particulier de l'alinéa a). Le Guide parle ailleurs de "débiteur insolvable". Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il convient de conserver l'expression "graves problèmes financiers" ou si l'expression "problèmes financiers" suffirait.

2. La Loi type reflète, en matière d'insolvabilité internationale, les pratiques caractéristiques de systèmes d'insolvabilité modernes et efficaces. Aussi les États qui l'adopteront (les "États adoptants") introduiront-ils dans leurs régimes nationaux d'insolvabilité des ajouts et améliorations utiles de nature à résoudre les problèmes qui se posent dans les affaires d'insolvabilité internationale. En adoptant la Loi type, les États conviennent qu'ils devront peut-être modifier certaines de leurs lois sur l'insolvabilité pour les rendre conformes aux normes internationalement reconnues.

3. La Loi type respecte les différences entre les règles de procédure nationales et ne prétend pas unifier quant au fond les législations sur l'insolvabilité. Elle constitue un [point de contact] [cadre de coopération] entre les pays, proposant diverses solutions qui contribuent à plusieurs titres, modestes mais importants, à faciliter un certain niveau d'harmonisation. Ces solutions sont notamment les suivantes:

a) à f) [...]

g) En établissant des règles pour la coordination des mesures accordées dans l'État adoptant pour appuyer deux procédures d'insolvabilité ou plus pouvant se dérouler dans plusieurs États concernant le même débiteur.

3A. La Loi type sera utile aux pays qui doivent déjà traiter de nombreuses affaires d'insolvabilité ainsi qu'à ceux qui souhaitent bien se préparer à cette éventualité de plus en plus probable.

B. Origine de la Loi type [par. 13, 18 et 19]

13. L'augmentation du nombre de cas d'insolvabilité internationale tient à l'expansion constante des échanges et des investissements dans le monde. Cependant, les législations nationales sur l'insolvabilité n'ont dans une large mesure pas suivi le rythme de cette évolution et sont souvent mal adaptées aux cas internationaux. Il en résulte souvent des approches inadéquates et non coordonnées, ce qui contrarie le sauvetage d'entreprises en difficulté financière, l'administration équitable et efficace des affaires d'insolvabilité internationale, la protection des actifs du débiteur insolvable contre la dispersion et la maximisation de la valeur de ces actifs. De plus, l'absence de prévisibilité dans le traitement des affaires d'insolvabilité internationale peut nuire aux flux de capitaux et décourager l'investissement international.

18. La Loi type tient compte du résultat d'autres efforts internationaux, notamment des négociations ayant abouti au Règlement (CE) du Conseil n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le "Règlement CE"), à la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite (1990)², aux Traités de Montevideo sur le droit commercial international (1889 et 1940), à la Convention entre les pays nordiques relative à la faillite (1933) et à la Convention de droit international privé (Code Bustamante) (1928)³. Ont également été prises en compte des propositions d'organisations non gouvernementales telles que la Loi type sur la coopération internationale en matière d'insolvabilité (Model International Insolvency Cooperation Act ou MIICA) et le Concordat sur l'insolvabilité internationale, élaborés par le Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau⁴.

19. [...]

C. Travaux préparatoires et adoption [par. 4 à 8]

4. Le projet a été lancé par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en étroite collaboration avec INSOL International. Il a bénéficié de l'avis des experts d'INSOL à tous les stades des travaux préparatoires. En outre, pendant l'élaboration de la Loi type, des avis consultatifs ont été fournis par l'ancien Comité J (Insolvabilité) de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau.

² [note 9].

³ [note 10].

⁴ Disponible à l'adresse www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/396/1522.html (page visitée le 15 février 2012).

5. Avant de décider d'entreprendre des travaux sur l'insolvabilité internationale, la CNUDCI avait organisé avec INSOL deux colloques internationaux à l'intention des praticiens de l'insolvabilité, des juges, des hauts fonctionnaires et des représentants d'autres secteurs intéressés⁵. Il a été suggéré à l'issue de ces colloques que les travaux de la Commission aient pour objectif limité mais utile de faciliter la coopération judiciaire, l'accès des administrateurs d'insolvabilité aux tribunaux et la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères.

6. Lorsque la CNUDCI a décidé en 1995 d'élaborer un instrument juridique sur l'insolvabilité internationale, elle a confié cette tâche au Groupe de travail sur l'insolvabilité, qui est l'un de ses organes subsidiaires⁶. Le groupe de travail a consacré quatre sessions de deux semaines aux travaux sur ce projet⁷.

7. [...]

8. [...]

II. Objet du Guide et interprétation [par. 9 et 10]

9. La CNUDCI a estimé que la Loi type serait un outil plus efficace si elle était accompagnée d'informations générales et d'explications. Ces dernières seraient destinées essentiellement à l'exécutif et aux législateurs préparant les révisions législatives nécessaires mais elles seraient également utiles à ceux qui, comme les juges, sont chargés d'interpréter et d'appliquer la Loi type⁸, et à d'autres utilisateurs du texte tels que les praticiens et les universitaires. Elles pourraient également aider les États à déterminer quelles dispositions devraient, le cas échéant, être modifiées afin d'être adaptées à leur situation particulière.

10. Le présent Guide a été établi par le secrétariat conformément à la demande formulée par la CNUDCI à la fin de sa trentième session, en 1997 [et révisé conformément à la demande formulée par la CNUDCI à sa ... session]. Il se fonde sur les délibérations et décisions de la Commission à cette trentième session⁹, à laquelle la Loi type a été adoptée, ainsi que sur les délibérations du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, qui a effectué les travaux préparatoires. Les révisions se fondent sur les délibérations du Groupe de travail à ses trente-neuvième (2010), quarantième (2011) et quarante et unième sessions, ainsi que sur celles de la Commission à sa [...] session [20...].

III. La Loi type, instrument d'harmonisation des lois [par 11 et 12]

11. [...]

⁵ [note 3].

⁶ [note 4].

⁷ [note 5].

⁸ Le terme "juge" désignerait notamment un magistrat ou une autre personne désignée pour exercer les pouvoirs d'un tribunal ou d'une autre autorité ayant compétence en vertu de la législation nationale sur l'insolvabilité [donnant effet à la Loi type].

⁹ [note 8].

A. Souplesse d'une loi type

12. Lorsqu'il incorpore le texte d'une loi type dans son système, un État peut modifier ou exclure certaines de ses dispositions. Dans le cas d'une convention, les possibilités de modification du texte uniforme par les États parties (généralement appelées "réserves") sont beaucoup plus restreintes; les conventions en matière de droit commercial, en particulier, interdisent habituellement toute réserve ou n'en autorisent que certaines bien précises. La souplesse inhérente à une loi type est particulièrement souhaitable lorsqu'il y a lieu de penser que l'État désirera apporter diverses modifications au texte uniforme avant d'accepter de l'incorporer dans son droit national. Certaines modifications sont probables, notamment lorsque le texte uniforme est étroitement lié au système judiciaire et procédural national (ce qui est le cas de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale). Du fait de cette souplesse, cependant, une loi type offrira, probablement, un degré et une assurance d'harmonisation moindres qu'une convention. C'est pourquoi il est recommandé aux États d'apporter aussi peu de changements que possible au texte de la Loi type en l'incorporant dans leurs systèmes juridiques.

B. Intégration de la Loi type dans la législation nationale existante

[par. 20 à 21 et 49]

20. Le champ d'application de la Loi type se limitant à certains aspects procéduraux des insolvabilités internationales, elle est conçue de manière à s'intégrer dans la législation de l'État adoptant relative à l'insolvabilité. Elle présente donc les caractéristiques suivantes:

a) [...]

b) La Loi type offre aux États adoptants la possibilité d'aligner les mesures résultant de la reconnaissance d'une procédure étrangère sur celles qui peuvent être octroyées dans une procédure comparable en vertu de la loi nationale (article 20);

c) La reconnaissance d'une procédure étrangère n'empêche pas les créanciers locaux d'entamer ou de poursuivre une procédure collective d'insolvabilité dans l'État adoptant (article 28);

d) à f) [...]

21. Bien que la Loi type puisse, en raison de sa souplesse, être facilement adaptée au système juridique de l'État adoptant, ce dernier devrait tenir dûment compte de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son interprétation (voir par. 91 et 92) et de l'avantage qu'il aurait à adopter des pratiques internationales modernes et généralement acceptables en matière d'insolvabilité. Il est donc conseillé de limiter au minimum les écarts par rapport au texte uniforme, ce qui contribuera à rendre la loi nationale aussi transparente que possible aux yeux des utilisateurs étrangers (voir aussi plus haut, par. 11 et 12). L'uniformité et la transparence présentent l'avantage de permettre aux États adoptants de démontrer plus facilement le fondement de la loi nationale sur l'insolvabilité internationale et d'obtenir plus facilement la coopération d'autres États.

49. [...]

IV. Principales caractéristiques de la Loi type [par. 49A à D, 37, 37A à H, 32 et 33, 33A à G]

49A. Le texte de la Loi type est axé sur quatre principaux éléments retenus à l'issue des études et consultations menées au début des années 1990, avant la négociation de la Loi type, comme étant les points sur lesquels un accord international pourrait être atteint:

- a) Accès des représentants étrangers de l'insolvabilité et des créanciers aux tribunaux étrangers et autorisation aux représentants de procédures locales de demander une assistance ailleurs;
- b) Reconnaissance de certaines ordonnances rendues par des tribunaux étrangers;
- c) Mesures d'assistance aux procédures étrangères;
- d) Coopération entre les tribunaux des États où se trouvent les actifs du débiteur et coordination des procédures concurrentes.

A. Accès

49B. Les dispositions sur l'accès traitent des demandes provenant de l'étranger et adressées à l'étranger. Un représentant de l'insolvabilité de l'État adoptant est autorisé à agir dans un État étranger (article 5) au titre de la procédure locale. Un représentant étranger a le droit de s'adresser directement aux tribunaux de l'État adoptant (article 9), de demander dans l'État adoptant, aux conditions applicables dans cet État, l'ouverture d'une procédure pour laquelle une reconnaissance n'est pas exigée (article 11) et, s'il y a eu reconnaissance, de participer à une procédure ayant trait à l'insolvabilité menée dans l'État adoptant en vertu de la législation de cet État (article 12).

49C. Le fait qu'un représentant étranger a le droit de s'adresser aux tribunaux de l'État adoptant ne soumet pas ce représentant étranger ni les biens et affaires du débiteur à la compétence de l'État adoptant pour d'autres fins que celles de sa demande (article 10).

49D. Il convient de noter que les créanciers étrangers ont le même droit que les créanciers locaux de demander l'ouverture d'une procédure ou de participer à une procédure dans l'État adoptant (article 13).

37. [...]

B. Reconnaissance

37A. Un des principaux objectifs de la Loi type est d'établir, pour la reconnaissance des procédures étrangères, des procédures simplifiées permettant d'éviter une longue authentification ou d'autres processus et d'apporter de la certitude concernant la décision à reconnaître. La Loi type ne vise pas à la reconnaissance de l'ensemble des procédures étrangères. L'article 17 dispose que sans préjudice de l'article 6, si les conditions de l'article 2 concernant la nature de la procédure

étrangère et le représentant étranger sont remplies et si les preuves exigées à l'article 15 ont été fournies, le tribunal devrait reconnaître la procédure étrangère de plein droit. Le processus de demande et de reconnaissance est facilité par les dispositions de l'article 16, qui permettent au tribunal de l'État adoptant de présumer de l'authenticité et de la validité des certificats et documents provenant de l'État étranger, exigés à l'article 15.

37B. L'article 6 dispose que la reconnaissance peut être refusée au cas où elle serait "manifestement contraire à l'ordre public" de l'État qui la reconnaît. Il peut s'agir d'une question préliminaire à examiner concernant une demande de reconnaissance. On ne tentera pas de donner ici une définition de l'ordre public, cette notion variant d'un État à l'autre. Cependant, l'idée est que cette notion devrait être interprétée de manière restrictive et que l'article 6 n'est censé être utilisé que dans des circonstances exceptionnelles (voir par. 86 à 89).

37C. Une procédure étrangère doit être reconnue en tant que procédure principale ou procédure non principale (article 17, paragraphe 2). Une procédure principale est une procédure se déroulant là où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux [à la date de l'ouverture de la procédure étrangère]. En principe, une telle procédure est censée être responsable au premier titre de l'administration de l'insolvabilité du débiteur, quel que soit le nombre d'États dans lesquels le débiteur a des avoirs et des créanciers, sous réserve de procédures de coordination appropriées tenant compte des nécessités locales. Le centre des intérêts principaux n'est pas défini dans la Loi type, il est présumé être le siège statutaire ou la résidence habituelle du débiteur (article 16, paragraphe 3).

37D. Une procédure non principale est une procédure se déroulant là où le débiteur a un établissement. Le terme "établissement" est défini comme étant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services" (article 2, alinéa f)). Une procédure ouverte sur d'autres bases, telles que la présence de biens, sans centre d'intérêts principaux ni établissement, ne peut être reconnue dans le cadre de la Loi type. Les procédures principales et non principales sont examinées plus en détail ci-après aux paragraphes [...].

37E. Étant donné qu'il pourrait s'avérer a posteriori que les motifs de la reconnaissance n'existaient pas lorsque celle-ci a été accordée, ont changé ou ont cessé d'exister, la Loi type (article 17, paragraphe 4) prévoit la modification ou l'annulation de la décision de reconnaissance.

37F. La reconnaissance d'une procédure étrangère en vertu de la Loi type a plusieurs effets. Le plus important d'entre eux est l'octroi de mesures destinées à faciliter la procédure étrangère (articles 20 et 21). En outre, le représentant étranger a le droit de participer à toute procédure locale d'insolvabilité concernant le débiteur (article 13), d'engager une action aux fins d'annuler des opérations antérieures (article 23) et d'intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur est partie (article 24).

C. Mesures

37G. Un principe fondamental de la Loi type est que les mesures jugées nécessaires pour la conduite coordonnée et équitable d'une procédure d'insolvabilité internationale devraient être disponibles pour faciliter la procédure étrangère, que ce soit à titre provisoire ou à la suite d'une reconnaissance. La Loi type précise donc les mesures disponibles dans les deux cas. Elle n'importe donc pas nécessairement les mesures prévues par la législation étrangère dans le système d'insolvabilité de l'État adoptant, et n'applique pas non plus nécessairement à la procédure étrangère la mesure qui serait disponible dans la législation de l'État adoptant. Cependant, comme on l'a noté plus haut, il est possible d'aligner les mesures résultant de la reconnaissance d'une procédure étrangère sur celles qui peuvent être octroyées dans une procédure comparable engagée en vertu de la loi de l'État adoptant (article 20).

37H. Des mesures provisoires peuvent être prises par le tribunal, à sa discrétion, entre la demande de reconnaissance et la décision la concernant (article 19); des mesures précises sont disponibles dès la reconnaissance d'une procédure principale (article 20); et des mesures peuvent être prises à la discrétion du tribunal après reconnaissance d'une procédure principale ou non principale (article 21). Dans le cas d'une procédure principale, les mesures discrétionnaires s'ajoutent à celles qui découlent de la reconnaissance.

32. Les principales mesures octroyées après la reconnaissance d'une procédure étrangère "principale" sont la suspension des actions des créanciers individuels contre le débiteur ou des procédures d'exécution concernant les biens du débiteur, et la suspension du droit du débiteur de transférer ou de grever ses biens (article 20, paragraphe 1). Cette suspension ou interdiction est "impérative" (ou "automatique") en ce sens qu'elle découle automatiquement de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale ou que, dans les États où il faut une ordonnance du tribunal pour la suspension ou l'interdiction, le tribunal est tenu de délivrer l'ordonnance appropriée. La suspension des actions ou des procédures d'exécution est nécessaire pour laisser un "répit" jusqu'à ce que des mesures appropriées soient prises aux fins du redressement des affaires du débiteur ou de la liquidation équitable de ses biens. La suspension des transferts l'est parce que dans un système économique moderne et mondialisé, les débiteurs multinationaux peuvent déplacer rapidement d'un pays à un autre leur argent et leurs biens. Le moratoire impératif déclenché par la reconnaissance d'une procédure étrangère principale permet donc un "gel" rapide, essentiel pour prévenir la fraude et protéger les intérêts légitimes des parties intéressées jusqu'à ce que le tribunal puisse aviser tous les intéressés et évaluer la situation.

33. [...]

33A. En ce qui concerne les mesures provisoires et discrétionnaires, le tribunal peut imposer des conditions et modifier les mesures ou les faire cesser pour protéger les intérêts des créanciers et d'autres personnes touchées par les mesures ordonnées (article 22).

D. Coopération et coordination

Coopération

33B. La Loi type habilite expressément les tribunaux à coopérer dans les domaines qu'elle régit et à communiquer directement avec les tribunaux étrangers. Les représentants étrangers sont également autorisés à coopérer avec les tribunaux et entre eux. La coopération est examinée en détail aux paragraphes 173 à 183.

Note à l'intention du Groupe de travail

Le paragraphe 173A, qui traite des articles du chapitre IV sur la coopération et la coordination, souligne que la coopération en vertu de la Loi type ne dépend pas de la reconnaissance et peut donc se produire bien avant une demande de reconnaissance et au sujet d'une procédure ne constituant pas une procédure étrangère au sens de l'article 2. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il y a lieu de préciser ce point dans l'introduction.

33C. Sachant que l'idée de coopération peut ne pas être familière à de nombreux juges et représentants de l'insolvabilité, l'article 27 énumère certaines formes possibles de coopération. Celles-ci sont examinées plus en détail dans le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale¹⁰ qui rassemble également des données pratiques et concrètes sur l'utilisation et la négociation des accords d'insolvabilité internationale.

Procédures concurrentes

33D. Plusieurs dispositions de la Loi type traitent de la coordination des procédures concurrentes. Elles visent à encourager l'adoption de décisions permettant d'atteindre au mieux les objectifs des deux procédures.

33E. La reconnaissance d'une procédure étrangère principale n'empêche pas l'ouverture d'une procédure locale (article 28), et l'ouverture d'une procédure locale ne fait pas cesser la reconnaissance déjà accordée à une procédure étrangère ni n'empêche la reconnaissance d'une procédure étrangère.

33F. L'article 29 traite de l'ajustement des mesures disponibles en cas de procédures concurrentes. Le principe de base est que toute mesure prise dans le cadre d'une procédure étrangère reconnue doit être conforme à la procédure locale, que la procédure étrangère ait été reconnue avant ou après l'ouverture de la procédure locale. Par exemple, si la procédure locale est déjà engagée au moment de la demande de reconnaissance, les mesures prises dans le cadre de la procédure étrangère doivent être conformes à la procédure locale. Si la procédure étrangère est reconnue comme procédure principale, les mesures découlant automatiquement de la reconnaissance en vertu de l'article 20 ne s'appliquent pas.

33G. Les articles 31 et 32 énoncent des moyens de coordination supplémentaires. L'article 31 établit une présomption selon laquelle la reconnaissance d'une procédure étrangère constitue une preuve suffisante de l'insolvabilité lorsque celle-ci est une condition de l'ouverture d'une procédure locale. L'article 32 établit la règle du rapport à la masse pour éviter les situations où un créancier demanderait

¹⁰ Le texte du Guide pratique est disponible à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts.html.

et obtiendrait le remboursement d'une créance dans plusieurs procédures d'insolvabilité et pourrait ainsi jouir d'un traitement plus favorable que les autres créanciers.

V. Observations par article

Préambule [par. 54, 55, 51, 51A, 52, 53 et 56]

54. Le préambule énonce succinctement les objectifs fondamentaux de la Loi type. Il ne vise pas à créer de droits quant au fond mais à donner des indications générales aux utilisateurs de la Loi type et à faciliter son interprétation.

55. [...]

Utilisation du terme "insolvabilité" [par. 51, 51A, 52, 53 et 56]

51. Étant donné que le concept de "procédure d'insolvabilité" peut varier selon les États, la Loi type ne définit pas le terme "insolvabilité"¹¹. Cependant, le mot "insolvabilité" tel qu'il est utilisé dans la Loi type désigne divers types de procédures collectives concernant des débiteurs insolubles ou en proie à de graves problèmes financiers. La raison en est que la Loi type comprend des procédures concernant différents types de débiteurs, dont certaines visent à liquider ou restructurer les actifs de celui-ci. Une procédure judiciaire ou administrative menée pour liquider une entité solvable afin de la dissoudre et d'autres procédures étrangères ne relevant pas de l'article 2 a) ne sont pas des procédures d'insolvabilité au sens de la Loi type.

51A. Les débiteurs dont il est question dans la Loi type sont généralement ceux qui relèvent du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et pourraient donc engager une procédure d'insolvabilité conformément aux recommandations 15 et 16 du Guide législatif¹², s'agissant généralement de débiteurs incapables d'acquitter leurs dettes à l'échéance ou dont le passif excède la valeur des actifs.

52. Il convient de noter que dans certains pays, l'expression "procédure d'insolvabilité" a un sens technique étroit et peut par exemple renvoyer exclusivement à une procédure collective concernant une société ou personne morale ou visant une personne physique. La Loi type n'entend établir aucune

¹¹ Le Guide législatif explique que l'insolvabilité est l'"état d'un débiteur qui est généralement dans l'incapacité d'acquitter ses dettes à leur échéance ou situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs" et la procédure d'insolvabilité une "procédure collective, soumise à la supervision d'un tribunal, en vue d'un redressement ou d'une liquidation".

¹² Les recommandations 15 et 16 disposent ce qui suit :

15. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte à la demande d'un débiteur si ce dernier peut démontrer:

- a) Qu'il est ou sera dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance; ou
- b) Que son passif dépasse la valeur de son actif.

16. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte à la demande d'un créancier s'il peut être démontré:

- a) Que le débiteur est ou sera dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance; ou
- b) Que le passif du débiteur dépasse la valeur de son actif.

distinction de cet ordre, puisqu'elle est censée pouvoir s'appliquer à une procédure concernant aussi bien un débiteur personne physique qu'un débiteur personne morale. Si dans l'État adoptant le mot "insolvabilité" peut donner à penser qu'il s'agit d'un type particulier de procédure collective, il convient d'utiliser un autre terme pour désigner les procédures visées par la Loi type.

53. [...]

"État"

56. Le mot "État", utilisé dans le préambule et tout au long de la Loi type, désigne l'entité qui incorpore la Loi type dans son droit national (l'"État adoptant"). Il ne désigne pas, par exemple, un État faisant partie d'un pays au sein d'un système fédéral. La législation nationale peut recourir à un autre terme d'usage courant à cette fin.

Note à l'intention du Groupe de travail

Dans le document A/CN.9/WG.V/WP.95, aux paragraphes 34 et 35, il est demandé si l'entité administrée par le représentant étranger est un "débiteur" au regard du droit de l'État accordant la reconnaissance. La loi type ne définit pas le terme "débiteur". Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si cette question doit être traitée dans le Guide pour l'incorporation; à l'heure actuelle, le seul passage portant sur les types de débiteurs envisagés par la Loi type est le paragraphe 2 de l'article 1 (par. 60 à 66 du Guide pour l'incorporation), qui prévoit l'exclusion de certains débiteurs, tels que les entités soumises à un régime spécial.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES – ARTICLES 1 à 8

Article premier. Champ d'application

Paragraphe 1 [par. 57 à 59]

57. Le paragraphe 1 de l'article premier décrit les types de situations pouvant survenir dans les affaires d'insolvabilité internationale et pour lesquelles la Loi type prévoit des solutions: a) demandes provenant de l'étranger aux fins de la reconnaissance d'une procédure étrangère; b) demandes d'un tribunal ou d'un représentant [de l'insolvabilité] de l'État adoptant, adressées à l'étranger, aux fins de la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ouverte conformément à la législation de l'État adoptant; c) coordination de procédures se déroulant concurremment dans deux États ou plus; et d) participation de créanciers étrangers à une procédure d'insolvabilité se déroulant dans l'État adoptant.

58. [supprimé]

59. Le terme "assistance" employé aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 vise à couvrir diverses situations traitées dans la Loi type, dans lesquelles un tribunal ou un représentant de l'insolvabilité d'un État peut demander à un tribunal ou à un représentant de l'insolvabilité d'un autre État une assistance dans le cadre de la Loi type. La Loi définit certaines de ces mesures (par exemple art. 19-1 a) et b),

art. 21-1 a) à f) et 21-2, et art. 27 a) à e)), d'autres mesures possibles étant visées par une formulation plus large (telle que celle de l'article 21-1 g)).

Paragraphe 2 (procédures d'insolvabilité soumises à un régime spécial)
[par. 60 à 65]

Non-commerçants et personnes physiques [par. 66]

Article 2. Définitions

Alinéas a) à d) [par. 67 et 68A]

67. Puisque la Loi type sera incorporée dans la législation nationale, l'article 2 ne doit définir que les termes particuliers aux insolvabilités internationales. Ainsi, la Loi type définit les termes "procédure étrangère" (alinéa a)) et "représentant étranger" (alinéa d)) mais pas la personne ou l'organe pouvant être chargé d'administrer les biens du débiteur dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans l'État adoptant. Dans la mesure où il serait utile de définir dans la loi nationale le terme utilisé pour désigner une telle personne ou un tel organe (plutôt que d'employer uniquement le terme courant), cette définition peut être ajoutée à celles qui figurent dans la loi donnant effet à la Loi type¹³.

68. En précisant les caractéristiques requises d'une "procédure étrangère" et d'un "représentant étranger", les définitions limitent le champ d'application de la Loi type. Pour qu'une procédure puisse être reconnue ou faire l'objet d'une coopération au titre de la Loi type et pour qu'un représentant étranger puisse avoir accès aux tribunaux locaux au titre de la même Loi, la procédure étrangère et le représentant étranger doivent satisfaire aux conditions énoncées aux alinéas a) et d).

68A. Les procédures ne présentant pas ces caractéristiques ne pourraient pas prétendre à une reconnaissance en vertu de la Loi type.

Alinéa a) □ Procédure étrangère [par. 71, 23 à 23B, 24 à 24G, 69 et 70]

71. En définissant les procédures ou les personnes provenant de différents pays, on a évité d'employer des expressions pouvant revêtir une signification technique différente dans différents systèmes juridiques et on s'est attaché à décrire leur finalité ou leur fonction. Cette technique permet d'éviter de restreindre involontairement le champ des procédures étrangères pouvant être reconnues et d'éviter tout conflit inutile avec la terminologie utilisée dans les textes législatifs de l'État adoptant. Comme il est noté plus haut, au paragraphe 52, l'expression "procédure d'insolvabilité" peut avoir un sens technique dans certains systèmes juridiques, mais dans l'alinéa a) elle désigne au sens large les procédures concernant des débiteurs insolvable ou ayant de graves problèmes financiers.

72. [supprimé]

23. Pour qu'une procédure étrangère tombe sous le coup de la Loi type, il faut qu'elle soit fondée dans la législation sur l'insolvabilité de l'État adoptant; que les

¹³ Le Guide législatif utilise pour désigner une telle personne l'expression "représentant de l'insolvabilité", la définissant comme "une personne ou un organe, même nommé à titre provisoire, habilité dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l'insolvabilité".

créanciers agissent collectivement; que les avoirs et affaires du débiteur soient contrôlés ou supervisés par un tribunal ou un autre organisme officiel; et que la procédure vise le redressement ou la liquidation du débiteur. Il est déterminé au moment de l'examen de la demande de reconnaissance si la procédure étrangère remplit ces conditions.

23A. Comme le souligne l'alinéa e) du préambule, la Loi type concerne principalement les débiteurs insolvable ou connaissant de graves difficultés financières et les lois permettant d'empêcher que ces débiteurs ne connaissent de telles difficultés financières ou d'y remédier. Comme on l'a dit plus haut (par. 51A), ces débiteurs sont généralement ceux qui répondraient aux critères d'ouverture d'une procédure examinés dans le Guide législatif, s'agissant généralement de débiteurs incapables d'acquitter leurs dettes à l'échéance ou dont le passif excède la valeur des actifs (recommandations 15 et 16).

i) *Procédure collective*

23B. En principe, une procédure collective est une procédure portant sur l'ensemble de l'actif et du passif du débiteur et sur les droits et créances de l'ensemble des créanciers, par opposition à une procédure visant à aider un créancier particulier à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues ou à un processus visant d'autres fins que de régler la situation d'insolvabilité ou les graves problèmes financiers du débiteur. Une procédure ne devrait pas être exclue au seul motif qu'elle ne touche pas les droits d'une catégorie de créanciers, pas plus qu'une procédure d'insolvabilité excluant les biens grevés de la masse de l'insolvabilité, dont l'ouverture n'a aucune incidence sur ces biens et permettant aux créanciers garantis de faire valoir leurs droits en dehors de la loi sur l'insolvabilité (voir Guide législatif, deuxième partie, chap. II, par. 7 à 9).

24. Sur la base des paramètres de la définition de la procédure étrangère, des procédures collectives de divers types pourraient être reconnues: obligatoires ou volontaires, concernant des personnes morales ou physiques, visant la liquidation ou le redressement. Il pourrait également s'agir d'une procédure dans laquelle le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même si c'est sous la surveillance d'un tribunal (par exemple suspension des paiements, "débiteur en possession").

24A. La Loi type reconnaît qu'à certaines fins, une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans des circonstances précises définies par la loi et n'impliquant pas nécessairement l'insolvabilité du débiteur. Il est indiqué au paragraphe 194 ci-après que ces circonstances peuvent être la cessation de paiements ou l'accomplissement par le débiteur de certains actes tels qu'une décision concernant l'entreprise, la dispersion de ses biens ou l'abandon de son établissement. Il est noté au paragraphe 195 ci-après que, dans les pays où l'insolvabilité est une condition préalable à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'article 31 établit après reconnaissance d'une procédure étrangère principale une présomption réfragable d'insolvabilité du débiteur aux fins de l'ouverture d'une procédure locale.

ii) *Régie par une loi relative à l'insolvabilité;*

24B. Cette expression est utilisée dans la Loi type pour tenir compte du fait que la liquidation et le redressement pourraient se faire en application de textes ne portant

pas le nom de loi sur l'insolvabilité mais traitant cependant de l'insolvabilité ou de graves problèmes financiers (par exemple une loi sur les sociétés). Le but était de trouver une dénomination suffisamment large pour englober toutes les dispositions concernant l'insolvabilité, quel que soit le type de texte où elles sont énoncées¹⁴, indépendamment du fait que les textes qui les contiennent portent exclusivement sur l'insolvabilité. Une simple procédure visant non pas à restructurer les affaires d'une entité solvable mais à la dissoudre ne relèvera probablement pas d'une loi relative à l'insolvabilité ou aux graves problèmes financiers.

iii) *Contrôle ou surveillance d'un tribunal étranger*

24C. La Loi type ne précise ni le niveau de contrôle ou de surveillance requis pour satisfaire la définition, ni le moment où doivent commencer cette surveillance ou ce contrôle. Même si le contrôle ou la surveillance visés à l'alinéa a) sont censés avoir un caractère officiel, ils peuvent être potentiels plutôt qu'effectifs. Comme il est noté au paragraphe 24, une procédure dans laquelle le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même si c'est sous la surveillance d'un tribunal, comme dans le cas du débiteur en possession, répond à cette exigence. Le contrôle ou la surveillance peuvent être exercés directement par le tribunal mais aussi par un représentant de l'insolvabilité si par exemple celui-ci est soumis au contrôle ou à la surveillance du tribunal. La simple surveillance du représentant de l'insolvabilité par une autorité délivrant des licences ne suffirait pas.

24D. Des procédures accélérées telles que celles mentionnées dans le Guide législatif (voir deuxième partie, chap. IV, par. 76 à 94 recommandations 160 à 168) ne devraient pas être exclues. Il s'agit de procédures sur lesquelles le tribunal exerce un contrôle ou une surveillance à un stade avancé du processus d'insolvabilité. Les procédures sur lesquelles le tribunal a exercé un contrôle ou une surveillance mais n'est plus tenu de le faire au moment de la demande de reconnaissance ne devraient pas être exclues non plus. Il peut s'agir de cas où un plan de redressement a été approuvé et où le tribunal n'a plus aucun rôle à jouer dans la mise en œuvre de ce plan, mais où la procédure reste ouverte [ou pendante] et le tribunal conserve sa compétence jusqu'à ce que la mise en œuvre soit achevée.

24E. L'alinéa a) précise que les biens et les affaires du débiteur doivent être soumis au contrôle ou à la surveillance, il ne suffit donc pas que seuls les biens ou seules les affaires soient couverts par la procédure étrangère.

iv) *Aux fins de redressement ou de liquidation.*

24F. Certains types de procédures pouvant correspondre à certains éléments de la définition d'une procédure étrangère visée à l'alinéa a) de l'article 2 ne peuvent toutefois pas prétendre à la reconnaissance parce qu'elles n'ont pas pour finalité déclarée le redressement ou la liquidation. Il peut s'agir de procédures visant à empêcher la dispersion et le gaspillage et non à liquider ou restructurer la masse de l'insolvabilité, de procédures visant à éviter un préjudice aux investisseurs et non à l'ensemble des créanciers (auquel cas il ne s'agira probablement pas d'une procédure collective), ou d'une procédure dans laquelle les pouvoirs conférés et les devoirs imposés au représentant étranger sont plus restreints que ceux qu'on associe

¹⁴ A/CN.9/422, par. 49.

généralement à la liquidation ou à la restructuration, et se limitent par exemple à la préservation des biens.

24G. Les types de procédures ne pouvant pas prétendre à la reconnaissance pourraient être notamment des mesures ou des accords d'arrangement financier pris par le débiteur et certains de ses créanciers sur une base purement contractuelle concernant une partie de la dette si les négociations n'ont pas débouché sur l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, notamment ceux désignés dans le Guide législatif sous le nom de procédures accélérées (voir par. 24D), menés en vertu de la loi sur l'insolvabilité. De telles mesures ne répondront généralement pas à l'exigence du caractère collectif de la procédure ni à celle d'un contrôle ou d'une surveillance par le tribunal (voir par. 24C à E). En raison du grand nombre de formes distinctes que pourraient prendre ces mesures, il serait difficile de les traiter dans une règle générale sur la reconnaissance¹⁵. D'autres procédures n'exigeant pas le contrôle ou la surveillance d'un tribunal ne pourront pas non plus prétendre à la reconnaissance.

Procédure provisoire

69. Les définitions des alinéas a) et b) s'étendent à la "procédure provisoire" et au représentant "nommé à titre provisoire". Dans un État où les procédures provisoires n'existent pas ou ne répondent pas aux conditions de la définition, il peut se poser la question de savoir si la reconnaissance d'une "procédure étrangère provisoire" risque d'avoir en vertu de la Loi type des conséquences perturbatrices que la situation ne justifie pas. Indépendamment du traitement que l'État adoptant réserve à la procédure provisoire, il est conseillé de maintenir la référence à la "procédure provisoire" à l'alinéa a) et celle au représentant étranger nommé "à titre provisoire" à l'alinéa d). La raison en est que dans la pratique de nombreux pays, la procédure d'insolvabilité est souvent ou même généralement ouverte à titre "provisoire". Mis à part le fait qu'elles sont dites provisoires, ces procédures remplissent l'ensemble des autres conditions de la définition de l'article 2 a). De telles procédures sont souvent menées durant des semaines ou des mois en tant que procédures "provisaires" administrées par des personnes nommées à titre "provisoire", et ce n'est que plus tard qu'un tribunal rend une ordonnance confirmant la poursuite de la procédure à titre non provisoire. Les objectifs de la Loi type s'appliquent pleinement à ces "procédures provisoires" (si les conditions des alinéas a) et d) sont remplies); il n'y a donc pas lieu de faire de différence entre elles et d'autres procédures d'insolvabilité au simple motif qu'elles sont décrites comme ayant un caractère provisoire. Le fait qu'une procédure provisoire et le représentant étranger doivent répondre à toutes les conditions de l'article 2 est souligné au paragraphe 1 de l'article 17, aux termes duquel une procédure étrangère ne peut être reconnue que si elle est "une procédure au sens de l'alinéa a de l'article 2" et si "le représentant étranger demandant la reconnaissance est une personne ou un organe au sens de l'alinéa d) de l'article 2".

70. L'article 18 vise le cas où, après la demande de reconnaissance ou après la reconnaissance, la procédure étrangère ou le représentant étranger, provisoire ou non, cesse de remplir les conditions des alinéas a) et d) de l'article 2 (voir par. 133 et 134 ci-après).

¹⁵ A/CN.9/419, par. 19 et 29.

Alinéa b) – procédure étrangère principale [par. 31 à 31C]

31. Une procédure étrangère est réputée être la procédure “principale” si elle a été ouverte dans l’État où “le débiteur a le centre de ses intérêts principaux”. Cette formulation correspond à celle de l’article 3 du Règlement CE (fondée sur celle adoptée précédemment dans la Convention de l’Union européenne relative aux procédures d’insolvabilité), renforçant ainsi l’harmonisation en cours en ce qui concerne la notion de procédure “principale”. La reconnaissance d’une procédure étrangère en tant que procédure “principale” peut influencer sur la nature des mesures octroyées au représentant étranger en vertu des articles 20 et 21, sur la coordination de la procédure étrangère avec les procédures pouvant être ouvertes dans l’État accordant la reconnaissance en vertu du chapitre IV et avec d’autres procédures concurrentes en vertu du chapitre V.

31A. La Loi type ne définit pas l’expression “centre des intérêts principaux”. Cependant, un rapport explicatif sur la Convention européenne (le rapport Virgos-Schmit)¹⁶ contenait des indications sur le concept de “procédure d’insolvabilité principale” et, bien que la Convention soit ensuite devenue caduque, ce rapport a été généralement accepté comme facilitant l’interprétation de l’expression “centre des intérêts principaux” figurant dans le Règlement CE. Puisque la formulation de “centre des intérêts principaux” dans le Règlement CE correspond à celle de la Loi type, bien qu’à des fins différentes, (voir par. 123A), la jurisprudence de l’interprétation du Règlement CE peut également être pertinente pour l’interprétation de la Loi type.

31B. Les considérants 12 et 13 du Règlement CE se lisent comme suit:

“(12) Le présent règlement permet d’ouvrir les procédures d’insolvabilité principales dans l’État membre où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur. Ces procédures ont une portée universelle et visent à inclure tous les actifs du débiteur. En vue de protéger les différents intérêts, le présent règlement permet d’ouvrir des procédures secondaires¹⁷ parallèlement à la procédure principale. Des procédures secondaires peuvent être ouvertes dans l’État membre dans lequel le débiteur a un établissement. Les effets des procédures secondaires se limitent aux actifs situés dans cet État. Des règles impératives de coordination avec les procédures principales satisfont l’unité nécessaire au sein de la Communauté.

(13) Le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers.”

31C. Dans le rapport Virgos-Schmit, le concept de “procédure d’insolvabilité principale” était expliqué comme suit:

¹⁶ M. Virgos et E. Schmit, Report on the Convention on Insolvency Proceedings (Rapport sur la Convention relative aux procédures d’insolvabilité), Bruxelles, 3 mai 1996. Le rapport a été publié en juillet 1996, il est disponible (en anglais) à l’adresse <http://aei.pitt.edu/952>.

¹⁷ Le Règlement CE parle de “procédures secondaires”, la Loi type de “procédures non principales”.

“73. Procédure d’insolvabilité principale

Le paragraphe 1 de l’article 3 autorise l’ouverture de la procédure d’insolvabilité universelle dans l’État contractant où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux. La procédure d’insolvabilité principale a un caractère universel et englobe tous les avoirs du débiteur, partout dans le monde, et affecte tous les créanciers, où qu’ils se trouvent.

Une seule procédure principale peut être ouverte sur le territoire relevant de la Convention.

...

75. Le concept de ‘centre des intérêts principaux’ doit être interprété comme désignant le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers.

La raison d’être de cette règle s’explique facilement. L’insolvabilité est un risque prévisible. Il importe par conséquent que la compétence d’un autre État (ce qui, comme nous le verrons, entraîne l’application des lois relatives à l’insolvabilité de cet État contractant) soit fondée sur un lieu connu des créanciers potentiels du débiteur. Cela permet en effet de calculer les risques juridiques à prévoir en cas d’insolvabilité.

En employant l’expression ‘intérêts’, les rédacteurs de la Convention ont eu l’intention d’englober non seulement des activités de caractère commercial, industriel ou professionnel, mais aussi toute activité économique en général, de manière à englober les activités des particuliers (par exemple les consommateurs). L’adjectif ‘principaux’ est le critère au regard duquel doivent être déterminés les cas dans lesquels les intérêts en question englobent des activités de types différents qui sont gérées à partir de centres différents.

En principe, le centre des intérêts principaux sera, dans le cas des professionnels, leur domicile professionnel et, dans le cas des personnes physiques en général, leur résidence habituelle.

Lorsqu’il s’agit de sociétés et de personnes morales, la Convention présume, sauf preuve du contraire, que le centre des intérêts principaux du débiteur est le lieu de son principal établissement, lequel correspond habituellement au lieu de son siège statutaire.”

Le centre des intérêts principaux est examiné plus en détail dans les remarques sur l’article 16.

Alinéa c) – procédure étrangère non principale [par. 73]

73. Aux termes de l’alinéa c), une “procédure étrangère non principale” a lieu dans un État où le débiteur a un “établissement” (voir ci-après, par. 75 et 75A). Une procédure étrangère non principale susceptible d’être reconnue en vertu du paragraphe 2 de l’article 17 ne peut donc être qu’une procédure ouverte dans un État où le débiteur a un établissement au sens de l’alinéa f) de l’article 2. Cette règle n’a pas d’incidence sur la disposition de l’article 28, selon laquelle une procédure d’insolvabilité peut être ouverte dans l’État adoptant si le débiteur y possède des biens. Il convient toutefois de noter que les effets d’une procédure d’insolvabilité ouverte uniquement sur la base de la présence de biens se limitent normalement aux

biens situés dans l'État en question; si d'autres biens du débiteur situés à l'étranger devaient, en vertu de la loi de l'État adoptant, être administrés dans le cadre de la procédure d'insolvabilité (comme cela est envisagé à l'article 28), cette question de caractère transnational devrait être traitée au titre de la coopération et de la coordination internationales en vertu des articles 25 à 27 de la Loi type.

Alinéa e) [par. 74]

74. Une procédure étrangère répondant aux conditions énoncées à l'alinéa a) de l'article 2 doit être traitée de la même façon, qu'elle ait été ouverte et supervisée par un organe judiciaire ou par un organe administratif. Pour éviter de devoir mentionner une autorité non judiciaire étrangère à chaque fois qu'il est fait référence à un tribunal étranger, la définition de l'expression "tribunal étranger" à l'alinéa e) englobe donc également les autorités non judiciaires. L'alinéa e) s'inspire d'une définition analogue figurant à l'alinéa d) de l'article 2 du Règlement CE, ainsi que du Guide législatif (Introduction, par. 12 i)), du Guide pratique de la CNUDCI (Introduction, par. 7 et 8) et du point de vue du juge.

Alinéa f) [par. 75 et 75B]

75. La définition du terme "établissement" est inspirée de l'alinéa h) de l'article 2 de la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité. Ce terme est employé dans la définition de la "procédure étrangère non principale" (alinéa c) de l'article 2) et dans le contexte du paragraphe 2 de l'article 17, selon lequel pour qu'une procédure étrangère non principale soit reconnue, le débiteur doit avoir un établissement dans l'État étranger (voir aussi par. 73 ci-dessus).

75A. Le Rapport Virgos-Schmit sur la Convention donne quelques précisions à ce sujet:

"On entend par lieu d'opérations un lieu à partir duquel une activité économique est exercée sur le marché (c'est-à-dire à l'extérieur), que cette activité soit commerciale, industrielle ou professionnelle.

Le fait que cette activité doive être exercée avec des moyens humains montre qu'un certain degré d'organisation est nécessaire. Un lieu d'opérations purement occasionnel ne peut pas être considéré comme un 'établissement'. Une certaine stabilité est requise. La formule négative ('non transitoire') vise à éviter de fixer un délai minimum. Le facteur décisif est l'apparence de l'activité à l'extérieur, et non l'intention du débiteur.¹⁸"

75B. Puisque le terme 'établissement' est défini, l'analyse qu'effectue le tribunal concernant l'existence d'un établissement du débiteur revêt un caractère purement factuel. Contrairement à ce qui se produit dans le cas de la "procédure étrangère principale", il n'existe aucune présomption pour ce qui est de déterminer l'existence d'un établissement. Une question juridique se pose quant à savoir si l'expression "non transitoire" renvoie à la durée de l'activité économique en question ou au lieu où elle est exercée. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'existence de dettes et la seule présence de marchandises isolées, de comptes bancaires ou d'autres biens ne satisferaient pas en principe la définition de l'établissement.

¹⁸ Rapport Virgos-Schmit, par. 7.1.

[Cependant, la présence d'un actif conjuguée à un minimum de gestion de cet actif pourrait suffire pour constituer un "établissement".]

Note à l'intention du Groupe de travail

Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure la dernière phrase du paragraphe 75B afin d'introduire de la souplesse pour ce qui est de déterminer ce qui pourrait constituer un établissement et éviter une interprétation étroite.

Article 3. Obligations internationales du présent État [par. 76 à 78]

Article 4. [Tribunal ou autorité compétent]¹ [par. 79 à 83]

Article 5. Autorisation donnée à [insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant] d'agir dans un État étranger [par. 84 et 85]

Article 6. Exception d'ordre public [par. 86 à 89]

Article 7. Assistance additionnelle en vertu d'autres lois [par. 90]

Article 8. Interprétation [par. 91 et 92]

91. [...]

92. Une interprétation harmonisée de la Loi type est facilitée par le Système d'information concernant la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI, dans le cadre duquel le secrétariat de la Commission publie des sommaires de décisions judiciaires (et, le cas échéant, de sentences arbitrales) qui interprètent les conventions et les lois types découlant des travaux de la Commission. Pour de plus amples informations sur ce système, voir le paragraphe 202 ci-après.

CHAPITRE II. ACCÈS DES REPRÉSENTANTS ET CRÉANCIERS ÉTRANGERS AUX TRIBUNAUX DU PRÉSENT ÉTAT – ARTICLES 9 à 14

Article 9. Droit d'accès direct [par. 93]

93. Un des objectifs importants de la Loi type est de donner aux représentants étrangers un accès direct et rapide aux tribunaux de l'État adoptant. L'article 9 se limite à énoncer le principe de l'accès direct du représentant étranger aux tribunaux de l'État adoptant, le dispensant de formalités telles que licences ou action consulaire. L'article 4 traite de la compétence des tribunaux de l'État adoptant pour ce qui est d'accorder des mesures au représentant étranger.

Article 10. Compétence limitée [par. 94 à 96]

Article 11. Demande d'ouverture par le représentant étranger d'une procédure en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] [par. 97 à 99]

Article 12. Participation du représentant étranger à une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] [par. 100 à 102]

100. L'article 12 vise à garantir que lorsqu'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur a lieu dans l'État adoptant, le représentant étranger d'une procédure concernant le débiteur se voit octroyer, par effet de la reconnaissance de la procédure étrangère, la capacité [(ou "légitimité procédurale")] de présenter une requête, une demande ou des conclusions sur des questions telles que la protection, la réalisation ou la répartition des biens du débiteur ou la coopération avec la procédure étrangère.

Note à l'intention du Groupe de travail

Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il faut conserver la référence à la "légitimité procédurale" (voir aussi par. 166 ci-après).

101. [...]

102. [...]

Article 13. Accès des créanciers résidant à l'étranger à une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] [par. 103 à 105]

Article 14. Notification aux créanciers résidant à l'étranger d'une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] [par. 106 à 111]

[Suite dans le document A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1]