

Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite

*Ernest Krings**

INTRODUCTION

1. C'est un lieu commun que de dire que depuis plusieurs années, dans tous les pays qui sont touchés par la crise économique, le nombre de faillites s'est développé d'une manière particulièrement importante, voire inquiétante.

Au problème des faillites concernant surtout le monde des affaires, tant industrielles que commerciales, vient s'ajouter un phénomène plus récent, celui du surendettement, qui concerne le plus souvent les consommateurs.

Certains pays ont résolu l'un et l'autre problème en appliquant tant aux non-commerçants qu'à la catégorie des commerçants les mêmes mécanismes qui tendent à régler le passif par la liquidation de l'actif. En fait, on peut se demander si cette assimilation, vue d'un point de vue humain, est justifiée. Aussi voit-on apparaître dans de nombreux pays des règles spéciales, propres au surendettement, qui prennent certes en considération les intérêts des créanciers, mais qui ont aussi pour objectif de rendre aux débiteurs une place socialement, humainement admissible, viable dans la société.

2. Il y a toutefois un problème qui au fil des dernières décennies a pris un développement de plus en plus considérable. Il s'agit de la mobilité des capitaux, des investissements, des avoirs et des activités qui permet à des débiteurs dont l'insolvabilité est notoire dans un pays, de disposer dans d'autres pays d'avoirs importants, à l'abri des poursuites des créanciers. Le plus souvent ils échappent ainsi pour une part de leur patrimoine aux poursuites collectives fondées sur l'insolvabilité.

Ce phénomène a retenu l'attention des autorités internationales et il est remarquable que dans le même temps des conventions internationales s'élaborent à divers

* Procureur général émérite à la Cour de cassation de Belgique; Avocat général honoraire à la Cour Bénélux; Professeur émérite de procédure civile, Vrije Universiteit Brussel (VUB); Président de l'Institut belge de droit comparé; Commissaire royal honoraire à la réforme judiciaire; membre de la Koninklijke Academie van België voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten; Président du groupe de travail institué par le Ministre belge de la Justice pour élaborer un projet de loi sur la réforme de la procédure de faillite, projet de loi qui vient d'être approuvé par le Parlement belge.

niveaux, qui ont pour objectif de pallier les inconvénients et les lacunes que présentent les législations nationales. Il en va ainsi tant au niveau mondial, que plus spécialement au niveau européen.

3. Le problème consiste à permettre l'exécution d'une décision de faillite dans d'autres pays que celui de l'ouverture. Cette décision emporte non seulement le dessaisissement du débiteur, mais aussi la liquidation de leur patrimoine. Il s'agit donc de mesures d'exécution bien plus importantes que celles que concerne la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ¹.

De plus la question présente de nombreux aspects très délicats. Pour n'en citer que quelques uns, on doit notamment envisager la situation des créanciers dans le pays où la reconnaissance de la faillite a lieu. D'une part, il ne faut pas que ces créanciers soient favorisés, en leur permettant d'exécuter leurs créances sur les biens qui se trouvent dans ce pays, au détriment des créanciers établis dans le pays d'ouverture de la faillite. La règle de l'égalité entre créanciers serait ainsi gravement compromise. D'autre part, il ne faut pas non plus que, sous la couvert de la faillite dans le pays d'ouverture, les biens du failli dans le pays de la reconnaissance soient transférés dans le pays d'ouverture et que les créanciers du pays de la reconnaissance soient frustrés.

Il faut aussi tenir compte des privilèges et des garanties réelles, telles les garanties hypothécaires, qui foisonnent dans de nombreux pays et qui doivent être respectés. A cet égard il existe des règles qui sont d'ordre public et qui diffèrent d'un pays à l'autre, telles notamment les garanties qui existent en faveur de l'Etat en matière fiscale et, le plus souvent aussi, en matière de sécurité sociale.

Tous ces problèmes rendent la reconnaissance et l'unification des règles d'exécution fort difficiles.

4. Trois actes législatifs ont été élaborés au plan international en l'espace de moins d'une décennie. Aucun d'entre eux n'est à ce jour en vigueur.

Le premier émane du Conseil de l'Europe. Il s'agit d'une Convention multilatérale qui a été adoptée à Istanbul le 5 juin 1990 ², mais qui n'a été ratifiée que par un seul pays, à savoir Chypre ("Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite", ci-après dénommée la "Convention du CE").

Le deuxième a été adopté par le Conseil de l'Union Européenne et ouvert à la signature le 23 novembre 1995 ³. Ce texte n'est pas en vigueur, faute de son acceptation par la totalité des Etats membres de l'Union (seule la signature du Royaume-Uni fait défaut) ("Convention relative aux procédures d'insolvabilité", ci-après dénommée

¹ *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, du 27 septembre 1968 (reproduite dans *L'unification du droit*, Annuaire 1967-1968, I, 315).

² *Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite*, faite à Istanbul le 5 juin 1990, reproduite dans *Revue de droit uniforme*, 1990-II, 140. Cette Convention a été signée par la Belgique, Chypre, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg et la Turquie, et seul Chypre l'a ratifiée. Trois instruments de ratification ou d'adhésion sont requis pour son entrée en vigueur.

³ *Convention relative aux procédures d'insolvabilité*, adoptée le 23 novembre 1995 par le Conseil de l'Union européenne.

“Convention de l’UE”).

Le troisième enfin a été adopté le 30 mai 1997 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à sa 30^{ème} session⁴: la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale (ci-après dénommée “Loi type de la CNUDCI”).

5. On remarque d’emblée que tous ces textes datent des années quatre-vingt-dix. C’est dire que l’intérêt suscité par ce problème est de date assez récente.

De plus, les solutions adoptées peuvent être regroupées sous deux titres: d’une part, la reconnaissance des décisions de mise en liquidation prises dans le pays où se situe le principal établissement, par d’autres pays où se trouvent aussi des biens du débiteur et où peut avoir lieu une activité concomitante; d’autre part, les mesures à prendre dans ces derniers pays, notamment par la désignation d’une personne chargée de conserver le patrimoine qui s’y trouve, et aussi par la possibilité d’y ouvrir une faillite dite secondaire, ayant pour objectif la liquidation du patrimoine qui se trouve dans ce pays.

6. Tandis que le premier instrument vise dans son titre la “faillite”, les deux autres se réfèrent à l’ “insolvabilité”. La distinction entre faillite et insolvabilité met l’accent sur un aspect d’ordre juridique qui a son importance.

L’insolvabilité est avant tout une question de fait. Le débiteur n’est plus en état de payer ses dettes et ses biens ne suffisent plus à apurer le passif. L’exécution des créances réduit le débiteur et sa famille à un état de misère particulièrement aiguë.

La faillite est certes aussi une question de fait, mais elle va de pair avec des conditions juridiques, telles, dans certains pays, la qualité de commerçant dans le chef des débiteurs, l’ébranlement du crédit et la cessation des paiements. C’est avant tout cette dernière condition qui le plus souvent suscite les réactions des créanciers.

D’autre part, l’insolvabilité ne donne pas nécessairement lieu, dans certains pays, à l’ouverture d’un règlement collectif, alors qu’il en est presque toujours ainsi en cas de faillite.

En utilisant le mot “insolvabilité” le législateur international cherche à englober toutes les situations, principalement lorsqu’elles donnent lieu à un règlement collectif.

7. Il n’est pas sans importance de souligner que si les organismes internationaux précités se soucient de régler le problème des aspects internationaux de l’insolvabilité, en revanche les Gouvernements paraissent beaucoup plus réticents, de sorte qu’aucun de ces actes n’est entré en vigueur. Celui du Conseil de l’Europe qui est le plus ancien, n’a pas recueilli la faveur des pays qui l’ont signé, puisque seul Chypre l’a ratifié. La Convention de l’Union européenne est bloquée par l’absence de la signature du Royaume Uni et rien ne dit que cette signature interviendra dans un avenir rapproché. Quant aux travaux de la CNUDCI, il faut mettre l’accent sur le fait

⁴ *Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale*, Vienne, 30 mai 1997, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa 30^{ème} session, Vienne 12-30 mai 1997. Le texte officiel est publié en Annexe au *Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trentième session à l’Assemblée Générale des Nations Unies*, A/52/17, et reproduit dans cette *Revue*, 1997-4, p. 768.

que ce sont principalement des pays d'Asie, d'Afrique et d'Amérique du Sud qui y ont participé, alors que plusieurs pays d'Europe n'étaient même pas représentés.

Néanmoins personne ne conteste que le problème existe et qu'il prend parfois des proportions inquiétantes, mais le défaut de collaboration internationale ne permet pas d'y porter remède.

8. Nous prendrons la Convention de l'UE pour point de départ de cet examen. D'une part, cette Convention est la plus complète, en ce sens qu'elle règle d'une manière précise plusieurs aspects de la question, et, d'autre part, parce qu'elle s'inscrit dans un ensemble juridique préétabli depuis près de trente ans et dont l'application est à présent bien rodée: la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

Lorsque cette dernière Convention a été élaborée au début des années soixante, élaboration à laquelle nous avons participé en tant que membre de la délégation belge, les problèmes propres à la faillite ont été expressément réservés parce qu'ils étaient trop complexes. Cela montre toutefois que déjà à cette époque on considérait que les décisions en matière de faillite relevaient normalement de la sphère d'application de la Convention. Il fallait donc les exclure expressément.

Aujourd'hui, les travaux menés au sein de l'Union européenne ont permis de mettre un terme à cette conception, par le truchement, il est vrai, d'une nouvelle Convention. Celle-ci s'inscrit néanmoins dans le cadre de l'exécution des décisions étrangères et ce sont les principes énoncés en 1968, qui servent d'arrière-plan à d'application de la nouvelle Convention.

Il va sans dire que cette base juridique fait défaut dans le cas de la Convention du CE et dans le cas de la Loi type de la CNUDCI.

9. La Convention de l'UE repose sur la mise en oeuvre de trois thèmes principaux: la reconnaissance des décisions rendues dans un Etat de l'Union par les autres Etats membres; l'organisation d'une procédure dite secondaire, dans les Etats autres que celui compétent pour ouvrir une procédure de faillite principale; l'attribution de compétence pour l'interprétation des dispositions de la Convention à la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg.

Les deux premiers thèmes se retrouvent traités, parfois dans les mêmes termes, dans la Convention du CE. La compétence de la Cour de justice ne peut évidemment être prise en considération par le Conseil de l'Europe.

L'instrument de la CNUDCI n'est pas une Convention, mais une loi modèle qui a vocation à être insérée dans la législation des Etats adhérents. Il est toutefois spécifié que si l'Etat qui adopte cette Loi a aussi conclu des conventions ou des traités relatifs au même objet, ces conventions et traités doivent prévaloir sur les dispositions de la Loi (article 3).

Cette Loi type règle plusieurs grandes questions, notamment la reconnaissance des décisions relatives à une faillite principale ouverte dans un autre Etat et les effets de cette faillite dans l'Etat de la Loi type, notamment en ce qui concerne les pouvoirs dont peuvent se prévaloir les syndics ou curateurs nommés dans la faillite principale.

Il faut souligner qu'il y a une distinction fondamentale entre les Conventions dont

Il a été question ci-dessus et le système de la Loi type de la CNUDCI. Dans le cas des Conventions, il existe une réciprocité entre les Etats parties à l'instrument, alors que cette réciprocité n'est pas requise par la Loi type.

Toutefois il est évident que l'idée des promoteurs de cette Loi type est qu'elle soit adoptée et mise en oeuvre par le plus grand nombre possible d'Etats, en sorte qu'une réciprocité de fait existera. On peut même admettre qu'un Etat ajoute à la Loi type qu'il aurait adoptée, une disposition spécifiant que la Loi ne sera applicable qu'en cas de réciprocité de la part de tout autre Etat requérant.

L'examen de ces trois actes législatifs internationaux n'a pas la prétention d'en présenter un commentaire. Le but de la présente étude est de montrer les grandes tendances, les principes qui gouvernent la matière de l'insolvabilité ou de la faillite sur le plan international.

I. LA RECONNAISSANCE DES DECISIONS RENDUES SUR UNE PROCEDURE COLLECTIVE RELATIVE A L'INSOLVABILITE

10. Cette reconnaissance est sans doute le problème le plus fondamental. Lorsqu'une personne cesse d'honorer ses obligations dans un pays où était établi le centre principal de ses activités, il est inadmissible qu'il lui suffise de quitter ce pays et d'aller recommencer une autre, voire parfois la même activité dans un autre pays, même si ce pays est le voisin immédiat de celui où elle se trouve en état d'insolvabilité, en vue d'échapper à l'emprise des procédures collectives suivies à sa charge. Certes, les créanciers, s'ils peuvent établir le lieu où leur débiteur s'est réfugié, peuvent, à titre individuel, le poursuivre sur les biens qu'il y possède, mais ces procédures ont pour trait distinctif de privilégier les créanciers qui disposent des moyens financiers suffisants, parfois importants, pour exercer des poursuites à l'étranger, et de rompre ainsi l'égalité entre les créanciers, égalité qui doit être un des principes fondamentaux des procédures collectives.

Pour pallier cette situation qui, il faut bien le dire, est aujourd'hui sinon générale, au moins très courante, il faut obtenir des Etats qu'ils acceptent de reconnaître sur leur territoire les effets des décisions en matière d'insolvabilité ou de faillite qui sont rendues dans un autre Etat. Tel est l'objet principal des trois actes législatifs ici considérés.

1. Conditions de la reconnaissance

11. Aux termes de l'article 16 de la Convention de l'UE, toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un Etat contractant, compétente en vertu de l'article 3 de la Convention, est reconnue dans tous les autres Etats contractants, dès qu'elle produit ses effets dans l'Etat d'ouverture.

La reconnaissance a donc lieu en vertu de la Convention. Aucune procédure ne doit être engagée à cet effet. Du seul fait que dans un des pays de l'Union une faillite ou une insolvabilité est prononcée par une juridiction, compétente à cet effet dans ce pays, cette procédure collective étend ses effets dans tous les pays de l'Union où le débiteur pourrait disposer de biens ou avoir une activité.

Il s'agit donc, comme dans le cas de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, d'une libre circulation des décisions rendues en matière de procédure collective.

12. En plus de la décision d'ouverture de la faillite, sont aussi reconnues sans aucune formalité les décisions relatives au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité rendues par une juridiction dont la décision d'ouverture est reconnue, ainsi qu'un concordat approuvé par une telle juridiction.

Ces décisions sont exécutées conformément aux dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses modifications.

Ce qui importe le plus, c'est l'absence d'exequatur. Il faut, en effet, que l'exécution d'une décision d'ouverture de faillite puisse avoir lieu avec un minimum de formalités et dans un délai très bref. Tel était aussi l'objectif principal poursuivi par la Convention de Bruxelles précitée.

13. L'article 16 de la Convention de l'UE concerne une procédure d'insolvabilité, c'est-à-dire, ainsi que le précise l'article premier, une procédure collective fondée sur l'insolvabilité du débiteur, qui entraîne le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic.

C'est ici que la distinction entre insolvabilité et faillite prend toute sa signification. Cette reconnaissance se produit même si dans le pays où elle a lieu, le débiteur ne pourrait faire l'objet d'une telle procédure. Il existe, au sein du Bénélux, un exemple caractéristique de cette situation. Alors qu'en Belgique une telle procédure collective n'est applicable qu'à un commerçant, aux Pays-Bas elle peut aussi être appliquée à un non-commerçant, s'agissant d'une personne qui est en état d'insolvabilité notoire. Aux termes de la Convention de l'UE, si une personne établie aux Pays-Bas fait l'objet d'une telle procédure, le jugement qui a donné lieu à son ouverture sera désormais aussi reconnu en Belgique, et les biens qu'elle y possède pourront être appréhendés par le syndic néerlandais, alors même que cette personne ne pourrait faire l'objet d'une telle mesure si elle avait le centre de ses intérêts principaux en Belgique (article 16(1), al. 2).

Les dispositions de la Convention du CE sont moins précises à cet égard, mais il est certain que cette Convention a la même portée puisqu'elle est applicable en Belgique à la faillite, et aux Pays-Bas non seulement à la faillite des commerçants mais aussi des non-commerçants, et il en va de même de la Loi type de la CNUDCI.

14. Cette reconnaissance connaît néanmoins une limite, à savoir les cas dans lesquels elle serait manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat dans lequel le syndic veut exercer ses pouvoirs. Les trois actes contiennent une réserve semblable (article 26 de la Convention de l'UE, article 3 de la Convention du CE et article 6 de la Loi type de la CNUDCI). Toutefois le texte de la Convention de l'UE est le plus précis dès lors qu'il concerne des effets manifestement contraires non seulement à l'ordre public mais aussi aux principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garanties par la Constitution.

15. D'autre part, les trois actes législatifs disposent, à peu de chose près de la même manière, que leurs dispositions se sont pas applicables aux procédures d'insolvabilité qui concernent les entreprises d'assurances et les établissements de crédit, les entreprises d'investissement qui fournissent des services impliquant la détention de fonds ou de valeurs mobilières de tiers, ainsi qu'aux organismes de placement collectif (Convention de l'UE, article premier; Convention du CE, article 1; Loi type de la

CNUDCI, article 1(2)).

Cela signifie donc qu'en cas de faillite d'une de ces entreprises, les dispositions de reconnaissance et de collaboration sur le plan international ne sont pas appliquées. Des règles particulières doivent en effet être respectées lorsqu'une entreprise de ce type est mise en faillite.

16. Les trois actes législatifs posent des conditions à la reconnaissance d'une décision relative à l'insolvabilité ou à la faillite.

La décision doit émaner d'une juridiction ou d'une autorité compétente pour ouvrir une telle procédure ou pour nommer un syndic. Dans la plupart des pays il s'agit d'un tribunal appartenant à l'ordre judiciaire. Il y a aussi des pays où ce sont des autorités administratives qui exercent ce pouvoir.

De plus, seule est compétente la juridiction ou l'autorité de l'Etat où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur (Convention de l'UE, article 3). Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire (*idem*).

La Convention du CE (article 4) et la Loi type de la CNUDCI (article 2(b)) contiennent des dispositions similaires. Cette dernière Loi règle d'une manière circonstanciée (Chapitre III) la procédure qui doit être suivie pour qu'une décision étrangère relative à l'insolvabilité soit reconnue dans l'Etat auquel elle s'applique. Cette reconnaissance n'est en effet pas automatique, comme c'est le cas pour les deux Conventions précitées. Dans ces deux cas, il s'agit d'accords multilatéraux qui engagent les Etats les uns vis-à-vis des autres. Dans le cas de la Loi type il s'agit d'un acte unilatéral de l'Etat, qui ne peut donc pas préjuger des circonstances dans lesquelles la reconnaissance pourrait avoir lieu.

Ainsi la Loi type de la CNUDCI prévoit que la reconnaissance doit être demandée par le syndic nommé dans l'Etat d'ouverture (article 15), après quoi la juridiction compétente statue sur cette demande, selon certaines conditions à prendre en considération (articles 16 et 17). En cas d'urgence, le syndic peut demander l'autorisation, même avant une décision sur la demande de reconnaissance, de prendre des mesures conservatoires des biens du débiteur (article 19).

17. La Convention de l'UE et la Convention du CE règlent aussi la compétence lorsqu'une personne a le centre de ses intérêts principaux dans un pays où, en raison de sa qualité, elle ne peut faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité, alors qu'elle dispose aussi d'un établissement dans un autre pays où une telle procédure peut lui être appliquée. En ce cas, une telle procédure peut être ouverte dans ce dernier pays, mais ses conséquences sont limitées à ce pays. La Convention du CE précise qu'en ce cas ses dispositions ne sont pas applicables (article 4(2)(b)). Si donc une personne non-commerçante qui a le centre de ses intérêts principaux en Belgique, dispose aussi d'un établissement aux Pays-Bas et que, dans ce pays, elle est en état d'insolvabilité, elle peut y faire l'objet d'une telle procédure, mais pour le reste la Convention ne sera pas applicable. Cette dernière restriction ne figure pas dans la Convention de l'UE, mais elle paraît en être une conséquence normale.

18. Aux termes de l'article 4 de la Convention de l'UE, la loi applicable est celle du pays de l'Etat d'ouverture, sauf les dérogations déterminées dans la Convention. C'est donc cette loi qui détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité.

Une telle disposition ne figure pas dans la Convention du CE, non plus que dans la Loi type de la CNUDCI, où, étant donné son objet, elle serait dépourvue de raison d'être.

2. Effets de la reconnaissance

A. Dessaisissement du débiteur

19. L'effet primordial de la reconnaissance d'une décision émanant d'un organe compétent de l'Etat où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux, consiste à étendre à tous les biens que ce débiteur possède ou détient dans l'Etat de la reconnaissance, les mesures de dessaisissement qui frappent le patrimoine dans l'Etat d'ouverture. L'article 17 de la Convention de l'UE dispose que la reconnaissance produit sans autre formalité les effets que la loi de l'Etat d'ouverture lui attribue, sauf disposition contraire de la Convention, ainsi qu'il sera précisé ci-après.

Cette reconnaissance emporte donc non seulement le dessaisissement du débiteur, mais aussi la limitation des droits des créanciers et la liquidation du patrimoine. Les créanciers sont tenus de déclarer leurs créances et à cet égard la Convention contient des précisions.

La Convention de l'UE comporte néanmoins un certain nombre de restrictions quant aux biens frappés d'indisponibilité et quant aux droits des créanciers. Il en est ainsi notamment des droits réels des tiers (article 5), de la compensation (article 6), de la réserve de propriété (article 7) des contrats portant sur un bien immobilier (article 8), des systèmes de paiement et marchés financiers (article 9), des contrats de travail (article 10), des droits soumis à enregistrement (biens immeubles, navires, aéronefs) (article 11), des brevets et marques communautaires (article 12). Les articles 13, 14 et 15 règlent les suites réservées aux actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers et accomplis par le débiteur, la protection des tiers acquéreurs et les effets de la procédure d'insolvabilité sur les instances en cours.

A cet égard, la Convention de l'UE est beaucoup plus détaillée que la Convention du CE puisque celle-ci ne contient aucune des restrictions et précisions qui viennent d'être énumérées ci-dessus, et qui ont en réalité le plus souvent pour but de déterminer le droit applicable. Lorsqu'il est dit, à l'article 6, que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit d'un créancier d'invoquer la compensation de sa créance avec la créance du débiteur, le texte précise qu'il n'en est ainsi que si cette compensation est permise par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable.

Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite

En ce qui concerne la Loi type de la CNUDCI, l'article 20 dispose que la reconnaissance d'une décision d'insolvabilité dans l'Etat d'ouverture a pour effet dans l'Etat qui a adopté la Loi type: 1) d'arrêter toute action individuelle d'un créancier contre le débiteur; 2) d'arrêter toute mesure d'exécution; 3) de suspendre les droits du débiteur de disposer de ses biens.

Des mesures spéciales de protection du patrimoine du débiteur ou des droits des créanciers peuvent être ordonnées par le juge (telle notamment l'audition de témoins, article 21). Cet effet est intimement lié au précédent: si tous les créanciers sont appelés à exercer leurs droits vis à vis du débiteur au sein de la procédure collective qui a été ouverte dans l'un des Etats, il faut aussi empêcher que les créanciers établis dans un autre pays que le pays d'ouverture ne puissent faire valoir leurs droits et les exécuter, au détriment des autres créanciers. Nous verrons ci-après qu'une réserve doit être faite à l'égard des créanciers privilégiés.

B. Pouvoirs du syndic, liquidation de l'actif et règlement du passif

20. Le second effet de la reconnaissance des décisions rendues dans l'Etat d'ouverture, consiste dans la reconnaissance des pouvoirs du syndic désigné dans cet Etat pour l'administration du patrimoine, la liquidation de l'actif et le règlement du passif. Cette question est amplement précisée dans les trois actes législatifs.

La Convention de l'UE permet au syndic d'exercer sur le territoire d'un autre Etat contractant tous les pouvoirs qui lui sont reconnus par la loi de l'Etat d'ouverture. Il peut notamment déplacer les biens du débiteur hors du territoire de l'Etat contractant, en vue de les vendre.

Le syndic doit donner à ses pouvoirs et aux effets de la décision d'ouverture, toute la publicité requise pour que les créanciers soient informés des mesures qu'ils ont à prendre pour la sauvegarde de leurs droits (articles 18 et 21).

Le syndic établit l'existence de ses pouvoirs par la production d'une copie certifiée conforme à l'original, de la décision qui le nomme ou par tout autre certificat établi par la juridiction compétente (article 19).

Aux termes de l'article 18, le syndic exerce ses pouvoirs dans un autre Etat que l'Etat d'ouverture, aussi longtemps qu'aucune autre procédure d'insolvabilité n'y a été ouverte ou qu'aucune mesure conservatoire n'y a été prise à la suite d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans cet Etat. Nous verrons ci-après l'intérêt de cette mesure.

Des dispositions similaires figurent dans la Convention du CE (articles 2, 7, 8, 9, 10 et 11) où, d'une manière générale, les pouvoirs du syndic sont mieux définis que dans la Convention de l'UE.

Il faut notamment souligner la disposition de l'article 8 de la Convention du CE qui permet au syndic, dès sa nomination, de prendre ou de faire prendre, conformément à la loi nationale du pays dans lequel il veut agir, toute mesure nécessaire permettant de protéger ou de préserver la valeur des biens du débiteur, y compris le recours à l'assistance des autorités compétentes de ce pays, sans toutefois déplacer ces biens hors du territoire de ce pays. Ce sont donc des mesures provisoires en attendant la reconnaissance effective de la décision qui l'a nommé (publication de la nomination, article 9).

Aux termes de l'article 11, les pouvoirs du syndic sont suspendus pendant une

période de deux mois commençant le lendemain de la publication de l'acte de nomination. Si durant cette période ou à un stade ultérieur, des requêtes en faillite ou tendant à l'ouverture d'une procédure préventive de faillite ont été introduites à l'égard du débiteur dans le pays où les biens sont situés, les pouvoirs du syndic sont (restent) suspendus jusqu'à la décision rejetant de telles requêtes. Si une telle procédure est ouverte dans ce pays, le syndic ne peut exercer ses pouvoirs (article 14). Il s'agit donc d'un texte plus précis que la disposition similaire qui figure dans la Convention de l'UE.

C. Droits et devoirs des créanciers

21. C'est là le troisième effet de la reconnaissance. Aux termes de l'article 30 de la Convention du CE, dès qu'une procédure d'ouverture de faillite principale ou secondaire (ainsi qu'il sera exposé ci-après) a lieu, le syndic ou l'autorité compétente informe rapidement et individuellement les créanciers connus résidant dans les autres pays. Cette information est accompagnée d'une note qui indique aux créanciers les formalités qu'ils ont à remplir pour faire valoir leurs droits. Les créanciers qui ne résident pas dans l'Etat d'ouverture peuvent produire leurs créances par écrit. Ils y joignent les pièces justificatives.

Des dispositions semblables figurent aux articles 39, 40 et 41 de la Convention de l'UE.

La Loi type de la CNUDCI dispose aussi en ses articles 13 et 14 que les créanciers autres que ceux de l'Etat d'ouverture peuvent faire valoir leurs droits à égalité avec les créanciers de cet Etat. Toutefois c'est le juge de l'Etat d'ouverture qui doit veiller à ce que les créanciers étrangers soient informés.

L'ouverture d'une faillite principale dans un pays a donc pour effet de mobiliser l'ensemble des créanciers du débiteur, même si dans le pays où ces créanciers sont établis, il ne semble pas y avoir d'insolvabilité ou d'état de faillite. Il y a donc une unité d'action qui s'établit dans les divers pays concernés par la procédure principale.

Il s'agit d'un aspect particulièrement important du règlement international de la procédure collective.

D. Réalisation du patrimoine

22. Vient enfin l'effet le plus important de la reconnaissance qui consiste dans la réalisation du patrimoine, y compris les biens qui se trouvent dans l'Etat autre que l'Etat d'ouverture, et le paiement des créanciers, en tenant compte, d'une part, des créanciers privilégiés et, d'autre part, de l'égalité entre les créanciers non-privilégiés (chirographaires).

La Loi type de la CNUDCI dispose expressément (article 21) que le juge peut autoriser le syndic (ou le représentant étranger habilité à exécuter le jugement d'ouverture), à procéder à la réalisation de l'actif et au paiement des créanciers. Il y a lieu de veiller à ce que les intérêts et droits des créanciers établis dans l'Etat de la Loi type soient respectés.

La Convention du CE contient aussi une disposition relative à cette exécution. L'article 10 dispose que le syndic peut accomplir ou faire accomplir tout acte d'administration, de gestion et de disposition des biens du débiteur, y compris leur déplacement hors du territoire de la Partie où ils sont situés, dans le cadre des pouvoirs qui lui

sont conférés selon la loi de la Partie d'ouverture et selon les conditions énoncées dans la Convention.

Le second alinéa dudit article dispose que la mise en oeuvre de ces mesures est régie par la loi de la partie dans le territoire de laquelle les biens sont situés. Ceci vaut principalement pour les immeubles.

La Convention de l'UE ne contient d'autre règle expresse relative à la question de la réalisation et de la distribution aux créanciers que le renvoi aux dispositions de l'Etat d'ouverture (article 4). L'article 17 dispose que la décision d'ouverture produit dans tout autre Etat contractant les effets que lui attribue la loi de l'Etat d'ouverture.

Cette Convention veille à faire respecter l'égalité entre créanciers, notamment en précisant qu'un créancier qui a obtenu satisfaction totale ou partielle en ce qui concerne sa créance, sur des biens du débiteur qui se trouvent sur le territoire d'un autre Etat contractant, doit restituer au syndic ce qu'il a obtenu (sous certaines réserves mentionnées aux articles 5 et 7).

Cette disposition est évidemment essentielle sur le plan international, étant donné que de tels avantages dont pourrait bénéficier un créancier ruinent les fondements mêmes du règlement de l'insolvabilité (ou de la faillite), c'est-à-dire l'égalité entre créanciers, de même rang, de même catégorie.

C'est, au demeurant, l'un des principaux soucis des législateurs internationaux. Il faut à la fois veiller à faire respecter les droits de tous les créanciers, quel que soit le pays où ils demeurent, et empêcher que certains d'entre eux ne puissent être indûment avantagés.

Nous avons déjà constaté ci-dessus que les trois actes législatifs permettent au syndic du pays de l'ouverture, même avant la reconnaissance effective et officielle de la décision de mise en faillite, de faire procéder à des mesures qui contribuent à empêcher que le patrimoine du débiteur ne soit liquidé avant que le syndic puisse faire valoir les pouvoirs dont il dispose.

Nous avons vu aussi que ces pouvoirs ne peuvent être exercés que pour autant que dans le pays de la reconnaissance, une seconde faillite soit ouverte, celle-ci étant en effet plus appropriée pour sauvegarder l'ensemble du patrimoine et pour garantir l'exercice des droits des créanciers, fût-ce sous le couvert d'une procédure collective. La Convention du CE prévoit dans ce but une suspension d'effet des pouvoirs du syndic, à partir du moment où la décision a été reconnue, et ce pour un terme de deux mois. La Convention de l'UE va moins loin, en ce sens que la suspension n'intervient que si une procédure de mise en faillite, procédure secondaire, est introduite.

II. LA DISTINCTION ENTRE PROCEDURE PRINCIPALE ET PROCEDURE SECONDAIRE

23. Le système mis en oeuvre par les trois actes législatifs est fondé sur la reconnaissance des décisions rendues par les organes compétents de l'Etat où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur. Ces décisions sont prises sur la base de la procédure dite *principale*.

Ainsi qu'il vient d'être exposé ci-dessus, les législateurs internationaux admettent que dans les autres Etats, c'est-à-dire ceux où le débiteur a aussi un établissement, centre d'une activité qui n'est toutefois pas principale, une procédure fondée sur l'insolvabilité ou la faillite peut être introduite. En ce cas, il s'agit d'une procédure *secondaire*, c'est à dire, en règle, secondaire par rapport à la procédure principale.

Dans la très grande majorité des cas, la faillite secondaire surviendra après la faillite principale. Mais il est possible aussi qu'elle survienne avant celle-ci. Il est même possible qu'elle intervienne alors qu'une procédure d'insolvabilité principale ne peut avoir lieu, par exemple lorsque cette procédure n'existe pas dans l'Etat où se trouve le centre des intérêts principaux. Nous avons plus haut donné un exemple de ce cas.

24. Une remarque doit retenir l'attention. Au départ, le règlement international de la faillite repose sur le principe de l'unicité de la faillite. Il faut que la totalité du patrimoine, où qu'il se trouve, donne lieu à une liquidation dont le produit revient à l'ensemble des créanciers, qu'ils aient leur domicile dans l'Etat d'ouverture ou dans un autre Etat. La règle de l'égalité entre créanciers s'impose.

Mais cette unicité ne peut pas être maintenue à tout prix. Il faut admettre que l'insolvabilité qui se produit dans d'autres pays que celui du centre des intérêts principaux, peut aussi donner lieu à un règlement collectif. En ce cas cette faillite ou cette insolvabilité doit être secondaire, ne pas primer celle de l'Etat d'ouverture. En fait l'unicité est respectée, ainsi que nous allons le voir dans la mise en oeuvre de cette procédure secondaire.

Il y a donc deux situations qui sont apparemment inconciliables. La solution à laquelle les législateurs internationaux ont donné la préférence, est un compromis.

25. Les règles qui s'y rapportent dans les trois actes législatifs sont fort similaires.

La Convention de l'UE consacre le chapitre III à la procédure secondaire.

Aux termes de l'article 27, cette procédure secondaire est possible, même si dans l'Etat où elle est requise, il n'y a pas d'insolvabilité. Cette procédure peut être initiée à la requête du syndic de la procédure principale ou par toute autre personne habilitée à ce faire par la loi de l'Etat sur le territoire duquel la demande est introduite.

Tout créancier peut produire sa créance tant à la procédure principale qu'à la procédure secondaire. Le syndic à la procédure principale peut demander la suspension de toutes les opérations de liquidation sur la procédure secondaire. Le syndic de la procédure principale et le syndic de la procédure secondaire doivent collaborer et s'informer réciproquement tant en ce qui concerne l'actif que le passif.

Le texte de la Convention du CE est plus complet que celui de la Convention de l'UE, mais on peut admettre que la plupart des solutions qui sont expressément réglées dans la Convention du CE peuvent aussi être appliquées aux situations prévues par la Convention de l'UE. Mais il n'en est pas toujours ainsi.

Alors que la Convention de l'UE dispose sans aucune restriction que, si la liquidation des actifs de la procédure secondaire permet de payer *toutes* les créances admises dans cette procédure, le syndic transfère sans délai le surplus d'actif au syndic de la procédure principale, la Convention du CE est plus précise, mais aussi plus restrictive: les créances assorties d'un privilège ou d'une sûreté réelle, celles qui sont de droit public et celles liées à l'exploitation d'un établissement du débiteur ou qui résultent d'un emploi ... sont vérifiées et, après leur admission, sont satisfaites par le produit de la liquidation de l'actif de la faillite secondaire. Après le paiement de ces créances, le surplus de l'actif est ajouté à l'actif de la faillite principale. Dès lors, toutes les autres créances que celles qui viennent d'être mentionnées, sont soumises au règlement général de la procédure principale.

Si la loi applicable à la faillite secondaire prévoit la possibilité d'un concordat, ce concordat ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du syndic de la faillite principale. Cet accord ne peut être refusé s'il est prouvé que ce concordat n'affecte pas les intérêts financiers des créanciers de la faillite principale.

Il y a donc des différences entre les deux Conventions. La Convention du CE paraît avoir cerné le problème de plus près.

La Loi type de la CNUDCI envisage aussi la possibilité de faillites ou d'insolvabilités prises simultanément en compte dans l'Etat de la Loi type et dans un autre Etat. Bien que cette Loi fasse aussi la distinction entre faillite principale et faillite secondaire (sans utiliser néanmoins le mot), le texte est limité aux effets que peut produire la reconnaissance d'une faillite dans un autre Etat, même s'il s'agit d'une faillite principale, sur la mise en oeuvre de la faillite ouverte dans l'Etat de la Loi type. En principe, la faillite prononcée dans un autre Etat ne peut porter atteinte à la procédure engagée dans l'Etat de la Loi type.

Il faut toutefois remarquer que la Loi dispose expressément que les autorités judiciaires compétentes doivent collaborer avec les autorités étrangères chargées de l'administration de la faillite. Nous reviendrons dans un instant sur cet important aspect du problème.

26. Ce bref examen relatif à la coexistence de procédures simultanées concernant l'insolvabilité et la faillite dans plusieurs Etats, montre le souci du législateur international de coordonner ces procédures, afin de soumettre la totalité du patrimoine du débiteur aux mêmes règles de liquidation et de partage entre les créanciers. Malgré cet effort, il reste des difficultés inhérentes (comme le montre plus précisément la Convention du CE) à l'existence de très nombreux privilèges et priorités qui garantissent les droits de certains créanciers. Ces privilèges sont incontournables. La Convention de l'UE a tenté de porter remède à cette grande diversité, mais elle ne semble pas y avoir réussi. Sans doute est-ce là un problème auquel des études approfondies de droit comparé, comme celles que réalise Unidroit, pourraient apporter une solution. Ce serait un grand bien pour la communauté internationale.

III. LA COLLABORATION INTERNATIONALE

27. Le texte de la CNUDCI est le plus précis au sujet de ce problème, qui est sans doute le plus important en ce qui concerne les effets de l'insolvabilité et de la faillite sur le plan international. La collaboration entre les divers organes appelés à prendre des décisions, qui ont des répercussions dans divers Etats, est un élément essentiel si l'on veut obtenir des résultats positifs.

Le chapitre IV de la Loi type des Nations Unies est intitulé "Coopération et communication directe entre le tribunal du présent Etat et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers". Il est exceptionnel d'organiser une coopération entre juridictions relevant d'Etats distincts. Une telle coopération est bien souvent inexistante, même dans des domaines où elle serait essentielle, notamment en matière pénale. Le texte de la Loi type est à cet égard exemplaire, parce que dans la mesure où cette Loi est insérée dans la législation interne d'un Etat (ce qui est l'objectif de cette Loi), c'est la législation de ce pays qui encourage ses propres juridictions à coopérer avec celles des pays étrangers.

L'article 25 dispose que dans les matières définies à l'article premier (c'est-à-dire l'insolvabilité), le juge collabore au maximum avec les juges étrangers, soit directement, soit par les personnes habilitées à le faire. Le juge peut aussi communiquer ou demander des informations directement aux juridictions et aux représentants étrangers (ici les syndics désignés à l'étranger).

De même, aux termes de l'article 26, le syndic d'une faillite ouverte dans le pays de la Loi type doit coopérer avec les autorités étrangères, spécialement les juridictions et les syndics nommés dans ces autres Etats.

L'article 27 détermine plusieurs formes de collaboration: 1) désignation d'un syndic compétent pour exercer lesdites fonctions sous la direction du juge; 2) détermination des moyens de communication considérés les plus appropriés par le juge; 3) coordination des mesures à prendre en vue de l'administration des biens du débiteur; 4) approbation et extension par le juge de tous accords relatifs aux procédures; 5) coordination de procédures simultanées relatives au même débiteur.

Ce ne sont là, dit l'article 27, que quelques exemples, ce qui signifie que les juridictions peuvent entreprendre d'autres actions en vue d'améliorer la collaboration.

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, ces dispositions supposent évidemment un minimum de réciprocité de la part des autres Etats, avec lesquels des procédures similaires sont engagées. Une collaboration suppose nécessairement une entente préalable entre Etats. En principe, dans l'esprit des rédacteurs du texte, cette réciprocité devrait naître du fait que la même loi serait adoptée dans de nombreux pays, spécialement ceux où les rapports nés de l'insolvabilité sont les plus fréquents.

28. La Convention de l'UE et la Convention du CE sont moins explicites à ce sujet. Néanmoins, elles contiennent l'une et l'autre une disposition relative à la collaboration qui doit exister entre syndics, notamment lorsqu'il y a, à la fois, une faillite principale et une faillite secondaire.

La Convention de l'UE dispose en son article 31 que les syndics des procédures principales et des procédures secondaires sont tenus d'un devoir réciproque d'information et de collaboration. D'une manière plus sommaire, l'article 25 de la Convention du CE prévoit le devoir de communication de toute information pouvant être utile à l'autre procédure.

De plus les syndics désignés dans un Etat sont aptes à exercer leurs pouvoirs dans les autres Etats contractants.

IV. L'INTERPRETATION DE LA CONVENTION DE L'UE PAR LA COUR DE JUSTICE A LUXEMBOURG

29. Cette question ne concerne évidemment que l'Union européenne. Elle constitue néanmoins un exemple important de coopération internationale.

Grâce à la compétence d'interprétation attribuée à la Cour de justice des Communautés européennes, une interprétation uniforme de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 a été réalisée. Tous les pays membres de l'Union s'adressent à la Cour par voie de question préjudicielle pour obtenir l'interprétation des dispositions de la Convention.

Dans la plupart des cas de lois uniformes, dont le but est de réaliser sur les questions auxquelles elles s'appliquent, un traitement identique, des divergences d'interprétation au niveau le plus élevé des juridictions, le plus souvent les Cours de cassation, se font jour et empêchent que l'objectif que poursuivaient les auteurs des textes puisse être réalisé.

Aussi est-ce très opportunément que la Convention sur l'insolvabilité dispose elle-même que son interprétation peut être soumise par voie de question préjudicielle à la Cour de Luxembourg.

30. Il y a néanmoins des différences entre la compétence attribuée à la Cour de justice en ce qui concerne la Convention du 27 septembre 1968 et celle prévue dans la Convention du 23 novembre 1995 relative aux procédures d'insolvabilité.

La compétence relative à la Convention du 1968 résulte non pas de la Convention, mais d'un protocole⁵. Ce protocole oblige les Cours de cassation de saisir la Cour de Luxembourg chaque fois qu'une question d'interprétation de la Convention est nécessaire pour permettre à la Cour de cassation de statuer sur le pourvoi. Les juridictions qui statuent sur le fond des procès ne peuvent pas saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle.

En ce qui concerne la Convention du 23 novembre 1995, la compétence de la Cour de justice est déterminée par la Convention même. C'est un indéniable progrès.

Aux termes de l'article 44, les juridictions indiquées dans cet article peuvent demander à la Cour de justice de statuer, à titre préjudiciel, sur une question soulevée dans une affaire pendante devant elles et portant sur l'interprétation des instruments mentionnés à l'article 43(1), lorsqu'elles estiment qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre leur jugement.

⁵ Protocole du 3 juin 1971.

Il résulte de ce texte que seules les juridictions les plus élevées sont habilitées à poser une question préjudicielle. Cela n'est donc pas permis aux juridictions du fond (tribunaux de première instance et Cours d'appel). D'autre part il n'y a pas d'obligation pour une Cour de cassation de poser la question. Il s'agit d'une faculté.

De plus, les questions préjudicielles peuvent aussi porter sur l'interprétation des annexes A, B et C de la Convention. Une question pourrait notamment concerner les pouvoirs d'un curateur, en Belgique, ou la procédure de "surséance van betaling", aux Pays-Bas.

31. L'article 45 organise une sorte de pourvoi dans l'intérêt de la loi. Les procureurs généraux près les Cours de cassation ou toute autre autorité compétente désignée par un Etat contractant (il y a en effet, de nombreux pays où la fonction de procureur général près la plus haute juridiction n'existe pas) peuvent demander à la Cour de Justice de se prononcer sur une question d'interprétation des instruments mentionnés à l'article 43(1) (voir ci-dessus), si des décisions rendues par des juridictions de cet Etat sont en contradiction avec l'interprétation donnée soit par la Cour de Justice, soit par une décision d'une juridiction d'un autre Etat contractant (c'est-à-dire une des Cours de cassation ou leur équivalent).

Cette procédure ne peut être engagée que si les décisions incriminées sont passées en force de chose jugée (lorsqu'elles ne sont donc plus susceptibles d'aucun recours). L'interprétation donnée sur une telle demande est sans effet sur ces décisions.

Il s'agit d'une disposition qui existait déjà, sous une autre forme, dans le protocole à la Convention de 1968, mais qui a été peu appliquée. Cette disposition suppose qu'il existe entre les diverses juridictions intéressées, ou au moins au niveau des procureurs généraux ou des autorités compétentes, un réseau d'information réciproque. C'est ainsi que peut s'établir une réelle collaboration judiciaire, qui rejoint, à cet égard, les propositions de collaboration qui ont été faites dans la Loi type de la CNUDCI. On ne peut que s'en réjouir.

CONCLUSION

32. Il nous paraît résulter de cet examen d'ensemble des trois actes législatifs que le législateur international part du principe de l'unicité de l'insolvabilité ou de la faillite. Il n'y a, en effet, qu'une seule procédure principale, à savoir celle qui est ouverte dans l'Etat où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur. En règle générale, tous les éléments du patrimoine et l'ensemble du passif doivent être concentrés dans la procédure principale.

On ne peut toutefois éviter, pour de multiples motifs, que dans d'autres Etats des procédures soient aussi ouvertes. Il s'agit, en ce cas, de procédures secondaires, qui sont associées à la procédure principale. L'un des éléments qui peut justifier l'ouverture d'une telle procédure tient à l'existence de créances garanties par des privilèges ou des hypothèques. Un autre élément peut tenir à la qualité du débiteur, celle-ci ne permettant pas l'ouverture d'une procédure principale.

Au départ de ce principe d'unicité, les trois actes législatifs sont fondés sur la reconnaissance, sans formalité, des décisions qui constatent l'insolvabilité et déterminent les règles de gestion, de liquidation et de partage de l'actif entre les créanciers. D'autre part, ils organisent une collaboration aussi étroite que possible entre les organes

appelés à gérer l'insolvabilité et à prendre des décisions, notamment les juridictions compétentes.

Cette collaboration, spécialement en ce qu'elle vise aussi les organes judiciaires, doit être particulièrement soulignée. Elle constitue un pas important au niveau des relations internationales.

Il en va de même, mais sur un plan plus restreint de la compétence reconnue à une juridiction supranationale, pour l'interprétation des dispositions de la Convention de l'Union européenne. Réaliser l'unité d'interprétation est, en effet, un élément essentiel pour garantir l'efficacité des dispositions conventionnelles.

Hélas, tous ces avantages restent lettre morte, aussi longtemps que dans le chef des Gouvernements, la volonté politique d'aboutir fait défaut.



RECENT ACHIEVEMENTS IN THE INTERNATIONAL UNIFICATION OF INSOLVENCY AND BANKRUPTCY LAW (Abstract)

Ernest Krings, Public Prosecutor emeritus, Supreme Court (Belgium); Honorary Advocate General, Benelux Court; emeritus Professor of Civil Procedure at the Vrije Universiteit Brussel (VUB); President of the Belgian Institute of Comparative Law; Honorary Royal Commissioner for judicial reform; member of the Koninklijke Academie van België voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten; Chairman of the working group set up by the Belgian Minister of Justice to draft the new law on insolvency proceedings which has just been approved by the Belgian Parliament.

The recognition and enforcement of foreign judgments in insolvency proceedings raises complex questions: the divestment and liquidation of debtors' assets, the protection of creditors, the applicability of binding national rules in respect of preferential claims and liens and security interests, and so forth. It was this very complexity which caused the issue of insolvency to be excluded from the scope of the 1968 Brussels Convention.

Over the past decade, however, no fewer than three pieces of international legislation have appeared on the scene: the Council of Europe's 1990 European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy, the 1995 convention of the European Union on Insolvency Proceedings, and the 1997 UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. In this paper, the author examines the broad trends evidenced in these three instruments in the matter of insolvency and bankruptcy.

Whereas the recognition of a decision to open bankruptcy proceedings rendered in another Contracting State is automatic (hence not requiring exequatur) where the two Conventions are concerned, the Model Law on the other hand does lay down procedural requirements since there is no reciprocity. The instruments have many points in common, such as the reservation on public policy in the enforcing State and the exclusion of certain categories of debtors. As to the effects of recognition, the author examines the different angles in turn: divestment of the debtor, powers of the liquidator, rights and duties of creditors, realisation of assets, highlighting the unique features of each instrument.

The system set in place by the international instruments is based on the principle of indivisibility of bankruptcy, according to which all the debtor's assets, wherever they might be located, are liquidated and the proceeds divided up amongst the creditors, either in the State where the proceedings were opened or in another State. However, all three texts make

Ernest Krings

provision for the contingency of insolvency proceedings commencing in another State (i.e. secondary as opposed to main proceedings) and permit the co-existence of simultaneous proceedings, submitting the debtor's assets in their entirety to the same rules in respect of liquidation and distribution of claims. While welcoming the considerable effort made to reconcile positions in this extremely sensitive area, the author nevertheless stresses the limitations of the resulting compromise, on account of the numerous preferential and priority arrangements which guarantee the rights of certain categories of creditors at the national level.

International co-operation (between the judicial authorities and the liquidators) is vital, particularly as regards the effects of international insolvency proceedings. All three texts address this issue, but the UNCITRAL Model Law offers the most detailed provisions. Finally, the author examines the mechanisms instituted under the Convention of the European Union to ensure its uniform interpretation, with powers vested in the European Court of Justice to issue preliminary rulings at the request of State jurisdictions authorised to do so, or to give rulings on interpretation a posteriori, thus laying the foundations for genuine judicial co-operation.

These recent efforts to unify the international rules on insolvency represent a real step forward. It is a great pity therefore that neither of the Conventions is in force, for lack of political will on the part of Governments.

