Nations Unies A/CN.9/989

Assemblée générale

Distr. générale
28 mars 2019
Français
Original : anglais/arabe/espagnol

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Cinquante-deuxième session
Vienne, 8-26 juillet 2019

Examen de questions concernant le droit de l'insolvabilité

Finalisation et adoption d'une loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises

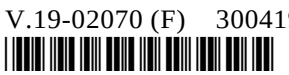
Compilation des commentaires reçus au sujet du projet de loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises tel qu'il figure dans l'annexe du rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/966)

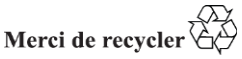
Note du Secrétariat

Table des matières

		Page
I.	Introduction	2
II.	Compilation des commentaires	2
	A. Gouvernements	2
	1. Équateur	2
	2. Bahreïn	4
	3. Suisse	6
	B. Organisations intergouvernementales	7
	1. Fonds monétaire international	7
	C. Organisations non gouvernementales internationales	8
	1. Institut européen du droit	8

V.19-02070 (F) 300419 020519





I. Introduction

1. Conformément au mandat que la Commission avait confié à son Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) en le chargeant d'examiner la question de l'insolvabilité des groupes d'entreprises[1], celui-ci s'est attaché à mettre au point un projet de texte législatif sur cette question durant un certain nombre de sessions. Il a achevé ces travaux à sa cinquante-quatrième session (Vienne, 10-14 décembre 2018) en approuvant le texte du projet de loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises figurant dans l'annexe du rapport sur les travaux de cette session et en priant le Secrétariat de le transmettre aux États Membres pour qu'ils fassent part de leurs commentaires, avant de le soumettre à la Commission pour qu'elle l'examine à sa cinquante-deuxième session, en 2019 (A/CN.9/966, par. 110).

2. En janvier 2019, les gouvernements et les organisations internationales compétentes invitées aux sessions du Groupe de travail ont été priés de présenter des commentaires sur le projet de loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises, tel qu'approuvé par le Groupe de travail à sa cinquante-quatrième session.

3. Le présent document regroupe, dans l'ordre de leur réception, les commentaires sur le projet de loi type, commentaires dont le texte est traduit tel qu'il a été reçu par le Secrétariat, seule la mise en forme ayant été modifiée.

II. Compilation des commentaires

A. Gouvernements

1. Équateur

[Original : espagnol]
[26 février 2019]

Le projet de loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises, qui s'applique aux groupes d'entreprises dont un ou plusieurs membres font l'objet de procédures d'insolvabilité, porte sur la conduite et l'administration de ces procédures et la coopération internationale entre celles-ci.

- Désignation d'un représentant du groupe

Comme défini à l'article 2 e) du projet de loi type, « le terme "représentant du groupe" désigne une personne ou un organe, même désigné à titre provisoire, autorisé à agir en qualité de représentant d'une procédure de planification ».

L'article 9 du projet de loi type, qui comprend deux paragraphes, énonce ce qui suit (soulignement ajouté) :

Coopération et communication directe entre un tribunal du présent État et d'autres tribunaux, des représentants de l'insolvabilité et tout représentant désigné du groupe

1. En ce qui concerne les questions visées à l'article premier, le tribunal coopère dans toute la mesure possible avec d'autres tribunaux, des représentants de l'insolvabilité et tout représentant désigné du groupe, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant de l'insolvabilité désigné dans le présent État ou d'une personne chargée d'agir suivant les instructions du tribunal.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/69/17), par. 155.

2. Le tribunal est habilité à communiquer directement avec d'autres tribunaux, des représentants de l'insolvabilité ou tout représentant désigné du groupe, ou à leur demander directement des informations ou une assistance.

Enfin, l'article 16 du projet de loi type dispose ce qui suit (soulignement ajouté) :

Pouvoir de conclure des accords concernant la coordination de procédures d'insolvabilité

Un représentant de l'insolvabilité et tout représentant désigné du groupe peuvent conclure un accord concernant la coordination de procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus du groupe d'entreprises, y compris lorsqu'une solution collective à l'insolvabilité est en cours d'élaboration.

Ces trois articles font référence à la désignation d'un représentant du groupe, mais ne précisent pas l'autorité chargée de procéder à cette désignation. Le Bureau du Surintendant des entreprises, des valeurs et des assurances estime que cette information devrait être indiquée dans ces articles, comme c'est le cas à l'article 19-1 du projet de loi type[2]. À défaut de cela, par souci de clarté, le Bureau du Surintendant propose d'insérer, aux articles 2, 9 et 16, un renvoi à l'article 19-1.

- Différence entre une solution collective à l'insolvabilité et une procédure d'insolvabilité

L'article 2 f) du projet de loi type définit une solution collective à l'insolvabilité comme étant « une proposition ou une série de propositions élaborées dans le cadre d'une procédure de planification aux fins du redressement, de la vente ou de la liquidation de tout ou partie des biens et activités d'un ou de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises, avec l'objectif de protéger, de préserver, de réaliser ou d'accroître la valeur combinée globale de ces membres ». À l'article 2 h) du projet de loi type, il est indiqué que le terme de procédure d'insolvabilité désigne « une procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, régie par une loi relative à l'insolvabilité, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires d'un débiteur membre d'un groupe d'entreprises sont ou étaient soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente à des fins de redressement ou de liquidation ».

Le Bureau du Surintendant des entreprises, des valeurs et des assurances propose que le projet de loi type opère une distinction entre ces deux concepts du point de vue de leur champ d'application. À cette fin, une solution collective à l'insolvabilité pourrait être définie comme une procédure qui aide les débiteurs à s'acquitter de leurs obligations, à régulariser leur relation avec leurs créanciers et à assurer la poursuite de l'activité de leur entreprise, tandis qu'une procédure d'insolvabilité pourrait être définie comme une procédure visant à réaliser les biens d'un débiteur afin de couvrir son passif dans le cadre d'une procédure de faillite. Si cette distinction devait être faite, il serait judicieux d'indiquer qu'une solution collective à l'insolvabilité a pour finalité d'éviter une procédure d'insolvabilité. En conséquence, l'ouverture d'une procédure de planification en vue d'élaborer et de mettre en œuvre une solution collective à l'insolvabilité devrait faire obstacle à l'ouverture ou à la poursuite d'une procédure d'insolvabilité. La Commission voudra peut-être envisager d'insérer dans le projet de loi type un article spécialement consacré à la formulation de ce principe.

Il convient de noter que la teneur de la proposition décrite ci-dessus est implicitement contenue à l'article 20 f) du projet de loi type. Cet article, qui traite des mesures disponibles dans le cadre d'une procédure de planification, dispose que, dans la mesure nécessaire pour préserver la possibilité d'élaborer ou de mettre en œuvre une

[2] Cette disposition s'énonce comme suit (soulignement ajouté) : « **Article 19. Désignation d'un représentant du groupe et pouvoir de demander des mesures** 1. Lorsque les exigences visées aux alinéas g) i) et g) ii) de l'article 2 sont satisfaites, le tribunal peut désigner un représentant du groupe. Une fois désigné, le représentant du groupe s'efforce d'élaborer et de mettre en œuvre une solution collective à l'insolvabilité. »

solution collective à l'insolvabilité, le tribunal compétent peut, entre autres, suspendre « toute procédure d'insolvabilité visant un membre du groupe d'entreprises participant à la procédure de planification ». La même mesure est prévue à l'article 22 c), qui traite des mesures provisoires disponibles dans le cadre de la demande de reconnaissance d'une procédure de planification étrangère.

- Définition de l'obligation de loyauté des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe

Bien que cette question ne soit pas traitée dans le projet de loi type, le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (Vienne, 10-14 décembre 2018) comprend ce qui suit :

V. Obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe

112. Le Groupe de travail est convenu d'apporter au document A/CN.9/WG.V/WP.153 les modifications suivantes : [...] g) Au paragraphe 11, remplacer la première phrase par ce qui suit : « Pour déterminer ce qui est dans l'intérêt du membre du groupe qu'il dirige, l'administrateur peut évaluer et prendre en compte différents intérêts. Ces intérêts peuvent également inclure les intérêts d'autres membres du groupe, ou du groupe dans son ensemble, lorsque ces derniers sont également compatibles avec ceux du membre du groupe qu'il dirige ».

À cet égard, le Bureau du Surintendant souhaiterait proposer à la Commission d'indiquer que les administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe doivent agir de manière à favoriser le succès des entreprises qu'ils représentent dans l'intérêt avant tout des actionnaires ; et que, pour ce faire, ils voudront peut-être tenir compte des points de vue de différentes parties prenantes, telles que les autres entreprises faisant partie du groupe. En conséquence, en cas de conflits d'intérêts entre les actionnaires d'une entreprise et d'autres membres du groupe, les administrateurs devraient servir les intérêts de ces actionnaires, qui ont priorité sur les intérêts des autres parties prenantes.

2. Bahreïn

[Original : arabe]
[14 mars 2019]

...

En réponse à l'invitation que la CNUDCI a faite aux États Membres en leur demandant de lui soumettre des commentaires au sujet du projet de loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises, le Département juridique du Conseil de développement économique a le plaisir de présenter les commentaires suivants.

Premièrement, en ce qui concerne la définition d'un groupe d'entreprises, qui est formulée à l'article 2 du projet de loi type :

Au paragraphe 2 b), un groupe d'entreprises est défini comme étant « deux entreprises ou plus liées entre elles par un contrôle ou une participation importante ». Cette définition, en particulier les mots « contrôle » et « participation importante », pose certaines difficultés et pourrait conduire à des divergences dans la manière de définir et d'interpréter le terme concerné, ce qui ne serait guère propice au commerce international.

Par conséquent, il est proposé de définir le terme « groupe d'entreprises » de manière plus précise, afin d'éviter toute divergence dans son application ou son interprétation. La définition devrait inclure les notions de filiale et d'entreprise mère. Une entreprise devrait être considérée comme une filiale si elle est contrôlée

directement ou indirectement par une entreprise mère, soit parce que celle-ci détient plus de la moitié du capital de la filiale, soit parce qu'elle a le droit de contrôler la prise de décision ou la composition du conseil d'administration ou de désigner le directeur, ou qu'elle possède une certaine quantité d'actions qui lui permettent de le faire.

Deuxièmement, au paragraphe 12.1, il est indiqué que, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, le représentant du groupe désigné dans le présent État coopère dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers et les représentants [étrangers] [de l'insolvabilité] [d'autres] [des] membres du groupe d'entreprises pour faciliter l'élaboration et la mise en œuvre d'une solution collective à l'insolvabilité.

D'après le libellé de ce paragraphe, la coopération a seulement pour objet de « faciliter l'élaboration et la mise en œuvre d'une solution collective à l'insolvabilité ». Il serait préférable d'élargir cet objet, afin d'y inclure des points tels que la gestion équitable et efficace des procédures d'insolvabilité internationale aux fins de la protection des intérêts de tous les créanciers ; la protection de la valeur combinée globale des activités et des biens des membres d'un groupe d'entreprises touchés par l'insolvabilité ; le sauvetage des groupes d'entreprises en difficulté financière ; et d'autres finalités exposées dans le projet de loi type.

Troisièmement, les paragraphes 1 et 2 de l'article 17 prévoient qu'un membre du groupe d'entreprises dont le centre des intérêts principaux est situé dans un autre État peut participer à la procédure d'insolvabilité dans le but de faciliter la coopération et la coordination, y compris pour élaborer et mettre en œuvre une solution collective à l'insolvabilité.

Il est suggéré d'insérer à l'article 17 une disposition selon laquelle un membre d'un groupe d'entreprises a le droit de recevoir des informations au sujet d'une procédure d'insolvabilité à condition qu'il informe le tribunal compétent de l'État dans lequel a lieu cette procédure de son souhait d'y participer. Cette disposition permettrait d'assurer l'efficacité de la procédure d'insolvabilité et de garantir le droit des membres d'un groupe d'entreprises à y participer.

Quatrièmement, l'article 19, relatif aux mesures disponibles dans le cadre d'une procédure de planification, traite des mesures qu'un tribunal peut accorder à la demande du représentant du groupe, telles que la suspension des mesures d'exécution à l'encontre des biens d'un membre du groupe, la suspension du droit de transférer ces biens, l'interdiction de l'ouverture ou de la poursuite d'actions individuelles, etc. Il est proposé d'y ajouter un nouveau paragraphe visant à faire en sorte que la suspension ou l'interdiction d'un processus ou d'une procédure ait des effets sur le délai de prescription, de telle façon que la prise d'une telle mesure en application de l'article 19 entraîne une suspension du délai pendant lequel ce processus ou cette procédure doit avoir lieu conformément aux dispositions d'une loi ou d'un accord. Si les lois d'un État exigent que des poursuites soient engagées dans un certain délai, mais que les créanciers ne sont pas en mesure de le faire en raison d'une interdiction, celle-ci devrait également avoir un effet suspensif sur le délai de prescription, et ne pas entraîner uniquement un arrêt des poursuites. Ce paragraphe pourrait s'énoncer comme suit :

> Si le moratoire prévu dans le présent article interdit à une personne de prendre une mesure à l'encontre du débiteur ou de la masse de l'insolvabilité, mais que cette mesure devrait être prise dans un délai précis conformément au droit applicable ou à un accord, alors ce délai est automatiquement suspendu pendant la période de validité du moratoire.

3. Suisse

[Original : anglais]
[15 mars 2019]

Le paragraphe 76 du rapport du Groupe de travail V sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/966) rend compte de l'inquiétude qu'une délégation a exprimée concernant « l'inclusion des projets d'articles 29 à 31 en tant que dispositions supplémentaires », en se demandant « notamment pourquoi et à quelles fins ces dispositions étaient présentées comme supplémentaires ». Si elle se félicite de l'approche que le Groupe de travail a adoptée en divisant le projet de loi type entre dispositions « fondamentales » et « supplémentaires », la délégation suisse reconnaît néanmoins le bien-fondé de toute demande d'explications quant au choix de cette approche. En réponse à la demande susmentionnée, il a été rappelé, comme indiqué dans le rapport, que « le Groupe de travail s'était déjà penché sur ces questions à ses sessions précédentes ». Il a également été noté, à juste titre, que « les paragraphes 25, 26, 205 et 206 du projet de guide précisaient les raisons de la démarche suivie dans les articles 29 à 31 ».

De l'avis de la délégation, si ces explications sont suffisantes – et essentielles – dans le contexte du rapport explicatif, des informations supplémentaires sur les motifs qui sous-tendent la division entre dispositions « fondamentales » et « supplémentaires » pourraient néanmoins être utiles à la Commission, bien qu'il ne soit pas forcément nécessaire d'en fournir dans le guide. La délégation suit ce projet depuis ses tous premiers stades et, pour autant qu'elle se souvienne, il existe une absence fondamentale de consensus au sujet de l'inclusion de dispositions qui s'écarteraient du principe selon lequel le centre des intérêts principaux d'une entreprise est le principal (et le seul) critère applicable pour l'ouverture et la conduite d'une procédure d'insolvabilité à son encontre (même en tant que membre d'un groupe). Les propositions qui figurent actuellement dans les dispositions « supplémentaires » contiennent – au moins du point de vue de la délégation – une exception au principe susmentionné qui, même dans le contexte de l'insolvabilité d'un groupe d'entreprises, ne serait pas justifiée.

La délégation estime que les avantages potentiels de la souplesse quant au choix du tribunal compétent pour administrer une procédure d'insolvabilité ne compensent pas le préjudice que l'insécurité juridique concernant le for de l'insolvabilité, et donc la *lex fori concursus*, porte aux relations contractuelles et financières des membres du groupe en dehors du contexte de l'insolvabilité. Un certain nombre de délégations, dont celle de la Suisse, étaient d'avis que ces réserves ne devaient pas nécessairement faire obstacle à l'adoption d'une approche plus souple s'agissant des critères de compétence, en particulier lorsqu'on estimait que l'octroi de cette souplesse favorisait une administration plus efficace de la procédure d'insolvabilité. Cette approche, qui permet à certains États de s'attacher à leurs principes fondamentaux (c'est-à-dire de n'appliquer que les dispositions « fondamentales ») sans en empêcher d'autres de suivre d'autres approches (les dispositions « supplémentaires ») a été à l'origine du compromis qui a conduit à la structure actuelle de la loi type, à savoir sa division entre dispositions « fondamentales » et « supplémentaires ». En définitive, cette démarche a servi de fondement à un compromis général pour la poursuite des travaux sur ce projet, et permis d'aboutir à la version actuelle du projet de loi type.

En résumé, si la nécessité d'insérer un titre distinct relatif aux dispositions « fondamentales » est sujette à débat, la délégation estime qu'il est absolument nécessaire, dans le cadre de la loi type, de maintenir les recommandations 30 à 32 sous le titre « dispositions supplémentaires » (ou « dispositions optionnelles ») et de conserver les paragraphes susmentionnés (25, 26, 205 et 206) inchangés dans le rapport explicatif.

B. Organisations intergouvernementales

1. Fonds monétaire international (FMI)

[Original : anglais]
[15 mars 2019]

Le Fonds monétaire international (FMI) félicite la CNUDCI pour les excellents travaux effectués par son Groupe de travail V concernant le projet de loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises. Il s'agit d'un domaine juridique complexe, qui a des incidences importantes sur le commerce international et l'économie mondiale. Étant donné que les groupes d'entreprises représentent aujourd'hui la structure sociale prépondérante pour la conduite des affaires commerciales internationales, il est clairement nécessaire de disposer de cadres qui facilitent, dans toute la mesure possible, la coordination entre les différentes procédures d'insolvabilité visant les entreprises d'un même groupe. La mise en place d'arrangements de coopération souples joue un rôle clef dans l'obtention de solutions qui s'appliquent à l'ensemble du groupe et offrent une efficacité optimale sur le plan économique, en aidant à préserver les emplois ainsi que la valeur et la stabilité financière des entreprises. Toutefois, les mécanismes de coopération ne peuvent aboutir à des résultats probants que s'il existe un cadre législatif favorable, qui apporte des solutions techniques aux nombreux problèmes que pose l'insolvabilité des groupes d'entreprises. La CNUDCI a répondu à ce besoin en élaborant le projet de loi type qui fait l'objet de la présente communication.

Celui-ci se fonde sur les nombreuses orientations déjà fournies par la CNUDCI au sujet de l'insolvabilité des groupes d'entreprises (Guide législatif, troisième partie, 2010), et apporte davantage de précision à ces recommandations, en les ordonnant au sein d'un cadre légal structuré, lequel sera extrêmement utile aux États qui envisagent des réformes dans ce domaine. Le FMI a conscience que le Groupe de travail V a tenu des débats approfondis sur les dispositions du projet de loi type, et la grande qualité de ces dispositions ainsi que des commentaires figurant dans le projet de guide pour l'incorporation reflète les efforts remarquables que les membres et le Secrétariat ont déployés pour établir ces textes.

À ce stade avancé du processus, le FMI tient à féliciter la CNUDCI pour l'aboutissement imminent du projet. Il souhaiterait seulement lui soumettre les commentaires techniques suivants :

- **Titre du projet de loi type** : Le titre proposé est « Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises ». Le FMI a conscience que la référence générale à l'« insolvabilité des groupes d'entreprises » repose sur le fait que certaines dispositions du projet de loi type (en particulier, certains articles du chapitre 3) peuvent également s'appliquer aux groupes d'entreprises nationaux. Toutefois, le texte est clairement axé sur l'insolvabilité internationale, le préambule disposant même que : « La présente Loi a pour objet d'offrir des mécanismes pour traiter les affaires d'*insolvabilité internationale* touchant les membres d'un groupe d'entreprises […] ». La CNUDCI voudra peut-être réexaminer le titre du projet de loi type ; ou harmoniser les libellés de certaines dispositions, afin d'éviter toute confusion quant au champ d'application du texte.

- **Définition d'un groupe d'entreprises (art. 2 b))** : Le projet de loi type reproduit la définition d'un groupe d'entreprises qui figure déjà dans le Guide législatif. Selon l'article 2 b), « *Le terme groupe d'entreprises désigne deux entreprises ou plus liées entre elles par un contrôle ou une participation importante* ». La définition du contrôle est également la même que dans le Guide législatif (« *Le terme contrôle désigne la capacité de décider, directement ou indirectement, des politiques opérationnelles et financières d'une entreprise* »).

Ces définitions reflètent les débats tenus par le Groupe de travail au cours de l'élaboration du Guide législatif. Toutefois, un texte juridique répond à des critères de précision et de clarté différents en ce qui concerne les définitions, et celle du

concept de groupe d'entreprises qui figure dans le projet de loi type, du fait de son caractère générique, pourrait être source d'incertitude et de litige. La définition d'un groupe d'entreprises repose sur la notion généralement admise de contrôle, mais, dans le même temps, propose un autre critère offrant une certaine souplesse, celui de « participation importante », notion qui n'est pas définie dans le projet de loi type et peut s'entendre de différentes façons, avec des résultats contradictoires.

Étant donné que la définition d'un groupe d'entreprises tend à être liée à d'autres domaines du droit interne (droit de l'insolvabilité, mais aussi droit des sociétés, droit comptable, voire droit fiscal ou droit du travail), il serait préférable de confier aux États le soin d'aligner cette définition sur les concepts déjà utilisés dans leur droit interne, de la maintenir entre crochets dans le projet de loi type, et de fournir dans le guide pour l'incorporation des conseils concernant la nécessité d'inclure une telle définition dans la législation incorporant le projet de loi type – ou de renvoyer à une définition existant dans le droit interne – et les conséquences de cette définition.

- **Traitement des créances étrangères dans le cadre de l'insolvabilité des membres d'un groupe d'entreprises (art. 27 et 29)** : Le projet de loi type intègre des règles conformes aux pratiques que certains pays ont mises en place pour faciliter les procédures d'insolvabilité et protéger les intérêts des créanciers étrangers (procédures d'insolvabilité dite « synthétiques »). Par exemple, les créanciers peuvent s'abstenir de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'étranger lorsque, en vertu d'un engagement, ils recevront un traitement équivalent dans le cadre de la procédure d'insolvabilité déjà ouverte dans l'État adoptant. Au-delà des aspects techniques de ces dispositions, le problème essentiel est qu'elles semblent être plus importantes pour l'insolvabilité des entreprises individuelles ayant plusieurs établissements que pour celle des entreprises faisant partie d'un groupe. (Cet état de choses est admis, au moins partiellement, dans les affirmations formulées aux paragraphes 190 et 196 du projet de guide pour l'incorporation.) La question devient alors de savoir pourquoi ces dispositions s'appliqueraient uniquement à l'insolvabilité des membres d'un groupe d'entreprises et non aux entreprises individuelles (à titre de comparaison, voir, par exemple, la manière dont cette question est traitée à l'article 36 du Règlement (UE) relatif aux procédures d'insolvabilité).

Inversement, la Loi type sur l'insolvabilité internationale (1997) prévoit une règle de paiement en cas de pluralité de procédures (art. 32, règle dite « du rapport à la masse » ; en anglais « hotchpot rule »), qu'il serait judicieux d'appliquer et d'adapter à des situations survenant dans le contexte de l'insolvabilité d'entreprises faisant partie d'un groupe. Par exemple, dans les affaires d'insolvabilité de groupes d'entreprises, il est fréquent que les créanciers détiennent, vis-à-vis de l'entreprise mère ou d'une filiale du groupe, des créances qui sont garanties par d'autres membres du groupe. C'est pourquoi la coordination des paiements est extrêmement importante, et son application devrait être étendue à l'insolvabilité des entreprises faisant partie d'un groupe.

Au stade actuel, on pourrait envisager de mentionner, dans le guide pour l'incorporation, l'extension de la portée des articles 27 et 29 du projet de loi type à l'insolvabilité des entreprises individuelles, telle que réglementée par la Loi type de 1997, ainsi que l'extension de la portée de l'article 32 de la Loi type de 1997 à l'insolvabilité des groupes d'entreprises.

C. Organisations non gouvernementales internationales

1. Institut européen du droit

[Original : anglais]
[18 mars 2019]

Le présent rapport (le « Rapport ») formule des commentaires sur les différentes dispositions du projet de loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (la « Loi type »), ainsi que sur certaines dispositions du guide pour l'incorporation dudit projet

de loi type (le « Guide »), instruments qui ont tous deux été élaborés par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Les commentaires de l'Institut européen du droit (ELI) sont basés sur l'analyse des documents suivants :

1. Projet de loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises, tel qu'il figure dans l'annexe du rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (Vienne, 10-14 décembre 2018)[3] ;

2. Insolvabilité des groupes d'entreprises : guide pour l'incorporation du projet de loi type (tel que contenu dans le document A/CN.9/WG.V/WP.161), 20 septembre 2018[4].

L'ordre des commentaires correspond à la numérotation des articles utilisée dans la Loi type et le Guide, et non à l'importance hiérarchique des commentaires formulés dans le présent Rapport ou des modifications de la Loi type ou du Guide qui y sont proposées.

Article 2 g). Définitions (« procédure de planification »)

1. Le terme « procédure de planification » est nouveau dans le secteur mondial de la restructuration et de l'insolvabilité. La Loi type introduit ce terme en vue de faciliter l'élaboration de solutions collectives à l'insolvabilité. L'Institut est conscient que le Groupe de travail V a déjà examiné en profondeur, lors de plusieurs séances, la définition et les modalités des procédures de planification. Au paragraphe 41 du Guide, il est expliqué qu'une procédure de planification est une procédure principale ouverte à l'encontre d'un membre du groupe d'entreprises. De l'avis de l'Institut, deux questions se posent à cet égard : 1. Quelle est la nature de la relation entre procédure principale et procédure de planification ? Ces deux procédures coïncident-elles ou sont-elles distinctes (distinguables) ? ; 2. Les procédures de coordination collective, introduites dans le Règlement UE relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte)[5] et ouvertes au titre de ce régime de l'Union européenne pourront-elles être reconnues conformément à la Loi type ?

Ces questions peuvent être traitées à l'aide de l'une ou l'autre des approches suivantes :

Option 1. Les procédures de coordination collective sont couvertes par la définition d'une procédure de planification.

Afin d'aligner le concept de « procédure de planification » sur celui de « procédure de coordination collective », tel que défini dans le Règlement (UE) relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), et de veiller à ce que les procédures de la seconde catégorie puissent être reconnues conformément à la Loi type, celle-ci doit définir de manière plus souple le terme « procédure de planification ». La Loi type et le Guide devraient notamment permettre au tribunal d'ouvrir une « procédure de planification » tant dans le cadre d'une procédure principale que d'une procédure non principale. Cette approche est liée au fait que, dans le Règlement (UE) relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), la procédure de coordination collective est une procédure distincte des procédures d'insolvabilité principale et non principale (secondaire) ; elle comprend la nomination d'un coordinateur de groupe, qui agit de manière

[3] Afin d'éviter toute confusion, le texte du projet de loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises a été publié le 20 décembre 2018 (dans l'annexe du document A/CN.9/966), remplaçant la version publiée le 18 septembre 2018 (A/CN.9/WG.V/WP.161).

[4] L'Institut européen du droit, conscient que le Guide n'a pas été mis à jour pour refléter la version la plus récente de la Loi type, l'a néanmoins utilisé comme outil de clarification pour interpréter les dispositions de celle-ci, et formulé quelques propositions d'améliorations le concernant, sous réserve que le Groupe de travail V n'ait pas déjà pris de décision à ce sujet.

[5] Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte).

indépendante vis-à-vis des représentants de l'insolvabilité des membres du groupe d'entreprises.

Si cette approche était suivie, l'article 2 g) devrait également couvrir le cas où le tribunal décide d'ouvrir une procédure de planification dans le cadre d'une procédure non principale visant un membre du groupe d'entreprises (actuellement, les alinéas g) i) et g) ii) de l'article 2 font uniquement référence à une procédure principale). Pour ce faire, il ne serait pas nécessaire de supprimer la référence aux sous-alinéas i) à iii) dans la seconde phrase de l'article 2 g), mais il faudrait aussi faire référence à une procédure non principale dans le libellé, comme cela est recommandé ci-après. L'Institut a conscience que ces dispositions ont été créées afin de s'appliquer à des situations dans lesquelles une procédure de planification est envisagée dans le cadre d'une procédure principale. Il est néanmoins convaincu que la Loi type devrait également couvrir les procédures de coordination collective ouvertes par un tribunal dans le cadre d'une procédure secondaire (non principale). Pour éviter le moindre doute, le Guide pourrait également fournir des explications à ce sujet, de manière à confirmer que les procédures de coordination collective prévues par le Règlement (UE) relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) peuvent être reconnues comme procédures de planification, dès lors qu'elles satisfont aux critères énoncés aux alinéas g) i) à g) iii) de l'article 2) de la Loi type.

De l'avis de l'Institut, il serait préférable de placer le contenu de l'article 2 g) dans un article distinct, à l'extérieur de l'article 2 (« Définitions »), pour au moins deux raisons. La première tient au fait que l'article 2 g) dépasse le cadre d'une définition et porte essentiellement sur (les critères applicables pour) l'ouverture d'une procédure de planification. La seconde est liée à la complexité même de cette disposition. Il serait peut-être souhaitable de placer les règles relatives aux procédures de planification, notamment les conditions à remplir pour leur ouverture, dans un nouvel ensemble d'articles ou un nouveau chapitre (voir recommandation 7 ci-après).

La première option conduit à la recommandation suivante :

Recommandation 1.1

- Déplacer l'article 2 g) vers l'article 19, ou placer les règles relatives aux procédures de planification, notamment les conditions à remplir pour leur ouverture, dans un nouvel ensemble d'articles ou un nouveau chapitre (voir recommandation 7 ci-après).
- Reformuler la seconde phrase de l'article 2 g), pour qu'elle s'énonce comme suit :

  « S'agissant des exigences énoncées aux alinéas g) i) à g) iii), le tribunal peut également reconnaître en tant que procédure de planification toute procédure qui a été approuvée par un tribunal ayant compétence à l'égard d'une procédure principale ou non principale visant un membre d'un groupe d'entreprises, en vue d'élaborer une solution collective à l'insolvabilité au sens de la présente Loi. »

  Option 2. Différenciation entre les différents types de procédures couvertes par la Loi type

  Comme expliqué ci-dessus, la Loi type n'est pas claire quant à la nature des procédures de planification et de leur compatibilité avec les procédures de coordination collective ouvertes conformément au Règlement (UE) relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte). Dans l'option 1 ci-dessus, il est proposé une interprétation large de la « procédure de planification », de manière à couvrir les différents types de procédures ayant pour objet de parvenir à une solution collective à l'insolvabilité.

Une autre option, l'option 2, consiste à opérer une différenciation structurelle entre, d'une part, les procédures visant à élaborer un plan contraignant ou non contraignant (procédure de planification) applicable à l'ensemble du groupe et, d'autre part, les instruments de coordination, qui comprennent les procédures de coordination (et peuvent ou non déboucher sur ce type de plan). Les procédures de coordination collective feraient alors partie du sous-ensemble des procédures de coordination pouvant être reconnues conformément à la Loi type.

La seconde option conduit à la recommandation suivante :

Recommandation 1.2. Opérer une différenciation entre les différents types de procédures couvertes par la Loi type et insérer de nouvelles règles relatives aux procédures de planification et aux procédures de coordination dans des articles distincts de la Loi type.

Article 4. Compétence de l'État adoptant

2. L'article 4 entend définir le champ d'application de la Loi type. Il dispose que, lorsqu'un membre du groupe d'entreprises a le centre de ses intérêts principaux dans l'État adoptant, la Loi type ne limite pas la compétence des tribunaux de cet État en ce qui concerne ce membre. Afin d'encourager et de promouvoir l'élaboration de solutions collectives à l'insolvabilité, il serait peut-être souhaitable de souligner que la Loi type ne limite pas le pouvoir du tribunal de l'État adoptant d'ouvrir simultanément des procédures d'insolvabilité à l'encontre de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises, dès lors que le centre des intérêts principaux de chacun des membres concernés relève de sa compétence territoriale.

Une règle similaire figure au considérant 53 du Règlement (UE) relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) et dans la recommandation 9.05 de l'instrument de l'Institut européen du droit sur le sauvetage des entreprises en droit de l'insolvabilité (rapport de l'Institut européen du droit)[6].

Recommandation 2. Ajouter à l'article 4 de la Loi type la disposition suivante : « Aucune disposition de la présente Loi ne vise à limiter le pouvoir des tribunaux du présent État d'ouvrir simultanément des procédures d'insolvabilité à l'encontre de plusieurs membres du groupe d'entreprises, dès lors que le centre des intérêts principaux de chacun des membres concernés relève de la compétence territoriale de ces tribunaux ».

Chapitre 2. Coopération et coordination

3. Le chapitre 2 de la Loi type traite de la coopération et de la coordination et comprend les articles 9 à 18. L'Institut partage l'avis selon lequel la mise en place d'une coopération et d'une coordination efficaces entre les procédures ouvertes à l'encontre de différents membres d'un groupe d'entreprises revêt un caractère essentiel pour favoriser une administration efficace de l'insolvabilité internationale et permettre l'adoption de solutions collectives à l'insolvabilité. Ces dernières années ont vu le développement de nombreuses initiatives destinées à améliorer la coopération et la communication dans les affaires d'insolvabilité internationale. Le paragraphe 66 du Guide signale l'existence de lignes directrices internationales qui ont été mises au point pour favoriser la coopération et la coordination internationales dans les affaires d'insolvabilité. Il mentionne un exemple, à savoir les lignes directrices élaborées par le Judicial Insolvency Network, qui traitent de nombreuses questions intéressantes dans l'optique du chapitre 2. De toute évidence, cet exemple s'applique principalement dans la sphère des pays de *common law*. L'Institut estime qu'afin d'être plus informatif et équilibré, le Guide devrait mentionner d'autres lignes

[6] Bob Wessels et Stephan Madaus, Instrument of the European Law Institute – Rescue of Business in Insolvency Law (« Instrument de l'Institut européen du droit – Le sauvetage des entreprises en droit de l'insolvabilité » (6 septembre 2017). Disponible (en anglais seulement) aux adresses suivantes : https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects/insolvency/ et https://ssrn.com/abstract=3032309 (site Web du SSRN).

directrices et initiatives. Il est d'avis que les instruments suivants, en particulier, méritent d'être cités : Directives européennes pour la communication et la coopération en matière d'insolvabilité internationale (2007, version révisée à paraître en 2019) ; Directives de l'American Law Institute et de l'International Insolvency Institute applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers (version actualisée de 2012) ; et Principes et Directives de l'Union européenne concernant la coopération entre tribunaux en matière d'insolvabilité internationale (2014).

Recommandation 3. Outre les lignes directrices élaborées par le Judicial Insolvency Network, mentionner dans le Guide les directives européennes pour la communication et la coopération en matière d'insolvabilité internationale (Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency, 2007, version révisée à paraître en 2019) ; les Directives de l'American Law Institute et de l'International Insolvency Institute applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers (2012) ; et les principes et directives de l'Union européenne concernant la coopération entre tribunaux en matière d'insolvabilité internationale (Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles and Guidelines, 2014).

Article 17. Désignation d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité

4. L'article 17 de la Loi type prévoit la possibilité de désigner un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité pour différents membres du même groupe d'entreprises[7]. Il peut être proposé d'ajouter que cette désignation doit être compatible avec les règles applicables à chacune des procédures concernées, en particulier avec d'éventuelles exigences concernant les qualifications et l'homologation du représentant de l'insolvabilité et avec les règles relatives aux conflits d'intérêts. Bien que des précisions similaires figurent aux paragraphes 97 et 102 du Guide, il semble justifié d'en fournir dans le corps du texte, étant donné que les problèmes soulevés par la désignation d'un même représentant de l'insolvabilité (par exemple, les conflits d'intérêts réels ou perçus), peuvent être particulièrement aigus dans le contexte d'un groupe d'entreprises. On trouve des restrictions analogues au considérant 50 du Règlement (UE) relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) et au principe 17 des Principes et Directives de l'Union européenne pour la coopération entre tribunaux en matière d'insolvabilité internationale (applicable à un intermédiaire désigné par le tribunal).

Recommandation 4. Ajouter à l'article 17 de la Loi type la disposition suivante : « Cette désignation doit être compatible avec les règles applicables à chacune des procédures concernées, en particulier avec d'éventuelles exigences concernant les qualifications et l'homologation du représentant de l'insolvabilité et avec les règles relatives aux conflits d'intérêts ».

Article 18. Participation de membres d'un groupe d'entreprises à une procédure d'insolvabilité ouverte dans le présent État

5. L'article 18 de la Loi type traite de la participation de membres d'un groupe d'entreprises à une procédure d'insolvabilité ouverte dans l'État adoptant. Toutefois, il existe une incertitude quant au type de procédure visé par cet article, la question étant de savoir s'il s'agit d'une procédure principale (art. 2 j) de la Loi type), d'une procédure non principale (art. 2 k) de la Loi type) ou d'une procédure de planification (art. 2 g) de la Loi type). Dans le Guide, le paragraphe 43 mentionne uniquement ce dernier type de procédure, tandis que les paragraphes 103 à 111 ne semblent faire référence qu'aux deux premiers, tels qu'ils sont définis aux articles 2 j) et 2 k) de la Loi type. Une lecture littérale de l'article 18 va dans le sens de cette seconde

[7] Comme indiqué au paragraphe 101 du Guide, le représentant de l'insolvabilité peut également être un débiteur non dessaisi.

interprétation. Toutefois, dans ce cas, les droits des membres du groupe d'entreprises concernant la participation à une procédure de planification ne sont pas traités.

Recommandation 5. Préciser que l'article 18 de la Loi type s'applique aux procédures principales, non principales et de planification. Suivant une autre approche (voir recommandation 7 ci-après), il peut être envisagé de traiter séparément, dans un ou plusieurs articles distincts ou dans un nouveau chapitre, les droits concernant la conduite de la procédure de planification et la participation à celle-ci.

Article 18. Participation de membres d'un groupe d'entreprises à une procédure d'insolvabilité ouverte dans le présent État

6. L'article 18 de la Loi type donne aux membres d'un groupe d'entreprises le droit de participer à une procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre d'un autre membre du groupe. Ce droit est octroyé une fois que la procédure d'insolvabilité visant le membre concerné du groupe a été ouverte (« si une procédure d'insolvabilité a été ouverte », voir art. 18-1). L'Institut estime qu'il faudrait l'étendre à la période précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, lorsque la demande d'ouverture d'une procédure à l'encontre du membre du groupe est encore en cours. Cette extension temporelle pourrait accroître les chances de coordonner diverses procédures d'insolvabilité et, au bout du compte, de parvenir à une solution collective à l'insolvabilité. Sinon, les différentes procédures pourraient, en définitive, avoir des buts différents (par exemple, la liquidation par opposition au redressement). C'est pourquoi, par exemple, le Règlement (UE) relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) autorise (oblige) les praticiens de l'insolvabilité désignés dans une procédure d'insolvabilité concernant un membre d'un groupe de sociétés à coopérer et communiquer avec toute juridiction devant laquelle une demande d'ouverture de procédure à l'encontre d'un autre membre du même groupe de sociétés est en cours (voir art. 58 dudit règlement). L'Institut estime que l'extension temporelle des droits de participation à la période pendant laquelle une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité est en cours facilitera la coordination des procédures ouvertes à l'encontre de différents membres d'un groupe d'entreprises.

Recommandation 6. Étendre la période pendant laquelle des membres d'un groupe d'entreprises peuvent participer à une procédure d'insolvabilité visant un autre membre du groupe, en la faisant commencer dès le dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure à l'encontre ce dernier, donc avant même l'ouverture de cette procédure. Cette participation pourra être subordonnée à la démonstration par les membres concernés du groupe d'entreprises qu'ils y ont un intérêt légitime.

Dispositions régissant les procédures de planification placées à différents endroits de la Loi type

7. L'Institut estime que la Loi type manque de clarté au sujet de l'ouverture, de la portée et des effets des procédures de planification. Il convient de remédier à ce problème, compte tenu de l'importance (la centralité) de cet outil dans le cadre de la Loi type. Les règles relatives à ces procédures sont réparties dans l'ensemble du texte (art. 2 g), art. 18 (sujet à débat), art. 19-3, art. 20, etc.) et, comme indiqué ci-dessus, il n'est pas toujours évident de savoir si une règle particulière s'applique aux procédures d'insolvabilité « ordinaires » ou aux procédures de planification. La distinction entre procédures de planification et procédures principales ou non principales est expressément abordée dans les règles relatives à l'ouverture (art. 2 g)) et à la reconnaissance (chap. 4) des procédures de planification. L'Institut est d'avis que l'ajout d'un ensemble d'articles, placés avant l'article 19 de la Loi type et décrivant l'ouverture, la nature, la portée et les effets des procédures de planification, offrira une vue d'ensemble claire et, partant, apportera de la transparence et rendra l'application de la Loi type plus prévisible et plus cohérente entre les différents États. Une bonne option pourrait également consister à ajouter un chapitre distinct précédant l'actuel chapitre 3 et traitant exclusivement des questions relatives à l'ouverture et à la conduite des procédures de planification.

Recommandation 7. Ajouter un ensemble d'articles ou (de préférence) un chapitre distinct précédant l'actuel chapitre 3 et résumant en un seul et même endroit les règles relatives à l'ouverture, à la portée et aux effets des procédures de planification, ainsi qu'à la participation à ces procédures. Ce nouveau chapitre pourrait s'intituler « Ouverture et conduite d'une procédure de planification dans le présent État ». Il pourrait inclure des dispositions couvrant :

a) La compétence pour l'ouverture d'une procédure de planification (actuellement, art. 2) de la Loi type et par. 42 du Guide) ;

b) Le caractère volontaire de la participation à une procédure de planification et le principe de l'option d'adhésion (art. 18 de la Loi type, par. 43 du Guide) ;

c) La participation de membres solvables d'un groupe d'entreprises à une procédure de planification (par. 43 du Guide) ;

d) La règle selon laquelle le tribunal compétent pour ouvrir une procédure de planification ne doit pas refuser de le faire, à moins que l'ouverture d'une telle procédure ne facilite pas l'administration efficace des procédures d'insolvabilité visant les différents membres du groupe d'entreprises, ou nuise aux intérêts des créanciers d'un membre du groupe qui doit y participer[8].

Article 19. Désignation d'un représentant du groupe et pouvoir de demander des mesures

8. Le titre actuel du chapitre 3 (« Mesures disponibles dans le cadre d'une procédure de planification dans le présent État ») n'en reflète pas précisément le contenu. Par exemple, la désignation d'un représentant du groupe, dont il est question à l'article 19 de la Loi type, ne peut pas être considérée en soi comme une mesure. En conséquence, et afin d'éviter toute confusion, l'Institut propose de supprimer l'article 19 de l'actuel chapitre 3 et de le placer dans le nouveau chapitre intitulé « Ouverture et conduite d'une procédure de planification dans le présent État », dont la création est proposée dans la recommandation 7 ci-dessus, ou dans le chapitre 2, à la suite de l'article 18.

Recommandation 8. Supprimer l'article 19 du chapitre 3 et le placer dans un nouveau chapitre intitulé « Ouverture et conduite d'une procédure de planification dans le présent État », dont la création est proposée dans la recommandation 7, ou dans le chapitre 2, à la suite de l'article 18.

Article 19. Désignation d'un représentant du groupe et pouvoir de demander des mesures

9. Aux paragraphes 38 et 115 du Guide, il est indiqué que le représentant de l'insolvabilité désigné dans la procédure principale peut ultérieurement devenir représentant du groupe. De l'avis de l'Institut, cela n'est pas souhaitable, car le chevauchement des rôles (c'est-à-dire, représentant de l'insolvabilité d'un membre du groupe d'entreprises et représentant du groupe pour l'ensemble ou une partie des membres du groupe) sera source de confusion et risque de nuire à la confiance placée dans la personne concernée par les membres du groupe d'entreprises participant à la procédure. Le Guide précise également que les tâches qui doivent être effectuées par le représentant de l'insolvabilité en lien avec la procédure principale et par le représentant du groupe en lien avec la procédure de planification peuvent différer (voir par. 116)[9]. La séparation des rôles que recommande l'Institut est nécessaire pour

[8] L'insertion du point d) dans la Loi type devrait limiter les motifs de refus de l'ouverture d'une procédure de planification et augmenter ainsi les chances d'adoption de ce type de procédures. De plus, elle permettrait d'en préserver la souplesse d'utilisation.

[9] La différence entre représentants de l'insolvabilité et représentants du groupe sur le plan des fonctions et des objectifs découle du paragraphe 1 e) de l'article 22 de la Loi type, qui prévoit de confier l'administration ou la réalisation de biens périssables d'abord au représentant (local) de l'insolvabilité, et, seulement dans le cas où cela n'est pas possible, de confier cette tâche au représentant du groupe. Comme expliqué dans le Guide, le fait de confier cette tâche au

garantir l'indépendance et l'impartialité du représentant du groupe[10]. C'est pour cette raison, par exemple, que l'article 71-2 du Règlement (UE) relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) dispose que « [l]e coordinateur ne peut pas être l'un des praticiens de l'insolvabilité désignés pour un membre du groupe, et n'a aucun conflit d'intérêts à l'égard des membres du groupe, de leurs créanciers et des praticiens de l'insolvabilité désignés pour tout membre du groupe »[11]. L'institut estime qu'une disposition similaire peut être ajoutée à la Loi type, éventuellement en tant qu'option (supplément) venant s'ajouter aux règles existantes.

Recommandation 9. Prévoir pour les États adoptants une option consistant à insérer à l'article 19 de la Loi type la disposition suivante : « Le représentant du groupe ne peut pas être l'un des praticiens de l'insolvabilité désignés pour un membre du groupe, et n'a aucun conflit d'intérêts à l'égard des membres du groupe, de leurs créanciers et des représentants de l'insolvabilité désignés pour tout membre du groupe ».

Paragraphe 41 du Guide. Nombre de procédures de planification

10. La Loi type ne dit rien quant au nombre de procédures de planification qui peuvent être ouvertes pour un groupe d'entreprises, et ne donne pas d'indication sur un éventuel ordre de priorité pour l'ouverture de procédures de planification concernant le même groupe d'entreprises et couvrant plusieurs pays. À cet égard, le paragraphe 41 du Guide précise qu'« [i]l n'est pas prévu qu'il ne puisse y avoir qu'une seule procédure de planification en cas d'insolvabilité d'un groupe d'entreprises ». De l'avis de l'Institut, la multiplication des procédures de planification et l'absence de règles sur les relations entre elles risquent d'en réduire l'utilité, en particulier lorsque plusieurs procédures se chevauchent et font double emploi. Afin d'atténuer les effets négatifs de cette situation, le Guide pourrait préciser que lorsqu'une procédure de planification a déjà été ouverte, une autre procédure de planification peut l'être relativement au même groupe d'entreprises, à condition qu'elle soit efficace et par ailleurs justifiée. Par exemple, l'utilité de l'ouverture de plusieurs procédures de planification peut découler de la complexité et de l'étendue géographique des groupes d'entreprises (par exemple, une procédure de planification couvrant les États-Unis d'Amérique et le Canada, une procédure de planification couvrant la région EMEA (Europe, Moyen-Orient et Afrique), etc.).

Recommandation 10. Ajouter à l'article 2 g) de la Loi type ou au nouveau chapitre (voir recommandation 7 ci-dessus), ou au paragraphe 41 du Guide, la précision suivante : « Lorsqu'une procédure de planification a déjà été ouverte concernant un groupe d'entreprises, une autre procédure de planification peut l'être relativement au même groupe, à condition qu'elle soit efficace et par ailleurs justifiée. S'agissant de ce dernier point, la charge de la preuve incombe au membre du groupe d'entreprises qui demande l'ouverture d'une nouvelle procédure de planification. »

Article 20. Mesures disponibles dans le cadre d'une procédure de planification

11. L'article 20 de la Loi type traite des mesures disponibles dans le cadre d'une procédure de planification se déroulant dans l'État adoptant. Parmi les différents types de mesures qu'il prévoit figure la possibilité d'« [i]nterdire l'ouverture ou la poursuite d'actions ou de procédures individuelles concernant les biens, les droits, les obligations ou les responsabilités [du membre du groupe d'entreprise] » (art. 20-1 c)

---

représentant du groupe « peut susciter quelques craintes car, étant donné que cette fonction ne représente aucune masse en particulier, aucun bien ne sera susceptible d'offrir de protection en cas de pertes occasionnées par des actes commis par ledit représentant » (voir par. 152).

[10] L'association des deux rôles peut également compliquer la tâche des tribunaux pour ce qui est de veiller à l'impartialité et à l'indépendance des représentants de groupes.

[11] L'importance que revêt l'indépendance d'une partie chargée de la coordination est également prise en compte dans les règles allemandes relatives aux procédures de coordination collective, lesquelles prévoient la désignation d'un administrateur chargé de la coordination (*Verfahrenskoordinator*) qui doit être indépendant de l'ensemble des administrateurs de l'insolvabilité désignés, des débiteurs (entités en faillite du groupe de sociétés) et des créanciers des entités du groupe de sociétés (voir art. 269e du Code allemand de l'insolvabilité (InsO)).

de la Loi type). L'Institut estime que cette mesure est formulée de manière trop large, dans la mesure où elle couvre à la fois les actions introduites par le membre du groupe d'entreprises (par exemple, contre ses tiers débiteurs) et les actions introduites contre lui, que ces actions soient en cours ou qu'elles n'aient pas encore été ouvertes. Il ne voit pas d'arguments suffisamment convaincants en faveur de la restriction du premier type d'actions, en particulier dans le cas où une action est déjà en cours au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Ces perturbations risquent de contrarier les attentes des parties et d'occasionner des coûts supplémentaires pour introduire de nouveau une action sur la même cause. En d'autres termes, la perturbation causée n'est peut-être pas nécessaire à la conduite coordonnée et équitable d'une procédure d'insolvabilité internationale. Le Guide semble reconnaître l'intérêt limité que revêt en pratique la suspension ou l'interdiction automatique de la procédure d'arbitrage, qui peut être soumise à une autre loi (*lex arbitri*) (voir par. 125). La limitation des effets des procédures d'insolvabilité sur les instances ou les procédures arbitrales en cours est également prévue à l'article 18 du Règlement (UE) relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte).

Recommandation 11. Libeller l'article 20-1 c) de la Loi type comme suit : « Interdire l'ouverture ou la poursuite d'actions ou de procédures individuelles à l'encontre de ce membre concernant ces biens, droits, obligations ou responsabilité »[12].

Article 28. Engagement concernant le traitement des créances étrangères : procédure non principale

12. L'article 28 de la Loi type introduit le concept de procédure « synthétique ». Il prévoit qu'une créance qui pourrait être produite par un créancier d'un membre du groupe d'entreprises dans le cadre d'une procédure non principale dans un autre État peut être traitée dans le cadre d'une procédure principale ouverte dans l'État adoptant de la même manière qu'elle le serait dans le cadre de la procédure non principale. Ce traitement est fondé sur un engagement (une promesse) pris dans le cadre de la procédure principale et approuvé par le tribunal chargé de cette procédure. En contrepartie, l'ouverture d'une procédure non principale est évitée (exclue). La raison d'être de cette démarche est qu'au bout du compte, elle facilite le traitement centralisé des créances dans le cadre de l'insolvabilité d'un groupe d'entreprises (voir par. 194 du Guide).

On notera que l'outil des procédures « synthétiques » s'applique à chaque membre du groupe à titre individuel. En d'autres termes, les procédures principales et non principales (qui sont évitées) dont il est question l'article 28 se rapportent à une seule et même personne morale, et non à plusieurs personnes morales distinctes. Cela ne remet pas en cause l'utilité des procédures « synthétiques » dans le contexte des groupes d'entreprises, mais il est essentiel de bien comprendre que le concept de procédure synthétique s'applique séparément à chacun des membres du groupe. À cet égard, il serait peut-être opportun de modifier l'explication donnée au paragraphe 24 du Guide selon laquelle « [l]e chapitre 5 prévoit que les créances d'un membre d'un groupe d'entreprises situé dans un pays (lieu d'une procédure non principale) peuvent être traitées dans une procédure principale visant un autre membre du groupe et se déroulant dans un autre pays conformément à la loi applicable à ces créances ».

Recommandation 12. Modifier le paragraphe 24 du Guide afin de souligner que l'engagement visé à l'article 28 de la Loi type s'applique aux créances du même membre du groupe d'entreprises.

Article 28. Engagement concernant le traitement des créances étrangères : procédure non principale

13. L'article 28 de la Loi type prévoit la possibilité de s'engager à garantir qu'une créance qui pourrait être produite dans le cadre d'une procédure non principale sera traitée dans le cadre d'une procédure principale de la même manière qu'elle l'aurait

[12] Cette recommandation s'applique également aux l'article 22-1 d) et 24-1 e) de la Loi type.

été dans le cadre de la procédure non principale, sans que cette dernière ne doive être ouverte. Le libellé de l'article présente un certain manque de clarté quant au sens du membre de phrase « traitée […] de la même manière qu'elle le serait ». Le paragraphe 196 du Guide donne l'exemple suivant : « une créance qui pourrait être introduite dans une procédure non principale dans un État à l'encontre d'un membre du groupe qui fait l'objet d'une procédure principale dans l'État adoptant pourrait être traitée dans cette dernière procédure conformément à la loi applicable à la créance ».

L'Institut juge inopportune la référence à la loi applicable à la créance aux fins de la détermination du « traitement » au sens de l'article 28. La loi applicable aux créances peut, en principe, être librement choisie par les parties[13], et il se peut qu'elle n'ait en soi aucun lien avec le débiteur, le créancier ou le for de l'insolvabilité principal ou non principal. De plus, il n'est sans doute ni économique ni réaliste d'appliquer des dizaines, voire des centaines de lois différentes (suivant le nombre de créances qui, point important, n'est pas limité ou réglementé de quelque façon par la Loi type). L'Institut propose une autre approche, qui consiste, dans le cas d'une procédure (évitée) « synthétique », à appliquer au traitement des créanciers le droit interne qui serait applicable à la procédure non principale (évitée) potentielle (*lex fori concursus secundarii*). Cette approche est adoptée à l'article 36-1 du Règlement (UE) relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte). Une loi étrangère régissant la dette qui fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ne serait applicable que dans le cas où la *lex fori concursus secondarii* le prévoit, ou dans celui où la loi régissant la dette exige la tenue d'une procédure de restructuration de la dette au niveau local pour toute modification (par exemple, règle anglaise de Gibbs).

Il peut se poser la question de savoir dans quelle mesure le traitement accordé conformément au droit de la procédure non principale évitée devrait régir la distribution de biens aux créanciers qui auraient pu produire des créances dans le cadre de cette procédure. Ni l'article 28 de la Loi type ni les paragraphes 194 à 201 du Guide n'apportent de réponse claire. À cet égard, l'Institut estime que l'article 28 devrait indiquer clairement que le représentant de l'insolvabilité de la procédure principale (seul ou conjointement avec le représentant du groupe, comme prévu à l'article 28-1 a) de la Loi type) peut prendre un engagement concernant les biens situés dans l'État dans lequel la procédure non principale pourrait être ouverte. Par conséquent, lors de la distribution de ces biens ou du produit de leur réalisation, le représentant de l'insolvabilité se conformera aux droits de distribution et de priorité prévus par le droit interne de la procédure non principale évitée. Cette approche, qui reflète la portée territoriale de la procédure non principale, est également adoptée à l'article 36-1 du Règlement (UE) relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte).

Recommandation 13. Modifier l'article 28 de la Loi type pour y insérer les dispositions suivantes :

i) L'engagement pris porte sur les biens du membre du groupe d'entreprises qui sont situés dans l'État dans lequel une procédure non principale pourrait être ouverte ; et, dans ce cas

ii) La distribution de ces biens ou du produit de leur réalisation doit être conforme aux droits de distribution et de priorité prévus par le droit interne dont les créanciers bénéficieraient si une procédure non principale était ouverte dans cet État.

Article 29. Pouvoirs d'un tribunal du présent État à l'égard d'un engagement pris conformément à l'article 28

14. L'article 29 de la Loi type traite des pouvoirs dont dispose un tribunal de l'État adoptant dans le cas où un engagement a été pris dans un autre État. Selon cet article, le tribunal peut approuver le traitement, dans le cadre de la procédure principale étrangère, des créances de créanciers situés dans l'État adoptant. Dans la version

[13] Toutefois, le caractère exécutoire des créances et des sûretés peut être soumis à des lois internes (obligatoires) qui incorporent parfois des conventions internationales.

anglaise, l'expression *claims of creditors located in this State* (« créances de créanciers situés dans le présent État ») pourrait être source de confusion. Elle peut faire référence : 1) au lieu où sont situées les créances ; ou 2) au lieu où sont situés les créanciers concernés. Dans le premier cas de figure, il risque d'être assez difficile de déterminer le lieu de la créance, compte tenu notamment du fait que la Loi type ne contient aucune disposition à ce sujet et que l'harmonisation au niveau mondial des règles de droit international privé qui traitent de cette question ne devrait pas intervenir dans l'immédiat. Pour ce qui est du second cas de figure, l'article 28 ne fait aucune mention du lieu où sont situés les créanciers ; il fait référence à l'ensemble des créances qui pourraient être produites dans le cadre de la procédure non principale, quel que soit le lieu où se trouvent les créanciers qui les détiennent. En outre, le fait de restreindre l'application de l'article 29 aux créanciers locaux, par exemple, pourrait enfreindre le principe *pari passu*.

Recommandation 14. Aligner l'article 29 sur l'article 28, en le libellant, par exemple, comme suit :

> « [...] un tribunal du présent État peut :
>
> a) Approuver le traitement, dans le cadre de la procédure principale étrangère, des créances qui pourraient être produites par un créancier du membre du groupe d'entreprises dans le présent État » ;

Article 30. Engagement concernant le traitement des créances étrangères : procédure non principale

15. L'article 30 de la Loi type fait partie des dispositions supplémentaires (partie B). Pour l'essentiel, il développe les idées et mécanismes introduits à l'article 28, et prévoit la possibilité de prendre un engagement dans le cadre de la procédure non principale afin d'éviter l'ouverture de procédures principales ou d'autres procédures non principales. Toutefois, le paragraphe 207 du Guide crée une certaine confusion en indiquant que cet article permet le traitement d'une créance étrangère dans une procédure ouverte dans l'État adoptant, « qu'il s'agisse d'une procédure **principale** [caractère gras ajouté] ou non principale ». L'institut estime que si la procédure dans le cadre de laquelle est pris l'engagement est la procédure principale, c'est l'article 28 qui devrait s'appliquer, et non l'article 30, comme indiqué dans la disposition citée du Guide.

Deux autres remarques ont trait aux paragraphes 207 et 208 du Guide. Premièrement, au paragraphe 207, il est fait référence au « traitement d'une créance étrangère ». Étant donné que la Loi type ne donne aucune définition d'une « créance étrangère », l'emploi de ce terme risque de créer une certaine insécurité. En outre, l'article 30 ne fait pas de distinction entre les créances « locales » et « étrangères ». Deuxièmement, le paragraphe 208 indique que l'engagement prévu dans la partie B « peut être pris par le représentant de l'insolvabilité désigné dans un État autre que l'État adoptant [...], ou par le représentant du groupe désigné dans une procédure de planification dans l'État adoptant ». L'Institut estime que seul le représentant de l'insolvabilité (seul ou conjointement avec un représentant du groupe) désigné dans l'État adoptant (c'est-à-dire l'État « qui approuve l'engagement ») devrait être habilité à prendre cet engagement. Cela tient au fait que l'octroi d'un engagement repose sur une masse de l'insolvabilité particulière, et que seul le représentant de l'insolvabilité concerné peut représenter cette masse et devrait être autorisé à prendre un engagement (sous réserve, toutefois, de la confirmation de l'approbation du tribunal)[14].

Recommandation 15. Afin d'établir une nette distinction entre l'article 28 et l'article 30, tant sur le plan de la portée que de l'application, et d'éviter toute confusion quant à la personne qui peut octroyer un engagement, libeller l'article 30, par exemple, comme suit [caractère gras ajouté] :

[14] Pour un raisonnement similaire, voir par. 197 du Guide.

> « Afin de limiter l'ouverture de procédures principales ou de faciliter le traitement de créances qui, autrement, pourraient être produites par un créancier dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État, le représentant de l'insolvabilité d'un membre du groupe d'entreprises **désigné dans le présent État** peut s'engager à accorder à ces créances, dans le présent État, le traitement qu'elles auraient reçu dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dans cet autre État, et le tribunal du présent État peut approuver ledit traitement. **Lorsqu'un représentant du groupe est désigné dans le présent État (à moins que le représentant du groupe et le représentant de l'insolvabilité ne soient la même personne), l'engagement doit être pris conjointement par un représentant de l'insolvabilité désigné dans le présent État et le représentant du groupe**[15]. »

16. L'article 31 de la Loi type est similaire à l'article 29, à ceci près qu'au titre de l'article 31, c'est une procédure principale que le tribunal peut suspendre ou refuser d'ouvrir. Par conséquent, les recommandations relatives à la modification de l'article 29 sont, dans une large mesure, applicables à l'article 31 de la Loi type.

Recommandation 16. Aligner l'article 31 sur l'article 30, en le libellant, par exemple, comme suit :

> « Si un représentant de l'insolvabilité (conjointement avec un représentant du groupe, s'il en a été désigné un) d'un autre État dans lequel une procédure d'insolvabilité est pendante a pris un engagement conformément à l'article 30, un tribunal du présent État peut :
>
> a) Approuver le traitement, dans le cadre de la procédure non principale étrangère, des créances qui pourraient être produites par un créancier du membre du groupe d'entreprises dans le présent État ».

17. L'article 32 de la Loi type énonce deux règles. Le premier paragraphe prévoit l'octroi de « mesures supplémentaires » au moment de la reconnaissance d'une procédure de planification étrangère. Le tribunal peut, en particulier, suspendre ou refuser d'ouvrir une procédure d'insolvabilité. De l'avis de l'Institut, cette mesure est déjà disponible au titre de l'article 24 de la Loi type. Le paragraphe 1 d) de cet article, par exemple, permet au tribunal de suspendre toute procédure d'insolvabilité visant un membre du groupe d'entreprises concerné, tandis que selon le paragraphe 1 i) du même article, toute autre mesure peut également être accordée.

Le second paragraphe de l'article 32 prévoit un moyen d'approuver une solution collective à l'insolvabilité. Le paragraphe 214 du Guide indique que ce moyen est différent de celui visé à l'article 26, ce qui n'est pas nécessairement le cas, étant donné que l'article 26 est relativement souple et mentionne « les approbations et confirmations requises conformément à la loi du présent État ». Cette formulation est suffisamment large pour inclure l'approbation directe du tribunal, telle que prévue à l'article 32-2. Une disposition pourrait être ajoutée à l'article 26 afin de conférer au tribunal le pouvoir d'octroyer les mesures décrites à l'article 24 en l'absence de reconnaissance préalable de la procédure de planification.

Recommandation 17. Supprimer l'article 32 de la Loi type. Si nécessaire, modifier les articles 24 et 26 de manière à y insérer des dispositions qui reproduisent celles de l'article 32.

---

[15] L'approbation conjointe est nécessaire pour aligner l'article 30 sur l'article 28-1 a) de la Loi type. En outre, l'Institut est d'avis que la seule approbation d'un représentant du groupe ne devrait pas être considérée comme suffisante, puisque celui-ci n'est pas nécessairement responsable de la masse de l'insolvabilité sur laquelle repose l'engagement.