

**Assemblée générale**

Distr. générale
1^{er} avril 2010
Français
Original: espagnol

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-troisième session
New York, 21 juin-9 juillet 2010

**Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité:
projet de troisième partie sur le traitement des groupes
d'entreprises en cas d'insolvabilité**

Compilation des commentaires reçus des gouvernements*

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
II. Commentaires reçus des gouvernements	1	2
A. Bolivie	1-11	2
B. Colombie	12-32	3
C. Espagne	33-43	7

* Il convient de noter que les gouvernements ont établi leurs commentaires en se basant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.90 et ses additifs. La numérotation des recommandations figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.90 diffère donc légèrement de celle des recommandations du document révisé publié par la suite sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.92: les recommandations 226 à 239 dans le premier sont devenues les recommandations 225 à 238 dans le second.



II. Commentaires reçus des gouvernements

A. Bolivie (État plurinational de)

...

Analyse

1. [Commentaires relatifs au document] A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1 – Traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

1. L'article 25 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, intitulé "Coopération et communication directe entre le tribunal du présent État et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers", prévoit expressément que, en ce qui concerne les questions visées, le tribunal coopère dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un(e) [insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant].

2. Cet article prévoit également que le tribunal est habilité à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, ou à leur demander directement des informations ou une assistance.

3. L'article se justifie par le fait que la capacité donnée aux tribunaux, avec due participation des parties, de communiquer "directement" et de demander "directement" information et assistance à des tribunaux étrangers ou à des représentants étrangers vise à éviter le recours aux longues procédures traditionnellement suivies, telles que les commissions rogatoires. Cette capacité est fondamentale lorsque les tribunaux estiment devoir agir très vite.

4. Pour insister sur le caractère souple et potentiellement urgent de la coopération, l'État adoptant peut juger utile d'ajouter une disposition autorisant expressément les tribunaux, lorsqu'ils communiquent avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers comme le prévoit l'article 25, à ne pas accomplir les formalités (par exemple, communication par le biais d'une juridiction supérieure, commissions rogatoires ou autres moyens diplomatiques ou consulaires) qui ne correspondent pas aux principes qui sous-tendent la disposition.

5. En ce qui concerne l'alinéa d) de la recommandation 245 du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (conditions applicables aux communications internationales entre tribunaux), son libellé ne devrait pas être répétitif.

6. De même, afin de clarifier la recommandation 246, il faudrait remplacer les mots "le fait de communiquer" par "le fait pour les tribunaux de communiquer entre eux".

7. S'agissant de la recommandation 247 (coordination des audiences), la notion d'"audience conjointe" pourrait être source de confusion pour le droit interne du pays.

8. Il importe de conserver, dans le projet de recommandation 253 (pouvoir de conclure des accords d'insolvabilité internationale), les mots "dans la mesure permise ou de la manière exigée par la loi applicable"; et dans le projet de

recommandation 254 (approbation ou application d'accords d'insolvabilité internationale), les mots "concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises".

2. [Commentaires relatifs au document] A/CN.9/WG.V/WP.90 – Traitement national des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

9. En ce qui concerne la recommandation 221 (exclusions du regroupement des patrimoines), étant donné que le projet de recommandation 220 est formulé de manière à permettre le regroupement, il est nécessaire de s'y référer, autrement dit de prévoir que la loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le tribunal à exclure des actifs et des créances déterminés d'une ordonnance de regroupement et spécifier les conditions applicables à ces exclusions.

10. Il est nécessaire de clarifier la rédaction du projet de recommandation 225, car il risque d'y avoir confusion entre, d'une part, la priorité et la valeur d'une créance et, d'autre part, la somme recouvrée sur la créance; le regroupement des patrimoines serait sans incidence sur la valeur d'une créance mais pourrait avoir une incidence sur son recouvrement.

...

4. Position du Ministère de la justice de l'État plurinational de Bolivie

11. Le 13 janvier 2010, le Vice-Ministère de la justice et des droits fondamentaux relevant du Ministère de la justice a fait savoir que cette institution n'a aucune observation à formuler à propos de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale mais demande que les conclusions de la trente-huitième session du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) de la Commission soient communiquées aux différents groupes de travail afin que lesdits avis soient pris en compte dans l'élaboration des règles.

B. Colombie

1. Commentaires de la Surintendance des sociétés de Colombie

...

Document de travail A/CN.9/WG.V/WP.90, qui concerne le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité: questions nationales

12. Dans le commentaire, le paragraphe 88, qui concerne le financement postérieur à la demande d'ouverture, et le paragraphe 96, relatif au besoin d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, contiennent le même texte. Il conviendrait par conséquent de supprimer l'un des deux.

13. Selon la recommandation 220, c'est au tribunal compétent pour connaître de la procédure d'insolvabilité que revient la décision de regroupement des patrimoines. Les alinéas a) et b) de cette recommandation énoncent les circonstances limitées dans lesquelles il conviendrait d'ordonner le regroupement (le système colombien ne prévoit pas la possibilité d'appliquer une ordonnance dans ce sens). L'alinéa b) mentionne la situation dans laquelle les membres d'un groupe d'entreprises se

livrent à des pratiques frauduleuses ou à une activité sans objet commercial légitime. Dans certains États, au nombre desquels la Colombie, le juge de l'insolvabilité n'a pas compétence pour qualifier des activités de frauduleuses ou pour décider de la légitimité ou de l'absence de légitimité des activités commerciales du débiteur. En conséquence, une disposition ainsi formulée serait très difficile à appliquer pour le juge qui connaît de la procédure d'insolvabilité, car la qualification de fraude par exemple relève de la compétence du juge pénal.

14. En ce qui concerne les autres thèmes, nous estimons qu'il convient d'en approuver le contenu.

Le document de travail A/CN.9/WG.V/WP.90/Add. 1, qui concerne le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité (questions internationales), a fait l'objet de modifications lors de la trente-septième session du Groupe de travail V, tenue à Vienne du 9 au 13 novembre 2009, modifications qui se trouvent consignées dans le rapport publié sous la cote A/CN.9/686, au sujet duquel nous souhaiterions faire les commentaires suivants:

15. En ce qui concerne la clause relative à l'objet général des recommandations applicables aux groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, nous jugeons bon que la proposition établie par le Secrétariat, figurant au paragraphe 15 du document A/CN.9/686, soit insérée dans la version révisée de la troisième partie du Guide législatif.

Point B (promouvoir la coopération internationale et la coordination des procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises)

16. Nous partageons l'avis du Groupe de travail, selon lequel il faudrait insérer une nouvelle recommandation, dans les termes proposés par le Secrétariat, qui donnerait au représentant étranger un accès direct aux tribunaux et prévoirait la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères. Nous estimons que cette recommandation est utile tant pour les systèmes qui ont incorporé la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale que pour ceux qui ne l'ont pas incorporée.

17. En ce qui concerne la participation des parties aux communications, nous partageons l'avis selon lequel il faudrait remplacer les mots "parties visées" par "parties intéressées" (par. 24). Cette modification devrait être apportée aux alinéas c) et f) de la recommandation 245.

Recommandations 240 à 247 relatives à la coopération faisant intervenir les tribunaux

18. S'agissant de la recommandation 240, il faudrait en réviser le libellé en espagnol. Alors qu'il est question, au début de cette recommandation, du tribunal compétent pour "la procédure" d'insolvabilité concernant une entreprise du groupe, la suite parle de "ces procédures". De plus, les procédures qui devraient être coordonnées sont, non pas celles qui visent cette entreprise uniquement, mais celles visant cette entreprise et d'autres entreprises du groupe, lesquelles pourraient justement avoir une incidence sur l'insolvabilité du "groupe" et non pas seulement sur celle d'une entreprise qui en fait partie. Il est proposé de remplacer les mots "contra la misma empresa del grupo" (contre la même entreprise du groupe),

figurant à la fin de la recommandation, par les mots “à l’encontre d’entreprises du même groupe”.

19. En ce qui concerne la recommandation 242, nous partageons l’avis selon lequel les alinéas b) à d) contiennent des exemples de moyens de communication qui seraient englobés dans la description faite à l’alinéa a).

20. S’agissant de la recommandation 245, s’il semble approprié de notifier aux parties intéressées les communications entre les tribunaux de l’insolvabilité ou les communications entre ces tribunaux et les représentants de l’insolvabilité, il ne semble ni utile ni pratique en revanche de permettre aux parties intéressées de participer à ces communications. Une telle disposition excessive pourrait aboutir à une situation ingérable dans un processus qui concerne normalement de multiples personnes et leurs représentants. On pourrait décider de donner, par exemple, au comité de créanciers, qui représente en théorie les intérêts des créanciers, la possibilité de participer à cette communication. Il semble en outre raisonnable que le tribunal même ait la faculté de déterminer s’il convient ou non de laisser participer le représentant de l’insolvabilité ou certains intéressés, d’autant que la communication fera l’objet d’une transcription qui sera mise à la disposition de toutes les parties.

21. Pour ce qui est du représentant de l’insolvabilité, le paragraphe 38 du document fait référence à la coopération entre représentants de l’insolvabilité. Il mérite d’être mentionné, sur ce point, que dans certains régimes, comme le régime colombien, en cas de procédure de redressement, le représentant de l’insolvabilité s’acquitte généralement de ses fonctions parallèlement au débiteur qui, dans le cadre de cette procédure, n’est pas dessaisi. Ce n’est donc que dans la procédure de liquidation que le représentant de l’insolvabilité est chargé d’administrer la masse de l’insolvabilité du débiteur au quotidien. Dans la procédure de redressement, il incombera au débiteur de travailler, dans certains cas, en coordination avec d’autres représentants de l’insolvabilité ou avec d’autres tribunaux.

Recommandations 248 à 250 sur le représentant de l’insolvabilité

22. Dans la recommandation 250, les représentants de l’insolvabilité ne peuvent coopérer entre eux que si le tribunal autorise les actions énumérées aux alinéas a) à e). Il conviendrait de reconsidérer si ces activités pourraient être décrites, non comme l’exercice d’un pouvoir relevant du représentant de l’insolvabilité, mais comme des mesures pouvant être autorisées par le tribunal, attendu que le représentant de l’insolvabilité agit en fait sous le contrôle direct du tribunal par lequel il a été désigné.

Recommandations 251 et 252

23. Nous sommes d’accord pour modifier le texte de la clause relative à l’objet des dispositions législatives. Il convient en effet que la décision de nommer un représentant de l’insolvabilité unique dans de multiples procédures revienne au tribunal ou aux tribunaux connaissant d’une procédure, lorsque celui-ci ou ceux-ci estiment qu’une telle décision favorise l’efficacité des procédures et ne génère pas de conflit d’intérêts.

24. En ce qui concerne la recommandation 252, le tribunal doit évaluer les conflits d’intérêts avant de décider de nommer un représentant de l’insolvabilité unique. Il

doit s'attacher à régler la procédure d'insolvabilité et à ne pas susciter des conflits dans cette procédure.

25. Pour le reste des questions traitées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1, nous approuvons le contenu de ce dernier.

26. Travaux futurs: nous pensons qu'il est nécessaire d'avoir des informations plus détaillées sur certains des thèmes proposés lors de la dernière session du Groupe de travail V. Nous jugeons néanmoins intéressante la possibilité d'entreprendre des travaux sur la question de la responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprises en cas d'insolvabilité.

...

2. Commentaires de la Direction des affaires juridiques internationales

...

27. Les lois types élaborées par la CNUDCI visent à servir de référence aux États qui souhaitent réglementer des questions de droit commercial international. Ces instruments ne constituent pas des traités. Ils n'imposent donc aucun type d'obligation aux États, qui décident librement d'adopter ou non les lois types et de les incorporer dans leur droit interne.

28. Il convient toutefois de souligner que, pour qu'elles atteignent leur objectif, à savoir uniformiser la législation commerciale au niveau international, et pour que les États réglementent ces questions de façon similaire, les lois types doivent être incorporées dans l'ordre juridique interne avec le minimum de modifications.

29. L'incorporation des règles de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale de 1997 dans le titre III de la Loi 116 de 2006, "qui établit le régime de l'insolvabilité des entreprises dans la République de Colombie et énonce d'autres dispositions", constitue une grande réussite dans la législation commerciale colombienne.

30. Comme l'a signalé le Groupe de travail V à propos du traitement de l'insolvabilité des groupes d'entreprises, il convient de prévoir l'existence de ces groupes dans le droit de l'insolvabilité, en particulier dans les dispositions relatives à l'insolvabilité internationale.

31. La législation commerciale colombienne ne contient pas actuellement de dispositions qui soient applicables à l'insolvabilité de ces groupes. Elle prévoit certes des dispositions sur l'insolvabilité internationale mais celles-ci régissent uniquement les procédures d'insolvabilité visant le même débiteur et non différentes entreprises d'un même groupe.

32. Il convient, par conséquent, d'élaborer une étude de la législation en vigueur dans ce domaine afin de déterminer le moyen adéquat de faciliter le traitement de l'insolvabilité des groupes d'entreprises, compte tenu des avantages que comporte à ce jour l'incorporation dans la législation interne, par le biais de la Loi 116 de 2006, des principes de coopération internationale, qui valent aussi pour les groupes d'entreprises.

...

C. Espagne

33. Avant d'entrer dans les détails, nous souhaiterions ici féliciter la CNUDCI (et en particulier les membres de son secrétariat) pour le travail accompli, qui se révèle une formule adéquate pour compléter le texte du Guide, instrument de premier ordre en vue de l'unification et l'amélioration du droit de l'insolvabilité dans tous les États.

1. Commentaire général

34. Dans la version espagnole, il faut employer les termes “miembro del grupo de empresas” (membre du groupe d'entreprises) ou “miembro de un grupo de empresas” (membre d'un groupe d'entreprises), selon le contexte, en lieu et place des mots “empresa del grupo” (entreprise du groupe) ou “empresa de un grupo” (entreprise d'un groupe). Cette terminologie doit être employée dans l'ensemble du document.

35. Le document emploie l'expression “procedimientos de insolvencia contra” (procédures d'insolvabilité à l'encontre de), alors qu'il faudrait dire “procedimientos de insolvencia relativos a” (procédures d'insolvabilité relatives à). On notera que le rejet, dans le présent commentaire, de l'expression “procedimientos de insolvencia contra” devrait aussi valoir pour les versions anglaise et française: les procédures d'insolvabilité ouvertes affectent un débiteur (ou plus) mais ne sont pas ouvertes contre ce débiteur (ou d'autres). Le fait que l'expression en question apparaisse (à deux reprises) dans le Guide ne doit pas autoriser à l'employer systématiquement¹.

2. Commentaires sur le document A/CN.9/WG.V/WP.90

36. Glossaire. La définition du terme “groupe d'entreprises” (alinéa a)) est libellée comme suit dans la version espagnole: “el que está formado por dos o más empresas que están vinculadas entre sí por alguna forma de control o una participación importante en su capital” (groupe constitué de deux entreprises ou plus qui sont liées entre elles par une forme de contrôle ou par une participation importante au capital). Il est proposé de définir le groupe d'entreprises comme suit: “dos o más empresas que están vinculadas entre sí por alguna forma de control o una participación importante” (deux entreprises ou plus liées entre elles par une forme de contrôle ou une participation importante). Le but est, d'une part, d'éviter toute idée de “constitution” d'un groupe afin d'englober, dans la définition, ce que l'on pourrait appeler les “groupes de fait” qui, s'ils ne sont pas à proprement parler “constitués” en groupe n'en sont pas moins des groupes. D'autre part, la suppression du mot “capital” vise à montrer que peuvent se regrouper des entités autres que les sociétés de capitaux.

37. Paragraphes 9 à 18 (“nature des groupes d'entreprises”, point B). Il conviendrait peut-être de se référer au caractère changeant des groupes d'entreprises pour le mettre davantage en évidence (il arrive que les groupes soient d'abord de petites structures, qui avec le temps se diversifient et s'accroissent; il arrive aussi

¹ Dans le document auquel se rapportent les présents commentaires (A/CN.9/WG.V/WP.90), cette modification devrait être apportée aux paragraphes suivants de la version espagnole: par. 80, *in fine*; par. 57, deuxième phrase; par. 130, *in fine*; par. 143, deuxième phrase.

que des groupes soient le résultat d'une scission. On citera par exemple l'acquisition d'un groupe par un autre ou la séparation d'une partie du groupe, etc.). L'idée serait d'éviter, dans cette partie du document, de donner une impression trop statique des groupes d'entreprises qui, en fait, constituent, comme l'affirme le document, une réalité dotée d'une intense vitalité économique (il suffirait peut-être d'insérer quelque part, par exemple dans l'un des paragraphes allant de 9 à 18, une référence aux paragraphes 20 et 21).

38. Paragraphe 118, deuxième phrase. Cette phrase emploie les termes "une entreprise connexe appartenant au groupe" ("una empresa conexas perteneciente al grupo") alors qu'elle devrait parler d'"un membre du groupe" ("un miembro del grupo")²:

39. Paragraphe 119, *in fine*. Le texte emploie les termes "entreprises connexes d'un groupe" ("las empresas conexas de un grupo"). Il devrait parler des "membres appartenant à un groupe" ("los miembros pertenecientes a un grupo").

40. Paragraphe 124, troisième phrase. Le texte emploie les termes "société mère" ("la sociedad matriz"). Il devrait parler de "l'entité mère" ("la entidad matriz").

41. Paragraphe 132, première phrase. Le texte dit "de chaque entreprise" ("de cada empresa") mais devrait en fait parler de "chaque entité" ("de cada entidad")³.

42. Paragraphe 132, deuxième phrase. La version espagnole parle de "chaque entreprise du groupe" ("de cada empresa del grupo") mais devrait dire "chaque entité" ("de cada entidad"). Cette modification vaudrait peut-être aussi pour les versions anglaise et française, où il conviendrait de remplacer les termes "enterprise's" et "l'entreprise", respectivement, par "entity's" et "l'entité".

43. Recommandation 237, alinéa c) (telle que modifiée au paragraphe 122 du document A/CN.9/686). Il faudra réviser cette recommandation pour tenir compte des propositions formulées, lorsqu'elle sera finalisée.

² Il est à noter que le même passage dans la version anglaise pourrait être corrigé, l'emploi des termes "related group member" étant redondant.

³ La même remarque vaut pour le paragraphe 181, deuxième phrase.