



Assemblée générale

Distr. limitée
11 février 2010
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-huitième session
New York, 19-23 avril 2010**

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

Troisième partie: Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

Notes explicatives sur des questions de rédaction

Note du Secrétariat

I. Introduction

1. Le présent document contient des notes explicatives concernant la révision des recommandations figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1 et soulève, à propos de ces recommandations, un certain nombre de questions que le Groupe de travail pourrait examiner.

II. Questions nationales

A. Demande conjointe d'ouverture – projets de recommandations 199 et 200

2. Le projet de recommandation 199 dispose seulement que la loi sur l'insolvabilité "peut" autoriser les demandes conjointes d'ouverture, tandis que la recommandation 200 emploie les mots "la loi sur l'insolvabilité devrait" s'agissant de spécifier les parties autorisées à former ce type de demande. Afin d'établir le lien entre les deux projets de recommandations, tout en maintenant le libellé du projet de recommandation 199 de sorte qu'il "permette" les demandes conjointes, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait ajouter les mots "Lorsqu'elle autorise les demandes conjointes conformément à la recommandation 199" dans le projet de recommandation 200. Cette solution a également été adoptée dans le cas,



similaire, des projets de recommandations 220 et 221, qui traitent du regroupement des patrimoines.

3. Les mots “satisfait au critère d’ouverture énoncé dans la recommandation 16 et” ont été ajoutés comme le Groupe de travail l’a demandé à sa trente-septième session (A/CN.9/686, par. 88).

B. Coordination procédurale – projet de recommandation 205

4. Dans le texte anglais, les mots “at the time of” ont été remplacés par “at the same time as” (“au moment de la demande d’ouverture”) pour plus de clarté.

C. Financement postérieur à l’ouverture – projet de recommandation 212

5. Le projet de recommandation 212 a été révisé conformément aux décisions que le Groupe de travail a prises à sa trente-septième session, à savoir de regrouper les anciens alinéas a) et b) et de préciser à l’alinéa b) que le préjudice en question est subi par les créanciers du membre du groupe qui octroie le financement (A/CN.9/686, par. 77).

6. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la variante proposée à l’alinéa b). Dans le texte actuel, le représentant de l’insolvabilité est tenu de déterminer que le préjudice causé “est” compensé par les avantages du financement au moment où il prend sa décision. Étant donné que ces avantages sont rarement susceptibles de se matérialiser au moment où la décision est prise et seront plutôt obtenus au cours des procédures et de leur règlement, il conviendrait peut-être davantage que le projet de recommandation emploie le futur en disposant que le préjudice “sera” compensé par les avantages.

D. Regroupement des patrimoines – projets de recommandations 220 à 228

Projet de recommandation 220

7. Conformément aux décisions que le Groupe de travail a prises à sa trente-septième session à propos du projet de recommandation 220 (A/CN.9/686, par. 99, 101 et 102):

a) On a modifié le chapeau pour y ajouter l’adverbe “uniquement”; et

b) On a modifié l’alinéa b) pour y prévoir que le tribunal devrait avoir la conviction à la fois que les membres du groupe se livrent à des pratiques frauduleuses et que le regroupement des patrimoines est le moyen approprié pour remédier à la situation.

Projet de recommandation 221

8. Le début du projet de recommandation 221 a été modifié afin d’établir le lien entre cette recommandation et le projet de recommandation 220. Il serait plus exact de parler, à la fin du projet de recommandation, non pas des conditions applicables

aux exclusions mais des circonstances dans lesquelles des exclusions seraient justifiées ou permises. Ainsi qu'il a été dit au sein du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 103 et 104), la question n'est pas tant de soumettre ces exclusions à certaines conditions que de donner, face à l'impossibilité de recenser clairement toutes les situations où il conviendrait d'exclure des actifs et des créances, des orientations sur les types de circonstances qui pourraient entrer en ligne de compte. L'emploi du mot "conditions" laisse entendre qu'il faut définir des exigences précises, par exemple que l'exclusion bénéficie en définitive aux créanciers concernés. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question plus avant et éventuellement proposer de compléter le texte de la recommandation pour donner des indications plus précises aux utilisateurs du Guide.

Projet de recommandation 222

9. La condition posée à la fin du projet de recommandation 222 a été supprimée et la note de bas de page révisée comme l'a demandé le Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 105 et 106). En ce qui concerne le moment où présenter une demande de regroupement, le libellé anglais a été modifié de la même manière que dans le projet de recommandation 205.

Projet de recommandation 223

10. L'ordre dans lequel sont énumérées les parties dans le projet de recommandation 223 a été modifié à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 107).

Projet de recommandation 224

11. En ce qui concerne le projet de recommandation 224, puisque, à l'alinéa a), les actifs sont traités "comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique", le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il conviendrait d'employer un libellé similaire à l'alinéa c), en disposant que les créances devraient être traitées "comme si elles étaient" des créances sur la masse de l'insolvabilité unique.

Projet de recommandation 228 – calcul de la période suspecte

12. Le projet de recommandation 228 a pour objet d'énoncer une règle claire pour le calcul de la période suspecte lorsque plusieurs membres d'un groupe voient leurs patrimoines regroupés. Dans sa rédaction actuelle, il part du principe que la date à laquelle est ordonné le regroupement a une incidence sur ce calcul. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la proposition suivante.

13. Dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3, il n'existe en fait que deux méthodes de calcul fondées, conformément à la recommandation 89, sur la date de demande d'ouverture ou la date d'ouverture des procédures; la date à laquelle est ordonné le regroupement des patrimoines n'influe pas sur le calcul.

14. La date à prendre en compte sera soit une date différente pour chaque membre – date de demande d'ouverture ou date d'ouverture de la procédure pour chaque membre (cas visé actuellement par le paragraphe 3 a)), soit une date commune – date de la première de toutes les demandes d'ouverture ou date de la première de toutes les procédures ouvertes (par. 3 b)). Si toutes les demandes sont présentées au même moment, on aura alors une date unique et, si toutes les procédures sont

ouvertes au même moment, il s'agira également d'une date unique, ces deux dates entrant dans le champ d'application du paragraphe 3 b).

15. Le projet de recommandation 228 pourrait donc être reformulé comme suit:
 1. Le texte actuel pourrait être conservé et les mots “à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises” ajoutés à la fin du paragraphe.
 2. Le paragraphe serait supprimé.
 3. Le chapeau pourrait être modifié comme suit “La date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement conformément à la recommandation 89 peut être”.
 - a) Le texte actuel pourrait être conservé sous réserve de supprimer les mots “conformément à la recommandation 89”.
 - b) Le texte actuel pourrait être révisé comme suit: “Une date commune pour tous les membres visés par le regroupement, à savoir soit i) la date la plus rapprochée parmi celles de demande d'ouverture, ou d'ouverture, des procédures d'insolvabilité visant ces membres; soit ii) la date à laquelle toutes les demandes d'ouverture ont été présentées ou à laquelle toutes les procédures ont été ouvertes.”

Projet de recommandation 231 – notification du regroupement des patrimoines

16. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le projet de recommandation 231 (regroupement des patrimoines) devrait être aligné sur le projet de recommandation 210 (coordination procédurale), comme l'indiquent les mots ajoutés entre crochets, de sorte que le contexte de la notification soit le même dans les deux cas.

E. Participants – projet de recommandation 236

17. Conformément aux décisions que le Groupe de travail a prises à sa trente-septième session en ce qui concerne le projet de recommandation 236 (A/CN.9/686, par. 122):
 - a) L'intitulé a été révisé;
 - b) L'alinéa a) a été complété pour être aligné sur le projet de recommandation 250;
 - c) L'alinéa b) ne fait plus référence à la répartition des pouvoirs entre les représentants de l'insolvabilité ni à l'assignation d'un rôle prépondérant à un seul représentant de l'insolvabilité;
 - d) Une référence aux créances intragroupe a été ajoutée à l'alinéa c).
18. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions supplémentaires suivantes:
 - a) Modification du chapeau pour y indiquer que la coopération “peut” être assurée, et non “devrait” être assurée, comme dans le projet de recommandation 250 et à l'article 27 de la Loi type. Le renvoi aux projets de recommandations 234 et 235 a été supprimé pour aligner le chapeau sur celui des recommandations traitant

de la coopération “dans toute la mesure possible” dans le contexte international, à savoir les projets de recommandations 241 et 250;

b) La référence entre crochets à la communication avec les créanciers et aux assemblées de créanciers a été déplacée de l’alinéa d) pour être insérée à l’alinéa c) de sorte que cette communication s’inscrive dans le cadre général de l’administration et de la surveillance des affaires du débiteur et ne se limite pas au contexte du redressement, comme c’était le cas à l’alinéa d); et

c) Une variante est proposée entre crochets dans l’alinéa d) pour reprendre la formulation du projet de recommandation 237, qui parle de “plans de redressement coordonnés”.

III. Traitement international des groupes d’entreprises en cas d’insolvabilité

A. Accès aux tribunaux et reconnaissance des procédures étrangères

Clause relative à l’objet

19. Une nouvelle clause relative à l’objet a été ajoutée pour que le texte soit plus complet.

B. Formes de coopération faisant intervenir les tribunaux – clause relative à l’objet et projets de recommandations 240, 241, 244 et 245

Clause relative à l’objet

20. Les mots “faisant intervenir des tribunaux” ont été ajoutés à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 22). Le verbe “administrer” a été ajouté à l’alinéa b) pour aligner ce projet de recommandation sur les projets de recommandations 246 et suivants.

21. Le mot “protections” a été supprimé de l’alinéa c) et le mot “mesures” a également été supprimé de la clause relative à l’objet précédant le projet de recommandation 246. Ils ont été remplacés par “garanties” pour améliorer la rédaction.

Projet de recommandation 240

22. Comme l’a demandé le Groupe de travail à sa trente-septième session (A/CN.9/686, par. 24 et 25), les mots “chargée d’agir suivant les instructions du tribunal” ont été ajoutés dans le projet de recommandation 240, ainsi qu’une note de bas de page renvoyant à la définition du représentant étranger pour confirmer que la coopération mentionnée dans ces recommandations s’appliquerait également dans le cas d’un représentant provisoire de l’insolvabilité.

23. À la dernière session du Groupe de travail, il a été proposé, pour clarifier le texte, d’insérer les mots “d’autres membres” avant “de ce groupe d’entreprises” à la dernière ligne du projet de recommandation (A/CN.9/686, par. 23). Or, un tel ajout risque de limiter les “procédures ouvertes dans d’autres États” à celles qui visent d’autres membres du groupe; sans ces mots, les procédures ouvertes dans d’autres

États dont il serait question dans le texte engloberaient à la fois les procédures à l'encontre d'autres membres mais aussi les procédures supplémentaires à l'encontre du même membre. Une autre solution, proposée également dans les projets de recommandations 247 et 249, serait de parler non pas de "membres de ce groupe d'entreprises" mais de "membres du même groupe".

Projet de recommandation 241

24. Les mots entre crochets commençant par "dont" à l'alinéa a) ont été ajoutés pour aligner le texte du projet de recommandation sur celui du projet de recommandation 250. Le chapeau ainsi que les alinéas b), c) et d) ont été révisés comme l'a demandé le Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 27, 28 et 30).

Projet de recommandation 244

25. Le projet de recommandation 244 a été révisé comme l'a demandé le Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 42 à 45). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'emploi des mots "présentes recommandations" est préférable à la mention, par leur numéro, de toutes les recommandations concernées ou si le projet de texte devrait simplement parler de "communication faisant intervenir les tribunaux" et ne contenir aucun renvoi.

26. Il a été proposé de limiter le projet de recommandation 244 aux communications entre les tribunaux. Toutefois, comme on peut supposer qu'il concerne à la fois les communications entre tribunaux et les communications entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité, ces dernières étant autorisées par les projets de recommandations 240 et 242, l'emploi des mots "faisant intervenir les tribunaux" est proposé. Une autre solution serait de dire "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la communication entre les tribunaux ou entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité ne devrait pas impliquer".

Projet de recommandation 245

27. Les mots "conjointe" et "indépendance" ont été supprimés à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 46). Les mots "leur disponibilité pour les autres tribunaux" ont été remplacés pour "leur disponibilité pour le tribunal étranger" pour plus de clarté.

C. Formes de coopération faisant intervenir les représentants de l'insolvabilité

1. Coopération des représentants de l'insolvabilité – projets de recommandations 246 à 250

Projets de recommandations 246 et 248

28. Le projet de recommandation 246 (anciennement projet de recommandation 241) concernant la coopération entre le représentant de l'insolvabilité et les tribunaux étrangers et le projet de recommandation 248 (anciennement projet de recommandation 244) concernant la communication entre le représentant de l'insolvabilité et les tribunaux étrangers ont été déplacés de la section consacrée aux tribunaux pour être insérés dans la section sur les représentants de l'insolvabilité.

Projets de recommandations 247 et 249

29. Les projets de recommandations 247 et 249 ont été modifiés pour préciser que les représentants étrangers en question sont nommés pour administrer les procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres du même groupe (A/CN.9/686, par. 50). La dernière phrase mentionnant le moment où les représentants pourraient communiquer a été supprimée du projet de recommandation 249 à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 51).

30. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, dans les projets de recommandations 246 à 249, les mots "de ce groupe" sont suffisamment clairs ou s'il faudrait les remplacer par "du même groupe".

Projet de recommandation 250

31. Dans le chapeau du projet de recommandation 250, le renvoi au projet de recommandation 248 a été supprimé pour aligner cette recommandation sur le projet de recommandation 241, où le renvoi a également été supprimé à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 27). La même modification a été apportée au projet de recommandation 236, qui traite aussi de la question de la coopération "dans toute la mesure possible".

32. Conformément aux décisions que le Groupe de travail a prises à sa trente-septième session en ce qui concerne le projet de recommandation 250 (A/CN.9/686, par. 52 et 55):

a) Le chapeau indique désormais que la coopération "peut" être assurée, ce qui permet d'aligner, comme dans d'autres exemples, le texte sur l'article 27 de la Loi type et sur le projet de recommandation 241;

b) L'alinéa c) ne fait plus référence à la répartition des pouvoirs entre les représentants ni à l'assignation d'un rôle prépondérant à un seul représentant.

33. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier la proposition suivante. Les mots entre crochets à la fin de l'alinéa d) du projet de recommandation 250 ont été ajoutés pour aligner le texte sur celui du projet de recommandation 236. Une référence à la communication avec les créanciers et aux réunions de créanciers a également été ajoutée à cet alinéa d) pour les mêmes motifs que ceux invoqués plus haut en ce qui concerne le projet de recommandation 236.

2. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité – clause relative à l'objet, projet de recommandation 251

34. Comme l'a demandé le Groupe de travail à sa trente-septième session (A/CN.9/686, par. 58 et 60):

a) La clause relative à l'objet a été développée;

b) Les mots "le tribunal décide qu'une telle mesure sert au mieux les intérêts de la procédure d'insolvabilité concernée" ont été supprimés du projet de recommandation 251. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'un libellé similaire est encore employé dans la recommandation équivalente qui traite du contexte national, à savoir le projet de recommandation 232.

35. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter les deux variantes proposées, au choix, entre crochets dans le projet de recommandation 251, à savoir “loi sur l’insolvabilité” ou “loi applicable”.

D. Utilisation d’accords d’insolvabilité internationale – projet de recommandation 253

36. Les mots “dans la mesure permise ou de la manière exigée par la loi applicable” ont été supprimés à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 63).

E. Recommandations supplémentaires possibles

37. À sa dernière session, le Groupe de travail est convenu d’ajouter la recommandation 239 sur l’accès aux tribunaux et la reconnaissance des procédures étrangères, qui aiderait le représentant étranger à demander une coopération dans le cadre de la procédure locale. Cette recommandation vise les demandes “provenant de l’étranger”.

38. Outre qu’elle donne la possibilité aux tribunaux de l’État adoptant de traiter les demandes de reconnaissance provenant de l’étranger, la Loi type vise également les demandes “adressées à l’étranger”, en permettant à ces mêmes tribunaux de demander une assistance ou des informations à des tribunaux étrangers (article 25-2). Elle traite également des pouvoirs que le représentant de la procédure locale peut exercer “à l’étranger”, en ce qu’elle l’autorise à demander à un tribunal étranger la reconnaissance de cette procédure et une assistance dans cette procédure (voir le Guide pour l’incorporation de la Loi type dans le droit interne, par. 26 et 27). L’article 5 autorise le représentant de l’insolvabilité “à agir dans un État étranger au titre de la procédure locale dans la mesure où la loi étrangère applicable le permet”. Les projets de recommandations traitent des demandes adressées à l’étranger par le tribunal (projet de recommandation 242), mais ils ne prévoient pas l’équivalent de l’article 5. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la question devrait être abordée et, dans l’affirmative, quelle serait la solution appropriée. Une possibilité serait d’ajouter un projet de recommandation inspiré de l’article 5, comme suit:

“La loi sur l’insolvabilité devrait permettre au représentant de l’insolvabilité nommé pour administrer la procédure d’insolvabilité visant un membre d’un groupe d’entreprises d’agir dans un État étranger au titre de cette procédure dans la mesure où la loi étrangère applicable le permet.”

39. Une autre possibilité serait de suivre le libellé de l’article 25 et d’ajouter les mots “ou de leur demander directement des informations ou une assistance” dans le projet de recommandation 248, comme suit:

“248. La loi sur l’insolvabilité devrait permettre au représentant de l’insolvabilité nommé pour administrer la procédure d’insolvabilité visant un membre d’un groupe d’entreprises, dans l’exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de communiquer directement avec les tribunaux étrangers, ou de leur demander directement des informations ou une assistance, au sujet de cette procédure et des procédures d’insolvabilité ouvertes dans d’autres États à l’encontre de membres de ce groupe.”