



Assemblée générale

Distr. limitée
29 juillet 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Quarantième session
Vienne, 31 octobre-4 novembre 2011

Droit de l'insolvabilité

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

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-8	2
I. Interprétation et application des concepts se rapportant au centre des intérêts principaux.....	9-64	4
A. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2.....	9-31	4
1. Exigence d'insolvabilité du débiteur.....	9-11	4
2. Éléments de la définition du terme "procédure étrangère".....	12-31	5
B. Reconnaissance.....	32-54	10
1. Procédure principale et non principale.....	32-34	10
2. Détermination du centre des intérêts principaux – article 16 Présomptions.....	35-37	10
3. Facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux et réfuter la présomption.....	38-44	11
4. Effet de la reconnaissance du centre des intérêts principaux.....	45-46	13
5. Impact de la fraude.....	47-48	13
6. Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux.....	49-54	13
C. Groupe d'entreprises.....	55-64	15



Introduction

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

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

3. La présente note porte sur le premier thème, qui concerne la proposition des États-Unis (décrite au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1) d'élaborer des lignes directrices pour l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) en rapport avec le centre des intérêts principaux et éventuellement d'élaborer une loi type ou des dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant certains problèmes qui se posent dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance, d'une manière qui n'exclurait pas l'élaboration d'une convention¹. Le document A/CN.9/WG.V/WP.101 contient une proposition de définition de l'expression "centre des intérêts principaux"². Le deuxième thème (responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprises insolubles ou proches de l'insolvabilité) est examiné dans le document A/CN.9/WG.V/WP.100.

4. Tout d'abord, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la nécessité de déterminer la forme sous laquelle la première partie de la proposition, à savoir les lignes directrices sur certains concepts en rapport avec le centre des intérêts principaux, pourrait être présentée et la manière dont elle pourrait l'être. Il a été suggéré dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2 (par. 68 à 70) que, lors de l'examen des questions soulevées ci-dessous, le Groupe de travail explique la logique sous-tendant toute conclusion qu'il pourrait formuler et qui pourrait constituer la base d'orientations aux fins de l'interprétation de la Loi type. Une telle explication pourrait également constituer une sorte "d'historique législatif" utile pour aider les juristes ou les autorités de l'insolvabilité à comprendre la portée et la signification des différentes dispositions de la Loi type. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les moyens d'atteindre cet objectif. En fonction du degré de détail des orientations que le Groupe de travail voudra donner, différents types de documents pourraient être élaborés, par exemple un document d'information et un commentaire ou des recommandations. Une solution pourrait être d'élaborer un

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

² Une définition de l'expression "centre des intérêts principaux" (article 2 b) et article 16-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale) a été proposée par les délégations du Mexique et de l'Espagne et par l'Union internationale des avocats (UIA).

document d'information qui accompagnerait le texte existant de la Loi type et du Guide pour son incorporation dans le droit interne (le Guide pour l'incorporation), tandis qu'une autre serait d'insérer le texte adopté par le Groupe de travail directement dans le Guide pour l'incorporation. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le texte intitulé "La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge" (le Point de vue du juge), qui fournit aux juges des informations concernant l'application et l'interprétation de la Loi type, a été finalisé et adopté par la Commission à sa quarante-quatrième session en 2011³.

5. Examinant la question de la forme que pourraient prendre ses travaux, le Groupe de travail voudra peut-être garder à l'esprit qu'un commentaire ou des orientations s'ajoutant au Guide pour l'incorporation pourraient dérouter le lecteur ou l'utilisateur, surtout si ce commentaire ou ces orientations s'écartent de points déjà traités dans le Guide ou fournissent un surcroît de précisions. Pour cette raison, la révision du Guide serait encore le moyen le plus effectif et efficace de produire une source unique d'informations et d'orientations. À cet égard, certaines des questions examinées ci-après relevant plus de l'utilisation et de l'application de la Loi type adoptée que de son adoption elle-même, on pourrait penser qu'il n'y a pas lieu de les inclure dans une version révisée du Guide pour l'incorporation. Cependant, l'importance du Guide pour l'incorporation, notamment aux yeux des juridictions en tant qu'aide à l'interprétation de la Loi type (et aux yeux des législateurs et des responsables politiques, comme le souligne le paragraphe 9 du Guide), donne à penser qu'il pourrait être approprié d'insérer dans le Guide un commentaire et des orientations complémentaires.

6. Puisque le Groupe de travail n'a pris aucune décision sur ce point et que la forme du texte définitif n'est pas claire, le présent document de travail ne porte que sur les questions qui pourraient être abordées ou approfondies dans un "commentaire additionnel". Toutefois, il y est fait référence à certains paragraphes du Guide pour l'incorporation qui pourraient devoir être réexaminés et modifiés si le Groupe de travail décidait qu'il y a lieu d'insérer dans le Guide un commentaire ou des orientations supplémentaires sur les questions examinées.

7. Le présent document fait fond sur les documents de travail précédents sur la question du centre des intérêts principaux, en particulier les documents A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1. Le Groupe de travail souhaitera peut-être rappeler les questions sur lesquelles il n'est pas parvenu à une conclusion lors de la session à laquelle il a examiné ces documents⁴:

a) Les différents éléments de la définition de l'expression "procédure étrangère" visée à l'article 2 de la Loi type (voir A/CN.9/715, par. 22);

b) L'application de l'exception d'ordre public visée à l'article 6 (A/CN.9/715, par. 30). Le Groupe de travail est convenu que cette exception devait être interprétée de manière restrictive mais n'a pas véritablement examiné comment assurer une telle interprétation;

³ Une version préliminaire du texte est disponible en anglais à l'adresse <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/pre-judicial-perspective.pdf>.

⁴ Le rapport du Groupe de travail V sur les travaux de sa trente-neuvième session figure dans le document A/CN.9/715.

c) La hiérarchisation d'une liste de facteurs à prendre en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux et réfuter la présomption visée à l'article 16-3 (A/CN.9/715, par. 41); et

d) L'impact de la fraude sur la détermination du centre des intérêts principaux (A/CN.9/715, par. 43).

8. En sus des documents précédemment fournis, la discussion ci-après apporte des précisions sur certains points déjà examinés et soulève de nouvelles questions que le Groupe de travail examinera.

I. Interprétation et application des concepts se rapportant au centre des intérêts principaux

A. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2

1. Exigence d'insolvabilité du débiteur (voir A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 8 à 12)

9. À sa trente-neuvième session, le Groupe de travail n'est pas parvenu à une conclusion sur la nécessité d'examiner plus avant le point de savoir si la Loi type contenait une exigence concernant les difficultés financières ou l'insolvabilité du débiteur, estimant (A/CN.9/715, par. 18) qu'il était prématuré de décider si la définition du terme "procédure étrangère" figurant à l'article 2 nécessitait ou non d'autres précisions que celles déjà fournies par le Guide pour l'incorporation de la Loi type.

10. Comme le note le document de travail préparé pour la trente-neuvième session (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 8 à 12), le Groupe de travail a déjà examiné plusieurs points lors de l'élaboration de la Loi type et pris plusieurs décisions. Par exemple, il a été reconnu que l'expression "procédure d'insolvabilité" ne pouvait être facilement définie, le concept variant selon les États, et que les travaux devraient plutôt porter sur les caractéristiques que devait présenter une procédure d'insolvabilité étrangère pour pouvoir être reconnue (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 8). D'autres points concernant l'exigence d'insolvabilité sont déjà traités dans le Guide pour l'incorporation. Par exemple, il est dit que le débiteur doit rencontrer de graves problèmes financiers ou être insolvable (Guide pour l'incorporation, par. 1, 13, 14, 51 et 71).

11. Pour aider davantage les utilisateurs de la Loi type, le Groupe de travail voudra peut-être examiner les propositions suivantes de commentaires additionnels sur ce point préliminaire:

a) Insister davantage sur le préambule de la Loi type, en particulier son paragraphe e) et la référence aux "entreprises en difficultés financières". À cet égard, les paragraphes 1, 13, 23, 24, 51 à 53 et 71 du Guide pour l'incorporation pourraient être réexaminés;

b) Mentionner ou préciser certains éléments du Guide législatif, tels que la définition de l'insolvabilité (glossaire, par. 12 s); les principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace (première partie, chap. I, par. 1 à 14 et recommandations 1 à 6), ainsi que les caractéristiques générales d'une loi sur

l'insolvabilité (première partie, chap. I, par. 20 à 27 et recommandation 7) et les recommandations 15 et 16, qui envisagent l'insolvabilité ou l'insolvabilité imminente, telle que définie, en tant que condition de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Les paragraphes 13 à 19 et 51 à 53 du Guide pour l'incorporation pourraient être pertinents à cet égard; et

c) Examiner certaines caractéristiques générales des procédures qui pourraient être reconnues en vertu de la Loi type, compte tenu de certains des problèmes apparus dans les affaires où intervenait cette question (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 18 à 23). Par exemple, peu importe qu'une loi porte le nom de loi sur l'insolvabilité; l'idée est qu'elle ait trait à l'insolvabilité, à sa prévention ou aux difficultés financières, même si elle n'exige pas l'insolvabilité comme condition à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité formelle, pour autant qu'elle s'attache à résoudre les difficultés financières et non à se débarrasser d'une personne morale (en particulier si celle-ci est solvable). Les paragraphes 23, 24 et 51 à 53 du Guide pour l'incorporation pourraient être pertinents à cet égard.

2. Éléments de la définition du terme "procédure étrangère" (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 13 à 38)

12. Pour être reconnue en vertu de la Loi type, une procédure étrangère doit entrer dans la définition de l'article 2 a), qui comporte plusieurs éléments. Elle doit être (*italiques ajoutés*):

i) Une procédure judiciaire ou administrative *collective*, même provisoire, dans un État étranger;

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

iii) Dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont *soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger*;

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

13. On rappellera que l'article 16-1 crée une présomption qui renvoie à la définition des termes "procédure étrangère" et "représentant étranger" à l'article 2. Si la décision d'ouverture de la procédure étrangère et de désignation du représentant étranger indique que la procédure étrangère est une procédure au sens de l'article 2 a) et que le représentant étranger est une personne ou un organe au sens de l'article 2 d), le tribunal peut présumer qu'il en est ainsi.

14. On rappellera également que les tribunaux qui ont reconnu une procédure étrangère se sont fondés sur cette présomption dans plusieurs affaires (voir A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 15 et 16) lorsque le tribunal ayant ouvert la procédure d'insolvabilité étrangère indiquait qu'aux fins de la demande de reconnaissance, le représentant de l'insolvabilité était un représentant étranger et la procédure une procédure étrangère. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les tribunaux ouvrant une procédure devraient être encouragés à déclarer, sans plus, que la procédure correspond à la définition énoncée à l'article 2 a) et est donc une "procédure étrangère" aux fins de la Loi type ou si ils devraient aussi être encouragés à énoncer dans les ordonnances qu'ils rendent l'essentiel des éléments qui leur ont été présentés à l'appui d'une reconnaissance de la procédure en tant que procédure étrangère au sens de l'article 2 a). La même considération pourrait valoir pour la nomination du représentant de l'insolvabilité et la reconnaissance de cette

personne en tant que représentant étranger au sens de l'article 2 d). Dans le commentaire des articles 15 et 17 de la Loi type (par. 30, 31, 67, 68 et 125 du Guide pour l'incorporation) on a pu relever que les décisions et ordonnances du tribunal ouvrant la procédure n'étaient pas déterminantes et ne liaient pas le tribunal de renvoi, qui doit s'assurer que la procédure répond aux exigences de l'article 2 a), mais que lorsque les circonstances s'y prêtaient, ce dernier pouvait leur accorder un certain poids lorsqu'il examinait la question et tirait ses propres conclusions.

15. Une question connexe porte sur le statut de la procédure en tant que procédure principale ou non principale (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 1 à 3). À sa session précédente, le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile que le tribunal ouvrant une procédure inclue des informations sur le statut de la procédure dans toutes les ordonnances qu'il rend, et que ce point pourrait donc être inclus dans un commentaire additionnel (A/CN.9/715, par. 37). Les paragraphes 73 et 126 à 127 du Guide pour l'incorporation peuvent être pertinents à cet égard.

a) Procédure collective (A/CN.9/WG.V/WP.95 par. 18 à 23)

16. On rappellera que le Guide pour l'incorporation note que les créanciers doivent participer collectivement à la procédure étrangère⁵, l'objet de la procédure n'étant pas d'aider un créancier en particulier à obtenir paiement. Il note également que diverses procédures collectives pourraient être ainsi reconnues, "qu'elles soient obligatoires ou volontaires, qu'elles fassent intervenir des personnes morales ou des personnes physiques, qu'elles aient pour but la liquidation ou le redressement", ou qu'il s'agisse de procédures dans lesquelles le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même s'il est soumis à la supervision d'un tribunal (par exemple, débiteur en possession, suspension des paiements)⁶. Lors des délibérations du Groupe de travail sur l'élaboration de la Loi type, on a fait remarquer que "le caractère collectif de la procédure impliquait la représentation de la masse des créanciers"⁷.

17. Dans les affaires examinées dans le document de travail précédent (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 19 à 23), les tribunaux ont identifié plusieurs éléments considérés comme nécessaires pour satisfaire à l'exigence d'une "procédure collective". La procédure doit: prendre en considération les droits et les obligations de tous les créanciers et réaliser les biens dans l'intérêt de tous les créanciers; envisager non seulement l'examen et le traitement possible des divers types de créances mais aussi la participation éventuelle des créanciers à une procédure étrangère; ou viser à rassembler et distribuer les actifs du débiteur. Malgré ces éléments, un manque de spécificité subsiste en ce qui concerne les types de procédures qui pourraient ou ne pourraient pas satisfaire à l'exigence d'une "procédure collective". À cet égard, le Groupe de travail pourrait noter qu'on peut craindre que les procédures non véritablement collectives pourraient tenter d'utiliser les dispositions de la Loi type pour contrôler des biens se trouvant dans le ressort du tribunal de renvoi ou bloquer les actions qui y sont menées, contrariant d'autres procédures véritablement "collectives". Aux fins d'une plus grande spécificité, il

⁵ Guide pour l'incorporation, par. 23.

⁶ Ibid., par. 24.

⁷ A/CN.9/422, par. 48.

serait bon d'examiner non seulement ce qui constitue une procédure "collective" mais aussi quels types de procédures n'en sont pas.

18. À sa session précédente, le Groupe de travail a dit (A/CN.9/715, par. 21) que le Secrétariat pourrait identifier certains types de procédures ne relevant pas clairement de la définition de l'article 2 a) ou dont l'inclusion pouvait susciter ou avoir déjà suscité diverses préoccupations.

19. Les procédures suscitant des préoccupations étaient par exemple celles qui ne représentaient qu'une seule catégorie de créanciers, tels que les assurés, dans une procédure concernant une compagnie d'assurance en tant que débiteur, ou les créanciers prioritaires, tels que les banques, dans une procédure supposant la restructuration d'une partie de la dette et pas nécessairement de l'ensemble de celle-ci. Dans ce dernier cas, il peut s'agir de procédures aux appellations diverses, notamment de procédures accélérées telles que celles décrites dans le Guide législatif (deuxième partie, chap. IV).

20. On rappellera qu'en ce qui concerne les procédures accélérées, le Guide législatif indique (deuxième partie, chap. IV, par. 81 et 82) qu'il n'est pas toujours possible ni même nécessaire de faire participer tous les créanciers aux négociations volontaires de restructuration qui précèdent une procédure accélérée. Participent généralement à ces négociations le débiteur et une ou plusieurs catégories de créanciers, tels que les prêteurs, les obligataires et les actionnaires, et certains types de créanciers non institutionnels et autres, tels que les créanciers commerciaux, continuent habituellement à être payés dans le cours normal des affaires. Ceux-ci n'ont donc pas besoin de participer à la procédure. Si toutefois il est proposé que les droits de ces créanciers soient modifiés, ils devront participer à la procédure et accepter les modifications proposées. Le Guide législatif note également, s'agissant de l'ouverture d'une procédure accélérée, que celle-ci doit être ouverte à tout débiteur qui ne remplit pas encore les conditions requises par les dispositions générales de la loi sur l'insolvabilité mais qui, d'une manière générale, ne sera probablement pas en mesure de payer ses dettes à leur échéance (par. 84 et recommandation 160).

21. De telles procédures accélérées satisferaient à certaines exigences de la définition d'une "procédure étrangère" mais il n'est pas certain qu'elles satisferaient dans tous les cas à celles d'une "procédure collective". Plusieurs questions se posent. La première est de savoir si l'élément "procédure collective" requiert la prise en compte, la participation ou la représentation de l'*ensemble* des créanciers dans la procédure, qu'ils soient ou non concernés par celle-ci, et de quelque manière qu'ils le soient, ou seulement de ceux dont les droits sont affectés, par exemple, par un report ou une autre modification. Une deuxième question concerne la manière dont les créanciers participent à la procédure et le point de savoir si l'exigence d'une "procédure collective" signifie que les droits et les intérêts de tous les créanciers doivent être pris en compte (par le tribunal ou par le représentant de l'insolvabilité) au cours de la procédure ou bien qu'ils y participent ou y sont représentés. Les créanciers pourraient participer à la procédure de différentes manières, directement ou indirectement, en fonction de la nature de celle-ci. Lorsqu'un redressement nécessite l'approbation d'un plan approuvé par un pourcentage de créanciers légal ou contractuel, l'exigence de la participation directe est satisfaite. En revanche, dans le cas d'une liquidation, la possibilité d'une telle participation directe peut ne pas être ouverte aussi clairement aux créanciers. En

termes de représentation, il y a également différentes possibilités, telles que les comités des créanciers ou les représentants nommés par le tribunal (la participation des créanciers est examinée dans le Guide législatif, deuxième partie, chap. III, par. 75 à 114).

22. Une autre manière d'aborder la question de savoir en quoi consiste une "procédure collective" pourrait être de dire que la procédure doit viser le bien collectif de l'ensemble des créanciers (au sens où tous en profiteront lorsque le débiteur aura négocié une solution à ses difficultés financières) au lieu d'exiger que les droits de l'ensemble des créanciers soient pris en compte ou que tous participent à la procédure ou y soient représentés.

23. Certaines lois ont traité la question de la définition en indiquant le nom donné à chaque type de procédure dans différents pays. Au sein de l'Union européenne, par exemple, le Règlement communautaire comprend en annexe la liste des noms des différents types de procédures visés. Cette approche, envisageable pour un nombre limité de pays dans un contexte régional, ne saurait s'avérer utile dans un contexte mondial, puisque ces noms ne sont pas compris de la même manière dans tous les pays, et il serait laborieux et difficile d'en faire une application généralisée.

24. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner laquelle de ces approches pourrait être souhaitable ou si d'autres solutions seraient préférables.

b) Régie par une loi relative à l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 24 à 29)

25. On rappellera que les documents préparatoires de la Loi type précisent que cette formule a été retenue pour indiquer que la liquidation et le redressement pouvaient se faire en application d'autres textes que la loi sur l'insolvabilité à strictement parler (droit des sociétés par exemple)⁸. Elle a été approuvée par le Groupe de travail comme étant "suffisamment large pour englober toutes les dispositions concernant l'insolvabilité, quel que soit le type de texte où elles étaient énoncées"⁹.

26. Le document de travail précédent (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 26 à 29) indiquait que la question de savoir ce qui constitue "une loi relative à l'insolvabilité" avait été examinée par plusieurs tribunaux, notamment pour déterminer si une procédure de mise sous administration judiciaire constituait une procédure étrangère qui pouvait être reconnue. Ils avaient ainsi identifié plusieurs éléments de cette exigence: la loi en question ne devait pas nécessairement être de nature législative (c'est-à-dire qu'elle pouvait inclure la *common law*) ni porter exclusivement sur l'insolvabilité. Dans une affaire, il a également été décidé qu'après avoir identifié la loi en application de laquelle la procédure avait été engagée, le tribunal devait vérifier si cette loi était liée à l'insolvabilité et si les autres éléments visés dans la définition [de l'article 2] pouvaient être considérées comme présents "en application" de cette loi¹⁰.

27. Dans certaines décisions, les tribunaux ont aussi indiqué les caractéristiques des procédures qui ne satisfaisaient pas à l'exigence de la Loi type. Par exemple,

⁸ A/CN.9/WG.V/WP.44, notes relatives à l'article 2 c), par. 2.

⁹ A/CN.9/422 par. 49.

¹⁰ *Affaire Stanford International Bank* (en appel), A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 27, note de bas de page 32.

que l'objet de la procédure était d'empêcher la dispersion et le gaspillage et non de liquider ou de restructurer le patrimoine des débiteurs; que le préjudice que le tribunal voulait éviter touchait les investisseurs et non l'ensemble des créanciers; que les pouvoirs conférés et les devoirs imposés au représentant de l'insolvabilité visaient à réunir et préserver les biens et non à les liquider ou à les distribuer; et que le représentant de l'insolvabilité n'était pas habilité à distribuer les biens des débiteurs.

28. La proposition du paragraphe 11 ci-dessus a également trait au sens de l'expression "loi relative à l'insolvabilité". Afin de fournir d'autres orientations sur ce point, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les commentaires additionnels devraient traiter de l'objectif des lois sur l'insolvabilité, à savoir éviter ou traiter les difficultés financières, et des autres objectifs qui ne répondraient pas à la définition.

c) Contrôle ou surveillance des biens et affaires du débiteur par un tribunal étranger (A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 30 à 35)

29. On rappellera que le Guide pour l'incorporation indique que les procédures étrangères incluent des procédures dans lesquelles le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même s'il est soumis à la supervision d'un tribunal¹¹, mais ne précise pas le degré de contrôle ou de surveillance requis pour satisfaire la définition, ni le moment où cette surveillance ou ce contrôle doivent commencer. D'après les documents préparatoires, cette formulation a été adoptée pour souligner la nature officielle de l'exigence de contrôle ou de surveillance et préciser que "les accords privés d'aménagement financier qui pouvaient être passés par les parties hors de toute procédure judiciaire ou administrative [et qui] pouvaient prendre toute une série de formes"¹² ne se prêtaient pas à une inclusion dans une règle générale sur la reconnaissance.

30. Dans certaines affaires où cette condition a été examinée, le juge a conclu que tant les biens que les affaires du débiteur devaient être soumis au contrôle ou à la surveillance des tribunaux; que la participation du tribunal à un stade ultérieur de la procédure, par exemple après l'approbation d'un plan de redressement par les créanciers, suffisait à établir le degré de contrôle requis pour la reconnaissance; et qu'il suffisait que la loi pertinente ait prévu une possibilité de contrôle, même si en l'espèce il n'y avait en fait aucun contrôle.

31. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette question devrait être approfondie afin de mettre l'accent sur certains des moyens par lesquels le tribunal peut contrôler ou surveiller les biens et les affaires du débiteur et sur les moments où il pouvait le faire de manière à satisfaire à la définition de l'article 2 a). Cet examen, qui pourrait s'ajouter aux paragraphes 67 et 68 du Guide pour l'incorporation, pourrait traiter des points suivants:

a) Les différents types de procédure, tels que la procédure accélérée, où le tribunal intervient à un stade ultérieur;

¹¹ Guide pour l'incorporation, par. 24.

¹² A/CN.9/419, par. 29.

b) Le degré de supervision ou de contrôle requis, et s'il doit être effectif ou juste possible. Par exemple, y a-t-il lieu d'exiger un contrôle effectif ou une surveillance effective des biens et affaires du débiteur par le tribunal ou suffirait-il que le tribunal puisse superviser le représentant de l'insolvabilité, celui-ci étant chargé de surveiller des biens et affaires du débiteur?

c) Si ce contrôle ou cette supervision doit être effectif au moment de la demande de reconnaissance, compte tenu par exemple des cas où la demande de reconnaissance est faite à un stade avancé de la procédure, par exemple après l'approbation d'un plan de redressement, lorsque le tribunal n'intervient plus.

B. Reconnaissance

1. Procédure principale et non principale (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 1 à 3)

32. L'article 17 de la Loi type prévoit qu'une procédure étrangère au sens de l'alinéa a) de l'article 2 est reconnue soit comme procédure étrangère principale, soit comme procédure étrangère non principale.

33. À sa session précédente, le Groupe de travail est convenu qu'il était clair que la Loi type prévoyait seulement la reconnaissance de deux types de procédures: procédure principale et procédure non principale. Les procédures ne relevant d'aucune de ces deux catégories ne pouvaient être reconnues, comme l'indique le Guide pour l'incorporation de la Loi type. Le paragraphe 128, par exemple, confirme que la Loi type n'envisage pas la reconnaissance d'une procédure ouverte dans un État dans lequel le débiteur a des biens mais n'a pas d'établissement au sens de l'alinéa c) de l'article 2.

34. Étant donné qu'il y a eu un certain manque de clarté dans l'interprétation de cet aspect de la Loi type, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'explication fournie aux paragraphes 73 et 128 du Guide pour l'incorporation est suffisante ou si la question devrait être précisée par un commentaire supplémentaire.

2. Détermination du centre des intérêts principaux – article 16 Présomptions

(A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 4 à 18)

35. On rappellera que l'article 16 de la Loi type établit une présomption que le tribunal peut invoquer pour déterminer le centre des intérêts principaux. Son paragraphe 3 prévoit que, sauf preuve contraire, le siège statutaire ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux. Le paragraphe 122 du Guide pour l'incorporation énonce clairement que l'article 16 établit des présomptions permettant au tribunal d'accélérer la présentation de preuves. Ces présomptions n'empêchent toutefois pas un tribunal, conformément au droit procédural applicable, de demander ou d'évaluer d'autres preuves s'il met en doute la conclusion découlant de la présomption ou si une partie intéressée le fait. Il convient peut-être également de noter que le fait de se fonder sur la présomption peut, en l'absence d'examen indépendant par le tribunal de renvoi, faciliter la recherche illégitime du for le plus avantageux.

36. Plusieurs affaires ont soulevé des questions concernant la détermination du centre des intérêts principaux du débiteur et l'interprétation de la présomption visée à l'article 16, en particulier la réfutation de la présomption et les facteurs pertinents

à cet égard, notamment dans le cas d'une société débitrice. Les décisions prises, portant notamment sur des affaires relevant du Règlement CE et de la Loi type, sont décrites dans le document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, paragraphes 6 à 18.

37. S'agissant de la question du centre des intérêts principaux, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il conviendrait de mentionner, dans un commentaire supplémentaire, le document intitulé La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge, en particulier sa section II.C, qui présente en détail les mesures à prendre dans le processus de reconnaissance. Même si ces informations s'adressent surtout aux juges, elles peuvent cependant s'avérer utiles pour les législateurs.

3. Facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux et réfuter la présomption (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 19 à 21)

38. À sa session précédente, le Groupe de travail a examiné les facteurs énumérés au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 et est convenu qu'une liste de facteurs indicatifs aiderait les juges à déterminer le centre des intérêts principaux (A/CN.9/715, par. 41). Différentes vues ont été exprimées quant à l'importance relative des divers facteurs figurant sur cette liste. Il a été proposé que la liste finale soit brève et les facteurs classés par ordre de priorité, mais on a estimé qu'une telle approche pourrait s'avérer indûment restrictive pour les juges.

39. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe 127 du Guide pour l'incorporation dispose ce qui suit:

“Il n'est pas souhaitable d'utiliser plus d'un critère pour classer une procédure étrangère dans la catégorie des procédures principales et de prévoir que sur la base de l'un quelconque de ces critères une procédure peut être réputée principale. Cette “multiplicité” des critères risquerait d'entraîner des demandes concurrentes de reconnaissance de procédures étrangères comme procédure principale.”

En examinant l'utilisation d'une liste de facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux, le Groupe de travail voudra peut-être envisager la manière de préciser que l'intention n'est pas de fournir plusieurs critères mais plutôt des orientations sur la manière dont le seul critère, à savoir le centre des intérêts principaux, doit être interprété.

40. Une question que le Groupe de travail devra d'abord examiner est celle de l'objet d'une liste de facteurs, par exemple s'il s'agit:

a) D'informer les juges et les autres utilisateurs de la Loi type des divers facteurs qui pourraient être pris en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux (ou l'ont été); ou

b) De déterminer et de limiter les facteurs à examiner, c'est-à-dire sous forme de recommandation.

41. Si la première approche est retenue, la liste pourrait figurer dans un commentaire supplémentaire, avec quelques améliorations d'ordre rédactionnel, telle qu'elle apparaît au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1. Le commentaire pourrait indiquer que certains de ces facteurs pourraient être jugés plus importants que d'autres, mais que tous pourraient être examinés, en fonction

des faits de l'espèce. Il pourrait par exemple préciser que: f) le lieu à partir duquel le financement est organisé ou autorisé ou le lieu où se trouve la principale banque de la société débitrice n'est important que si la banque contrôle le débiteur; que k) le lieu où se trouvent les employés pourrait être important si les employés peuvent être de futurs crédateurs, mais moins si l'on considère que la protection des employés est plus une question de protection des droits des parties intéressées, non pertinente pour déterminer le centre des intérêts principaux et, en tout état de cause, traitée à l'article 22 de la Loi type; et que e) l'État dont la législation s'applique à la plupart des litiges n'est pas un facteur suffisamment important pour être déterminant, et qu'il peut dans tous les cas s'agir d'un État sans rapport avec le lieu où le débiteur a travaillé pour le compte d'autrui ou pour lui-même, facteurs jugés tous deux plus importants que e). Cette explication pourrait figurer par exemple après le paragraphe 126 du Guide pour l'incorporation.

42. Si la deuxième approche est retenue, il convient d'examiner d'abord la forme du texte définitif que devra adopter le Groupe de travail et de se demander s'il serait souhaitable d'y inclure des recommandations. Se posera ensuite la question du style d'une éventuelle recommandation. On rappellera que le Guide législatif utilise plusieurs styles de recommandations, par exemple qu'une loi sur l'insolvabilité devrait adopter une approche spécifique, parfois très détaillée, ou, sans plus de détail, qu'une question précise devrait être régie par la loi sur l'insolvabilité. S'agissant des facteurs énumérés au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, il pourrait être recommandé par exemple que les facteurs clés à prendre en compte soient a) le lieu du siège de la société débitrice, de son agence centrale ou de son "centre névralgique"; b) le lieu où se trouve la direction de la société débitrice; et m) le lieu que les créanciers reconnaissent comme étant le centre des opérations de la société. La recommandation pourrait également indiquer que même si d'autres facteurs peuvent être pertinents dans des cas précis, il convient de les considérer comme secondaires et de les examiner uniquement dans la mesure où ils se rapportent aux trois facteurs susmentionnés et les corroborent.

43. Quelle que soit l'approche adoptée concernant cette question, il pourrait être utile pour les utilisateurs de la Loi type que les facteurs énumérés soient expliqués plus en détail, avec par exemple des informations sur les circonstances dans lesquelles chacun pourrait être important ou s'est avéré l'être, sans renvoyer à une affaire ou à un pays particuliers.

44. Étant donné que la présomption de l'article 16-3 à l'égard d'un débiteur autonome concerne sa résidence habituelle, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si des facteurs précis devraient être identifiés pour réfuter cette partie de la présomption. Ces facteurs ne se rapporteraient qu'à la résidence habituelle de personnes physiques et n'influeraient pas sur la détermination du centre des intérêts principaux des personnes morales. À cet égard, il convient de noter qu'une personne physique peut facilement se déplacer, mais qu'une personne morale peut plus difficilement le faire. On peut y voir dans certaines circonstances un comportement opportuniste et dans d'autres cas un désir de bénéficier d'un régime d'insolvabilité plus favorable, plus enclin au redressement qu'à la liquidation.

4. Effet de la reconnaissance du centre des intérêts principaux

45. Le Guide pour l'incorporation de la Loi type dispose que les effets de la reconnaissance d'une procédure comme procédure principale ou non principale sont liés à l'octroi de mesures. Il ne traite pas d'autres implications de cette reconnaissance, comme le fait que le droit du lieu où se trouve le centre des intérêts principaux peut être le droit applicable à de nombreux aspects de la procédure, comme le prévoit la recommandation 31 du Guide législatif. Des exemples de ces autres effets rencontrés dans la pratique, comme dans les affaires Lehman Brothers, peuvent illustrer utilement ces questions.

46. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les effets de la reconnaissance devraient être examinés plus en détail dans un commentaire ou des orientations supplémentaires.

5. Impact de la fraude (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 22 à 25)

47. Comme indiqué dans le précédent document de travail, plusieurs affaires ont donné lieu à un examen de l'impact de la fraude. Les tribunaux saisis de ces affaires ont examiné dans quelle mesure la fraude pouvait influencer sur la détermination du centre des intérêts principaux lorsque le lieu d'immatriculation était simplement un prétexte et qu'aucune activité commerciale n'y était menée. Une des solutions proposées était de s'intéresser au lieu où la fraude était commise.

48. À sa session précédente, le Groupe de travail examinant l'impact de la fraude, est convenu que cette question devrait être examinée plus avant (A/CN.9/715, par. 43). Il voudra peut-être reprendre cet examen sur la base des documents fournis précédemment.

6. Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 26 à 36)

49. On rappellera que dans plusieurs affaires jugées en vertu de la Loi type et du Règlement CE, le débiteur s'était déplacé d'un pays à un autre juste avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La Loi type n'envisage pas cette éventualité, et ne donne aucune indication concernant la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux, si ce n'est le temps employé à l'alinéa a) de l'article 17, qui dispose que la procédure étrangère est reconnue en tant que procédure étrangère principale si "elle a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux" (*italiques ajoutés*).

a) Affaires jugées en vertu de la Loi type

50. Dans les affaires jugées en vertu de la Loi type et portant sur cette question, plusieurs tribunaux ont conclu que:

a) La procédure devait être en cours au moment où la reconnaissance était demandée;

b) Pour qu'elle soit reconnue comme procédure étrangère principale, le centre des intérêts principaux devait se trouver sur le territoire de l'État demandant la reconnaissance au moment de la demande: on ne pouvait accepter une approche opérationnelle consistant à examiner l'histoire du lien entre un débiteur et un État particulier;

c) La détermination du centre des intérêts principaux devait reposer sur des faits existants au moment de la demande de reconnaissance;

d) Une approche fondée sur “l’ensemble des circonstances” ne devait pas être écartée dans certains cas où, par exemple, il pouvait y avoir eu un changement opportuniste du lieu d’immatriculation d’une société afin d’établir le centre des intérêts principaux (par exemple, à la suite d’un délit d’initié, d’une manipulation fâcheuse, d’un rejet manifeste des attentes des tiers ou d’une activité ou d’une motivation tendancieuses).

b) Affaires jugées en vertu du Règlement CE

51. Dans plusieurs affaires jugées en vertu du Règlement CE, les tribunaux ont conclu que:

a) Le lieu du centre des intérêts principaux du débiteur devait être déterminé en référence à la date de la demande d’ouverture d’une procédure d’insolvabilité;

b) Le centre des intérêts principaux ne pouvait être déplacé si le débiteur se déplaçait après la demande d’ouverture mais avant l’ouverture de la procédure;

c) Le déplacement du lieu d’incorporation pouvait ne pas suffire pour transférer le centre des intérêts principaux d’une société, sauf si des preuves suffisantes pouvaient être avancées pour réfuter la présomption;

d) La date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux était celle de l’audience de l’ouverture ou une date antérieure en cas de demande de mesures provisoires;

e) La détermination du centre des intérêts principaux devait se fonder sur des faits objectifs et vérifiables.

52. En comparant les approches de la Loi type et du Règlement CE, le Groupe de travail se rappellera qu’en vertu de la Loi type le centre des intérêts principaux est pertinent pour la reconnaissance d’une procédure étrangère existante, tandis qu’en vertu du Règlement CE il est lié au lieu approprié de l’ouverture de la procédure. À sa session précédente, le Groupe de travail est convenu que la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux en vertu de la Loi type devrait être celle de la demande initiale d’ouverture de la procédure d’insolvabilité et que cette conclusion devrait figurer dans le texte définitif (A/CN.9/715, par. 45).

53. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la question du déplacement opportuniste du centre des intérêts principaux juste avant la demande d’ouverture d’une procédure d’insolvabilité pourrait être traitée et de quelle manière. Comme indiqué ci-dessus, il peut y avoir des cas où le déplacement relève de la recherche légitime du for le plus favorable visant à trouver par exemple un pays qui propose une procédure d’insolvabilité, telle que redressement, répondant mieux aux besoins du débiteur que la loi de son pays, et d’autres cas où il résulte d’une manipulation. Il convient peut-être d’établir une distinction entre une manipulation donnant à penser qu’il pourrait y avoir une fraude et la fraude sous-jacente évoquée précédemment, lorsque le débiteur n’a pas d’objet commercial légitime.

54. Le commentaire pourrait indiquer par exemple qu’il serait bon que le tribunal examine la question plus attentivement si des éléments indiquent que le centre des

intérêts principaux a été déplacé dans de telles circonstances. Il devra peut-être alors examiner l'ensemble des facteurs figurant sur la liste et pas seulement les trois ou quatre facteurs qui pourraient être considérés comme plus importants. Le commentaire pourrait également indiquer que même si la décision du tribunal de renvoi pourrait se fonder sur les conclusions du tribunal dont émane la demande, la décision appartient au tribunal de renvoi et est susceptible de recours.

C. Groupe d'entreprises

55. À sa session précédente, le Groupe de travail a noté (A/CN.9/715, par. 47 et 48) que de nombreuses affaires jugées en vertu de la Loi type concernaient des groupes d'entreprises et qu'il serait peut-être souhaitable de fournir également des orientations supplémentaires sur l'interprétation du centre des intérêts principaux en ce qui concerne les groupes d'entreprises. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de demander au Secrétariat, si les ressources le lui permettaient, de procéder à une étude sur le centre des intérêts principaux des groupes d'entreprises, qu'il examinerait à une session future, et qui traiterait les points suivants: i) discussions menées lors de ses travaux antérieurs sur la troisième partie du Guide législatif; ii) pratique existante en matière de groupes d'entreprises et, dans la mesure du possible; iii) suggestions quant à la portée de travaux futurs.

56. S'agissant de la question i), le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler que des documents de travail élaborés en vue des sessions précédentes portaient sur des aspects des groupes d'entreprises et du centre des intérêts principaux A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2; A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4; et A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1.

57. Même s'il n'est pas possible de reproduire ici les informations fournies dans ces documents, le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler les conclusions auxquelles il est parvenu après avoir examiné ces éléments de sa trente et unième session à sa trente-sixième session.

58. À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu (A/CN.9/618, par. 54) que la difficulté de parvenir à s'entendre sur une définition du centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises laissait supposer qu'il fallait avant tout faciliter la coordination et la coopération entre les différents tribunaux où une procédure d'insolvabilité pourrait être ouverte contre différents membres d'un groupe d'entreprises, tout en reconnaissant qu'il était souhaitable d'éviter des procédures multiples dans le contexte d'un groupe.

59. À ses trente-deuxième, trente-troisième et trente-quatrième sessions, le Groupe de travail a procédé à un examen limité des questions internationales, visant surtout à définir une marche à suivre et la manière dont les questions pertinentes pourraient être traitées.

60. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail est convenu, d'une manière générale (A/CN.9/666, par. 26 et 27) qu'il serait difficile de parvenir à une définition du centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises permettant par exemple de limiter l'ouverture d'une procédure parallèle ou de réduire le nombre de lois susceptibles de s'appliquer à des procédures d'insolvabilité ouvertes dans différents États à l'encontre de membres d'un même groupe. En outre, il est

convenu qu'il serait également difficile d'utiliser le centre des intérêts principaux d'un groupe pour appliquer le régime de reconnaissance de la Loi type aux groupes d'entreprises. Le Groupe de travail a conclu (A/CN.9/666 par. 32) que la présomption contenue à l'article 16-3 de la Loi type n'était pas directement applicable au contexte des groupes d'entreprises; que l'introduction d'une règle sur le centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises pourrait être utile pour faciliter la coordination de plusieurs procédures d'insolvabilité concernant les membres de ce groupe; et que cette règle pourrait établir une présomption réfragable inspirée de l'article 16-3 pour déterminer le siège du membre du groupe exerçant le contrôle, les facteurs pertinents pour réfuter cette présomption étant fondés sur ceux exposés aux paragraphes 6 et 13 du document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4.

61. À sa trente-sixième session, après un examen plus approfondi de l'idée d'un centre de coordination, l'opinion a été exprimée (A/CN.9/671, par. 18) que l'identification d'un tel centre dans un groupe d'entreprises comportait un certain nombre de difficultés liées à l'identification du centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome. Le problème était notamment de savoir si la décision identifiant un centre de coordination dans un État pourrait être exécutée ou du moins reconnue dans d'autres États, et quel État devrait prendre cette décision. Il a été largement convenu (A/CN.9/671, par. 20) que la décision d'un tribunal désignant un centre de coordination ne devrait pas avoir force obligatoire dans d'autres États.

62. Bien que le maintien d'une recommandation sur le centre de coordination ait recueilli un certain soutien, le Groupe de travail n'a pas été à même de définir pour un tel centre un rôle clair qui renforcerait les recommandations plus générales sur la coordination et la coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité. Après examen des autres projets de recommandation, le Groupe de travail, revenu à la question du centre de coordination, est convenu (A/CN.9/671, par. 23) de supprimer les projets de recommandations 1 et 2 (qui prévoyaient une présomption pour l'identification du centre de coordination), la désignation d'un centre de coordination étant sans conséquences juridiques en raison de son caractère non contraignant. Il a néanmoins reconnu qu'il était utile de conférer à une seule entité un rôle prépondérant en matière de coopération et est convenu de mentionner dans le commentaire l'importance de confier à une seule entité la fonction de membre coordonnateur. Cette question a ensuite été traitée dans le texte final de la recommandation 250, qui prévoit qu'un des moyens d'assurer la coopération entre représentants de l'insolvabilité peut être notamment d'assigner à l'un d'eux d'un rôle de coordination.

63. S'agissant du point ii), les études demandées n'ont pu être faites en vue de cette session faute de ressources disponibles. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'on ne saurait dire si la pratique existante concernant les groupes d'entreprises a évolué dans une nouvelle direction laissant entrevoir une solution aux problèmes déjà identifiés par le Groupe de travail en rapport avec le centre des intérêts principaux et les groupes d'entreprises. La pratique récente donne cependant à penser qu'on recourt de plus en plus à la coordination et à la coopération d'une manière correspondant largement aux recommandations figurant à la troisième partie du Guide législatif dans le cadre de procédures internationales multiples concernant des membres de groupes d'entreprises.

64. Compte tenu de ce qui précède, il est difficile de fournir des propositions en réponse à la question du point iii) ci-dessus. Notant en particulier qu'il est

généralement convenu que la Loi type ne s'applique pas aux groupes d'entreprises à proprement parler, le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant s'il conviendrait néanmoins d'inclure dans le commentaire des informations sur la manière dont la Loi type a été appliquée dans le cas de procédures multiples concernant des membres de groupes d'entreprise ou de faire figurer ces informations dans le "point de vue du juge"¹³ lorsqu'il sera révisé. Il voudra peut-être aussi examiner comment, à la lumière des informations ci-dessus, la question des groupes d'entreprises et du centre des intérêts principaux pourrait être approfondie.

¹³ La décision de la Commission sur l'adoption du "point de vue du juge" (A/66/17, par. 200) prévoit que le document soit actualisé de manière à prendre en compte les faits nouveaux en matière d'application et d'interprétation de la Loi type.