



Assemblée générale

Distr. générale
20 décembre 2010
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-quatrième session
Vienne, 27 juin-15 juillet 2011

Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-neuvième session

(Vienne, 6-10 décembre 2010)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-2	2
II. Organisation de la session	3-8	2
III. Délibérations et décisions	9	3
IV. 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	10-48	4
A. Débat général	11-16	4
B. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2	17-22	5
C. Interprétation uniforme et origine internationale – article 8 de la Loi type	23-25	7
D. Reconnaissance	26-48	7
V. Obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité	49-109	12
A. Introduction	51-109	12
VI. Aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale	110-117	22



I. 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 avait fait sienne la recommandation formulée par le Groupe de travail V selon laquelle des travaux devraient être entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité: a) l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; b) les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, deux thèmes actuellement importants; ainsi que sur: c) les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

II. Organisation de la session

3. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se composait de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-neuvième session à Vienne du 6 au 10 décembre 2010. Y ont assisté des représentants des États membres suivants: Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Canada, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Malaisie, Mexique, Namibie, Ouganda, Philippines, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Thaïlande, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

4. Ont également assisté à la session les observateurs des États ci-après: Belgique, Croatie, Danemark, Indonésie, Lituanie, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, République démocratique du Congo, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suisse et Tunisie.

5. Ont en outre assisté à la session les observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Organisations du système des Nations Unies*: Banque mondiale et Fonds monétaire international (FMI);

b) *Organisations intergouvernementales invitées*: Assemblée interparlementaire des États membres de la Communauté d'États indépendants (CEI); Communauté des Caraïbes (CARICOM) et Union européenne (UE);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), Association internationale des assureurs-crédit (ICISA), Association internationale du barreau, Center For International Legal Studies (CILS), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP 21), INSOL

International (INSOL), International Insolvency Institute (III), International Law Institute (ILI), International Swaps and Derivatives Association (ISDA), International Women's Insolvency and Restructuring Confederation (IWIRC), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, Union asiatique de compensation (UAC) et Union Internationale des Avocats (UIA).

6. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:
 - Président:* M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)
 - Rapporteur:* M. Anthony Ojok Oyuko (Ouganda)
7. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:
 - a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.94);
 - b) Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux (A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1);
 - c) Note du Secrétariat sur les obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.96); et
 - d) Note du Secrétariat sur les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (A/CN.9/WG.V/WP.97 et Add.1 et 2).
8. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:
 1. Ouverture de la session.
 2. Élection du Bureau.
 3. Adoption de l'ordre du jour.
 4. Examen a) de l'interprétation et de l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; b) des obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité; et c) des aspects judiciaires concernant l'application et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.
 5. Questions diverses.
 6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

9. Le Groupe de travail a procédé à l'examen des sujets suivants: a) élaboration d'orientations sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; b) obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité; et c) aspects judiciaires concernant l'application et l'utilisation de la Loi type de la

CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.95, A/CN.9/WG.V/WP.96 et A/CN.9/WG.V/WP.97, leurs additifs et d'autres documents mentionnés dans ces derniers. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur ces points.

IV. 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

10. Le Groupe de travail a examiné certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la "Loi type") en rapport avec le centre des intérêts principaux en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1.

A. Débat général

11. Le Groupe de travail a rappelé que le mandat que la Commission lui avait confié concernant le sujet de l'interprétation et de l'application de certains concepts de la Loi type en rapport avec le centre d'intérêts principaux se fondait sur "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 sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité en rapport avec le centre des intérêts principaux et, peut-être, d'élaborer une loi type ou des dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant certains problèmes qui se posaient dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance, d'une manière qui n'exclurait pas l'élaboration d'une convention"¹. À cet égard, il a été précisé que ces travaux futurs n'avaient pas pour objet de modifier les normes existantes de la CNUDCI en matière d'insolvabilité et les concepts qui y étaient inclus mais d'en préciser le sens.

12. Il a été observé que certains concepts de la Loi type en rapport avec le centre des intérêts principaux et le concept même de centre des intérêts principaux avaient soulevé des questions d'interprétation, donnant lieu à des décisions de justice divergentes (voir documents A/CN.9/WG.V/WP. 95 et Add.1).

13. La question a été posée de savoir si le Groupe de travail devrait entreprendre l'examen des différents types de textes de lois uniformes qui pourraient être élaborés pour donner des indications sur ces différents concepts. Ces différents types de textes de lois uniformes pourraient être i) des règles, ii) des recommandations ou iii) des commentaires ou des lignes directrices sur certains sujets de la Loi type. En réponse, il a été rappelé que par le passé, le Groupe de travail ne s'était prononcé sur les questions de forme qu'après avoir examiné les questions de fond. Il a été largement estimé que la même approche devrait être retenue pour les travaux futurs de clarification des concepts de la Loi type.

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17), par. 259 a).*

14. S'agissant de préciser le concept de centre des intérêts principaux figurant dans la Loi type, il a été noté qu'il apparaissait dans plusieurs articles du texte, tels que les articles 2 b), 16-3 et 17-2 a), mais que ce texte n'en contenait pas la définition. On a donné, comme exemple de texte sur le même sujet élaboré par une organisation régionale d'intégration économique, le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil européen du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, en notant que celui-ci se référerait aussi à la notion de centre des intérêts principaux sans en donner de définition. On a souligné que vu l'importance de cette notion, il était souhaitable d'éviter d'en donner des interprétations divergentes. On a toutefois observé qu'elle pourrait être utilisée dans différents contextes, par exemple, dans le cas du Règlement du Conseil, en rapport avec la juridiction dans laquelle la procédure principale devrait être ouverte et, dans le cas de la Loi type, en rapport avec l'opportunité de la reconnaissance d'une procédure déjà ouverte. On a aussi noté qu'il serait souhaitable de continuer à examiner, dans les travaux futurs, la question de la détermination du centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises.

15. Compte tenu de la jurisprudence diverse et contradictoire qui existe en matière de centre des intérêts principaux, il a été largement estimé qu'une clarification du concept pourrait être utile aux praticiens et aux tribunaux. On a également noté qu'il pouvait être difficile de fournir une définition concrète du concept, mais qu'il existait plusieurs moyens de le préciser, notamment en fournissant une liste de facteurs à prendre en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux afin de promouvoir, en la matière, une plus grande uniformité et une plus grande prévisibilité.

16. Il a en outre été noté que d'autres éléments figurant dans la Loi type, tels que les éléments de la définition de la procédure étrangère et la question de la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur, étaient liés au concept de centre des intérêts principaux et il a été convenu qu'il serait bon d'examiner ces autres éléments avant d'entamer l'examen du concept de centre des intérêts principaux.

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

Questions concernant la définition du terme "procédure étrangère" figurant à l'alinéa a) de l'article 2 de la Loi type

17. Il a été noté que la définition du terme "procédure étrangère" figurant à l'alinéa a) de l'article 2 de la Loi type avait donné lieu à diverses interprétations dans la jurisprudence (voir document A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 8 à 37). La question a été posée de savoir si le Groupe de travail devrait envisager de préciser certains éléments de cette définition, qui se lit comme suit: "Le terme 'procédure étrangère' désigne une procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, régie par une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger, aux fins de redressement ou de liquidation."

18. À cet égard, on a demandé s'il fallait définir l'exigence de l'insolvabilité du débiteur. Il a été répondu qu'une telle définition n'était pas nécessaire, l'exigence de l'insolvabilité du débiteur découlant de la formule "régie par une loi relative à l'insolvabilité".

19. S'agissant de la nécessité de définir la formule "régie par une loi relative à l'insolvabilité", il a été estimé que les difficultés rencontrées dans l'interprétation judiciaire de cette formule provenaient du fait que les termes employés dans la législation des différents pays étaient mis sur le même pied. Il a été noté que le Groupe de travail n'entendait pas unifier les lois relatives à l'insolvabilité mais préciser les concepts figurant dans la Loi type. À cet égard, il a été dit qu'il serait impossible de préciser davantage la définition d'une "procédure étrangère" qui continuerait d'englober l'ensemble des procédures nationales. Il a aussi été noté que la notion de "loi relative à l'insolvabilité" offrait déjà le degré de souplesse voulu. Il a en outre été noté que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le "Guide législatif") comprenait, à l'alinéa u) du paragraphe 12 et dans le commentaire, une définition de la procédure d'insolvabilité qui était conforme à la définition figurant dans la Loi type.

20. Le Groupe de travail a noté que, selon le Guide pour l'incorporation de la Loi type, l'exigence d'une "procédure collective" faisait référence à la participation collective des créanciers à la procédure étrangère et non au fait que la procédure était censée aider un créancier en particulier à obtenir paiement. S'agissant de l'exigence d'une "procédure collective", il a été dit qu'elle constituait un élément important de la définition. Il a été noté qu'on pouvait techniquement se demander si dans certaines procédures nationales, cette exigence avait été pleinement satisfaite, mais que ces procédures avaient néanmoins été reconnues conformément à la Loi type. À cet égard, on a à nouveau souligné que la définition d'une procédure étrangère dans la Loi type devait ménager une certaine souplesse. On a également craint que l'adoption de critères supplémentaires en la matière n'introduise des restrictions inutiles.

21. Il a été dit que le Secrétariat pourrait identifier certaines procédures ne relevant pas clairement de la définition de l'article 2 a) de la Loi type ou dont l'inclusion pouvait susciter des préoccupations ou en avait déjà suscité (appelées pendant la discussion "zone grise"), afin d'aider le Groupe de travail à déterminer s'il fallait préciser la définition du terme "procédure étrangère". L'utilité d'une telle étude a été mise en doute, étant donné qu'elle ne porterait que sur la situation actuelle sans tenir compte de nouvelles circonstances ni du fait que la notion de "loi relative à l'insolvabilité" était très vaste.

22. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il était prématuré à ce stade de dire si la définition du terme "procédure étrangère" figurant à l'article 2 a) de la Loi type appelait une clarification. Il a demandé au Secrétariat d'établir une note d'information pour l'aider à examiner cette question à une session ultérieure.

C. Interprétation uniforme et origine internationale: article 8 de la Loi type

23. Le Groupe de travail a noté que l'article 8 de la Loi type disposait qu'en interprétant le texte, il fallait tenir compte de son origine internationale et du fait qu'il était souhaitable de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi. Il s'est demandé s'il fallait donner des indications plus précises sur les sources à utiliser pour faciliter l'interprétation de la Loi type en application de l'article 8 (voir document A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 40 à 42).

24. Il a été noté que la jurisprudence relative à la Loi type était importante s'agissant d'assurer une interprétation uniforme conformément à l'article 8 et que le Guide pour l'incorporation de la Loi type indiquait qu'une interprétation harmonisée de celle-ci serait facilitée par le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (système CLOUT), dans le cadre duquel le secrétariat de la CNUDCI publiait des sommaires de décisions judiciaires qui interprètent les conventions et les lois types découlant des travaux de la CNUDCI (voir Guide pour l'incorporation, par. 92). À cet égard, il a été noté que les textes de la CNUDCI autres que la Loi type (tels que le Guide législatif) contribueraient également à une interprétation uniforme. En outre, il a été dit que la jurisprudence relative à l'interprétation de la Loi type comprenait également des références à des affaires liées à d'autres textes que ceux de la CNUDCI, notamment au Règlement du Conseil européen relatif aux procédures d'insolvabilité, qui utilisait aussi le concept de centre des intérêts principaux (voir par. 14 ci-dessus).

25. À l'issue de la discussion, il a été généralement convenu qu'il n'était pas nécessaire de préciser davantage l'article 8 de la Loi type.

D. Reconnaissance

1. Exception d'ordre public: article 6 de la Loi type

26. Le Groupe de travail a noté que l'article 6 de la Loi type prévoyait une exception à la reconnaissance d'une procédure étrangère lorsque cette reconnaissance serait "manifestement contraire à l'ordre public" de l'État concerné. Il a noté en outre que le Guide pour l'incorporation indiquait que cette exception devrait généralement être interprétée de manière restrictive et qu'elle n'était censée être invoquée que dans des circonstances exceptionnelles touchant des questions d'une importance fondamentale pour l'État adoptant.

27. Le Groupe de travail s'est posé la question de savoir s'il y avait lieu de fournir des éclaircissements concernant l'exception d'ordre public. Il a été demandé si celle-ci devrait englober la recherche du for le plus avantageux. Il a été répondu qu'il serait plus judicieux de traiter de la recherche du for le plus avantageux dans le contexte de la détermination du centre des intérêts principaux, puisque l'exception d'ordre public devait être appliquée de manière restrictive.

28. Une délégation a informé le Groupe de travail que dans son pays, la loi interne incorporant la Loi type disposait qu'un organe gouvernemental devait être informé et pouvoir intervenir dès que l'exception d'ordre public était invoquée, afin de dissuader d'y recourir de manière abusive. Selon plusieurs avis, il pourrait être utile

de préciser l'exception pour faire obstacle aux utilisations abusives, notamment parce que toutes les lois internes incorporant la Loi type ne contenaient pas une telle disposition. Il a été dit qu'il pourrait être difficile de définir l'exception d'ordre public, considérée comme une question de droit interne variant d'un pays à l'autre.

29. En réponse, plusieurs suggestions ont été faites pour déjouer l'utilisation abusive de l'exception d'ordre public. Il a été suggéré de souligner son caractère exceptionnel. Il a également été dit qu'une référence à l'article 8 sur l'interprétation de la Loi type et aux affaires du Recueil de jurisprudence (voir par. 24 ci-dessus) suffirait. Il a été dit en outre que le Guide pour l'incorporation expliquait déjà suffisamment le caractère sensible de l'utilisation de l'exception d'ordre public. Il a été dit également que l'article 22 de la Loi type protégeait suffisamment les créanciers et les autres personnes intéressées. Selon un autre point de vue, le Secrétariat pourrait être prié de fournir une liste d'exemples d'utilisation de l'exception d'ordre public. Il a été répondu à cela que la mise en pratique de cette suggestion pourrait soulever des difficultés, étant donné que ces exemples se fondaient sur des affaires dont les faits précis appelaient des indications supplémentaires. Il a été dit en outre que pour fournir de tels exemples, le Groupe de travail devrait procéder à l'évaluation de ces affaires.

30. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que l'exception d'ordre public était une question de droit interne que devaient trancher les tribunaux nationaux. Il est convenu en outre que l'exception devrait être appliquée de manière restrictive mais ne s'est pas prononcé à ce stade sur la manière d'assurer cette application restrictive, convenant de poursuivre l'examen de la question lorsqu'il examinerait les aspects judiciaires de la Loi type présentés dans le document A/CN.9/WG.V/WP.97 et ses additifs.

2. Décision de reconnaissance d'une procédure étrangère en vertu de l'article 17 en tant que procédure principale ou non principale conformément à l'article 2 b) et c) de la Loi type

31. On a noté que ce n'était pas le libellé de la Loi type qui avait posé des problèmes, mais son application en ce qui concernait la reconnaissance. On a également noté que de nombreuses lois internes incorporant la Loi type étaient relativement récentes et que son application avait parfois suscité des incertitudes, la jurisprudence se développant à peine. On a noté en outre que l'article 17 de la Loi type prévoyait une procédure de reconnaissance, qui était distincte des mesures qui pourraient être accordées conformément aux articles 19 et 21.

a) Condition préalable à la reconnaissance: procédure principale ou non principale

32. Le Groupe de travail a noté que l'article 17-2 a) de la Loi type disposait qu'une procédure étrangère au sens de l'article 2 a) devait être reconnue en tant que procédure étrangère principale (si elle a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux) ou non principale (art. 2 b) ou c)). Il s'est ensuite posé la question de savoir si un tribunal devrait, comme condition préalable à la reconnaissance, avoir établi qu'une procédure engagée au titre de la Loi type était une procédure étrangère principale ou non principale.

33. Il a été dit que cette question avait été suffisamment examinée dans la décision rendue en l'affaire *Bear Stearns*², selon laquelle cette exigence était une condition nécessaire préalable à la reconnaissance.

34. On a demandé s'il devrait aussi y avoir un troisième type de procédure ou si dans le même but il faudrait élargir la notion d'"établissement" figurant à l'article 2 f) de la Loi type à des procédures fondées sur la présence des biens dans un État, et on a fait référence à l'article 28 de la Loi type. Il a été répondu qu'en élargissant ainsi cette notion, on modifierait la Loi type au-delà du mandat actuel du Groupe de travail et on irait à l'encontre de l'esprit de la Loi type. On a noté que la Loi type laissait aux lois internes suffisamment de latitude pour ouvrir des procédures internes pour d'autres motifs.

35. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il était clair que la Loi type prévoyait seulement la reconnaissance de deux types de procédures: les procédures étrangères principales et non principales.

b) Procédures pour déterminer si une procédure est principale ou non principale

36. Il a été suggéré d'inclure, soit dans l'ordonnance initiale portant ouverture de la procédure, soit à titre de preuve supplémentaire soumise conformément à l'article 15-2 c), des informations factuelles concernant la nature de la procédure qui aideraient à déterminer si la procédure est une procédure principale ou non au cas où un tribunal devrait se prononcer ultérieurement sur une demande de reconnaissance. À cet égard, on a noté que l'article 15 de la Loi type précisait déjà quels documents devaient être joints à une demande de reconnaissance. En réponse à une préoccupation selon laquelle cette proposition désavantagerait les procédures surveillées par une autorité autre qu'un tribunal, on a rappelé qu'en vertu de l'article 2 e) de la Loi type, le terme "tribunal" désignait toute autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère. Une autre préoccupation était que le tribunal décidant d'ouvrir la procédure pourrait ne pas savoir qu'il est nécessaire d'inclure ces informations.

37. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il fournirait une assistance à un tribunal ouvrant une procédure et souhaitant inclure dans son ordonnance les informations suggérées ci-dessus et qu'il inclurait ce point dans le texte définitif.

3. Centre des intérêts principaux: présomption visée à article 16

38. Le Groupe de travail a noté que l'article 16-3 de la Loi type établissait une présomption sur laquelle le tribunal pouvait se fonder pour déterminer le centre des intérêts principaux: sauf preuve contraire, le siège statutaire (ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur) était présumé être le centre de ses intérêts principaux. Il a aussi noté que selon le paragraphe 122 du Guide pour l'incorporation de la Loi type, cette présomption avait pour objet d'accélérer la

² In re *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd* 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y., septembre 2007) [CLOUT, décision n° 760]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 45 à 48; en appel, 389 B.R. 325 (Bankr. S.D.N.Y., mai 2008) [CLOUT, décision n° 794]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 45 à 48; voir aussi document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, annexe.

présentation de preuves. Il a encore noté qu'un certain nombre d'affaires avaient donné lieu à des questions concernant le lieu du centre des intérêts principaux et l'interprétation de la présomption visée à l'article 16-3 (voir document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 5 à 20). Le Groupe de travail s'est demandé s'il conviendrait d'établir une liste de facteurs indicatifs du centre des intérêts principaux en relation avec une éventuelle réfutation de la présomption.

a) Établissement d'une liste de facteurs indicatifs

39. Différentes opinions ont été exprimées quant au poids que les différents facteurs énumérés au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 devraient avoir dans une analyse visant à déterminer le centre des intérêts principaux. En particulier, certains estimaient que les facteurs figurant aux alinéas a) à g) et m) étaient fondamentaux pour cet exercice, alors que pour d'autres, "le site du droit applicable ou du droit régissant les principaux marchés de la société" (al. d)) était secondaire et "le lieu à partir duquel le financement [était] organisé ou autorisé ou le lieu où se [trouvait] la principale banque de la société débitrice" (al. f)) n'étaient pertinents que si la banque contrôlait la société débitrice. Certains jugeaient essentiel "le lieu où se [trouvaient] les employés" (al. k)), au motif que ces derniers pouvaient devenir des créanciers, alors que pour d'autres, il s'agissait d'une question de protection des droits des parties intéressées n'entrant pas en ligne de compte dans l'analyse visant à déterminer le centre des intérêts principaux et suffisamment couverte par l'article 22 de la Loi type. Les opinions divergeaient également sur des facteurs tels que le "lieu à partir duquel [était] piloté le redressement de la société débitrice" (al. l)) et le "lieu où et dont la loi [régissait] l'établissement et la vérification des comptes" (al. o)). S'agissant de ce dernier facteur, il a été noté que les comptes de la société pouvaient être vérifiés dans différents États.

40. Il a aussi été suggéré de hiérarchiser les facteurs de la liste et de garder cette dernière aussi courte que possible. On a répondu à cela qu'une telle hiérarchisation était difficile, l'évaluation pouvant différer d'un pays à l'autre, et qu'une liste abrégée pouvait être source de confusion. On s'est interrogé sur le terme "liste", qui pouvait dénoter un caractère impératif. En réponse, on a rappelé au Groupe de travail que la liste visait à aider les juges à analyser des critères objectifs pour déterminer le centre des intérêts principaux et l'instance appropriée. Il a aussi été noté que tous les critères se fondaient sur le concept de l'existence d'un "lien suffisant" pour être soumis à la loi sur l'insolvabilité d'un État donné, critère mentionné également en matière de compétence dans le Guide législatif (deuxième partie, chap. I, par. 12).

41. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'une liste de facteurs indicatifs aiderait les juges à déterminer le centre des intérêts principaux.

b) Impact de la fraude sur les facteurs à prendre en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux

42. Le Groupe de travail a examiné l'impact de la fraude sur les facteurs à prendre en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux. Des questions ont été posées sur la définition de la fraude. Il a été dit qu'il pouvait s'agir d'une société se livrant à des activités frauduleuses ou dont la constitution elle-même était frauduleuse. On s'est aussi demandé si la définition inclurait la fraude civile ou

pénale. On s'est par ailleurs demandé si elle inclurait la recherche "illégitime" du for le plus avantageux – le fait qu'un débiteur essaie de trouver une juridiction plus favorable pour décourager les créanciers. On a noté avec préoccupation que chaque pays avait sa propre notion de fraude, question qui serait traitée dans l'exception d'ordre public visée à l'article 6 de la Loi type.

43. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que cette question devrait être examinée plus avant.

c) Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux

44. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux devrait être celle de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou celle de la demande de reconnaissance de cette procédure, étant donné que dans un certain nombre d'affaires jugées en vertu de la Loi type et du Règlement du Conseil européen, un débiteur s'était déplacé d'un pays à un autre juste avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Le Groupe de travail a noté que la Loi type ne mentionnait aucune date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux (voir A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 26 à 36). Il a été dit que la prise en compte de la date de la demande de reconnaissance pourrait donner des résultats inéquitables et serait contraire à l'esprit de la Loi type, d'autant plus que de nombreuses années pouvaient s'écouler entre la date d'ouverture et la date de la demande de reconnaissance. À cet égard, il a été estimé que la date retenue pour déterminer le centre des intérêts principaux devrait constituer une source de stabilité.

45. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux devrait être celle de la demande initiale d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et que cette conclusion serait incluse dans le texte définitif, qui pourrait être une modification apportée aux aspects judiciaires de la Loi type figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.97 et ses additifs.

4. Établissement

46. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il convenait de préciser le terme "établissement" défini à l'alinéa f) de l'article 2 de la Loi type et servant à déterminer l'existence d'une procédure non principale. À l'issue de la discussion, il est convenu que ce terme n'avait besoin d'être précisé ni en relation avec une société, ni en relation avec un débiteur autonome.

5. Centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises

47. Il a été noté 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 dans la Loi type des orientations pour l'interprétation du centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises.

48. 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.

V. Obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité

49. Le Groupe de travail a examiné les obligations et responsabilités des dirigeants et administrateurs de sociétés dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.96 et d'autres documents mentionnés dans ce dernier.

50. Le Groupe de travail a rappelé le mandat donné par la Commission, selon lequel les travaux sur ce thème devraient porter uniquement sur les obligations et responsabilités découlant de l'insolvabilité et ne visaient pas à couvrir des questions de responsabilité pénale ni de droit des sociétés sortant du cadre de l'insolvabilité (A/65/17, par. 259 b)).

A. Introduction

1. Remarques générales

51. Les propositions initiales du Royaume-Uni, d'INSOL International et de l'International Insolvency Institute présentées dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3, A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4 et A/CN.9/582/Add.6 ont été rappelées et leurs auteurs ont souligné les questions qu'elles posaient.

52. Il a été noté que lorsqu'une société se trouvait dans une situation proche de l'insolvabilité, on avait observé des abus de la part des dirigeants de sociétés, notamment des transactions lésant la société ou ses créanciers, peut-être au profit du dirigeant concerné, consistant notamment à mettre des actifs à l'abri des créanciers et des dirigeants futurs.

53. Plusieurs aspects du sujet ont suscité des questions: on s'est demandé s'il pourrait y avoir des normes minimales qui régiraient le comportement des dirigeants et des orientations pour encourager les pratiques optimales; si les obligations des dirigeants changeraient à l'approche de l'insolvabilité; quelle incidence un contexte international aurait sur ces obligations; et quelles seraient les conséquences appropriées d'un manquement à ces obligations.

54. Il a été dit que les travaux menés dans ce domaine visaient à assurer que, lorsque l'entreprise se trouvait déjà proche de l'insolvabilité, les dirigeants prennent des mesures pour préserver la valeur de l'entreprise, par exemple au moyen d'un redressement, plutôt que de se contenter d'attendre l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. De nombreux systèmes encourageaient le redressement, outil important et utile, mais celui-ci n'était pas suffisamment utilisé dans la pratique, souvent faute de mesures d'incitation. Par ailleurs, les dirigeants n'étaient généralement pas sanctionnés lorsqu'ils s'approprièrent les actifs de valeur d'une entreprise en difficulté dans le but de s'en servir ultérieurement. Les travaux menés dans ce domaine viseraient donc à inciter les dirigeants à prendre des mesures

appropriées, tout en prévoyant des mesures allant jusqu'à la mise en cause de leur responsabilité personnelle en cas d'inaction.

55. Il a été souligné que l'objectif était d'encourager les dirigeants à prendre rapidement les mesures voulues dès qu'ils se rendaient compte que la société ne pouvait surmonter ses difficultés, notamment en demandant l'ouverture rapide d'une procédure d'insolvabilité adéquate. Il a été dit qu'il fallait trouver un juste équilibre entre l'idée d'encourager les dirigeants dans ce sens et le risque qu'ils ne mettent prématurément la société en liquidation (pour éviter d'engager leur responsabilité personnelle), alors qu'une procédure de redressement donnerait de meilleurs résultats si on lui en laissait le temps. Il a été noté qu'il fallait adopter une approche souple permettant aux dirigeants agissant de bonne foi de prendre les mesures les plus appropriées.

56. On a fait observer qu'il n'existait pas à ce jour de normes internationales sur la question mais on a toutefois fait référence aux obligations postérieures à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et aux dispositions d'annulation figurant à la recommandation 87 du Guide législatif, et il a été rappelé que la Commission européenne et la Banque mondiale avaient souligné la nécessité de telles normes. On a aussi souligné que les objectifs de la Loi type et du Guide législatif s'en trouveraient renforcés.

57. On a par ailleurs souligné qu'il importait d'examiner la question dans le contexte des groupes d'entreprises. En effet, si tel n'était pas le cas, le risque était qu'une entreprise d'un groupe opérant dans un pays au régime strict soit contrainte d'entrer prématurément en liquidation, portant préjudice à l'ensemble du groupe.

58. Le Groupe de travail a rappelé le questionnaire publié par l'International Insolvency Institute sur le sujet et la publication détaillée d'INSOL International comprenant une analyse par pays, et on a fait remarquer que d'autres études sur la situation actuelle de par le monde pourraient être utiles pour la suite de ses délibérations.

2. Teneur des travaux possibles

59. La portée des travaux possibles a été examinée en détail. Il a été noté qu'il n'était nullement question de traiter de la responsabilité pénale, ni de questions relevant uniquement de la gouvernance d'entreprise mais il a été convenu qu'il existait entre ces questions des points de recoupement qui devaient être pris en compte.

60. Pour ce qui est du lien entre les questions de droit pénal et de droit civil, il a été rappelé que les sanctions pénales n'entraient pas dans le cadre du mandat du Groupe de travail. On a toutefois souligné qu'il était difficile en pratique de séparer complètement ces deux domaines. Ainsi, il pouvait arriver que la question des réparations civiles soit laissée en suspens jusqu'à ce que les affaires pénales liées à l'insolvabilité soient closes, comme c'était le cas dans certains pays. Il a été ajouté que le Groupe de travail devrait veiller, tout au long de ses délibérations, à tenir compte des aspects pratiques de cette interaction.

61. Pour ce qui est des points de recoupement entre le droit de l'insolvabilité et le droit des sociétés, il a été noté que les responsabilités des dirigeants étaient, de manière générale, une question de gouvernance d'entreprise qui sortait donc du

mandat du Groupe de travail, et que le droit de l'insolvabilité ne devait pas s'étendre à ces domaines. Il a été souligné que, lorsqu'il n'était pas question d'insolvabilité, les dirigeants rendaient compte à la société (et, dans certains systèmes, à ses actionnaires); lorsque la société était proche de l'insolvabilité ou qu'une procédure d'insolvabilité était ouverte, cette obligation pouvait s'étendre aux créanciers et à d'autres parties prenantes. Les intérêts de ces groupes pouvaient entrer en conflit (par exemple, la liquidation et la distribution pouvaient être la meilleure solution pour les créanciers mais les actionnaires préféreraient peut-être maintenir l'activité aussi longtemps qu'il y avait un espoir d'éviter l'insolvabilité). À cet égard, la période critique pendant laquelle des obligations supplémentaires pouvaient survenir se situait avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

62. Pour ce qui est de l'éventualité d'un texte ou d'orientations, il a été noté que ce domaine était hautement factuel et ne se prêtait pas à l'élaboration de règles. Le type d'indications qui pourrait être donné devrait par conséquent être de nature descriptive plutôt que normative ou prescriptive. On éviterait aussi toute interférence avec les questions de droit des sociétés. On a souligné qu'il fallait éviter de décourager la prise de risque responsable et l'esprit d'entreprise. Il a été dit aussi qu'il existait des différences de degré de responsabilité des dirigeants et il a été rappelé que tous les systèmes ne comportaient pas traditionnellement un examen judiciaire des évaluations de ce type.

63. Il a été ajouté qu'un créancier pourrait exercer des voies de droit contre les dirigeants et que des actions en vue de l'exécution seraient engagées en dehors de la procédure d'insolvabilité. Cet aspect du sujet pourrait sortir du mandat du Groupe de travail au sens strict mais il convient de garder à l'esprit le risque d'une telle action (qui pourrait influencer sur la masse).

64. D'autres aspects pratiques du sujet ont été soulignés: premièrement, on a noté que la question du financement de l'action, même si celle-ci avait de bonnes chances d'aboutir, constituait dans la pratique un obstacle de taille à l'exécution. Deuxièmement, il convenait de tenir compte des bénéficiaires des sommes récupérées: si celles-ci revenaient aux créanciers garantis ayant une sûreté sur l'ensemble des biens d'une entreprise et non à la collectivité des créanciers, un représentant de l'insolvabilité n'aurait guère d'incitation à agir.

65. Il a également été noté que les questions de droit international privé étaient importantes en ce qui concerne tant la compétence que le droit applicable; il a été convenu qu'une harmonisation des normes en la matière rendrait ces questions plus faciles à trancher. Compte tenu de ces considérations, il a été convenu que le contexte international devrait être ajouté aux aspects de la question énumérés au paragraphe 74 du document A/CN.9/WG.V/WP.96 que le Groupe de travail examinerait.

66. Il a été rappelé qu'en examinant ces questions et les solutions possibles, il ne fallait pas éviter automatiquement de s'aventurer dans certains domaines du droit des sociétés. Il fallait toutefois veiller à ce que le produit final ne dépasse pas le cadre de l'insolvabilité ni n'interfère avec le droit des sociétés ou d'autres branches du droit civil ou du droit pénal.

67. Le Groupe de travail est convenu que ces considérations indiquaient que des orientations sur ce sujet seraient les bienvenues. Il a également entendu des suggestions sur les divers éléments du sujet qui pourraient servir de point de départ

à des lignes directrices ou à des orientations sur la question, sur la base des éléments énumérés au paragraphe 74 du document A/CN.9/WG.V/WP.96 (voir section 3 ci-après). On a rappelé qu'il importait de prendre des mesures pouvant entraîner une augmentation de la masse de l'insolvabilité le cas échéant.

3. Questions à examiner

a) Définition des personnes auxquelles incombent les obligations

68. On a d'abord souligné la nécessité de déterminer à qui ces obligations pourraient incomber. Le Groupe de travail a noté que les administrateurs officiellement désignés constitueraient le point de départ de cette réflexion (et qu'une définition légale des administrateurs était la norme); la description figurant aux paragraphes 18 à 22 du document A/CN.9/WG.V/WP.96, y compris les principes de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), montrait comment le groupe des personnes possibles pouvait être élargi.

69. D'autres personnes pouvaient être les administrateurs de fait ou occultes (personnes agissant en tant qu'administrateurs, personnes dirigeant ou contrôlant d'une autre manière la société ou personnes dont les administrateurs de la société suivaient habituellement les instructions); les administrateurs ayant des responsabilités relatives à la gestion d'une entreprise (président, vérificateur ou directeur général); les conseils d'administration de grandes sociétés et de groupes d'entreprises, les personnes ayant une influence déterminante ou un rôle dominant et les personnes ayant manifestement qualité pour lier l'entreprise. À cet égard, on a noté le lien existant entre l'identification des personnes auxquelles incombaient des obligations et la nature de ces obligations.

70. Dans ce contexte, on a souligné les risques qu'il y aurait à limiter les obligations aux personnes officiellement désignées comme administrateurs: entre autres choses, on encouragerait ainsi le recours à des prête-noms ou à des "hommes de paille" et les véritables décideurs seraient exonérés de toute responsabilité. On a toutefois insisté sur le fait que les obligations des administrateurs autres que ceux officiellement désignés n'étaient pas réglementées dans tous les pays, du moins pour ce qui est de la période avant l'insolvabilité.

71. Il a été généralement admis que les administrateurs pouvaient à cette fin être des personnes physiques ou morales. Les personnes morales pouvaient être d'autres sociétés d'un même groupe, des banques, des consultants ou conseillers et des vérificateurs. Il a été convenu que ces entités pouvaient influencer les décisions d'une société; en revanche, différents avis ont été exprimés quant à savoir si cette influence était considérée comme un acte de gestion de la société et si cet acte de gestion était une condition de leur responsabilité (c'est-à-dire quel serait le rapport entre la causalité, la définition des personnes auxquelles incombaient les obligations pertinentes et le manquement à ces obligations). Il importait de définir le groupe de personnes pouvant porter préjudice à une société par certains actes de gestion; les préjudices pouvaient être portés à une filiale par des mesures prises à la demande de la société mère. On a noté qu'il pouvait y avoir des différences entre les vérificateurs, en particulier, et d'autres catégories de personnes.

72. On a conclu qu'une approche axée sur la finalité serait appropriée; la législation interne déterminerait de manière non exhaustive les personnes auxquelles incombent les obligations pertinentes. D'autres personnes devraient être

mentionnées de manière descriptive, en fonction des responsabilités qui pourraient leur être confiées, en évitant de donner une définition technique telle que administrateur de fait ou administrateur occulte. Il a été convenu que les délibérations futures se feraient dans cette optique, et il a été rappelé qu'il faudrait examiner plus avant la question de savoir si ce groupe de personnes devrait comprendre non seulement les administrateurs mais aussi d'autres personnes ayant une influence.

b) Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte

73. On a fait observer que les personnes auxquelles on pouvait devoir rendre compte pourraient être fonction de la responsabilité potentielle de tous les acteurs ou d'un groupe déterminé, tel que l'entreprise, les actionnaires ou les créanciers, ou les personnes qui bénéficieraient d'un recouvrement. Il a été dit qu'il fallait à cet égard entendre par créanciers l'ensemble des créanciers et non un créancier en particulier ou un groupe de créanciers.

74. Il a également été proposé de considérer que ces obligations étaient dues à la masse. À l'appui de cette proposition, on a rappelé qu'il existait une définition communément acceptée de cette notion, qui inclurait toutes les personnes auxquelles des services ou des fonds étaient dus, et on a souligné qu'il serait judicieux d'éviter de traiter séparément avec différentes catégories de parties prenantes. Cette approche, jugée conforme à l'objectif d'un traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation (recommandation 1 d) du Guide législatif), donnerait lieu à une démarche plus pratique que théorique, fondée sur l'identification des bénéficiaires potentiels d'une action en recouvrement.

75. On a noté que les administrateurs devaient être réputés agir de bonne foi afin que les intérêts de l'entreprise coïncident avec ceux des actionnaires, des créanciers et des employés. Ceux qui agissaient de mauvaise foi pouvaient être passibles de poursuites.

76. On a noté le lien existant entre cette question et le moment où naissait l'obligation. Dans une entreprise solvable, les administrateurs ne devaient rendre compte qu'à cette entreprise et cette obligation ne pouvait être étendue; en cas d'insolvabilité, ils devaient également rendre compte à la masse et l'obligation pouvait donc être étendue aux actionnaires et aux autres parties prenantes, dont les intérêts seraient ensuite représentés par un représentant de l'insolvabilité.

77. Le Groupe de travail a été invité à faire une distinction entre le début de l'insolvabilité et l'ouverture formelle de la procédure d'insolvabilité. Entre ces deux événements, les pays reconnaissant le concept de faute de gestion ou d'endettement d'une entreprise alors qu'elle est insolvable attribuaient la responsabilité aussi bien aux administrateurs officiellement désignés qu'à toutes les autres personnes agissant au nom de la société, donnant des instructions ou exerçant de quelque autre manière que ce soit une influence sur la gestion de la société.

78. On a souligné qu'il importait de reconnaître la portée et l'étendue des obligations qui pourraient découler du concept de groupe d'entreprises lors de l'identification des personnes responsables, et qu'il pourrait y avoir différents niveaux de responsabilités.

79. Il a été convenu que le Groupe de travail poursuivrait ses délibérations à une session ultérieure en tenant compte des questions soulevées ci-dessus.

c) Détermination du moment auquel les obligations prennent naissance avant le début d'une procédure d'insolvabilité

80. Il a été convenu que les obligations en question pouvaient prendre naissance avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. À cet égard, il a été noté que ce moment et le début effectif de l'insolvabilité coïncidaient rarement.

81. Il a été convenu que les obligations prendraient naissance lorsque la société serait devenue insolvable ou serait sur le point de le devenir effectivement (concrètement, lorsque l'argent des créanciers ou la société seraient en danger, situation qualifiée, dans les débats, de "quasi-insolvabilité"); elles ne pourraient, cependant, être exécutées que dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité judiciaire. La chronologie soulignait, par conséquent, l'importance du sujet pour ce qui était d'appuyer des mesures appropriées et rapides lorsque des sociétés devenaient insolubles. Autrement dit, le moment auquel les obligations prenaient naissance devait être celui auquel les administrateurs auraient dû savoir qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable d'éviter la liquidation pour insolvabilité.

d) Détermination de la nature des obligations qui incombent aux administrateurs ou des types d'irrégularités devant être sanctionnées, par exemple:

i) Faute de gestion – cas où un administrateur ou dirigeant aurait dû savoir que l'insolvabilité était inévitable et n'a pas pris les mesures raisonnables pour limiter les pertes des créanciers;

ii) Manquement aux devoirs/faute d'exécution – cas où un administrateur ou dirigeant a détourné ou retenu des biens ou de l'argent de la société ou encore cas dans lequel une faute d'exécution ou un manquement à une obligation fiduciaire ou autre a entraîné le détournement de biens ou une perte pour la société; et

iii) Faute concernant des biens ou de l'argent de la société – cas où un administrateur ou dirigeant est à l'origine d'un traitement préférentiel ou d'une opération à un prix sous-évalué ou autorise un tel traitement ou une telle opération, au détriment des créanciers.

82. On s'est accordé à reconnaître que la question de la nature des obligations qui incombait aux administrateurs englobait le fait de savoir à qui l'obligation incombait (point 3 a)), à qui il devait être rendu compte (point 3 b)) et à quel moment (point 3 c)).

83. En ce qui concerne la faute de gestion (par. 2 d) i)), il a été noté que les systèmes de certains États présumaient une faute liée à l'insolvabilité dans certaines circonstances particulières. Il a été fait part de l'expérience d'un pays: dans une insolvabilité dans laquelle moins de 20 % des dettes de la société pouvaient être payées, la responsabilité des administrateurs était engagée et les tribunaux pouvaient exiger d'eux qu'ils remboursent la masse. D'autre part, il a été souligné qu'il ne fallait pas présumer de faute.

84. En ce qui concerne l'étendue des obligations, il a été dit qu'en imposant un régime trop strict, on risquait de décourager le commerce et l'entrepreneuriat (ce qui serait contraire au mandat global de la CNUDCI). Lorsque l'insolvabilité était due à des causes externes, comme une récession généralisée, il ne fallait pas pénaliser les administrateurs qui prenaient des décisions commerciales avisées. Selon d'autres avis, les administrateurs devaient connaître la situation commerciale, même si l'on pouvait l'utiliser comme défense contre une éventuelle action en recouvrement.

85. À cet égard, il a été souligné qu'il fallait toujours se poser deux questions: celle de savoir s'il existait une obligation, et celle de savoir s'il y avait eu manquement. Dans certains États, lorsqu'une société se trouvait en situation de quasi-insolvabilité, les administrateurs étaient tenus de déterminer si cette société était solvable avant la réalisation d'importantes opérations (opérations engageant la moitié des actifs, importants transferts d'actifs ou distributions de dividendes). Ils pouvaient également être tenus de justifier les opérations en question et de démontrer qu'ils avaient pris en compte la possibilité d'une insolvabilité.

86. Il a été souligné qu'il fallait éviter de parler de responsabilité objective; il faudrait que les représentants de l'insolvabilité qui engagent une action prouvent l'obligation, le manquement et le fait que ce dernier a effectivement causé un préjudice. Toute autre approche, a-t-il été dit, compromettrait l'objectif qui consiste à promouvoir les bonnes pratiques d'insolvabilité sans nuire à l'entrepreneuriat.

87. À cet égard, il a été convenu que l'existence d'une responsabilité serait entièrement factuelle et qu'il faudrait un mécanisme pour examiner les faits. De ce point de vue, l'élaboration de listes de mauvaises pratiques de gestion serait sans fin et contre-productive, et conduirait de fait, dans certaines situations, à créer une responsabilité objective. Cette approche, qui plus est, ne tiendrait pas compte de l'évolution de la situation, ce qui pourrait modifier de façon injustifiable la caractérisation d'une décision. À ce propos, il a été dit qu'il serait impossible de fournir une définition universelle d'une telle obligation. Une démarche plus constructive, a-t-il été estimé, serait de donner des indications sur la manière d'exécuter l'obligation elle-même, en énonçant les mesures que l'on pourrait ou devrait prendre. Il pourrait être proposé, par exemple, de poursuivre l'activité pour tenter de relever la société ou de la mettre en liquidation, ou d'adopter toutes sortes de mesures intermédiaires. On pourrait notamment, lorsque l'insolvabilité est probable, notifier les parties intéressées (sans aller, cependant, au-delà des obligations d'une procédure d'insolvabilité judiciaire), faire preuve de diligence dans la gestion de la société et agir au profit de la masse.

88. Selon un autre avis, il serait possible de produire une déclaration abstraite des obligations fondée sur la diligence, dans laquelle on placerait l'accent sur l'aptitude des administrateurs à démontrer qu'ils avaient pris toutes les mesures raisonnablement requises pour relever la société. Il faudrait, cependant, fixer une norme raisonnable, faute de quoi les administrateurs pourraient tout simplement démissionner, ce qui aurait des conséquences négatives pour une procédure ultérieure de redressement ou d'insolvabilité.

89. Il a en outre été estimé qu'il fallait que les obligations aient un rapport avec l'identité des personnes auxquelles il devait être rendu compte et veiller, en particulier, à ce qu'elles ne se limitent pas à la société elle-même (au détriment de la masse).

90. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail a décidé de consacrer ses futures délibérations à la définition des mesures qu'il faudrait prendre pour exécuter l'obligation énoncée au point i).

91. À propos du manquement aux devoirs (par. 3 d) ii)) et de la faute concernant des biens ou de l'argent de la société (par. 3 d) iii)), il a été rappelé que le Guide législatif contenait déjà des dispositions relatives aux traitements préférentiels et aux opérations susceptibles d'annulation. Il a également été soulevé la question des obligations générales qui incombent aux administrateurs en dehors du contexte de l'insolvabilité et suggéré, en conséquence, que les futurs travaux portent sur la faute de gestion (par. 3 d) i)). Il a été noté, enfin, qu'il faudrait peut-être restreindre les types de personnes qui pourraient être protégées.

e) Voies de recours possibles en cas de manquement de l'administrateur à ses obligations

92. Les trois questions formulées au paragraphe 63 du document A/CN.9/WG.V/WP.96 ont été examinées.

93. Il a été observé que les mesures d'exécution devaient viser avant tout à remettre la masse dans l'état où elle se trouverait si la faute ayant nécessité la prise de ces mesures n'avait pas eu lieu, et que la nature de la mesure prise répondrait donc à cet objectif. Qu'il s'agisse d'une mesure prise pour faute de gestion ou endettement en situation d'insolvabilité, la terminologie serait examinée ultérieurement. Il a été ajouté qu'en l'absence de recours efficace, le débat resterait purement théorique et l'objectif général des travaux actuels ne serait pas atteint. On a aussi fait observer qu'un régime prévoyant l'exécution des obligations avait un effet dissuasif et pourrait promouvoir les bonnes pratiques dans la gestion d'entreprises proches de l'insolvabilité; cependant, les dispositions ne pouvaient être rédigées de telle manière qu'elles encourageraient l'ouverture prématurée d'une procédure d'insolvabilité, en raison des risques concernant la responsabilité personnelle.

94. On a fait observer que les mesures prises pour faute de gestion ou endettement en situation d'insolvabilité étaient moins nombreuses qu'on aurait pu le croire au vu du nombre de situations d'insolvabilité et que même si ces mesures pouvaient être considérées comme justifiées, les orientations devraient viser à éliminer les obstacles à leur efficacité. Outre la question du financement des mesures, on a noté que beaucoup de litiges pourraient se régler ou que les administrateurs pouvaient ne pas avoir suffisamment d'actifs pour que la mesure soit productive.

95. Il a été dit qu'un autre recours possible était de déclasser les créances des administrateurs fautifs sur la masse de l'insolvabilité. On a appuyé la proposition du déclassement des créances comme recours efficace et il a été convenu qu'il fallait étudier la question plus avant, de sorte que le Groupe de travail puisse l'examiner en même temps que les autres recours à une session ultérieure.

96. Le Groupe de travail a été instamment prié de prendre garde à ne pas outrepasser son mandat en examinant les recours possibles, ceux-ci posant des questions qui devaient être tranchées par chaque État concernant la nature des réclamations et la personne habilitée à les présenter, ainsi que les questions connexes de charge de la preuve et de niveau de preuve.

97. S'agissant de la personne ayant le droit d'engager une action en vue de l'exécution, il a été dit que toute personne à qui est due une obligation pertinente et ayant subi une perte devrait avoir ce droit. Il a été convenu que ce droit s'étendrait normalement au représentant de l'insolvabilité, en tant que représentant de la masse, et serait exercé à l'égard des intérêts collectifs des créanciers. Il a été noté que de nombreuses autres personnes avaient le droit de poursuivre les administrateurs dans plusieurs systèmes juridiques et qu'il n'y avait pas d'approche commune. Il pouvait s'agir de créanciers individuels, de créanciers pris collectivement, de catégories de créanciers ou d'un comité de créanciers, de sociétés (c'est-à-dire de personnes morales), du procureur général ou d'un fiduciaire ou examinateur mandaté par un tribunal (lorsqu'une telle personne doit être mandatée en raison de conflits d'intérêts, dans les cas où les administrateurs continuent de gérer la société en situation d'insolvabilité).

98. En ce qui concerne les créanciers, il a été noté que les droits qui pourraient leur être conférés par d'autres branches du droit (droit civil, droit des sociétés ou droit de la responsabilité délictuelle) ne devaient pas être pris en compte ici mais il a été observé que ces branches du droit pourraient donner des indications sur la manière d'envisager les mesures d'exécution et il a été convenu que les dispositions relatives à l'insolvabilité ne devaient en aucun cas nier ces droits. Dans la mesure où il existait une obligation envers les créanciers distincte de celle due à la masse, les créanciers intéressés devraient pouvoir faire valoir ce droit pour des raisons de cohérence; s'il était décidé de le leur retirer, les motifs d'une telle décision devraient être énoncés clairement. Il a été dit qu'une autre solution inspirée des dispositions de la recommandation 87 du Guide législatif, portant sur l'annulation des opérations, serait de permettre aux créanciers de demander au représentant de l'insolvabilité d'intervenir; s'il ne le faisait pas, les créanciers pourraient agir eux-mêmes; dans certaines circonstances, ils pourraient se retourner contre le représentant de l'insolvabilité.

99. Il a aussi été noté qu'un créancier n'aurait généralement pas les preuves nécessaires pour engager une action et qu'il serait difficile d'établir l'ampleur de la perte subie. On a appuyé la proposition selon laquelle le produit de toute action devrait être versé à l'ensemble de la masse mais qu'un créancier ayant engagé une action devrait pouvoir récupérer ses frais et débours. Il a cependant été observé que dans certains pays, le produit de l'action n'était pas nécessairement versé à l'ensemble des créanciers (par exemple lorsqu'il y avait des sûretés). Il a été noté que ces questions seraient examinées plus avant ultérieurement.

100. Il a aussi été noté qu'une créance potentielle était un actif de la masse de l'insolvabilité et qu'un représentant de l'insolvabilité devrait avoir la possibilité et l'obligation de la traiter comme n'importe quel autre actif: la mesure prise pouvait consister notamment à céder cet actif au profit d'un créancier – en d'autres termes, le droit d'agir pouvait être cédé à ce créancier (contre valeur). Il a été ajouté que cette solution pourrait être utile pour surmonter l'un des obstacles à l'action en vue de l'exécution: l'absence de fonds permettant de présenter une réclamation. Sur ce dernier point, on a aussi noté que les créanciers seraient peut-être disposés à financer une action menée par le représentant de l'insolvabilité, vu les avantages que cela pourrait présenter.

101. S'agissant des autres personnes qui pourraient être habilitées à prendre une mesure d'exécution, on a mis en garde contre le risque d'empiéter sur des procédures pénales (ce qui pourrait se produire si le Ministère public intervenait dans la procédure). Néanmoins, il a été noté qu'il pouvait y avoir des points de recoupement entre les voies de recours civiles et pénales lorsque des actions visant à obtenir une compensation pécuniaire étaient engagées, et qu'il serait peut-être bon de mentionner l'incidence que des procédures pénales existantes pouvaient avoir sur une action engagée dans le cadre de l'insolvabilité.

102. Il a été fait part de l'expérience de certains pays en matière de mesures d'exécution et on a noté que les avantages des procédures simplifiées évitaient les coûts et les retards liés à certains types de procédures.

103. S'agissant du moment de la mesure d'exécution, on a noté que les créanciers pouvaient introduire des recours contre les dirigeants avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais que ceux-ci seraient régis par d'autres branches du droit. Par conséquent, il a été convenu que le Groupe de travail n'en discuterait pas davantage dans le cadre du présent sujet.

104. Un autre recours envisagé dans le document A/CN.9/WG.V/WP.96 est l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur. Il a été dit que ce recours était censé être une sanction administrative et non pénale, même si les risques de chevauchement ont à nouveau été soulignés. Ce recours ne visait pas à punir le dirigeant concerné mais – outre l'effet dissuasif – à protéger le public contre les activités d'une personne qui s'était montrée incapable de gérer une société à responsabilité limitée. On a jugé que cette voie de recours était secondaire par rapport à la question principale, qui était de rétablir la masse de l'insolvabilité. On a estimé que ce mécanisme était à examiner mais les opinions ont divergé quant à savoir dans quelle mesure le Groupe de travail devait s'y intéresser.

105. Selon un autre avis, ce type de recours était tombé en désuétude car il dénotait une approche punitive désormais jugée non constructive et l'action ainsi engagée empiétait inévitablement sur des questions pénales. Il a aussi été noté qu'on pouvait s'interroger sur l'efficacité d'une telle mesure si le dirigeant visé par l'interdiction pouvait simplement continuer d'exercer en tant qu'administrateur occulte ou dirigeant de fait, ou si aucune mesure n'était adoptée pour s'assurer que l'interdiction soit appliquée internationalement. En revanche, on a estimé que l'éventualité d'une telle interdiction pouvait avoir un effet dissuasif certain. Il a été convenu de revenir à ces questions à une session ultérieure.

106. Le Groupe de travail a examiné les moyens de défense que les dirigeants pourraient invoquer face à une mesure d'exécution. On a noté que les perspectives de redressement informel pourraient être compromises si le risque de voir sa responsabilité engagée était trop élevé. On a fait observer qu'un des moyens de défense possibles était de dire qu'il y avait tout lieu d'escompter que l'entreprise serait solvable, et le dirigeant pouvait très bien à cette fin présenter des comptes reflétant fidèlement les finances de la société, demander conseil à un professionnel qualifié et indiquer que les mesures envisagées étaient dans l'intérêt des créanciers et qu'il procédait à une restructuration. Il a été noté qu'il y avait un lien entre la manière dont l'obligation était formulée et les moyens de défense possibles; les éléments évoqués ci-dessus pouvaient être traités comme des moyens de défense possibles ou comme une manière de s'acquitter de l'obligation principale.

107. On a rappelé les difficultés pratiques que posait une longue procédure portant sur ces questions, notamment celles liées à l'établissement des faits et aux mesures à prendre pour s'acquitter de l'obligation. À cet égard, il a été suggéré de définir l'obligation de manière à décrire les mesures qui devraient informer l'administrateur des risques éventuels (transfert d'une partie des avoirs, transactions dépassant un certain seuil, activités risquées mettant en péril une partie des avoirs, etc.) afin de compléter le principe proprement dit. Dans la pratique, a-t-il été ajouté, l'administrateur aurait la possibilité de présenter son avis quant à l'effet des mesures proposées sur la solvabilité de l'entreprise et, si l'insolvabilité était une possibilité, quelles mesures il avait prises, notamment pour protéger les intérêts des créanciers.

108. Il a été convenu qu'il serait essentiel, lors de l'élaboration des orientations, d'instaurer un juste équilibre entre la promotion d'un comportement approprié et l'empêchement d'une insolvabilité prématurée, et que les questions susmentionnées seraient réexaminées à une session ultérieure.

f) Questions internationales

109. Plusieurs points liés aux questions internationales ont été soulevés. Premièrement, il a été noté que la Loi type n'abordait pas la question de la compétence, qui continuait donc de relever du droit international privé. Le Groupe de travail a été invité à considérer que, dans les procédures liées à l'insolvabilité, les tribunaux spécialisés seraient l'instance appropriée, et que des orientations à cet égard seraient donc utiles. Deuxièmement, s'agissant de la loi applicable, il a été noté que les diverses solutions prévues dans les systèmes juridiques semblaient fonctionner dans la pratique (en ce qui concernait tant les procédures que les questions de responsabilité et de dommages). Troisièmement, il a été noté que la Loi type permettait à des représentants étrangers d'accéder à d'autres juridictions dans certaines conditions, mais pas dans le cas d'actions en responsabilité. Enfin, on s'est demandé si les moyens de défense utilisés dans un pays pouvaient s'appliquer à des procédures menées dans un autre. Le Groupe de travail a pris note des commentaires formulés et est convenu de revenir sur ces questions à une session ultérieure.

VI. Aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

110. Le Groupe de travail a examiné les aspects judiciaires de la Loi type en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.97 et ses additifs.

111. À titre d'explication, le Groupe de travail a noté que les participants au colloque judiciaire organisé par la CNUDCI en coopération avec INSOL et la Banque mondiale avaient exprimé le souhait que des informations et des orientations soient fournies aux juges sur les questions internationales et, en particulier, sur la Loi type. En conséquence, la Commission avait chargé le Secrétariat d'élaborer, en consultation avec les praticiens et professionnels de l'insolvabilité, un texte avec la même souplesse que celle qui avait présidé à l'élaboration du *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière*

*d'insolvabilité internationale*³ (le "Guide pratique") en vue de le présenter au Groupe de travail V pour examen à un stade approprié, puis à la Commission pour finalisation et adoption, si possible en 2011⁴.

112. Il a été expliqué que les textes relatifs aux aspects judiciaires étaient de nature purement descriptive, le but étant d'aider les juges à interpréter la Loi type conformément au mandat de la Commission et d'accroître, ce faisant, la prévisibilité et la cohérence de la jurisprudence. Il a en outre été expliqué que ces textes renvoyaient à des affaires pour illustrer différents points de vue adoptés dans l'interprétation de la Loi type. Pour accroître leur utilité, il a été dit qu'il serait souhaitable que ces textes puissent être actualisés en permanence avec les juges et les praticiens. À cette fin, il a été estimé que leur publication sous forme électronique pourrait être particulièrement appropriée.

113. Le Groupe de travail est globalement convenu que les textes relatifs aux aspects judiciaires formeraient un document très utile, qui aiderait les juges aussi bien des pays qui avaient adopté la Loi type que de ceux qui ne l'avaient pas adoptée, où le document faciliterait grandement l'adoption de cet instrument.

114. Dans l'optique de l'incorporation éventuelle d'ajouts ou d'éclaircissements dans les textes relatifs aux aspects judiciaires, il a été soulevé plusieurs points: 1) la question de savoir si un représentant étranger pouvait représenter le débiteur dans une procédure autre qu'une procédure d'insolvabilité (procédure civile) sans reconnaissance préalable; 2) la signification de l'expression "participer à une procédure en cours" au paragraphe 29 b) compte tenu du renvoi fait, dans sa note de bas de page, à l'article 12 du document A/CN.9/WG.V/WP.97; 3) la signification du mot "intervenir" au paragraphe 29 d) du document A/CN.9/WG.V/WP.97; 4) la nécessité de traiter la situation des groupes d'entreprises plus en détail; 5) la nécessité de reconnaître que les législations nationales n'exigeraient pas toutes un "établissement" conformément à l'article 2 f) pour une procédure non principale; et 6) la question de savoir si un tribunal de renvoi pouvait revenir sur la décision prise par le tribunal initial en ce qui concernait le centre des intérêts principaux.

115. Il a été proposé d'adopter, pour les textes relatifs aux aspects judiciaires, le titre de "Guide judiciaire", comme cela avait été fait pour d'autres textes de la CNUDCI tels que le Guide législatif et le Guide pratique. En réponse, il a été dit que le mot "guide" n'avait pas été retenu, car il ne rendrait pas suffisamment compte de la nature descriptive du document. Il a été estimé qu'il ne faudrait pas que le titre donne l'impression que les textes relatifs aux aspects judiciaires étaient de nature prescriptive.

116. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait continuer d'élaborer les textes relatifs aux aspects judiciaires compte tenu des observations faites à la session en cours afin de les finaliser, éventuellement, à sa session suivante. Il a invité les États à faire part de leur expérience de la Loi type dans des commentaires qui seraient présentés au Secrétariat en vue de leur prise en compte éventuelle dans l'élaboration d'un projet révisé.

³ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.6.

⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 261.

117. Le Groupe de travail s'est vu présenter, par la Banque mondiale, la Norme applicable au traitement de l'insolvabilité et à la protection des droits des créanciers (Norme ICR), élément de l'Initiative du Conseil de stabilité financière sur les normes et les codes que la Banque mondiale utilisait dans les Rapports sur l'observation des normes et des codes (RONC). Il a été rappelé que la Norme ICR incluait déjà les recommandations du Guide législatif et des Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers. Cette norme avait été mise au point en coordination avec le secrétariat de la CNUDCI. Il a en outre été fait savoir au Groupe de travail que la Norme ICR faisait l'objet d'une actualisation destinée à prendre en compte la troisième partie du Guide législatif. Le Groupe a pris note de cette évolution avec satisfaction et a prié le Secrétariat de continuer à participer à ce processus, en étroite collaboration avec la Banque mondiale.
