



Assemblée générale

Distr.: Limitée
4 octobre 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente et unième session
Vienne, 11-15 décembre 2006

Traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité

Note du secrétariat*

[Les chapitres premier. Glossaire et II. Introduction figurent dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74; le chapitre III. Le début de l'insolvabilité: questions internes figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1]

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IV. Questions internationales	1-29	2
A. Introduction	1-4	2
B. Compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité	5-12	3
C. Conflit de lois	13-14	5
D. Fourniture d'un financement postérieur à l'ouverture	15-22	6
E. Reconnaissance des procédures étrangères	23-25	8
F. Coopération entre les tribunaux et les responsables de l'entreprise	26	9
G. Les étapes suivantes	27-32	10
H. Questions à examiner: traitement international des groupes de sociétés	33	12

* Le présent document a été soumis tardivement pour permettre l'achèvement des consultations.



IV. Questions internationales

A. Introduction

1. Dans le contexte international, les modèles qui ont été créés pour traiter les questions d'insolvabilité internationale ne sont jamais allés jusqu'à aborder de façon satisfaisante les groupes de sociétés. Lorsque la Chambre des Lords du Royaume-Uni, siégeant sous la présidence de Lord Hoffmann, s'est demandée si le Royaume-Uni devrait adhérer à la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité¹, la commission a noté l'échec de la convention à traiter les groupes de sociétés – forme la plus courante de modèle d'entreprises. Lorsque la convention est devenue le Règlement n° 1346/2000 du Conseil européen (CE) du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (Le Règlement CE), la question n'était toujours pas abordée. Lorsque le texte de ce qui est devenu la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale a été débattu, il aurait été prématuré de parler des groupes. Ensuite, lorsque le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité a été élaboré, il a été reconnu qu'entamer une discussion sur le thème des groupes de sociétés risquait de freiner considérablement l'avancement du reste du Guide, si bien que ce dernier ne comporte qu'une introduction limitée, et aucune recommandation, sur le thème des groupes de sociétés.

2. Une affaire dont il a été largement fait écho illustre l'un des problèmes clefs concernant les groupes dans le contexte international; il s'agit de l'affaire KPNQwest, qui a fait faillite le jour où le Règlement CE est entré en vigueur, le 31 mai 2002. KPNQwest était un groupe de télécommunications qui possédait des câbles en Europe et vers les États-Unis. Les principaux réseaux de câbles étaient constitués d'anneaux optiques: en Europe, la partie française de l'anneau était détenue par une filiale française; la partie allemande par une filiale allemande, etc. Lorsque la société mère néerlandaise a fait faillite, nombre des filiales ont été obligées de demander la protection du tribunal dans le pays où elles étaient incorporées. Personne n'a été capable de coordonner la procédure, et celle-ci a été abandonnée. L'examen d'autres affaires d'insolvabilité internationale confirmerait les faiblesses du système existant; il est souvent difficile de concilier l'approche traditionnelle consistant à considérer, dans la réglementation des sociétés, chaque membre d'un groupe comme une entité juridique distincte, avec les conséquences qui en résultent pour l'insolvabilité, et la volonté de faciliter la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un groupe ou d'une partie d'un groupe dans une situation transnationale d'une manière qui permettrait d'atteindre l'objectif consistant à maximiser la valeur au profit des créanciers.

3. La discussion dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 soulève, à propos du traitement des groupes de sociétés dans le cadre national, un certain nombre de questions qui pourraient également être examinées dans le contexte international, qu'il s'agisse de l'ouverture d'une procédure contre les membres d'un groupe de sociétés situées dans des États différents ou de l'administration de cette procédure. Les pays peuvent avoir des critères différents concernant les conditions dans lesquelles un débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure et les différents types de procédures. Par exemple, tous les pays n'ont pas de procédures bien au

¹ Ouverte à la signature le 23 novembre 1995.

point pour le redressement, et même parmi ceux qui en ont il y a des différences. Certains, par exemple, peuvent prévoir une forme de redressement qui permet au débiteur de garder le contrôle, d'autres non. Certains pays peuvent faciliter le redressement en permettant divers types de financement postérieur à l'ouverture, d'autres non (voir plus loin). Les règles sur les effets de l'ouverture varient (par exemple le type d'arrêt des poursuites disponible et à qui il s'applique), de même que les règles sur les pouvoirs du représentant de l'insolvabilité en ce qui concerne, par exemple, l'annulation des opérations antérieures et les règles relatives à la négociation, l'approbation et l'application d'un plan de redressement.

4. Comme il a déjà été dit, peu de lois reconnaissent la réalité du groupe de sociétés et prévoient des règles complètes pour son traitement dans un contexte national, a fortiori dans un contexte international. Étant donné l'ubiquité des groupes de sociétés dans le commerce moderne, le nombre d'insolvabilités impliquant des groupes multinationaux n'a cessé d'augmenter ces dernières années. Les problèmes que pose l'insolvabilité des groupes de sociétés dans le contexte national sont multipliés plusieurs fois lorsqu'un ou plusieurs débiteurs font partie d'un groupe multinational, mais que chacun constitue une entité juridique distincte située dans un pays différent, contre lequel il faut ouvrir une procédure distincte. Des procédures concurrentes dans différents pays à l'égard de sociétés apparentées ne conduisent pas nécessairement à un plan global en raison des nombreuses différences dans les lois sur l'insolvabilité et dans les procédures existant éventuellement pour les coordonner. L'histoire de l'insolvabilité internationale depuis l'affaire Maxwell en 1991² met en évidence les problèmes rencontrés lors de la gestion de nombreuses procédures parallèles, et souligne la nécessité des solutions créatives qui ont été élaborées et adoptées. La discussion ci-après soulève un certain nombre de questions propres au traitement des groupes de sociétés dans le contexte international.

B. Compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité

5. Le Guide législatif de la CNUDCI note qu'un débiteur doit avoir un lien suffisant avec un État pour être soumis à la loi sur l'insolvabilité de cet État. La plupart du temps, le problème de l'applicabilité de cette loi ne se posera pas, car le débiteur sera un national ou un résident de l'État et y exercera son activité économique par l'intermédiaire d'une structure juridique immatriculée ou incorporée sur son territoire. Mais lorsque le lien entre le débiteur et l'État doit être établi, les lois sur l'insolvabilité prévoient différents critères, dont la présence, sur le territoire, du centre des intérêts principaux, d'un établissement ou d'actifs du débiteur.

1. Centre des intérêts principaux

6. Le Règlement CE utilise le centre des intérêts principaux pour déterminer où devraient être ouvertes les procédures d'insolvabilité "principales" dans l'UE. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) utilise elle

² Cette affaire impliquait les États-Unis et le Royaume-Uni. United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 91 B 15741 (15 janvier 1992), et the High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991 (31 décembre 1991).

aussi la notion de centre des intérêts principaux, bien que de manière quelque peu différente, pour indiquer les procédures qui pourraient être reconnues comme constituant des procédures étrangères “principales” aux fins d’assistance. Il est à noter que la Loi type reconnaît que le statut de ces procédures comme procédures principales peut changer et par conséquent qu’il peut être nécessaire de modifier ou de lever la décision de reconnaissance.

7. Ni la Loi type de la CNUDCI ni le Règlement CE ne définissent le terme “centre des intérêts principaux”; le considérant 13 du Règlement CE indique toutefois que “le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers”. Le paragraphe 3 de l’article 16 de la Loi type de la CNUDCI et l’article 3 du Règlement CE disposent aussi que le siège statutaire, ou, dans le cas d’un particulier, la résidence habituelle du débiteur, est présumé être le centre de ses intérêts principaux, sauf s’il peut être démontré qu’il est ailleurs.

8. On a beaucoup écrit sur la notion de “centre des intérêts principaux” et sur la manière dont il doit être interprété, en particulier pour ce qui est du Règlement CE. Bien que ce dernier contienne la présomption mentionnée ci-dessus à propos du siège statutaire, l’importance relative à donner à cet élément et les autres facteurs à prendre en considération pour déterminer le centre des intérêts principaux ont été l’objet ces dernières années d’un certain nombre d’affaires au sein de l’UE. Il ne n’agit pas ici d’examiner dans le détail le développement de cette interprétation; certaines des affaires impliquant la prise en considération du centre des intérêts principaux ont été mentionnées dans des documents antérieurs de la CNUDCI (voir A/CN.9/580, par. 58 à 79 et A/CN.9/579, par. 8 à 17).

9. Dans son arrêt de mai 2006 dans l’affaire Eurofood IFSC Ltd³, la principale conclusion de la Cour européenne de Justice a été que la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux d’une société est situé dans l’État membre où se trouve son siège statutaire ne peut être renversée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d’établir que le centre des intérêts principaux est ailleurs. La Cour n’a pas examiné ce que pourraient être ces éléments, mais a noté que le centre des intérêts principaux pouvait être situé ailleurs que le siège statutaire; tel pourrait être le cas notamment d’une société qui n’exercerait aucune activité sur le territoire de l’État membre où est situé son siège social. En revanche, lorsqu’une société exerce son activité sur le territoire de l’État membre où est situé son siège social, le fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue à l’article 3. La Cour a souligné que dans le système de détermination de la compétence des juridictions des États membres mis en place par le Règlement, il existe une compétence juridictionnelle propre pour chaque débiteur constituant une entité juridiquement distincte.

10. Dans les affaires tranchées avant l’arrêt de la CEJ, certains des éléments considérés comme suffisants pour réfuter la présomption portaient sur le degré d’indépendance d’une filiale par rapport à la prise de décision en matière de

³ C-341/04; disponible sur le site <http://eur-lex.europa.eu>. Eurofood a été immatriculée en Irlande en 1997, son siège social est à Dublin. C’est une filiale à 100 % de Parmalat SpA, société italienne, et son objectif principal était d’offrir des facilités de financement aux sociétés du groupe Parmalat.

finances, de gestion et de politique; les arrangements financiers entre société mère et filiale, y compris la structure du capital, l'emplacement des comptes bancaires et des services de comptabilité; la répartition de la responsabilité pour la fourniture de documents techniques et juridiques et la signature des contrats; le lieu de la conception, de la commercialisation, de l'établissement des prix et de la livraison des produits; et de l'exercice des fonctions de direction. Il reste à voir comment la pertinence de ces facteurs et l'importance relative qui leur est attachée seront affectées par la décision de la CEJ.

11. Selon un commentateur, les affaires françaises tranchées avant l'arrêt de la CEJ montraient que certains tribunaux avaient été influencés par le fait que dans de nombreuses affaires il était commode de regrouper les insolvabilités de groupe et de les traiter dans le pays où la procédure était engagée à l'égard de la société mère⁴. Les affaires citées concernaient des sociétés mères françaises ayant des filiales dans d'autres États membres. On pourrait en dire autant des tribunaux d'un certain nombre d'autres pays de l'UE où le centre des intérêts principaux a été appliqué, dans des cas appropriés, d'une manière telle que les éléments constitutifs d'un groupe insolvable ont été administrés dans un seul pays. Ces affaires ont concerné des États membres de l'UE, ainsi que des États non membres, comme la Suisse. Il a été dit que ces affaires obtenaient de meilleurs résultats en raison, par exemple, d'une meilleure coordination et de la désignation du même représentant pour tous les membres du groupe. La mesure dans laquelle cela est possible dépend toutefois de l'existence de facteurs permettant de déterminer que le centre des intérêts principaux de tous les membres du groupe est situé dans le même État membre. Ces facteurs n'existeront pas toujours et l'insolvabilité de deux membres ou plus du groupe peut exiger l'ouverture de procédures dans des pays différents à l'égard de ces différents membres.

2. Présence d'actifs et établissement

12. Ces deux critères sont examinés dans le Guide législatif de la CNUDCI⁵. Dans la Loi type de la CNUDCI et le Règlement CE, qui définissent tous deux le terme "établissement", bien que de façon légèrement différente, la procédure ouverte dans un État où un débiteur a un établissement est secondaire ou non principale; dans le cas du Règlement, une telle procédure est limitée à la liquidation des actifs du débiteur qui sont situés sur le territoire de cet État. La Loi type ne reconnaît pas les procédures ouvertes sur la base de la présence d'actifs, mais admet qu'il pourrait être nécessaire dans certains cas d'ouvrir une procédure locale pour traiter ces actifs, à condition que le débiteur fasse déjà l'objet d'une procédure principale ailleurs (art. 28).

C. Conflit de lois

13. Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité aborde certaines des questions de conflit de lois qui se posent lorsqu'une procédure d'insolvabilité concerne des parties ou des actifs situés dans différents États, notant que bien que la procédure d'insolvabilité puisse en règle générale être gouvernée

⁴ Jean-Luc Vallens, Eurofenix, été 2006, p. 14 et 15.

⁵ Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chapitre 1^{er}, par. 15 à 18.

par la loi de l'État d'ouverture, de nombreux États ont adopté des exceptions à l'application de cette loi.

14. De difficiles problèmes de conflit de lois se posent également dans le cas d'entreprises multinationales, par exemple le problème de la responsabilité de la société mère. La responsabilité d'une société mère pour une filiale pourrait être déterminée par la loi du pays dans lequel la filiale est incorporée. Cette approche risquerait de ne pas refléter l'unité de l'ensemble du groupe, car il y aurait inégalité de situation des créanciers des filiales, selon le lieu où se trouvent ces dernières. Toutefois, si la responsabilité devait être basée sur les règles du pays d'immatriculation de la société mère, cela reviendrait à une extension de la compétence qui ne serait peut-être pas acceptable par les autres pays. Cette question peut être réglée dans une certaine mesure lorsque la société mère assume volontairement les obligations financières des filiales étrangères, mais pas dans les autres cas. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la mesure dans laquelle il faudrait aborder les questions de conflit de lois dans les travaux futurs sur les groupes de sociétés et les mesures qui pourraient être prises à cet égard.

D. Fourniture d'un financement postérieur à l'ouverture

15. Le document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 fait référence à la reconnaissance dans le Guide législatif de la nécessité de faciliter le financement postérieur à l'ouverture dans le contexte national. Il note aussi que de nombreuses lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement. Certains obstacles structurels à l'obtention d'un tel financement sont: l'absence de textes législatifs; la responsabilité personnelle incombant au représentant de l'insolvabilité ou à des administrateurs ou dirigeants de l'entreprise débitrice de contracter la dette nécessaire à un tel financement; l'application de dispositions d'annulation; les problèmes de priorité liés à un tel financement; et la préférence donnée à la liquidation par rapport au redressement, autant d'obstacles qui rendent difficile l'examen de cette question⁶. L'existence de ces obstacles structurels concernant l'insolvabilité nationale rend l'offre et la protection d'un financement postérieur à l'ouverture dans les cas d'insolvabilité internationale extrêmement incertaines. Des différences existent d'un pays à l'autre quant à la priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure et à la constitution d'une sûreté pour un tel financement. Il y a des questions concernant la loi applicable, et l'utilisation du financement obtenu après l'ouverture au sein de groupes de sociétés. Par exemple, le financement obtenu après l'ouverture par un membre d'un groupe de sociétés insolvable pouvait-il être utilisé par un autre membre du groupe et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances et à quelles conditions? Un membre non débiteur d'un groupe de sociétés pouvait-il emprunter de l'argent après l'ouverture de la procédure et autoriser un membre du groupe insolvable à utiliser ces fonds? Dans un certain nombre d'affaires d'insolvabilité internationale, les questions liées

⁶ Pour un résumé comparatif et une matrice du traitement du financement postérieur à l'ouverture dans 54 pays, voir International insolvency Institute (<http://www.iiiglobal.org>); voir aussi *Financing in Insolvency Proceedings*, INSOL 2006, qui porte sur 12 pays: Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Brésil, Canada, États-Unis d'Amérique, Hong-Kong, Inde, Japon, Pays-Bas, Pologne et Royaume-Uni.

au financement postérieur à l'ouverture ont été abordées dans des protocoles internationaux⁷.

16. Les recommandations du Guide législatif risque de ne pas être suffisantes pour aborder le financement postérieur à l'ouverture dans le contexte de l'insolvabilité internationale. Les questions ci-après figurent parmi celles qui pourraient justifier un examen plus approfondi.

1. Autorisation du financement postérieur à l'ouverture

17. Le Guide législatif fait référence à l'autorisation du tribunal ou au consentement des créanciers (recommandation 63) et dans le contexte national on sait clairement de quel tribunal et de quels créanciers il s'agit. En revanche, dans le cas de l'insolvabilité d'un groupe de sociétés, où la société mère et ses filiales peuvent être situées dans des pays différents et, par conséquent, faire l'objet de procédures d'insolvabilité différentes et relever de régimes juridiques différents, et où un financement peut être nécessaire pour une ou plusieurs de ces filiales, un certain nombre de questions se posent. Une société mère peut-elle obtenir un financement dans son propre pays et le fournir à la filiale qui se trouve dans un autre pays? Dans l'affirmative, faudrait-il l'approbation du tribunal ou le consentement du créancier dans le pays de la société mère ou dans celui de la filiale ou bien peut-être dans les deux? Un tribunal peut-il approuver un financement postérieur à l'ouverture qui aura des effets dans l'autre pays? Dans cette situation, chaque pays reconnaîtra-t-il les décisions prises dans l'autre qui affectent un financement postérieur à l'ouverture?

18. Le Guide législatif note que des lois différentes exigent des types différents d'autorisation pour différents types de dettes. Par exemple, une autorisation ne sera peut-être pas nécessaire pour une dette non garantie contractée par le représentant de l'insolvabilité dans le cours normal des affaires, mais le sera si la même dette est contractée en dehors du cours normal des affaires. Pour une dette exigeant une sûreté ou l'octroi d'une priorité, il faudra en général l'autorisation du tribunal et dans certains cas le consentement des créanciers, en particulier lorsque la priorité accordée à un financement postérieur à l'ouverture l'emporte sur les priorités existantes. Dans le contexte international, l'exigence d'une autorisation dépend-elle des conditions du financement postérieur à l'ouverture?

19. Le Guide législatif mentionne aussi l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture par le représentant de l'insolvabilité. Dans le type de scénario indiqué ci-dessus, est-ce que ce serait le représentant de l'insolvabilité de la société mère ou de la filiale? En outre, y a-t-il des incidences sur la responsabilité personnelle du représentant de l'insolvabilité ou des dirigeants et administrateurs de la société mère ou de la filiale?

2. Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture

20. Le Guide législatif recommande qu'une loi sur l'insolvabilité établisse la priorité à accorder au financement postérieur à l'ouverture et que celui-ci prime les créances des créanciers chirographaires titulaires d'une priorité d'administration.

⁷ Voir *Digest of Financing Provisions from Cross-Border Insolvency Protocols*, International Insolvency Institute (<http://www.iiiglobal.org>).

Dans le contexte international, à quelles créances de quels créanciers cette priorité s'appliquera-t-elle? Comment les différences entre les priorités pouvant être accordées par les deux pays se répercutent-elles sur la question de l'autorisation?

3. Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture

21. Le Guide législatif fait aussi référence à la constitution d'une sûreté réelle sur des actifs non grevés ou sur des actifs déjà grevés pour garantir le financement postérieur à l'ouverture, à condition qu'elle n'ait pas priorité sur les créanciers existants. Il recommande aussi la procédure à suivre pour octroyer une priorité primant celle des créanciers garantis existants. Le tribunal d'un pays pourrait-il approuver un financement postérieur à l'ouverture garanti par un actif grevé dans un autre pays? Si les créanciers garantis existants refusaient que cet actif soit grevé, le tribunal pourrait-il néanmoins approuver la constitution d'une sûreté et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances?

4. Conversion de procédure

22. Lorsqu'une procédure de redressement est convertie en procédure de liquidation, des questions peuvent se poser sur le point de savoir si la priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture dans le cadre du redressement sera reconnue dans une liquidation ultérieure. Le Guide législatif recommande qu'elle le soit, mais comment la question serait-elle abordée dans une situation internationale?

E. Reconnaissance des procédures étrangères

23. En dehors des États où le Règlement CE s'applique, l'obtention d'un résultat coordonné pour l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés situés dans des États différents dépend de la possibilité ou non de reconnaître les procédures étrangères et de la possibilité pour les parties engagées dans les diverses procédures de coopérer entre elles et d'agir en coordination. Dans les États qui ont adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale⁸, la réponse devrait être relativement simple; une procédure ouverte dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux pourrait être reconnue en tant que procédure étrangère principale [art. 17], tandis qu'une procédure ouverte dans un État où le débiteur a un établissement pourrait être reconnue en tant que procédure non principale. Une fois que la reconnaissance a été ordonnée, l'assistance spécifiée pour la procédure étrangère prend effet et les tribunaux ainsi que les représentants de l'insolvabilité intervenant dans les diverses procédures sont autorisés à coopérer et à communiquer entre eux. Là où la Loi type n'a pas été adoptée, en revanche, il faut faire référence aux lois nationales, dont beaucoup ne contiennent pas de dispositions équivalentes à celles de la Loi type en ce qui concerne la reconnaissance, l'assistance, la coopération ou la coordination⁹.

⁸ Adoptée en Afrique du Sud (2000), en Érythrée, aux États-Unis d'Amérique (2005), en Grande-Bretagne (2006), aux îles Vierges britanniques, territoire d'outremer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2005), au Japon (2000), au Mexique (2000), au Monténégro (2002), en Pologne (2003), en Roumanie (2003) et en Serbie (2004).

⁹ Pour une analyse de la loi de 39 pays, voir "*Cross-Border Insolvency: A Guide to Recognition and Enforcement*", INSOL International, 2003.

Du fait de l'absence de telles dispositions, l'obtention d'un résultat coordonné peut demander du temps, de l'argent, et, dans certains cas, elle est impossible.

24. Pour ces raisons, la coordination et l'harmonisation des procédures d'insolvabilité internationale ont été grandement facilitées ces dernières années par les pratiques et les procédures mises au point par les professionnels de l'insolvabilité et les tribunaux, initialement dans des affaires particulières et pour régler certains problèmes rencontrés par les parties. Des accords ou des "protocoles" ont été négociés par les parties et homologués par les tribunaux des pays concernés. Ces protocoles d'insolvabilité internationale couvrent un certain nombre de questions, et peuvent servir, par exemple, à régler un litige particulier dû à des différences entre les lois dans des procédures internationales concurrentes, à créer un cadre juridique pour la conduite générale d'une procédure ou à coordonner l'administration de différentes masses de l'insolvabilité dans plusieurs États. Quelques exemples de protocoles internationaux sont donnés dans le document A/CN.9/580, paragraphes 18 à 48, de la CNUDCI.

25. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission a décidé que des travaux initiaux de compilation des données d'expérience pratique dans le domaine de la négociation et de l'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale devraient être entrepris par le secrétariat, par le biais de consultations informelles avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité¹⁰.

F. Coopération entre les tribunaux et les responsables de l'entreprise

26. Le Chapitre IV est un élément fondamental du cadre législatif fourni par la Loi type; il comble les lacunes existant dans de nombreuses lois nationales en habilitant expressément les tribunaux à coopérer dans les domaines régis par la Loi type et à communiquer directement avec les tribunaux étrangers. Cette coopération, en particulier, n'est pas limitée à la période qui fait suite à une décision de reconnaître une procédure étrangère, et elle pourrait donc avoir lieu dès le premier contact. Est également autorisée la coopération entre un tribunal de l'État adoptant et un représentant étranger, ainsi qu'entre une personne chargée d'administrer la procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant et un tribunal étranger ou un représentant étranger. Reconnaissant que l'idée de coopération peut ne pas être familière à de nombreux juges et représentants, l'article 27 de la Loi type énumère les formes possibles de coopération. La disposition analogue du Règlement CE est l'article 31, qui établit un devoir de coopération et de communication entre les "syndics", selon la terminologie du Règlement, mais ne mentionne pas la même obligation entre les tribunaux ou entre les tribunaux et les syndics. La clef de nombreuses affaires d'insolvabilité internationale impliquant des groupes de sociétés a été la faculté et la volonté des tribunaux et des représentants de l'insolvabilité de coopérer et de communiquer pour assurer la coordination des procédures principales et non principales.

¹⁰ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, Soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 209.

G. Les étapes suivantes

27. Étant donné la situation actuelle concernant l'insolvabilité des groupes de sociétés au niveau international et en l'absence d'une plus grande convergence des lois nationales sur l'insolvabilité, et en particulier des règles applicables au traitement des groupes de sociétés, que peut-on faire pour faciliter l'administration des affaires d'insolvabilité internationale, en dehors de la promotion de la Loi type de la CNUDCI, et y a-t-il besoin de dispositions législatives visant spécifiquement l'insolvabilité des groupes qui pourraient, par exemple, être ajoutées à la Loi type? Le Règlement CE, qui représente un mécanisme que l'on pourrait peut-être étendre de manière à aborder spécifiquement les questions relatives aux groupes, s'applique directement aux États membres participants de manière qu'une procédure principale ouverte dans un pays soit automatiquement reconnue dans d'autres États, avec certains effets spécifiés. Il entraîne au sein des États membres un certain abandon de souveraineté qui facilite son administration. En dehors d'un groupe régional intégré comme l'UE, cependant, une approche différente peut être nécessaire.

28. Le regroupement et l'administration conjointe ont été examinés précédemment dans le contexte national et peuvent avoir une application dans les affaires internationales. D'autres propositions reposent sur la création d'une notion de centre des intérêts principaux applicable à un groupe de sociétés qui faciliterait l'ouverture et l'administration par le groupe d'une procédure d'insolvabilité.

1. Centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés

29. Une solution aux questions notées ci-dessus concernant le traitement international des groupes de sociétés pourrait être de créer la notion de "centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés". Cela serait particulièrement utile dans les cas où il y a un haut degré d'intégration entre les membres d'un tel groupe et où celui-ci est géré pour l'essentiel comme une entité unique. Cette notion pourrait être définie par référence, par exemple, aux questions examinées dans le contexte du centre des intérêts principaux dans l'UE – comment et où sont prises les décisions concernant la politique, la gestion et les finances du groupe (ce que l'on a désigné comme étant le lieu où sont exercées les "fonctions d'administration centrale"¹¹ de groupe) – et aux perceptions des tiers, en particulier des créanciers, en ce qui concerne ce lieu. Le centre des intérêts principaux déterminerait dans quel État une procédure d'insolvabilité principale à l'encontre d'un groupe de sociétés ou à l'encontre d'un ou de plusieurs de ses membres devrait être ouverte, ainsi que la loi qui s'appliquerait à l'ouverture et à l'administration de la procédure. Dans les cas où l'adoption d'une telle approche dépendrait d'une intégration étroite du groupe, il faudrait définir le niveau d'intégration requis. Les créanciers seraient tenus d'examiner la nature des liens d'une société avec laquelle ils traitent pour déterminer si elle fait ou non partie d'un groupe. Cela peut conduire à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale à l'encontre d'une filiale insolvable au lieu du centre des intérêts principaux du groupe, que la société mère ou d'autres filiales immatriculées en ce lieu fassent ou non elles aussi l'objet d'une procédure d'insolvabilité et ne dispenserait peut-être pas d'une procédure locale au lieu

¹¹ Voir Gabriel Moss, QC et Christoph Paulus, *The urgent need for reform – what and when? Current trends in European Rescue and the Impact of the European Insolvency Regulation*, 15 July 2005.

d'incorporation de la filiale insolvable pour décider du sort de ses activités et de ses actifs.

30. Une autre approche pourrait être de considérer que le centre des intérêts principaux du groupe est celui de la société mère, de sorte que toutes les filiales auraient également ce centre des intérêts principaux, et la compétence pour l'ouverture de la procédure ne serait pas liée au lieu d'immatriculation ou au lieu du siège statutaire.

2. Regroupement des patrimoines

31. Lorsqu'un groupe est étroitement intégré et que l'actif et le passif appartenant à chacun de ses membres ne peuvent être facilement identifiés, le regroupement international des patrimoines pourrait faciliter l'administration de la procédure collective. Envisager cette mesure dans une affaire internationale est toutefois beaucoup plus complexe que dans un contexte national, car cela soulève des questions telles que: la loi sur l'insolvabilité à appliquer; la mesure dans laquelle les tribunaux pourraient renoncer aux règles qui seraient appliquées dans une affaire nationale; les règles d'annulation à appliquer; la négociation, l'approbation et l'application d'un plan de redressement, etc. Un tel regroupement dans des affaires internationales n'est pas courant. Il y a cependant eu des affaires dans lesquelles l'insolvabilité d'un groupe étroitement intégré comprenant des filiales dans différents États a été administrée comme s'il s'agissait d'une entité unique avec le consentement des créanciers et la légalité de la solution n'a jamais été examinée dans les tribunaux¹². Certaines affaires entre le Canada et les États-Unis d'Amérique ont comporté un plan de redressement consolidé.

3. Administration conjointe

32. Une autre approche pourrait consister à adopter des mesures facilitant le recours plus large à l'administration conjointe. Comme on l'a noté plus haut, peu d'États prévoient formellement une administration conjointe des affaires d'insolvabilité concernant les membres du même groupe de sociétés, bien que la pratique existe dans certains, par exemple au Canada et aux États-Unis¹³. L'administration conjointe n'exige pas de décision formelle quant au centre des intérêts principaux d'un groupe et serait facilitée par l'adoption de la Loi type de la CNUDCI, qui fournirait un cadre législatif pour la coopération et la communication internationales, et l'utilisation de protocoles internationaux ou d'autres mécanismes pour traiter les questions procédurales et administratives entre les différents États.

¹² L'affaire *Bramalea* impliquait une société ayant son siège au Canada, avec des filiales d'exploitation au Canada et aux États-Unis d'Amérique, ainsi qu'un certain nombre de partenariats et d'accords de coentreprise; analyse par Ziegel, J, *Corporate Groups and Crossborder Insolvencies: A Canada-United States Perspective*, 7 *Fordham J. Corp & Fin. L.* 367. Il y a d'autres exemples de l'application d'une telle approche dans l'UE.

¹³ Le droit des États-Unis prévoit que les sociétés ayant des liens privilégiés avec un demandeur initial (lorsque la relation est définie) doit introduire une demande auprès du même tribunal à condition que le demandeur initial ait son domicile, sa résidence, son établissement principal ou ses actifs principaux dans le district de ce tribunal. Lorsque la demande a été faite, le tribunal peut rendre une ordonnance d'administration de la masse (US: Bankruptcy Code, title 28, 1408).

H. Questions à examiner: traitement international des groupes de sociétés

33. Le document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 soulève un certain nombre de questions à examiner par le Groupe de travail en ce qui concerne le traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité dans un contexte national. En outre, il pourra souhaiter examiner aussi les questions ci-après qui s'appliquent dans le contexte international:

a) Définition ou description d'un "groupe de sociétés" et modalités selon lesquelles il peut différer du contexte national;

b) Accès à la procédure d'insolvabilité et en particulier État dans lequel une procédure unique pour un groupe de sociétés pourrait être ouverte par référence, par exemple, à une notion de centre des intérêts principaux pour les groupes de sociétés;

c) Aménagements qui devraient être offerts dans une procédure internationale, y compris l'administration conjointe et le regroupement; et

d) Dispositions additionnelles à celles qui figurent dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité qui pourraient être nécessaires pour le financement postérieur à l'ouverture.