



Assemblée générale

Distr. générale
25 mai 2009*
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-deuxième session
Vienne, 29 juin-17 juillet 2009

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

(New York, 18-22 mai 2009)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-4	2
II. Organisation de la session	5-10	2
III. Délibérations et décisions	11	4
IV. Coopération, communication et coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale	12-15	4
V. Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité	16-124	5
A. Questions internationales	16-55	5
B. Questions internes	56-124	13
VI. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	125-127	25

* Le présent document a été soumis pour traduction moins de 10 semaines avant l'ouverture de la session de la Commission en raison du temps nécessaire pour établir le rapport final après la clôture de la session du Groupe de travail le 22 mai 2009.



I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission est convenue que la question du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité était suffisamment avancée pour être présentée au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) afin qu'il l'examine et qu'il faudrait laisser à ce Groupe de travail toute latitude pour lui présenter des recommandations appropriées concernant la portée de ses travaux futurs et la forme qu'ils devraient prendre, en fonction du contenu des solutions proposées aux problèmes qu'il mettrait en évidence sur le sujet.

2. À sa trente et unième session, tenue à Vienne du 11 au 15 décembre 2006, le Groupe de travail est convenu que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale constituaient une base solide pour l'unification du droit dans ce domaine et que les travaux en cours avaient pour objet de compléter ces textes et non de les remplacer (voir A/CN.9/618, par. 69). Une manière possible de procéder serait d'examiner les dispositions des textes existants qui pourraient également s'appliquer dans le contexte des groupes d'entreprises, de voir quelles questions devraient être étudiées plus avant et d'élaborer des recommandations supplémentaires. D'autres questions, bien que se rapportant aux groupes d'entreprises, pourraient être traitées de la même manière que dans le Guide et la Loi type. Il a également été dit que le résultat éventuel des travaux pourrait prendre la forme de recommandations législatives accompagnées d'un commentaire concernant les considérations de principe sur lesquelles s'appuient ces recommandations (voir A/CN.9/618, par. 70).

3. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité à sa trente-deuxième session (mai 2007), se fondant sur des notes du Secrétariat couvrant le traitement tant national qu'international (A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1). Faute de temps, il n'a pas étudié le traitement international des groupes d'entreprises dont il est question dans le document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2.

4. À ses trente-troisième (novembre 2007), trente-quatrième (mars 2008) et trente-cinquième (novembre 2008) sessions, le Groupe de travail a continué d'examiner le traitement des groupes d'entreprises (précédemment appelés "groupes de sociétés") en cas d'insolvabilité, en se fondant sur des notes du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.80 et Add.1 et A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4).

II. Organisation de la session

5. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se composait de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-sixième session à New York du 18 au 22 mai 2009. Y ont assisté les représentants des États membres suivants: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Australie, Bélarus, Bénin, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Grèce, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lettonie, Malaisie, Maroc, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, Pologne, République de Corée, République tchèque,

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Suisse, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

6. Ont également assisté à la session les observateurs des États ci-après: Afghanistan, Angola, Bangladesh, Belgique, Croatie, Danemark, Ghana, Indonésie, Iraq, Irlande, Lituanie, Mauritanie, Philippines, Qatar, République de Moldova, Slovénie et Turquie.

7. 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*: Commission européenne et Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association internationale du barreau, INSOL International (INSOL), International Credit Insurance and Surety Association (ICISA), International Insolvency Institute (III), International Women's Insolvency & Restructuring Confederation (IWIRC), International Working Group on European Insolvency Law (IWGEIL), Inter-Pacific Bar Association (IPBA) et Union internationale des avocats (UIA).

8. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)

Rapporteur: M^{me} Haini Hassan (Malaisie).

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.84);

b) Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1);

c) Note du Secrétariat sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale (A/CN.9/WG.V/WP.86 et Add.1 à 3);

d) Note du Secrétariat sur le traitement de la propriété intellectuelle dans le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.87);

e) Proposition des États-Unis d'Amérique sur le financement postérieur à la demande d'ouverture (A/CN.9/WG.V/WP.88); et

f) Additif à une note du Secrétariat sur le projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle et, en particulier, l'incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4).

10. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:
 1. Ouverture de la session.
 2. Élection du Bureau.
 3. Adoption de l'ordre du jour.
 4. Examen de la coopération, de la communication et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale, du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité et de l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle.
 5. Questions diverses.
 6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a commencé son examen de la coopération, de la communication et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.86 et Add.1 à 3 et a continué d'examiner le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.88 et d'autres documents mentionnés dans ces derniers. Il a également examiné l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.87 et A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 et sur un extrait du rapport du Groupe de travail VI sur les travaux de sa quinzième session (A/CN.9/WG.VI/XV/CRP.1/Add.5). Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur ces points.

IV. Coopération, communication et coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale

12. Le Groupe de travail a commencé son examen de la coopération, de la communication et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.86, qui contient le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale ("l'Aide-mémoire").

13. Le Groupe de travail s'est félicité de cet aide-mémoire, soulignant son utilité pour les praticiens et les juges, ainsi que pour les créanciers et les autres parties concernées, surtout compte tenu de la crise financière actuelle. Dans ce contexte, il a été estimé que l'Aide-mémoire arrivait à point nommé, car il s'appliquait dans un certain nombre de cas complexes et de vaste portée et constituait le premier document sur les accords internationaux à être élaboré par une organisation internationale. Le Groupe de travail a également noté avec satisfaction que les propositions relatives à la version antérieure du projet d'aide-mémoire (document

A/CN.9/WG.V/WP.83), qui avait été communiquée aux gouvernements pour commentaire, avaient été prises en compte.

14. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé à sa dernière session (voir A/CN.9/666, par. 21) d'arrêter le titre de l'Aide-mémoire à un stade ultérieur. À ce sujet, il a notamment été proposé de remplacer le titre "Aide-mémoire" par "principes directeurs" ou "recommandations" sur les protocoles, la coopération, la communication et la coordination. Ces propositions ont reçu un certain appui. On a cependant rappelé qu'à la dernière session, il avait été estimé que le document était de nature purement descriptive et donc qu'il ne donnait pas de conseils et ne devrait pas constituer un guide. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu d'intituler l'Aide-mémoire "Guide de pratiques de coopération, de communication et de coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale", le mot "pratiques" venant répondre aux préoccupations exprimées précédemment en ce qui concerne l'emploi du mot "guide". Il a noté que tous les passages du projet de document mentionnant le titre devraient être modifiés en conséquence.

15. Le Groupe de travail a adopté l'Aide-mémoire afin qu'il soit éventuellement finalisé et adopté à la quarante-deuxième session de la Commission, en 2009. Il a été noté que l'application pratique de l'aide-mémoire serait examinée au huitième Colloque judiciaire multinational CNUDCI/INSOL/Banque mondiale qui se tiendrait en juin 2009, avant la quarante-deuxième session de la Commission.

V. Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

A. Questions internationales

16. Le Groupe de travail a poursuivi sa discussion sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1 et d'autres documents mentionnés dans ces derniers. Il a commencé par aborder les questions internationales exposées dans le Add.1.

1. Centre de coordination d'un groupe d'entreprises

Projets de recommandations 1 et 2

17. Le Groupe de travail a rappelé les délibérations tenues à la session précédente (A/CN.9/666, par. 31) et les raisons pour lesquelles il pouvait être souhaitable d'identifier un des membres du groupe d'entreprises comme centre de coordination afin d'atteindre les objectifs énumérés au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1. Il a notamment été rappelé que le centre de coordination serait considéré comme le premier entre ses égaux et ne jouirait pas de pouvoirs supplémentaires du fait de sa qualité de centre de coordination.

18. S'il a été généralement estimé que les objectifs énumérés au paragraphe 5 devaient être atteints, l'opinion a été exprimée que l'identification d'un centre de coordination dans un groupe d'entreprises entraînait un certain nombre des difficultés liées à l'identification du centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome. Le problème était notamment de savoir si la décision identifiant un centre de coordination dans un État pourrait être exécutée ou du moins reconnue dans d'autres États, et quel État devrait prendre cette décision. Il a été proposé qu'il

s'agisse du tribunal de l'État dans lequel la procédure était initialement ouverte à l'encontre d'un membre du groupe. Une deuxième proposition était le tribunal de l'État où la coordination était demandée. À l'appui de cette dernière, il a été fait observer que, si le lieu du centre de coordination dans le premier État n'était pas légitime, il était peu probable que le deuxième État coopère.

19. D'autres difficultés se posaient, à savoir qu'il fallait: veiller à ce que le centre exerce une fonction procédurale et non une fonction de fond; garantir une souplesse suffisante pour tenir compte des cas individuels; éviter, compte tenu de la nécessité d'identifier le centre de coordination rapidement, de recourir à des critères complexes; éviter la recherche abusive du for le plus avantageux; définir le rôle de l'entité de coordination; identifier un centre de coordination uniquement lorsqu'il était jugé utile ou nécessaire pour permettre le redressement global d'un groupe; et faire la distinction entre le rôle des tribunaux en termes de coordination et de coopération et celui du membre coordonnateur du groupe. Il a été noté que, sur ce dernier point, le Groupe de travail n'avait pas, à sa session précédente, étendu son examen au fait de savoir si la coordination devrait être engagée et dirigée par le tribunal chargé de conduire la procédure visant le membre coordonnateur ou le représentant de l'insolvabilité compétent (voir par. 6, A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1).

20. Il a largement été convenu que la décision d'un tribunal désignant un centre de coordination ne devrait pas avoir force obligatoire dans d'autres États. Les tribunaux des autres États pourraient approuver cette décision, mais l'hypothèse contraire ne devrait pas faire obstacle à la coordination et à la coopération entre les différents tribunaux.

21. Il a été observé que de nombreuses affaires d'insolvabilité internationale de groupes de sociétés étaient conduites depuis le sommet du groupe, y compris en matière de coordination et de coopération. En conséquence, il a été avancé que dans un tel cas, la désignation officielle du membre placé au sommet du groupe comme centre de coordination n'avait que peu d'intérêt, puisque ce membre n'obtiendrait pour son rôle aucun pouvoir supplémentaire ni reconnaissance plus importante que ceux que sa position lui confère déjà dans les faits. Il a été répondu que la principale raison pour chercher à déterminer un centre de coordination était de régler le problème de conflit de juridictions. Il a toutefois été souligné que si la décision relative au centre de coordination n'avait pas force obligatoire, une recommandation sur la détermination du centre de coordination pourrait ne pas apporter grand chose aux autres dispositions sur la coopération et la coordination entre tribunaux. Il a aussi été signalé qu'il pourrait parfois être utile d'avoir plusieurs centres de coordination pour différents sous-groupes ou unités d'un groupe.

22. Bien que le maintien d'une recommandation sur le centre de coordination ait bénéficié d'un certain soutien, le Groupe de travail n'a pas été à même de définir pour un tel centre un rôle clair qui étofferait les recommandations plus générales sur la coordination et la coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité. En conséquence, le Groupe de travail est convenu d'examiner les autres projets de recommandations avant de se prononcer sur la nécessité d'une recommandation relative au centre de coordination.

23. Après avoir débattu plus avant de la question, le Groupe de travail est convenu de supprimer les projets de recommandations 1 et 2, car la désignation d'un centre de coordination était dépourvue de conséquences juridiques en raison de son

caractère non contraignant. Il a néanmoins reconnu qu'il était utile de conférer à une seule entité un rôle prépondérant en matière de coopération et est convenu de mentionner dans le commentaire l'importance de confier à une seule entité la fonction de membre coordonnateur.

2. Faciliter la coopération et la communication

Projet de recommandation 3

24. Le Groupe de travail a noté que le projet de recommandation 3 se fondait sur l'article 25 de la Loi type et en étendait à bon escient la portée à la situation des groupes d'entreprises. Il a été suggéré, concernant ce projet de recommandation, d'étoffer les références à la coopération par une référence à la coordination, qui pourrait être assurée par le biais du centre de coordination. Il a été suggéré en réponse que l'obligation générale faite aux tribunaux et aux représentants de l'insolvabilité de coopérer en utilisant divers instruments, y compris l'aide-mémoire, rendait inutile l'identification d'un centre de coordination. Après un débat, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 3.

Projet de recommandation 4

25. Il a été noté que l'intérêt du projet de recommandation 4 était d'autoriser et d'inviter les représentants de l'insolvabilité à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la coordination de toutes les procédures visant les membres d'un groupe, ce qui évitait une interprétation restrictive de leurs fonctions. Il a également été noté qu'il suffisait d'évoquer la facilitation de la coordination et qu'aucune autre référence à un centre de coordination n'était nécessaire. Après un débat, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 4.

Projet de recommandation 5

26. S'agissant de la rédaction, il a été demandé s'il ne faudrait pas remplacer, à la première ligne du projet de recommandation, les mots "le tribunal" par "un tribunal". Il a été précisé en réponse que, dans la mesure où les projets de recommandations étaient destinés à être transposés en droit interne, la référence viserait le tribunal du pays et que l'emploi du terme "un tribunal" ne conviendrait donc pas. Pour des raisons similaires, il a été noté que les mots "dans le présent État" étaient inutiles dans le projet de recommandation. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 5 et est convenu que les questions rédactionnelles devraient être réglées par le Secrétariat.

Projet de recommandation 6

27. Il a été souligné que la recommandation 6 étendait utilement la portée de l'article 26 de la Loi type aux groupes d'entreprises et autorisait à bon escient les représentants de l'insolvabilité, partie qui prend généralement l'initiative des communications, à communiquer avec les tribunaux ou les représentants étrangers. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 6.

Projet de recommandation 7

28. La suppression des crochets et le maintien du texte ont été largement soutenus afin de garantir une application large et souple des dispositions, en particulier

lorsque le tribunal ne joue pas nécessairement un rôle actif dans les communications internationales. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 7 avec la suppression du terme “bilatérales” après “communications” afin de mieux exprimer la nature des communications entre des parties multiples.

Projet de recommandation 8

Crochets

29. On a appuyé l'idée de maintenir le texte du projet de recommandation en supprimant les crochets afin de l'harmoniser avec le projet de recommandation 7.

Chapeau

30. Il a été demandé si les mots “dans la mesure permise par le droit applicable” qui figurent dans le projet de recommandation 7 devraient également être insérés dans le chapeau du projet de recommandation 8, ou si les références qui figuraient aux alinéas b) et e) étaient suffisantes. Le Secrétariat a été prié d'examiner l'emploi de la référence au droit applicable.

Alinéa a)

31. Le Groupe de travail est convenu de remplacer le mot “convenues” par le mot “déterminées”.

Alinéa b)

32. Il a été suggéré de remplacer le mot “devrait” par le mot “pourrait”, de sorte que la notification soit facultative et non obligatoire. Il a en outre été proposé que la notification soit déterminée par le tribunal. Ces propositions n'ont pas été soutenues.

Alinéas d) et e) – Confidentialité

33. On a dit craindre qu'en faisant de la confidentialité un principe supplétif, les alinéas d) et e) ne respectent pas le principe de transparence, qui devrait être le principe directeur de la procédure d'insolvabilité. Il a été observé en outre, que la rédaction actuelle des alinéas c), d) et e) n'était pas harmonisée. Pour répondre à ces préoccupations, différentes suggestions ont été faites, notamment: i) de limiter l'alinéa e) aux questions administratives afin de préserver les droits fondamentaux; ii) de reformuler le chapeau pour permettre aux tribunaux et aux différents participants de décider des questions exposées aux alinéas a) à e); iii) de permettre aux parties intéressées de contester une décision de traiter certaines informations comme confidentielles; iv) de remplacer à l'alinéa e) le mot “devraient” par le mot “pourraient” pour préciser le caractère exceptionnel de l'alinéa; v) de ne pas traiter de ces questions dans les projets de recommandations puisqu'elles n'étaient pas abordées dans la Loi type. Il a été répondu que le projet de recommandation 8 portait spécifiquement sur les groupes d'entreprises supranationaux et que le Groupe de travail ne devrait pas voir sa marge de manœuvre réduite au seul motif qu'il n'avait jamais eu à connaître de ces questions auparavant; vi) de supprimer l'alinéa e), au motif qu'une disposition sur la confidentialité des communications risquait d'être utilisée de façon abusive. On s'est opposé à cette proposition en

arguant du fait que dans certaines situations, la confidentialité pourrait se justifier et que l'alinéa e) représentait par conséquent un bon compromis.

34. Après un débat, il a été convenu d'une manière générale, que le projet de recommandation 8 devrait uniquement prévoir que la confidentialité serait une exception. À cette fin, le Groupe de travail est convenu d'inclure les mots "uniquement dans des circonstances exceptionnelles" après le mot "devraient".

Protection des droits des parties visées

35. Une autre question soulevée était de faire en sorte que les informations qui étaient confidentielles ne soient pas communiquées lorsque cela nuirait aux droits de certaines parties. On a signalé que cette question pourrait être distinguée de celle de la confidentialité des communications mentionnée à l'alinéa e), qui ne traitait pas du contenu des informations communiquées. Pour protéger les informations confidentielles, on a proposé d'inclure un nouvel alinéa f), qui pourrait être rédigé comme suit:

"Les communications devraient respecter les règles impératives des pays entre lesquels elles sont échangées et les droits fondamentaux des parties visées, en particulier la confidentialité des informations, conformément au droit applicable."

36. Il a été répondu à cette proposition que la protection des droits fondamentaux n'était pas du domaine du droit de l'insolvabilité, mais relevait d'autres types de droits, comme le droit des contrats ou le droit constitutionnel. Il a en outre été répondu que l'inclusion d'un nouvel alinéa sur la protection des droits des parties visées était nécessaire, car l'autorisation des communications directes dans un contexte international était une nouveauté pour de nombreux systèmes juridiques. On a dit craindre que le mot "fondamentaux" ne suffise pas, dans la mesure où les droits des parties pouvaient être de nature procédurale. Après un débat, le Groupe de travail est convenu d'ajouter au projet de recommandation 8 un nouvel alinéa f) inspiré du texte proposé, en incluant une référence aux droits procéduraux.

37. Il a été noté que la recommandation 111 du Guide législatif portait sur la confidentialité des informations et qu'une référence à cette recommandation pourrait être insérée dans tout commentaire accompagnant les projets de recommandations. Il a été rappelé que le Guide pour l'incorporation de la Loi type expliquait, au paragraphe 182, que les activités de coopération étaient soumises à toutes règles impératives applicables dans l'État adoptant et qu'une référence à ce paragraphe pourrait également être insérée dans un commentaire éventuel.

Projet de recommandation 9

38. Le principe énoncé dans le projet de recommandation 9 a été généralement appuyé. Plusieurs suggestions ont été faites pour améliorer le libellé de manière à en exprimer plus clairement l'intention. L'une d'entre elles consistait à réviser le chapeau comme suit "la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, pour plus de sécurité juridique, la communication conformément aux présentes recommandations devrait être interprétée comme constituant" ou, autre variante, "comme reflétant", puis à modifier en conséquence le début de chaque alinéa. Une autre proposition était de réviser le projet de recommandation 9 comme suit:

“La loi sur l’insolvabilité devrait spécifier que le fait de communiquer conformément aux présentes recommandations n’implique:

- a) Aucune limitation ou renonciation de la part du tribunal à quelque pouvoir, attribution ou autorité que ce soit;
- b) Aucune décision sur le fond d’une question portée devant le tribunal ou devant le tribunal étranger;
- c) Aucune renonciation par les parties à quelque réclamation ou droit substantiel que ce soit; et
- d) Aucune diminution de l’effet d’une ordonnance émise par le tribunal ou par le tribunal étranger.”

39. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition quant au fond, sous réserve des modifications nécessaires pour l’aligner sur les autres projets de recommandations.

Projet de recommandation 10

40. Le Groupe de travail a appuyé l’idée qu’il était souhaitable d’inclure une recommandation allant dans le sens du projet de recommandation 10. On s’est toutefois demandé si le mot “conjointes” convenait pour décrire le type d’audiences envisagé. On a estimé qu’il devait ressortir clairement des termes utilisés qu’il n’y avait pas “fusion” des audiences et que chaque tribunal tiendrait sa propre audience conformément aux dispositions de la loi applicable, mais que les tribunaux pourraient délibérer conjointement ou collaborer entre eux. Il a été proposé que le projet de recommandation prévoie que le tribunal était autorisé à mener une audience en coordination avec un tribunal étranger. Cette proposition a été largement appuyée.

41. Il a également été proposé, par souci de clarté, que la teneur de la note de bas de page soit intégrée au texte du projet de recommandation, sous réserve des modifications de forme nécessaires. Cette proposition a aussi été largement appuyée.

42. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 10 quant au fond, avec les modifications proposées.

Projet de recommandation 11

43. S’agissant du projet de recommandation 11, il a été proposé que certains détails, notamment la deuxième phrase de l’alinéa a) et les exemples de l’alinéa e), soient intégrés dans un commentaire accompagnant les recommandations, de manière à ne pas donner l’impression que les exemples cités étaient exhaustifs. Cette proposition a été largement appuyée.

44. En ce qui concerne la rédaction même, il a été noté que les premiers mots de l’alinéa c) n’étaient pas nécessaires car ils figuraient déjà dans le chapeau.

45. Il a été souligné que l’article 26 de la Loi type prévoyait que la coopération entre les représentants de l’insolvabilité soit soumise au contrôle du tribunal. On s’est demandé si cette approche devait être suivie dans le projet de recommandation 11, ou si le contrôle du tribunal était uniquement requis pour les questions de fond, comme celles énumérées à l’alinéa e). Il a été répondu que,

l'exigence d'un contrôle du tribunal à l'article 26 étant explicitement limitée aux questions visées à l'article premier de la Loi type, il n'était pas nécessaire de suivre cette approche dans le projet de recommandation 11 et d'exiger le contrôle comme condition préalable à la coopération. De plus, il a été souligné que les mots "dans la mesure permise par la loi" suffiraient à prendre en compte toute règle locale exigeant un contrôle du tribunal. Selon l'avis qui a prévalu, la limite prévue par le droit interne était suffisante et un contrôle accru du tribunal n'était pas requis. Il a été proposé qu'un commentaire accompagnant les projets de recommandations examine la signification de la référence à la loi applicable et les différentes approches adoptées par les lois sur l'insolvabilité.

46. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 11 quant au fond, avec les modifications mentionnées ci-dessus.

Projet de recommandation 12

47. Il a été proposé de développer le projet de recommandation 12 en y apportant davantage de précisions, par exemple en mentionnant le lieu de l'accord et les moyens de communication, notamment des moyens modernes tels que la visioconférence. Il a été répondu que, dans sa rédaction actuelle, la première phrase était suffisante pour énoncer le principe général et que la deuxième phrase devait être supprimée. Cette suppression a été appuyée d'une manière générale. Il a été suggéré également de faire figurer le projet de recommandation 12 avant le projet de recommandation 11. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 12, sous réserve de supprimer la deuxième phrase, et est convenu de placer celui-ci avant le projet de recommandation 11.

3. Utilisation d'accords internationaux

Projet de recommandation 13

48. En ce qui concerne le passage faisant référence à l'approbation des tribunaux, on a estimé qu'un libellé plus général serait peut-être nécessaire de sorte à inclure également les autorités non judiciaires ou les autorités n'exerçant pas une fonction de surveillance, telles qu'un ministère, car il était possible que celles-ci soient amenées à approuver certains aspects d'un accord international, tels qu'une répartition ayant des incidences en matière de change. Afin de tenir compte de cette possibilité, il a été proposé que le projet de recommandation parle de l'approbation des tribunaux "ou de toute autre autorité compétente". Selon un point de vue différent, la référence aux tribunaux était suffisamment générale et il ne fallait pas mentionner l'approbation de ces autres autorités. Afin de remédier au problème, il a été proposé de disposer dans le projet de recommandation, que les représentants de l'insolvabilité et les autres parties intéressées devraient être autorisés à conclure ce type d'accord "dans la mesure permise ou de la manière exigée par la loi", sans faire expressément référence à l'approbation des tribunaux.

49. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation ainsi révisé.

Projet de recommandation 14

50. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation sous réserve de supprimer le verbe “autoriser” pour le remplacer par une formule telle que “donner pouvoir”.

4. Faciliter la coordination – le représentant de l’insolvabilité*Projet de recommandation 15*

51. Le Groupe de travail s’est généralement dit favorable à l’idée que le même représentant de l’insolvabilité puisse être désigné dans différentes procédures d’insolvabilité car la coordination desdites procédures s’en trouverait ainsi facilitée. Des craintes ont cependant été exprimées en ce qui concerne le risque de conflits d’intérêts, qui avait été précédemment évoqué dans le contexte des questions internes (ancien projet de recommandation 27 tel qu’examiné dans le document A/CN.9/666, par. 102, numéroté à présent projet de recommandation 231), et la nécessité de prévoir une disposition appropriée pour parer à ce risque. Il a été proposé que le projet de recommandation 15 soit aligné sur le projet de recommandation 231. Cette proposition a été appuyée.

52. Il a été noté que le projet de recommandation 230 (A/CN.9/WG.V/WP.85), qui traitait de la désignation d’un représentant de l’insolvabilité unique ou du même représentant de l’insolvabilité dans le contexte interne, comportait un tempérament en disposant que cette nomination intervenait “lorsque le tribunal décide qu’une telle mesure sert au mieux les intérêts de l’administration des procédures d’insolvabilité”. Il a été proposé de reprendre ces termes ou d’insérer une expression telle que “dans les cas appropriés” dans le projet de recommandation 15. L’adoption d’une formule de ce type a été appuyée d’une manière générale.

53. Une autre préoccupation exprimée concernait la deuxième phrase du projet de recommandation et la nécessité de bien préciser que le représentant de l’insolvabilité serait supervisé par le tribunal de chaque État où il était nommé. À cette fin, il a été proposé de modifier la fin de la deuxième phrase pour y indiquer que le représentant de l’insolvabilité “serait soumis à la surveillance de chaque tribunal qui le nomme”. Cette proposition a été largement appuyée.

54. Il a par ailleurs été proposé de remplacer le verbe “autoriser” par une expression telle que “donner pouvoir” ou “permettre” afin d’aligner le projet de recommandation sur le projet de recommandation 14. Cette proposition a été largement appuyée.

5. Forme des travaux sur les groupes d’entreprises en cas d’insolvabilité dans le contexte international

55. Le Groupe de travail a noté que les projets de recommandations, bien qu’étant consacrés au traitement international des groupes d’entreprises, portaient sur le contenu de la législation interne et que, de ce fait, ils pourraient être insérés dans le Guide législatif en tant que troisième partie, avec les projets de recommandations sur les questions internes. Il a été reconnu que, si une présentation sous forme de loi type était souhaitable, il ne serait peut-être pas réaliste d’élaborer ce type de texte à ce stade, compte tenu du temps que pourrait exiger sa négociation, de la nécessité actuelle de dispositions sur les groupes d’entreprises dans le contexte de la crise

financière mondiale et de la question de savoir si la négociation bénéficiait de l'appui nécessaire. Le Groupe de travail est convenu que les projets de recommandations sur le traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité devraient être inclus en tant que troisième partie du Guide législatif et se présenter sous la même forme que les parties précédentes du Guide.

B. Questions internes

56. Le Groupe de travail a poursuivi son examen du traitement interne des groupes d'entreprises en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.85.

Glossaire

a) Groupe d'entreprises

57. La proposition de suppression des mots "participation importante" a bénéficié d'un certain soutien, étant donné qu'il serait difficile de définir une telle participation et que le concept de "contrôle" était suffisant. Après discussion, selon l'avis qui l'a emporté, la notion de participation devait être conservée.

b) Entreprise

58. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait été dit précédemment que les institutions financières et les autres institutions spécialisées devaient être exclues du terme "entreprise", de même qu'elles étaient exclues à l'article 1-2 de la Loi type et dans la deuxième partie, chapitre premier, paragraphe 11, du Guide législatif. Il a été convenu que la note de bas de page 1 devait être modifiée pour mentionner clairement cette exclusion.

c) Contrôle

59. Il a été proposé de remplacer la conjonction "et" par "ou" pour avoir une plus grande souplesse, car le libellé actuel était inutilement restrictif. En réponse, il a été noté que la question avait déjà été longuement débattue et que les deux concepts étaient considérés comme nécessaires. À l'issue de la discussion, l'avis qui l'a emporté était qu'il fallait conserver la conjonction "et".

d) Coordination procédurale

60. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond l'explication proposée pour la "coordination procédurale" à l'alinéa d).

e) Regroupement des patrimoines

61. Une préférence a été exprimée pour la formulation entre crochets, car les mots "mise en commun" décrivaient mieux ce qu'il advenait en cas de regroupement des patrimoines. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, les mots "comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique" étaient préférables aux mots "pour créer une masse de l'insolvabilité unique".

1. Demande conjointe

Clause relative à l'objet

Chapeau – “deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises”

62. Il a été demandé si les mots “deux membres ou plus”, employés pour parler des membres d'un groupe d'entreprises, étaient redondants et pouvaient être supprimés, car la définition du terme “groupe d'entreprises” contenait déjà la notion de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Cette proposition n'a pas été appuyée.

Alinéa d)

63. On a craint que le libellé actuel de l'alinéa d) de la clause relative à l'objet ne laisse entendre qu'une demande conjointe était le seul mécanisme permettant au tribunal d'évaluer si les procédures se prêtaient à une coordination procédurale. Pour répondre à cette crainte, il a été proposé de supprimer l'alinéa d), d'ajouter le mot “supplémentaire” après le mot “mécanisme” ou d'ajouter une note de bas de page pour préciser qu'une demande conjointe n'était pas une condition préalable à la coordination procédurale, mais facilitait uniquement l'évaluation du tribunal. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet, avec l'insertion d'une note de bas de page telle qu'elle était proposée.

Projet de recommandation 199

64. On a craint que les derniers mots du projet de recommandation 199 “qui satisfont au critère d'ouverture applicable” ne puissent être interprétés, à tort, comme signifiant que les membres du groupe d'entreprises devaient collectivement satisfaire au critère d'ouverture. Pour répondre à cette crainte, le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 199 quant au fond, en ajoutant les mots “dont chacun satisfait au critère d'ouverture applicable”.

Projet de recommandation 200

65. Il a été convenu d'ajouter les mots “la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que” dans le chapeau.

Alinéa a)

66. Le Groupe de travail est convenu que les mots qu'il était proposé d'ajouter au projet de recommandation 199 devaient également être ajoutés dans l'alinéa a) du projet de recommandation 200 par souci de cohérence.

Alinéa b)

67. On a fait remarquer qu'il pourrait, dans certaines situations, être souhaitable qu'un créancier, qui n'était pas nécessairement créancier de chaque membre visé par une demande conjointe, se joigne aux autres créanciers pour présenter une telle demande. Il a été proposé d'ajouter les mots “ou des créanciers, sous réserve que parmi les créanciers présentant la demande figurent des créanciers de” pour tenir compte de cette éventualité. Cette proposition n'a reçu qu'un soutien limité. Selon l'avis qui a prévalu, les personnes autorisées à présenter une demande conjointe

devaient être créancières de chaque membre visé par la demande, car l'adoption d'une règle différente risquait d'aller à l'encontre des dispositions relatives à l'ouverture de nombreuses lois nationales et d'ouvrir la voie aux abus.

68. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 200, sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus concernant le chapeau et l'alinéa a).

Projet de recommandation 201

69. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 201.

2. Coordination procédurale

Clause relative à l'objet

70. Une proposition visant à étendre la portée de l'alinéa b) aux notions d'équité et d'efficacité administrative n'a pas été soutenue. Le Groupe de travail a adopté quant au fond la clause relative à l'objet.

Projet de recommandation 202

71. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 202.

Projet de recommandation 203

72. Il a été demandé si la référence faite au tribunal dans le projet de recommandation 203 devrait également inclure le pluriel ("le tribunal et les tribunaux") pour bien montrer que plusieurs tribunaux pourraient être concernés. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur les projets de recommandations 201 et 207, qui mentionnaient dans les notes 6 et 8 la question du tribunal compétent. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 203 et est convenu de tenir compte dans le commentaire de la discussion sur les tribunaux.

Projet de recommandation 204

73. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "conformément à la loi sur l'insolvabilité".

74. On a proposé d'ajouter la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité à la liste des exemples du projet de recommandation 204 au motif qu'il s'agissait de l'un des moyens les plus efficaces de faciliter la coordination procédurale. Différents avis ont été exprimés en réponse. Selon l'un d'eux, la liste n'avait qu'une valeur indicative, elle n'avait pas à couvrir tous les exemples possibles et la question de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité était déjà traitée dans la clause relative à l'objet figurant dans la section F. Selon d'autres, il fallait catégoriser les exemples par référence aux tribunaux et au représentant de l'insolvabilité, et supprimer le dernier, qui faisait déjà l'objet du projet de recommandation 234 ou insérer l'ensemble des exemples dans le commentaire. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de laisser les exemples dans le projet de recommandation et de faire référence à la nomination

d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité.

Projet de recommandation 205

75. On a dit que, puisque les mots "ou à tout moment ultérieur" étaient trop vagues et pourraient conduire à des abus, il était préférable d'indiquer un délai spécifique durant lequel une demande de coordination procédurale pourrait être présentée. Il a été répondu que la formulation actuelle exprimait le mieux la souplesse qui était nécessaire. Afin de répondre aux craintes exprimées, plusieurs propositions ont été faites, comme celles d'insérer les mots "pour autant que cela soit possible" ou "lorsque la loi applicable l'autorise" après "ou à tout moment ultérieur"; de remplacer les mots "ou à tout moment par la suite" par une formulation du type "ou à condition que l'état de la procédure le permette"; ou d'inclure une deuxième phrase précisant "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le délai de présentation d'une demande de coordination procédurale". On a également proposé d'adopter une note inspirée de la note du projet de recommandation 220. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 205 avec l'ajout d'une note comme cela a été proposé.

Projet de recommandation 206

76. Il a été proposé que le tribunal puisse prendre l'initiative d'engager la coordination procédurale. Le Groupe de travail a rappelé que cette question avait été examinée à sa session précédente (A/CN.9/666, par. 55) et qu'il avait été décidé que le Guide ne prévoyant généralement pas que les tribunaux puissent prendre de décision d'office sur les questions d'insolvabilité, cette approche devait être conservée. Il a été noté que cette question était abordée dans le commentaire qui figurait aux paragraphes 23 et 24 du document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3.

77. À l'appui de la proposition visant à permettre au tribunal d'agir de sa propre initiative dans le projet de recommandation 206, il a été noté qu'il pourrait exister des situations dans lesquelles la coordination procédurale pourrait convenir mais qu'aucune demande n'était présentée par les parties citées dans le projet de recommandation. Il a également été suggéré que, sauf à être expressément prévu dans ces recommandations en ce qui concerne la procédure d'insolvabilité, cela pourrait ne pas être possible en droit procédural général. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu d'inclure une telle disposition dont le libellé pourrait s'inspirer du texte suivant: "La loi sur l'insolvabilité peut autoriser le tribunal à ordonner de son propre chef la coordination procédurale".

Projet de recommandation 207

78. En ce qui concerne le libellé même, il a été suggéré d'aligner le projet de recommandation 207 sur le projet de recommandation 203 et de supprimer les mots "ou les tribunaux" pour ne parler que du "tribunal" au singulier. Afin de rendre l'idée de coordination avec d'autres tribunaux, il a été proposé d'ajouter dans la première phrase, après "coordonner", une formule du type "avec tout autre tribunal compétent". Cette proposition a été largement appuyée.

79. S'agissant de la deuxième phrase, il a été suggéré de la modifier comme suit afin de bien montrer que la liste y figurant ne se voulait pas exhaustive: "Ces mesures pourraient comprendre, par exemple, des procédures coordonnées, des audiences conjointes, ainsi que le partage et la communication d'informations". Rappelant qu'il était convenu de ne pas employer le terme "audiences conjointes" dans le cadre du traitement des questions internationales, le Groupe de travail a noté que ces audiences ne posaient pas les mêmes problèmes dans le contexte interne et pourraient par conséquent être mentionnées. Le projet de recommandation 207 a été approuvé quant au fond avec les modifications proposées.

Projet de recommandation 208

80. Le Groupe de travail a approuvé la proposition de conserver la deuxième phrase sans les crochets. Il a été suggéré de remplacer les mots "modify" (modification) et "terminate" (mainlevée) par "vary" (modifier) et "vacate" (annuler). La proposition n'a pas été appuyée car les mots figurant dans le projet de recommandation correspondaient à la terminologie employée dans la Loi type et dans le Guide législatif.

Projets de recommandations 209 et 210

81. Il a été noté que le projet de recommandation 209 devrait être accompagné de la même note de bas de page que le projet de recommandation 201. Sous réserve de cet ajout, le Groupe de travail a adopté quant au fond les projets de recommandations 209 et 210.

3. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

Clause relative à l'objet

82. Une proposition tendant à limiter la portée de l'alinéa d) aux membres du groupe concernés par le financement postérieur à l'ouverture de la procédure en ajoutant le mot "concernés" après les mots "tous les membres d'un groupe" a été largement appuyée.

83. Le Groupe de travail a examiné un certain nombre de propositions énoncées aux paragraphes 8 à 16 du document A/CN.9/WG.V/WP.85 en ce qui concerne les projets de recommandations sur le financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

Projet de recommandation 211

84. Il a été largement admis que le projet de recommandation 211 devait énoncer le principe général relatif à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe d'entreprises et faire référence à l'octroi d'une sûreté réelle et d'une sûreté personnelle ou de toute autre garantie, et que les conditions liées à l'octroi d'un tel financement devaient être énoncées dans une recommandation distincte.

85. À cette fin, il a été estimé que les alinéas a) à c) du projet de recommandation 211 pourraient être suffisants si on les adoptait en supprimant les mots qui suivent la première virgule à l'alinéa c). Selon une deuxième proposition, le projet d'alinéa a) pourrait être suffisant, car il était assez large pour inclure les

projets d'alinéas b) et c) quant au fond. En réponse, il a été fait remarquer que les alinéas b) et c) ne se recoupaient pas nécessairement avec l'alinéa a) et qu'ils donnaient davantage de précisions sur les modalités possibles d'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

86. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a retenu la première proposition tendant à conserver les alinéas a) à c) du projet de recommandation 211, en supprimant la partie de texte comme cela avait été proposé.

87. En ce qui concerne la rédaction même, il a été noté qu'il faudrait harmoniser l'intitulé correspondant au projet de recommandation 211 avec le champ d'application de la recommandation afin qu'il ressorte clairement que la partie qui octroie le financement et la partie qui le reçoit sont toutes deux soumises à la procédure d'insolvabilité.

88. En ce qui concerne les conditions à appliquer à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, le Groupe de travail a fondé sa discussion sur les projets de recommandation 211 qui figurent aux paragraphes 10 et 15 du document A/CN.9/WG.V/WP.85. Diverses propositions ont été faites quant à la façon dont ces conditions devraient être formulées.

89. Il a été largement convenu qu'il faudrait contraindre le représentant de l'insolvabilité de déterminer les nécessités mentionnées à l'alinéa a) de la version du projet de recommandation 211 qui figure au paragraphe 15, ainsi que le préjudice mentionné à l'alinéa c) de cette même version. On s'est inquiété de la responsabilité qui pourrait échoir à un représentant de l'insolvabilité tenu de procéder à cette détermination. En réponse, il a été dit que cette dernière était en fait une question de répartition des risques à effectuer au cas par cas et non une question à traiter dans le projet de recommandation. Il a également été rappelé que ce libellé était utilisé dans la recommandation 63.

90. Il a aussi été largement convenu qu'il faudrait que le tribunal et les créanciers jouent, dans l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, un rôle qui devrait être précisé dans l'alternative énoncée aux alinéas b) et c) de la version du projet de recommandation 211 qui figure au paragraphe 15. Il a été noté que le rôle joué par les tribunaux et par les créanciers en vertu des lois relatives à l'insolvabilité variait largement et qu'il faudrait, en conséquence, que le projet de recommandation adopte une démarche souple, permettant aux États qui accordaient un rôle prépondérant aux tribunaux d'intervenir pour l'approbation d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, et à ceux qui se fondaient sur le consentement des créanciers d'adopter cette approche. Il a été noté que dans sa rédaction actuelle, l'alinéa c) ne précisait pas la partie qui devait déterminer les nécessités ou le préjudice, mais pouvait inclure le tribunal. En réponse à une suggestion selon laquelle les mots "y consentent" en ce qui concerne les créanciers pourraient être trop restrictifs et selon laquelle il serait préférable d'utiliser "ne s'y opposent pas", le Groupe de travail a rappelé que les mots "y consentent" étaient utilisés dans la recommandation 63. Il a été suggéré d'examiner le mécanisme d'obtention du consentement dans le commentaire.

91. Après un débat, il a été proposé d'envisager comme option, pour lever certaines des inquiétudes exprimées, le libellé de la dernière phrase de la recommandation 63. L'avis qui a prévalu était qu'il fallait appuyer cette proposition.

92. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait préciser, dans une recommandation, que les garanties énoncées dans les recommandations 65 à 67 s'appliquaient aux financements postérieurs à l'ouverture de la procédure dans le contexte de groupes d'entreprises. Il a également été convenu qu'il faudrait clairement préciser dans une recommandation les modalités d'application de la recommandation 63 à un membre d'un groupe d'entreprises recevant un financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

Projet de recommandation 212

93. Une proposition visant à exiger le consentement du créancier ou l'approbation du tribunal en matière de priorité dans le projet de recommandation n'a pas été amplement soutenue au motif que la recommandation 64, sur laquelle le présent projet de recommandation était fondé, exigeait que la priorité soit spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité sans prévoir ces éléments supplémentaires. En réponse à une demande concernant la portée des mots "le rang de priorité", il a été suggéré de les interpréter de manière large comme désignant le niveau de priorité éventuel qui pourrait s'appliquer et d'inclure la discussion sur ce point dans le commentaire. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 212.

Projets de recommandations 213 et 214

94. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les projets de recommandations 213 et 214.

95. La modification suivante a été proposée pour les projets de recommandations concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure et le Groupe de travail est convenu de poursuivre la discussion à une session ultérieure en se fondant sur ce texte.

1. Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte des groupes d'entreprises est:

- a) De faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité ou pour préserver ou augmenter la valeur des actifs de ces membres;
- b) De faciliter l'octroi d'un financement par des membres d'un groupe, y compris ceux soumis à une procédure d'insolvabilité;
- c) D'assurer une protection appropriée à ceux qui octroient un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure et aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence; et
- d) De promouvoir l'objectif d'une répartition équitable, entre tous les membres concernés, du bénéfice et du préjudice associés à l'octroi d'un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure.

2. Contenu des dispositions législatives

Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité

211A. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité:

a) D'avancer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à d'autres membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité;

b) De constituer une sûreté réelle sur ses actifs en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité; et

c) D'offrir une sûreté personnelle ou toute autre garantie de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité.

211B. Un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être [octroyé] [avancé ou facilité] conformément à la recommandation 211A, lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui avance le financement, constitue une sûreté réelle ou offre une sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement:

a) Le juge nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre;

b) Le juge nécessaire à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse de ce membre; et

c) Constate [conformément à la loi sur l'insolvabilité] que tout préjudice causé aux créanciers est compensé par le bénéfice à retirer de l'avance de ce financement, de la constitution de cette sûreté réelle ou de l'octroi de cette sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement.

211C. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'octroi de ce financement conformément aux recommandations 211A et 211B.

Obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité auprès d'un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité

211D. Conformément à la recommandation 63, un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être obtenu par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité lorsque le représentant de l'insolvabilité de ce membre le juge nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'obtention de ce financement.

Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

212. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le rang de priorité qui s'applique au financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité.

Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

213. Les recommandations 65, 66 et 67 s'appliquent à la constitution d'une sûreté réelle conformément à la recommandation 211A b).

Financement postérieur à la demande d'ouverture

96. Le Groupe de travail a examiné cette question en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.88. Il a été noté que le financement postérieur à la demande d'ouverture était une forme nécessaire de mesure provisoire qui permettait d'aider le membre d'un groupe d'entreprises confronté à des difficultés financières, car il lui serait difficile d'obtenir le financement nécessaire à sa survie dans la période qui séparerait la présentation de la demande de l'ouverture de la procédure. Le Groupe de travail est convenu d'inclure cette proposition dans le commentaire avec les modifications rédactionnelles requises en demandant au Secrétariat d'en déterminer l'emplacement approprié. Il est convenu, en outre, d'explicitier dans le commentaire la distinction faite entre financement postérieur à la demande d'ouverture et financement postérieur à l'ouverture de la procédure, en particulier pour ce qui est des mesures de protection, et d'examiner à l'avenir la possibilité de formuler un projet de recommandation sur le financement postérieur à la demande.

4. Dispositions d'annulation*Clause relative à l'objet*

97. Des préoccupations ont été exprimées concernant la clause relative à l'objet et la nécessité d'indiquer clairement le contexte des groupes d'entreprises. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'examiner s'il convenait de proposer un nouveau texte pour un examen ultérieur.

Projet de recommandation 215

98. Il a été proposé de supprimer la deuxième phrase du projet de recommandation 215 mais cette proposition n'a pas été appuyée. Il a également été suggéré d'adopter un critère précis pour l'annulation d'opérations dans le contexte des groupes d'entreprises, à savoir soit un critère plus souple que celui appliqué actuellement aux opérations concernant un débiteur unique, soit un critère plus strict. On a proposé à cet égard que le projet de recommandation indique si l'annulation d'opérations devait se fonder sur le critère de préjudice causé à l'ensemble du groupe d'entreprises ou sur celui de préjudice causé au membre considéré. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de ne mentionner aucun critère dans le projet de recommandation 215, mais de conserver telle quelle la liste des exemples de facteurs dont pourrait tenir compte le tribunal. Il est convenu de supprimer les deux séries de crochets et de conserver le texte, à l'exception des mots "sans porter

préjudice aux créanciers du membre ou des membres concernés”. Le projet de recommandation 215 ainsi modifié a été approuvé quant au fond.

Projet de recommandation 216

99. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 216 en remplaçant le verbe “peut” par “devrait”, pour offrir plus de prévisibilité aux créanciers.

5. Regroupement des patrimoines

Clause relative à l’objet

100. Il a été rappelé au Groupe de travail que l’alinéa c) avait été ajouté dans la clause relative à l’objet afin de clarifier l’effet d’une ordonnance de regroupement des patrimoines. Cet ajout a été appuyé.

Projet de recommandation 217

101. Le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 217 quant au fond.

Projet de recommandation 218

102. La proposition d’ajouter les mots “soumis à une procédure d’insolvabilité” dans le chapeau n’a pas été appuyée au motif que l’insolvabilité ne devrait pas être une condition préalable au regroupement des patrimoines, car les situations exposées aux alinéas a) et b) pourraient aboutir à l’inclusion d’une entité apparemment solvable dans l’ordonnance de regroupement des patrimoines. On a fait remarquer par exemple qu’étant donné qu’il n’était pas inhabituel, dans le contexte de pratiques frauduleuses, de créer une entité dépourvue de créanciers pour détenir les actifs et qu’il serait difficile, en vertu des critères d’ouverture habituels, de demander l’ouverture d’une procédure concernant cette entité, il était important de pouvoir inclure cette dernière dans l’ordonnance de regroupement des patrimoines.

103. La proposition d’ajouter au chapeau des mots tels que, par exemple, “dans des circonstances très limitées” a été appuyée.

104. On a estimé que les mots “excessivement long ou coûteux” étaient trop vagues et il a été proposé d’ajouter à l’alinéa a) des mots tels que “produira de meilleurs résultats pour tous les intéressés”. Cette proposition n’a pas été appuyée au motif qu’elle impliquerait d’évaluer la position avant le regroupement et les résultats possibles après regroupement, ce qui serait très difficile à réaliser dans la situation exposée à l’alinéa a).

105. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation, avec l’ajout susmentionné au chapeau.

Projet de recommandation 219

106. Il a été largement convenu que les mots entre crochets devraient être supprimés et le projet de recommandation a été adopté quant au fond avec cette suppression. Il a en outre été convenu que les exemples de situations dans lesquelles

le projet de recommandation 219 pourrait être utile devraient être examinés dans le commentaire.

Projet de recommandation 220

107. Le projet de recommandation 220 a été adopté quant au fond, note étant prise de la nécessité de l'aligner sur le projet de recommandation 205 pour le sens des mots "à tout moment ultérieur".

Projet de recommandation 221

108. Une proposition tendant à inclure les actionnaires parmi les parties autorisées à demander le regroupement des patrimoines n'a pas été suffisamment appuyée. Le projet de recommandation a été adopté quant au fond.

Projet de recommandation 222

109. On a appuyé l'idée de maintenir le terme "regroupée", en incluant peut-être une partie du texte de la définition du regroupement des patrimoines. Le projet de recommandation ainsi révisé a été adopté quant au fond. Il a été convenu que l'effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines devrait être examiné en détail dans le commentaire pour faciliter la compréhension de cette voie de droit.

110. Une proposition tendant à envisager l'ajout d'un alinéa supplémentaire au projet de recommandation pour que les créanciers ne puissent pas améliorer leur position à la suite d'une ordonnance de regroupement des patrimoines n'a pas été appuyée. Il a toutefois été reconnu qu'il s'agissait là d'une question très importante, mais que toute recommandation devrait être rédigée avec le plus grand soin car certains créanciers pourraient effectivement voir leur situation s'améliorer et d'autres la leur se détériorer. Il a été suggéré de limiter une telle recommandation à la main-d'oeuvre et aux créanciers garantis. Le Groupe de travail a décidé d'examiner cette possibilité à une session future.

Projet de recommandation 223

111. Il a été convenu d'ajouter les mots "dans la mesure du possible" dans le chapeau comme proposé au paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.V/WP.85. Il a en outre été convenu de remplacer la référence au tribunal dans l'alinéa b) par les mots "S'il est déterminé que". Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 223 avec ces modifications.

Projet de recommandation 224

112. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation, notant que les mots à ajouter au chapeau du projet de recommandation 223 devraient également être ajoutés au projet de recommandation 224.

Projets de recommandations 225 et 226

113. Les projets de recommandations ont été adoptés quant au fond.

Projet de recommandation 227

114. La proposition d'ajouter le mot "déjà" avant le mot "prises" a été acceptée et la proposition tendant à procéder au même ajout dans le projet de recommandation 228 a été approuvée. Le projet de recommandation a été adopté quant au fond avec cet ajout.

Projets de recommandations 228 et 229

115. Les projets de recommandations ont été adoptés quant au fond.

6. Représentant de l'insolvabilité

Clause relative à l'objet

116. Le Groupe de travail est convenu que les termes figurant entre crochets à l'alinéa a) devraient être conservés.

Projets de recommandations 230 et 231

117. Les projets de recommandations ont été adoptés quant au fond.

Projet de recommandation 232

118. Le Groupe de travail est convenu que les termes figurant entre crochets devraient être conservés et que certaines modifications pourraient être nécessaires afin d'indiquer plus clairement l'intention du projet de recommandation. Le Secrétariat a été prié de tenir compte de ces suggestions lors de la modification du texte. Le projet de recommandation a été approuvé quant au fond sur cette base.

Projet de recommandation 233

119. Il a été convenu que les modifications convenues concernant le projet de recommandation 232 devraient figurer aussi dans le projet de recommandation 233. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation avec ces modifications.

Projet de recommandation 234

120. Il a été convenu d'aligner, d'une manière générale, le projet de recommandation sur le projet de recommandation 11 qui traite des questions internationales et de conserver le texte entre crochets. Le projet de recommandation a été approuvé quant au fond sur cette base.

7. Plan de redressement

Clause relative à l'objet

121. Un certain nombre de propositions ont été faites concernant les mots "et ainsi de préserver les emplois et, dans les cas appropriés, de protéger les investissements", y compris supprimer ce membre de phrase et modifier l'ordre des divers éléments. Il a été rappelé que ce libellé avait été utilisé dans la clause relative à l'objet des recommandations du chapitre IV de la deuxième partie du Guide législatif. À l'issue du débat, il a été convenu de conserver le texte en l'état.

Projet de recommandation 235

122. Le projet de recommandation a été adopté quant au fond.

Projet de recommandation 236

123. Le projet de recommandation a été adopté quant au fond, le mot “volontairement” étant conservé et le mot “peut” à la première ligne remplacé par le mot “devrait”.

8. Emplacement des sections sur le représentant de l’insolvabilité et les plans de redressement

124. En réponse à la proposition d’examiner l’ordre dans lequel étaient présentées les sections F et G, il a été noté que cet ordre était celui du Guide législatif. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d’examiner la question plus avant, ayant à l’esprit l’emplacement dans le Guide législatif.

VI. Incidence de l’insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

125. Le Groupe de travail a commencé son examen des questions relatives à l’incidence de l’insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle qui lui avaient été soumises par le Groupe de travail VI (Sûretés) en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.87 et A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 et un extrait du Groupe de travail VI sur les travaux de sa quinzième session (A/CN.9/WG.VI/XV/CRP.1/Add.5).

126. Le Groupe de travail a noté que le texte présenté dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 était destiné à figurer dans le commentaire du projet d’annexe consacré aux sûretés sur la propriété intellectuelle venant compléter le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Il s’est félicité de la coordination entre les deux Groupes de travail, cette coordination étant selon lui particulièrement importante pour assurer la cohérence entre les deux Guides législatifs de la CNUDCI.

127. Le Groupe de travail a approuvé le contenu des parties du commentaire présentées aux paragraphes 22 à 40 du document A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, qui concernaient l’incidence de l’insolvabilité d’un donneur ou d’un preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté grevant ses droits découlant d’un accord de licence. Il a également approuvé les conclusions et modifications dont le Groupe de travail VI était convenu à sa quinzième session et qui étaient consignées dans l’extrait de son rapport sur cette session (A/CN.9/WG.VI/XV/CRP.1/Add.5). Il est convenu en particulier que les crochets entourant le paragraphe 36 devraient être supprimés. Il a été noté que, afin de suivre la terminologie du Guide législatif sur le droit de l’insolvabilité, les mots “insolvency administrator” (administrateur de l’insolvabilité) employés dans la version anglaise de l’appendice du document A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 devraient être remplacés par “insolvency representative” (représentant de l’insolvabilité).