



**Commission des Nations Unies pour
le droit commercial international**

Quarante-cinquième session

18 juin-6 juillet 2012, New York [ou 9-27 juillet 2012, Vienne]

**Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
sur les travaux de sa quarantième session**

(Vienne, 31 octobre-4 novembre 2011)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-3	2
II. Organisation de la session	4-10	2
III. Délibérations et décisions	11	4
IV. Interprétation et application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux . . .	12-37	4
A. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2	14-19	4
B. Reconnaissance	20-35	6
C. Groupes d'entreprises	36-37	10
V. Obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité	38-52	11
A. Forme que pourraient prendre les principes ou lignes directrices	38	11
B. Définition des personnes auxquelles incombent les obligations	39-41	11
C. Détermination du moment où les obligations prennent naissance	42-46	12
D. Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte	47-48	13
E. Détermination de la nature des obligations ou des types d'irrégularités devant être sanctionnées	49-50	13
F. Détermination des voies de recours disponibles	51	14
G. Questions internationales	52	14



I. Introduction

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

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

3. À sa trente-neuvième session, en 2010, le Groupe de travail V a commencé à examiner ces trois thèmes en se fondant sur des notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1 et A/CN.9/WG.V/WP.96). Ses décisions et conclusions sont présentées dans le document A/CN.9/715. Il a achevé ses travaux sur le thème c) à sa trente-neuvième session et, à sa quarante-quatrième session, en 2011, la Commission a finalisé et adopté le texte intitulé "La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge".

II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail V, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarantième session à Vienne du 31 octobre au 4 novembre 2011. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Malaisie, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, Paraguay, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

5. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Belgique, Croatie, Danemark, Équateur, Guatemala, Indonésie, Iraq, Liban, Panama, Pérou, République arabe syrienne, République dominicaine, Slovaquie, Slovénie, Soudan et Suisse.

6. Ont également assisté à la session des observateurs de la Palestine et de l'Union européenne.

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

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

b) *Organisations intergouvernementales invitées*: Communauté des Caraïbes (CARICOM);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), Association internationale du barreau, Association of the Bar of the State of New York, Centre for International Legal Studies (CILS), INSOL International (INSOL), International Credit Insurance and Surety Association (ICISA), International Insolvency Institute (III), International Swaps and Derivatives Association (ISDA), International Women's Insolvency and Restructuring Confederation (IWIRC), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis et Union des avocats européens (UAE).

8. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

Président: M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)

Rapporteur: M. Pedro Enrique Amato (République bolivarienne du Venezuela)

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

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.98);

b) Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux (A/CN.9/WG.V/WP.99);

c) Note du Secrétariat sur les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.100); et

d) Proposition d'une définition de "centre des intérêts principaux" (art. 2 b) et 16-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale) présentée par les délégations espagnole et mexicaine et l'Union internationale des avocats (UIA) (A/CN.9/WG.V/WP.101).

10. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.

2. Élection du Bureau.

3. Adoption de l'ordre du jour.

4. Examen a) de l'interprétation et de l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; et b) des obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité.

5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a procédé à l'examen des sujets suivants: a) élaboration d'orientations sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; et b) obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.99, A/CN.9/WG.V/WP.100 et A/CN.9/WG.V/WP.101 et d'autres documents mentionnés dans ces derniers. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur ces points.

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

12. Le Groupe de travail a commencé sa session par un examen général de la forme que pourraient prendre ses travaux concernant certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la "Loi type") en rapport avec le centre des intérêts principaux, en se référant aux questions posées aux paragraphes 4 et 5 du document A/CN.9/WG.V/WP.99.

13. Le Groupe de travail a confirmé que ses travaux ne visaient pas à modifier la Loi type mais à fournir des orientations complémentaires aux personnes chargées de l'utiliser et de l'appliquer, et à en faciliter une adoption plus large. Il a donc adopté l'hypothèse de travail selon laquelle il s'emploierait à réviser et enrichir les orientations figurant dans le Guide pour l'incorporation.

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

1. Exigence d'insolvabilité du débiteur

14. On a insisté sur la pertinence du préambule de la Loi type et en particulier de l'alinéa e) en ce qui concerne cette question, ainsi que sur les références aux graves problèmes financiers et à l'insolvabilité du débiteur figurant déjà dans le Guide pour l'incorporation. Il a été suggéré que ces exigences pourraient être soulignées davantage afin de clarifier la portée de la Loi type. Il a été noté que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le "Guide législatif") contenait des observations concernant les éléments d'une procédure d'insolvabilité, notamment l'insolvabilité imminente, et une définition de ces éléments, et que ces observations et cette définition pourraient être utiles au Guide pour l'incorporation.

15. Il a été suggéré par ailleurs que, comme le droit de l'insolvabilité était en constante évolution et que de nouveaux types de procédure étaient de plus en plus

utilisés, une interprétation souple des concepts de “procédure étrangère” et de “loi relative à l’insolvabilité” serait peut-être nécessaire afin que la Loi type englobe les procédures précédant l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité judiciaire, telles que les négociations menées avec certains créanciers, mais pas nécessairement tous, pour refinancer le débiteur, lorsque ces procédures n’exigeaient pas l’accord de l’ensemble des créanciers (puisque certains créanciers pouvaient par exemple être payés intégralement) et pouvaient ne pas nécessiter l’approbation du tribunal. Il a été répondu que si ces négociations avec les créanciers étaient purement contractuelles et n’entraînaient pas l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité (telle que la procédure accélérée décrite dans le Guide législatif), tout accord conclu aurait la force exécutoire d’un contrat, aux niveaux national et international, sans qu’il faille de reconnaissance en vertu de la Loi type ni d’assistance liée à cette reconnaissance. Tout en reconnaissant que des procédures hybrides pouvaient être de plus en plus utilisées face aux problèmes financiers des débiteurs, on a indiqué cependant que la Loi type contenait déjà certaines limites quant au type de procédure à englober et que le Guide pour l’incorporation ne pouvait apporter qu’une souplesse modérée sans modifier les termes de la Loi type elle-même.

16. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le Guide pour l’incorporation devrait se concentrer sur la procédure d’insolvabilité visée dans le Guide législatif, qui suppose que le débiteur ait des problèmes financiers.

2. Éléments de la définition de l’expression “procédure étrangère”

17. Il a été noté que les éléments de la définition devaient être examinés les uns par rapport aux autres et qu’une procédure collective pouvait toutefois ne pas satisfaire aux autres éléments de la définition. S’agissant des éléments d’une procédure “collective”, il a été convenu après discussion qu’une telle procédure devait en principe porter sur l’ensemble de l’actif et du passif du débiteur et sur les créances de l’ensemble des créanciers. Cette exigence ne s’appliquerait toutefois pas aux procédures dont les créanciers garantis seraient exclus étant donné qu’ils pourraient cependant exercer leurs droits en dehors de la loi sur l’insolvabilité, ni aux procédures n’affectant pas les droits des créanciers garantis. Il a été suggéré qu’une procédure pourrait être considérée comme collective si d’autres catégories de créances étaient exclues parce qu’elles n’avaient pas à être affectées, mais le Groupe de travail est convenu de se référer uniquement à l’exemple des créanciers garantis.

18. Le Groupe de travail est convenu qu’il serait utile que le Guide pour l’incorporation comporte un examen de certaines caractéristiques des procédures qui pourraient ne pas entrer dans la définition, telles que les procédures ne nécessitant pas la surveillance ou le contrôle d’un tribunal ou les négociations à caractère purement contractuel.

19. S’agissant de l’élément de contrôle ou surveillance, le Groupe de travail s’est référé aux questions posées au paragraphe 31 du document A/CN.9/WG.V/WP.99. Il a été convenu qu’il suffisait que la surveillance ou le contrôle du tribunal soient possibles et non effectifs, et on a noté que dans certains pays cela pouvait supposer de surveiller ou contrôler le représentant de l’insolvabilité; que les procédures accélérées telles que celles décrites dans le Guide législatif pourraient être couvertes; et qu’une procédure dans laquelle le tribunal n’intervenait plus pouvait toutefois entrer dans la définition pour autant qu’elle soit toujours en cours et n’ait

pas été clôturée. Il a été noté que la discussion figurant dans le Guide législatif indiquait que plusieurs approches avaient été adoptées concernant la clôture de la procédure après l'approbation d'un plan de redressement.

B. Reconnaissance

20. S'agissant du paragraphe 34 du document A/CN.9/WG.V/WP.99, le Groupe de travail a estimé que des explications pourraient être ajoutées aux paragraphes 73 et 128 du Guide pour l'incorporation, concernant en particulier la condition de l'établissement et les raisons pour lesquelles d'autres types de procédures n'étaient pas inclus dans le régime de reconnaissance de la Loi type.

21. En ce qui concerne le paragraphe 37 du document A/CN.9/WG.V/WP.99, le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile de faire référence non seulement au document intitulé "la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge", mais aussi au Guide législatif et au Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale. Il a été dit que même si le paragraphe 9 du Guide pour l'incorporation soulignait que celui-ci intéressait aussi d'autres utilisateurs de la Loi type que les législateurs, l'insertion d'orientations complémentaires à l'intention des juges, par exemple, pourrait nécessiter de réviser l'intitulé "Guide pour l'incorporation" et d'y inclure une référence à "l'interprétation".

1. Facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux et réfuter la présomption

22. Le Groupe de travail a examiné les questions posées au paragraphe 40 du document A/CN.9/WG.V/WP.99 et la proposition contenue dans le document A/CN.9/WG.V/WP.101 concernant la définition du centre des intérêts principaux et les facteurs qui pourraient être pertinents pour réfuter la présomption visée à l'article 16-3 de la Loi type selon laquelle le centre des intérêts principaux du débiteur est le lieu où est enregistré son établissement (ou sa résidence habituelle s'il s'agit d'une personne physique).

23. Le Groupe de travail a examiné la norme de la présomption visée à l'article 16-3 et en particulier comment une présomption similaire figurant dans le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (Règlement CE) avait été interprétée. Il a été noté que dans le cas du Règlement CE, les tribunaux avaient décidé qu'il s'agissait d'une forte présomption qui ne serait réfutée que dans des cas très limités et dans des circonstances exceptionnelles; il est fait référence à une décision récente au paragraphe 27. On a insisté sur la différence entre le recours à la présomption dans la Loi type et dans le Règlement CE. Dans le premier cas, le but était de reconnaître une procédure d'insolvabilité étrangère et de fournir une assistance pour les besoins de cette procédure, alors que dans le second cas, il s'agissait de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et de la reconnaissance automatique de cette procédure par les autres États membres de l'Union européenne. Après discussion, il a été convenu que la norme de la présomption n'était pas la même dans la Loi type que dans le Règlement CE. Il a toutefois été dit qu'il y avait un décalage entre l'importance de la présomption visée à l'article 16-3 et les orientations données au paragraphe 122

du Guide pour l'incorporation, et que des explications pourraient être ajoutées. Cette proposition a recueilli un certain appui.

24. Pour ce qui est des facteurs qui pourraient être pertinents pour réfuter cette présomption, il a été dit que pour gagner en clarté et en sécurité, cela vaudrait peut-être la peine de mentionner trois ou quatre facteurs clefs que devrait prendre en compte le tribunal saisi d'une demande de reconnaissance d'une procédure principale. Ces facteurs clefs pourraient être ceux mentionnés au paragraphe 42 du document A/CN.9/WG.V/WP.99, c'est-à-dire a) le lieu du siège de la société débitrice, de son agence centrale ou de son "centre névralgique"; b) le lieu où se trouve la direction de la société débitrice; c) le lieu où se trouvent les principaux actifs et les créanciers de la société débitrice ou celui où se trouve la majorité des créanciers qui seront concernés par l'affaire; et m) le lieu que les créanciers reconnaissent comme étant le centre des opérations de la société débitrice. D'autres facteurs tels que ceux énoncés au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 pourraient intéresser des faits précis de l'affaire mais n'auraient pas l'importance de ces facteurs clefs. L'idée de mentionner certains facteurs clefs a reçu un certain appui.

25. Selon un autre avis, le caractère factuel de toute enquête concernant le centre des intérêts principaux faisait qu'il ne serait ni possible ni approprié de se limiter à énoncer quelques facteurs qui vaudraient dans tous les cas. On a souligné qu'il importait surtout de procéder à une analyse générale de facteurs pertinents et objectifs. Le Guide pour l'incorporation devrait énumérer à titre d'exemples plusieurs facteurs qui pourraient être pertinents pour réfuter la présomption, en expliquant ce que ces facteurs pourraient impliquer et les circonstances dans lesquelles ils pourraient être pertinents, sans déterminer la priorité ou le poids à accorder à un facteur donné. Ces facteurs devraient être présentés de façon descriptive plutôt que sous la forme d'une liste, qui pourrait être interprétée à tort comme établissant un ordre de priorité ou d'importance. Cette idée a également été appuyée.

26. Une préoccupation a été exprimée en ce qui concerne l'interprétation du texte décrivant ces facteurs et la portée de la vérifiabilité qu'exigeait le facteur m). L'idée exprimée au facteur a) a recueilli un appui général, bien que d'autres formules telles que "le lieu de l'administration centrale de la société débitrice" aient été proposées. On a fait observer que le facteur b) était trop vague, l'exigence pouvant être satisfaite par exemple en indiquant le lieu de résidence des directeurs, qui n'était pas pertinent s'agissant de déterminer le centre des intérêts principaux. Pour ce qui est du facteur c), on a fait observer que le lieu des actifs de la société débitrice était souvent une question essentielle en matière d'insolvabilité et qu'un tel facteur ne contribuerait probablement pas à la prévisibilité en ce qui concerne le centre des intérêts principaux. Des préoccupations ont également été exprimées concernant la difficulté d'appliquer ces facteurs dans le contexte d'un groupe d'entreprises.

27. Pour ce qui est du facteur m), il a été noté que dans le cas du Règlement CE, la vérifiabilité était un élément essentiel servant à déterminer d'autres facteurs tels que le facteur a). Il a été fait référence à une décision récente dans laquelle la Cour de justice européenne¹ avait déclaré qu'il convenait d'interpréter le Règlement comme signifiant que le centre des intérêts principaux d'une société débitrice devait être

¹ Interedil Srl, en liquidation, affaire C-396/09.

déterminé en privilégiant le lieu de l'administration centrale de cette société, tel qu'il pouvait être établi par des éléments objectifs et vérifiables par les tiers. Elle avait ajouté que dans l'hypothèse où les organes de direction et de contrôle d'une société se trouvaient au lieu de son siège statutaire et que les décisions de gestion de cette société étaient prises, de manière vérifiable par les tiers, en ce lieu, la présomption prévue à cette disposition ne pouvait pas être renversée. Un certain appui a été exprimé en faveur de l'adoption de cette solution et de l'inclusion d'un tel libellé dans le Guide pour l'incorporation, bien que des questions aient été posées quant à la signification précise de cette exigence de vérifiabilité, notamment pour ce qui est de l'identité des tiers en question et de la question de savoir si la vérification devait se faire sur la base de documents d'enregistrement ou des informations généralement connues sur le marché. Une suggestion tendant à considérer la vérifiabilité comme un facteur complémentaire et non comme un facteur déterminant d'autres facteurs a également recueilli un certain appui.

28. S'agissant de la proposition de définition figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.101, l'adoption de celle-ci en l'état a recueilli peu de soutien. Le Groupe de travail a toutefois noté que les paragraphes 1 et 2 de cette définition s'inspiraient respectivement du Règlement CE et de la Loi type. Il a été suggéré que le paragraphe 1 pourrait être inséré dans le Guide pour l'incorporation sous une forme ou une autre, suggestion qui a recueilli un certain appui. Des préoccupations ont été exprimées quant au libellé précis des facteurs énoncés au paragraphe 4 de la définition mais on a noté qu'ils recoupaient dans une large mesure ceux énumérés dans les documents de travail A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 et A/CN.9/WG.V/WP.99, et que leur interprétation suscitait les mêmes préoccupations et considérations.

29. Il a été dit que le juge ouvrant la procédure étrangère devrait être encouragé à énoncer dans sa décision les éléments examinés pouvant intéresser une demande de reconnaissance ultérieure, comme expliqué au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.V/WP.99. Cette suggestion a recueilli un certain appui.

30. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le Guide pour l'incorporation devrait se concentrer sur les informations améliorant la prévisibilité et fournir aux juges du tribunal de renvoi des indications leur permettant de déterminer le lieu du centre des intérêts principaux. Il devrait expliquer pourquoi la détermination du centre des intérêts principaux revêt une telle importance dans le contexte de la Loi type et décrire les facteurs pertinents pour réfuter la présomption visée à l'article 16-3. Aucun consensus n'a été dégagé sur le degré d'exhaustivité de ces facteurs ni sur leur libellé précis, mais le Secrétariat a été prié de rédiger, en tenant compte des considérations et conclusions exprimées par le Groupe de travail, un texte approprié que celui-ci examinerait à une prochaine session.

2. Effets de la reconnaissance du centre des intérêts principaux

31. Le Groupe de travail s'est demandé si les effets de la reconnaissance devraient être examinés plus en détail dans le Guide pour l'incorporation. Un certain appui a été exprimé en faveur de l'idée d'enrichir le commentaire et de déplacer au commencement du Guide des explications telles que celles figurant au paragraphe 143, mais le Groupe de travail a conclu que cette question ne devait pas à ce stade être traitée davantage dans le Guide.

3. Impact de la fraude

32. Le Groupe de travail a examiné plusieurs exemples de comportements s'apparentant à la tromperie, voire à la fraude, estimant toutefois que ce terme était peut-être excessif au regard du comportement visé. Il s'agissait notamment d'utilisation d'entités fictives, de chaînes de Ponzi, de tromperies sur le centre des intérêts principaux du débiteur, de déplacements abusifs du centre des intérêts principaux juste avant l'ouverture d'une procédure et de comportements malhonnêtes ou frauduleux une fois celle-ci engagée. En ce qui concerne le déplacement du centre des intérêts principaux, il a été dit que le tribunal de renvoi ne devrait prendre en compte que le lieu qui lui était indiqué; la manière dont le centre des intérêts principaux y avait été établi n'intéressait pas la reconnaissance en vertu de la Loi type. Il a été indiqué que dans plusieurs pays, le déplacement du centre des intérêts principaux juste avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité relevait de la liberté d'établissement et ne susciterait de préoccupations que s'il y avait manifestement une manœuvre délibérée visant à éluder les conséquences de l'insolvabilité. Il a également été dit que le déplacement du centre des intérêts principaux juste avant l'ouverture d'une procédure pouvait découler d'un choix délibéré visant par exemple à ouvrir la procédure dans une juridiction ayant un régime d'insolvabilité plus favorable au redressement ou à d'autres solutions convenant au débiteur, ce qui ne devrait pas susciter de préoccupations. Si le centre des intérêts principaux indiqué était fictif ou si la procédure étrangère avait été ouverte frauduleusement, le tribunal de renvoi pouvait refuser de la reconnaître et invoquer l'exception fondée sur l'ordre public visée à l'article 6 de la Loi type. Si le comportement malhonnête ou frauduleux n'était pas apparent au moment de la reconnaissance, les articles 17 et 18 de la Loi type permettaient au tribunal de renvoi de réexaminer sa décision. Le Groupe de travail est convenu que le commentaire pourrait mentionner certains de ces exemples et les solutions éventuelles.

4. Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux

33. Le Groupe de travail a reconnu que la Loi type ne traitait pas de la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur dans une procédure d'insolvabilité étrangère aux fins de la reconnaissance de cette procédure. Plusieurs possibilités ont été citées: la date de la demande d'ouverture de la procédure étrangère, la date de l'ouverture de la procédure (compte tenu du fait que dans certains États il s'agira de la même date) ou la date de la demande de reconnaissance de la procédure étrangère. On a noté que chacune de ces dates présentait des avantages et des inconvénients. Il a été dit que la date de la demande d'ouverture était plus appropriée que la date de l'ouverture, surtout s'il s'écoulait un certain temps entre ces deux dates et si les créanciers et d'autres personnes pouvaient alors prendre des dispositions à l'égard des biens du débiteur. On a fait observer que si la date de la demande de reconnaissance était la date à retenir, il pourrait y avoir des cas où le débiteur aurait cessé ses activités à cette date, surtout si la reconnaissance était demandée à un stade avancé de la procédure étrangère, et le centre des intérêts principaux ou l'établissement du débiteur ne pourrait être identifié. Dans de tels cas, le lieu où se trouve le représentant étranger pourrait être le seul endroit ayant un lien avec la procédure étrangère. Il a été suggéré que si plusieurs procédures étrangères concurrentes visaient la reconnaissance dans un seul État, le tribunal de renvoi de cet État devrait les prendre toutes en considération et

décider quelle date pourrait être retenue pour déterminer le centre des intérêts principaux. Dans de tels cas, le chapitre IV de la Loi type sur la coopération et la coordination pourrait être pertinent, de même que les articles 17 et 18.

34. La question du déplacement du centre des intérêts principaux juste avant la demande d'ouverture et de ses effets sur la reconnaissance de la procédure étrangère a également été soulevée. Il a été dit que la question du centre des intérêts principaux devait être tranchée par le tribunal d'origine au moment de l'ouverture de la procédure étrangère. Il a été répondu que les tribunaux ne se posaient généralement pas la question de savoir si la procédure qu'on leur demandait d'ouvrir dans leur propre État devait être considérée comme procédure principale sur la base du "centre des intérêts principaux" ou comme procédure non principale sur la base de "l'établissement" mais qu'ils s'assuraient plutôt de leur compétence à l'égard du débiteur. Le point de savoir si la procédure était principale ou non ne concernait que la question de la reconnaissance en vertu de la Loi type et devait donc être examiné par le tribunal de renvoi. Comme on l'a dit ci-dessus (par. 29), toute information pertinente sur le centre des intérêts principaux ou l'établissement du débiteur pouvant être incluse par le tribunal d'origine dans l'ordonnance d'ouverture de la procédure pouvait être très utile au tribunal de renvoi, même si elle n'était ni décisive ni contraignante, ce dernier devant s'assurer que la procédure étrangère remplissait les conditions posées par la Loi type.

35. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de rédiger un texte posant la question, présentant les différentes dates possibles et examinant les avantages et inconvénients de chacune.

C. Groupes d'entreprises

36. Le Groupe de travail a examiné si, bien que la Loi type ne s'appliquât pas aux groupes d'entreprises, des indications concernant les groupes d'entreprises et la manière dont ces groupes avaient été traités dans la pratique pourraient être ajoutées au Guide pour l'incorporation.

37. Le Groupe de travail est convenu que le sujet était très important, compte tenu de la réalité commerciale actuelle des échanges mondiaux et des procédures d'insolvabilité internationales. Certaines réserves ont été exprimées quant à savoir s'il était approprié d'ajouter des indications dans le Guide pour l'incorporation mais il a été convenu de faire référence à la troisième partie du Guide législatif et aux solutions retenues concernant le traitement des groupes en situation d'insolvabilité, en particulier dans un contexte international. Toutefois, au-delà de cela et en particulier en ce qui concerne la notion de centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises, il a été dit que lorsque le Groupe de travail se serait accordé sur les facteurs à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome, il serait peut-être possible d'examiner plus avant la question du groupe d'entreprises et en particulier la pertinence de ces facteurs dans ce contexte.

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

A. Forme que pourraient prendre les principes ou lignes directrices

38. Le Groupe de travail a commencé ses délibérations à ce sujet par un débat sur la forme que pourraient prendre ses travaux. Il est convenu que l'objectif de ces derniers était de donner des orientations sur les responsabilités et obligations au cours de la période précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, afin d'encourager une action rapide pour faire face à des difficultés financières et par là même favoriser le sauvetage de l'entreprise et réduire au minimum le préjudice pour les créanciers et d'autres parties intéressées. Pour atteindre cet objectif, il fallait établir un équilibre entre la nécessité de fournir des incitations à intervenir rapidement face à des difficultés financières, et l'incidence que les obligations imposées pourraient avoir sur l'aptitude des entreprises à attirer des personnes qualifiées pouvant prendre une fonction de contrôle et d'influence et continuer de l'exercer pendant la période de difficultés financières et d'insolvabilité. Il a été dit que cette approche pourrait avoir pour conséquence involontaire que les administrateurs prennent des mesures inutiles, comme demander d'emblée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité judiciaire, uniquement pour échapper à une lourde responsabilité ou à des sanctions. Le Groupe de travail est convenu que la forme d'un guide législatif conviendrait pour atteindre l'objectif recherché. Un guide pourrait en effet fournir des commentaires sur les avantages et inconvénients des différentes approches et recommander la meilleure pratique, le cas échéant.

B. Définition des personnes auxquelles incombent les obligations

39. Le Groupe de travail a rappelé qu'il était convenu à sa trente-neuvième session que, pour commencer, les obligations pertinentes devraient incomber aux administrateurs officiellement désignés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. En ce qui concerne les autres personnes auxquelles pourrait également incomber une obligation, le Groupe de travail a exprimé différents avis. Selon un avis, l'obligation devait s'étendre aux administrateurs et autres personnes chargées de gérer et de superviser l'entreprise et à ceux qui pouvaient exercer une influence sur celle-ci, à l'exclusion des conseillers professionnels. Selon un autre avis, il était difficile de déterminer à qui incomberait l'obligation sans connaître avec certitude l'étendue de l'obligation à imposer. Si par exemple il s'agissait de réagir rapidement à des difficultés financières en demandant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'obligation devait seulement s'appliquer aux administrateurs officiellement désignés. S'il s'agissait d'une responsabilité plus étendue, par exemple de verser des indemnités pour un préjudice subi, une plus large catégorie de personnes pouvait être nécessaire, mais l'imposition d'obligations de cette nature risquait d'être déstabilisante et d'aller à l'encontre des incitations présentées comme étant l'objet des travaux.

40. Selon un autre avis, il était peut-être préférable de s'abstenir purement et simplement de mentionner les administrateurs, étant donné que les États pouvaient avoir différentes définitions et interprétations de ce que ce terme recouvrait. Il a

également été dit qu'il serait peut-être plus souhaitable d'adopter une description plus large et mieux adaptée renvoyant par exemple aux personnes chargées de diriger l'entreprise, ou encore de laisser le droit interne trancher cette question.

41. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que les orientations feraient référence aux administrateurs officiellement désignés, et que le commentaire pourrait traiter de la portée du terme "administrateurs" et donner des exemples des catégories de dirigeants et d'autres parties qui pourraient être visés dans ce contexte.

C. Détermination du moment où les obligations prennent naissance

42. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa session précédente, il était convenu que les obligations prendraient naissance lorsque le débiteur serait insolvable ou sur le point de l'être, mais ne pourraient être exécutées qu'une fois ouverte la procédure d'insolvabilité (A/CN.9/715, par. 81).

43. Il a été dit à titre préliminaire que les travaux devraient porter sur les obligations des dirigeants d'entreprises dans la phase précédant la procédure d'insolvabilité plutôt que sur l'obligation de rendre compte et, comme on l'avait dit lors de l'examen de la forme des travaux, viser à stimuler et encourager un comportement correct. Cette proposition a recueilli un certain appui mais il a été ajouté que pour encourager un comportement correct, il fallait que l'intéressé puisse être tenu de rendre compte.

44. Il a été largement fait observer qu'il serait extrêmement difficile de définir le moment où une obligation prendrait naissance sur la base d'un critère clairement défini. On a suggéré plusieurs critères possibles, notamment le moment où les dirigeants d'entreprises auraient dû réaliser qu'ils ne pourraient raisonnablement éviter l'insolvabilité, celui où ils ont su ou auraient dû savoir que l'insolvabilité ne pouvait être évitée, celui de l'insolvabilité effective, quelle qu'en soit la définition, et celui où la continuité de l'activité est menacée. Lors de l'examen de ces critères, il a été dit que certains, tels que l'insolvabilité effective ou imminente, seraient trop tardifs ou trop proches de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, et que les obligations devraient naître avant qu'une situation insoluble ou des difficultés financières ne surviennent ou que l'insolvabilité ne devienne inévitable.

45. Il a été souligné que la discussion devrait porter sur les obligations ne pouvant être exécutées en vertu de la loi sur l'insolvabilité qu'une fois ouverte la procédure d'insolvabilité, et non sur les types d'obligations qui pourraient relever du droit des sociétés. Une fois ouverte la procédure d'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité pourrait prendre diverses mesures pour atténuer le préjudice subi par la société débitrice, telles que recouvrer les avoirs transférés à un prix sous-évalué avant l'ouverture de la procédure. Le produit de ces mesures viendrait s'ajouter à la masse de l'insolvabilité. Il a été souligné en outre que les obligations en question seraient complémentaires de celles relevant du droit des sociétés.

46. À l'issue de la discussion, il a été convenu que bien qu'il y ait un appui général en faveur de la période précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, un consensus sur la manière de le formuler ne pourrait être dégagé à la présente session. Le Secrétariat a été prié de rédiger un texte décrivant les

différentes solutions retenues dans les lois existantes sur la question et les avantages et inconvénients de ces solutions.

D. Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte

47. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa précédente session différents aspects de cette question avaient été examinés, notamment la question de savoir si les obligations étaient envers l'ensemble des créanciers ou la masse de l'insolvabilité (une approche jugée compatible avec le Guide législatif et qui supposerait une démarche pratique fondée sur l'identification des bénéficiaires potentiels d'une action en recouvrement).

48. Il a été noté que cette question dépendait du moment où les obligations pourraient prendre naissance, point qui n'a pas fait l'objet d'un consensus, mais le Groupe de travail a exprimé différents points de vue en ce qui concerne les parties auxquelles il pouvait devoir être rendu compte: la société elle-même (seraient alors également protégés les biens et intérêts des actionnaires et d'autres parties intéressées), l'ensemble des créanciers ou les actionnaires. On a fait observer qu'il ne serait peut-être pas possible de délimiter clairement la fin de la phase précédant l'insolvabilité et le début de la procédure d'insolvabilité proprement dite de sorte qu'avant l'insolvabilité, il faille rendre compte par exemple à la société telle que l'envisageait le droit des sociétés applicable et qu'après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il ne faille rendre compte qu'aux créanciers. Il a donc été dit qu'une série d'intérêts entraient en jeu aux deux phases, même si leur importance relative pouvait changer lorsque la société passait d'une phase à l'autre.

E. Détermination de la nature des obligations ou des types d'irrégularités devant être sanctionnées

49. Il n'y a pas eu de consensus sur le moment à partir duquel des obligations supplémentaires pourraient être imposées en vertu de la loi aux administrateurs mais de nombreuses suggestions ont été faites sur ce que pourraient être ces obligations une fois atteint le moment en question. Il s'agissait notamment de modifier les pratiques de gestion de manière à cibler un éventail de parties intéressées plus large que celui requis par le droit des sociétés; d'élaborer un rapport sur la possibilité d'une restructuration; d'agir de manière raisonnable face aux circonstances et de prendre l'avis de professionnels; de prendre des mesures raisonnables pour limiter au minimum les pertes pour la société; de s'informer indépendamment de la situation financière de la société et de ne pas se fier uniquement aux avis de la direction; de prendre des mesures préventives appropriées pour éviter que la société ne devienne insolvable; de s'abstenir de prendre des mesures qui aggraveraient la situation, comme le fait de transférer des avoirs hors de la société à un prix sous-évalué; de demander un audit externe; de veiller à ce que les intérêts de toutes les parties concernées soient pris en compte en déterminant quelles mesures pourraient être prises; et d'éviter de perdre des collaborateurs-clefs.

50. À l'issue du débat, il a été conclu que les catégories d'obligations mentionnées risquaient dans une certaine mesure de faire double emploi avec celles généralement applicables en vertu du droit des sociétés et celles énoncées en vertu du droit de

l'insolvabilité. Il a été convenu que les mesures proposées dans le cadre de ces travaux ne devraient pas limiter les obligations applicables en vertu d'autres branches du droit, comme le droit des sociétés, le droit pénal, le droit de la responsabilité délictuelle ou le droit civil, ni y faire obstacle. Il a également été convenu que lorsqu'une société se trouvait dans la phase préalable à la procédure d'insolvabilité, quelle qu'en soit la définition, les administrateurs devraient envisager des mesures supplémentaires, des propositions ayant été faites sur ce que pourraient être ces mesures (voir par. 49 ci-dessus). Il a par ailleurs été conclu que le Groupe de travail ne considérerait pas comme une obligation le fait de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et, à cet égard, il a été fait référence au Guide législatif (deuxième partie, chapitre premier, par. 35 et 36) ou cette question avait déjà été abordée.

F. Détermination des voies de recours disponibles

51. Le Groupe de travail a entendu quelques brefs exposés sur les voies de recours disponibles dans les différents droits internes. Le Secrétariat a été prié d'examiner les différentes approches adoptées afin d'en dégager les points communs et de présenter un document sur ces points communs pour examen à une prochaine session.

G. Questions internationales

52. Le Groupe de travail est convenu que les questions internationales seraient abordées à une prochaine session, quand les questions examinées ci-dessus auraient été précisées.
