

Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Troisième partie: traitement des groupes
d'entreprises en cas d'insolvabilité



Pour plus d'informations, s'adresser au:

Secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne,
Boîte postale 500, 1400 Vienne (Autriche)

Téléphone: (+43-1) 26060-4060

Télécopie: (+43-1) 26060-5813

Site Web: www.uncitral.org

Courriel: uncitral@uncitral.org

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT
COMMERCIAL INTERNATIONAL

Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Troisième partie: traitement des groupes
d'entreprises en cas d'insolvabilité



NATIONS UNIES
New York, 2012

Note

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Copyright © Nations Unies, septembre 2012. Tous droits réservés.

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Production éditoriale: Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne.

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
Introduction de la troisième partie	1-2	1
Objet de la troisième partie	3	2
Glossaire	4-5	2
I. Caractéristiques générales des groupes d'entreprises	1-39	5
A. Introduction	1-5	5
B. Nature des groupes d'entreprises	6-16	7
C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises	17-25	11
D. Définition du "groupe d'entreprises" — participation et contrôle	26-30	15
E. Réglementation des groupes d'entreprises . . .	31-39	17
II. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions nationales	1-152	21
A. Introduction	1-4	21
B. Demande d'ouverture et ouverture	5-37	22
C. Traitement des actifs à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	38-91	37
D. Voies de droit	92-137	59
E. Participants	138-145	80
F. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises	146-152	85
III. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internationales	1-54	91
A. Introduction	1-6	91
B. Promouvoir la coopération internationale dans les procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises	7-13	94

	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
C. Formes de coopération faisant intervenir les tribunaux	14-40	98
D. Formes de coopération faisant intervenir les représentants de l'insolvabilité	41-47	113
E. Utilisation d'accords d'insolvabilité internationale	48-54	117
<i>Annexe IV.</i> Décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la troisième partie et résolution 65/24 de l'Assemblée générale.		123

Troisième partie

Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

Introduction de la troisième partie

1. La troisième partie est consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. Elle traite les questions particulières touchant aux groupes d'entreprises qui nécessitent une approche différente de celle suivie dans la deuxième partie ou les questions concernant le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité qui viennent s'ajouter à celles examinées dans cette deuxième partie. Elle n'aborde pas une nouvelle fois les questions déjà examinées plus haut qui n'appellent pas un traitement différent dans le contexte des groupes d'entreprises. Autrement dit, sauf indication contraire dans la présente partie, la deuxième partie s'applique aux groupes d'entreprises.

2. Le chapitre premier examine les caractéristiques générales des groupes d'entreprises. Le chapitre II traite de l'insolvabilité des membres d'un groupe dans le contexte national et propose un certain nombre de recommandations pour compléter celles de la deuxième partie, lorsque des questions supplémentaires se posent dans le cadre du groupe. Le chapitre III traite de l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises en faisant fond sur la *Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale* (la "Loi type de la CNUDCI")¹, qui concerne une procédure d'insolvabilité internationale visant un membre d'un groupe pris individuellement mais non les questions liées à l'insolvabilité de différents membres d'un groupe situés dans différents États, et sur le *Guide pratique de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale* (le "Guide pratique")².

¹*Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10), annexe III, première partie. Également disponible à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/fr/index.html à la rubrique "Textes de la CNUDCI, état des ratifications".

²Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.6. également disponible à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/fr/index.html à la rubrique "Textes de la CNUDCI, état des ratifications".

Objet de la troisième partie

3. La présente partie vise à permettre, aux niveaux tant national qu'international, de traiter les procédures d'insolvabilité concernant un ou plusieurs membres d'un groupe d'entreprises dans le contexte de ce groupe de manière à régler les questions propres aux procédures d'insolvabilité touchant ces groupes et à obtenir un résultat meilleur et plus efficace pour l'ensemble du groupe et ses créanciers. Elle vise en particulier:

a) À promouvoir les objectifs principaux énoncés à la recommandation 1; et

b) À traiter plus efficacement, dans le contexte de la recommandation 5, les cas de procédures d'insolvabilité internationale concernant des membres d'un groupe d'entreprises.

Glossaire

4. Les termes supplémentaires suivants, qui se rapportent spécifiquement aux groupes d'entreprises, doivent se lire conjointement avec les termes et explications figurant dans le glossaire principal plus haut.

a) Le terme "groupe d'entreprises" désigne deux entreprises ou plus liées entre elles par un contrôle ou une participation importante;

b) Le terme "entreprise" désigne toute entité, quelle que soit sa forme juridique, qui exerce des activités économiques et à laquelle la loi sur l'insolvabilité peut s'appliquer³;

c) Le terme "contrôle" désigne la capacité de déterminer, directement ou indirectement, les politiques opérationnelles et financières d'une entreprise;

d) Le terme "coordination procédurale" désigne la coordination de l'administration de deux procédures d'insolvabilité ou plus visant des membres d'un groupe d'entreprises. Ces membres, ainsi que leurs actif et passif respectifs, restent séparés et distincts⁴;

³Conformément à l'approche adoptée pour les débiteurs autonomes, le critère pris en compte dans la présente partie est la conduite d'activités économiques par des entités qui entreraient dans la description d'une "entreprise". Ne sont pas visés les consommateurs ou d'autres entités ayant un caractère spécialisé (comme les banques et les compagnies d'assurance) qui ne seraient pas soumises à la loi sur l'insolvabilité conformément aux recommandations 8 et 9 (voir *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10), deuxième partie, chapitre premier, note 6 accompagnant la recommandation 9). Le *Guide législatif de la CNUDCI* ne traite pas des considérations particulières associées à l'insolvabilité de ces débiteurs (voir deuxième partie, chapitre premier, par. 1 à 11).

⁴Le concept de coordination procédurale est expliqué en détail, voir par. 22 à 25 ci-après.

e) Le terme “regroupement des patrimoines” désigne le traitement des actif et passif respectifs de deux membres ou plus d’un groupe d’entreprises comme s’ils faisaient partie d’une masse de l’insolvabilité unique⁵.

5. Dans un souci de simplification terminologique, on utilise dans la troisième partie le terme “société mère” pour désigner l’entité qui exerce un contrôle sur les membres d’un groupe d’entreprises et le terme “membre contrôlé du groupe” pour désigner les membres contrôlés par cette société mère, quelle que soit leur structure juridique. Sauf indication contraire, le terme “membre du groupe” désigne généralement aussi bien la société mère que les membres contrôlés du groupe.

⁵Pour les effets du regroupement des patrimoines et le traitement des sûretés réelles, voir les recommandations 224 et 225 ci-après et le chapitre II, par. 129 à 133.

I. Caractéristiques générales des groupes d'entreprises

A. Introduction

1. La plupart des États reconnaissent la notion juridique de “société”, entité dotée d’une personnalité juridique distincte de celle des individus — propriétaires, gestionnaires ou salariés — qui la composent. En tant que personne morale, une société est titulaire de droits et assume des obligations et des responsabilités; elle peut par exemple poursuivre et être poursuivie, détenir ou transférer des biens, signer des contrats et payer des impôts. Elle se caractérise par la continuité, en ce qu’elle continue d’exister quels que soient les membres qui la composent à un moment donné ou au fil du temps, et ses actionnaires peuvent transférer leurs actions sans que cela ait d’incidence sur son existence. Sa responsabilité peut aussi être limitée, les investisseurs n’étant alors responsables qu’à concurrence du montant qu’ils y ont volontairement engagé, ce qui est un facteur de sécurité et encourage l’investissement; sans cette limitation, l’investisseur exposerait l’ensemble de ses actifs à chaque participation dans une entreprise. Pour acquérir la personnalité juridique, une société doit accomplir un certain nombre de formalités. Une fois constituée, elle est soumise au régime applicable aux entités ainsi constituées. En général, le droit détermine non seulement les conditions mais aussi les conséquences de la constitution en société, telles que les pouvoirs et les capacités de la société, les droits et les obligations de ses membres et la mesure dans laquelle ces derniers peuvent être tenus responsables de ses dettes. On peut donc considérer que la constitution en société favorise la sécurité dans l’organisation des affaires, car les personnes qui traitent avec cette société savent qu’elles peuvent s’appuyer sur sa personnalité juridique et les droits et obligations qui y sont attachés.

2. Les sociétés mènent de plus en plus souvent leurs activités, au niveau national comme international, par l’intermédiaire de “groupes d’entreprises”. Ce terme recouvre différentes formes d’organisation économique fondée sur l’entité juridique autonome. Il peut se définir approximativement comme un ensemble de deux entités juridiques (membres du groupe) ou plus liées entre elles par une forme de contrôle (direct ou indirect) ou de participation (voir par. 26 à 30 ci-dessous). La taille et la complexité des groupes d’entreprises

ne sont pas toujours aisément perceptibles car beaucoup se présentent au public comme une organisation unitaire opérant sous une identité unique.

3. Les groupes d'entreprises existent depuis un certain temps. Selon des commentateurs, ils ont fait leur apparition dans certains pays à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle sous l'effet d'un processus d'expansion interne par lequel des sociétés ont pris le contrôle de leurs propres capacités financières, techniques ou commerciales. Ces sociétés autonomes se sont ensuite développées sur le plan externe pour prendre le contrôle juridique ou économique d'autres sociétés. Dans un premier temps, ces dernières pouvaient se situer sur le même marché, mais l'expansion a gagné par la suite des sociétés de secteurs connexes, puis de secteurs différents ou sans rapport pour ce qui est du produit ou de la situation géographique, ou les deux. Un des facteurs ayant favorisé cette expansion, du moins dans certains États, a été l'autorisation de la détention d'actions d'une société par une autre, interdite au départ dans les systèmes aussi bien de *common law* que de droit civil.

4. Tout au long de cette expansion, les sociétés ont conservé, et conservent encore, leur personnalité juridique distincte, même si aujourd'hui la société autonome n'est probablement plus la forme typique d'organisation que pour les petites entreprises privées. Les groupes d'entreprises sont omniprésents tant sur les marchés émergents que sur les marchés développés et opèrent tous dans de nombreux secteurs parfois sans lien entre eux. Ils appartiennent souvent à des familles, avec un degré variable de participation d'investisseurs extérieurs. Parmi les plus grandes entités économiques du monde figurent non seulement des États mais aussi plusieurs groupes multinationaux d'entreprises. Les grands groupes multinationaux peuvent générer une part considérable du produit national brut au niveau mondial et avoir des taux de croissance et des chiffres d'affaires annuels dépassant ceux de nombreux États.

5. Bien que les groupes d'entreprises soient une réalité, une grande partie de la législation sur les sociétés et en particulier sur leur traitement en cas d'insolvabilité traite de l'entité autonome ou distincte. Malgré l'absence de législation, les juges et les représentants de l'insolvabilité dans de nombreux pays, confrontés à des questions plus faciles à traiter en se référant au principe de l'entreprise unique qu'à celui de l'entité autonome ou distincte⁶, ont mis au point des solutions permettant d'obtenir des résultats correspondant mieux à la réalité économique des affaires modernes.

⁶La distinction est examinée plus en détail ci-après aux paragraphes 31 à 39.

B. Nature des groupes d'entreprises

6. Les groupes d'entreprises peuvent être des structures simples ou très complexes, avec nombre de filiales en propriété exclusive ou non exclusive, filiales opérationnelles, sous-filiales, sous-holdings, sociétés de services, sociétés inactives, conseils d'administration croisés, participations au capital, etc. Ils peuvent aussi comprendre d'autres types d'entités, telles que des entités ad hoc⁷, des coentreprises⁸, des fiducies à l'étranger⁹, des fiducies de revenu¹⁰ et des sociétés de personnes.

7. Les groupes d'entreprises peuvent avoir une structure hiérarchique ou verticale dans laquelle des strates successives de sociétés mères et de membres contrôlés du groupe, qui peuvent être des filiales ou d'autres types d'entités apparentées ou liées, opèrent à différents points d'un processus de production ou de distribution. La concentration verticale se produit

⁷Une entité ad hoc (également dénommée "véhicule ad hoc" ou dite "à l'abri de la faillite") est créée pour remplir des objectifs limités ou temporaires, tels que l'acquisition et le financement d'actifs déterminés, la finalité première étant d'isoler les risques financiers ou de renforcer l'efficacité fiscale. Une entité ad hoc est le plus souvent une société appartenant presque entièrement à la société mère; certains États exigent toutefois qu'un autre investisseur en détienne au moins 3 %. De par la structure de son actif et de son passif et de par son statut juridique, ses obligations sont généralement garanties même si la société mère devient insolvable. Une société peut créer une entité ad hoc sans avoir à inscrire aucun des éléments d'actif ou de passif correspondants à son propre bilan: il s'agit donc d'éléments hors bilan. Les entités ad hoc peuvent également être utilisées à des fins concurrentielles pour faire en sorte que la propriété intellectuelle, par exemple pour le développement d'une nouvelle technologie, soit la propriété d'une entité distincte non assujettie à des accords de licence préexistants.

⁸Une coentreprise est souvent un arrangement contractuel ou un partenariat conclu entre deux parties ou plus en vue de la réalisation d'un objectif commercial commun. Cet arrangement peut parfois donner naissance à une ou plusieurs entités juridiques dont les deux parties financent les fonds propres et se partagent les revenus, les dépenses et le contrôle. La coentreprise peut n'être destinée qu'à un projet déterminé ou s'inscrire dans une relation d'affaires continue. Les coentreprises sont largement utilisées au niveau international, car certains pays imposent aux sociétés étrangères de s'allier à un partenaire national pour pouvoir pénétrer un marché. Cette exigence entraîne souvent un transfert de technologie et un transfert du contrôle de gestion au partenaire national. La constitution d'une coentreprise peut aider à répartir les coûts et les risques; à améliorer l'accès aux ressources financières; à réaliser des économies d'échelle et à tirer parti d'autres avantages liés à la taille de l'entreprise; ainsi qu'à faciliter l'accès à de nouvelles technologies et à de nouveaux clients ou à des pratiques de gestion novatrices. Elle peut également servir à réaliser des objectifs concurrentiels et stratégiques, comme influencer l'évolution structurelle d'un secteur d'activité; devancer la concurrence; créer des unités compétitives plus fortes; faciliter le transfert de technologie et de savoir-faire ainsi que la diversification.

⁹Une fiducie à l'étranger (*offshore trust*) est une fiducie traditionnelle constituée en vertu des lois d'un pays étranger. Elle est de même nature et produit les mêmes effets que les fiducies nationales (*onshore trusts*) avec un transfert d'actifs à un fiduciaire chargé de les gérer au profit d'une personne ou d'un groupe de personnes. Les fiducies à l'étranger peuvent être créées à des fins fiscales ou de protection d'actifs. En pratique, leur efficacité peut être limitée si le droit de l'insolvabilité du pays d'origine de la personne qui transfère les actifs a pour effet d'annuler les transferts vers la fiducie et les opérations réalisées pour frauder les créanciers.

¹⁰Une fiducie de revenu est une fiducie d'investissement qui détient des actifs productifs. Ce terme peut aussi désigner une entité juridique, une structure financière ou une structure utilisée pour détenir certains actifs ou certaines entreprises. Les actions ou parts de la fiducie sont échangées sur les marchés de titres et les revenus générés sont distribués aux investisseurs ou aux détenteurs des parts chaque mois ou chaque trimestre.

généralement au sein d'un même secteur d'activité et combine, par exemple, tout ou partie des opérations qui se succèdent entre l'obtention des matières premières et la vente du produit fini. Cette concentration peut résulter d'une stratégie d'acquisition des fournisseurs, grossistes et détaillants, destinée à accroître le contrôle et la fiabilité. Elle peut aussi se produire lorsqu'une société obtient un pouvoir de contrôle important sur les fournisseurs ou les distributeurs, habituellement en exerçant son pouvoir d'achat. On cite souvent comme exemple de concentration verticale l'industrie pétrolière, dans laquelle les grands groupes pétroliers réalisent la prospection et l'extraction du pétrole brut, le transport et le raffinage, puis la distribution au détail et la vente de carburant.

8. Les groupes d'entreprises peuvent aussi avoir une structure horizontale, où de nombreuses entreprises sœurs présentant souvent un degré élevé de participation croisée opèrent au même niveau dans un processus déterminé, comme dans le marché de l'édition, où une maison d'édition peut en acquérir d'autres pour élargir son éventail d'éditeurs et d'auteurs ou devenir plus compétitive, ou des médias, où un groupe peut être propriétaire de plusieurs médias au contenu identique ou très similaire. La concentration horizontale est généralement associée au contrôle d'une seule étape de la production ou d'un seul secteur d'activité, permettant au groupe de réaliser des économies d'échelle, mais des groupes intégrés horizontalement peuvent aussi exercer des activités dans un secteur apparenté ou dans divers secteurs sans lien entre eux. Les groupes horizontaux seraient plus courants dans certaines parties du monde, notamment en Europe, et les groupes verticaux dans d'autres parties du monde, telles que les États-Unis d'Amérique et le Japon. Par ailleurs, la concentration verticale serait plus fréquente dans le secteur manufacturier et la concentration horizontale dans le marketing.

9. Les études sur les groupes d'entreprises montrent clairement que ces derniers peuvent reposer sur différents types d'alliances, telles que relations bancaires, conseils d'administration imbriqués, alliances de propriétaires, échanges d'informations, coentreprises et cartels, et que la structure de ces groupes varie selon le système de gouvernement d'entreprise. Dans certains États, les groupes peuvent avoir une organisation verticale ou horizontale et s'étendre sur divers secteurs, et comprendre une société mère ou une société de commerce, et un ensemble comprenant diverses entreprises de fabrication, et parfois une banque. Dans certains cas, l'entité mère peut être une entité non constituée en société, telle une fondation ou une autre forme d'organisation à but non lucratif. Dans d'autres États, ces groupes sont le plus souvent contrôlés par une seule famille ou un petit nombre de familles et ont toujours une structure verticale, ou peuvent entretenir des liens étroits avec l'État, mais pas avec des familles. Les degrés de diversification varient

aussi considérablement, les opérations intragroupe étant importantes dans certains groupes et pas dans d'autres¹¹.

10. Le degré d'autonomie financière et décisionnelle au sein des groupes d'entreprises peut varier considérablement. Dans certains groupes, les membres peuvent être des entités commerciales actives, responsables au premier chef de leurs propres objectifs, activités et finances. Dans d'autres, les décisions budgétaires et stratégiques peuvent être centralisées, les membres du groupe opérant en tant que divisions d'une plus grande entreprise et exerçant peu de pouvoir indépendant au sein de l'unité économique. Une société mère peut exercer un contrôle étroit en allouant le capital social et les capitaux d'emprunt aux membres du groupe par une opération centralisée de financement, en fixant leurs politiques opérationnelles et financières et les résultats à atteindre, en nommant les administrateurs et autres agents principaux, et en suivant de façon continue leurs activités. Le pouvoir peut être centralisé entre les mains de la société mère à la tête du groupe ou d'un membre du groupe situé plus bas dans la hiérarchie, la société mère détenant les principales actions du groupe, mais ne jouant pas un rôle direct de production ou de gestion. Les plus grands groupes peuvent avoir leurs propres banques et exercer les principales fonctions d'un marché de capitaux. Le financement de groupe peut comporter des prêts intragroupe entre la société mère et d'autres membres du groupe, en particulier l'octroi de prêts par la société mère ou à la société mère, et l'octroi de garanties réciproques¹². Les prêts intragroupe peuvent revêtir la forme de fonds de roulement ou de dettes à court terme impayées, telles que des dividendes non versés ou des crédits dans le cadre d'opérations intragroupe, et ils peuvent ou non donner lieu au paiement d'intérêts.

11. Dans certains États, les liens familiaux jouent un rôle connecteur important dans les groupes d'entreprises. Il peut arriver, par exemple, que

¹¹D'après certaines recherches, les groupes chiliens, par exemple, sont plus diversifiés que les groupes de République de Corée, et les groupes philippins davantage intégrés verticalement que les groupes indiens, et beaucoup plus actifs dans les services financiers que les groupes thaïlandais. Voir T. Khanna et Y. Yafeh, "Business groups in emerging markets: paragons or parasites?", *Journal of Economic Literature*, vol. 45, n° 2 (juin 2007), p. 331 à 372.

¹²Dans de nombreux pays, l'une des principales méthodes de mobilisation de capitaux utilisée par les groupes d'entreprises est le financement sur garanties réciproques, chaque membre du groupe garantissant les obligations des autres. La réalisation des garanties réciproques en cas de liquidation s'est révélée difficile dans certains États et ces garanties ont parfois été annulées. Dans un État, les garanties réciproques peuvent avoir pour effet de réduire le poids de la réglementation sur les sociétés en allégeant les exigences en matière de comptabilité et d'audit imposées aux sociétés parties à l'arrangement. L'acte de garantie réciproque (*deed of cross-guarantee*) rend le groupe des sociétés qui y sont parties comparable, à de nombreux égards, à une entité juridique unique et fonctionne comme une sorte de contribution ou de mise en commun volontaire dans l'éventualité où une ou plusieurs de ces sociétés viendraient à faire l'objet d'une liquidation pendant que la garantie réciproque est encore en vigueur. L'un des avantages de cet arrangement est que les créanciers existants et les créanciers potentiels peuvent se concentrer sur la position consolidée de ces entités plutôt que sur les états financiers de chaque filiale détenue à 100 % qui est partie à l'acte.

les principaux membres d'une famille et leurs proches associés siègent au conseil d'administration de la société mère et que des membres de ce conseil siègent également dans les conseils des autres entreprises du groupe, constituant ainsi un réseau d'administrateurs communs et liés entre eux, ce qui permet à la famille de conserver le contrôle du groupe. L'organigramme d'un grand groupe indien, par exemple, révèle un réseau complexe d'administrateurs communs entre le conseil de la société mère et 45 autres membres du groupe¹³.

12. Dans certains pays, les groupes d'entreprises ont bénéficié de liens étroits avec les gouvernements et les politiques gouvernementales, notamment celles concernant l'accès au crédit et aux devises et la concurrence, qui ont fortement influencé leur développement. Il existe également des exemples où les politiques gouvernementales ont visé les opérations des groupes, éliminant certaines formes de traitement privilégié, comme l'accès aux capitaux.

13. La structure de nombreux groupes d'entreprises témoigne de l'ampleur et de la complexité potentielle des arrangements. Ceux-ci peuvent comporter une multitude de strates de sociétés différentes contrôlées, dans une plus ou moins grande mesure, par le ou les niveaux supérieurs¹⁴. Dans certains cas, il s'agit de centaines, voire de milliers de sociétés différentes.

14. Une étude fondée sur les comptes et rapports pour l'exercice 1979 de plusieurs grandes multinationales basées au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord par exemple, a dû être abandonnée en ce qui concerne deux des plus grands groupes, l'un ayant 1 200 filiales et l'autre 800, en raison de l'impossibilité de mener à bien la tâche. Les chercheurs ont noté que peu de personnes au sein du groupe pouvaient avoir une idée claire des liens juridiques précis existant entre tous les membres du groupe et qu'aucun des groupes étudiés ne semblait disposer d'un organigramme complet¹⁵. De même, les organigrammes de plusieurs groupes immobiliers de Hong Kong, comme le Groupe Carrian, qui a fait faillite il y a plus de 20 ans, occupaient plusieurs pages et il aurait fallu au lecteur une puissante loupe pour identifier

¹³Khanna et Yafeh, "Business groups in emerging markets" (voir note de bas de page 12 ci-dessus).

¹⁴Une enquête menée en 1997 en Australie a montré que sur les 500 principales sociétés cotées en bourse, 89 % contrôlaient d'autres sociétés. Plus leur capitalisation boursière était importante, plus elles étaient susceptibles de contrôler d'autres sociétés (les chiffres allaient d'une moyenne de 72 sociétés contrôlées pour celles dont la capitalisation boursière était la plus élevée à une moyenne de 9 pour les plus petites); 90 % des sociétés contrôlées étaient détenues à 100 %; et le nombre de niveaux hiérarchiques de filiales allait de 1 à 11, avec une moyenne générale de 3 à 4. Dans d'autres pays, ces chiffres sont beaucoup plus élevés. (Australie, Companies and Securities Advisory Committee, *Corporate Groups Final Report*, (Sydney 2000), par. 1.2).

¹⁵Tom Hadden, "Inside corporate groups", *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 12, 1984, p. 273.

les filiales. Agrandi de manière à ce que le nom de toutes les filiales soit lisible, l'organigramme du groupe Federal Mogul, fournisseur de pièces automobiles, couvre le mur d'un petit bureau. Celui de Collins & Aikman, autre groupe automobile, est imprimé sous forme de livre, et les sous-sous-groupes ont une structure aussi complexe que de nombreux groupes d'entreprises nationaux.

15. Le degré d'intégration d'un groupe peut être déterminé à partir de divers facteurs, parmi lesquels son organisation économique (par exemple, structure administrative centralisée ou maintien de l'indépendance des divers membres; dépendance des membres vis-à-vis du groupe pour le financement ou la garantie de prêts, gestion centralisée ou non des questions de personnel, mesure dans laquelle les principales décisions concernant la politique, les opérations et le budget sont prises par la société mère; et degré de concentration verticale ou horizontale des entreprises du groupe); ses modalités de gestion du marketing (par exemple, importance des ventes et des achats intragroupe, utilisation de marques, logos et programmes publicitaires communs et fourniture de garanties pour les produits); et son image (par exemple, mesure dans laquelle il se présente comme une seule entreprise et mesure dans laquelle les activités des membres qui le constituent sont présentées comme des opérations du groupe dans les rapports à usage externe, comme ceux qui sont destinés aux actionnaires, aux organismes de contrôle et aux investisseurs).

16. Le fait qu'un groupe soit constitué de plusieurs entités juridiques distinctes ne détermine pas nécessairement comment les activités du groupe sont gérées. Même si chacun de ses membres est une entité distincte, la gestion peut être organisée par divisions selon des lignes de produits, et les membres du groupe peuvent avoir une ou plusieurs lignes de produits et donc recouper différentes divisions. Dans certains cas, les membres du groupe détenus à 100 % peuvent être traités comme des succursales de la société mère.

C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises

17. Divers éléments déterminent la formation, le fonctionnement et l'évolution des groupes d'entreprises, qu'il s'agisse de facteurs juridiques et économiques ou de règles sociétales, culturelles, institutionnelles et autres. Le pouvoir étatique, les coutumes successorales, les structures de parenté (y compris les aspects intergénérationnels), l'appartenance ethnique et l'idéologie nationale, de même que le niveau de développement du cadre juridique (par exemple, efficacité de l'exécution des contrats) et institutionnel de l'activité

commerciale peuvent influencer les groupes d'entreprises dans différents environnements. Certaines études montrent que les structures de groupe peuvent compenser le faible niveau de développement des institutions, avec les avantages qui en résultent pour ce qui est du coût des opérations.

18. La conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peut présenter divers avantages, comme la réduction des risques commerciaux et la maximisation de la rentabilité financière, le groupe pouvant diversifier ses activités dans plusieurs secteurs, dont chacun est géré par un membre distinct. Le groupe peut acquérir des sociétés pour s'agrandir et renforcer sa position sur le marché tout en les maintenant et en continuant à les exploiter comme entités distinctes afin d'utiliser leur dénomination sociale, leur fonds commercial (*goodwill*) et leur image publique. L'expansion peut avoir pour but l'acquisition de compétences techniques ou managériales nouvelles. Une fois formés, les groupes peuvent continuer à exister et s'étendre en raison des coûts administratifs associés à la rationalisation et la liquidation de membres redondants.

19. La structure d'un groupe peut lui permettre d'attirer des capitaux vers une partie seulement de ses activités sans renoncer au contrôle global, en créant un membre distinct pour ces activités et en permettant à des investisseurs extérieurs d'en devenir actionnaires minoritaires. Elle peut aussi lui permettre de réduire le risque de voir sa responsabilité juridique engagée en limitant à certains membres du groupe les risques de responsabilité élevés, tels que ceux liés à la protection de l'environnement ou des consommateurs, isolant ainsi le reste des actifs du groupe d'une responsabilité éventuelle. De meilleures garanties de créances ou un meilleur financement peuvent être obtenus en transférant certains actifs vers un membre distinct constitué à cet effet, le prêteur ayant alors une priorité absolue sur l'ensemble ou la plupart des biens du nouveau membre. Un membre distinct peut également être créé au sein du groupe pour mener à bien un projet particulier et obtenir des financements supplémentaires en grevant ses propres actifs, la création de ce membre pouvant par ailleurs être nécessaire pour détenir une licence ou une concession publique. Une structure de groupe peut simplifier la cession partielle d'une activité, puisqu'il sera plus facile et parfois plus avantageux d'un point de vue fiscal de transférer les actions d'un membre du groupe à l'acquéreur plutôt que de vendre des actifs distincts. Un groupe peut également se former incidemment lorsqu'une société en acquiert une autre qui se trouve être la société mère de plusieurs membres d'un autre groupe.

20. La structure de groupe peut faciliter le respect de la réglementation car chaque membre de groupe agit séparément. Dans le cas de groupes multinationaux, le droit interne de certains pays dans lesquels le groupe

souhaite opérer peut exiger que les activités locales soient conduites par l'intermédiaire d'entités distinctes (parfois soumises à l'obligation d'une participation locale minimale au capital) ou imposer d'autres exigences ou limitations, liées par exemple à la réglementation de l'emploi et du travail. Des arrangements sans apport de capitaux ont été utilisés pour une expansion à l'étranger en raison, par exemple, d'obstacles locaux à une prise de participation, du niveau de réglementation imposé aux opérations d'investissement étranger et des avantages relatifs de ces types d'arrangement en termes de coûts. Un autre facteur pertinent en ce qui concerne les groupes multinationaux peut être celui des impératifs géographiques, notamment la nécessité d'acquérir des matières premières ou de commercialiser des produits par l'intermédiaire d'un membre du groupe établi à un endroit particulier. Un facteur connexe de plus en plus souvent pris en compte, qui concerne peut-être davantage la question du lieu où les éléments du groupe devront s'implanter que celle de savoir s'il convient ou non d'organiser une activité par le biais d'une structure de groupe, est l'incidence du droit local sur des questions telles que le coût et la simplicité des formalités de constitution des sociétés, les obligations des entités dotées de la personnalité morale et le traitement d'un groupe d'entreprises en cas d'insolvabilité. Les différences entre les droits de différents pays peuvent considérablement compliquer ces questions.

21. D'autres facteurs importants déterminant la formation de structures de groupe complexes sont les considérations fiscales et leur influence sur les mouvements d'argent au sein du groupe. L'incidence de l'impôt est souvent mentionnée pour expliquer la création et la croissance subséquente des groupes d'entreprises, et de nombreux systèmes juridiques accordent depuis toujours de l'importance à l'unité économique d'entités liées entre elles. Même si l'imposition séparée de chaque entité est le principe sous-jacent, celui-ci peut être nuancé pour atteindre des objectifs fondamentaux, par exemple protéger les intérêts fiscaux des États et alléger la charge fiscale qui résulterait sinon d'une imposition séparée de chaque membre du groupe¹⁶. Les mesures prenant en compte les liens entre la société mère et les membres contrôlés du groupe sont notamment les exonérations fiscales pour les dividendes intragroupe, les dégrèvements de groupe (*group relief*) et les mesures de lutte contre la fraude fiscale. Des exonérations fiscales peuvent être accordées, par exemple, sur les dividendes payés par un membre du groupe à ses actionnaires résidents et sur les dividendes intragroupe lorsque les membres sont liés par des participations importantes. Des crédits d'impôt peuvent être accordés pour les impôts étrangers payés sur les bénéfices courants du membre contrôlé du groupe et pour les impôts étrangers directement prélevés

¹⁶Organisation de coopération et de développement économiques, *Investissement international et entreprises multinationales — Responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales* (Paris, 1979).

sur un dividende. Un dégrèvement de groupe peut être octroyé, auquel cas les membres liés entre eux peuvent être traités comme une unité fiscale unique et présenter des comptes consolidés. Les pertes d'un membre du groupe peuvent être déduites des bénéfices d'un autre, ou les bénéfices et les pertes des membres du groupe peuvent être mis en commun.

22. En raison de l'importance des considérations fiscales, les politiques de fixation des prix intragroupe et les taux et régimes d'imposition nationaux déterminent souvent la répartition de l'actif et du passif au sein des groupes d'entreprises. Les différences de taux d'imposition des sociétés entre États, ainsi que certaines exceptions (telles que des taux d'imposition réduits pour les bénéficiaires tirés d'activités manufacturières ou de services financiers) applicables dans certains États, peuvent rendre ceux-ci plus attractifs que d'autres dont les taux d'imposition sont plus élevés et les exceptions moins nombreuses, voire inexistantes. Néanmoins, les autorités fiscales peuvent être en droit de revoir les structures des prix de transfert destinées à localiser les bénéficiaires dans des lieux à faible imposition.

23. Certains choix de forme sociale, notamment entre l'établissement d'une succursale ou d'une filiale, peuvent aussi être conditionnés par la réglementation fiscale lorsque par exemple le rapatriement des bénéfices d'un membre étranger du groupe peut être effectué sans impôts au moyen de remboursements de prêts à une société mère ou si la société mère détient un pourcentage déterminé (entre 5 et 20 %) du capital social du membre étranger; les intérêts sur les fonds empruntés pour financer l'acquisition d'un membre peuvent être déduits des bénéfices et, comme il a déjà été noté, les bénéfices et les pertes de différents membres du groupe peuvent être compensés entre eux dans une déclaration fiscale consolidée. Les activités sont également réparties entre deux membres du groupe ou plus pour profiter d'abattements fiscaux, de limites imposées sur le montant des abattements ou de taux d'imposition progressifs, mais aussi pour tirer profit de différences en ce qui concerne les méthodes comptables, les années d'imposition, les méthodes d'amortissement, les méthodes d'évaluation des stocks et les crédits pour impôts étrangers; séparer des activités qui, si elles étaient combinées dans une entité imposable unique, pourraient être désavantageuses d'un point de vue fiscal; et tirer parti du traitement favorable appliqué pour certaines activités (telles que ventes prévues ou éventuelles, fusions, liquidations, dons ou legs intrafamiliaux) à certaines opérations mais pas à d'autres.

24. Les règles comptables jouent également un rôle dans la détermination de la structure des groupes d'entreprises. Dans certains États, des dispositifs tels que des membres du groupe ayant un rôle de simple mandataire ("*agent only*") peuvent être créés pour gérer certains aspects de l'activité et éviter à la société mère de présenter un compte d'exploitation détaillé pour ce

membre, qui n'est qu'un représentant de la société mère propriétaire de l'ensemble des actifs concernés.

25. Nombre de ces avantages liés à la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peuvent être illusoirs. La protection contre des pertes catastrophiques peut être compromise par des accords de financement de groupe, des opérations intragroupe, des garanties réciproques et des lettres de confort¹⁷ remises aux auditeurs du groupe, et par la tendance qu'ont les principaux créanciers, en particulier les banquiers, à faire en sorte d'obtenir une caution de la société qui est à la tête d'un groupe. Pour lever le doute, les structures de groupe ne sont pas nécessaires d'un point de vue comptable — les comptables sont tout aussi disposés à consolider les comptes de succursales que de groupes de filiales. Il semble probable que les secteurs bancaire, commercial et juridique ne saisissent souvent pas bien les aspects comptables des groupes d'entreprises.

D. Définition du “groupe d'entreprises” — participation et contrôle

26. Bien que l'existence des groupes d'entreprises et l'importance des relations entre les membres de ces groupes soient de plus en plus reconnues, tant par la législation que par la jurisprudence, il n'existe pas de corps de règles cohérent qui régisse directement ces relations d'une manière globale. Dans les États qui possèdent une législation reconnaissant les groupes d'entreprises, ces derniers ne seront pas traités de manière spécifique par le droit commercial ou le droit des sociétés, mais plutôt dans la législation sur la fiscalité, sur la comptabilité des sociétés, sur la concurrence et les fusions ou sur d'autres questions. Les lois sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité sont rares. De plus, une analyse de la législation traitant effectivement de certains aspects des groupes d'entreprises fait ressortir une diversité d'approches des différentes questions liées aux groupes, non seulement entre États, mais également entre les lois d'un même État. Des critères différents peuvent donc être utilisés pour définir ce qui constitue un groupe d'entreprises à différentes fins, bien qu'il puisse exister des éléments communs, et lorsque ces critères se fondent sur un concept particulier tel que le “contrôle”, les définitions peuvent être plus ou moins larges en fonction de l'objet de la législation, comme cela a été noté précédemment.

¹⁷Une lettre de confort est généralement remise par une société mère pour convaincre une autre entité de conclure une opération avec un membre du groupe. Elle peut comporter différents types d'engagements, dont aucun ne constitue une garantie, comme celui de maintenir sa participation au capital de ce membre ou d'autres engagements financiers pris envers lui; d'utiliser son influence pour faire en sorte que ce membre remplisse ses obligations en vertu d'un contrat principal; ou de confirmer qu'elle a connaissance d'un contrat avec ce membre, sans toutefois indiquer expressément qu'elle assumera une responsabilité quelconque pour l'obligation principale.

27. Alors que nombre de législations évitent de définir expressément le terme “groupe d’entreprises”, plusieurs concepts sont communément employés pour déterminer quelles relations entre les membres suffisent pour en faire un groupe d’entreprises à certaines fins, comme l’extension de la responsabilité, la comptabilité, la fiscalité, etc. Ces concepts se retrouvent dans la législation et dans de nombreuses décisions judiciaires sur des groupes d’entreprises dans différents pays et comprennent généralement les notions de participation et de capacité de contrôle ou d’influence, directes et indirectes, même si, dans certains cas, seules la participation ou la capacité de contrôle ou d’influence directes sont prises en compte. Le choix entre les deux concepts traduit souvent un compromis entre la sécurité souhaitable, qui peut être obtenue en fixant un niveau de participation déterminé, et la souplesse, que l’on obtiendra peut-être plus facilement en se référant à la capacité de contrôle ou d’influence et en prenant en considération les réalités économiques diverses des groupes d’entreprises.

28. Dans certains cas, la participation est envisagée par référence à une relation formelle entre les membres du groupe. Cette relation peut être déterminée à l’aide d’un critère formel, tel que la détention directe ou indirecte d’un pourcentage déterminé du capital ou des voix; ce pourcentage peut aller de 5 % à plus de 80 %. Les lois qui ne requièrent que de faibles pourcentages prennent généralement en compte des facteurs supplémentaires tels que les indicateurs de contrôle ou d’influence examinés ci-dessous. Ces pourcentages peuvent parfois constituer une présomption simple de participation, les pourcentages plus élevés constituant une présomption irréfragable.

29. Dans d’autres cas, le groupe d’entreprises est défini selon une approche plus fonctionnelle fondée sur le contrôle ou l’influence déterminante (appelés “contrôle”), le terme “contrôle” étant alors souvent défini. Il s’entend principalement du contrôle effectif ou de la capacité de contrôler directement ou indirectement l’élaboration des politiques financières et opérationnelles et la prise des décisions. Lorsque la définition inclut la capacité de contrôle, elle envisage généralement une capacité passive plutôt que le contrôle exercé activement. Le contrôle peut être obtenu par la propriété d’actifs ou par des droits ou contrats qui confèrent la capacité de contrôle à la partie contrôlante. L’important n’est pas tant la forme juridique stricte de la relation entre les entités, telle que le lien entre la société mère et un membre contrôlé du groupe, que la nature de cette relation.

30. Les facteurs susceptibles d’indiquer qu’une entité en contrôle une autre pourraient être notamment les suivants: la capacité de dominer la composition du conseil d’administration ou de l’organe directeur de l’autre entité; la capacité de nommer ou de révoquer l’ensemble ou la majorité des administrateurs ou des membres de l’organe directeur de l’autre entité; la capacité

de contrôler la majorité des votes exprimés à une réunion du conseil d'administration ou de l'organe directeur de l'autre entité; et la capacité d'exprimer la majorité des votes susceptibles d'être exprimés lors d'une assemblée générale de l'autre entité ou de déterminer la manière dont ils seront exprimés, que cette capacité soit acquise par l'intermédiaire d'actions ou d'options. Parmi les informations pouvant avoir une importance pour l'examen de ces facteurs figurent notamment les documents de constitution du membre du groupe; des détails sur l'actionnariat du membre du groupe; des informations sur ses décisions stratégiques essentielles; les accords de gestion interne et externe; des détails sur les comptes bancaires et leur gestion et sur les fondés de pouvoir; et des informations concernant les salariés.

E. Réglementation des groupes d'entreprises

31. La réglementation des groupes d'entreprises se fonde généralement sur l'une des deux théories suivantes ou dans certains cas sur une combinaison des deux: celle de l'entité distincte (théorie traditionnelle, de loin la plus répandue) et celle de l'entreprise unique.

32. La théorie de l'entité distincte repose sur plusieurs principes fondamentaux, dont le plus important est celui de la personnalité juridique distincte de chaque membre du groupe. Elle se fonde également sur la responsabilité limitée des actionnaires de chaque membre du groupe et sur les obligations des administrateurs de chaque membre du groupe envers ce membre.

33. La personnalité juridique distincte signifie généralement que la société a ses propres droits et obligations, indépendamment du fait de savoir qui la contrôle ou en est propriétaire (en d'autres termes, si elle appartient en totalité ou en partie à une autre société) ou de sa participation aux activités du groupe. Les dettes qu'elle contracte sont les siennes et les actifs du groupe ne peuvent en principe pas être mis en commun¹⁸ pour les régler. Les contrats conclus avec des personnes extérieures n'impliquent pas automatiquement la société mère ou d'autres membres du groupe. Une société mère ne peut pas prendre en compte les bénéfices non distribués des autres membres du groupe pour déterminer ses propres bénéfices. La responsabilité limitée d'une société signifie qu'à l'inverse de ce qui se passe pour une société de personnes ou à une entreprise individuelle, les membres d'un groupe d'entreprises ne sont généralement pas responsables de ses dettes et obligations, si bien que les pertes éventuelles ne peuvent dépasser le montant investi dans le membre du groupe par l'achat d'actions.

¹⁸Pour l'examen du regroupement des patrimoines, voir chap. II, par. 105 à 137 ci-après.

34. En revanche, la théorie de l'entreprise unique repose sur l'intégration économique des membres d'un groupe d'entreprises, traitant ce dernier comme une seule unité économique s'attachant à promouvoir les intérêts du groupe dans son ensemble ou du membre dominant et non ceux de chacun des membres. Des emprunts peuvent être contractés à l'échelle du groupe, des mécanismes de trésorerie de groupe étant utilisés pour compenser les soldes créditeur et débiteur de chaque membre du groupe; les membres du groupe peuvent être autorisés à fonctionner à perte, ou être sous-capitalisés, dans le cadre de la structure et de la stratégie financières globales du groupe; les actifs et les passifs peuvent être transférés de différentes manières entre les membres du groupe; et des prêts, des sûretés personnelles ou d'autres arrangements financiers intragroupe peuvent être conclus à des conditions généralement préférentielles.

35. De nombreux pays appliquent la théorie de l'entité distincte mais certains admettent des exceptions à une stricte application de cette théorie et d'autres ont développé, par voie législative ou jurisprudentielle, une théorie de l'entreprise unique s'appliquant à certaines situations.

36. L'application stricte de la théorie de l'entité distincte peut être exclue notamment dans les cas suivants: consolidation des comptes d'un groupe d'entreprises pour une société mère et tout membre contrôlé du groupe; opérations de personnes ayant des liens privilégiés entre elles (un membre du groupe n'est normalement pas autorisé à accorder des avantages financiers, dont des prêts, des sûretés personnelles, des cautions, des remises de dettes ou des transferts d'actifs intragroupe, à un membre ayant des liens privilégiés avec lui à moins que cette opération ne soit approuvée par les actionnaires ou ne bénéficie d'une autre exception); participations croisées (les membres du groupe n'ont généralement pas le droit d'acquérir les actions d'une société mère, ou de constituer une sûreté sur ces actions, ni d'émettre ou transférer leurs actions à un membre contrôlé du groupe); et endettement d'une société alors qu'elle est insolvable (*insolvent trading*) (une société mère qui aurait dû se douter de l'insolvabilité d'un membre contrôlé du groupe peut être tenue responsable des dettes que ce membre a contractées alors qu'il était insolvable).

37. Quelques pays ont instauré diverses catégories de groupes d'entreprises pouvant fonctionner comme une entreprise unique, en échange d'une protection renforcée des créanciers et des actionnaires minoritaires. Dans l'un d'eux¹⁹, les groupes d'entreprises comprenant des sociétés qui font appel à l'épargne publique sont divisés en trois catégories: a) les groupes

¹⁹Allemagne.

intégrés; b) les groupes contractuels; et c) les groupes de fait, auxquels s'applique un ensemble de principes harmonisés — fondés sur la théorie de l'entreprise unique — relatifs au gouvernement d'entreprise et à la responsabilité des sociétés:

a) Les groupes intégrés résultent du vote d'un pourcentage déterminé d'actionnaires de la société mère, qui elle-même détient un pourcentage déterminé d'actions du membre contrôlé du groupe, en faveur de l'intégration complète de ce membre. La société mère détiendra un pouvoir de direction illimité sur le membre contrôlé du groupe, en échange de quoi elle sera tenue solidairement responsable des dettes et des obligations de ce membre;

b) Les groupes contractuels peuvent être formés par un pourcentage déterminé d'actionnaires de chacune des deux sociétés concluant un contrat qui accorde à l'une des sociétés (la société mère) le droit de diriger l'autre, à condition que les directives servent les intérêts de la société mère ou du groupe dans son ensemble. En échange du droit de contrôle accordé à la société mère, les actionnaires minoritaires et les créanciers voient leur protection renforcée; et

c) Les groupes de fait sont ceux dans lesquels une société exerce, directement ou indirectement, une influence dominante sur une autre société. Bien que le groupe ne résulte d'aucun accord formel, il faut néanmoins que la société mère intervienne systématiquement dans les affaires de la société contrôlée.

38. Un pays²⁰ ayant intégré les principes de l'entreprise unique dans la législation sur les sociétés autorise les administrateurs des membres du groupe détenus en partie ou en totalité à agir dans l'intérêt de la société mère plutôt que dans celui de leur propre membre; prévoit des dispositions pour simplifier les fusions de groupes; et autorise également les ordonnances de contribution et de regroupement des patrimoines ou de mise en commun.

39. Dans un autre pays²¹, la législation commerciale visant les groupes d'entreprises fait de plus en plus appel aux principes de l'entreprise unique pour éviter que ses objectifs ne soient compromis ou contournés par l'utilisation de groupes d'entreprises. Les tribunaux ont participé à cette évolution en introduisant de manière sélective le concept d'entreprise unique pour atteindre les objectifs sous-jacents de la législation. Le concept a été appliqué au droit de l'insolvabilité pour annuler certaines opérations intragroupe, pour confirmer des garanties intragroupe et, dans un petit nombre de cas, pour

²⁰Nouvelle-Zélande.

²¹États-Unis d'Amérique.

réaliser un regroupement des patrimoines. Les tribunaux ont également le pouvoir de modifier la priorité des créances lors de la liquidation d'un membre du groupe, soit en traitant certains prêts intragroupe accordés à cette entité comme des fonds propres et non comme des dettes, soit en conférant aux prêts intragroupe accordés à ce membre un rang inférieur aux créances de ses créanciers extérieurs.

II. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions nationales

A. Introduction

1. Les groupes d'entreprises peuvent être structurés de manière à réduire le risque d'insolvabilité pour un ou plusieurs de leurs membres par la conclusion de mécanismes de garantie réciproque ou de caution et d'autres arrangements similaires. Lorsque des problèmes surgissent, une société mère peut chercher à éviter l'insolvabilité d'autres membres de son groupe afin de préserver sa réputation et de conserver son crédit auprès des milieux commerciaux et financiers en procurant des fonds supplémentaires et en acceptant de subordonner les créances intragroupe aux dettes externes.

2. Cependant, si la complexité de la structure d'un groupe d'entreprises est perturbée par l'apparition, chez un ou plusieurs membres du groupe, voire l'ensemble de ceux-ci, de difficultés financières conduisant à l'insolvabilité, des problèmes surviennent simplement parce que le groupe est constitué de membres qui se voient chacun reconnaître une personnalité et une existence juridiques distinctes. Puisque, comme il est noté plus haut, la grande majorité des règles de droit interne relatives à l'insolvabilité et aux sociétés ne traitent pas l'insolvabilité des groupes d'entreprises, même si les problèmes liés aux groupes peuvent être réglés en dehors de l'insolvabilité par le traitement comptable, la réglementation et la fiscalité, l'absence de dispositions législatives contraires ou de pouvoir discrétionnaire permettant aux tribunaux d'intervenir dans une procédure d'insolvabilité fait que chaque entité doit être traitée séparément et au besoin administrée séparément en cas d'insolvabilité. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale des membres d'un groupe est étroitement intégrée, il est possible que cette approche ne produise pas toujours les meilleurs résultats pour le débiteur autonome ou pour le groupe dans son ensemble, à moins que les procédures d'insolvabilité parallèles visant l'ensemble des membres du groupe ne puissent être étroitement coordonnées.

3. Une grande partie des règles existantes de droit interne concernant l'insolvabilité des groupes d'entreprises portent principalement sur les circonstances dans lesquelles il pourrait être approprié de regrouper les masses de l'insolvabilité. Ces règles n'indiquent cependant pas comment traiter l'insolvabilité

des groupes d'entreprises de manière plus globale et, en particulier, si le traitement des groupes d'entreprises devrait s'écarter de celui d'une entité distincte ni dans quelles circonstances.

4. Une deuxième question qui se pose dans le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité est de savoir quel est le degré d'intégration économique et organisationnelle du groupe et comment ce degré d'intégration peut influencer sur le traitement du groupe en cas d'insolvabilité et, plus particulièrement, dans quelle mesure un groupe très intégré devrait être traité différemment d'un groupe dont les membres conservent un degré élevé d'indépendance. Dans certains cas, par exemple lorsqu'un groupe a une structure hétérogène comprenant des activités et des actifs sans liens entre eux, l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres du groupe peut ne pas avoir d'effet sur d'autres membres du groupe ou sur l'ensemble de celui-ci, et les membres insolubles peuvent être administrés séparément. Dans d'autres cas, en revanche, l'insolvabilité d'un membre du groupe peut créer des difficultés financières chez d'autres membres du groupe ou dans l'ensemble de celui-ci en raison de son intégration, de son degré élevé d'interdépendance et de l'imbrication de l'actif et du passif de ses différentes parties. Dans ces circonstances, il arrive souvent que l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres du groupe entraîne inévitablement l'insolvabilité de l'ensemble des membres ("effet domino"). Il peut donc être avantageux, pour apprécier l'imminence de l'insolvabilité, d'examiner la situation du groupe dans son ensemble ou de procéder à un examen coordonné de la situation des différents membres du groupe.

B. Demande d'ouverture et ouverture

5. Les considérations générales relatives à la demande d'ouverture et à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sont examinées dans la deuxième partie, aux chapitres I^{er} et II. Comme ces chapitres s'appliquent également aux membres d'un groupe d'entreprises pris individuellement, il convient de les examiner conjointement avec les questions supplémentaires examinées ci-dessous, qui concernent spécifiquement les groupes d'entreprises.

1. Demande conjointe d'ouverture

a) Généralités

6. En règle générale, les lois sur l'insolvabilité respectent le statut juridique distinct de chaque membre d'un groupe d'entreprises et une demande distincte d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doit être formée pour chaque membre. En outre, chaque membre doit être soumis à la loi sur

l'insolvabilité (voir recommandation 10) et satisfaire au critère d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir recommandations 15 et 16). Certaines lois prévoient des exceptions limitées permettant d'étendre une demande unique à d'autres membres du groupe, par exemple lorsque toutes les parties intéressées consentent à l'inclusion de plusieurs membres; que l'insolvabilité d'un membre du groupe risque d'avoir des effets sur d'autres membres; que les parties à la demande entretiennent des liens économiques étroits, par exemple en raison d'une confusion des actifs ou d'un degré déterminé de contrôle ou de participation; ou qu'il est particulièrement important sur le plan juridique de considérer le groupe comme une entité unique, notamment dans le cadre de plans de redressement.

7. Les recommandations qui précèdent concernant la demande d'ouverture et l'ouverture s'appliquent aux débiteurs membres d'un groupe d'entreprises de la même manière qu'à des débiteurs qui sont des entreprises commerciales autonomes. Les recommandations 15 et 16 posent les critères auxquels les débiteurs et les créanciers doivent satisfaire pour demander l'ouverture d'une procédure et constituent la base sur laquelle l'ouverture d'une telle procédure pourrait être demandée pour chaque membre d'un groupe remplissant ces critères²². Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, l'insolvabilité d'une société mère peut compromettre la stabilité financière d'un membre contrôlé du groupe ou l'insolvabilité de plusieurs membres peut nuire à la solvabilité d'autres membres, de sorte que l'insolvabilité est imminente dans l'ensemble du groupe. La recommandation 15 s'applique dans ce cas si au moment où les membres insolubles du groupe forment leur demande, on peut dire que les autres membres sont ou seront dans l'incapacité générale de payer leurs dettes à leur échéance.

b) *Objet d'une demande conjointe d'ouverture*

8. La possibilité pour les membres d'un groupe qui satisfont au critère d'ouverture de former une demande conjointe d'ouverture pourrait accroître l'efficacité et réduire les coûts en facilitant l'examen coordonné des demandes par le tribunal, sans remettre en cause l'identité distincte des demandeurs ni supprimer la nécessité, pour chacun d'eux, de satisfaire individuellement au critère d'ouverture applicable. Elle alerterait également le tribunal de l'existence d'un groupe, en particulier si la demande était accompagnée d'informations prouvant l'existence du groupe et les liens entre les membres concernés et, si des procédures étaient ensuite ouvertes sur la base de cette demande conjointe, aurait l'avantage d'établir une date d'ouverture

²²Dans le cas d'une demande émanant du débiteur, la recommandation 15 prévoit aussi le critère de l'insolvabilité imminente.

commune pour chaque membre insolvable du groupe. Cette date commune pourrait simplifier le respect des délais et le calcul de la période suspecte aux fins d'annulation.

9. Sous réserve que la loi l'autorise et que les circonstances le permettent, une telle demande conjointe pourrait consister en une demande unique pour l'ensemble des membres du groupe remplissant le critère d'ouverture ou en plusieurs demandes simultanées pour chacun de ces membres. Cette dernière approche peut convenir lorsque les membres du groupe se trouvent dans des États différents et que différents tribunaux sont compétents (voir plus loin, par. 17 à 20), ou lorsque d'autres circonstances de l'affaire, notamment la nécessité de coordonner un nombre important de procédures, font qu'une demande unique ne serait pas possible. Dans un cas comme dans l'autre, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité permette au tribunal d'examiner de manière coordonnée si chaque membre satisfait au critère d'ouverture, en tenant compte, s'il y a lieu, du fait qu'il s'agit d'un groupe.

c) *Distinction entre la demande conjointe et la coordination procédurale*

10. Il convient d'établir une distinction entre la demande conjointe d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et la demande de coordination procédurale. La possibilité de former une demande conjointe a pour but de faciliter l'examen coordonné des critères d'ouverture et éventuellement de réduire les coûts. L'ouverture de procédures multiples sur la base d'une demande conjointe devrait également faciliter la coordination de ces procédures; la date d'ouverture et toutes les autres dates calculées à partir de celle-ci, comme celles de la période suspecte, seraient identiques pour chaque membre. L'autorisation de présenter une demande conjointe ne vise pas à prédéterminer la manière dont seront administrées les procédures en cas d'ouverture effective ni en particulier si elles feront l'objet d'une coordination procédurale. Il est donc souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne subordonne pas la coordination procédurale à la présentation d'une demande conjointe. Néanmoins, une demande conjointe d'ouverture pourrait s'accompagner d'une demande de coordination procédurale, comme indiqué plus bas, et aider le tribunal à prendre une décision quant à cette coordination.

d) *Inclusion d'un membre solvable du groupe dans une demande conjointe*

11. Une question qui se pose souvent à propos des groupes d'entreprises est de savoir si un membre solvable d'un groupe peut être inclus dans une

demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité concernant des membres insolvable du groupe et, si tel est le cas, dans quelles circonstances il peut l'être. Si un membre du groupe semble solvable mais qu'un examen plus poussé montre que l'insolvabilité est imminente, l'inclusion de ce membre dans la demande serait couverte par la recommandation 15, comme il est noté plus haut.

12. En revanche, si l'insolvabilité n'est pas imminente et si le membre du groupe est de toute évidence solvable, différentes approches peuvent être suivies. Lorsqu'un groupe est étroitement intégré, une loi sur l'insolvabilité peut permettre qu'une demande vise des membres qui ne satisfont pas au critère d'ouverture, parce qu'il est souhaitable, dans l'intérêt du groupe tout entier, que ceux-ci soient inclus dans la procédure. Les facteurs permettant de déterminer si l'on est en présence du degré d'intégration nécessaire pourraient être les suivants: l'existence entre les membres du groupe d'une relation dont la description peut varier mais qui se caractérise par exemple par un important degré d'interdépendance ou de contrôle; la confusion des actifs; l'unité d'identité, le fait d'être tributaire d'un soutien en matière de gestion et de finance ou d'autres facteurs similaires ne découlant pas nécessairement de la relation juridique entre les membres du groupe (entre société mère et membre contrôlé du groupe, par exemple). L'inclusion d'un membre solvable du groupe dans une demande conjointe pourrait également se concevoir dans le cas où l'existence d'un "groupe" est fictive. Il peut y avoir fictivité lorsque par exemple le groupe mène ses activités comme s'il s'agissait d'une entité unique et que l'existence du groupe n'est qu'une simple façade pour les activités de cette entité. Il peut aussi y avoir fictivité lorsque les liens entre les membres du groupe sont tels qu'il n'existe en fait qu'un seul actif et que la séparation juridique entre eux n'est pas maintenue, si bien que les dirigeants et les créanciers traitent les différents membres comme s'ils formaient une seule et unique entité.

13. L'inclusion d'un membre solvable du groupe peut faciliter l'élaboration d'une solution permettant de régler l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe, ce qui évite d'ouvrir une procédure au coup par coup chaque fois que de nouveaux membres du groupe sont concernés par la procédure d'insolvabilité engagée contre les membres insolvable initiaux. Elle pourrait aussi faciliter l'élaboration d'un plan de redressement global, qui traiterai les actifs tant des membres solvable que des membres insolvable du groupe.

14. Toutefois, une des difficultés liées à l'inclusion d'un membre solvable du groupe tient au fait que la loi sur l'insolvabilité ne vise généralement que les entités qui remplissent véritablement le critère d'ouverture. Un membre solvable du groupe peut néanmoins être volontairement inclus dans un plan de redressement si le conseil d'administration ou la direction de ce

membre prend la décision commerciale (conformément à la loi applicable) de le faire participer au plan (voir par. 152 ci-dessous).

15. Une demande conjointe d'ouverture pourrait aussi être autorisée par certaines lois sur l'insolvabilité lorsque tous les membres intéressés du groupe consentent à l'inclusion d'un ou de plusieurs autres membres, qu'ils soient insolvables ou solvables, ou si toutes les parties intéressées, y compris les créanciers, sont d'accord. Toutefois, l'obtention du consentement de l'ensemble des créanciers dans ces cas se révélerait généralement très difficile et prendrait du temps. Une loi sur l'insolvabilité pourrait également prévoir qu'un membre du groupe non partie à une procédure d'insolvabilité visant d'autres membres au moment où elle est ouverte puisse s'y joindre plus tard si elle a des conséquences préjudiciables pour lui ou s'il est décidé que sa participation est dans l'intérêt du groupe tout entier.

e) *Personnes autorisées à former une demande conjointe*

16. Conformément à l'approche préconisée par la recommandation 14, une loi sur l'insolvabilité peut autoriser qu'une demande conjointe soit formée par deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont au critère d'ouverture prévu par la loi (voir deuxième partie, chapitre premier, par. 32 à 53). Une telle demande pourrait également être formée par un créancier à l'égard de tout membre du groupe dont il est créancier. Permettre à un créancier de former une demande à l'égard de membres du groupe dont il n'est pas créancier serait contraire au critère d'ouverture de la recommandation 14.

f) *Tribunaux compétents*

17. Une demande conjointe concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises peut soulever des questions de compétence, y compris dans un même État, si les membres se trouvent dans différents lieux et si différents tribunaux peuvent avoir compétence sur eux et donc connaître de cette demande. Une telle situation peut se produire, par exemple, dans le cas d'un groupe qui exerce ses activités au niveau national au sein d'États dans lesquels les questions d'insolvabilité relèvent de la compétence de tribunaux situés dans des lieux différents ou dans lesquels les demandes d'ouverture peuvent être formées auprès de différents tribunaux. Certaines lois peuvent autoriser qu'une demande conjointe soit traitée par un seul tribunal qui aura compétence sur les membres du groupe inclus dans la demande.

18. Bien que cette solution soit souhaitable, la question sera en définitive de savoir si le droit interne permet de traiter ainsi les demandes conjointes

visant différents débiteurs (cependant membres du même groupe) dans différents ressorts ou tribunaux. Certains États autorisent le transfert ou le regroupement devant un tribunal unique de procédures ouvertes devant différents tribunaux. Divers critères pourraient alors être utiles pour déterminer quel tribunal serait le plus approprié pour traiter une telle demande. Il pourrait s'agir par exemple du tribunal compétent pour administrer la procédure d'insolvabilité visant la société mère, lorsque celle-ci est visée dans la demande. D'autres critères, comme le montant de l'endettement des différents membres du groupe ou le lieu du centre de contrôle du groupe, pourraient également être choisis pour déterminer le tribunal le plus compétent au sein de l'État. Il se pourrait aussi que les créanciers des différents membres du groupe se trouvent dans des lieux différents, ce qui poserait des problèmes de représentation et de choix du lieu de réunion ou de constitution des comités de créanciers.

19. La question de savoir quel tribunal est compétent pour connaître d'une demande conjointe lorsque les membres du groupe concernés se trouvent dans différents ressorts d'un même État pourrait être traitée par une loi autre que celle régissant l'insolvabilité. Il est cependant souhaitable que l'approche préconisée par la recommandation 13 soit suivie. Il faudrait pour cela que la loi sur l'insolvabilité indique clairement, ou mentionne par un renvoi, la loi déterminant le tribunal compétent pour une telle demande. L'adoption d'une telle approche devrait permettre à toutes les parties concernées de savoir précisément où et comment une telle demande peut être formée, ce qui est particulièrement important lorsque plusieurs tribunaux peuvent avoir compétence sur différents membres du groupe.

20. Si la loi sur l'insolvabilité autorise la présentation d'une demande conjointe, des économies peuvent être réalisées lorsque par exemple le même tribunal examine en même temps les critères d'ouverture pour plusieurs membres du même groupe d'entreprises. Les frais et les autres questions procédurales associés au dépôt d'une demande d'ouverture et à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité méritent donc probablement d'être reconsidérés dans le contexte des demandes conjointes (voir deuxième partie, chapitre premier, par. 76 à 78).

g) *Notification de la demande*

21. Les recommandations ci-dessus concernant la notification d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité s'appliqueraient à une demande conjointe (voir deuxième partie, chapitre premier, par. 64 à 67). Une demande conjointe formée par un créancier devrait être notifiée aux membres du groupe concernés par cette demande, conformément à la

recommandation 19 *a*. Si des membres d'un groupe forment une demande conjointe, il ne sera pas nécessaire de la notifier aux créanciers et aux autres parties intéressées avant qu'une procédure ne soit ouverte sur la base de cette demande, conformément à la recommandation 22.

Recommandations 199 à 201

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la demande conjointe²³ d'ouverture visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est:

- a)* De faciliter l'examen coordonné d'une demande d'ouverture visant ces membres;
- b)* De permettre au tribunal d'obtenir des informations relatives au groupe d'entreprises qui l'aideraient à déterminer si l'ouverture de procédures d'insolvabilité devrait être ordonnée à l'encontre de ces membres;
- c)* De promouvoir l'efficacité et de réduire les coûts; et
- d)* D'offrir au tribunal un mécanisme²⁴ permettant d'évaluer si ces procédures d'insolvabilité se prêteraient à une coordination procédurale.

Contenu des dispositions législatives

Demande conjointe d'ouverture (par. 8 et 9)

199. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier qu'il est permis de former une demande conjointe d'ouverture visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont chacun au critère d'ouverture applicable²⁵.

Personnes autorisées à former une demande (par. 16)

200. Lorsqu'elle autorise les demandes conjointes conformément à la recommandation 199, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande conjointe peut être formée par:

- a)* Deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont chacun au critère d'ouverture applicable énoncé dans la recommandation 15; ou
- b)* Un créancier, à condition:

²³Une demande conjointe d'ouverture est sans incidence sur l'identité juridique de chaque membre du groupe visé par la demande; chaque membre demeure séparé et distinct.

²⁴Une demande conjointe n'est pas une condition préalable à la coordination procédurale, mais peut aider le tribunal à déterminer s'il convient d'ordonner la coordination procédurale.

²⁵Voir la recommandation 15 sur la demande émanant d'un débiteur et la recommandation 16 sur la demande d'ouverture émanant d'un créancier (*Guide législatif de la CNUDCI*, deuxième partie, chap. I^{er}).

- i) Qu'il soit créancier de chacun des membres visés par la demande; et
- ii) Que chacun de ces membres satisfasse au critère d'ouverture énoncé dans la recommandation 16.

Tribunaux compétents (par. 17 à 20)

201. Aux fins de la recommandation 13, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également à une demande conjointe d'ouverture visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises²⁶.

2. *Coordination procédurale*

a) *Objet de la coordination procédurale*

22. La coordination procédurale se justifie par des raisons de commodité et d'économie en matière procédurale; elle peut faciliter non seulement l'obtention d'informations complètes sur les opérations commerciales des membres du groupe soumis aux procédures d'insolvabilité mais également l'évaluation des actifs, l'identification des créanciers et autres parties intéressées, et éviter les doubles emplois. Elle désigne dans la pratique divers degrés de coordination de la conduite et de l'administration de plusieurs procédures d'insolvabilité ouvertes à l'égard de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises devant un ou éventuellement plusieurs tribunaux. Même s'ils sont administrés de manière coordonnée, les patrimoines respectifs des membres du groupe faisant l'objet d'une mesure de coordination procédurale restent séparés et distincts, ce qui permet de préserver l'intégrité et l'identité de chaque membre du groupe et les droits fondamentaux des créanciers. Aussi les effets de la coordination procédurale se limitent-ils aux aspects administratifs des procédures sans toucher aux questions de fond. La portée d'une décision de coordination procédurale est généralement déterminée au cas par cas par le tribunal.

23. Plusieurs procédures peuvent être rationalisées de différentes manières par une décision de coordination procédurale: facilitation de la mise en commun des informations pour obtenir une évaluation plus complète de la situation des divers débiteurs; coordination des audiences et des assemblées;

²⁶La recommandation 13 dispose que: "La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement (ou inclure une référence à la loi applicable qui détermine) quel tribunal est compétent pour ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" (*Guide législatif de la CNUDCI*, deuxième partie, chap. 1^{er}). Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer quel est le tribunal compétent sont examinés plus haut au paragraphe 18.

établissement d'une liste unique des créanciers et des autres parties intéressées pour l'envoi des notifications et coordination de cet envoi; fixation de délais communs; accord sur une procédure conjointe de déclaration des créances et coordination de la réalisation et de la vente des actifs; coordination des actions en annulation; et tenue de réunions conjointes de créanciers ou coordination entre comités de créanciers. La rationalisation peut également être facilitée par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour administrer les procédures ou par la coordination des représentants de l'insolvabilité lorsqu'il en est nommé deux ou plus (voir par. 139 à 144 ci-après). Elle peut également consister à faire coopérer deux tribunaux ou plus ou, si le droit interne l'autorise, à faire administrer par un tribunal unique les multiples procédures concernant plusieurs membres d'un groupe.

24. Lorsque deux tribunaux ou plus sont concernés, la coopération entre eux pourrait par exemple consister à coordonner la tenue d'audiences ainsi qu'à échanger et communiquer des informations. Comme il est noté ci-après à propos de la coopération internationale (voir chap. III, par. 38 à 40), des audiences coordonnées peuvent accroître considérablement l'efficacité de procédures d'insolvabilité parallèles concernant des membres d'un groupe d'entreprises en réunissant les parties concernées en même temps pour examiner et résoudre les questions en suspens ou les conflits potentiels, ce qui permet d'éviter des négociations interminables et les retards qui s'ensuivent. Dans ce cas, généralement, deux tribunaux ou plus tiennent des audiences en même temps, des dispositions étant prises pour assurer la communication simultanée de façon que les parties puissent au moins entendre et de préférence voir également les débats dans chaque tribunal. Il est plus facile d'organiser de telles audiences dans un contexte national, où ne se posent généralement pas les problèmes de différences de langues, fuseaux horaires, lois, procédures et traditions judiciaires pouvant survenir dans le contexte international. Cependant, comme dans le contexte international, la tenue de telles audiences pourrait nécessiter d'utiliser des procédures communes et de déterminer d'un commun accord, par exemple, les modalités de dépôt des documents et de communication d'informations d'un tribunal à l'autre.

25. Plusieurs facteurs pourraient être utiles pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner une coordination procédurale dans un cas particulier. Il peut s'agir par exemple d'informations établissant l'existence du groupe et faisant apparaître les liens entre ses membres, notamment la position au sein du groupe de chaque membre visé par la demande, en particulier si l'un d'eux est la société mère. Même si l'obligation de fournir de telles informations risque d'être lourde lorsque les créanciers sont autorisés à demander la coordination procédurale, une telle demande part du principe que les débiteurs sont membres du même groupe et que la coordination procédurale sera bénéfique

à la conduite et à l'administration des procédures d'insolvabilité. Le tribunal devrait donc s'assurer de cette relation lorsqu'il détermine s'il convient d'ouvrir des procédures et d'ordonner la coordination procédurale.

b) *Participation des créanciers*

26. La deuxième partie (par. 99 à 114, chap. III) traite de la participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité et en particulier de la constitution de comités de créanciers. Les considérations examinées s'appliqueraient également à des procédures d'insolvabilité concernant des membres d'un groupe d'entreprises. Dans de telles procédures, les intérêts des créanciers des différents membres du groupe peuvent diverger et il est peu probable qu'ils puissent être représentés par un seul comité de créanciers. Toutefois, s'il est ordonné une coordination procédurale concernant de nombreux membres du groupe, la constitution d'un comité distinct pour les créanciers de chaque membre pourrait s'avérer extrêmement coûteuse et inefficace pour l'administration des procédures. C'est pourquoi les tribunaux de certains États sont libres de ne pas constituer de comité de créanciers distinct pour chaque membre visé par une procédure d'insolvabilité lorsque les circonstances le justifient, notamment si les intérêts des créanciers des différents membres ne divergent pas et peuvent être pris en compte et dûment protégés au sein d'un comité unique ou si les créanciers sont communs aux membres du groupe visés. La mesure dans laquelle les créanciers peuvent participer aux procédures d'insolvabilité conformément à la loi sur l'insolvabilité applicable (voir deuxième partie, chap. III, par. 75 à 87) et la question de savoir si cette participation peut être facilitée par un comité de créanciers (voir deuxième partie, chap. III, par. 99 à 114) peuvent également déterminer s'il est souhaitable de constituer un comité unique. Si la situation ne se prête pas à la constitution d'un comité unique, il sera souhaitable de faciliter la coordination entre les divers comités dans les différentes procédures.

c) *Moment où présenter une demande*

27. Étant donné que les avantages de la coordination procédurale peuvent être évidents au moment du dépôt d'une demande d'ouverture ou ne le devenir qu'une fois les procédures ouvertes, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité apporte une réponse souple à la question du moment auquel former une demande de coordination procédurale. Une telle demande pourrait être formée en même temps qu'une demande d'ouverture ou à tout moment ultérieur. Toutefois, étant donné que l'objectif visé est la coordination de l'administration de multiples procédures, la possibilité de demander la coordination procédurale à un stade avancé des procédures serait limitée

dans la pratique par l'utilité d'une telle décision. En d'autres termes, il ne sera peut-être pas très avantageux de chercher à coordonner des procédures qui sont presque terminées. De même, le moment où d'autres membres du groupe sont devenus insolvable déterminerait si ceux-ci pourraient se voir appliquer une ordonnance existante de coordination procédurale.

28. Pour apporter une certaine sécurité, une loi sur l'insolvabilité pourrait fixer un délai pour la présentation d'une demande de coordination procédurale. Toutefois, comme c'est généralement le cas lorsqu'on examine l'opportunité de fixer un délai, il faudra tenir compte à la fois des avantages d'un tel délai, des risques de rigidité qui pourraient en découler et de la nécessité de veiller au respect de ce délai (voir deuxième partie, chapitre premier, par. 60).

d) *Personnes autorisées à présenter une demande*

29. Il est souhaitable de rendre la coordination procédurale aussi accessible que possible et de laisser au tribunal le pouvoir d'apprécier si la coordination des différentes procédures en faciliterait l'administration. Le tribunal pourra déterminer s'il doit ordonner la coordination procédurale d'office, en particulier dans les cas où il apparaît que la coordination servirait au mieux les intérêts du groupe d'entreprises et faciliterait l'administration, mais où aucune demande en ce sens n'est présentée par une partie autorisée à le faire. Il pourrait également ordonner la coordination en réponse à une demande émanant de parties autorisées à la présenter, comme un membre du groupe soumis à une procédure, le représentant de l'insolvabilité d'un membre, qui détient généralement les informations les plus pertinentes pour présenter une telle demande, ou un créancier.

30. S'agissant des demandes émanant de créanciers, les limites d'admissibilité applicables au dépôt d'une demande conjointe d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (recommandation 200 b i) ne doivent pas nécessairement s'appliquer. Lorsque la coordination procédurale est demandée au moment du dépôt de la demande d'ouverture, la question de l'ouverture devrait être traitée séparément de celle de la coordination procédurale, car les critères à respecter pour chacune d'elles seront généralement différents. Une fois les procédures ouvertes, il n'existe aucune raison de n'autoriser que les créanciers des membres devant être coordonnés à demander la coordination procédurale, d'autant que cette dernière est censée être bénéfique à la conduite et à l'administration des procédures. Les créanciers d'autres membres du groupe pourraient également présenter une telle demande; la décision d'ordonner la coordination procédurale ne devrait pas dépendre du statut du créancier qui dépose la demande.

e) *Tribunaux compétents*

31. La coordination procédurale peut aussi soulever des questions de compétence en ce qui concerne les demandes conjointes d'ouverture (voir par. 17 à 18 ci-dessus), lorsque différents tribunaux d'un même État ont compétence sur les différents membres du groupe soumis aux procédures d'insolvabilité. Dans les États où le problème se pose, celui-ci sera généralement tranché conformément aux règles de procédure internes. Dans certains États, les procédures devant différents tribunaux peuvent être regroupées devant un tribunal unique ou transmises à un tribunal unique, par exemple le tribunal compétent pour administrer la procédure d'insolvabilité concernant la société mère du groupe. Un certain nombre d'autres critères, comme la "règle du premier demandeur", le montant de l'endettement ou le lieu du centre de contrôle, pourraient également être choisis pour déterminer le tribunal le plus compétent au niveau interne. Avant de regrouper les procédures ou de les transmettre à un tribunal unique, il importe d'établir une communication entre les tribunaux concernés. Il se pourrait aussi que les créanciers des différents membres du groupe se trouvent dans des lieux différents, ce qui poserait des problèmes de représentation et de choix du lieu de réunion ou de constitution des comités de créanciers. Si les procédures ne peuvent être regroupées devant un tribunal unique ou transmises à un tribunal unique, la coordination entre les tribunaux compétents sera nécessaire pour atteindre l'objectif de la coordination procédurale.

32. Bien que ces questions puissent être traitées par une loi autre que celle qui régit l'insolvabilité, il est souhaitable (voir par. 19 ci-dessus) que l'approche préconisée par la recommandation 13 soit suivie. Il faudrait pour cela que la loi sur l'insolvabilité indique clairement ou mentionne par un renvoi la loi déterminant le tribunal compétent pour connaître d'une demande de coordination procédurale.

f) *Notification de la coordination procédurale*

33. Une demande de coordination procédurale pourrait être soumise aux mêmes exigences de notification qu'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir recommandations 19 et 22 à 24 et deuxième partie, chapitre premier, par. 64 à 68). Lorsqu'elle est présentée en même temps que la demande d'ouverture, la demande de coordination ne devrait être notifiée aux débiteurs concernés que si elle émane de créanciers, conformément à la recommandation 19.

34. Une demande présentée en même temps que la demande d'ouverture par des membres du groupe ne devrait pas nécessairement être notifiée aux

créanciers, conformément aux recommandations 23 et 24, mais les informations pertinentes, telles que le contenu ou les conséquences de l'ordonnance, pourraient être incluses dans la notification d'ouverture.

35. Lorsqu'une demande de coordination procédurale est présentée après l'ouverture des procédures, il peut être bon de la notifier aux créanciers, bien que la coordination ne porte pas atteinte à leurs droits fondamentaux. La notification peut être particulièrement importante lorsque la loi prévoit, comme cela est noté plus haut, que des procédures ouvertes devant différents tribunaux seront transmises à un tribunal unique ou administrées par lui, et que cette transmission risque d'avoir des incidences sur des aspects procéduraux qui intéressent les créanciers, comme le lieu de réunion d'un comité de créanciers ou le lieu de déclaration des créances.

36. Il est possible de s'acquitter de l'obligation de notification à tous les créanciers par voie de notification collective, notamment dans une publication juridique donnée, si la législation interne le permet et lorsque les circonstances s'y prêtent, par exemple lorsqu'il existe un grand nombre de créanciers (voir deuxième partie, chapitre premier, par. 69 et 70). Outre les informations requises par les recommandations ci-dessus relatives à la notification de l'ouverture d'une procédure (recommandation 25 et deuxième partie, chapitre premier, par. 71), la notification d'une ordonnance de coordination procédurale pourrait préciser le contenu de cette ordonnance et comprendre des informations concernant par exemple la coordination des audiences et des réunions et les mesures à prendre pour ce qui est du financement postérieur à l'ouverture des procédures.

g) *Modification ou mainlevée d'une ordonnance de coordination procédurale*

37. Étant donné que la coordination procédurale vise à favoriser la commodité et l'économie dans l'administration des procédures, une loi sur l'insolvabilité peut inclure des dispositions prévoyant la modification ou la mainlevée d'une ordonnance de coordination en cas de changement de circonstances. Cette approche pourrait par exemple se justifier si un redressement coordonné ne réussit pas et si chaque membre doit être mis en liquidation séparément. La mainlevée d'une ordonnance, bien que rarement nécessaire, devrait être possible étant donné que l'ordonnance initiale n'est pas censée avoir d'incidence sur les droits fondamentaux. La loi sur l'insolvabilité pourrait, à titre de protection, prévoir qu'il est possible de modifier ou de lever une ordonnance sous réserve que cela ne porte pas atteinte aux droits et intérêts acquis découlant de l'ordonnance initiale.

Recommandations 202 à 210

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est:

a) De faciliter la coordination de l'administration de ces procédures tout en respectant l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe; et

b) De favoriser la rationalisation des coûts et de permettre aux créanciers de recouvrer des sommes plus importantes.

Contenu des dispositions législatives

Coordination procédurale de deux procédures d'insolvabilité ou plus (par. 22 à 25)

202. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que l'administration des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises peut être coordonnée à des fins procédurales.

203. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal²⁷ peut ordonner la coordination procédurale à la demande d'une personne autorisée, conformément à la recommandation 206, à présenter une telle demande ou de sa propre initiative.

204. La coordination procédurale peut consister par exemple en la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité; la constitution d'un comité unique de créanciers; la coopération entre les tribunaux, notamment la coordination des audiences; la coopération entre les représentants de l'insolvabilité, notamment le partage d'informations et la coordination des négociations; la notification conjointe; la coordination entre les comités de créanciers; la coordination des procédures de présentation et de vérification des créances; et la coordination des actions en annulation. L'étendue de la coordination procédurale devrait être précisée par le tribunal.

Demande de coordination procédurale

– *Moment où présenter une demande (par. 27 et 28)*

²⁷La coordination pourrait concerner différents tribunaux compétents pour différents membres d'un groupe ou un seul tribunal compétent pour plusieurs procédures d'insolvabilité distinctes visant des membres d'un même groupe. Une ordonnance de coordination procédurale peut donc exiger l'intervention de plusieurs tribunaux.

205. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de coordination procédurale peut être formée au moment de la demande d'ouverture des procédures d'insolvabilité ou à tout moment ultérieur²⁸.

– *Personnes autorisées à présenter une demande (par. 29 et 30)*

206. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de coordination procédurale peut être présentée par:

a) Un membre d'un groupe d'entreprises visé par une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité ou soumis à une procédure d'insolvabilité;

b) Le représentant de l'insolvabilité d'un membre d'un groupe d'entreprises; ou

c) Un créancier²⁹ d'un membre d'un groupe d'entreprises visé par une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité ou soumis à une procédure d'insolvabilité.

Coordination de l'examen d'une demande (par. 31)

207. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal³⁰ peut prendre les mesures appropriées pour coordonner, avec tout autre tribunal compétent, l'examen d'une demande de coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Ces mesures pourraient comprendre, par exemple, des procédures coordonnées, des audiences coordonnées, ainsi que le partage et la communication d'informations.

Modification ou mainlevée d'une ordonnance de coordination procédurale (par. 37)

208. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'il est permis de modifier ou de lever une ordonnance de coordination procédurale, à condition que cette modification ou mainlevée n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions déjà prises en application de l'ordonnance. Lorsque plusieurs tribunaux ordonnent la coordination procédurale, ils peuvent prendre les mesures appropriées pour en coordonner la modification ou la mainlevée.

Tribunaux compétents (par. 31 et 32)

209. Aux fins de la recommandation 13, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également aux demandes et aux

²⁸La possibilité d'ordonner une coordination procédurale à un stade avancé des procédures d'insolvabilité est examinée au paragraphe 27 ci-dessus.

²⁹Un créancier ne doit pas être créancier de tous les membres du groupe à l'égard desquels il demande la coordination procédurale pour avoir le droit de former une demande.

³⁰Voir la note de bas de page relative à la recommandation 203.

ordonnances de coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises³¹.

Notification de la coordination procédurale (par. 33 à 36)

210. La loi sur l'insolvabilité devrait établir des règles pour la notification des demandes et des ordonnances de coordination procédurale, ainsi que de la modification ou de la mainlevée de telles ordonnances, notamment en ce qui concerne la portée de ces ordonnances; les parties auxquelles la notification doit être adressée; la partie à laquelle incombe la notification et le contenu de cette dernière.

C. Traitement des actifs à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

38. Les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur le débiteur et sur ses actifs sont examinés en détail ci-dessus dans la deuxième partie du chapitre II. De manière générale, cet impact serait le même en cas d'ouverture de procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Certaines conséquences qui pourraient être différentes dans le cas d'un groupe d'entreprises sont examinées ci-après. Elles concernent la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité; le financement postérieur au dépôt d'une demande; l'utilisation et la disposition des actifs; le financement postérieur à l'ouverture; l'annulation; le déclassement; et les voies de droit, notamment les ordonnances de regroupement des patrimoines.

1. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

a) Application de l'arrêt des poursuites à un membre solvable d'un groupe

39. Comme il est noté au paragraphe 26 dans la deuxième partie du chapitre II, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient un mécanisme de protection de la valeur de la masse de l'insolvabilité qui non seulement interdit aux créanciers d'engager des actions pour faire respecter leurs droits en se prévalant des moyens prévus par la loi pendant tout ou partie de la procédure d'insolvabilité, mais suspend également les actions déjà engagées contre le débiteur. Les recommandations relatives à l'application de ce mécanisme, appelé "arrêt des poursuites", s'appliqueraient de manière générale

³¹Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés au paragraphe 18 ci-dessus.

dans le cas de procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises (voir recommandations 39 à 51).

40. Une question qui pourrait se poser dans le contexte de l'insolvabilité de groupes d'entreprises, mais pas dans le cas de débiteurs autonomes, est l'extension de l'arrêt des poursuites à un membre du groupe d'entreprises non soumis à la procédure d'insolvabilité (la question ne se posera pas si la loi sur l'insolvabilité autorise qu'un membre solvable soit inclus dans la procédure). Elle peut revêtir une importance particulière pour un groupe d'entreprises en raison de l'interdépendance de ses activités commerciales. Lorsque, par exemple, des arrangements financiers sont conclus à l'échelle du groupe au moyen de garanties réciproques ou de sûretés réelles croisées, le financement octroyé à un membre pourrait avoir des incidences sur le passif d'un autre, et des actes touchant l'actif des membres non soumis à une procédure d'insolvabilité peuvent aussi avoir des incidences sur l'actif et le passif de membres visés par des demandes d'ouverture ou par des procédures d'insolvabilité ou sur leur capacité à poursuivre le cours normal de leurs affaires.

41. L'extension de l'arrêt des poursuites au membre solvable pourrait être demandée dans plusieurs situations, par exemple pour protéger une garantie intragroupe fondée sur les actifs du membre solvable garant; pour empêcher un prêteur de chercher à faire exécuter un accord à un membre solvable, si cette exécution risque d'avoir des incidences sur le passif d'un autre membre visé par une demande d'ouverture; et pour empêcher la réalisation d'une sûreté réelle sur les actifs d'un membre solvable qui sont essentiels aux activités commerciales du groupe, y compris celles des membres visés par une demande d'ouverture. Dans ces cas, l'extension de l'arrêt des poursuites peut avoir une incidence sur les activités commerciales du membre solvable et les intérêts de ses créanciers, selon la nature de ce membre et sa fonction au sein du groupe. Les activités quotidiennes d'un membre réalisant des opérations commerciales, par exemple, risquent d'être plus touchées que celles d'un membre du groupe établi pour détenir certains actifs ou assumer certaines obligations.

42. Dans certains États, il ne sera peut-être pas possible d'ordonner des mesures liées à l'insolvabilité à l'encontre d'un membre solvable d'un groupe (non partie à la procédure d'insolvabilité), car elles seraient incompatibles avec par exemple la protection des droits réels ou soulèveraient des questions de droits constitutionnels. Néanmoins, il serait possible d'obtenir le même résultat si un tribunal pouvait dans certains cas, notamment dans le cas d'une garantie intragroupe, ordonner des mesures de protection au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'égard d'autres membres du groupe. Les mesures peuvent être laissées à l'appréciation du tribunal, sous réserve des conditions qu'il juge appropriées.

43. Ces mesures pourraient être couvertes par la recommandation 48, qui prévoit que le tribunal peut prononcer des mesures en sus des mesures applicables automatiquement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (qui sont prévues dans la recommandation 46). Comme le souligne la note de bas de page relative à la recommandation 48, ces mesures supplémentaires seraient fonction des types de mesures prévues dans une loi particulière et des mesures pouvant convenir à une procédure d'insolvabilité donnée.

44. Des mesures pourraient également être prises à titre provisoire. La recommandation 39 traite des mesures provisoires, en précisant les types de mesures pouvant être prononcées "à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur ou les intérêts des créanciers, entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure".

45. La protection des intérêts des créanciers, garantis ou chirographaires, du membre solvable du groupe pourrait également être traitée dans le cadre des recommandations pertinentes du chapitre II de la deuxième partie. Les recommandations 50 et 51, par exemple, traitent expressément de la question de la protection des créanciers garantis et des motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture, et pourraient être étendues aux créanciers garantis du membre solvable du groupe. D'autres motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites pourraient être liés à la situation financière du membre solvable et aux conséquences durables de l'arrêt des poursuites pour ses opérations courantes et, éventuellement, pour sa solvabilité.

46. Lorsqu'un créancier garanti est un membre du même groupe que le ou les débiteurs, une approche différente de la question de la protection pourrait être requise, surtout lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise le regroupement des patrimoines ou le déclassement des créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (voir par. 84 à 88 ci-dessous).

b) *Financement postérieur à la demande d'ouverture*

47. Lors de l'examen du financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans la deuxième partie du chapitre II, il a été reconnu que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité était essentielle pour un redressement et dans une moindre mesure pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. L'exploitation continue exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les

assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs.

48. Le même besoin de financement peut aussi survenir entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure (financement dit "postérieur à la demande d'ouverture"). Lorsqu'un membre d'un groupe d'entreprises devient insolvable et dépose une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, cette demande constitue souvent un défaut d'exécution aux yeux des conventions de prêt existantes, ce qui autorise le prêteur à cesser d'avancer des fonds dans le cadre de ces conventions. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas l'ouverture automatique d'une procédure d'insolvabilité dès le dépôt d'une demande, plusieurs mois peuvent s'écouler entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. Pendant cette période, les tribunaux doivent procéder à une évaluation indépendante pour déterminer si les débiteurs visés par la demande répondent aux critères légaux régissant l'ouverture d'une procédure. Or, si le membre du groupe doit poursuivre son activité pendant cette évaluation, il doit pouvoir continuer à réaliser ses opérations, rémunérer ses salariés, payer ses fournisseurs et d'une manière générale mener ses activités quotidiennes. L'existence ou l'absence de financement durant cette période peut déterminer entièrement ou dans une large mesure si le redressement sera finalement une option viable ou s'il faut procéder à la liquidation. Lorsque les activités du membre insolvable sont étroitement liées à celles d'autres membres, la possibilité pour lui de poursuivre ses activités peut avoir une incidence sur la solvabilité de ces autres membres et, en définitive, selon sa position dans la hiérarchie du groupe, sur la solvabilité du groupe tout entier.

49. Comme il est noté au paragraphe 96 dans la deuxième partie du chapitre II, à défaut de dispositions dans la loi sur l'insolvabilité qui l'autorisent ou en précisent les modalités, l'octroi d'un financement avant l'ouverture d'une procédure peut aussi soulever des questions délicates, telles que l'application de pouvoirs d'annulation et l'engagement de la responsabilité du prêteur et du débiteur. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient par exemple que lorsqu'un prêteur avance des fonds à un débiteur insolvable pendant la période qui précède l'ouverture, il peut être responsable de toute augmentation du passif des autres créanciers ou que l'avance, en tant qu'opération préférentielle, est susceptible d'annulation dans toute procédure d'insolvabilité subséquente.

50. L'existence, dans la loi sur l'insolvabilité, d'une disposition permettant l'obtention d'un financement pour la période comprise entre le dépôt d'une demande d'ouverture et l'ouverture d'une procédure fournirait l'autorisation

nécessaire et donnerait à tout prêteur existant ou nouveau les assurances et les incitations nécessaires pour apporter un financement supplémentaire pendant cette période.

51. Ainsi qu'il est noté au paragraphe 44 ci-dessus, la recommandation 39 autorise le tribunal à prononcer des mesures provisoires pour préserver les actifs du débiteur avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Étant donné que ces mesures pourraient inclure l'autorisation d'un financement postérieur à la demande d'ouverture, l'octroi de ce financement devrait être considéré comme relevant du champ d'application de cette recommandation.

2. *Utilisation et disposition des actifs*

52. Comme il est noté au paragraphe 74 du chapitre II de la deuxième partie, bien qu'il soit généralement souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne lèse pas indûment les droits de propriété des tiers ou les droits réels des créanciers garantis, il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure puisse être atteint, de continuer à utiliser les actifs de la masse et les actifs en possession du débiteur dont se sert l'entreprise ou à en disposer (y compris en les grevant).

53. Si les procédures d'insolvabilité concernent deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, des questions risquent de se poser à propos de l'utilisation des actifs appartenant à un membre du même groupe qui n'est pas soumis aux procédures pour financer la poursuite de l'activité des membres qui y sont soumis en attendant le règlement des procédures. Si ces actifs sont en possession de l'un des membres soumis aux procédures, la recommandation 54, qui traite de l'utilisation d'actifs appartenant à un tiers et se trouvant en possession du débiteur, peut être suffisante.

54. Si ces actifs ne sont pas en possession de l'un des membres soumis aux procédures, la recommandation 54 ne s'appliquera généralement pas. Toutefois, dans certains cas, le membre solvable du groupe qui se trouve en possession de ces actifs sera inclus dans les procédures d'insolvabilité ou les dispositions d'un plan de redressement du groupe devront couvrir les actifs (voir par. 152 ci-dessous pour l'examen de la question de l'inclusion d'un membre solvable d'un groupe dans un plan de redressement). Si le membre solvable n'est pas inclus dans les procédures, il s'agira de savoir si ces actifs peuvent être utilisés pour soutenir les membres soumis aux procédures et, dans l'affirmative, à quelles conditions une telle utilisation serait subordonnée. L'utilisation de ces actifs risque de soulever des questions d'annulation, surtout si le membre qui apporte le soutien devient ensuite insolvable, et constitue aussi une source d'inquiétude pour les créanciers de ce membre.

3. *Financement postérieur à l'ouverture*

a) *Besoin d'un financement postérieur à l'ouverture*

55. Lors de l'examen de la question du financement postérieur à l'ouverture d'une procédure dans la deuxième partie du chapitre II (voir notamment par. 94 et 95), il a été reconnu que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité était essentielle pour un redressement et dans une moindre mesure pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. La continuité de l'exploitation exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs. Cependant, il a également été noté que nombre de lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement. Parmi celles qui traitent effectivement du financement postérieur à l'ouverture d'une procédure, pratiquement aucune n'aborde la question dans le contexte des groupes d'entreprises.

56. Le financement postérieur à l'ouverture peut être encore plus important dans le contexte d'un groupe que dans celui d'une procédure d'insolvabilité visant un débiteur autonome. Sans un financement continu, les perspectives de redresser un groupe insolvable ou de le vendre en tout ou en partie en vue de la poursuite de l'activité sont très minces. L'impact économique de l'absence de financement risque, surtout dans les grands groupes, d'être bien plus important qu'il ne le serait dans le cas d'un débiteur autonome. Les raisons de promouvoir un financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe sont donc comparables à celles qui valent pour un débiteur autonome, mais plusieurs autres questions distinctes risquent de se poser, telles que l'équilibre à trouver entre les intérêts de chaque membre du groupe et les mesures à prendre pour redresser l'ensemble du groupe; l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par des membres solvables du groupe, en particulier lorsque des questions de contrôle pourraient se poser (comme dans le cas d'un membre solvable contrôlé par la société mère insolvable); le traitement des opérations entre membres du groupe qui sont essentiellement des personnes ayant des liens privilégiés entre elles (voir glossaire principal, par. 12, al. *jj*); l'octroi d'un financement par des membres du groupe soumis à des procédures d'insolvabilité; et l'opportunité de maintenir, dans les procédures d'insolvabilité, la structure financière du groupe qui existait avant le début de l'insolvabilité, surtout si cette structure reposait sur le nantissement de tous les actifs du groupe pour un financement qui transitait par une entité centrale de ce dernier dotée de fonctions de trésorerie.

57. Le recours à un financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe exige que soient examinés l'opportunité et l'impact d'un tel financement non seulement pour le membre du groupe qui en bénéficie, mais aussi pour le membre du groupe qui le fournit ou qui en facilite l'octroi en consentant une sûreté réelle ou une sûreté personnelle. Si cet examen est réalisé par plusieurs représentants de l'insolvabilité, il est indispensable que ceux-ci se coordonnent et se mettent d'accord. Si un seul représentant est nommé pour administrer plusieurs membres d'un groupe, il devra examiner et régler les conflits d'intérêts potentiels liés au financement postérieur à l'ouverture.

b) *Sources de financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe*

58. Comme indiqué au paragraphe 99 du chapitre II de la deuxième partie, les sources de financement après l'ouverture d'une procédure risquent d'être peu nombreuses. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, il peut s'agir de sources externes et internes au groupe, les sources internes pouvant comprendre des membres solvables du groupe et des membres déjà soumis à des procédures d'insolvabilité. Même si certaines raisons d'octroyer un financement postérieur à l'ouverture peuvent être les mêmes pour les prêteurs externes et internes, ces derniers peuvent y être incités davantage dans l'intérêt de leur propre survie lorsqu'ils sont visés par un plan de redressement.

i) *Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre solvable du groupe*

59. Comme on l'a noté plus haut, une des questions qui se posent en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe d'entreprises est de savoir si les actifs d'un membre solvable du groupe peuvent être utilisés, par exemple aux fins de la constitution d'une sûreté réelle ou d'une sûreté personnelle, pour obtenir auprès d'une source externe un financement destiné à un membre insolvable ou pour financer celui-ci directement et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences pour les recommandations concernant la priorité et les sûretés réelles. Il se pourrait que le membre solvable ait intérêt à ce que la société mère, d'autres membres ou encore le groupe entier conservent leur stabilité financière afin d'assurer sa propre stabilité financière et la poursuite de son exploitation, en particulier s'il est étroitement lié aux membres insolubles ou s'il dépend d'eux pour poursuivre ses activités, ce qui sera souvent le cas, par exemple, dans un groupe manufacturier intégré verticalement. Différents types d'entités solvables, telles que les entités ad hoc ayant un passif peu important et

des actifs de valeur, pourraient participer de différentes manières à l'insolvabilité des autres membres du groupe, notamment en octroyant une sûreté personnelle ou une sûreté réelle pour aider les membres insolvable à obtenir un nouveau financement.

60. Cependant, une telle utilisation des actifs d'un membre solvable soulève plusieurs questions, en particulier s'il risque de devenir insolvable ou le devient ultérieurement. Il pourrait accorder ce financement de sa propre initiative conformément au droit des sociétés applicable et non conformément à la loi sur l'insolvabilité, mais les conséquences de ce financement pourraient être régies en définitive par cette dernière. On pourra se demander par exemple si un membre solvable du groupe pourrait bénéficier de la priorité prévue dans la recommandation 64 s'il finançait un membre insolvable; si la créance découlant de cette opération ferait, en vertu de la recommandation 184, l'objet d'un traitement spécial parce qu'elle est née entre des personnes ayant des liens privilégiés entre elles; ou si cette opération pourrait être considérée comme préférentielle conformément à la recommandation 87 et donc susceptible d'annulation en cas d'insolvabilité ultérieure du membre apportant le financement. Dans certaines lois, un tel financement peut être interdit, car il équivaldrait à un transfert d'actifs d'une entité solvable à une entité insolvable au détriment des créanciers et des actionnaires de la première.

61. Certaines des difficultés liées à l'octroi d'un financement par un membre solvable du groupe pourraient être résolues si elles étaient traitées dans le cadre d'un plan de redressement auquel le membre solvable ainsi que les personnes externes fournissant un financement pourrait participer par contrat. Cette solution pourrait convenir dans certaines situations mais la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture à un stade précoce de la procédure d'insolvabilité donne à penser qu'elle risque d'avoir une application limitée. Dans une procédure de redressement, par exemple, un tel financement serait généralement nécessaire avant qu'un plan de redressement puisse être négocié et approuvé. En cas de cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, aucun plan de redressement ne serait établi mais un financement serait nécessaire pour maintenir l'entreprise avant sa cession.

ii) Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre insolvable du groupe

62. L'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité à un autre membre qui se trouve dans le même cas n'est pas traité directement ailleurs dans le *Guide*. Certaines des interdictions générales prévues par les lois existantes en ce qui

concerne les entités insolvable qui empruntent et prêtent des fonds appellent peut-être un examen plus attentif pour faciliter l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture dans cette situation. Les raisons justifiant ces interdictions sont probablement évidentes lorsque le prêteur et l'emprunteur sont tous deux non seulement insolvable et soumis à une procédure d'insolvabilité, mais aussi membres du même groupe d'entreprises. L'appartenance au même groupe peut en outre soulever des problèmes quant aux devoirs et obligations des représentants de l'insolvabilité, lorsque le représentant de l'insolvabilité d'un membre insolvable du groupe cherche à faciliter l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture à un autre membre insolvable et que le représentant de l'insolvabilité du second membre cherche à obtenir ce financement. Il est souhaitable dans ces cas que la loi sur l'insolvabilité traite aussi bien de l'octroi que de l'obtention du financement.

63. On peut s'attendre en règle générale qu'un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité ne soit pas en mesure d'octroyer un financement postérieur à l'ouverture à un autre membre qui se trouve dans le même cas ou d'en faciliter l'octroi. Cependant, dans certaines situations, certes potentiellement limitées, il serait peut-être à la fois possible et souhaitable qu'un tel financement soit octroyé ou facilité, en particulier lorsque les intérêts du groupe d'entreprises sont considérés comme un tout. Dans la mesure où un tel financement a une incidence sur les droits des créanciers existants — garantis ou non — des deux membres du groupe, il est souhaitable de le mettre en balance avec la perspective que le maintien de la valeur d'exploitation de l'entreprise grâce à la poursuite des activités profite en fin de compte à ces créanciers. Il pourrait également être souhaitable de mettre en balance le sacrifice d'un membre du groupe au profit des autres et l'obtention d'un meilleur résultat global pour tous les membres. Bien que potentiellement difficile à atteindre, le but pourrait être de répartir équitablement les conséquences négatives résultant d'un tel financement à court terme en visant un gain à long terme, plutôt que de sacrifier un membre (et ses créanciers) au profit d'autres membres concernés par le financement postérieur à l'ouverture.

c) *Traitement de l'octroi et de l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe*

64. Les recommandations 63 à 68 visent à faciliter l'offre d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur et à assurer une protection appropriée à ceux qui fournissent un financement postérieur à l'ouverture d'une procédure, ainsi qu'à d'autres parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, ces recommandations s'appliqueraient

à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture, aux membres soumis à des procédures d'insolvabilité, par des prêteurs externes au groupe et par des membres solvables du groupe.

65. La recommandation 63 énonce les conditions d'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture d'une procédure (il faut que le représentant de l'insolvabilité juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur de la masse) et de son autorisation (par le tribunal ou par les créanciers). Ces exigences restent valables dans le contexte des groupes d'entreprises et, pour lever tout doute, il convient d'interpréter la recommandation 63 comme s'appliquant à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, obtenant d'un prêteur externe ou d'un membre solvable du groupe un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Elle ne s'applique pas à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité fournissant un financement postérieur à l'ouverture directement à un autre membre lui aussi soumis à une procédure, ou facilitant l'octroi d'un tel financement en constituant une sûreté réelle ou personnelle, ni à l'obtention d'un tel financement par le membre insolvable.

66. Pour faire pendant aux exigences de la recommandation 63 et prévoir des dispositions visant le membre du groupe qui octroie le financement, il pourrait être souhaitable d'exiger que le représentant de l'insolvabilité de ce membre détermine que la fourniture du financement postérieur à l'ouverture est nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie du membre en question ou pour préserver ou augmenter la valeur de sa masse. Une exigence supplémentaire pourrait être que tout préjudice causé aux créanciers du membre fournissant le financement soit compensé par le bénéficiaire à retirer du financement postérieur à l'ouverture.

67. Conformément à la recommandation 63, la loi sur l'insolvabilité pourrait également exiger l'autorisation du tribunal ou le consentement des créanciers du membre du groupe qui fournit le financement. Étant donné qu'un nouveau financement peut s'avérer relativement urgent pour assurer la continuité de l'activité, il est souhaitable de maintenir au minimum le nombre d'autorisations requises. Les avantages et les inconvénients des différentes considérations liées aux autorisations qui s'appliqueraient également dans le contexte d'un groupe sont examinés aux paragraphes 105 et 106 du chapitre II de la deuxième partie. En outre, puisque les questions à résoudre seront probablement plus complexes dans ce contexte, faisant intervenir un nombre plus important de parties et des relations complexes, les représentants de l'insolvabilité des membres concernés du groupe seront très probablement les mieux placés pour évaluer l'impact de l'arrangement financier proposé, tout comme ils le sont pour déterminer la nécessité d'un nouveau financement

en vertu de la recommandation 63. Si la participation des tribunaux ou des créanciers est jugée souhaitable, il convient cependant de garder à l'esprit que des retards sont possibles lorsqu'un grand nombre de créanciers doivent être consultés ou que le tribunal n'a pas les moyens de rendre des décisions rapidement.

d) *Conflit d'intérêts*

68. L'octroi d'un financement dans le contexte d'un groupe soulève des questions en ce qui concerne d'éventuels préjudices et conflits d'intérêts qui n'existent pas dans le cas d'un débiteur autonome. Un conflit d'intérêts pourrait surgir par exemple lorsqu'il s'agit de mettre en balance les intérêts du groupe dans son ensemble et ceux potentiellement différents du prêteur et du bénéficiaire du financement postérieur à l'ouverture. Un problème pourrait se poser en particulier lorsqu'un représentant unique ou le même représentant de l'insolvabilité est nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité visant plusieurs membres du groupe. Le représentant de l'insolvabilité du membre qui octroie le financement pourrait également être celui du membre bénéficiaire de ce financement et être amené à évaluer les intérêts de chaque membre et ceux du groupe. Cette situation pourrait être traitée de différentes manières dans la loi sur l'insolvabilité, par exemple, en exigeant que le tribunal ou les créanciers approuvent le financement ou en nommant un ou plusieurs représentants supplémentaires pour protéger les intérêts des créanciers des différents membres du groupe (voir par. 144 ci-dessous). Leur nomination pourrait porter sur la durée nécessaire pour résoudre ce conflit particulier ou de manière plus générale sur la durée des procédures.

69. Une autre question qui se pose est de savoir si dans le cadre des arrangements de financement de l'ensemble du groupe d'entreprises, un membre insolvable du groupe pourrait être prié de fournir une sûreté personnelle en garantie du financement octroyé à un membre solvable du groupe. Étant donné que la fourniture d'une telle sûreté équivaldrait probablement à un acte de disposition des actifs du membre insolvable, elle pourrait être visée par les recommandations traitant de cette question (voir recommandations 52 à 62).

e) *Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture*

70. La recommandation 64 prévoit qu'il est nécessaire d'établir la priorité à accorder au financement postérieur à l'ouverture d'une procédure, à savoir que les personnes octroyant ce financement devraient être remboursées avant

les créanciers chirographaires ordinaires, y compris ceux titulaires d'une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure. Elle s'appliquerait dans le contexte des groupes d'entreprises lorsqu'un tel financement est accordé à un membre du groupe par un prêteur externe. Dans ce cas, la priorité accordée reste un facteur important qui incite à octroyer un tel financement. En revanche, les éléments nécessaires pour inciter un membre du groupe à octroyer un financement à un autre membre soumis à une procédure d'insolvabilité sont peut-être légèrement différents.

71. L'intérêt du membre du groupe qui octroie le financement peut tenir davantage à l'issue de la procédure pour l'ensemble du groupe (y compris ce membre) qu'à des considérations commerciales de bénéfice ou de gains à court terme, en particulier lorsque les activités des membres du groupe sont étroitement intégrées ou interdépendantes. Dans ces conditions, il pourrait être nécessaire de se demander si le rang de priorité accordé par la recommandation 64 serait approprié. D'un côté, on pourrait considérer que ce rang de priorité encourage l'octroi d'un financement et protège suffisamment les créanciers de celui qui octroie le financement, qu'il soit interne ou externe au groupe. D'un autre côté, on pourrait estimer que, l'opération intervenant entre personnes ayant des liens privilégiés entre elles au sein d'un groupe, il est souhaitable d'accorder un rang de priorité inférieur pour protéger les intérêts des créanciers plus généralement et ménager un équilibre entre les intérêts des créanciers de celui qui octroie le financement et ceux du membre qui en bénéficie. Quelle que soit l'approche adoptée, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité accorde la priorité à ce prêt et spécifie le rang approprié.

f) *Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture*

72. Les recommandations 65 à 67, qui traitent des questions relatives à la constitution d'une sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture d'une procédure, seraient généralement applicables dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité peut constituer une sûreté réelle du type envisagé dans la recommandation 65 en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture qu'il a obtenu. Cette situation est clairement visée par les recommandations 65 à 67. Un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité peut également constituer une sûreté réelle du type envisagé dans la recommandation 65 en garantie du remboursement d'un financement octroyé à un autre membre du groupe lui aussi soumis à une procédure d'insolvabilité. Dans ce dernier cas, le membre constitue la sûreté sur ses actifs non grevés mais ne bénéficie pas directement du financement et réduit

potentiellement les actifs disponibles pour ses créanciers. Il peut cependant retirer un bénéfice indirect lorsque l'octroi du financement aide à trouver une meilleure solution à l'insolvabilité du groupe dans son ensemble. En outre, comme on l'a vu plus haut, tout détriment à court terme est compensé par le gain qu'obtiennent à long terme les créanciers, y compris ses propres créanciers. Le membre qui bénéficie du financement retire un bénéfice direct mais accroît son endettement au détriment potentiel de ses créanciers, même si ces derniers devraient également retirer un bénéfice à plus long terme.

73. Lorsqu'il est jugé souhaitable d'accorder à une sûreté réelle constituée pour garantir un nouveau financement un rang de priorité supérieur à celui d'une sûreté réelle existant sur le même actif, comme l'envisage la recommandation 66, les mesures de protection prévues par cette recommandation et par la recommandation 67 s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe.

g) *Sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture*

74. La fourniture par un membre du groupe d'une sûreté personnelle en garantie du remboursement d'un nouveau financement en faveur d'un autre membre n'est pas une situation qui se produit dans le cas d'un débiteur autonome et n'est donc pas abordée ailleurs dans le *Guide*. Cependant, comme les questions qui se posent sont comparables à celles examinées plus haut pour la constitution et l'obtention d'une sûreté réelle, il conviendra peut-être d'adopter la même approche en ce qui concerne les décisions que devront prendre les représentants de l'insolvabilité du membre qui offre la sûreté personnelle et de celui qui en bénéficie et l'autorisation éventuelle du tribunal ou le consentement éventuel des créanciers.

Recommandations 211 à 216

Objet des dispositions législatives

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

a) De faciliter l'obtention d'un financement par des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de leur entreprise ou pour préserver ou augmenter la valeur de leurs actifs;

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 ou qui reçoivent un financement postérieurement à l'ouverture 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.

Contenu des dispositions législatives

Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité (par. 62 à 67 et 74)

211. 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 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 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 octroyé à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité.

212. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un financement postérieur à l'ouverture peut être octroyé conformément à la recommandation 211, lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui avance le financement, qui constitue la sûreté réelle ou qui offre la 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 ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de sa masse; et

b) Juge que tout préjudice causé aux créanciers de ce membre du groupe sera compensé par le bénéfice à retirer de l'avance de ce financement, de la constitution de cette sûreté réelle ou de l'offre de cette sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement.

213. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'avance d'un financement, la constitution d'une sûreté réelle ou l'offre d'une sûreté personnelle ou d'une autre garantie de remboursement conformément aux recommandations 211 et 212.

Obtention d'un financement postérieur à l'ouverture 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 (par. 64 à 67)

214. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que conformément à la recommandation 63, un financement postérieur à l'ouverture peut être obtenu d'un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité par un autre membre du groupe qui se trouve lui aussi soumis à une procédure d'insolvabilité lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui obtient le financement juge que celui-ci est 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 sa 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 (par. 70 et 71)

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

Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture (par. 72 et 73)

216. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les recommandations 65, 66 et 67 s'appliquent à la constitution d'une sûreté réelle conformément à la recommandation 211 b.

4. *Actions en annulation*

a) *Nature des opérations dans un groupe d'entreprises*

75. Les recommandations 87 à 99, relatives à l'annulation, s'appliqueraient de manière générale aux opérations réalisées dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Toutefois, des considérations supplémentaires peuvent entrer en ligne de compte dans ce type d'opérations en raison de la structure du groupe et des différentes relations que les membres du groupe peuvent avoir les uns avec les autres. Il faudra parfois dépenser beaucoup de temps et d'argent pour démêler l'écheveau des opérations intragroupe afin de déterminer lesquelles seraient éventuellement susceptibles d'annulation. Comme indiqué au paragraphe 155 du chapitre II de la deuxième partie, il faut mettre en balance d'une part les coûts liés à l'action en annulation et, d'autre part, les chances de récupérer des actifs et les avantages globaux qu'en retirera

la masse dans chaque cas d'espèce. Certaines opérations qui pourraient sembler préférentielles ou sous-évaluées entre les parties immédiatement intéressées pourraient être envisagées sous un autre jour lorsqu'elles sont replacées dans le contexte plus vaste d'un groupe d'entreprises, où les inconvénients et les avantages qu'elles offrent pourraient être répartis plus largement. Ces opérations, telles que les contrats conclus pour l'établissement des prix de transfert³², peuvent être soumises à des conditions différentes des conditions commerciales habituelles qui régissent des contrats similaires conclus par des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles. De même, il se peut que certaines opérations légitimes réalisées au sein d'un groupe d'entreprises ne soient pas viables commercialement en dehors d'un groupe si les avantages et les inconvénients sont analysés sur la base de conditions commerciales normales.

76. Les opérations intragroupe peuvent représenter des activités très diverses, notamment des échanges commerciaux entre membres du groupe; le transfert de bénéfices d'un membre du groupe à une société mère; des prêts d'un membre à un autre pour l'aider à poursuivre ses activités; des transferts d'actifs et des sûretés personnelles entre membres du groupe; des paiements d'un membre du groupe à un créancier d'un autre membre avec lequel il entretient des liens privilégiés; ou une sûreté personnelle ou une hypothèque consentie par un membre du groupe pour un prêt accordé par un prêteur externe à un autre membre du groupe. Un groupe peut avoir pour pratique de tirer le meilleur parti sur le plan commercial de tout l'argent et de tous les actifs disponibles au sein du groupe dans son intérêt général, plutôt qu'au profit du membre auquel ils appartiennent. Il pourrait notamment transférer les liquidités de certains membres du groupe au membre qui le finance. Bien que cette pratique ne serve pas toujours au mieux les intérêts des membres du groupe pris individuellement, certaines lois permettent aux administrateurs de membres détenus à 100 %, par exemple, d'agir de la sorte à condition que ce soit dans l'intérêt supérieur de la société mère.

b) *Critères d'annulation dans le contexte d'un groupe d'entreprises*

77. Une question qu'il convient peut-être d'examiner, dans le cas d'un groupe, est celle de l'objectif des dispositions d'annulation. Il peut s'agir

³²Le prix de transfert est le prix des biens et des services au sein d'une organisation multidivisionnelle. Des biens de la division de la production peuvent être vendus à la division du marketing, ou des biens d'une société mère à une filiale à l'étranger. La fixation des prix de transfert détermine la répartition du bénéfice total entre les différentes composantes de la société. Il peut être avantageux de les fixer de manière que, en termes comptables, la majeure partie des bénéfices soit réalisée dans un pays où le taux d'imposition est faible.

de protéger les opérations intragroupe dans l'intérêt du groupe tout entier, du fait qu'elles constituent des opérations réalisées dans le cours normal des affaires, ou de les soumettre à un examen particulier et à une annulation plus probable en raison des liens existant entre les auteurs des opérations en tant que membres du groupe et les dispositions de la loi sur l'insolvabilité applicables aux opérations entre le débiteur et une personne ayant des liens privilégiés avec lui. La "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" est définie de manière à englober les membres d'un groupe d'entreprises tels qu'une société mère, une filiale, une société partenaire ou une société apparentée du membre insolvable à l'encontre duquel une procédure d'insolvabilité a été ouverte, ou une personne, y compris une personne morale, qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur (glossaire principal, par. 12, al. *jj*).

78. Dans certains cas, un régime plus strict peut se justifier par le fait que les personnes ayant des liens privilégiés entre elles ont plus de chances d'être favorisées et parce que, étant souvent les premières à savoir quand un membre du groupe est effectivement en difficulté financière, elles ont aussi plus de chances de tirer parti de la situation. Des actifs peuvent par exemple être transférés du membre en difficulté vers d'autres membres et continuer ainsi d'être utilisés au sein du groupe, soustraits à toute procédure d'insolvabilité. Il se peut aussi que les membres d'un groupe aient des actionnaires et des administrateurs communs qui contrôlent les opérations entre membres ou ont la possibilité de déterminer les décisions en matière de politiques opérationnelles et financières. Dans ces situations, les opérations intragroupe sont davantage susceptibles d'annulation que les opérations analogues entre personnes qui n'entretiennent aucun lien privilégié entre elles. La simple existence du groupe d'entreprises, cependant, ne suffit pas toujours à justifier que toutes les opérations intragroupe soient traitées comme des opérations entre personnes ayant des liens privilégiés entre elles qui devraient être susceptibles d'annulation, comme il est noté au paragraphe 48 dans la deuxième partie du chapitre V.

79. En conséquence, si certaines opérations effectuées dans le cadre d'un groupe peuvent clairement être considérées comme susceptibles d'annulation aux termes de la recommandation 87, d'autres, en revanche, n'entrent peut-être pas aussi clairement dans le champ d'application de cette recommandation et devront probablement faire l'objet d'un examen attentif qui permettra de déterminer quels en sont les avantages et inconvénients effectifs. Ces opérations peuvent soulever des questions quant à savoir dans quelle mesure le groupe fonctionnait comme une entreprise unique ou dans quelle mesure les patrimoines ou les activités de ses membres étaient étroitement imbriqués, ce qui risque d'influer sur la nature des opérations entre les membres eux-mêmes et entre les membres et les créanciers externes.

Certaines opérations seront des opérations intragroupe parce qu'elles ne peuvent pas être réalisées autrement ou résultent de la manière dont le groupe est structuré. Par exemple, dans certaines situations, il se peut que seul un financement intragroupe soit disponible, et il n'y aurait aucune raison de traiter une telle opération de manière plus stricte que si elle faisait intervenir un prêteur externe. De même, comme il est noté plus haut, un groupe peut avoir une trésorerie centralisée et procéder à des transferts de liquidités, ce qui ne se produirait pas si le groupe n'existait pas. Pour ce qui est des sûretés personnelles intragroupe décrites plus haut en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture, celui qui constitue la sûreté tirera probablement non pas un bénéfice direct du financement octroyé mais plutôt un bénéfice indirect, parce qu'il dépend peut-être du membre emprunteur dans le contexte des activités du groupe (par exemple en tant que fournisseur de pièces détachées dans une activité de fabrication ou en tant que fournisseur de propriété intellectuelle) ou pour d'autres raisons liées au groupe. Il sera souhaitable qu'en examinant ces opérations intragroupe, le tribunal puisse prendre en compte le contexte du groupe et examiner des facteurs tels que ceux mentionnés plus haut.

80. Il se peut aussi que certaines opérations réalisées au sein d'un groupe ne soient pas visées par les dispositions d'annulation. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient l'annulation des paiements préférentiels aux créanciers du débiteur mais non aux créanciers d'un autre membre du groupe, sauf si le paiement est effectué par exemple en réalisation d'une sûreté personnelle. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité aborde ces questions dans le contexte des groupes et inclue les facteurs liés aux groupes comme éléments à prendre en compte pour déterminer si une opération particulière entre membres d'un groupe serait susceptible d'annulation en vertu de la recommandation 87.

81. La recommandation 97 traite des éléments à prouver pour faire annuler une opération donnée et des moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation. Il conviendrait peut-être d'étudier comment ces éléments s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe et si une approche distincte s'impose. Une approche de la charge de la preuve dans le cas d'opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés entre elles pourrait consister par exemple à prévoir que l'intention ou la mauvaise foi requise est réputée ou présumée exister lorsque certains types d'opérations sont réalisées pendant la période suspecte, le cocontractant ayant la charge de prouver qu'il en est autrement. Par exemple, certaines lois établissent une présomption réfragable que certaines opérations entre les membres d'un groupe et ses actionnaires porteraient préjudice aux créanciers et peuvent donc être annulées. Une approche différente consisterait à admettre, comme on l'a noté plus haut, que les opérations qui ne seraient pas toujours

commerciallement viables hors du contexte du groupe sont généralement légitimes si elles sont effectuées au sein d'un groupe, surtout lorsqu'elles s'inscrivent dans les limites du droit applicable et dans le cours normal des affaires des membres du groupe concernés. Ce type d'opération pourrait néanmoins être soumis à un examen particulier selon les mêmes modalités essentiellement que celles préconisées par la recommandation 184 pour les créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur. Cette approche est suivie par certaines lois permettant également que les droits des membres ayant avec des membres insolubles des liens privilégiés découlant d'arrangements concernant la dette intragroupe soient subordonnés aux droits des créanciers externes de ces membres insolubles.

82. La recommandation 93 prévoit qu'un créancier ne peut engager une action en annulation qu'avec l'approbation du représentant de l'insolvabilité ou l'autorisation du tribunal. Dans le contexte d'un groupe, il peut être souhaitable de suivre la même approche, même si cela peut s'avérer difficile dans la pratique. Le degré d'intégration du groupe peut compliquer considérablement la tâche des créanciers pour ce qui est d'identifier le membre du groupe avec lequel ils ont traité et de fournir les informations requises pour engager une action en annulation.

Recommandations 217 et 218

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions d'annulation s'agissant des membres d'un groupe d'entreprises est de prévoir, en sus des considérations exposées dans les recommandations 87 à 99, que la loi sur l'insolvabilité peut:

- a) permettre au tribunal de tenir compte du fait que l'opération s'est déroulée dans le contexte d'un groupe d'entreprises; et
- b) définir les circonstances qui peuvent être prises en considération par le tribunal.

Contenu des dispositions législatives

Opérations annulables (par. 79 et 80)

217. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'il examine s'il faudrait annuler une opération du type mentionné dans la recommandation 87 a, b ou c effectuée entre des membres d'un groupe d'entreprises ou entre un membre d'un groupe d'entreprises et d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec lui, le tribunal peut tenir compte des circonstances dans

lesquelles s'est déroulée l'opération. Ces circonstances peuvent être notamment les suivantes: la relation entre les parties à l'opération; le degré d'intégration entre les membres du groupe qui sont parties à l'opération; l'objet de l'opération; le fait de savoir si l'opération a contribué aux activités du groupe dans son ensemble; et le fait de savoir si l'opération a procuré aux membres du groupe ou à d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec eux des avantages que ne s'accorderaient pas normalement des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles.

Éléments d'annulation et moyens de défense (par. 81)

218. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment les éléments mentionnés à la recommandation 97 s'appliqueraient à l'annulation d'opérations dans le cadre d'un groupe d'entreprises³³.

5. Déclassement

83. Il est noté au paragraphe 56 dans la deuxième partie du chapitre V que le déclassement désigne une modification de l'ordre de priorité entre créanciers dans le cadre de l'insolvabilité indépendamment de la validité ou de la légalité de la créance. Une créance, même valable, pourrait être déclassée en raison d'un accord volontaire entre créanciers, par lequel un créancier accepte que sa créance soit primée par la créance de l'autre, ou d'une décision judiciaire motivée, par exemple, par le comportement impropre d'un créancier ou d'une partie ayant des liens privilégiés avec le débiteur, auquel cas la créance pourrait passer après celles de tous les autres créanciers. Les deux types de créances pouvant généralement être déclassées en cas d'insolvabilité sont celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et celles des propriétaires et actionnaires du débiteur, deux types de créance que l'on rencontre dans le contexte des groupes d'entreprises.

a) *Créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur*

84. Dans le contexte des groupes d'entreprises, le déclassement des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourrait signifier par exemple que les droits des membres du groupe qui découlent d'arrangements

³³À savoir les éléments à prouver pour faire annuler une opération, la charge de la preuve, les moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation et l'application de présomptions spéciales; voir en général le *Guide législatif de la CNUDCI* (voir note de bas de page 3 ci-dessus), deuxième partie, chap. II, par. 148 à 203.

intragroupe pourraient être subordonnés aux droits des créanciers externes des membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité.

85. Il a été expliqué que le terme "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" inclurait les membres d'un groupe d'entreprises. Cependant, le simple fait d'une relation spéciale avec le débiteur, y compris, dans le contexte d'un groupe d'entreprises, l'appartenance au même groupe, ne suffira peut-être pas toujours à justifier un traitement spécial des créances d'un créancier, surtout parce qu'un tel traitement risque ensuite de désavantager les créanciers de ce dernier. Parfois, ces créances seront totalement transparentes et devraient être traitées de la même manière que les créances analogues déclarées par des créanciers n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur; dans d'autres cas, elles pourront susciter des soupçons et mériteront une attention particulière. Il pourra être nécessaire qu'une loi sur l'insolvabilité comporte un mécanisme permettant de déceler les types de comportement ou de situations dans lesquels des créances mériteront une attention particulière. Comme il est noté plus haut, des considérations similaires valent pour l'annulation d'opérations entre membres d'un groupe d'entreprises.

86. Plusieurs situations dans lesquelles pourrait se justifier un traitement spécial des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (par exemple, lorsque le débiteur est nettement sous-capitalisé et lorsqu'il y a preuve d'abus de confiance) sont recensées au paragraphe 48 dans la deuxième partie du chapitre V. Elles vaudraient généralement aussi dans le contexte d'un groupe d'entreprises. D'autres considérations pourraient entrer en ligne de compte, par exemple dans la relation entre une société mère et un membre contrôlé du groupe: la participation de la société mère à la gestion du membre contrôlé; le fait de savoir si la société mère a cherché à manipuler des opérations intragroupe à son propre avantage aux dépens des créanciers externes; ou le fait de savoir si elle s'est par ailleurs comportée de manière injuste, au détriment des créanciers et des actionnaires du membre contrôlé. Des exemples de comportement injuste pourraient être l'imposition de frais de gestion ou de consultants excessifs ou des politiques de dividendes conçues pour dépouiller de ses fonds le membre contrôlé du groupe. Dans certaines lois, l'existence de ces situations pourrait entraîner le déclassement des créances de la société mère après celles de créanciers chirographaires n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur, voire d'actionnaires minoritaires du membre contrôlé du groupe.

87. Certaines lois prévoient d'autres approches en ce qui concerne les opérations intragroupe, par exemple permettre que les dettes contractées par un membre du groupe ayant emprunté des fonds dans le cadre d'un arrangement de prêt intragroupe soient subordonnées d'office aux droits des créanciers

externes de ce membre; permettre au tribunal d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à un membre du groupe devraient être traités comme un apport de capital plutôt que comme un prêt, lorsque les apports de capital sont subordonnés aux droits des créanciers (pour le traitement des participations au capital, voir plus loin); et autoriser que des créances intragroupe soient subordonnées, de manière volontaire, aux créances externes.

88. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, une décision de déclassement pourrait avoir pour conséquence pratique de réduire ou d'éteindre purement et simplement les remboursements aux membres du groupe dont les créances ont été déclassées si le montant des créances garanties et chirographaires externes est important par rapport aux fonds disponibles pour la répartition. Dans certains cas, une telle conséquence risquerait de compromettre la viabilité du membre subordonné et de porter préjudice non seulement à ses propres créanciers mais aussi à ses actionnaires et, en cas de redressement, à l'ensemble du groupe. L'adoption d'une politique de déclassement de ces créances peut aussi avoir pour effet de décourager les prêts intragroupe.

b) *Traitement des participations au capital*

89. De nombreuses lois sur l'insolvabilité font une distinction entre les créances des propriétaires et des actionnaires susceptibles de naître de prêts accordés au débiteur et les créances résultant de leur participation au capital du débiteur (voir deuxième partie, chapitre V, par. 76). S'agissant de ces dernières, de nombreuses lois sur l'insolvabilité excluent généralement les propriétaires et les actionnaires de la répartition du produit des actifs tant que toutes les autres créances ayant un rang de priorité supérieur n'ont pas été intégralement remboursées (y compris les créances d'intérêts courant à partir de l'ouverture de la procédure). Aussi les actionnaires et les propriétaires recevront-ils rarement quelque chose pour leur participation au capital du débiteur. Lorsqu'une partie du produit leur revient, celle-ci est généralement répartie en fonction du classement des actions spécifié dans le droit des sociétés et dans les statuts de l'entreprise. En revanche, les créances nées de prêts ne sont pas toujours déclassées.

90. Rares sont les lois sur l'insolvabilité qui traitent expressément du déclassement des créances résultant d'une participation au capital dans le contexte des groupes d'entreprises. L'une d'entre elles permet aux tribunaux d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité devraient être traités comme un apport de capital plutôt que

comme un prêt intragroupe, ce qui permet de les subordonner aux droits des créanciers. Ces fonds seront probablement traités comme une participation au capital si le ratio initial endettement/fonds propres était élevé avant leur apport et diminue après cet apport; si le capital social libéré était insuffisant; s'il est peu probable qu'un créancier externe aurait consenti un prêt dans les mêmes circonstances; et si les conditions dans lesquelles l'avance a été consentie n'étaient pas raisonnables ou qu'on ne pouvait pas raisonnablement attendre un remboursement.

91. Le déclassement est examiné plus haut dans le contexte du traitement des créances et des priorités. Le *Guide* ne recommande toutefois pas que la loi sur l'insolvabilité prévoie le déclassement de certains types de créances, et note simplement que les créances déclassées auraient un rang inférieur aux droits des créanciers chirographaires ordinaires (recommandation 189)³⁴.

D. Voies de droit

92. En raison de la nature des groupes d'entreprises et de la façon dont ils opèrent, il peut y avoir une toile complexe d'opérations financières intragroupe et les créanciers peuvent avoir traité avec différents membres, ou même avec le groupe en tant qu'entité économique unique et non avec plusieurs membres séparément. Démêler les actifs et les passifs et identifier les créanciers de chaque membre du groupe peut exiger un examen juridique complexe et coûteux. Cependant, puisque le principe de l'entité distincte veut que chaque membre ne soit responsable qu'à l'égard de ses propres créanciers, il faudra peut-être, lorsque des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus, dissocier l'actif et le passif de chacun.

93. Lorsqu'on y parvient, le principe de l'entité distincte a pour effet de limiter le recouvrement des créances aux actifs du membre sur lequel portent ces créances. Lorsqu'on ne peut y parvenir ou lorsque des raisons précises conduisent à traiter le groupe comme une entreprise unique, certaines lois prévoient des voies de droit permettant de déroger au principe de l'entité distincte. À l'origine, ces voies de droit ont été développées pour remédier à l'impression d'inefficacité et d'iniquité que donnait, dans certains cas concernant des groupes, le principe traditionnel de l'entité distincte. Ces voies de droit, qui s'ajoutent à la possibilité d'annuler des opérations intragroupe ou de déclasser des prêts intragroupe, peuvent notamment être les suivantes: étendre aux membres solvables du groupe ainsi qu'aux dirigeants

³⁴Voir également *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (publication des Nations Unies numéro de vente: F.09.V.12), chap. V.

et aux actionnaires l'obligation de paiement des dettes externes; et ordonner une contribution ou encore la mise en commun ou le regroupement des patrimoines. Certaines d'entre elles exigent la constatation d'une faute, d'autres l'établissement de certains faits en relation avec les opérations du groupe. Dans certains cas, notamment en cas de mauvaise gestion, d'autres voies de droit pourraient être plus adéquatement utilisées, par exemple la révocation des administrateurs incriminés et la limitation de la participation de la direction à la procédure de redressement.

94. En raison de l'iniquité qui peut naître de l'obligation pour un membre du groupe de partager l'actif et le passif avec d'autres membres potentiellement moins solvables, les voies de droit qui dérogent au principe de l'entité distincte ne sont pas toujours disponibles, ne couvrent généralement pas toutes les situations et ne s'appliquent que dans des cas limités. Celles qui consistent à étendre l'obligation de paiement des dettes peuvent permettre de "percer" ou de "lever" le "voile de la personnalité morale" et donc de tenir les actionnaires, généralement exonérés de toute responsabilité pour les activités de l'entreprise, responsables de certaines d'entre elles. Ce n'est pas le cas des voies de droit examinées ci-après, même si, dans certaines circonstances, l'effet peut sembler similaire.

1. Extension de la responsabilité

95. L'extension de la responsabilité pour les dettes externes et, dans certains cas, pour les actes des membres du groupe faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité aux membres solvables et aux dirigeants concernés est dans certaines lois une voie de droit ouverte à chaque créancier au cas par cas, et qui dépend de la relation de ce créancier avec le débiteur.

96. De nombreuses lois reconnaissent des circonstances dans lesquelles la responsabilité limitée des sociétés admet des exceptions et où un membre du groupe et les dirigeants concernés pourraient être tenus responsables des dettes et actes d'un autre membre du groupe. Certaines lois adoptent une démarche prescriptive en limitant strictement ces circonstances; d'autres adoptent une démarche plus ouverte en laissant aux tribunaux une large marge d'appréciation pour évaluer chaque cas d'espèce à partir de principes directeurs précis. Dans les deux cas, cependant, l'extension de la responsabilité au-delà du membre insolvable se justifie par la relation entre ce membre et les membres ayant des liens privilégiés avec lui en matière de participation et de contrôle. Un autre facteur qui pourra entrer en ligne de compte est le comportement du membre ayant des liens privilégiés avec le membre soumis à une procédure d'insolvabilité vis-à-vis des créanciers de ce membre.

97. Il existe différentes formulations des circonstances dans lesquelles la responsabilité pourrait être étendue mais les exemples relèvent généralement des catégories suivantes. On notera cependant que les lois ne reprennent pas toutes ces catégories et que parfois celles-ci se chevauchent:

a) Utilisation abusive par un membre du groupe (peut-être la société mère) du contrôle qu'il exerce sur un autre membre, notamment l'exploitation constamment à perte de ce membre dans l'intérêt de la société mère;

b) Conduite frauduleuse de l'actionnaire dominant, notamment le siphonnement frauduleux des actifs d'un membre du groupe ou l'accroissement frauduleux de son passif, ou la conduite des affaires de ce membre dans l'intention de frauder les créanciers;

c) Exploitation d'un membre du groupe comme mandataire, fiduciaire ou partenaire de la société mère;

d) Conduite des affaires du groupe ou d'un membre du groupe d'une manière risquant de porter préjudice à certaines catégories de créanciers (par exemple, endettement envers les salariés d'un membre du groupe);

e) Fragmentation artificielle d'une entreprise unique en plusieurs entités dans le but d'échapper à d'éventuelles responsabilités; non-respect de l'obligation de traiter les membres d'un groupe en tant qu'entités juridiques distinctes, notamment le non-respect de la responsabilité limitée des membres du groupe ou la confusion d'actifs personnels et sociaux; ou utilisation de la structure de groupe comme simple leurre ou façade, par exemple l'utilisation de la forme sociale pour se soustraire à des obligations légales ou contractuelles;

f) Capitalisation insuffisante d'un membre du groupe de sorte qu'il ne dispose pas des capitaux nécessaires pour mener ses opérations, pouvant se produire à la création de l'entité ou résulter d'un épuisement du capital du fait de remboursements aux actionnaires ou du fait que ces derniers touchent des montants supérieurs aux bénéfices distribuables;

g) Fausse déclaration sur la nature réelle du groupe d'entreprises conduisant les créanciers à penser qu'ils traitent avec une entreprise unique plutôt qu'avec un membre du groupe;

h) Faute d'exécution, toute personne y compris un membre du groupe pouvant être tenue de réparer le préjudice ou le dommage subi par un autre membre du fait d'une fraude, du manquement à une obligation ou de toute autre faute d'exécution, par exemple tout acte causant un préjudice grave ou un dommage pour l'environnement;

i) Faute de gestion, les administrateurs y compris les administrateurs de fait d'un membre du groupe ayant l'obligation de surveiller par exemple si ce membre peut poursuivre normalement son activité compte tenu de sa situation financière et étant tenus de demander l'ouverture d'une procédure

d'insolvabilité dans un délai spécifié une fois qu'il est devenu insolvable. Permettre ou ordonner à un membre du groupe de contracter des dettes alors qu'il est insolvable ou risque de le devenir relèverait de cette catégorie; et

j) Non-respect de la réglementation, notamment de l'obligation de tenir une comptabilité régulière d'un membre contrôlé du groupe.

98. Généralement, le simple fait qu'un membre du groupe contrôle ou domine un autre membre, ou toute autre forme d'intégration économique étroite au sein d'un groupe d'entreprises, n'est pas considéré comme une raison suffisante pour ignorer la personnalité juridique distincte de chaque membre et pour lever le masque de la personnalité morale.

99. Dans plusieurs des exemples où la responsabilité pourrait être étendue à la société mère, les membres de son conseil d'administration (qui peuvent être des administrateurs officiellement désignés, des administrateurs occultes ou de fait) pourront aussi être tenus personnellement responsables. Même si les administrateurs d'un membre du groupe sont généralement redevables de certaines obligations envers ce dernier, ils devront peut-être concilier ces obligations avec les intérêts commerciaux et financiers généraux du groupe. Pour défendre ces intérêts généraux, par exemple, il faudra peut-être dans certaines circonstances sacrifier ceux de certains membres. Pour déterminer si les administrateurs d'une société mère seront personnellement responsables des dettes ou actes d'un membre contrôlé faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité, on pourrait, le cas échéant, se fonder sur les éléments suivants: participation active à la gestion du membre contrôlé; existence d'une négligence ou d'une fraude grave dans la gestion du membre contrôlé; manquement de la direction de la société mère à son obligation de vigilance et de diligence, ou abus du pouvoir de gestion; ou existence d'une relation directe entre la manière dont le membre contrôlé a été géré et son insolvabilité. Dans certains États, les administrateurs peuvent également être déclarés pénalement responsables. Pour étendre la responsabilité dans de tels cas, une des principales difficultés consiste à prouver le comportement en question de manière à établir que la société mère était l'administrateur occulte ou de fait de l'autre membre du groupe.

100. Il existe également des lois en vertu desquelles la société mère assume par contrat la responsabilité des dettes des membres contrôlés, en particulier lorsque les créanciers concernés sont des banques, ou par des mécanismes volontaires de garantie réciproque. Dans d'autres lois, qui prévoient différentes formes d'intégration des groupes d'entreprises, le membre principal du groupe peut être solidairement responsable envers les créanciers des membres intégrés, pour des dettes naissant aussi bien avant qu'après l'intégration.

2. *Ordonnances de contribution*

101. Une ordonnance de contribution est une ordonnance par laquelle un tribunal peut enjoindre à un membre solvable d'un groupe de verser un montant déterminé pour payer tout ou partie des dettes d'autres membres du groupe soumis à des procédures d'insolvabilité, en particulier s'il a agi de manière inappropriée envers les membres insolubles. Les actes inappropriés pourraient être notamment les suivants: transfert des actifs d'un membre défaillant à un autre membre du groupe pour un prix insuffisant ou fait pour un membre de tirer parti des avantages fiscaux revenant au membre défaillant et réduction du montant qui sera remboursé aux créanciers du membre défaillant dans une procédure d'insolvabilité ultérieure. Le fait que de tels actes puissent être commis sans qu'il existe de voies de droit pour y remédier pourrait porter préjudice aux créanciers du membre insoluble et constituer une aubaine pour les actionnaires du membre solvable.

102. Bien que les ordonnances de contribution ne soient pas très courantes dans les lois sur l'insolvabilité, quelques États ont adopté de telles mesures ou envisagent de le faire, en les limitant généralement aux procédures de liquidation. Toutefois, certaines des questions que ces ordonnances sont censées régler ne nécessitent pas forcément l'inclusion de dispositions spécifiques dans la loi sur l'insolvabilité, étant donné que d'autres lois peuvent déjà prévoir des voies de droit, comme celles concernant la responsabilité et la faute de gestion.

103. La difficulté la plus fréquente s'agissant de décider s'il convient de rendre une ordonnance de contribution consiste à concilier les intérêts des actionnaires et des créanciers chirographaires du membre solvable et ceux des créanciers chirographaires du membre en liquidation, en particulier lorsque l'ordonnance risque de compromettre la solvabilité du premier. Les créanciers du membre solvable pourraient faire valoir qu'ils comptaient sur les actifs séparés de ce membre lorsqu'ils ont traité avec lui et qu'ils ne devraient pas se voir refuser le remboursement intégral de leurs créances en raison de la relation de ce membre avec d'autres membres du groupe ou de son comportement envers ceux-ci. La difficulté de concilier ces intérêts différents explique que le pouvoir d'ordonner une contribution ne soit pas souvent exercé. Des tribunaux ont également estimé qu'il ne conviendrait pas d'ordonner le versement d'une contribution intégrale si la solvabilité d'un membre non encore soumis à une procédure d'insolvabilité s'en trouvait menacée, mais qu'il serait possible d'ordonner le versement d'une contribution partielle limitée à certains actifs, tels que le solde restant dû après exécution des obligations de bonne foi.

104. Dans les lois qui autorisent les ordonnances de contribution, le tribunal doit tenir compte de certaines circonstances déterminées lorsqu'il examine s'il convient de rendre une telle ordonnance. Ces circonstances ont trait à la relation entre le membre solvable et le membre soumis à une procédure d'insolvabilité et sont notamment les suivantes: la mesure dans laquelle le membre solvable a pris part à la gestion du membre insolvable; la conduite du membre solvable vis-à-vis des créanciers du membre insolvable, même si l'affirmation par les créanciers de l'existence d'une relation entre les membres du groupe ne suffit pas à motiver une telle ordonnance; la mesure dans laquelle les circonstances qui ont abouti à la procédure d'insolvabilité sont imputables aux actes du membre solvable; la conduite du membre solvable après l'ouverture de la procédure concernant le membre insolvable, surtout si cette conduite a des répercussions directes ou indirectes sur les créanciers de ce membre, par exemple en cas d'inexécution d'un contrat auquel le membre insolvable est partie; et tout autre élément que le tribunal juge approprié³⁵. Une telle ordonnance pourrait également être prononcée par exemple lorsque le membre contrôlé doit assumer une lourde responsabilité pour des dommages corporels ou lorsque la société mère a permis au membre contrôlé de poursuivre son activité alors qu'il était insolvable.

3. *Regroupement des patrimoines*

a) *Introduction*

105. Comme il est noté au paragraphe 22 ci-dessus, lorsqu'une coordination procédurale est ordonnée, les actifs et les passifs des débiteurs restent distincts, les droits fondamentaux des réclamants demeurant inchangés. Le regroupement des patrimoines, en revanche, permet au tribunal, dans des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un même groupe, de ne pas tenir compte, dans des circonstances appropriées, de l'identité distincte de chaque membre, de regrouper leurs actifs et passifs respectifs et de les traiter comme s'il s'agissait de l'actif et du passif d'une entité unique. Les actifs sont donc traités comme s'ils faisaient partie d'une masse unique au profit général de l'ensemble des créanciers des membres ainsi regroupés. Peu d'États disposent de lois autorisant les décisions de regroupement et, lorsque cette voie de droit existe, elle est soumise à de strictes règles de preuve et n'est pas fréquemment utilisée. Une préoccupation de taille est que le regroupement remet en cause le principe de l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe, qui est souvent utilisé pour structurer un groupe d'entreprises de manière à répondre à diverses considérations commerciales, remplissant différents objectifs et ayant d'importantes conséquences en ce qui

³⁵*New Zealand Companies Act 1993* (loi néo-zélandaise sur les sociétés), sect. 271 1 a et 272 1).

concerne par exemple le droit fiscal, le droit des sociétés et les règles de gouvernement d'entreprise. De nombreux avantages issus de la souplesse de cette structure pourraient être perdus si les tribunaux consentaient systématiquement au regroupement des patrimoines.

106. Malgré l'absence de dispositions législatives expresses ou de norme prescrite sur les circonstances dans lesquelles le regroupement des patrimoines peut être ordonné, les tribunaux de certains États ont directement contribué au développement de ces ordonnances et à la définition des circonstances adéquates. Cette pratique montre que les tribunaux sont davantage conscients du recours fréquent à des structures organisationnelles imbriquées pour des motifs fiscaux et commerciaux, mais les circonstances qui justifieraient une décision de regroupement sont néanmoins très limitées. Il s'agit notamment de situations où l'intégration poussée, par participation ou par contrôle, des opérations et des activités des membres d'un groupe rendrait très difficile voire impossible de démêler les actifs et les passifs des différents membres pour déterminer par exemple à qui appartient tel ou tel actif et qui sont les créanciers de chaque membre, sans y consacrer beaucoup de temps et de ressources et sans nuire en définitive à l'ensemble des créanciers.

107. Le regroupement des patrimoines est généralement examiné dans le contexte d'une liquidation et la législation qui l'autorise le fait uniquement dans ce contexte. Il existe toutefois des propositions législatives qui autoriseraient le regroupement des patrimoines dans le contexte de différents types de redressement. Dans les États dépourvus de législation spécifique, il serait possible d'ordonner un regroupement des patrimoines en cas de liquidation et en cas de redressement lorsqu'une telle décision pourrait par exemple faciliter le redressement du groupe. Généralement ordonné par le tribunal, le regroupement des patrimoines pourrait également se faire sur la base d'un consensus des parties intéressées. Certains commentateurs estiment que le regroupement des patrimoines par consensus se produit fréquemment dans des affaires concernant des groupes d'entreprises, et souvent dans des situations où les tribunaux donneraient généralement gain de cause aux créanciers qui s'y opposeraient si une demande formelle était présentée. Un regroupement des patrimoines pourrait également se faire au moyen d'un plan de redressement. Certaines lois autorisent l'insertion, dans un plan, de propositions de regroupement du patrimoine du débiteur avec ceux d'autres membres du groupe, solvables ou non. Un tel plan pourrait être appliqué si les créanciers l'approuvent par vote.

108. Le regroupement des patrimoines pourrait se justifier en l'absence de séparation réelle entre les membres et si la structure du groupe est maintenue uniquement à des fins malhonnêtes ou frauduleuses. Dans certains États, on considère également qu'il se justifie lorsqu'il accroît la valeur à répartir entre

les créanciers, soit en raison de la relation structurelle entre les membres du groupe, de la conduite de leurs affaires et de leurs relations financières, soit en raison de la valeur des actifs communs à l'ensemble du groupe, tels que la propriété intellectuelle dans un processus où interviennent plusieurs membres du groupe et dans le produit de ce processus.

109. Les principales inquiétudes que suscitent ces décisions de regroupement, outre celles liées au problème fondamental du non-respect du principe de l'entité distincte, tiennent notamment à l'injustice qui peut être faite à un groupe de créanciers lorsqu'il est contraint à un partage *pari passu* avec des créanciers d'un membre moins solvable du groupe, et au fait de savoir si les économies ou les avantages dont bénéficie la collectivité des créanciers l'emportent ou non sur les inconvénients que chacun d'eux doit accessoirement subir. Il se pourrait que certains créanciers aient compté sur les actifs distincts ou sur l'identité juridique distincte d'un membre précis du groupe lorsqu'ils traitaient avec lui, et ils ne devraient donc pas se voir refuser un paiement intégral en raison des relations de leur partenaire commercial avec un autre membre du même groupe dont ils n'avaient pas connaissance. Il se pourrait que d'autres créanciers aient compté sur les actifs du groupe dans son ensemble, et il serait injuste de limiter leur recouvrement aux actifs d'un seul membre du groupe.

110. Comme il suppose la mise en commun des actifs de différents membres du groupe, le regroupement ne permettra pas nécessairement à chacun des créanciers de recouvrer davantage mais il pourrait avoir plutôt pour effet de niveler les sommes recouvrées par l'ensemble des créanciers, en augmentant le montant distribué à certains au détriment d'autres. De plus, la possibilité d'un regroupement risque de permettre à des créanciers plus solides et plus importants de tirer profit d'actifs qui ne devraient pas leur revenir; d'inciter des créanciers opposés à une décision de regroupement à en demander l'examen, au risque de prolonger la procédure d'insolvabilité; et de compromettre la sécurité et l'opposabilité des sûretés réelles (si des créances intragroupe disparaissaient en raison d'un regroupement, les créanciers titulaires de sûretés réelles en garantie de ces créances perdraient leurs droits).

111. Le regroupement des patrimoines concernerait généralement les membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, mais il pourrait dans certains cas, comme le permettent certaines lois sur l'insolvabilité, s'étendre à un membre apparemment solvable. Il pourrait en être ainsi lorsque les affaires de ce membre sont si étroitement liées à celles des autres membres du groupe qu'il serait impossible de l'exclure du regroupement, lorsqu'il serait avantageux de l'inclure dans le regroupement parce que des recherches plus poussées montrent qu'il était en réalité insolvable du fait de

la confusion des actifs, ou lorsque l'entité est fictive ou se livre à des pratiques frauduleuses. Si le membre solvable du groupe doit être inclus, la situation peut être particulièrement préoccupante pour ses créanciers, et une solution limitée pourrait être adoptée de sorte que l'ordonnance de regroupement des patrimoines ne s'applique qu'aux capitaux propres du membre solvable pour protéger les droits de ces créanciers, ce qui serait toutefois difficile en cas de confusion des actifs ou de fraude.

b) *Circonstances justifiant un regroupement des patrimoines*

112. Plusieurs éléments jugés utiles pour déterminer si un regroupement des patrimoines se justifie ou non ont été recensés, tant dans la législation qui autorise les décisions de regroupement de patrimoines que dans la pratique des tribunaux qui ont contribué à développer ces dernières. Dans chaque cas, il s'agit de mettre en balance ces différents éléments pour prendre une décision juste et équitable; aucun élément n'est nécessairement décisif à lui seul et tous ne doivent pas être réunis pour chaque cas d'espèce. Ces éléments sont notamment les suivants: la présence d'états financiers consolidés pour le groupe; l'utilisation d'un seul compte bancaire pour tous les membres du groupe; le fait qu'il y ait une communauté d'intérêts entre les membres du groupe et que leur capital soit détenu par les mêmes personnes; la difficulté d'isoler l'actif et le passif de chaque membre; le partage des frais indirects, de gestion, de comptabilité et autres frais connexes entre différents membres du groupe; l'existence de prêts intragroupe et de garanties réciproques pour ces prêts; la mesure dans laquelle des actifs ou des fonds ont été transférés d'un membre à l'autre pour des raisons pratiques, sans respecter les formalités appropriées; la suffisance de capital; la confusion d'actifs ou d'opérations commerciales; la nomination d'administrateurs ou de dirigeants communs et la tenue de conseils d'administration communs; un établissement commun; des opérations frauduleuses avec des créanciers; la pratique d'inciter les créanciers à considérer le groupe comme une entité unique, ce qui crée la confusion chez les créanciers qui ne savent pas avec quel membre du groupe ils ont traité et brouille par ailleurs les contours juridiques des membres du groupe; et le point de savoir si un regroupement des patrimoines faciliterait un redressement ou sert les intérêts des créanciers.

113. Même si ces nombreux facteurs conservent leur pertinence, certains tribunaux ont commencé à se concentrer sur un nombre limité d'entre eux et en particulier sur le point de savoir si les affaires des membres du groupe sont tellement imbriquées que la séparation des patrimoines ne peut se faire qu'au prix d'une perte considérable de temps et d'argent ou si les membres d'un groupe se livrent à des pratiques frauduleuses ou à des activités sans objet commercial légitime. Dans le premier cas, le degré d'imbrication

requis est difficile à quantifier et a été défini de diverses manières par différents tribunaux: que les actifs sont irrémédiablement imbriqués ou pratiquement impossibles à démêler; qu'il serait excessivement long ou coûteux, par rapport au résultat escompté, de démêler les relations entre les membres du groupe et de déterminer qui est propriétaire de tel ou tel actif, ou que les actifs sont tellement imbriqués qu'ils compromettraient la réalisation d'actifs nets pour les créanciers; ou que la distribution de l'actif et du passif entre les membres concernés est essentiellement arbitraire et sans rapport avec la réalité économique. Dans un cas particulier où le degré d'imbrication a été considéré comme justifiant un regroupement des patrimoines, les tribunaux ont tenu compte de divers facteurs, en particulier du fonctionnement des membres du groupe et de leurs relations entre eux, notamment en ce qui concerne la gestion et les finances; de la bonne tenue des comptes de chaque membre du groupe; du respect des procédures internes du groupe; des modes de transfert de fonds et d'actifs entre les divers membres; ainsi que d'autres facteurs similaires concernant les opérations du groupe.

114. Le type de fraude dont il s'agit ici n'est pas la fraude dans les opérations quotidiennes d'une société, mais plutôt l'absence totale d'objet commercial légitime, qui peut avoir trait soit aux raisons pour lesquelles la société a été créée, soit aux activités qu'elle mène une fois créée (voir par. 97 *e* ci-dessus). On peut par exemple citer le cas du débiteur qui transfère pratiquement tous ses actifs à une entité nouvellement créée ou à des entités séparées qu'il détient, afin de préserver et de conserver ces actifs pour son propre bénéfice et ainsi gêner, retarder et frauder ses créanciers, la simulation³⁶ ou la vente pyramidale (chaîne de Ponzi³⁷) et d'autres pratiques frauduleuses similaires

c) *Demande de regroupement des patrimoines*

i) *Personnes autorisées à présenter une demande*

115. Une loi sur l'insolvabilité devrait traiter la question de savoir qui peut présenter une demande de regroupement des patrimoines et à quel moment. S'agissant de la première partie de la question, il semblerait approprié de suivre l'approche de la recommandation 14 concernant les parties autorisées à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Dans le contexte

³⁶La simulation peut consister à créer des contrats qui n'expriment pas la véritable intention des parties et qui sont dépourvus d'effet entre elles ou dont les effets sont différents de ceux décrits dans leurs clauses, autrement dit des contrats fictifs.

³⁷Opération d'investissement frauduleuse qui consiste à rémunérer des investisseurs distincts avec l'argent qu'ils ont investi ou l'argent des investisseurs suivants, et non avec des gains réels.

d'un groupe d'entreprises, ces parties seraient un membre du groupe et un créancier de tout membre. Il conviendrait en outre d'autoriser le représentant de l'insolvabilité d'un membre à demander le regroupement car il arrive souvent que le ou les représentants nommés pour administrer les membres d'un groupe disposent des informations les plus complètes sur ces derniers et soient ainsi les plus à même d'apprécier s'il est approprié ou souhaitable de procéder à un regroupement des patrimoines.

116. Bien que dans certains États le tribunal puisse décider de sa propre initiative d'ordonner le regroupement des patrimoines, la gravité des effets d'une telle décision impose de suivre une procédure juste et équitable et de donner la possibilité aux parties intéressées d'être entendues et de s'opposer à une telle décision, conformément aux recommandations 137 et 138. Il semble donc bon d'établir une distinction entre le regroupement des patrimoines et la coordination procédurale et de ne pas autoriser les tribunaux à décider d'un regroupement de leur propre initiative.

ii) Moment où présenter une demande

117. Étant donné que les facteurs justifiant le regroupement des patrimoines ne sont pas forcément toujours visibles ou certains au moment où la procédure d'insolvabilité est ouverte, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité apporte une réponse souple à la question du moment de la présentation d'une demande de regroupement, en autorisant qu'elle se fasse en même temps qu'une demande d'ouverture de procédure ou à tout moment ultérieur. On notera toutefois que la possibilité de demander le regroupement après l'ouverture des procédures pourrait être limitée en pratique par l'état d'avancement de l'administration de ces procédures, en particulier lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un plan de redressement, par exemple. Il se peut que certaines questions centrales aient déjà été résolues, comme la vente ou la disposition des actifs ou la déclaration et l'admission des créances, ou que certaines décisions aient été prises et appliquées à l'égard de différents membres du groupe, ce qui crée des difficultés pratiques pour regrouper des procédures partiellement administrées. Dans ce cas, il est souhaitable que la décision tienne compte de l'état d'avancement des procédures, en regroupant les différentes procédures déjà engagées et préservant les droits existants. Il serait donc envisageable par exemple de traiter les créances déjà admises à l'encontre d'un membre comme créances admises sur la masse regroupée.

118. La même approche pourrait s'appliquer à l'extension à d'autres membres d'un groupe d'un regroupement existant. Il peut devenir manifeste, à mesure que sont administrés divers membres du groupe, que d'autres

membres devraient être inclus, parce que les motifs de la décision initiale valent aussi pour ces membres. Si la décision de regroupement des patrimoines a été prise avec le consentement des créanciers ou si les créanciers ont eu la possibilité de s'opposer à une proposition de regroupement, l'ajout d'un autre membre à une étape ultérieure de la procédure peut modifier le groupe d'actifs par rapport à celui qui avait été convenu ou notifié aux créanciers à l'origine. Dans ce cas, il est souhaitable de donner à nouveau la possibilité aux créanciers d'accepter ou de refuser cet ajout. Si le regroupement des patrimoines est ordonné après une distribution partielle aux créanciers, l'adoption d'une règle garantissant l'égalité entre créanciers pourrait être souhaitable. On pourrait ainsi éviter qu'un créancier ayant été partiellement désintéressé sur les actifs du seul membre du groupe ne reçoive paiement pour la même créance dans la procédure regroupée, si le montant payé aux autres créanciers de la même classe est proportionnellement inférieur à la distribution partielle qu'il a déjà obtenue.

d) *Intérêts concurrents en cas de regroupement des patrimoines*

119. Non seulement les intérêts concurrents des créanciers des différents membres d'un groupe, mais aussi ceux d'autres parties prenantes mériteraient d'être pris en considération dans le contexte d'un regroupement des patrimoines, notamment ceux des créanciers vis-à-vis des actionnaires; ceux des actionnaires des différents membres du groupe, en particulier ceux qui sont actionnaires de certains membres mais non d'autres; et ceux des créanciers garantis et prioritaires des différents membres regroupés.

i) *Propriétaires et actionnaires*

120. De nombreuses lois sur l'insolvabilité adoptent la règle générale selon laquelle les droits des créanciers l'emportent sur ceux des propriétaires et des actionnaires, les droits de ces derniers ayant un rang inférieur à toutes les autres créances dans l'ordre de priorité régissant la répartition. Il en résulte souvent que les propriétaires et actionnaires ne reçoivent rien (voir deuxième partie, chap. V, par. 76). Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, les actionnaires de certains membres ayant de nombreux actifs et un passif peu important peuvent recevoir un paiement, alors que les créanciers d'autres membres qui ont moins d'actifs et un passif plus élevé ne recevront peut-être rien. Si le principe général qui consiste à classer les actionnaires après les créanciers chirographaires était appliqué en cas de regroupement des patrimoines à l'ensemble des membres regroupés, tous les créanciers de ces membres pourraient être payés avant les actionnaires d'un de ces membres.

ii) Créanciers garantis

121. La position des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité est examinée tout au long du *Guide* (voir annexe I pour les renvois pertinents) et l'approche adoptée est qu'en règle générale l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle valide devraient être reconnues et la valeur économique des actifs grevés préservée. Cette approche vaudra aussi pour le traitement des créanciers garantis dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Il est également reconnu qu'une loi sur l'insolvabilité peut néanmoins avoir une incidence sur les droits de ces créanciers si des considérations commerciales et économiques l'exigent, sous réserve des mesures de protection appropriées (voir deuxième partie, chap. II, par. 59).

122. Les questions qui pourraient se poser à propos du regroupement des patrimoines sont notamment les suivantes: si une sûreté réelle grevant tout ou partie des actifs d'un membre du groupe pourrait être étendue aux actifs d'un autre membre du groupe lorsqu'une décision de regroupement des patrimoines a été prise, ou si cette sûreté devrait être limitée à l'ensemble déterminé d'actifs sur lequel le créancier garanti s'était fondé à l'origine; si des créanciers garantis dont la sûreté n'est pas suffisante pourraient faire valoir des droits sur les actifs mis en commun en tant que créanciers chirographaires; et si des créanciers garantis internes (c'est-à-dire des créanciers qui sont dans le même temps membres du groupe) devraient être traités différemment des créanciers garantis externes. Les sûretés réelles qui grèvent l'ensemble de la masse d'un débiteur se cristalliseraient généralement au moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et la question de savoir si ces sûretés s'étendent aux actifs qui font l'objet du regroupement ne devrait pas se poser. Permettre l'extension d'une sûreté d'un créancier garanti à la suite d'une décision de regroupement des patrimoines améliorerait la position de ce créancier au détriment d'autres créanciers et constituerait un bénéfice ou un avantage injuste, ce qui n'est généralement pas souhaitable. Le même raisonnement pourrait s'appliquer aux créances salariales.

123. S'agissant du traitement des créanciers garantis externes, une solution pourrait consister à les exclure du regroupement des patrimoines. Les créanciers garantis qui ont tenu compte de l'identité distincte des membres du groupe, par exemple dans le cas où ils se seraient fondés sur une garantie intragroupe, devraient peut-être faire l'objet d'une attention particulière. La garantie ne pourrait pas être réalisée si les membres concernés font l'objet d'un regroupement des patrimoines et perdent leur identité distincte, le créancier garanti risquant alors d'être traité comme un créancier chirographaire, sauf si la loi lui reconnaît une certaine priorité sur d'autres créanciers dans le cadre du regroupement. Lorsque des actifs grevés sont nécessaires au redressement, une solution différente pourrait être envisagée, notamment

autoriser le tribunal à adapter la décision de regroupement de manière à prévoir des dispositions spécifiques pour ces actifs ou à exiger le consentement du créancier garanti concerné. Un créancier garanti pourrait renoncer à sa sûreté réelle à la suite du regroupement des patrimoines, la dette devenant payable par l'ensemble des entités regroupées.

124. Il faudrait peut-être aussi prendre en compte les intérêts des créanciers garantis internes. Dans certaines lois, les sûretés réelles internes pourraient s'éteindre, les créanciers se retrouvant avec une créance non garantie, ou ces créances pourraient être modifiées ou déclassées.

iii) Créanciers prioritaires

125. Des questions similaires se posent pour le traitement des créanciers prioritaires. Sur le plan pratique, ces derniers pourraient bénéficier ou pâtir de la mise en commun des actifs du groupe de la même manière que les autres créanciers chirographaires. Lorsque les priorités, par exemple celles octroyées aux prestations sociales ou aux créances fiscales, reposent sur le principe de l'entité distincte, leur traitement à l'échelle du groupe pourrait exiger un examen, surtout lorsqu'il y a interaction entre elles. Par exemple, les salariés d'un membre du groupe qui a de nombreux actifs et un passif peu important risquent d'être en concours avec ceux d'un membre qui se trouve dans la situation inverse, en cas de regroupement des patrimoines. Bien que les créanciers prioritaires puissent en général obtenir un meilleur résultat au détriment des créanciers chirographaires non prioritaires, les différents groupes de créanciers prioritaires devront peut-être revoir les attentes qu'ils pourraient avoir du fait de leur rang de priorité à l'égard des actifs d'une entité unique. Lorsque les actifs sont si étroitement imbriqués qu'il n'est pas possible de savoir qui est propriétaire de tel ou tel actif, il peut être très difficile de quantifier les priorités et de déterminer les sommes qui pourraient être disponibles pour régler chaque créance prioritaire. En conséquence, même s'il est souhaitable que les priorités établies pour chaque débiteur autonome par la loi sur l'insolvabilité soient reconnues lorsque le débiteur est visé par le regroupement, il ne sera pas toujours possible de leur donner pleinement effet.

e) Notification aux créanciers

126. Une demande de regroupement des patrimoines peut être soumise aux mêmes conditions de notification qu'une demande d'ouverture de procédure (voir deuxième partie, chap. I^{er}, par. 64 à 71 et recommandations 19 *a* et 22 à 25). Lorsqu'elle est formée au même moment que la demande d'ouverture

d'une procédure, seule la demande de regroupement des patrimoines émanant des créanciers devrait être notifiée aux débiteurs concernés, conformément à la recommandation 19. La demande formée par des membres d'un groupe en même temps que la demande d'ouverture ne devrait pas obligatoirement être notifiée aux créanciers, conformément aux recommandations 22 et 23, qui n'exigent pas la notification de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aux créanciers de l'entité concernée.

127. En raison de l'impact potentiel du regroupement des patrimoines sur les droits des créanciers, les créanciers concernés devraient avoir le droit d'être avisés de toute décision de regroupement prise au moment de l'ouverture et le droit de faire appel, conformément à la recommandation 138. Il faut notamment se demander si une seule objection suffirait à empêcher le regroupement. Une solution pourrait être par exemple d'attribuer aux créanciers opposés au regroupement qui seront fortement désavantagés par celui-ci par rapport à d'autres créanciers un paiement supérieur à celui que recevront les autres créanciers chirographaires, ce qui reviendrait à s'écarter du principe strict de répartition égale. On pourrait aussi exclure certains groupes de créanciers avec certains types de contrats, par exemple des arrangements de financement de projets avec droit de recours limité, conclus avec des membres clairement identifiés du groupe dans des conditions commerciales normales.

128. Lorsque des créanciers forment une demande de regroupement après l'ouverture des procédures d'insolvabilité, il serait souhaitable que cette demande soit notifiée aux représentants de l'insolvabilité des entités à regrouper. La notification devrait se faire de manière efficace et rapide selon les modalités définies par le droit interne.

f) *Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines*

129. La loi sur l'insolvabilité devrait déterminer les effets d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, qui pourraient notamment être les suivants: le traitement des actifs et des passifs des membres du groupe comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique; l'extinction des créances intragroupe; le traitement des créances à l'égard de chaque membre du groupe, regroupées comme s'il s'agissait de créances sur la masse regroupée; et la reconnaissance des priorités établies à l'encontre de chaque membre comme priorités sur la masse regroupée (dans la mesure du possible, compte tenu de la difficulté relevée plus haut). Les créances intragroupe disparaîtraient généralement en cas de regroupement étant donné que la créance et l'obligation de payer concernent la même masse de l'insolvabilité et s'annulent donc mutuellement.

i) Annulation d'opérations entre membres visés par le regroupement

130. Il sera difficile en pratique de demander l'annulation d'opérations conclues entre les membres dont les patrimoines ont été regroupés, puisque les actifs à recouvrer et la masse à partir de laquelle ils seraient recouverts seront considérés comme faisant partie de la même masse regroupée. En revanche, les opérations entre un membre visé par le regroupement et d'autres membres du groupe ou une partie externe seraient susceptibles d'annulation conformément aux règles normales d'annulation, y compris les règles sur le calcul de la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines. Si ces opérations peuvent être annulées et des actifs ou de la valeur recouverts, ce recouvrement bénéficiera à la masse regroupée.

ii) Calcul de la période suspecte

131. Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après l'ouverture des procédures d'insolvabilité ou lorsque des membres du groupe sont ajoutés à un regroupement à des moments différents, le choix de la date à partir de laquelle serait calculée la période suspecte à des fins d'annulation (voir deuxième partie, chap. II, par. 188 à 191 et recommandation 89) devra probablement être envisagé de manière à apporter une certaine sécurité aux prêteurs et aux autres tiers. La question peut gagner en importance à mesure que s'allonge le laps de temps entre la demande d'ouverture, ou l'ouverture, de chaque procédure d'insolvabilité et la décision de regroupement des patrimoines. Choisir la date de la décision de regroupement des patrimoines pour calculer la période suspecte aux fins d'annulation risquerait de poser des problèmes pour les opérations conclues entre la date de la demande d'ouverture, ou de l'ouverture, des procédures visant les différents membres du groupe et la date du regroupement. Une solution consisterait à calculer cette date en se fondant sur la recommandation 89. Elle risquerait d'aboutir à une date différente pour chaque membre visé par le regroupement et serait donc difficile à mettre en œuvre. Une autre solution serait de fixer une date commune en se référant à la date à laquelle une demande d'ouverture a été formée ou une procédure d'insolvabilité ouverte à l'égard des membres à regrouper, suivant ce qui intervient en premier. Dans l'un ou l'autre cas, il est souhaitable que la date soit spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité à des fins de transparence et de prévisibilité.

iii) Redressement

132. En ce qui concerne l'effet du regroupement des patrimoines sur un redressement, la valeur de liquidation aux fins de la recommandation 152 *b*

serait la valeur de liquidation de la masse regroupée et non la valeur de liquidation des différents membres avant regroupement des patrimoines. Une ordonnance de regroupement des patrimoines pourrait également avoir pour effet de réunir les créanciers pour voter un éventuel plan de redressement pour les membres du groupe visés par le regroupement. Si les créanciers sont tenus de se réunir suite à une décision de regroupement des patrimoines prise après l'ouverture des procédures, tous les créanciers des membres regroupés seront autorisés à assister aux réunions.

iv) Traitement des sûretés personnelles

133. Une décision de regroupement des patrimoines pourrait avoir différents effets sur les sûretés personnelles concernant des membres du groupe. Il se peut qu'un membre ait consenti une sûreté personnelle à un autre membre. Tous deux peuvent être visés par la décision de regroupement, mais il se peut aussi que le garant ne le soit pas. Dans le premier cas, la garantie et toutes les créances s'y rattachant s'éteindraient en tant que créance intragroupe. La deuxième situation pourrait relever des dispositions de la loi sur l'insolvabilité régissant les opérations entre personnes ayant des liens privilégiés entre elles (voir deuxième partie, chap. V, par. 48). Il se pourrait aussi qu'un garant externe ait consenti une sûreté personnelle à un membre du groupe visé par le regroupement. Sauf disposition expresse de la loi sur l'insolvabilité, cette situation relèverait du droit interne, qui pourrait limiter la créance du garant s'étant exécuté au titre de la sûreté. Il se pourrait enfin qu'un membre du groupe ait consenti une sûreté personnelle à un prêteur externe en garantie d'un financement octroyé à un autre membre et que les patrimoines des deux membres soient regroupés. Comme il a été noté plus haut, si la réalisation de la sûreté personnelle repose sur le principe de l'identité distincte des membres du groupe, le prêteur externe risque d'être considéré comme un créancier chirographaire, sauf si la loi sur l'insolvabilité lui reconnaît une certaine priorité sur d'autres créanciers des membres regroupés.

g) Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

134. Bien qu'il ne soit pas toujours possible ou souhaitable de modifier une ordonnance de regroupement des patrimoines en raison des effets considérables que celle-ci produit, une modification de l'ordonnance initiale peut être souhaitable si les circonstances viennent à changer ou si de nouvelles informations deviennent disponibles. Une telle modification ne devrait être possible que si elle ne modifie pas injustement les droits ou intérêts acquis

découlant de l'ordonnance d'origine. Ces droits ou intérêts, qu'ils naissent d'une décision du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité, peuvent avoir trait à la vente d'actifs ou à l'octroi d'un financement aux membres du groupe.

h) *Exclusions d'une ordonnance de regroupement des patrimoines*

135. Certaines lois prévoient ce que l'on peut appeler une ordonnance de "regroupement partiel ou limité des patrimoines", c'est-à-dire une décision de regroupement des patrimoines excluant certains actifs ou certaines créances.

136. Ces exclusions seront généralement rares, étant donné que la décision en faveur d'un regroupement des patrimoines est prise en cas d'imbrication des actifs ou de pratiques frauduleuses. Certaines circonstances peuvent toutefois justifier des exclusions, par exemple lorsque le propriétaire de certains actifs peut être aisément identifié ou qu'une partie des activités des membres regroupés peuvent être séparées car elles ne participent pas de la fraude; lorsque l'inclusion de certains actifs dans une ordonnance de regroupement des patrimoines risque d'aggraver les conséquences de la fraude; ou lorsque les actifs constituent une charge, comme dans le cas d'actifs comportant une responsabilité environnementale ou qu'il serait difficile ou coûteux d'administrer (voir deuxième partie, chap. II, par. 88). Les créances se rattachant aux actifs exclus seraient elles aussi exclues. Le regroupement pourrait être limité aussi, par exemple, aux créanciers chirographaires, excluant ainsi les créanciers garantis externes, qui seraient libres de réaliser leurs sûretés réelles (à moins que celles-ci ne dépendent de l'identité distincte des membres du groupe à regrouper). Une autre possibilité est d'exclure certains actifs du regroupement si en procédant autrement on risque de léser injustement les créanciers, ce motif risquant toutefois de ne pas entrer en ligne de compte dans les cas d'imbrication des actifs ou de fraude.

i) *Tribunal compétent*

137. Les questions examinées ci-dessus à propos des demandes conjointes et de la coordination procédurale concerneraient aussi le tribunal compétent pour ordonner le regroupement des patrimoines (voir par. 17 à 19 ci-dessus et recommandation 209).

Recommandations 219 à 231

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le regroupement des patrimoines est:

- a) De prévoir un cadre législatif pour le regroupement des patrimoines, tout en respectant le principe fondamental de l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises;
- b) De préciser les circonstances très limitées dans lesquelles le regroupement des patrimoines serait possible pour assurer la transparence et la prévisibilité; et
- c) De préciser l'effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, notamment le traitement des sûretés réelles.

Contenu des dispositions législatives

Principe de l'identité juridique distincte (par. 105)

219. La loi sur l'insolvabilité devrait respecter l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises. Les exceptions à ce principe général devraient être limitées aux motifs exposés dans la recommandation 220.

Circonstances dans lesquelles le regroupement des patrimoines serait possible (par. 106 et 112 à 114)

220. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier qu'à la demande d'une personne autorisée, conformément à la recommandation 223 à présenter une telle demande, le tribunal peut ordonner le regroupement des patrimoines de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises uniquement dans les circonstances limitées ci-après:

- a) Lorsqu'il a la conviction que les actifs ou les passifs respectifs des membres du groupe sont si étroitement imbriqués qu'il serait excessivement long ou coûteux de déterminer qui est propriétaire de tel ou tel actif et qui doit répondre de tel ou tel passif; ou
- b) Lorsqu'il a la conviction que les membres du groupe se livrent à des pratiques frauduleuses ou à une activité sans objet commercial légitime et que le regroupement des patrimoines est essentiel pour corriger cette situation.

Exclusions du regroupement des patrimoines (par. 135 et 136)

221. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet le regroupement des patrimoines conformément à la recommandation 220, elle devrait autoriser le tribunal à exclure des actifs et des créances déterminés d'une ordonnance de regroupement et spécifier les circonstances dans lesquelles ces exclusions pourraient être ordonnées.

Demande de regroupement des patrimoines

– Moment où présenter une demande (par. 117 et 118)

222. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de regroupement des patrimoines peut être présentée en même temps qu'une demande d'ouverture de procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises ou à tout moment ultérieur³⁸.

– Personnes autorisées à présenter une demande (par. 115 et 116)

223. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les personnes autorisées à demander le regroupement des patrimoines, à savoir notamment un membre d'un groupe d'entreprises et un créancier ou le représentant de l'insolvabilité de ce membre.

Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines (par. 129 à 133)

224. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines a les effets suivants³⁹:

a) Les actifs et les passifs des membres d'un groupe visés par un regroupement de patrimoines sont traités comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique;

b) Les créances et les dettes entre membres du groupe visés par l'ordonnance s'éteignent; et

c) Les créances à l'égard des membres du groupe visés par l'ordonnance sont traitées comme si elles étaient des créances sur la masse de l'insolvabilité unique.

Traitement des sûretés réelles en cas de regroupement des patrimoines (par. 121 à 124)

225. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les droits et priorités d'un créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif d'un membre d'un groupe d'entreprises visé par une ordonnance de regroupement des patrimoines devraient, dans la mesure du possible, être respectés en cas de regroupement des patrimoines, sauf:

a) Si le passif garanti est dû uniquement entre les membres du groupe et s'éteint du fait de l'ordonnance de regroupement des patrimoines;

b) S'il est établi que la sûreté réelle a été obtenue par une fraude à laquelle le créancier a pris part; ou

³⁸La possibilité d'ordonner un regroupement des patrimoines à un stade avancé des procédures d'insolvabilité est examinée aux paragraphes 117 et 118 ci-dessus.

³⁹L'effet sur les sûretés réelles est traité dans la recommandation 225 et aux paragraphes 121 à 124 ci-dessus.

c) Si l'opération par laquelle a été constituée la sûreté réelle est susceptible d'annulation en vertu des recommandations 87, 88 ou 217.

Reconnaissance des priorités en cas de regroupement des patrimoines (par. 125)

226. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les priorités qu'elle a établies et qui sont applicables en ce qui concerne chaque membre d'un groupe d'entreprises avant une ordonnance de regroupement des patrimoines devraient être reconnues, dans la mesure du possible, en cas de regroupement des patrimoines.

Assemblées de créanciers (par. 132)

227. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si elle exige la tenue d'une assemblée des créanciers après qu'un regroupement des patrimoines a été ordonné, les créanciers de l'ensemble des membres du groupe visés par le regroupement ont le droit d'y participer.

Calcul de la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines (par. 130 et 131)

228. 1) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle devrait être calculée la période suspecte pour l'annulation des opérations du type mentionné dans la recommandation 87 lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné pour deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises:

2) La date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement conformément à la recommandation 89 peut être:

a) Une date différente pour chacun des membres du groupe visés par le regroupement, à savoir soit la date de demande d'ouverture, soit la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre de chacun de ces membres; ou

b) Une date commune pour tous les membres visés par le regroupement, à savoir soit i) la date survenant le plus tôt parmi les dates de demande d'ouverture, ou d'ouverture, des procédures d'insolvabilité visant ces membres; soit ii) la date à laquelle toutes les demandes d'ouverture ont été faites ou toutes les procédures ont été ouvertes.

Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines (par. 134)

229. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines peut être modifiée à condition que la

modification n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions déjà prises en application de l'ordonnance⁴⁰.

Tribunal compétent (par. 137)

230. Aux fins de la recommandation 13, les mots “ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement” s'appliquent également à une demande ou une ordonnance de regroupement des patrimoines, ainsi qu'à la modification de cette ordonnance⁴¹.

Notification (par. 126 à 128)

231. La loi sur l'insolvabilité devrait établir des règles pour la notification des demandes et des ordonnances de regroupement des patrimoines et pour la modification de telles ordonnances, notamment en ce qui concerne la portée de ces ordonnances; les parties auxquelles la notification doit être adressée; la partie à laquelle incombe la notification; et le contenu de cette dernière.

E. Participants

1. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité

138. La nomination et le rôle du représentant de l'insolvabilité sont examinés aux paragraphes 36 à 74 dans la deuxième partie du chapitre III. Les questions traitées, ainsi que les recommandations 115 à 125, s'appliqueraient généralement dans le contexte des groupes d'entreprises.

a) *Coordination des procédures*

139. Lorsque plusieurs procédures sont ouvertes à l'encontre de membres d'un groupe, une ordonnance de coordination procédurale peut être prise ou non, mais dans les deux cas, la coordination de ces procédures pourrait être facilitée si la loi sur l'insolvabilité comprenait des dispositions spécifiques favorisant la coordination, conformément aux articles 25 et 26 de la Loi type de CNUDCI, et indiquant la manière d'y parvenir, en se fondant sur l'article 27 de la Loi type. Cette approche pourrait être adoptée en matière

⁴⁰Le terme “modification” n'est pas censé englober la décision de lever une ordonnance de regroupement des patrimoines.

⁴¹Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés au paragraphe 18 ci-dessus.

de coordination entre les différents tribunaux chargés d'administrer les procédures d'insolvabilité pour différents membres d'un groupe et entre les différents représentants de l'insolvabilité nommés dans ces procédures, y compris ceux nommés à titre provisoire⁴². Les obligations d'un représentant de l'insolvabilité, énoncées aux recommandations 111, 116, 117 et 120, pourraient être élargies dans le contexte d'un groupe pour englober divers aspects de la coordination, notamment: le partage et la communication d'informations; l'approbation ou l'application d'accords sur la répartition des pouvoirs et des obligations entre les représentants de l'insolvabilité; la coopération concernant l'utilisation et la disposition des actifs, la proposition et la négociation de plans de redressement coordonnés (à moins qu'il ne soit possible d'élaborer un plan unique pour le groupe, point examiné ci-après), l'utilisation des pouvoirs d'annulation, l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture; et la déclaration et l'admission des créances et la répartition des sommes entre créanciers. La loi sur l'insolvabilité pourrait aussi traiter du règlement rapide entre les différents représentants de l'insolvabilité qui ont été nommés.

140. Lorsque plusieurs représentants de l'insolvabilité sont nommés pour les différentes procédures concernant des membres d'un groupe, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser l'un d'eux à assumer un rôle prépondérant dans la coordination de ces procédures. Ce représentant pourrait être par exemple le représentant de la société mère si elle est visée par la procédure. Bien qu'un tel rôle puisse refléter la réalité économique ou la structure du groupe, il convient de préserver l'égalité de tous les représentants de l'insolvabilité au regard de la loi. La coordination sous la conduite d'un des représentants peut aussi se faire de manière volontaire, dans les limites de la loi applicable. Nonobstant ces arrangements en matière de coopération et de coordination, tous les représentants de l'insolvabilité resteraient soumis aux obligations qui leur incombent en vertu de la loi de l'État où ils ont été nommés; ces arrangements ne peuvent servir à réduire ou supprimer ces obligations.

141. Dans certains États, il se peut que ce soient les tribunaux et non les représentants de l'insolvabilité qui possèdent l'autorité principale pour coordonner les procédures d'insolvabilité. Lorsque la loi sur l'insolvabilité en dispose ainsi, et que différents tribunaux administrent des procédures visant différents membres d'un groupe, il est souhaitable que les dispositions concernant la coordination des procédures s'appliquent aussi aux tribunaux et que ces derniers disposent de pouvoirs tels que ceux décrits à l'article 27 de la Loi type de la CNUDCI.

⁴²Le glossaire explique que le terme "représentant de l'insolvabilité" désigne également un représentant nommé à titre provisoire (*Guide législatif de la CNUDCI* (voir note de bas de page 3), voir Introduction, section B).

b) *Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant*

142. La coordination de multiples procédures pourrait également être facilitée par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant pour administrer les différents membres du groupe soumis à des procédures d'insolvabilité. En pratique, il pourrait être possible de nommer un représentant pour administrer plusieurs procédures, ou il pourrait être nécessaire de nommer le même représentant pour chacune des procédures à coordonner, en fonction des règles de procédure et du nombre de tribunaux concernés. L'administration de chacun des membres du groupe resterait distincte (comme dans le cas d'une coordination procédurale), mais une telle nomination pourrait contribuer à coordonner l'administration des différents membres, à réduire les frais et les retards et à faciliter la collecte d'informations sur le groupe dans son ensemble. Sur ce dernier point, il conviendrait d'être prudent quant à la manière dont les informations sont traitées et de veiller en particulier à respecter les règles de confidentialité pour chaque membre du groupe. Il existe des États où ce type de nomination est devenue courante dans le contexte des groupes, mais de nombreuses lois sur l'insolvabilité n'abordent pas la question de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique. On a également recouru à ce type de nomination, dans une mesure limitée, dans certains cas d'insolvabilité internationale, où des représentants de l'insolvabilité de la même entreprise internationale ont été nommés dans différents États⁴³.

143. Pour déterminer s'il convient de nommer un représentant unique ou le même représentant, il faut étudier la nature du groupe, notamment le degré d'intégration de ses membres et sa structure commerciale. Il est également très souhaitable que la personne pressentie à cette fonction ait l'expérience et les connaissances adéquates, comme il est noté au paragraphe 39 dans la deuxième partie du chapitre III, expérience et connaissances qu'il faudra examiner de près avant la nomination pour s'assurer que celle-ci convient aux membres du groupe concernés. Il est souhaitable que la nomination d'un représentant unique ou du même représentant pour administrer deux membres ou plus n'intervienne que si elle est dans l'intérêt des procédures.

144. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant est nommé pour administrer plusieurs membres d'un groupe qui entretiennent des relations financières et commerciales complexes et ont différents groupes de créanciers, la neutralité et l'indépendance risquent

⁴³Voir dans le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), chap. III, par. 10 j, la référence à des affaires concernant la Région administrative spéciale de Hong Kong, les îles Vierges britanniques et les Bermudes.

d'être compromises. Des conflits d'intérêts peuvent apparaître, notamment en relation avec les garanties réciproques, les créances et les dettes intra-groupe, le financement postérieur à l'ouverture, la déclaration et la vérification des créances, ou des actes illicites commis par un membre envers un autre. L'obligation de révéler les conflits d'intérêts potentiels ou existants contenue dans les recommandations 116 et 117 s'appliquerait dans le contexte d'un groupe. Pour parer à d'éventuels conflits, le représentant de l'insolvabilité pourrait être tenu de s'engager à solliciter l'avis du tribunal ou soumis à une règle de pratique ou à une obligation légale l'y contraignant. De plus, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir la nomination d'un ou de plusieurs autres représentants de l'insolvabilité pour administrer les membres concernés du groupe en cas de conflit d'intérêt. Cette nomination pourrait être liée au domaine spécifique du conflit et se limiter à la résolution de ce conflit, ou constituer une nomination plus générale pour la durée des procédures.

c) *Débiteur non dessaisi*

145. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet au débiteur de rester en possession de son entreprise et qu'aucun représentant de l'insolvabilité n'est nommé, il faudra peut-être une attention particulière pour déterminer comment les multiples procédures devraient être coordonnées et dans quelle mesure les obligations incombant au représentant de l'insolvabilité, y compris les obligations supplémentaires mentionnées ci-dessus, s'appliqueront à ce débiteur non dessaisi (voir deuxième partie, chap. III, par. 16 à 18). Dans la mesure où ce dernier remplit les fonctions de représentant de l'insolvabilité, il conviendrait peut-être également d'étudier la manière dont les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité permettant la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant ou permettant à l'un des multiples représentants de jouer un rôle prépondérant dans la coordination des procédures pourraient s'appliquer à ce débiteur.

Recommandations 232 à 236

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la nomination de représentants de l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises est:

a) D'autoriser la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises; et

b) D'encourager la coopération lorsque deux représentants de l'insolvabilité ou plus sont nommés, afin d'éviter les chevauchements; de faciliter la collecte des informations sur les affaires financières et commerciales de l'ensemble du groupe d'entreprises; et de réduire les coûts.

Contenu des dispositions législatives

Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité (par. 142 à 144)

232. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'il est déterminé qu'une telle mesure sert au mieux les intérêts de l'administration des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité peut être nommé pour administrer ces procédures⁴⁴.

Conflit d'intérêts (par. 144 et deuxième partie, chap. III, par. 42 et 43)

233. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui pourraient se poser lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité a été nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Ces mesures peuvent inclure la nomination d'un ou de plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires.

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus (par. 139 et 140)

234. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que lorsque différents représentants de l'insolvabilité sont nommés pour administrer des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, ces représentants devraient coopérer entre eux dans toute la mesure possible⁴⁵.

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus en cas de coordination procédurale (par. 139 et 140)

235. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque plusieurs représentants ont été nommés pour administrer des procédures d'insolvabilité faisant l'objet d'une coordination procédurale, ceux-ci devraient coopérer entre eux dans toute la mesure possible.

⁴⁴Bien que la recommandation 118 traite de la sélection et de la nomination du représentant de l'insolvabilité, elle ne recommande pas la nomination par une autorité particulière, mais s'en remet à la loi sur l'insolvabilité. La même approche s'appliquerait dans le contexte des groupes d'entreprises; (voir *Guide législatif de la CNUDCI* (voir note de bas de page 3 ci-dessus), deuxième partie, chap. III, par. 44 à 47).

⁴⁵Outre les dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à la coopération et à la coordination, le tribunal peut en général indiquer les mesures à prendre à cette fin pendant l'administration des procédures.

Coopération dont les représentants de l'insolvabilité devraient faire preuve dans toute la mesure possible (par. 139 et 140)

236. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dont devraient faire preuve les représentants de l'insolvabilité dans toute la mesure possible doit être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) Le partage et la communication d'informations concernant les membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité, à condition que des dispositions appropriées soient prises pour protéger les informations confidentielles;

b) L'approbation ou l'application d'accords relatifs à la répartition des obligations entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination à un seul représentant;

c) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres du groupe soumis aux procédures d'insolvabilité, notamment des opérations courantes lorsque l'activité doit se poursuivre; du financement postérieur à l'ouverture; de la protection des actifs; de l'utilisation et de la disposition d'actifs; de l'exercice des pouvoirs d'annulation; de la communication avec les créanciers et des assemblées de créanciers; de la déclaration et de l'admission des créances, y compris les créances intragroupe; et de la répartition du produit de la disposition entre les créanciers; et

d) La coordination de la proposition et de la négociation de plans de redressement.

F. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises

146. Les recommandations 139 à 159 traitent des questions spécifiques à l'élaboration, à la proposition, au contenu, à l'approbation et à l'exécution d'un plan de redressement. D'une manière générale, ces recommandations seront applicables dans le contexte d'un groupe d'entreprises.

1. Plans de redressement coordonnés

147. Lorsque des procédures de redressement sont ouvertes concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, que ces procédures doivent ou non être soumises à une coordination procédurale, une question qui n'est pas abordée ailleurs dans le *Guide* est celle de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs en recourant à un plan de redressement unique visant plusieurs membres ou à des plans coordonnés essentiellement analogues pour chaque membre. De tels plans permettraient de régler les difficultés

financières du groupe de manière coordonnée en réalisant des économies sur l'ensemble des procédures ouvertes contre le groupe, et en maximisant la valeur pour les créanciers. Bien que plusieurs lois sur l'insolvabilité autorisent la négociation d'un plan de redressement unique, dans certaines lois cette approche n'est possible que si les procédures font l'objet d'une coordination procédurale ou donnent lieu à un regroupement des patrimoines, alors que dans d'autres elle ne serait généralement possible que si les procédures peuvent être coordonnées de façon volontaire.

148. Dans la pratique, l'idée d'un plan de redressement unique ou de plans coordonnés nécessiterait l'élaboration et l'approbation du même plan, ou d'un plan similaire, dans chacune des procédures concernant les membres couverts par le plan. Le plan serait approuvé pour chaque membre, les créanciers de chaque membre votant conformément aux règles applicables à un plan pour un débiteur unique; il ne serait pas souhaitable d'envisager une approbation à l'échelle du groupe et de permettre à la majorité des créanciers de la majorité des membres d'imposer l'approbation d'un plan pour l'ensemble des membres. Le processus de préparation du plan et de sollicitation de l'approbation devrait tenir compte de la nécessité, pour tous les membres du groupe, d'approuver ce plan et devrait en conséquence traiter des avantages qui pourraient être tirés d'une telle approbation et des informations nécessaires pour obtenir cette approbation. Ces questions relèveraient des recommandations 143 et 144⁴⁶, concernant le contenu du plan et de la note d'information jointe à ce dernier. Des informations supplémentaires pourraient être utilement fournies dans le contexte d'un groupe, notamment sur les opérations du groupe, les liens qui existent entre les membres du groupe, la position au sein du groupe de chaque membre visé par le plan et le fonctionnement du groupe en tant que tel.

149. Un ou de tels plans de redressement devraient prendre en compte les intérêts des différents groupes de créanciers et il pourrait être souhaitable dans certaines circonstances de prévoir des taux de remboursement différents pour les créanciers des différents membres du groupe. S'agissant de l'approbation du plan, il serait également souhaitable de trouver un juste équilibre entre les droits des différents groupes de créanciers, y compris des majorités adéquates, aussi bien parmi les créanciers d'un seul membre qu'entre les créanciers de différents membres du groupe. Il faudrait également examiner le classement des créances et les catégories de créanciers, ainsi que le vote des créanciers et l'approbation d'un plan, en particulier lorsque les membres du groupe sont créanciers les uns des autres et seraient considérés comme des "personnes ayant des liens privilégiés entre elles" (voir par. 150 ci-dessous). Le calcul

⁴⁶Voir également le *Guide législatif de la CNUDCI* (voir note de bas de page 3 ci-dessus), deuxième partie, chap. IV, par. 17 à 25.

des majorités applicables dans le contexte d'un groupe exigera peut-être d'examiner la manière de comptabiliser aux fins du vote les créanciers qui sont titulaires d'une même créance à l'encontre de différents membres du groupe, en particulier si les créances peuvent avoir des rangs de priorité différents. Il faudra peut-être examiner également la question de savoir si le rejet du plan par les créanciers d'un des membres pourrait empêcher l'approbation du plan à l'échelle du groupe et quelles en seraient les conséquences. Une solution consisterait à s'appuyer sur les dispositions applicables à l'approbation d'un plan de redressement pour un débiteur unique. Une autre consisterait à élaborer des règles de majorité différentes spécialement destinées à faciliter l'approbation dans le contexte d'un groupe. Des mesures de protection similaires à celles prévues dans la recommandation 152 pourraient également être prévues, avec une exigence supplémentaire, à savoir que les plans soient équitables entre les créanciers des différents membres du groupe.

150. Dans le cadre d'un groupe, une "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" désigne notamment une personne qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur ou une société mère, une filiale ou une société apparentée du débiteur (voir glossaire principal, par. 12 *jj*). Le vote de ces personnes pour l'approbation du plan est examiné au paragraphe 48 dans la deuxième partie du chapitre IV, et il est noté que même si certaines lois sur l'insolvabilité restreignent leur capacité de voter de différentes manières, la plupart d'entre elles ne traitent pas spécifiquement de la question. On notera que lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit de telles restrictions, celles-ci pourront poser des problèmes dans certains groupes si tous les créanciers d'un membre particulier ont des liens privilégiés avec lui ou si très peu d'entre eux n'entretiennent pas de tels liens avec lui.

151. Une loi sur l'insolvabilité pourrait aussi inclure des dispositions traitant des conséquences du défaut d'approbation d'un ou de plusieurs plans de redressement de ce type, comme le fait la recommandation 158. Une loi, par exemple, prévoit que le défaut d'approbation d'un plan entraîne la liquidation de tous les membres insolubles du groupe. Lorsque des membres solvables ont participé au plan par consentement, il faudra peut-être prévoir des dispositions spéciales pour éviter que des avantages ou des inconvénients indus ne découlent de cette liquidation.

2. Inclusion d'un membre solvable d'un groupe dans un plan de redressement

152. Les paragraphes 11 à 15 ci-dessus examinent la possibilité d'inclure un membre solvable d'un groupe dans une demande d'ouverture de procédure. Il est noté qu'un membre apparemment solvable peut, après des

recherches plus poussées, satisfaire au critère d'ouverture de l'insolvabilité imminente et donc être visé par la recommandation 15 aux fins de l'ouverture d'une procédure. Une telle situation n'est pas inhabituelle dans un groupe d'entreprises où l'insolvabilité de certains membres mène presque inévitablement à l'insolvabilité d'autres membres. Si l'insolvabilité n'est pas imminente, en revanche, la loi sur l'insolvabilité n'autorisera pas un membre solvable d'un groupe à participer à un plan de redressement concernant d'autres membres du même groupe soumis à des procédures. Il pourra cependant exister des circonstances dans lesquelles différents niveaux de participation d'un membre solvable à un plan de redressement pourraient être appropriés et envisageables, à titre volontaire. Une telle participation de membres solvables n'est en fait pas inhabituelle dans la pratique. Le membre solvable pourrait donc aider au redressement d'autres membres du groupe et serait contractuellement lié par le plan une fois approuvé ou, au besoin, homologué. La décision d'un membre solvable de participer à un plan de redressement serait une décision commerciale ordinaire de ce membre, et le consentement des créanciers ne serait pas nécessaire à moins qu'il ne soit exigé par le droit des sociétés applicable. S'agissant de la note d'information jointe à un plan incluant un membre solvable d'un groupe, il conviendrait d'être prudent quant à la divulgation d'informations sur ce membre et ses affaires.

Recommandations 237 et 238

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant les plans de redressement dans le contexte d'un groupe d'entreprises est:

- a) De faciliter le redressement coordonné des entreprises des membres d'un groupe soumis à la loi sur l'insolvabilité et ainsi de préserver les emplois et, dans les cas appropriés, de protéger les investissements; et
- b) De faciliter la négociation et la proposition de plans de redressement coordonnés dans les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

Contenu des dispositions législatives

Plans de redressement coordonnés (par. 147 à 151)

237. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre de proposer des plans de redressement coordonnés dans les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

Inclusion d'un membre solvable d'un groupe dans un plan de redressement visant un membre insolvable du groupe (par. 152)

238. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un membre d'un groupe non visé par une procédure d'insolvabilité peut volontairement participer à un plan de redressement proposé pour un membre ou plus visés par des procédures d'insolvabilité.

III. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internationales

A. Introduction

1. L'introduction du *Guide pratique de la CNUDCI*⁴⁷ note que, bien que le nombre d'affaires d'insolvabilité internationale ait considérablement augmenté depuis les années 90, l'adoption de régimes juridiques, internes ou internationaux, permettant de traiter ces affaires n'a pas progressé au même rythme. L'absence de régimes adaptés a souvent conduit à des approches inadéquates et non coordonnées dont l'application est imprévisible et qui ont empêché non seulement le sauvetage d'entreprises en difficulté financière et l'administration équitable et efficace des procédures d'insolvabilité internationale, mais également la protection et la maximisation de la valeur des actifs du débiteur insolvable. De plus, les disparités et, dans certains cas, les conflits entre lois nationales ont inutilement entravé la réalisation des objectifs économiques et sociaux fondamentaux des procédures d'insolvabilité. La transparence a souvent fait défaut, en l'absence de règle claire sur la reconnaissance des droits et priorités des créanciers existants, le traitement des créanciers étrangers et la loi applicable aux questions internationales. Nombre de ces carences sont également manifestes dans les régimes d'insolvabilité interne mais leur impact est potentiellement bien plus grand dans les affaires d'insolvabilité internationale, notamment lorsque le redressement est le but recherché.

2. À l'inadéquation des lois existantes s'ajoute le manque de prévisibilité concernant non seulement la façon dont elles seront appliquées, mais aussi les dépenses et le temps que pourrait exiger une telle application, d'où un surcroît d'incertitude qui risque de perturber les flux de capitaux et les investissements internationaux. L'acceptation des différents types de procédures de même que l'interprétation des concepts clefs et le traitement accordé aux parties concernées par une procédure d'insolvabilité diffèrent. Les procédures de redressement ou de sauvetage, par exemple, sont plus courantes dans certains pays que dans d'autres. La participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité et le traitement qui leur est accordé dans le cadre de cette procédure varient considérablement. Différents pays reconnaissent

⁴⁷Voir *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus).

également différents types de procédures ayant des effets différents. Par exemple, s'agissant du redressement, la loi d'un État envisagera la possibilité pour un débiteur non dessaisi de continuer à gérer son entreprise, tandis que la loi d'un autre État dans lequel ce débiteur fait également l'objet d'une procédure prévoira l'éviction des dirigeants en place ou la liquidation de l'entreprise. De nombreuses lois nationales sur l'insolvabilité prétendent appliquer à leurs propres procédures le principe de l'universalité aux fins d'une procédure unifiée dans laquelle les décisions de justice produiraient leurs effets sur les actifs situés à l'étranger. Dans le même temps, ces lois ne reconnaissent pas le principe d'universalité auquel les procédures d'insolvabilité étrangères se disent soumises. Aux différences entre les concepts fondamentaux et dans le traitement des participants vient s'ajouter le fait que certaines conséquences de la procédure d'insolvabilité, telles que l'arrêt des poursuites contre le débiteur ou ses actifs, considéré comme un élément essentiel dans de nombreuses lois, sont sans effet au niveau international.

3. Dans le contexte international, les modèles qui ont été créés pour traiter les questions d'insolvabilité internationale ne sont jamais allés jusqu'à aborder de façon satisfaisante les groupes d'entreprises. Lorsque la Chambre des lords du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a examiné si le pays devrait adhérer à la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité, la commission saisie de la question a noté que la convention ne traitait pas les groupes de sociétés — forme la plus courante de modèle d'entreprise. Lorsque la convention est devenue le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, la question n'y était toujours pas abordée. Lorsque le texte de ce qui est devenu la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) a été débattu, on a jugé que celui-ci irait trop loin en parlant des groupes.

4. De nombreuses affaires illustrent le problème essentiel que posent les groupes dans le contexte international. Lorsque des activités sont menées par les membres d'un groupe de manière intégrée dans plusieurs États, par exemple dans le cas de groupes de communications tels que KPNQwest⁴⁸ ou Nortel Networks Corporation⁴⁹, de groupes de fabricants tels que Federal

⁴⁸KPNQwest était un groupe de télécommunications qui possédait et exploitait un réseau de câbles en fibre optique reliant plusieurs pays d'Europe entre eux et avec les États-Unis. Les principaux réseaux étaient constitués d'anneaux: en Europe, la partie française de l'anneau était la propriété d'une filiale française; la partie allemande d'une filiale allemande, etc. Lorsque la société mère néerlandaise a fait faillite, de nombreuses filiales ont été obligées de demander la protection du tribunal dans le pays où elles étaient constituées. Personne n'a pu coordonner les procédures, qui ont en fait été fragmentées.

⁴⁹Affaire citée dans le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), annexe 1, affaire n° 28: Ontario Superior Court of Justice, Toronto, Case No. 09-CL-7950 (14 janvier 2009), et United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No 09-10138 (15 janvier 2009).

Mogul Global Inc.⁵⁰, ou de sociétés de services financiers telles que Lehman Brothers Holdings Inc.⁵¹, il est probable que des faillites multiples entraînent l'ouverture d'un certain nombre, parfois même d'un très grand nombre, de procédures d'insolvabilité distinctes dans différents États à l'encontre de chacun des membres insolubles du groupe. À moins que ces procédures puissent être coordonnées, il est peu probable que le groupe puisse être redressé dans son ensemble, et il faudra peut-être dissocier les différentes parties qui le constituent. Les relations entre les membres qui déterminent la manière dont le groupe est structuré et dont il fonctionne lorsqu'il est solvable sont généralement rompues en cas d'insolvabilité. Il est souvent difficile de concilier, d'une part, l'approche traditionnelle consistant à considérer, dans la réglementation des sociétés, chaque membre d'un groupe comme une entité juridique distincte, avec les conséquences qui en résultent pour l'insolvabilité, et, d'autre part, la volonté de faciliter la procédure d'insolvabilité concernant un groupe ou une partie d'un groupe dans une situation transnationale d'une manière qui permettrait de maximiser la valeur au profit de tous les créanciers. L'histoire de l'insolvabilité internationale depuis l'affaire Maxwell en 1991⁵² met en évidence les problèmes rencontrés lors de l'administration de nombreuses procédures parallèles et souligne la nécessité des solutions créatives qui ont été élaborées et adoptées. Certaines de ces solutions sont examinées dans le *Guide pratique de la CNUDCI*⁵³, mais il reste à mettre au point un régime législatif qui traite l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises.

5. Il a longuement été débattu, ces derniers temps, des éléments qui pourraient constituer la base d'un régime juridique de l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises. Il a notamment été proposé d'adapter la notion de "centre des intérêts principaux" telle qu'elle s'applique à un débiteur autonome pour l'appliquer à la situation d'un groupe d'entreprises, ce qui permettrait l'ouverture et l'administration de toutes les procédures visant les membres d'un groupe dans un seul centre, auprès d'un seul tribunal et selon une seule loi applicable. Il a également été proposé de désigner pour le groupe un centre de coordination qui pourrait être déterminé en fonction du lieu où se trouve la société mère ou d'autoriser les membres du groupe

⁵⁰Affaire citée dans le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), annexe 1, affaire n° 10: United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 01-10578, et High Court of England and Wales, Chancery Division in London (2001).

⁵¹Affaire citée dans le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), annexe 1, affaire n° 16: United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 08-13555 (17 juin 2009).

⁵²*Maxwell Communication Corporation plc*, affaire citée dans le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), annexe 1, affaire n° 24: United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, affaire n° 91 B 15741 (15 janvier 1992), et The High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, affaire n° 0014001 de 1991 (31 décembre 1991).

⁵³Voir *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), chapitres II et III.

à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État où la procédure d'insolvabilité de la société mère insolvable a été ouverte⁵⁴.

6. Ces propositions soulèvent des questions importantes et complexes. Certaines sont liées à la nature même des groupes d'entreprises multinationaux et à leur mode de fonctionnement — comment définir ce qui constitue un groupe d'entreprises à des fins d'insolvabilité et identifier les facteurs pouvant convenir pour déterminer où se trouve le centre d'un groupe, à supposer que chaque groupe n'ait qu'un seul centre — ainsi qu'à la compétence à l'égard des membres du groupe, au droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et à la loi applicable. D'autres sont liées à la difficulté d'obtenir à l'échelle internationale un accord général sur ces questions afin de trouver une solution appliquée largement et uniformément, si possible contraignante, apportant sécurité juridique et prévisibilité dans les procédures d'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises.

B. Promouvoir la coopération internationale dans les procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises

1. Introduction

7. Pour trouver une solution à la question de savoir comment faciliter le traitement global des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, il faudrait dans un premier temps s'assurer que les principes existant en matière de coopération internationale s'appliquent aux procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises. La coopération entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité dans le cadre des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux peut contribuer à faciliter la prévisibilité commerciale et à accroître la sécurité juridique pour les échanges et le commerce, ainsi qu'à assurer une administration équitable et efficace des procédures qui protège les intérêts des parties, accroisse la valeur des actifs des membres du groupe afin de préserver les emplois et réduise les coûts. Même si, pour certains groupes d'entreprises, des procédures d'insolvabilité distinctes sont possibles en raison du faible degré d'intégration et de la relative indépendance des membres, pour de nombreux groupes, la coopération peut être le seul moyen de réduire le risque de fragmentation des procédures d'insolvabilité qui pourrait détruire la valeur d'exploitation et

⁵⁴Ces questions sont examinées plus avant dans les documents de travail du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) (voir A/CN.9/WG.V/WP/90/Add.1, par. 5 à 6; A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1, par. 3 à 12; A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4, par. 3 à 15; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, par. 2 à 17; A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, par. 6 à 12), accessibles à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/5Insolvency.html.

aboutir à un cantonnement des actifs, ainsi qu'à un transfert des actifs ou à une recherche abusive du for le plus avantageux par les débiteurs.

8. L'absence de cadre législatif ou les incertitudes quant à la portée de la législation existante autorisant la coopération avec les tribunaux et représentants de l'insolvabilité étrangers limitent très souvent la coopération entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité de différents États dans les affaires d'insolvabilité internationale. La Loi type de la CNUDCI prévoit ce cadre législatif, en traitant les questions d'accès aux tribunaux étrangers et de reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère et en autorisant la coopération et la communication internationales entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité⁵⁵.

9. Toutefois, du fait que les dispositions de la Loi type visent essentiellement les débiteurs autonomes, même s'ils ont des actifs dans différents États, elles ne s'appliquent que de manière limitée aux groupes d'entreprises lorsqu'il y a plusieurs débiteurs dans différents États. Les procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises se distinguent essentiellement par le fait que le tribunal d'un État n'a pas nécessairement affaire au même débiteur que le tribunal d'un autre État (même s'il peut y avoir un débiteur commun lorsque différents membres du groupe ont des actifs dans différents États, situation qui est prévue dans la Loi type). Le lien entre les procédures parallèles n'est pas le débiteur commun, mais plutôt le fait que les débiteurs sont tous membres du même groupe d'entreprises. À moins que l'existence (et peut-être l'étendue) de ce groupe ne soit reconnue par le droit national ou ne puisse l'être, chaque procédure apparaîtra comme indépendante des autres procédures et une coopération ne semblera pas justifiée, car elle pourrait compromettre l'indépendance des tribunaux locaux ou être jugée inutile du fait que chaque procédure est essentiellement nationale. Il sera possible, dans certains cas, de traiter chaque membre du groupe de manière complètement séparée, mais pour de nombreux groupes d'entreprises, une solution plus générale et si possible globale, qui tienne compte de la manière dont le groupe réalisait ses opérations avant le début de l'insolvabilité et qui vise soit des unités distinctes, soit l'ensemble du groupe, en particulier lorsque les activités des membres sont étroitement intégrées, permettrait d'obtenir le meilleur résultat pour les différents membres.

10. Il est donc souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité reconnaisse l'existence des groupes d'entreprises et la nécessité, en matière de coopération

⁵⁵Le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), chapitre I, section B, par. 9 à 16, fournit une brève introduction à la Loi type sur l'insolvabilité internationale; le chapitre II du *Guide pratique* examine les formes possibles de coopération en vertu de la Loi type.

internationale, d'une coopération entre tribunaux et entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité, non seulement dans le cadre des procédures d'insolvabilité visant un débiteur commun, mais aussi dans les procédures visant différents membres d'un groupe.

2. *Accès aux tribunaux et reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère*

11. Les règles et pratiques en vigueur en matière d'assistance et de coopération internationales pour les questions d'insolvabilité sont assez différentes, y compris les règles relatives à l'accès aux tribunaux et à la reconnaissance de la procédure étrangère. Dans de nombreux États, l'assistance et la coopération sont soumises à une forme de reconnaissance préalable de la procédure étrangère. Pour obtenir cette reconnaissance, ceux qui demandent assistance et coopération, qu'il s'agisse du représentant de l'insolvabilité ou des créanciers, doivent généralement avoir qualité pour former une demande auprès du tribunal étranger. Cette demande pourrait avoir trait à une assistance concernant un arrêt des poursuites, l'audition des témoins et d'autres questions prévues aux articles 20 et 21 de la Loi type de la CNUDCI. Les travaux préparatoires de la Loi type ont mis en relief l'absence fréquente de lois internes traitant ces questions et les différentes approches suivies dans les lois qui avaient été adoptées. Pour parvenir à une approche uniforme, la Loi type fournit le cadre législatif pour l'accès aux tribunaux et la reconnaissance de la procédure étrangère⁵⁶ en établissant des conditions appropriées pour un accès rapide et direct aux tribunaux (art. 9 à 14), des critères permettant de déterminer si une procédure étrangère peut être reconnue ou non et les effets de la reconnaissance (art. 15 à 24). Bien que la Loi type ait une application limitée dans le contexte des groupes d'entreprises, il est souhaitable que l'accès aux tribunaux et la reconnaissance des procédures étrangères qu'elle prévoit pour les débiteurs autonomes soient élargis aux procédures d'insolvabilité visant des membres d'un même groupe d'entreprises.

12. Il convient de noter que la coopération entre un tribunal et un tribunal étranger ou des représentants étrangers⁵⁷ telle qu'elle est envisagée dans la

⁵⁶L'expression "procédure étrangère" est définie à l'article 2 *a* de la Loi type sur l'insolvabilité internationale (voir note de bas de page 1 ci-dessus) comme une "procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, régie par une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger, aux fins de redressement ou de liquidation".

⁵⁷L'expression "représentant étranger" est définie à l'article 2 *d* de la Loi type sur l'insolvabilité internationale (voir note de bas de page 1 ci-dessus) comme "une personne ou un organe, y compris une personne ou un organe désigné à titre provisoire, autorisé dans une procédure étrangère à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur, ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère".

Loi type de la CNUDCI n'est pas subordonnée à une décision formelle de reconnaissance de la procédure étrangère, ce qui encourage la coopération dès les premières phases de la procédure⁵⁸.

13. Dans les États où l'accès et la reconnaissance ne sont pas exigés pour faciliter la coopération, une nouvelle législation n'est peut-être pas nécessaire. Toutefois, l'existence de dispositions n'exigeant ni accès ni reconnaissance ne suffira peut-être pas si les mécanismes en place sont lourds, coûteux et longs à mettre en œuvre. Ce n'est que lorsque l'accès et la reconnaissance peuvent être demandés facilement et rapidement qu'une coopération efficace dans l'administration des procédures concernant des groupes multinationaux est possible.

Recommandation 239

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant l'accès aux tribunaux et la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères visant des membres d'un groupe d'entreprises est de faire en sorte que l'accès aux tribunaux et la reconnaissance de ces procédures puissent être demandés conformément à la loi applicable.

Contenu des dispositions législatives

Accès aux tribunaux et reconnaissance des procédures étrangères

239. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir, dans le contexte des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises:

- a) Un accès aux tribunaux pour les représentants et les créanciers étrangers; et
- b) La reconnaissance des procédures étrangères, si elle est nécessaire en vertu de la loi applicable.

⁵⁸Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (*Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10), annexe III, deuxième partie), par. 177.

C. Formes de coopération faisant intervenir les tribunaux

14. Il peut exister différentes formes de coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale, notamment, comme le propose l'article 27 de la Loi type de la CNUDCI, la communication entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité, ainsi que l'utilisation d'accords d'insolvabilité internationale⁵⁹, la coordination des audiences et la coordination de la surveillance et de l'administration des affaires du débiteur. Dans le cas d'un débiteur autonome, la coopération est autorisée par les articles 25 et 26 de la Loi type. L'article 25 autorise le tribunal à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers et l'article 26 autorise un représentant de l'insolvabilité, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux et les représentants étrangers. La question de la coopération est également traitée, au sein de l'Union européenne, par le Règlement CE 1346/2000. Le considérant 20 note que, dans les procédures principales⁶⁰ et secondaires⁶¹, les différents syndic doivent coopérer étroitement, notamment en échangeant suffisamment d'informations. Le syndic de la procédure principale devrait pouvoir influencer sur les procédures secondaires et pouvoir proposer un plan de redressement ou demander la suspension de la liquidation de la masse dans ces procédures. L'article 31 du Règlement CE dispose que le syndic de la procédure principale et les syndic des procédures secondaires ont un devoir d'information et doivent en particulier communiquer sans délai tout renseignement pouvant être utile à l'autre procédure, notamment sur l'état de la production et de la vérification des créances et sur les mesures visant à mettre fin à la procédure. Ni la Loi type de la CNUDCI ni le Règlement CE n'abordent la nécessité de coopérer dans le cas des groupes d'entreprises, où ces obligations doivent pouvoir s'appliquer plus largement et où la distinction entre procédure principale et procédures non principales n'a pas lieu d'être, sauf dans le cas de procédures multiples concernant un membre particulier du groupe.

⁵⁹L'expression "accord d'insolvabilité internationale" est définie dans le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus) (voir glossaire (voir Introduction, section B), par. 13 i) comme un "accord verbal ou écrit qui vise à faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité internationale ainsi que la coopération entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité; fait aussi parfois intervenir d'autres parties intéressées". Le *Guide pratique de la CNUDCI*, recueil de la pratique dans le domaine de l'utilisation et de la négociation de tels accords, examine les questions généralement traitées.

⁶⁰L'expression "procédure principale" est définie dans la Loi type de la CNUDCI comme "une procédure étrangère qui a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux" (voir note de bas de page 1 ci-dessus).

⁶¹Appelées dans la Loi type de la CNUDCI "procédures non principales", définies comme une "procédure étrangère, autre qu'une procédure étrangère principale, qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement au sens de l'alinéa f du présent article" (voir note de bas de page 1 ci-dessus).

1. Communications des tribunaux

a) Considérations générales

15. Le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI⁶² et le *Guide pratique de la CNUDCI*⁶³ indiquent tous deux qu'il est souhaitable d'autoriser les tribunaux dans les procédures d'insolvabilité internationale à communiquer directement avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers pour éviter le recours aux procédures traditionnelles et longues que sont les commissions rogatoires ou d'autres voies diplomatiques ou consulaires et la communication par l'intermédiaire d'une juridiction supérieure. Cette capacité est fondamentale lorsque les tribunaux estiment devoir agir très vite pour éviter d'éventuels conflits ou préserver la valeur ou lorsque les questions à examiner ne peuvent pas attendre. Les tribunaux devraient notamment pouvoir engager la communication, en demandant des renseignements ou une assistance à un tribunal ou à un représentant de l'insolvabilité étranger, et recevoir et traiter de telles demandes provenant de l'étranger. Comme il est noté au paragraphe 12 ci-dessus en ce qui concerne la coopération en général, il est souhaitable que la communication ne dépende pas de la reconnaissance formelle de la procédure étrangère, de sorte qu'elle puisse avoir lieu avant, ou indépendamment du fait, qu'une demande de reconnaissance soit faite.

16. Les différentes manières de concevoir la communication entre les tribunaux et les parties permettent d'illustrer certains des problèmes qui peuvent se poser lorsqu'on cherche à promouvoir la coopération internationale. Outre la question de savoir si les tribunaux sont expressément autorisés à communiquer entre eux, les tribunaux de différents États sont souvent hésitants ou réticents à communiquer directement. Cette hésitation ou réticence peut être due à des considérations éthiques, à la culture juridique, à la langue ou à une connaissance insuffisante des lois étrangères et de leur application. Elle peut également être liée à des inquiétudes quant aux incidences de la communication sur l'indépendance de la justice et l'impartialité de la prise de décisions. Certains États ont une approche relativement souple de la communication entre juges, alors que d'autres ne les autorisent pas à communiquer directement avec les parties ou les représentants de l'insolvabilité, ni même avec d'autres juges, une telle communication pouvant poser des problèmes constitutionnels. Si, dans certains États, les communications *ex parte* avec le juge sont jugées normales et nécessaires, dans d'autres, elles ne sont

⁶²Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI (voir note de bas de page 58 ci-dessus), par. 178 et 179.

⁶³*Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), chap. II, par. 4 à 10, et chap. III, par. 146 à 181.

pas acceptables. À l'intérieur d'un même État, les juges et les praticiens du droit peuvent avoir des avis très différents sur le point de savoir s'il est opportun que les juges nouent des contacts entre eux sans que les conseils des parties en aient connaissance ou y soient associés. Certains juges, par exemple, acceptent sans difficulté l'idée de contacts directs entre juges, alors que certains praticiens du droit désapprouvent vivement cette pratique. En général, les tribunaux concentrent leur attention sur les questions dont ils sont saisis, comme cela est indiqué plus haut, et peuvent être réticents à apporter une aide à des procédures connexes dans d'autres États, en particulier lorsque la procédure dont ils ont la charge ne semble pas comporter un élément international, à savoir un débiteur étranger, des créanciers étrangers ou des activités menées à l'étranger.

17. Une autre question importante pour ce qui est de faciliter la coopération entre des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe pourrait être la capacité ou la volonté des tribunaux de considérer les opérations d'un débiteur d'une manière globale et de tenir compte de l'évolution des procédures d'insolvabilité visant le même débiteur ou d'autres membres du même groupe dans d'autres États. Cette question peut revêtir une importance particulière lorsque les procédures étrangères peuvent avoir des incidences au plan national (par exemple, pour les salariés locaux et sur d'autres questions de politique sociale). Bien que sans effet sur les pouvoirs donnés au tribunal par le droit interne, la connaissance de l'existence des procédures étrangères pourrait néanmoins influencer sur la manière dont le tribunal traite la procédure locale et sur sa volonté de la coordonner avec les procédures étrangères. Cependant, le problème, pour le tribunal, est d'obtenir, concernant l'ensemble des opérations du groupe et les procédures d'insolvabilité concurrentes, les informations qui seraient nécessaires pour faciliter la coordination, notamment lorsqu'il s'agit d'informations et de dossiers se rapportant à des procédures visant différents débiteurs membres du même groupe dans d'autres États. Le premier aspect est donc l'accès aux informations pertinentes, le deuxième leur communication au tribunal de la procédure locale. Une possibilité serait d'autoriser la communication des documents appropriés ou la comparution devant le tribunal local d'un praticien étranger ou d'un représentant de l'insolvabilité étranger des membres du même groupe. Nonobstant les difficultés pratiques, il est souhaitable qu'un tribunal puisse prendre note des procédures étrangères susceptibles d'avoir un impact sur la procédure locale concernant un même groupe d'entreprises, en particulier lorsqu'on cherche une solution globale pour le groupe.

18. L'instauration d'une communication dans les affaires d'insolvabilité internationale concernant des groupes d'entreprises peut faciliter les procédures d'insolvabilité internationale de nombreuses manières. Elle peut par exemple aider les parties à mieux comprendre les effets ou l'application du

droit étranger, en particulier les différences ou les chevauchements pouvant donner lieu à des litiges; faciliter la mise en œuvre de solutions négociées acceptables par tous; et susciter des réponses plus fiables de la part des parties, en évitant ainsi le manque d'objectivité et la tendance à déformer les faits qui peuvent se manifester lorsque les parties représentent leurs propres intérêts dans leur propre État. Elle peut aussi servir des intérêts internationaux en favorisant une meilleure compréhension qui contribuera à promouvoir le commerce international et à prévenir la perte de valeur qui résulterait d'une action judiciaire fragmentée. Certains des avantages potentiels peuvent être difficiles à cerner d'emblée mais devenir évidents une fois que les parties ont communiqué. La communication internationale peut révéler par exemple certains faits ou mesures qui contribueront sensiblement à la recherche du meilleur règlement de l'affaire et peuvent à plus long terme favoriser une réforme du droit.

19. Pour être transparente, efficace et crédible, la communication entre les juges ou d'autres parties intéressées devrait reposer sur des procédures appropriées. D'une manière générale, il pourrait être indiqué de déterminer si la communication devrait se faire systématiquement ou uniquement en dernier ressort; si un juge peut préconiser une ligne de conduite particulière; et si les conditions pouvant régir la communication, telles que celles mentionnées ci-après, devraient s'appliquer en toutes circonstances ou si elles pourraient admettre des exceptions. Les tribunaux devraient jouir d'une grande liberté pour communiquer avec les tribunaux étrangers mais ne devraient pas être tenus de le faire lorsqu'ils jugent la communication inappropriée dans une situation particulière. Il faudrait également définir l'objet de la communication et déterminer en particulier si elle ne pourrait porter que sur les questions de procédure ou également sur les questions de fond. Certains juges estiment qu'ils pourraient examiner les questions liées à la gestion des affaires, aux délais, à l'utilisation d'accords internationaux et à la détermination des tribunaux qui pourraient régler des questions particulières, mais pas les questions touchant le fond de l'affaire.

b) *Moyens de communication*

20. Les informations peuvent être communiquées de différentes manières, notamment par échange de documents (par exemple, copies d'ordonnances officielles, de jugements, d'opinions, de motivations de décisions, de transcriptions de débats, de déclarations sous serment et d'autres moyens de preuve) ou oralement. La communication peut se faire par voie postale, télécopie, courrier électronique ou autres moyens électroniques, ou par téléphone ou vidéoconférence, en fonction des moyens disponibles et abordables dans les États entre lesquels les informations sont échangées et de

ce qui est approprié ou nécessaire dans chaque cas. Copie des communications écrites peut aussi être remise aux parties conformément aux dispositions applicables en matière de notification. La communication peut se faire directement entre les juges ou entre les auxiliaires de justice (ou un intermédiaire désigné par le tribunal — voir ci-dessous, par. 37) ou les représentants de l'insolvabilité ou par leur truchement, sous réserve des règles locales. Le développement des nouvelles technologies de la communication favorise divers aspects de la coopération et de la coordination, ce qui pourrait permettre de réduire les retards et, le cas échéant, de faciliter les contacts face à face. Dans un monde où les litiges se multiplient, ces méthodes de communication directe sont de plus en plus utilisées. Ainsi, on a préféré dans plusieurs affaires les vidéoconférences aux conférences téléphoniques car elles permettent de mieux maîtriser le processus et favorisent une organisation disciplinée de la communication du fait que les participants peuvent se voir et s'entendre, élément qui joue souvent un rôle déterminant dans la procédure judiciaire. Ces technologies n'étant toutefois pas accessibles à tous les tribunaux, il est souhaitable que l'accent soit mis sur la manière de faciliter la communication pour répondre aux besoins de chaque cas d'espèce, plutôt que sur l'utilisation d'une technologie particulière.

c) *Établissement de règles ou de procédures pour les communications entre tribunaux*

21. Dans chaque cas d'espèce, il sera souhaitable de déterminer, selon qu'il convient aux États concernés et conformément à la loi applicable, les procédures qui doivent régir les communications entre tribunaux de manière à concilier les intérêts des différentes parties et à assurer que personne n'est lésé dans ses droits fondamentaux. Ces procédures pourraient régir les éléments suivants: les parties qui doivent être avisées de la communication proposée (par exemple, toutes les parties intéressées et leurs conseils); les personnes autorisées à participer à la communication et toute limite susceptible de s'appliquer; les questions à examiner; la question de savoir si les parties partagent les mêmes intentions ou la même conception en ce qui concerne la communication; l'organisation et le choix du moment de la communication; l'enregistrement de la communication; toute mesure appliquée pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties; la langue de la communication et, par voie de conséquence, la nécessité de traduire les documents écrits ou d'interpréter les communications orales (et la question de savoir qui devrait prendre en charge les frais administratifs); les méthodes de communication acceptables; le traitement des objections à la communication proposée; et les questions de confidentialité et de transparence.

22. Pour régir certaines de ces questions, les tribunaux peuvent adopter des directives telles que les Directives sur les communications entre tribunaux⁶⁴. De telles directives visent en général à promouvoir la transparence de la communication entre les tribunaux en permettant aux tribunaux de différents États de communiquer entre eux sans modifier les règles ou procédures internes applicables ni porter atteinte ou faire obstacle aux droits fondamentaux d'une partie à la procédure dont les tribunaux sont saisis.

i) Moment, lieu et modalités de la communication

23. En général, il est souhaitable que le moment, le lieu et les modalités de la communication soient déterminés de manière concertée par les tribunaux, les représentants de l'insolvabilité et les autres parties intéressées, selon le cas. De tels arrangements ne doivent pas nécessairement être conclus directement par les juges, mais pourraient l'être par l'intermédiaire des auxiliaires de justice concernés.

ii) Notification de la communication proposée

24. Dans les procédures d'insolvabilité qui visent des groupes d'entreprises multinationaux, il faut trouver le juste équilibre entre le fait de faciliter la communication de sorte qu'elle soit pratique et commode et celui de protéger l'intégrité de la communication en garantissant un processus ouvert et transparent. Diverses parties peuvent être concernées par les communications entre les tribunaux et il peut souvent être difficile, voire impossible, d'identifier chacune d'elles, notamment les créanciers. De plus, il peut arriver que les États concernés appliquent des règles différentes à l'envoi des notifications, ce qui a une incidence sur les questions de délai et sur l'identité des destinataires (c'est-à-dire que les parties intéressées n'auront peut-être pas toutes le droit d'être avisées de certaines questions). Un point essentiel sera donc de savoir quelles parties doivent être avisées de toute communication proposée conformément à la loi applicable et dans quelle mesure les dispositions des différentes lois peuvent être coordonnées. L'absence de règles claires sur la manière de traiter cette question pourrait provoquer des retards et une érosion de la valeur, en particulier lorsque la communication est nécessaire pour résoudre ou éviter des conflits ou pour assurer la coordination de questions spécifiques, comme la vente d'actifs ou la déclaration et la vérification des créances.

⁶⁴Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers, publiées par l'American Law Institute (16 mai 2000) et adoptées par l'International Insolvency Institute (10 juin 2001), disponibles à l'adresse suivante: <http://www.iiglobal.org/component/jdownloads/finish/394/1505.html>.

25. D'une manière générale, l'envoi de notifications pourrait être facilité si les différents tribunaux collaboraient pour établir une liste des parties à aviser, sur laquelle pourraient figurer les parties en droit d'être informées de tout acte accompli par les tribunaux en rapport avec les procédures d'insolvabilité, notamment une communication⁶⁵. La coordination de l'envoi des notifications pourrait être assurée via un système électronique ou un site Web, ce qui faciliterait le suivi du changement de l'identité des personnes en droit d'être avisées dans le cadre de nombreuses procédures d'insolvabilité résultant par exemple d'une cession de créances; la réduction des coûts associés à l'envoi de notifications; et la prise en compte des différences existant entre les lois applicables à l'envoi de notifications. Il faudrait néanmoins tenir également compte des questions de langue, d'accès et de confidentialité qui pourraient se poser.

iii) Droit de participation

26. Pour garantir la crédibilité de la communication et des parties qui y prennent directement part, ainsi que l'équité et la transparence, il est souhaitable que les communications soient ouvertes aux parties concernées, plutôt que *ex parte*.

27. Cependant, comme on l'a dit plus haut, il convient de trouver le juste équilibre entre ces exigences et les aspects pratiques de l'organisation et du déroulement des communications. Pour ce faire, il peut être nécessaire de limiter les participants aux "parties intéressées". Bien que différents critères puissent régir la question de savoir qui peut être considéré comme une "partie intéressée"⁶⁶ dans les circonstances particulières de l'affaire ou dans la communication en question, on pourrait généralement partir du principe que les principales parties intéressées sont le débiteur (lorsqu'il n'est pas dessaisi) ou le représentant de l'insolvabilité et tout conseil désigné le cas échéant. Le principe général pourrait être que ces parties en particulier aient le droit de participer, mais il pourrait être souhaitable que les tribunaux aient le droit de déterminer au besoin qui devrait participer à une affaire particulière pour que le processus soit gérable et efficace.

iv) Enregistrement de la communication comme pièce à verser au dossier

28. Pour garantir la transparence des communications entre les tribunaux, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser l'enregistrement de toute communication et

⁶⁵Voir Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal, directive 12.

⁶⁶L'expression "partie intéressée" est définie au paragraphe 12 *dd* du glossaire principal (*Guide législatif de la CNUDCI* (voir note de bas de page 3 ci-dessus), voir Introduction, section B).

l'établissement d'une transcription. Cette transcription peut être versée au dossier de la procédure et serait, à ce titre, généralement accessible au moins à ceux ayant participé à la communication et à leurs conseils ou, à un public plus large, conformément aux règles qui régissent l'accessibilité à ce type de dossiers.

v) *Confidentialité*

29. En général, les communications entre les tribunaux qui administrent des procédures d'insolvabilité parallèles visant des membres d'un groupe multinational devraient être aussi transparentes que possible pour garantir des conditions équitables aux parties concernées et éviter de les inciter à se prémunir contre l'éventualité d'une issue défavorable. Il est souhaitable que ces informations ne soient pas traitées comme confidentielles au simple motif que la communication se déroule dans un contexte international.

30. Toutefois, il se peut que nombre des informations sur le débiteur et ses affaires devant être examinées et échangées dans le cadre des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux soient commercialement sensibles, confidentielles ou soumises à des obligations dues à des tiers (telles que secrets commerciaux, informations sur la recherche-développement et sur les clients). De telles informations peuvent être particulièrement sensibles dans le cas d'un débiteur visé par une procédure de redressement, auquel cas la poursuite de ses activités et la protection de la valeur peut nécessiter la confidentialité. Il faut donc soigneusement peser l'utilisation de ces informations et dûment limiter leur communication de sorte que des tiers ne puissent en tirer un avantage déloyal.

31. Les États où se déroulent des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises multinational peuvent avoir des règles de fond différentes en ce qui concerne la confidentialité et la communication des informations aux parties. Il convient de tenir compte de ces différences lorsque des communications internationales sont envisagées et qu'on examine la manière dont elles se dérouleront et seront enregistrées, de manière à permettre aux tribunaux de s'entendre sur les mesures de protection à mettre en place pour respecter la loi applicable.

32. La confidentialité des informations peut également faire l'objet d'un accord international⁶⁷ établissant les conditions d'accès à ces informations, y compris le recours à des accords de confidentialité.

⁶⁷Voir le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), chap. III, par. 168 à 171; le *Guide législatif de la CNUDCI* (voir note de bas de page 3 ci-dessus), deuxième partie, chap. III, par. 28, 52 et 115 et la recommandation 111 sur les obligations de confidentialité dans les procédures d'insolvabilité.

vi) Coût des communications

33. Il faudra peut-être tenir compte de la question du coût des communications, en particulier lorsque de nombreuses parties sont concernées et qu'on utilise un moyen de communication tel que la vidéoconférence, qui occasionne des dépenses relativement élevées dans certains États. L'utilisation de plusieurs langues peut également compliquer la communication et avoir des incidences financières s'il faut traduire des documents et interpréter des communications orales. Il importe de déterminer de quelle manière les coûts seront pris en charge par les procédures d'insolvabilité concernées ou répartis entre elles. S'il est prévu de rembourser les dépenses de certaines parties, il faudrait préciser comment le remboursement s'effectuera et dans quelle monnaie.

vii) Effet de la communication

34. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser que le simple fait qu'un tribunal ait communiqué avec un tribunal étranger dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité internationale n'aurait aucun effet sur l'autorité ou les pouvoirs qui lui sont dévolus, sur les questions dont il est saisi, sur les ordonnances qu'il rend ou sur les droits des parties à la communication. Une telle condition rassure les parties quant au fait que la communication entre les autorités intervenant dans les procédures d'insolvabilité ne portera pas atteinte à leurs droits ou n'affectera en rien l'autorité et l'indépendance du tribunal devant lequel elles comparaissent. Elle devrait aussi limiter le risque d'objections aux communications prévues et donner aux tribunaux et à leurs représentants une plus grande souplesse pour collaborer entre eux. Elle devrait en outre garantir que les tribunaux et leurs représentants n'outrepasseront pas leurs pouvoirs lorsqu'ils communiqueront avec leurs homologues dans différents États. Nonobstant cette condition, il devrait être possible pour les tribunaux de s'entendre explicitement sur une série de questions, y compris l'approbation d'un accord d'insolvabilité internationale.

2. Coordination des actifs et des affaires du débiteur

35. La conduite des procédures d'insolvabilité internationale visant des groupes d'entreprises exige souvent que l'on continue d'utiliser et de réaliser les actifs des différentes masses de l'insolvabilité ou d'en disposer au cours des procédures. La coordination de cette utilisation, réalisation et disposition contribuera à éviter les différends et à faire en sorte que le bénéfice de toutes les parties intéressées soit au cœur des préoccupations, notamment en cas de redressement. Par exemple, un membre d'un groupe d'entreprises peut

être le fournisseur exclusif d'un autre membre du groupe ou exercer le contrôle exclusif sur une ressource essentielle utilisée par un autre membre, de sorte que la procédure d'insolvabilité visant un de ces membres pourrait avoir de profondes conséquences pour la poursuite de l'activité de l'ensemble du groupe. La coordination des actifs et des affaires du débiteur peut concerner aussi bien les tribunaux que les représentants de l'insolvabilité. Certaines questions peuvent exiger l'approbation expresse des tribunaux, d'autres pouvant être résolues par la conclusion d'accords entre les représentants de l'insolvabilité.

36. Les questions à prendre en considération pour faciliter la coordination sont notamment les suivantes: l'emplacement des différents actifs et la détermination de l'État dont ils relèvent; la détermination de la loi régissant les actifs et des parties chargées d'établir comment utiliser ces actifs ou en disposer (par exemple, le représentant de l'insolvabilité, les tribunaux ou dans certains cas le débiteur), y compris les approbations requises; la mesure dans laquelle la responsabilité de ces actifs peut être répartie entre différentes parties dans différents États; la manière dont les informations concernant les affaires de différents débiteurs dans différents États peuvent être obtenues et échangées pour assurer la coordination et la coopération; et l'ordre dans lequel les procédures devraient se dérouler. La coordination peut également être utile pour réaliser des recherches sur les actifs du débiteur, envisager d'éventuelles actions en annulation et empêcher le débiteur de mettre ses actifs hors de portée du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité. Elle peut également exiger que les tribunaux déterminent le for le plus approprié pour traiter une question donnée telle que la vente ou la disposition d'un certain actif, et s'en remettent à ce for dans la mesure autorisée par la loi⁶⁸.

3. *Nomination d'un représentant du tribunal*⁶⁹

37. Un tribunal peut nommer un représentant pour faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité visant les membres d'un groupe d'entreprises et se déroulant dans différents États. Cette personne peut exercer diverses fonctions, selon les instructions des tribunaux, mais ne devrait pas être considérée comme un représentant de l'insolvabilité supplémentaire ni comme un remplaçant d'un représentant de l'insolvabilité existant. Les fonctions du représentant pourraient notamment être les suivantes: agir en qualité d'intermédiaire pour les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité concernés,

⁶⁸La répartition de certaines tâches entre les différents tribunaux et la question de la limitation volontaire de compétence sont examinées dans le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), chap. II, par. 18 à 20; chap. III, par. 59 à 74.

⁶⁹Voir *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), chap. II, par. 2 et 3.

en particulier lorsque se posent des questions de langue; élaborer un accord d'insolvabilité internationale en consultation avec les parties concernées; promouvoir le règlement amiable de problèmes entre les parties; faciliter le flux d'informations entre les différentes procédures; et faire en sorte qu'une notification concernant certains actes devant les tribunaux soit communiquée à toutes les parties intéressées (par exemple aux autres membres du groupe d'entreprises, aux créanciers et aux tribunaux ou représentants de l'insolvabilité étrangers). Le tribunal qui nomme le représentant peut examiner les qualifications requises pour remplir les fonctions à exercer, ainsi que les questions de conflits d'intérêts, et énonce généralement les conditions dans lesquelles les personnes ainsi nommées sont autorisées à agir et les pouvoirs qui leur sont dévolus. Un représentant peut être nommé dans un but précis tel que la négociation d'un accord d'insolvabilité internationale ou plus généralement pour remplir certaines des fonctions énumérées ci-dessus. Cette personne peut être tenue de faire régulièrement rapport au tribunal ou aux tribunaux intervenant dans les procédures, ainsi qu'aux parties.

4. *Coordination des audiences*

38. Les audiences diversement décrites comme conjointes, simultanées ou coordonnées (“audiences coordonnées”)⁷⁰ peuvent considérablement favoriser l'efficacité de procédures d'insolvabilité parallèles visant des membres d'un groupe d'entreprises multinational, en réunissant simultanément les parties intéressées pour échanger des informations et examiner et régler les questions en suspens ou les conflits potentiels, permettant ainsi d'éviter des négociations interminables et les retards qui en résultent. À propos de ces audiences, cependant, on soulignera que chaque tribunal devrait se prononcer en toute indépendance, sans être influencé par un autre tribunal. Ces audiences peuvent être relativement faciles à organiser au sein d'un même État pour garantir la coordination des procédures visant différents membres d'un groupe mais peuvent se révéler très compliquées à organiser sur le plan logistique dans un contexte international du fait de la multiplicité des langues, des fuseaux horaires, des lois, des procédures et des traditions judiciaires. Elles peuvent aboutir à une impasse si par exemple les compétences des autorités qui participent à l'audience ne sont pas clairement arrêtées d'un commun accord ou clairement définies.

39. Bien que potentiellement difficiles à organiser, des audiences de ce type ont été utilisées entre certains États partageant la même langue et la même tradition juridique et se trouvant dans des fuseaux horaires similaires,

⁷⁰Ces types d'audiences sont examinés dans le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), chap. III, par. 154 à 159.

et ont permis de résoudre efficacement des questions difficiles dans l'intérêt de toutes les parties concernées⁷¹. On pourrait dans l'avenir utiliser plus largement ce type d'audiences en s'appuyant sur des procédures et des garanties appropriées pour faciliter une bonne planification et éviter les complications. Les règles de procédure pourraient régir par exemple le recours à des conférences préalables aux audiences; la conduite des audiences, notamment la langue qui sera utilisée et la nécessité de services d'interprétation; les prescriptions relatives à l'envoi de notifications; les méthodes de communication à utiliser pour que les tribunaux puissent chacun entendre l'autre simultanément; les conditions applicables au droit de comparaître et d'être entendu; les documents qui peuvent être soumis; les tribunaux auxquels les participants peuvent soumettre des documents; les modalités de soumission des documents au tribunal et leur disponibilité pour les autres tribunaux; la question de la confidentialité; la limitation de la compétence de chaque tribunal à l'égard des parties comparaisant devant lui⁷²; et le prononcé des décisions.

40. Certaines directives et certains accords concernant ces types d'audiences disposent que pour les préparer au mieux en vue de leur bon déroulement, les tribunaux, les personnes qu'ils nomment ou les représentants de l'insolvabilité devraient communiquer avec leurs homologues étrangers avant l'audience afin d'établir les principes qui régiront toutes les questions procédurales, administratives et préliminaires. Une fois une audience terminée, les autorités compétentes peuvent continuer à communiquer pour évaluer le contenu de l'audience, discuter des étapes suivantes (notamment d'audiences supplémentaires), élaborer des lignes directrices ou modifier celles qui existent en vue d'audiences futures, examiner si le prononcé d'ordonnances communes est possible ou justifié, et déterminer la manière de résoudre certaines questions de procédure soulevées à l'audience⁷³.

⁷¹Voir, par exemple, les affaires *Quebecor World Inc.*, Cour supérieure de Montréal, Division commerciale, (Canada) n° 500-11-032338-085 et United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, n° 08-10152 (2008) et *Solv-Ex Canada Limited et Solv Ex Corporation*, Alberta Court of Queen's Bench, affaire n° 9701-10022 (28 janvier 1998), et United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico, affaire n° 11-97-14362-MA (28 janvier 1998); on trouvera dans le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), annexe I, affaires n° 36 et 40, de plus amples informations sur ces affaires.

⁷²Voir par exemple, la Loi type de la CNUDCI (voir note de bas de page 1 ci-dessus), art. 10.

⁷³Voir également le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), chap. II, par. 15, et chap. III, par. 154 à 159; Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal (voir note de bas de page 64 ci-dessus), directive 9 e).

Recommandations 240 à 245

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives sur la coopération faisant intervenir des tribunaux dans le contexte des groupes d'entreprises multinationaux est:

a) D'autoriser et de faciliter la coopération entre les tribunaux saisis de procédures d'insolvabilité visant différents membres d'un groupe d'entreprises dans différents États;

b) D'autoriser et de faciliter la coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité nommés pour administrer ces différentes procédures; et

c) De faciliter et de promouvoir le recours à différentes formes de coopération pour coordonner les procédures d'insolvabilité visant différents membres d'un groupe d'entreprises dans différents États et définir les conditions et les garanties qui devraient s'appliquer à ces formes de coopération pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties ainsi que l'autorité et l'indépendance des tribunaux.

Contenu des dispositions législatives⁷⁴

Coopération entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers⁷⁵ (par. 14 et 37)

240. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal qui est compétent pour la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises de coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, soit directement, soit par l'intermédiaire du représentant de l'insolvabilité ou d'une autre personne chargée d'agir suivant les instructions du tribunal, pour faciliter la coordination de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres du même groupe.

Coopération dans toute la mesure possible faisant intervenir les tribunaux (par. 14)

241. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dans toute la mesure possible entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers sera assurée par tout moyen approprié, par exemple:

a) La communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal, dont la remise au tribunal étranger ou au représentant étranger de

⁷⁴Ces recommandations sur la coopération visent à permettre et non à imposer la coopération et sont conformes aux articles correspondants de la Loi type de la CNUDCI (voir note de bas de page 1 ci-dessus), art. 25, par. 1 et art. 26, par. 1).

⁷⁵Voir note de bas de page 57 pour la définition du "représentant étranger".

copies des documents qui ont été délivrés par le tribunal ou qui ont été ou doivent être déposés auprès du tribunal concernant les membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité ou la participation à des communications avec le tribunal étranger ou le représentant étranger;

b) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité;

c) La nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du tribunal; et

d) L'approbation ou l'application des accords concernant la coordination des procédures d'insolvabilité conformément à la recommandation 254.

*Communication directe entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers*⁷⁶ (par. 15 à 20)

242. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal qui est compétent pour la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises de communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers ou de leur demander directement des informations ou une assistance au sujet de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres du même groupe d'entreprises aux fins de faciliter la coordination de ces procédures.

Conditions applicables aux communications internationales faisant intervenir les tribunaux (par. 21 à 33)

243. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la communication entre les tribunaux et entre les tribunaux et les représentants étrangers devrait être soumise aux conditions suivantes:

a) Le moment, le lieu et les modalités de la communication devraient être déterminés entre les tribunaux ou entre les tribunaux et les représentants étrangers;

b) Notification de toute communication proposée devrait être donnée aux parties intéressées conformément au droit applicable;

c) Un représentant de l'insolvabilité devrait avoir le droit de participer en personne à une communication. Une partie intéressée peut y participer conformément au droit applicable et si le tribunal le juge approprié;

d) La communication peut être enregistrée et une transcription établie selon les instructions des tribunaux. Cette transcription peut être traitée comme une transcription officielle de la communication et versée au dossier de la procédure;

⁷⁶Voir la Loi type de la CNUDCI (voir note de bas de page 1 ci-dessus), art. 25, par. 2, et art. 26, par. 2.

e) Les communications ne devraient être traitées comme confidentielles que dans des cas exceptionnels, dans la mesure jugée appropriée par les tribunaux et conformément au droit applicable; et

f) Les communications devraient respecter les règles impératives des États entre lesquels elles sont échangées ainsi que les droits fondamentaux et procéduraux des parties intéressées, en particulier la confidentialité des informations.

Effet de la communication (par. 34)

244. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la communication faisant intervenir les tribunaux n'implique:

a) Aucune atteinte, ou renonciation de la part du tribunal, à quelque pouvoir, attribution ou autorité que ce soit;

b) Aucune décision sur le fond concernant une question portée devant le tribunal;

c) Aucune renonciation de la part des parties à leurs droits fondamentaux ou procéduraux; ni

d) Aucune diminution de l'effet d'une ordonnance rendue par le tribunal.

Coordination des audiences (par. 38 à 40)

245. La loi sur l'insolvabilité peut permettre au tribunal de tenir une audience en coordination avec un tribunal étranger. Lorsque des audiences sont coordonnées, elles peuvent être soumises à certaines conditions qui protègent les droits fondamentaux et procéduraux des parties et la compétence de chaque tribunal. Ces conditions pourraient concerner les règles applicables à la conduite de l'audience; les prescriptions relatives à l'envoi d'une notification; la méthode de communication à utiliser; les conditions applicables au droit de comparaître et d'être entendu; les modalités de soumission des documents au tribunal et leur disponibilité pour le tribunal étranger; et la limitation de la compétence de chaque tribunal aux parties comparissant devant lui⁷⁷. Nonobstant la coordination des audiences, chaque tribunal reste tenu de rendre ses propres décisions sur les questions dont il est saisi.

⁷⁷Voir également la Loi type de la CNUDCI (voir note de bas de page 1 ci-dessus), art. 10.

D. Formes de coopération faisant intervenir les représentants de l'insolvabilité

1. Promotion de la coopération

41. Comme indiqué aux paragraphes 35 et suivants dans la deuxième partie du chapitre III, le représentant de l'insolvabilité joue un rôle central dans l'application effective et efficace de la loi sur l'insolvabilité, puisqu'il est responsable au quotidien de la gestion de la masse de l'insolvabilité du débiteur. Les représentants de l'insolvabilité joueront donc un rôle clef dans la coordination efficace des multiples procédures visant les membres d'un groupe d'entreprises en collaborant entre eux et avec les tribunaux concernés. À cette fin, le représentant de l'insolvabilité, tout comme le tribunal, devra être dûment autorisé à accomplir les tâches nécessaires, telles que le partage d'informations, la coordination de l'administration et de la surveillance quotidiennes des affaires du débiteur et la négociation d'accords d'insolvabilité internationale.

42. Comme il est noté plus haut, ces arrangements concernant la coopération et la coordination ne peuvent diminuer ou supprimer les obligations qui incombent aux représentants de l'insolvabilité en vertu de la loi régissant leur nomination.

Recommandations 246 à 250

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives concernant la coopération entre représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité et tribunaux étrangers dans le contexte des groupes d'entreprises multinationaux est:

a) D'autoriser et de faciliter la coopération entre représentants de l'insolvabilité nommés pour administrer des procédures d'insolvabilité visant différents membres d'un groupe d'entreprises dans différents États et entre ces représentants et les tribunaux étrangers; et

b) De faciliter et de promouvoir le recours à différentes formes de coopération entre ces représentants de l'insolvabilité et entre eux et les tribunaux étrangers et de définir les conditions et les garanties qui devraient s'y appliquer pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties intéressées.

Contenu des dispositions législatives

Coopération entre le représentant de l'insolvabilité et les tribunaux étrangers

246. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers pour faciliter la coordination de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres du même groupe.

Coopération entre représentants de l'insolvabilité

247. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de coopérer dans toute la mesure possible avec les représentants étrangers⁷⁸ nommés pour administrer les procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres du même groupe pour faciliter la coordination de ces procédures.

Communication directe entre le représentant de l'insolvabilité et les tribunaux étrangers

248. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou de leur demander directement des informations ou de l'aide au sujet de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres du même groupe pour faciliter la coordination de ces procédures.

Communication directe entre représentants de l'insolvabilité

249. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de communiquer directement avec les représentants étrangers nommés pour administrer les procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres du même groupe au sujet de ces procédures pour faciliter la coordination de ces procédures.

⁷⁸Voir la note de bas de page 57 ci-dessus pour la définition du représentant étranger, qui viserait également un représentant de l'insolvabilité désigné à titre provisoire.

Coopération dans toute la mesure possible entre représentants de l'insolvabilité

250. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dans toute la mesure possible entre représentants de l'insolvabilité sera assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) Le partage et la communication d'informations concernant les membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité, à condition que des dispositions appropriées soient prises pour protéger les informations confidentielles;

b) L'utilisation d'accords d'insolvabilité internationale⁷⁹, conformément à la recommandation 253;

c) La répartition des tâches entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination à un seul représentant de l'insolvabilité;

d) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité, notamment les opérations courantes lorsque l'activité doit se poursuivre; le financement postérieur à l'ouverture; la protection des actifs; l'utilisation et la disposition d'actifs; l'exercice des pouvoirs d'annulation; la communication avec les créanciers et les réunions de créanciers; la déclaration et l'admission des créances, y compris des créances intragroupe; et la répartition du produit de la disposition entre les créanciers; et

e) La coordination en ce qui concerne la proposition et la négociation de plans de redressement.

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

43. On peut également aborder la question de la promotion de la coordination par la nomination du représentant de l'insolvabilité en envisageant par exemple la nomination du même représentant ou d'un représentant unique pour des procédures d'insolvabilité multiples concernant des membres du même groupe dans différents États où cette personne (physique ou morale) répond aux conditions locales applicables (voir chap. II, par. 139 à 145 ci-dessus sur les procédures nationales). Outre les avantages que cette nomination pourrait présenter pour les procédures nationales multiples, elle peut, dans le contexte international, faciliter considérablement la coopération entre les différentes procédures et le redressement du groupe dans son ensemble.

⁷⁹Le *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus) réunit des données concernant la pratique de l'utilisation et de la négociation de ces accords, notamment un examen des questions habituellement traitées.

44. Comme il est indiqué plus haut s'agissant du contexte national, pour déterminer s'il conviendrait de nommer un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité, il faudrait étudier la nature du groupe, et notamment le degré d'intégration de ses membres et sa structure commerciale. Il est également très souhaitable que toute personne présente à cette fonction ait une expérience et une connaissance appropriées (voir deuxième partie, chap. III, par. 36 à 47, plus particulièrement par. 39) des questions d'insolvabilité internationale et que cette connaissance et cette expérience soient soigneusement examinées avant la nomination de manière à assurer qu'elles correspondent aux membres du groupe concernés et aux activités qu'ils mènent. Il est également souhaitable que la nomination d'un représentant unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour administrer deux membres ou plus d'un groupe n'intervienne que lorsqu'elle est dans l'intérêt des procédures d'insolvabilité.

45. Si de telles personnes pouvaient être nommées, elles seraient soumises au droit local des États dans lesquels elles ont été nommées, en particulier pour ce qui est des qualifications, de la licence (le cas échéant), des pouvoirs et des devoirs, et du contrôle du tribunal. Le représentant de l'insolvabilité serait donc soumis aux mêmes conditions qu'un représentant local de l'insolvabilité nommé dans l'un de ces États.

46. Pourrait être nommée une personne physique qualifiée pour agir dans différents États ou une personne morale employant ou comprenant parmi ses membres des individus dûment qualifiés qui pourraient agir en tant que représentants de l'insolvabilité dans plusieurs États distincts. Bien que la possibilité de trouver des personnes possédant ces qualifications risque généralement d'être limitée, une telle nomination peut être plus courante dans certaines régions ou la mondialisation des échanges et des services la rend de plus en plus réalisable⁸⁰.

47. Lorsqu'une telle approche est adoptée, il peut être nécessaire d'envisager des dispositions pour éviter les conflits d'intérêts potentiels. Un tel conflit pourrait survenir si les membres du groupe représentés par un représentant de l'insolvabilité unique ont des intérêts divergents sur une question particulière, par exemple le financement postérieur à l'ouverture ou la vérification et l'admission des créances, notamment des créances intragroupe, ou s'il existe un conflit direct entre les obligations du représentant de l'insolvabilité en vertu de différentes lois sur l'insolvabilité. Ces cas pourraient être traités de la même manière que la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité dans le contexte national (chap. II, par. 144 ci-dessus et recommandation 233).

⁸⁰Voir *Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), chap. III, par. 10 j, qui renvoie à des affaires concernant Hong Kong (Chine), les îles Vierges britanniques et les Bermudes.

Recommandations 251 et 252

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives concernant la nomination du représentant de l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises multinationaux est, dans le but de promouvoir une administration effective et efficace des procédures d'insolvabilité visant des membres du même groupe d'entreprises dans différents États,

a) D'autoriser, lorsque le tribunal estime qu'une telle mesure sert au mieux les intérêts des procédures d'insolvabilité concernées, la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour administrer les procédures multiples; et

b) De traiter tout conflit d'intérêts susceptible de survenir lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant est nommé.

Contenu des dispositions législatives

Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité (par. 43 à 46)

251. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal, dans les cas appropriés, d'agir en coordination avec les tribunaux étrangers pour ce qui est de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour administrer les procédures d'insolvabilité visant les membres du même groupe d'entreprises dans différents États, à condition que le représentant de l'insolvabilité soit qualifié pour être nommé dans chacun des États concernés. Dans la mesure exigée par la loi applicable, le représentant de l'insolvabilité serait soumis au contrôle de chaque tribunal qui le nomme.

Conflit d'intérêts (par. 47)

252. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui risquent de se poser lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité a été nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États. Ces mesures peuvent inclure la nomination d'un ou de plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires.

E. Utilisation d'accords d'insolvabilité internationale

48. Les praticiens de l'insolvabilité, qui doivent quotidiennement traiter des affaires d'insolvabilité et essayer de coordonner l'administration d'affaires d'insolvabilité internationale en l'absence d'adoption généralisée de

règles de droit nationales ou internationales propres à faciliter le processus, ont élaboré des accords d'insolvabilité internationale, qui sont examinés en détail dans le *Guide pratique de la CNUDCI*. Ces accords ont pour objectif de traiter les questions qui se posent dans les affaires d'insolvabilité internationale, de manière à en faciliter le règlement par l'instauration entre les tribunaux, le débiteur et d'autres parties intéressées de liens de coopération internationale permettant aux intéressés de travailler efficacement et d'accroître le montant des réalisations pour les créanciers dans des procédures potentiellement concurrentes menées dans différents États. Leur utilisation peut réduire de manière efficace le coût des procédures judiciaires et permettre aux parties de se concentrer sur la conduite des procédures d'insolvabilité plutôt que sur la résolution de conflits de lois et d'autres litiges du même ordre. Outre le fait qu'ils clarifient les attentes des parties, de tels accords peuvent contribuer à préserver les actifs du débiteur et à en maximiser la valeur. Dans la pratique, à ce jour, de tels accords ont généralement été approuvés par les tribunaux, mais ils pourraient aussi être approuvés par des créanciers ou des comités de créanciers ou fonctionner comme des arrangements contractuels entre les signataires⁸¹.

49. Les accords d'insolvabilité internationale sont généralement conclus pour faciliter la coopération et la coordination internationales concernant plusieurs procédures d'insolvabilité engagées dans différents États. Ils sont habituellement conçus pour faciliter la gestion de ces procédures et visent à contribuer à l'harmonisation des questions de procédure plutôt que des questions de fond entre les États concernés (bien que, dans un petit nombre de cas, des questions de fond puissent également être abordées). Ils peuvent prendre diverses formes (écrite ou orale), avoir des champs d'application différents (génériques ou spécifiques) et être conclus par différentes parties. Les accords génériques simples peuvent insister sur la nécessité d'une étroite coopération entre les parties sans traiter de questions particulières, alors que les accords plus détaillés et spécifiques établissent un cadre de principes destinés à régir plusieurs procédures d'insolvabilité.

50. Ces accords peuvent être considérés comme des contrats entre signataires ou, en cas d'approbation du tribunal, obtenir le statut juridique d'une ordonnance. Ils peuvent couvrir une ou plusieurs questions et rien n'empêche les parties de conclure plusieurs accords à mesure que les procédures progressent pour traiter d'autres questions qui se posent. Il n'est pas rare, par exemple, que des accords concernant la communication et la coopération en général soient conclus au début des procédures, suivis ensuite par des accords spécifiques portant sur la procédure à suivre pour le traitement des créances. Les accords d'insolvabilité internationale ne doivent donc pas

⁸¹*Guide pratique de la CNUDCI* (voir note de bas de page 2 ci-dessus), chap. III, par. 31 à 33.

nécessairement être conclus dans un délai précis, comme avant l'ouverture des procédures. S'il est certes préférable de les conclure au début des procédures pour répondre aux attentes et apporter de la clarté, ils peuvent également être conclus ultérieurement, lorsque se posent des questions précises qui nécessitent une coopération. Les accords existants peuvent également être modifiés, sous réserve des conditions prévues à cet effet dans leurs clauses.

51. Comme il est noté plus haut, les accords d'insolvabilité internationale peuvent se limiter à poser des principes généraux sur la manière dont la coopération et la coordination devraient s'exercer, ou aborder aussi des questions précises, selon les besoins de l'affaire et les problèmes à résoudre. Les questions habituellement traitées sont notamment les suivantes:

a) La répartition des rôles concernant divers aspects de la conduite et de l'administration des procédures entre les différents tribunaux concernés et entre les représentants de l'insolvabilité, y compris les limites au pouvoir d'agir sans l'approbation des autres tribunaux ou représentants de l'insolvabilité;

b) La disponibilité et la coordination des mesures;

c) La coordination du recouvrement des actifs dans l'intérêt des créanciers en général, lorsque des créances sont déclarées sur les actifs d'un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité dans un autre État;

d) La déclaration et le traitement des créances;

e) L'utilisation et la disposition des actifs;

f) Les méthodes de communication, notamment la langue, la fréquence et les moyens de communication;

g) Les notifications;

h) La coordination et l'harmonisation des plans de redressement;

i) Les questions portant uniquement sur l'accord, notamment sa modification et sa résiliation, son interprétation, son efficacité et le règlement des différends;

j) L'administration des procédures, en particulier en ce qui concerne l'arrêt des poursuites ou la décision concertée des parties de ne pas engager certaines actions en justice;

k) Le choix de la loi applicable pour les questions qui se recoupent;

l) La répartition des rôles entre les parties à l'accord;

m) Les frais et les rémunérations; et

n) Les clauses d'encadrement.

52. Les clauses d'encadrement prévues visent en général à faire en sorte que rien dans l'accord ne permette de se soustraire à l'indépendance et à l'autorité du tribunal, ni de déroger aux dispositions d'ordre public et à la loi applicable pour ce qui est, en particulier, des obligations que le représentant de l'insolvabilité ou les parties, y compris le débiteur, peuvent avoir contractées.

53. De tels accords sont de plus en plus courants, surtout dans certains États, et utilisés avec succès dans différentes situations: procédures concurrentes de redressement et de liquidation dans différents États; procédures principales et non principales telles que définies dans la Loi type de la CNUDCI⁸²; et procédure d'insolvabilité dans un État et procédure autre qu'une procédure d'insolvabilité dans un autre État. On notera toutefois que même si la loi sur l'insolvabilité de certains États peut permettre aux tribunaux d'approuver des accords internationaux concernant le même débiteur (au moyen par exemple de dispositions analogues à l'article 27 de la Loi type), cette autorisation ne s'étend pas obligatoirement à l'utilisation de ces accords dans le contexte du groupe. Ce qui peut faciliter la résolution globale des difficultés financières d'un groupe (qu'il s'agisse d'un redressement global ou de la combinaison de différentes procédures), c'est un accord portant coordination de diverses procédures visant différents débiteurs membres du même groupe dans différents États. De nombreuses lois n'ont pas les dispositions nécessaires pour permettre à un tribunal d'approuver ou de reconnaître un accord concernant non seulement les débiteurs relevant de sa compétence mais aussi les débiteurs n'en relevant pas, même s'ils sont membres du même groupe d'entreprises.

54. Il est donc souhaitable, pour renforcer la coopération internationale, qu'une loi sur l'insolvabilité autorise les parties concernées — représentants de l'insolvabilité et autres parties intéressées — à conclure des accords d'insolvabilité internationale concernant différents membres d'un groupe dans différents États et permette aux tribunaux de les approuver ou de les appliquer, en tenant compte du contexte de groupe. On notera que différents États peuvent avoir des exigences de forme différentes, qui devront être respectées pour que ces accords produisent leurs effets dans les États concernés.

⁸²Voir notes de bas de page 60 et 61 pour la définition de ces termes.

Recommandations 253 et 254

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives concernant les accords d'insolvabilité internationale est d'assurer que la loi sur l'insolvabilité:

- a) Permette l'utilisation de ces accords pour faciliter la coopération en ce qui concerne des procédures d'insolvabilité visant les membres du même groupe d'entreprises dans différents États; et
- b) Autorise, si nécessaire, l'approbation de ces accords par le tribunal.

Contenu des dispositions législatives

Pouvoir de conclure des accords d'insolvabilité internationale (par. 48, 50, 53 et 54)

253. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité et à d'autres parties intéressées de conclure un accord d'insolvabilité internationale concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité visant ces membres.

Approbation ou application d'accords d'insolvabilité internationale (par. 53 et 54)

254. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal d'approuver ou d'appliquer un accord d'insolvabilité internationale concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité visant ces membres.

Annexe IV

Décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la troisième partie et résolution 65/24 de l'Assemblée générale

A. Décision de la Commission

1. À sa 918^e séance, le 1^{er} juillet 2010, la Commission a adopté la décision suivante:

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Reconnaissant que des régimes d'insolvabilité efficaces sont de plus en plus considérés comme un moyen d'encourager le développement économique et l'investissement, ainsi que de favoriser l'activité des entreprises et préserver l'emploi,

Notant qu'en raison du recours de plus en plus fréquent aux groupes d'entreprises par les sociétés pour mener leurs activités au niveau national comme international, la création de tels groupes caractérise une économie mondiale de plus en plus globalisée et, par conséquent, joue un rôle important dans le commerce international,

Reconnaissant qu'en cas de faillite d'un groupe d'entreprises il importe non seulement de savoir comment ce groupe sera traité dans une procédure d'insolvabilité, mais aussi de faire en sorte que ce traitement facilite, et non empêche, la conduite rapide et efficace de cette procédure,

Consciente que très peu d'États considèrent les groupes d'entreprises comme des entités juridiques, quoique de manière limitée et à des fins particulières, et que très peu d'États, si tant est qu'il y en ait, disposent d'un régime complet pour le traitement de ces groupes en cas d'insolvabilité,

Notant que, même s'il constitue une base solide pour l'unification du droit de l'insolvabilité et procure les éléments clefs d'un cadre pour un droit commercial moderne, le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*^a ne traite pas l'insolvabilité des groupes d'entreprises,

^aPublication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

Rappelant que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a reçu pour mandat de compléter le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* par des dispositions sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité,

Se félicitant du soutien et de la participation que des organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales œuvrant dans le domaine de la réforme du droit de l'insolvabilité ont apportés à l'élaboration d'un complément au *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* consacré au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité,

Remerciant le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) des travaux qu'il a réalisés pour élaborer la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité,

1. *Adopte* la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, qui comprend le texte contenu dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1, les modifications convenues par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (figurant dans les documents A/CN.9/691 et A/CN.9/708), ainsi que les modifications adoptées par la Commission à la session en cours, et autorise le Secrétariat à l'éditer et à la finaliser en tenant compte de ses délibérations;

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre le texte de la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* aux gouvernements et aux organismes intéressés;

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* pour évaluer l'efficacité économique de leur régime de l'insolvabilité et d'en tenir compte lorsqu'ils modifieront leur législation sur l'insolvabilité ou en adopteront une, et invite les États qui ont utilisé le *Guide* à l'en informer;

4. *Recommande également* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*^b;

5. *Recommande* que le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale* continue d'être dûment pris en considération par les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les autres parties prenantes à une procédure d'insolvabilité internationale.

^bPublication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3.

B. Résolution 65/24 de l'Assemblée générale

2. Le 6 décembre 2010, l'Assemblée générale a adopté la résolution suivante:

Troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966 portant création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, organe chargé d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

Rappelant également sa résolution 59/40 du 2 décembre 2004 dans laquelle elle recommandait l'utilisation du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*,

Constatant qu'un bon régime d'insolvabilité apparaît de plus en plus clairement comme un facteur de développement économique et d'investissement, et qu'il favorise l'activité des entreprises tout en préservant l'emploi,

Notant que les grandes sociétés procèdent de plus en plus souvent par groupes d'entreprises pour mener leurs affaires nationales et internationales, que ces groupes sont caractéristiques d'une économie en voie de mondialisation et qu'ils jouent donc un grand rôle dans le commerce international,

Reconnaissant que si un groupe d'entreprises fait faillite, il importe non seulement de savoir comment il sera traité dans la procédure d'insolvabilité, mais aussi de faire en sorte qu'il le soit d'une façon qui facilite, et non pas qui contrarie, la conduite diligente et efficace de la procédure,

Sachant qu'il y a très peu d'États qui considèrent les groupes d'entreprises comme des entités juridiques, sinon avec des limitations et à des fins particulières, et qu'il n'y en a peut-être aucun qui dispose d'un régime complet d'insolvabilité applicable à ces groupes,

Notant que, même s'il constitue une base solide pour l'unification du droit de l'insolvabilité et donne les éléments clefs d'un cadre de droit commercial moderne, le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* ne traite pas de l'insolvabilité des groupes d'entreprises,

Se félicitant du soutien et du concours que les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales qui s'intéressent à la réforme du droit de l'insolvabilité ont apportés à la rédaction d'un supplément du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* consacré au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir rédigé et adopté la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité^d;

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre le texte de la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* aux gouvernements et aux organismes intéressés;

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* pour évaluer l'efficacité économique de leur régime de l'insolvabilité et de le garder à l'esprit lorsqu'ils fixent ou modifient leur droit de l'insolvabilité, et invite ceux qui l'ont fait à en informer la Commission;

4. *Recommande également* à tous les États d'envisager d'appliquer la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*^e;

5. *Recommande en outre* que les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les autres parties à une procédure d'insolvabilité internationale continuent de prendre dûment en considération le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*.

^dVoir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 7 (A/65/17)*, chap. V.

^ePublication des Nations Unies, numéro de vente: E.99.V.3.

Publication des Nations Unies
Imprimé en Autriche



V.12-51340 — Septembre 2012 — 125