

**Assemblée générale**Distr.: Générale
15 avril 2005Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-huitième session
Vienne, 4-15 juillet 2005

Droit de l'insolvabilité**Propositions de travaux futurs dans le domaine du droit de l'insolvabilité****Traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité**

1. L'extrait suivant du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité est fourni, à titre d'information, à l'appui de la proposition contenue dans le document A/CN.9/582/Add.1.

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité**Deuxième partie, chapitre V****C. Traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité****1. Introduction**

82. Il est courant que des opérations commerciales soient réalisées par le biais de groupes de sociétés et que chaque société du groupe soit dotée d'une personnalité juridique distincte. Lorsque l'une des sociétés du groupe devient insolvable, son traitement comme une entité dotée d'une personnalité juridique distincte soulève un certain nombre de problèmes qui sont généralement complexes et souvent difficiles à résoudre. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale d'une société était dirigée ou contrôlée par une société apparentée, le traitement des sociétés du groupe comme des entités dotées de personnalités juridiques distinctes peut déboucher sur des résultats inéquitables. Il peut, par exemple, empêcher d'accéder aux fonds d'une société pour régler les dettes ou obligations d'une société



débitrice apparentée (sauf lorsque la société débitrice est actionnaire ou créancière de la société apparentée), malgré les liens étroits entre les sociétés et bien que la société apparentée ait peut-être participé à la gestion ou à l'administration de la société débitrice et ait amené celle-ci à contracter des dettes et des obligations. De plus, lorsque la société débitrice appartient à un groupe de sociétés, il peut être difficile de démêler les circonstances propres au cas d'espèce afin de déterminer avec quelle société du groupe tels ou tels créanciers ont traité ou d'établir les opérations financières entre les sociétés du groupe.

83. Trois questions se posent en particulier s'agissant des procédures d'insolvabilité concernant un groupe de sociétés:

a) Celle de savoir si une autre société du groupe sera responsable de la dette externe de la société insolvable (autrement dit l'ensemble des dettes de la société insolvable à l'exception de celles contractées envers des sociétés apparentées du groupe, c'est-à-dire à l'exception des "dettes intragroupe");

b) Celle du traitement qui doit être réservé aux dettes intragroupe (créances sur la société débitrice détenues par des sociétés apparentées du groupe); et

c) Celle de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par une société du groupe contre une société apparentée du même groupe.

84. Tenant compte de la complexité de ce sujet, les développements qui suivent visent seulement à donner un bref aperçu de certaines de ces questions. Les lois sur l'insolvabilité apportent diverses réponses à ces questions et à d'autres qui peuvent se distinguer par la mesure dans laquelle une loi permet la levée du voile social. Certaines adoptent une approche restrictive et limitent strictement les cas dans lesquels des sociétés d'un groupe peuvent être traitées comme n'ayant pas de personnalité juridique distincte et le voile social peut être levé, en d'autres termes, les circonstances dans lesquelles une société apparentée peut être responsable des dettes contractées par un membre insolvable du groupe. D'autres sont moins strictes et confèrent aux tribunaux de larges pouvoirs d'appréciation des circonstances de chaque cas d'espèce sur la base de principes directeurs spécifiques. Dans ce dernier cas, l'éventail des résultats possibles est plus large que dans les lois qui suivent une approche restrictive. Dans un cas comme dans l'autre, toutefois, il est fréquent que les lois sur l'insolvabilité se fondent pour régler les questions de dettes intragroupe sur le rapport existant entre la société insolvable et les sociétés apparentées du groupe tant au niveau de l'actionnariat qu'à celui du contrôle de la gestion. Le fait de traiter ces questions dans une loi sur l'insolvabilité peut avoir l'avantage d'encourager les groupes de sociétés à suivre en permanence les activités des sociétés membres du groupe et à réagir à un stade précoce en cas de difficultés financières de l'une d'elles. Traiter les sociétés comme si elles n'étaient pas dotées de personnalités juridiques distinctes peut toutefois empêcher les milieux d'affaires, les investisseurs et les créanciers de faire la part des choses et d'opérer des choix concernant les risques (ce qui peut être particulièrement important lorsque le groupe comprend une société pour laquelle existent des impératifs particuliers en matière de gestion des risques, comme un organisme financier), introduire un élément d'incertitude considérable qui se répercute sur le coût du crédit, en particulier lorsque la décision concernant la responsabilité à assumer pour les dettes du groupe est prise par un tribunal après la survenance de l'insolvabilité, et compliquer le traitement comptable des dettes au sein du groupe.

85. Bien que diverses réponses soient apportées à ces questions très complexes, il est important qu'un régime de l'insolvabilité traite des questions concernant les groupes de sociétés de manière suffisamment détaillée sur le plan de la procédure pour apporter la sécurité juridique à toutes les parties à des opérations commerciales avec de tels groupes. Une solution autre que la réglementation directe des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité pourrait être par exemple de donner, dans d'autres parties de la loi sur l'insolvabilité, une définition suffisante pour permettre l'application aux groupes de sociétés de dispositions telles que les dispositions relatives à l'annulation ou au déclassement qui s'appliquent aux personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

2. Responsabilité du groupe pour les dettes externes

86. Les régimes de l'insolvabilité prennent en compte diverses circonstances ou divers facteurs pour déterminer si une société apparentée ou société du groupe devrait assumer la responsabilité des dettes externes d'un membre insolvable du groupe.

87. Dans de nombreux pays, la société apparentée doit souvent assumer la responsabilité de la dette lorsqu'elle a donné une garantie concernant ses filiales. De même, de nombreux régimes prévoient la responsabilité de réparer toute perte ou tout dommage résultant d'opérations intragroupe frauduleuses. D'autres solutions peuvent être imposées par d'autres domaines du droit. Dans certaines circonstances, par exemple, la loi peut considérer la société insolvable comme un mandataire de la société apparentée, ce qui permettrait aux tiers d'exercer leurs droits directement contre la société apparentée en tant que mandant.

88. Lorsque la loi sur l'insolvabilité laisse aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la responsabilité d'une ou plusieurs sociétés pour les dettes d'autres sociétés du groupe, suivant certains principes directeurs, ceux-ci peuvent prendre en compte les éléments suivants: la mesure dans laquelle la gestion, les affaires et les finances des sociétés se confondent; le comportement de la société apparentée envers les créanciers de la société insolvable; le fait que ces créanciers pensaient traiter avec une seule entité économique et non pas avec deux ou plusieurs sociétés du groupe; et la mesure dans laquelle l'insolvabilité est imputable à la société apparentée. Sur la base de ces éléments, un tribunal peut décider dans quelle mesure un groupe de sociétés a agi comme une seule et même entreprise et, dans certains pays, peut ordonner le regroupement de l'actif et du passif des sociétés, en particulier lorsqu'une telle décision contribuerait au redressement du groupe, ou ordonner qu'une société apparentée contribue financièrement à la masse de l'insolvabilité, à condition que cette contribution ne compromette pas sa propre solvabilité. La contribution serait généralement versée au représentant de l'insolvabilité administrant la masse au profit de l'ensemble de celle-ci.

89. Un autre élément important à prendre en considération dans les lois sur l'insolvabilité qui autorisent de telles mesures est l'effet de celles-ci sur les créanciers. Ces régimes doivent, lorsqu'ils cherchent à assurer un traitement équitable à l'ensemble des créanciers, concilier les intérêts de deux séries (ou plus) de créanciers qui ont traité avec deux sociétés distinctes (ou plus). Ces intérêts collectifs entreront en conflit si le total des actifs de toutes les sociétés prises ensemble est insuffisant pour satisfaire l'ensemble des créances. Dans un tel cas, les

créanciers d'une société du groupe qui dispose d'actifs importants verraient ces actifs réduits par les créances de créanciers d'une autre société du groupe moins bien dotée. Une solution est d'examiner si les économies réalisées pour l'ensemble des créanciers l'emporteraient sur le préjudice accessoire causé à certains d'entre eux. Lorsque les deux sociétés sont insolubles, certaines lois disposent qu'il faut déterminer si le refus de regrouper celles-ci, qui entraîne l'ouverture de procédures d'insolvabilité distinctes, augmenterait le coût et la durée des procédures et diminuerait les fonds qui auraient normalement été destinés aux créanciers, mais aussi permettrait aux actionnaires de certaines sociétés du groupe de recevoir des dividendes au détriment des créanciers d'autres sociétés du groupe.

90. Le principe commun à tous les régimes comportant des lois de ce type est que, pour ordonner le regroupement, le tribunal doit être convaincu que les créanciers seraient davantage lésés par son refus de l'ordonner que les sociétés insolubles et les créanciers opposants ne le seraient par sa décision de l'imposer. Par souci d'équité, certaines législations autorisent un regroupement partiel, en excluant les créances de certains créanciers et en prévoyant leur remboursement sur des actifs particuliers (non visés par la décision de regroupement) de l'une des sociétés insolubles. Les difficultés qu'entraîne cette solution de compromis font que les décisions de regroupement partiel sont rares dans les États où elles sont autorisées.

91. Il convient de noter que les lois sur l'insolvabilité qui prévoient le regroupement sont sans incidence sur les droits des créanciers garantis, à l'exception peut-être des détenteurs de valeurs mobilières intragroupe (lorsque le créancier garanti est une société du groupe).

3. Dettes intragroupe

92. Les dettes intragroupe peuvent être traitées de différentes manières. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les opérations intragroupe peuvent faire l'objet d'actions en annulation. Dans certaines lois sur l'insolvabilité qui prévoient le regroupement, la décision de regroupement met fin aux obligations intragroupe. D'autres solutions consistent à distinguer les opérations intragroupe des opérations analogues entre parties non apparentées (par exemple une créance peut être considérée comme une participation au capital et non comme un prêt intragroupe), en conséquence de quoi l'obligation intragroupe aura un rang de priorité inférieur à la même obligation entre parties non apparentées.