

**Assemblée générale**

Distr.: Limitée
5 mars 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-deuxième session
New York, 14-18 mai 2007

Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité**Note du secrétariat****Table des matières**

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
III. Le début de l'insolvabilité: questions internes	1-49	2
B. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (<i>suite</i>)	1-17	2
5. Annulation	1-8	2
6. Déclassement	9-17	5
C. Voies de droit.	18-39	7
1. Introduction	18-20	7
2. Ordonnances de contribution	21-22	8
3. Regroupement des patrimoines ou mise en commun	23-29	8
D. Redressement	40-48	14
E. Autres questions	49	16



III. Le début de l'insolvabilité: questions internes

B. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (suite)

5. Annulation

[Référence: Guide législatif, deuxième partie, chap. II, par. 148 à 203 et recommandations 87 à 99]

1. Les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité¹ relatives à l'annulation s'appliqueraient, de manière générale, aux opérations effectuées entre membres d'un groupe de sociétés. Toutefois, des considérations supplémentaires peuvent entrer en ligne de compte dans ce type d'opérations. Il faudra parfois dépenser beaucoup de temps et d'argent pour démêler l'écheveau des opérations intragroupe afin de déterminer lesquelles, le cas échéant, sont susceptibles d'annulation. Certaines opérations qui sembleraient 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 étroitement intégré, où les inconvénients et les avantages qu'elles offrent seraient répartis plus largement. De même, certaines opérations réalisées au sein d'un groupe pour des motifs probablement légitimes ne seraient pas effectuées à l'extérieur du groupe si les avantages et les inconvénients étaient analysés sur la base de conditions commerciales normales.

2. Les "opérations intragroupe" peuvent désigner, entre autres, des échanges commerciaux entre des membres du groupe; le transfert de bénéfices de la filiale à la société mère; des prêts d'un membre pour aider le membre emprunteur à poursuivre ses activités; des transferts d'actifs et des garanties entre membres du groupe; des paiements effectués par une société à un créancier d'une société apparentée; une garantie ou une hypothèque consentie par une société du groupe pour un prêt accordé par une partie extérieure à une autre société 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 à sa disposition dans son intérêt général, plutôt qu'au profit du membre auquel ils appartiennent. Il pourrait notamment regrouper les liquidités des filiales auprès du membre qui le finance. Bien que cette pratique ne serve pas toujours au mieux les intérêts des filiales, certaines lois permettent aux administrateurs de filiales détenues à 100 %, par exemple, d'agir ainsi, à condition que ce soit dans l'intérêt supérieur de la société mère.

3. Certaines opérations effectuées dans le cadre d'un groupe peuvent être clairement considérées comme susceptibles d'annulation aux termes de la recommandation 87² du Guide législatif. D'autres en revanche n'entrent peut-être

¹ Guide législatif de la CNUDCI, recommandations 87 à 99.

² Recommandation 87 dispose ce qui suit:

Opérations annulables

87. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des dispositions qui s'appliquent rétroactivement et qui visent à défaire des opérations impliquant le débiteur ou des actifs de la masse et ayant pour effet soit de réduire la valeur de la masse, soit d'enfreindre le principe du traitement équitable des créanciers. Elle devrait spécifier que les types d'opérations ci-après sont annulables:

- a) Les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des

pas aussi clairement dans le champ d'application de cette recommandation et peuvent soulever des questions qui ont trait à la mesure dans laquelle le groupe fonctionnait en tant qu'entreprise unique ou dans laquelle les patrimoines respectifs des membres du groupe étaient étroitement imbriqués, ce qui risque d'influer sur la nature des opérations entre les membres eux-mêmes et entre les membres et des créanciers externes. D'autres opérations encore ne seront peut-être pas couvertes par les dispositions d'annulation. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité peuvent prévoir l'annulation de paiements préférentiels aux créanciers d'un débiteur, mais non aux créanciers d'un membre du groupe ayant des liens privilégiés avec le débiteur, sauf si le paiement est effectué, par exemple, en exécution d'une garantie.

4. Les opérations entre membres d'un groupe pourraient être régies par les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité relatives aux opérations entre le débiteur et des personnes ayant des liens privilégiés avec lui. La définition d'une "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" dans le Guide législatif inclut les membres d'un groupe de sociétés tels qu'une société mère, une filiale, une société partenaire ou une société apparentée du membre insolvable à l'encontre duquel la 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. La loi sur l'insolvabilité soumet souvent ces opérations à des règles d'annulation plus strictes, en particulier en ce qui concerne la longueur des périodes suspectes, ainsi que les présomptions ou le renversement de la charge de preuve pour faciliter l'action en annulation³ en supprimant la condition selon laquelle le débiteur devait être insolvable au moment de l'opération, ou l'être devenu à la suite de celle-ci. Un régime plus strict peut se justifier par le fait que ces parties ont plus de chances d'être favorisées ou sont souvent les premières à savoir quand le débiteur est effectivement en difficulté financière.

5. Une approche de la charge de preuve dans le cas d'opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourrait consister 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. Dans le contexte des groupes de sociétés, certaines lois ont établi que les opérations entre membres

créances par les créanciers lorsque l'opération a eu pour effet de mettre des actifs hors de portée des créanciers ou des créanciers potentiels ou de léser d'une autre manière les intérêts des créanciers;

b) Les opérations dans lesquelles le débiteur a transféré un droit sur un bien ou a souscrit une obligation à titre gratuit ou pour une contrepartie symbolique, inférieure ou insuffisante et qui sont intervenues à un moment où il était insolvable ou qui l'ont rendu insolvable (opérations à un prix sous-évalué); et

c) Les opérations intervenues à un moment où le débiteur était insolvable, dans lesquelles un créancier a obtenu une part des actifs de ce dernier supérieure à la proportion qui lui revient ou en a reçu le bénéfice (opérations préférentielles).

³ Voir Guide législatif, recommandation 97:

97. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les éléments devant être prouvés pour faire annuler une opération donnée, la partie chargée de les prouver, ainsi que les moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation, par exemple le fait que l'opération a été conclue dans le cours normal des affaires avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La loi peut aussi établir des présomptions et autoriser le renversement de la charge de la preuve pour faciliter la conduite de l'action en annulation.

d'un groupe et entre ces membres et les actionnaires du groupe étaient présumées, sauf preuve contraire, porter préjudice aux créanciers et pouvaient en conséquence être annulées. De plus, les créances de membres du groupe ayant des liens privilégiés avec le débiteur peuvent être soumises à un traitement spécial et les droits de tels membres découlant d'arrangements concernant la dette intragroupe être subordonnés aux droits des créanciers externes du membre insolvable (voir ci-après pour le déclassement).

6. S'agissant de l'ouverture d'actions en annulation, le degré d'intégration du groupe peut aussi avoir un impact considérable sur la capacité des créanciers d'identifier le membre du groupe avec lequel ils ont traité, lorsque la loi sur l'insolvabilité les autorise à engager une telle action.

Recommandations

Annulation

20) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'il examine si une opération du type mentionné dans la recommandation 87 a), b) ou c) du Guide législatif, effectuée entre le débiteur et des personnes ayant des liens privilégiés avec lui dans le contexte d'un groupe de sociétés, doit être annulée, le tribunal peut tenir compte des circonstances concernant le groupe dans lequel l'opération a été effectuée. Ces circonstances peuvent être notamment les suivantes: le degré d'intégration entre les membres du groupe qui sont parties à l'opération; l'objet de l'opération; et le fait de savoir si l'opération a procuré aux membres du groupe des avantages que ne s'accorderaient pas normalement des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles.

21) La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, s'agissant des éléments mentionnés dans la recommandation 97 du Guide législatif et de leur application dans le contexte d'un groupe de sociétés, des dispositions spéciales relatives aux moyens de défense et aux présomptions s'appliquent.

Notes sur les recommandations

7. La recommandation 20 prend note du fait que les opérations intervenant dans un groupe de sociétés soulèvent des questions en plus de celles qui se posent généralement en relation avec les opérations mettant en jeu des parties qui ont des liens privilégiés avec le débiteur. Les dispositions du Guide législatif s'appliqueraient de manière générale. Le Groupe de travail voudra peut-être néanmoins examiner s'il faudrait tenir compte de ces questions supplémentaires dans les recommandations.

8. À sa trente et unième session, le Groupe de travail a noté qu'une application large de présomptions simples aux opérations entre membres d'un groupe et entre ces membres et les actionnaires du groupe pouvait porter préjudice aux créanciers et devait être évitée⁴. La recommandation 21 note qu'il est nécessaire d'envisager l'application de dispositions spéciales concernant la charge de preuve et les présomptions dans le contexte des groupes de sociétés, sans donner de détails.

⁴ Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente et unième session, A/CN.9/618, par. 44.

6. Déclassement

[Référence: Guide législatif, deuxième partie, chap. V, par. 55 à 61]

9. Le Guide législatif note⁵ 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 ou d'une décision judiciaire. Les deux types de créances qui peuvent généralement être déclassées en cas d'insolvabilité sont celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et celles des propriétaires et des actionnaires du débiteur.

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

10. Dans le contexte des groupes de sociétés, 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 intragroupe seraient éventuellement subordonnés aux droits des créanciers externes des membres du groupe qui sont soumis à la procédure d'insolvabilité.

11. Comme mentionné ci-dessus, le terme "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur", tel qu'il est employé dans le Guide législatif, inclurait les membres d'un groupe de sociétés. Le simple fait d'une relation privilégiée avec le débiteur, y compris, dans le contexte d'un groupe, lorsque celui-ci est un autre membre du même groupe, ne suffira peut-être pas toujours, cependant, à justifier un traitement spécial des créances. Parfois, ces dernières seront totalement transparentes et devraient être traitées de la même manière que les créances analogues déclarées par des créanciers n'ayant pas de relation privilégiée 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 de sociétés.

12. Le Guide législatif recense un certain nombre de situations dans lesquelles un traitement spécial pourrait se justifier (par exemple lorsque le débiteur est nettement sous-capitalisé et lorsqu'il y a preuve d'abus de confiance). Dans le contexte d'un groupe, d'autres situations pourraient entrer en ligne de compte, par exemple: dans la relation entre une société mère et une filiale contrôlée, la participation de la première à la gestion de la seconde; le fait que la société mère a cherché à manipuler des opérations intragroupe à son propre avantage aux dépens de créanciers externes; ou le fait que la société mère s'est par ailleurs comportée de manière injuste, au détriment de créanciers et d'actionnaires du membre contrôlé du groupe. Dans certaines lois, l'existence de ces circonstances 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 de la société contrôlée.

13. Certaines lois prévoient d'autres approches en matière d'opérations

⁵ Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. V, par. 56.

intragroupe, par exemple en permettant que des dettes contractées par un membre du groupe qui a emprunté des fonds dans le cadre d'un arrangement de prêt intragroupe soient subordonnées d'office aux droits des créanciers externes de ce membre; en permettant 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 en autorisant que des créances intragroupe soient subordonnées, de manière volontaire, aux créances externes.

14. Dans le contexte d'un groupe de sociétés, 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.

b) Traitement des participations au capital

15. Le Guide législatif note⁶ que de nombreuses lois sur l'insolvabilité font une distinction entre les créances de propriétaires et d'actionnaires susceptibles de naître de prêts accordés au débiteur et les créances résultant de leur participation au capital du débiteur. S'agissant des secondes, nombre de ces lois 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.

16. 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 de sociétés. 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 peuvent être traités comme une participation au capital lorsque le ratio d'endettement initial était élevé avant leur apport et qu'il diminuerait après cet apport; si le capital social libéré était insuffisant; s'il est peu probable qu'un créancier externe aurait consenti un prêt dans des circonstances identiques; et si les conditions dans lesquelles l'avance a été consentie n'étaient pas raisonnables et qu'on ne pouvait pas raisonnablement attendre un remboursement.

⁶ Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. V, par. 76.

17. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est nécessaire d'adopter des recommandations sur le déclassement dans le contexte des groupes de sociétés et sur les circonstances dans lesquelles celui-ci se justifierait.

C. Voies de droit

1. Introduction

18. En raison de la nature des groupes de sociétés et de la façon dont ils opèrent, il se peut qu'existe, comme on l'a noté plus haut, une toile complexe d'opérations financières intragroupe, et que des créanciers aient traité avec différents membres, voire avec le groupe, en tant qu'entité économique unique, plutôt qu'avec plusieurs membres séparément. Pour savoir à qui appartiennent l'actif et le passif et identifier les créanciers de chaque membre du groupe, il faudra peut-être mener une enquête juridique complexe et coûteuse. Cependant comme, du fait de l'application du principe de l'entité distincte, les créanciers de chaque membre du groupe doivent en général s'adresser à celui-ci pour le remboursement de leur créance, il faudra, lorsqu'une procédure d'insolvabilité aura été ouverte à l'encontre d'un ou de plusieurs membres, attribuer la propriété de leurs actifs et de leurs passifs respectifs.

19. Lorsqu'on y parvient, le principe de l'entité distincte a pour effet de limiter le recouvrement des créances aux actifs du membre insolvable du groupe. Lorsqu'on ne peut y parvenir ou lorsque existent des raisons précises de traiter le groupe comme une entreprise unique, certaines lois prévoient des voies de droit qui permettent de déroger à ce principe. Historiquement, ces voies de droit ont été mises au point pour remédier à l'impression d'inefficacité et d'iniquité que donne dans certains cas 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, sont notamment les suivantes: étendre aux autres membres solvables du groupe ainsi qu'aux dirigeants et aux actionnaires l'obligation de paiement des dettes externes; et rendre des ordonnances de contribution, de mise en commun ou de regroupement (des patrimoines). Certaines d'entre elles exigent la constatation d'une faute, et 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 adéquates, par exemple la révocation des administrateurs incriminés et la limitation de la participation de la direction à la procédure de redressement.

20. En raison de l'iniquité qui peut naître de l'obligation pour un groupe de créanciers de partager l'actif et le passif avec les créanciers d'un autre membre du groupe potentiellement moins solvable, ces voies de droit 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 conduire à "percer" ou à "lever" le "voile de la personnalité juridique", ce qui peut permettre de tenir les actionnaires, généralement exonérés de toute responsabilité pour les activités de la société, responsables de certaines d'entre elles. Ce n'est pas le cas des autres voies de droit examinées ici, même si dans certaines circonstances, l'effet peut sembler similaire.

2. Ordonnances de contribution

21. Une ordonnance de contribution est une ordonnance par laquelle un tribunal peut enjoindre à un membre solvable d'un groupe de verser une contribution spécifique pour couvrir tout ou partie des dettes d'autres membres du groupe qui sont en liquidation. Bien que ce type de mesure ne soit pas très courant dans les lois sur l'insolvabilité, certains pays l'ont adopté ou envisagent de le faire. Dans les lois qui autorisent effectivement cette mesure, la difficulté évoquée plus haut, de concilier les intérêts des deux ensembles de créanciers chirographaires qui ont traité avec les deux sociétés distinctes fait que le pouvoir de rendre une ordonnance de contribution n'est pas fréquemment exercé. En outre, les tribunaux estiment qu'une ordonnance de contribution pleine et entière peut être inappropriée si elle a pour effet de compromettre la solvabilité de la société apparentée non encore en liquidation, bien qu'il soit possible d'ordonner une contribution partielle limitée à certains actifs, par exemple au solde restant après l'exécution des obligations de bonne foi.

22. Aux termes de l'une des lois qui prévoit des ordonnances de contribution, le tribunal doit tenir compte de certaines circonstances déterminées lorsqu'il examine la possibilité de rendre ou non une telle ordonnance, à savoir notamment la mesure dans laquelle une société apparentée a pris part à la gestion de la société en liquidation; la conduite de la société apparentée vis-à-vis des créanciers de la société en liquidation, même si l'affirmation, par les créanciers, de l'existence d'une relation entre les sociétés ne suffit pas à motiver une telle ordonnance; la mesure dans laquelle les circonstances qui ont abouti à la liquidation sont imputables aux actions de la société apparentée; la conduite de la société solvable après l'ouverture de la procédure de liquidation de la société apparentée, surtout si elle a des répercussions, directes ou indirectes, sur les créanciers de la société apparentée, par exemple en cas d'inexécution d'un contrat; et tout autre élément que le tribunal juge approprié⁷.

3. Regroupement des patrimoines ou mise en commun

a) Introduction

23. Une autre voie de droit est le regroupement des patrimoines ou mise en commun (appelé regroupement). Comme nous l'avons noté plus haut, en cas d'administration conjointe, les actifs et les passifs respectifs des débiteurs restent distincts, les droits fondamentaux des revendiquants demeurant inchangés. Le regroupement, 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 ce groupe, de regrouper leurs actifs et passifs respectifs et de les traiter comme s'il s'agissait de l'actif et du passif détenu et contracté par une entité unique. Ce regroupement a pour effet de créer une masse unique au profit général de l'ensemble des créanciers de tous les membres ainsi regroupés. Il concernerait généralement les membres du groupe à l'encontre desquels la procédure d'insolvabilité a été ouverte, mais il pourrait, dans certains cas, s'étendre à un membre solvable du groupe, lorsque ses affaires sont si étroitement liées à celles des autres membres du groupe qu'il serait

⁷ New Zealand Companies Act 1993 (Loi néo-zélandaise sur les sociétés), sect. 271(1)(a) et 272(1).

avantageux de l'inclure. Il peut même s'étendre à des personnes physiques, telles que l'actionnaire contrôlant. S'il doit généralement être ordonné par le tribunal, le regroupement est également possible sur la base d'un consensus des parties intéressées ou d'un plan de redressement qui a été approuvé.

24. Peu de pays disposent de lois autorisant les ordonnances de regroupement⁸, et lorsque cette voie de droit existe, elle n'est généralement pas fréquemment utilisée. Malgré l'absence de pouvoir légal exprès ou de norme prescrite sur les circonstances dans lesquelles de telles ordonnances peuvent être rendues, les tribunaux de certains pays ont directement contribué à développer cet outil et à définir les 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. Comme pour les ordonnances de contribution, les circonstances qui justifieraient une ordonnance de regroupement sont très limitées et ce moyen n'est généralement utilisé que lorsque, en raison de l'intégration poussée des membres d'un groupe de sociétés, que ce soit du fait d'une participation ou d'un contrôle, il serait difficile, voire impossible, de démêler l'actif et le passif des différents membres du groupe et d'administrer séparément la masse de chaque débiteur.

25. Le regroupement est généralement évoqué dans le contexte d'une liquidation, et les lois qui l'autorisent le font uniquement dans ce contexte. Il existe toutefois des propositions législatives qui autoriseraient le regroupement dans le contexte de différents types de redressement. Dans les pays dépourvus de législation spécifique, il serait possible d'ordonner un regroupement en cas aussi bien de liquidation que de redressement, lorsqu'une telle ordonnance pourrait par exemple faciliter le redressement du groupe.

26. Le regroupement pourrait se justifier lorsqu'il accroît la valeur à répartir entre les créanciers, soit en raison de la relation structurelle entre les membres du groupe et de la manière dont ils réalisent leurs opérations et entretiennent leurs relations financières, soit en raison de la valeur des actifs communs à l'ensemble du groupe, tels que les actifs de propriété intellectuelle dans un processus où interviennent plusieurs membres du groupe et le produit de ce processus. Une autre situation possible serait celle où il n'y a pas de réelle séparation entre les membres, la structure de groupe étant maintenue uniquement à des fins malhonnêtes ou frauduleuses. Les opérations intragroupe étant de plus en plus souvent une norme dans l'activité commerciale, le regroupement permettrait à un représentant de l'insolvabilité de se concentrer sur les dettes externes du groupe après la disparition des dettes intragroupe qui s'ensuivrait (voir ci-dessous).

27. Les principales inquiétudes que suscitent ces ordonnances, outre celles liées au problème fondamental du non-respect du principe de l'entité distincte, tiennent notamment, comme cela a déjà été mentionné, 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 autre membre du groupe potentiellement moins solvable, et au fait de savoir si les économies ou les avantages dont bénéficie la collectivité des créanciers l'emportent sur les inconvénients que chacun d'eux doit accessoirement subir. Les créanciers qui s'opposent à un regroupement pourraient faire valoir que,

⁸ Ibid. sect. 272.

comme ils comptaient sur les actifs distincts d'un membre précis du groupe lorsqu'ils traitaient avec lui, un paiement intégral ne devrait pas leur être refusé en raison des relations de leur partenaire commercial avec un autre membre du même groupe. Les créanciers qui sont favorables à un regroupement pourraient eux faire valoir le fait qu'ils comptaient sur les actifs du groupe dans son ensemble, et qu'il serait injuste de limiter le recouvrement aux actifs d'un seul membre du groupe.

28. Comme il implique la mise en commun des actifs de différents membres du groupe, le regroupement peut ne pas se traduire par une hausse du recouvrement pour tous les créanciers, mais avoir plutôt pour effet d'équilibrer les recouvrements entre tous les créanciers, en augmentant le montant distribué à certains, au détriment des sommes distribuées à 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 normalement pas leur revenir; d'inciter des créanciers qui désapprouvent une ordonnance de regroupement à en demander la révision, au risque de prolonger la procédure d'insolvabilité; et de compromettre la sécurité et la prévisibilité offertes par les sûretés réelles (lorsque des créances intragroupe disparaissent en raison d'un regroupement, les créanciers qui ont des sûretés en garantie de ces créances perdront leurs droits).

b) Circonstances justifiant un regroupement

29. Un certain nombre d'éléments jugés utiles pour déterminer si un regroupement des patrimoines se justifie ou non ont été recensés, tant dans la législation qui autorise les ordonnances de regroupement que dans la pratique des tribunaux qui ont contribué à développer ces dernières. Chaque fois, il s'agit d'équilibrer les divers éléments: aucun élément n'est nécessairement décisif en soi et les éléments n'ont pas besoin d'être tous réunis dans un cas précis. Ces éléments sont notamment les suivants: la présence ou l'absence 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 la même personne; 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 des 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; l'habitude d'inciter les créanciers à considérer le groupe de sociétés 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 sociétés du groupe; et le point de savoir si un regroupement faciliterait un redressement ou sert les intérêts des créanciers. Enfin, le regroupement pourrait se justifier lorsque, en l'absence d'ordonnance en ce sens, la seule façon de déterminer le statut des diverses dettes intragroupe serait d'engager des procédures distinctes, ce qui accroîtrait inévitablement le coût et la durée de la liquidation et épuiserait les fonds revenant normalement aux créanciers.

30. Ces nombreux facteurs conservent leur pertinence, mais certains tribunaux ont commencé à se concentrer sur deux d'entre eux en particulier le fait de savoir si les créanciers ont traité avec le groupe en tant qu'unité économique unique et n'ont pas tenu compte de l'identité distincte des membres du groupe pour octroyer des crédits, et si les affaires des membres du groupe sont tellement imbriquées qu'un regroupement bénéficierait à tous les créanciers.

c) *Intérêts concurrents dans le regroupement*

31. Outre les intérêts concurrents des créanciers des différents membres d'un groupe de sociétés, les intérêts concurrents de différents types de parties prenantes méritent d'être pris en considération dans le contexte du regroupement, à savoir les créanciers et les actionnaires; les actionnaires des différentes sociétés du groupe, en particulier ceux qui sont actionnaires de certaines sociétés, mais pas d'autres; et les créanciers garantis et prioritaires des différents membres d'un groupe ayant fait l'objet d'un tel regroupement.

i) *Propriétaires et actionnaires*

32. 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, ces derniers ayant un rang inférieur à toutes les autres créances dans l'ordre de priorité régissant la répartition. Il en résulte généralement que les propriétaires et actionnaires ne reçoivent rien⁹. Dans le contexte d'un groupe de sociétés, 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, au groupe dans son ensemble, tous les créanciers pourraient être payés avant les actionnaires d'un membre quelconque du groupe.

ii) *Créanciers garantis*

33. S'agissant des créanciers garantis, internes ou externes au groupe, la question se pose de savoir comment leurs droits devraient être traités en cas de regroupement. Le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité¹⁰ examine la position des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité et estime que si, en règle générale, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle devraient être reconnues et la valeur économique des actifs grevés préservée, une loi sur l'insolvabilité peut modifier les droits de ces créanciers aux fins de politiques commerciales et économiques à condition de prévoir des mesures de protection appropriées.

34. On pourrait se demander, à propos du regroupement notamment: 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 ordonnance de regroupement a été prise, ou si cette sûreté devrait être limitée à l'ensemble déterminé d'actifs sur

⁹ Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. V, par. 76.

¹⁰ L'annexe I du Guide législatif de la CNUDCI indique les sections du Guide qui concernent le traitement des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité.

lequel le créancier garanti s'était fondé à l'origine; si des créanciers garantis dont la sûreté n'est pas suffisante pourraient exiger le paiement de la dette restante 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 d'autres membres du même groupe) devraient être traités différemment des créanciers garantis externes. S'agissant des créanciers garantis externes, une solution pourrait consister à les exclure du regroupement, ce qui reviendrait à effectuer un regroupement partiel. Les créanciers garantis qui ont tenu compte de l'identité distincte des membres du groupe, comme dans les cas où ils se sont fondés sur une garantie intragroupe, devraient peut-être faire l'objet d'une attention particulière. Lorsque des actifs grevés sont nécessaires au redressement, une solution différente pourrait être envisagée, qui consisterait par exemple à autoriser le tribunal à adapter l'ordonnance de regroupement de manière à prévoir des dispositions spécifiques pour ces actifs. Le sort des sûretés des créanciers garantis internes doit également être examiné. Différentes solutions sont possibles: par exemple annuler ces sûretés, les créanciers devenant ainsi chirographaires, ou encore modifier ou déclasser ces sûretés.

iii) Créanciers prioritaires

35. Des questions similaires se posent en relation avec le traitement des créanciers prioritaires. Sur le plan pratique, ils 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 et aux créances fiscales, reposent sur le principe de l'entité unique, la question se pose de savoir comment elles devraient être traitées à l'échelle du groupe, 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. Si les créanciers prioritaires sont en général susceptibles d'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 ont fondées sur le principe de l'entité unique.

d) Inclusion de membres solvables du groupe dans le regroupement

36. Comme on l'a noté plus haut, le regroupement pourrait être étendu à un membre solvable d'un groupe, soit parce qu'il est attiré dans la procédure d'insolvabilité, soit parce que ses affaires sont si étroitement liées à celles des autres membres du groupe qu'il serait avantageux de l'inclure dans le regroupement. Cette situation peut être jugée particulièrement préoccupante par les créanciers du membre solvable, et une solution limitée pourrait être adoptée de sorte que l'ordonnance de regroupement ne s'applique qu'aux capitaux propres du membre solvable pour protéger les droits de ces créanciers.

e) Notification aux créanciers

37. En raison de l'impact potentiel du regroupement sur les droits des créanciers, les créanciers concernés devraient avoir le droit d'être notifiés de toute demande de regroupement et d'y faire objection. Les intérêts des créanciers qui ont peut-être tenu compte de l'identité distincte de chaque membre dans leurs opérations avec un

groupe devraient être mis en balance avec les avantages généraux qui pourraient être retirés d'un regroupement. Il faut notamment se demander si une seule objection suffirait à empêcher le regroupement, ou si ce dernier pourrait quand même être ordonné. Une solution possible serait par exemple d'attribuer aux créanciers qui se sont opposés au regroupement et qui seront fortement désavantagés par celui-ci par rapport à d'autres créanciers, un paiement nettement supérieur aux autres créanciers chirographaires, ce qui reviendrait à s'écarter du principe strict de répartition égale. On peut aussi envisager d'exclure certains groupes de créanciers avec certains types de contrats, par exemple des arrangements de financement de projets à recours limité qui ont été conclus avec des membres clairement identifiés du groupe dans des conditions commerciales normales.

f) Autres questions: choix du moment du prononcé de l'ordonnance et inclusion ultérieure de membres additionnels

38. Les autres questions à examiner en relation avec les ordonnances de regroupement concernent notamment le moment où de telles ordonnances doivent être prises (seulement à un stade précoce de la procédure ou à un stade plus avancé lorsqu'il apparaît que la valeur à répartir entre les créanciers s'en trouverait accrue) et le fait de savoir si un autre membre du groupe pourrait être ajouté à un regroupement existant. Si l'ordonnance de regroupement a été prise avec le consentement des créanciers, ou si les créanciers se sont vu donner la possibilité de s'y opposer, l'ajout d'un autre membre à une étape ultérieure de la procédure peut modifier le groupe d'actifs par rapport à ce 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.

Recommandations

Regroupement

21) La loi sur l'insolvabilité peut autoriser le tribunal à ordonner, dans des circonstances appropriées, que les procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés soient jointes comme si ceux-ci formaient une entité unique. Lorsqu'il détermine si de telles circonstances existent, le tribunal peut prendre en compte:

- a) La mesure dans laquelle les actifs des membres du groupe étaient si étroitement imbriqués qu'il était impossible de démêler la propriété de tel ou tel actif;
- b) La mesure dans laquelle les créanciers avaient traité avec les membres d'un groupe en tant qu'entité économique unique et ne s'étaient pas fondés sur leur identité distincte pour octroyer des crédits;
- c) La mesure dans laquelle le regroupement serait avantageux pour tous les créanciers; et
- d) [...].

Notes sur les recommandations

39. À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu que le regroupement pouvait se justifier dans certaines circonstances limitées et qu'il

faudrait établir des critères clairs sur la base desquels les juges pourraient évaluer les circonstances de l'espèce¹¹. La recommandation 21 reconnaît qu'un tribunal peut ordonner un regroupement dans des circonstances appropriées et indique certains critères qui pourraient être pris en considération pour déterminer si ces circonstances sont réunies dans un cas précis. Le paragraphe 29 ci-dessus présente un certain nombre d'autres exemples de circonstances susceptibles de justifier un regroupement.

D. Redressement

[Référence: Guide législatif, deuxième partie, chap. IV et recommandations 139 à 159]

40. Le Guide législatif traite en détail les questions liées au redressement et à la négociation, l'approbation et l'exécution d'un plan de redressement¹². Une grande partie des questions examinées et des recommandations s'appliqueront au redressement de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés. Par contre, la question de savoir si un plan de redressement unique peut être proposé pour deux membres ou plus d'un groupe n'est pas abordée.

41. Lorsque des procédures d'insolvabilité sont ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe, qu'elles puissent ou non être administrées conjointement, la question est de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs en recourant à un plan unique qui permette de réaliser des économies sur l'ensemble des procédures ouvertes contre le groupe, de régler les difficultés financières du groupe de manière coordonnée, et de maximiser la valeur pour les créanciers. Plusieurs lois sur l'insolvabilité autorisent la négociation d'un plan de redressement unique. Dans certaines lois, cette approche est uniquement possible lorsque les procédures sont administrées conjointement ou regroupées. Lorsque cela n'est pas permis, un plan de redressement unifié ne serait généralement possible que lorsque les procédures peuvent être coordonnées en pratique.

42. Si la loi sur l'insolvabilité autorisait un plan de redressement unifié, il faudrait se pencher sur l'application à un groupe de sociétés d'un certain nombre de dispositions du Guide législatif relatives au redressement d'un débiteur unique. Ces dispositions concerneraient notamment la détermination des parties compétentes pour proposer le plan ou participer à sa proposition¹³; la nature et la teneur d'un plan¹⁴; les garanties accompagnant un plan¹⁵; la convocation et la conduite des réunions de créanciers concernant le plan; le classement des créances et les catégories de créanciers¹⁶; le vote des créanciers, l'approbation d'un plan¹⁷, les

¹¹ Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente et unième session, A/CN.9/618, par. 37 et 42.

¹² Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. IV.

¹³ Ibid., par. 8 à 14.

¹⁴ Ibid., par. 3 à 5 et 17 à 25.

¹⁵ Ibid., par. 54 à 63.

¹⁶ Ibid., par. 27, 36, 37, 41 à 43.

¹⁷ Ibid., par. 27 à 51.

objections à son approbation (ou à son homologation, si celle-ci est exigée)¹⁸; et son exécution¹⁹.

43. Un plan de redressement unique devrait prendre en compte les intérêts des différents groupes de créanciers et éventuellement prévoir des taux de remboursement différents pour les créanciers des différents membres du groupe. S'agissant de l'approbation du plan, un juste équilibre devrait aussi être trouvé entre les droits de ces différents groupes de créanciers, y compris des majorités adéquates, aussi bien parmi les créanciers d'un seul membre que parmi les créanciers de différents membres du groupe. Par exemple, on pourrait se demander si le rejet du plan par les créanciers d'un des membres signifierait que le plan ne peut pas aller de l'avant. 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 garanties similaires à celles prévues dans la recommandation 152 du Guide législatif pourraient également être prévues, avec une exigence supplémentaire, à savoir que le plan soit équitable entre les créanciers des différents membres du groupe.

44. La recommandation 152 du Guide législatif dispose ce qui suit:

Homologation d'un plan approuvé

152. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige qu'un plan approuvé soit homologué par le tribunal, elle devrait exiger que celui-ci homologue ce plan si les conditions suivantes sont remplies:

- a) Les approbations requises ont été obtenues et le processus d'approbation a été régulier;*
- b) Les créanciers recevront au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;*
- c) Le plan ne comporte pas de dispositions contraires à la loi;*
- d) Les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le créancier concerné accepte un traitement différent; et*
- e) Sauf dans la mesure où les classes concernées en sont convenues autrement, si une classe de créanciers a voté contre le plan, elle se verra reconnaître pleinement par celui-ci le rang que la loi sur l'insolvabilité lui accorde et la part qui lui revient en vertu du plan devrait être conforme à ce rang.*

45. Une loi sur l'insolvabilité pourrait aussi inclure des dispositions relatives aux conséquences du défaut d'approbation d'un tel plan, comme le fait la recommandation 158, surtout lorsque des membres solvables d'un groupe peuvent être inclus dans le plan. Une loi, par exemple, prévoit que le défaut d'approbation d'un plan entraîne la liquidation de tous les membres insolubles du groupe.

¹⁸ Ibid., par. 53 à 63.

¹⁹ Ibid., par. 69 à 71.

46. La recommandation 158 du Guide législatif dispose ce qui suit:

Conversion en liquidation

158. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le tribunal peut convertir la procédure de redressement en liquidation lorsque:

- a) *Aucun plan n'est proposé dans le délai spécifié par la loi et aucune prorogation de ce délai n'est accordée par le tribunal;*
- b) *Le plan proposé n'est pas approuvé;*
- c) *Le plan approuvé n'est pas homologué (si l'homologation est exigée par la loi sur l'insolvabilité);*
- d) *Le plan approuvé ou homologué est contesté avec succès; ou*
- e) *Le débiteur manque gravement aux stipulations du plan ou ce dernier ne peut pas être exécuté.*

Recommandations

Plan de redressement unifié

22) La loi sur l'insolvabilité peut autoriser la proposition d'un plan de redressement unifié pour deux membres ou plus d'un groupe de sociétés qui sont soumis à une procédure d'insolvabilité.

23) La loi sur l'insolvabilité peut prévoir la possibilité d'inclure un membre solvable du groupe qui n'est pas soumis à la procédure d'insolvabilité dans un plan de redressement unifié lorsque le tribunal considère que cette inclusion est dans l'intérêt du groupe.

Notes sur les recommandations

47. Les recommandations 22 et 23 énoncent des principes fondamentaux, à savoir qu'une loi sur l'insolvabilité peut autoriser la proposition d'un plan de redressement unifié concernant deux membres ou plus d'un groupe à l'encontre desquels une procédure d'insolvabilité a été ouverte et qu'un membre solvable du groupe non inclus dans cette procédure peut néanmoins être inclus dans le plan si cette inclusion est dans l'intérêt du groupe.

48. Compte tenu des éléments examinés aux paragraphes 42 à 44 ci-dessus, le Groupe de travail voudra peut-être envisager l'ajout de recommandations supplémentaires sur le contenu, et en particulier sur la question de savoir dans quelle mesure il serait possible ou nécessaire d'autoriser des taux de remboursement différents pour les différents groupes de créanciers; l'approbation; les mesures de protection; le défaut d'exécution; et d'autres aspects inclus abordés dans les recommandations 139 à 159 du Guide législatif.

E. Autres questions

49. En plus des questions mentionnées ci-dessus, le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions suivantes, qui n'ont pas encore fait l'objet d'un débat:

- a) L'application des recommandations 69 à 86 du Guide législatif, relatives au traitement des contrats, en cas d'insolvabilité de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés, en particulier lorsque ces contrats ont été conclus entre des membres du groupe;
- b) Les considérations spéciales qui s'appliqueraient à la participation des créanciers à une procédure d'insolvabilité dans le contexte d'un groupe de sociétés, dans l'hypothèse où un ou plusieurs de ces créanciers seraient membres du même groupe et seraient ou non soumis à la même procédure d'insolvabilité;
- c) La possibilité d'instaurer un comité des créanciers unique pour chaque membre du groupe ou chaque type de créancier dans un groupe;
- d) S'agissant de la représentation des créanciers, les problèmes particuliers que pourrait poser l'application des recommandations 126 à 136 du Guide législatif, relatives à la participation des créanciers. Les membres d'un groupe qui sont créanciers d'autres membres du groupe seraient probablement considérés comme des parties ayant des liens privilégiés avec le débiteur aux fins de la recommandation 131 et ne seraient donc pas autorisés à participer aux comités de créanciers;
- e) L'application à un membre d'un groupe de sociétés des recommandations 137 et 138 du Guide législatif, relatives au droit des parties intéressées d'être entendues et de faire appel: le terme "partie intéressée", comme l'explique le Guide législatif, pourrait s'appliquer de différentes manières à un membre d'un groupe de sociétés, que ce soit en tant que codébiteur dans une procédure conjointe, créancier, actionnaire, ou simplement en tant qu'autre membre du même groupe;
- f) Les considérations spéciales qui pourraient s'appliquer à la déclaration de créances par d'autres membres du même groupe, par exemple leur examen approfondi comme dans le cas des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, tel que le prévoit la recommandation 184 du Guide législatif.

[IV. Les questions internationales sont traitées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2]