



Assemblée générale

Distr.: Limitée
2 janvier 2008*
Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-quatrième session
New York, 3-7 mars 2008

Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

Note du Secrétariat

II. Le début de l'insolvabilité: questions internes

(suite)

D. Action en annulation

1. Contenu des dispositions législatives

Opérations annulables

14) 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) du Guide législatif effectuée entre des personnes ayant des liens privilégiés dans le contexte d'un groupe d'entreprises, le tribunal peut tenir compte des circonstances, concernant le groupe, dans lesquelles s'est déroulée l'opération. 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.

Éléments d'annulation et moyens de défense

15) La loi sur l'insolvabilité peut spécifier comment les éléments mentionnés à la recommandation 97 du Guide législatif s'appliqueraient à l'annulation d'une opération dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises¹.

* Le présent document a été soumis tardivement pour permettre l'achèvement des consultations.

¹ À savoir les éléments devant être prouvés pour faire annuler l'opération, la charge de la preuve, les moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation et l'application de présomptions particulières.



2. Notes sur les recommandations

1. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les projets de recommandations 14 et 15 comme base pour ses délibérations futures et proposé que la recommandation 15 indique plus clairement le lien avec la recommandation 97 du Guide législatif. Les éléments de cette recommandation sont donc repris dans une note de bas de page. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette référence suffit.

E. Regroupement des patrimoines

1. Objet des dispositions législatives

[L'objet des dispositions relatives au regroupement des patrimoines est:

- a) De faire respecter, en tant que principe de base, l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises;
- b) De prévoir un cadre législatif pour le regroupement des patrimoines;
- c) De préciser les circonstances très limitées dans lesquelles le regroupement des patrimoines est possible; et
- d) De spécifier les critères objectifs et les procédures sur lesquels le regroupement des patrimoines devrait se fonder pour assurer la transparence.]

2. Contenu des dispositions législatives

Identité juridique distincte au sein des groupes d'entreprises

16) La loi sur l'insolvabilité devrait respecter l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises [sous réserve des dispositions de la recommandation 17].

Regroupement des patrimoines

17) La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que le tribunal a la possibilité d'ordonner la jonction des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises comme s'il s'agissait d'une procédure à l'encontre d'une entité unique [, en regroupant leurs patrimoines respectifs en une seule masse de l'insolvabilité], mais seulement dans les circonstances limitées ci-après:

- a) Lorsque le tribunal a la conviction que les actifs des membres du groupe sont si étroitement imbriqués [qu'il est impossible d'identifier le propriétaire de chaque actif] [qu'il serait excessivement long ou coûteux d'identifier le propriétaire de chaque actif]; ou
- b) Lorsque deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises se livrent à une simulation, à des pratiques frauduleuses ou à des activités sans objet commercial légitime et que le tribunal a la conviction que le regroupement des patrimoines est essentiel pour corriger cette situation; ou
- [c) Lorsque le tribunal a la conviction que le groupe d'entreprises se présentait comme une entreprise unique ou se comportait de manière à inciter les tiers [à traiter avec lui comme s'il s'agissait d'une entreprise unique] [à penser

qu'ils avaient affaire à une entreprise unique] [et a brouillé les limites juridiques entre les membres du groupe].]

3. Notes sur les recommandations

2. Pour mieux expliquer les projets de recommandations sur le regroupement des patrimoines, l'approche du Guide législatif a été retenue et une clause "objet" a été introduite. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les éléments qui devraient être insérés dans cette clause.

3. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 16², en notant que le principe qu'il consacrait devrait constituer la règle générale. Le renvoi au projet de recommandation 17 risquant de ce fait d'être superflu, il a été placé entre crochets en vue d'un examen plus approfondi. Si le renvoi est supprimé, il est probable que le projet de recommandation puisse constituer une introduction générale aux présents travaux.

4. Pour mieux expliquer l'objet des projets de recommandations sur le regroupement des patrimoines, sujet que n'aborde pas le Guide législatif, l'approche de ce dernier a été retenue et une clause "objet" a été introduite. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les éléments qui devraient figurer dans cette clause.

Regroupement des patrimoines

5. Le projet de recommandation 17 a été révisé conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-troisième session³. Il a été proposé, à cette session, d'indiquer clairement dans le chapeau du projet de recommandation que le regroupement des patrimoines aboutit à une procédure d'insolvabilité unique concernant une masse de l'insolvabilité unique. Cette indication a donc été insérée dans le chapeau ainsi que dans l'explication du regroupement des patrimoines fournie dans le glossaire. Le commentaire pourrait donner de plus amples explications sur le regroupement des patrimoines.

Confusion des actifs

6. L'alinéa a) s'applique à la confusion des actifs entre les membres du groupe, sans préciser que ceux-ci doivent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité. En conséquence, les actifs imbriqués peuvent appartenir à des membres insolvable mais aussi à des membres solvables ou apparemment solvables⁴, conformément à un avis exprimé au sein du Groupe de travail.

7. Plusieurs variantes sont proposées pour le critère concernant l'identification du propriétaire de chaque actif. Dans les systèmes juridiques qui considèrent la confusion des actifs comme un motif de regroupement des patrimoines, les tribunaux adoptent différentes solutions à la question de savoir quel doit être le degré de difficulté d'une telle identification pour justifier ce regroupement. Certains exigent que l'identification soit impossible ou ont recours à un critère de coûts: par exemple il faut que l'identification entraîne des dépenses de nature à compromettre

² A/CN.9/643, par. 62.

³ Ibid., par. 63 à 75.

⁴ Ibid., par. 65.

tout recouvrement par les créanciers; soit tellement coûteuse que les actifs des masses en seraient dissipés; ou soit prohibitive.

8. L'“impossibilité d'identifier le propriétaire de chaque actif” pourrait être très difficile à prouver. Il se peut aussi que ce critère soit inapplicable. Bien que cette identification risque d'entraîner des dépenses considérables (en absorbant, par exemple, la totalité des actifs disponibles), de donner lieu à de longues procédures judiciaires et de faire peser une grande incertitude sur toutes les parties, elle pourrait ne pas être “impossible”. Or, un tel résultat irait à l'encontre des principaux objectifs de la procédure d'insolvabilité, notamment celui de maximiser la valeur des actifs. Dans la pratique, les tribunaux qui sont tenus de respecter ce critère d'“impossibilité” peuvent choisir de l'interpréter au sens de “qui ne peut être accompli sans entraîner de frais et de retards excessifs”. Dans ce cas, ils examineraient ces frais et retards pour déterminer ce qui sert au mieux les intérêts de la masse de l'insolvabilité et des créanciers. Au critère d'“impossibilité” pourrait donc se substituer celui selon lequel le propriétaire de chaque actif ne peut être identifié sans que cela entraîne des frais ou des retards excessifs. Les critères applicables et les questions pratiques qui en découlent, par exemple la charge de la preuve, pourraient être étudiés de manière plus approfondie dans le commentaire. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'approche à retenir.

9. S'agissant de la confusion des actifs, le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner la question de la propriété. Il serait certes possible d'identifier le propriétaire véritable des actifs au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais la question essentielle pourrait être de savoir si les actifs ont été transformés et transférés entre les membres du groupe, sans qu'il soit tenu compte de l'existence juridique distincte de chacun de ces membres, au point de décevoir les attentes que leurs créanciers pouvaient raisonnablement nourrir lorsqu'ils ont consenti un crédit. Pour identifier dans ce cas le propriétaire de chaque actif, on sera peut-être amené à démêler l'écheveau des opérations intragroupe. Le Groupe de travail pourrait donc examiner s'il serait souhaitable de parler de propriétaire “légitime” ou “en équité” aux fins de l'alinéa a).

Simulation, pratiques frauduleuses et activités sans objet commercial légitime

10. L'alinéa b) porte sur l'utilisation des membres d'un groupe pour trois types d'actes particuliers – simulation, pratiques frauduleuses et activités sans objet commercial légitime. Il concerne donc l'accomplissement effectif de ces actes par l'intermédiaire des membres du groupe et viserait des entités créées et utilisées à ces fins, ainsi que des entités créées dans un but légitime mais utilisées par la suite à ces fins. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail a convenu que, si une définition plus précise du type de fraude envisagé était souhaitable, celle-ci serait difficile à élaborer et qu'il fallait conserver la solution actuelle afin de l'examiner plus avant⁵.

11. L'alinéa b) exige par ailleurs que le tribunal ait la conviction que le regroupement des patrimoines des entités concernées est essentiel pour remédier à la situation; s'il existe une autre voie de droit pour arriver au même résultat, elle devrait généralement être adoptée. Lorsque l'acte visé à l'alinéa b) entraîne une

⁵ Ibid., par. 67.

confusion des actifs au sens de l'alinéa a), le regroupement des patrimoines pourrait être prononcé sur le fondement de cet alinéa a).

Lorsqu'un groupe se présente comme une entité unique

12. L'alinéa c) reprend les idées du projet de recommandation [18] figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1 et porte sur le comportement du groupe d'entreprises qui a donné aux créanciers une apparence trompeuse d'unité, leur faisant croire qu'ils avaient affaire à une seule entité, plutôt qu'à différents membres d'un groupe. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'alinéa devrait viser uniquement les comportements frauduleux ou s'appliquer aussi à des situations où, par exemple, cette même apparence d'unité découle d'une incompétence ou d'une mauvaise gestion.

13. Pour déterminer si les conditions de l'alinéa c) sont réunies, on peut prendre en compte notamment les facteurs suivants: la façon pour le groupe de promouvoir son image auprès du public par la publicité, le marketing et la correspondance en général; les arrangements financiers, tels que le paiement de factures à un membre du groupe par d'autres membres ou inversement; la nomination d'administrateurs et de secrétaires généraux communs aux membres du groupe; l'utilisation d'un seul compte bancaire pour tous les membres du groupe; le traitement des créanciers d'un membre du groupe comme s'ils étaient créanciers d'autres membres ou de l'ensemble du groupe, au point que ces créanciers n'ont plus de lien avec des débiteurs précis; et la confusion dans le traitement des salariés, notamment en ce qui concerne l'identité de l'employeur. Bien que nombre de ces facteurs soient souvent présents au sein d'un groupe d'entreprises, ils ne pourraient motiver le regroupement des patrimoines que dans des circonstances limitées, lorsque la diligence raisonnable exercée par les créanciers ne leur aurait pas permis de déterminer l'identité de l'entité avec laquelle ils traitaient.

14. Il a été indiqué à la trente-troisième session du Groupe de travail qu'il faudrait peut-être préciser le moment où survenait le comportement évoqué à l'alinéa c), car celui-ci pouvait changer avec le temps et en fonction des divers créanciers⁶. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette question doit être étudiée plus avant et s'il faudrait l'aborder dans le commentaire.

15. Pour expliciter les conséquences d'un regroupement des patrimoines, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de formuler une recommandation supplémentaire en ce sens, qui pourrait indiquer, par exemple, qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines crée une seule entité regroupée, éteint chaque dette d'un ou de plusieurs membres du groupe exigible par un ou plusieurs autres membres du groupe; ou éteint chaque créance qu'un ou plusieurs membres du groupe détient sur un ou plusieurs autres membres du groupe.

⁶ Ibid., par. 76.

4. Recommandations supplémentaires concernant le regroupement des patrimoines

a) Contenu des dispositions législatives

Regroupement partiel des patrimoines

[18) La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que le tribunal a la possibilité d'exclure certains actifs ou certaines créances lorsqu'il ordonne le regroupement des patrimoines [a la possibilité d'ordonner un regroupement partiel des patrimoines en excluant certains actifs ou certaines créances de ce regroupement].]

Demande de regroupement des patrimoines

[19) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les personnes autorisées à demander le regroupement des patrimoines, à savoir notamment le représentant de l'insolvabilité d'un membre quelconque du groupe d'entreprises ou un créancier de ce membre.]

Assemblées de créanciers

[20) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si une première assemblée des créanciers doit être convoquée dans un délai déterminé après l'ouverture des procédures d'insolvabilité et si un regroupement des patrimoines est ordonné, une seule assemblée [pour tous les créanciers des membres du groupe visés par le regroupement] peut être convoquée.]

Calcul de la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines

[21) 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 du Guide législatif lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné.

a) Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné en même temps que l'ouverture des procédures d'insolvabilité, la date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement devrait être déterminée conformément à la recommandation 89 du Guide législatif;

b) Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après l'ouverture des procédures d'insolvabilité, la date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement en ce qui concerne les membres regroupés peut être:

i) une date commune pour tous les membres visés par le regroupement, à savoir la date de demande d'ouverture ou celle d'ouverture des procédures d'insolvabilité à l'encontre de ces membres, la plus rapprochée étant retenue; ou

ii) une date unique pour chacun des membres 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 des membres, conformément à la recommandation 89 du Guide législatif.]

Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

[22) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut modifier une ordonnance de regroupement des patrimoines, y compris de regroupement partiel [, à condition que l'ordonnance de modification n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions prises en application de l'ordonnance de regroupement.]]

Traitement des sûretés réelles en cas de regroupement des patrimoines

[23) La loi sur l'insolvabilité devrait respecter les droits et priorités d'un créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif d'un membre du groupe visé par une ordonnance de regroupement des patrimoines, sauf:

- a) Si le passif garanti est dû uniquement entre les membres du groupe et s'éteint du fait du regroupement; ou
- b) Si le tribunal considère que la sûreté réelle a été obtenue par fraude.]

b) Notes sur les recommandations

16. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail est convenu que plusieurs projets de recommandations supplémentaires devraient être établis en vue d'un examen ultérieur⁷.

Regroupement partiel des patrimoines

17. Le projet de recommandation 18 traite de la possibilité d'ordonner un regroupement partiel des patrimoines, auquel cas certains actifs ou certaines créances seraient exclus. Comme le projet de recommandation 17, il est souple: il laisse toute latitude à la loi sur l'insolvabilité pour poser ses propres règles et au tribunal pour ordonner ou non un regroupement partiel. L'ordonnance de regroupement partiel pourrait exclure, par exemple, les créanciers garantis, dans la mesure où ils comptaient sur les actifs grevés pour se désintéresser, ou les actifs dont la propriété ne fait aucun doute. S'agissant des membres solvables du groupe, l'ordonnance pourrait ne s'appliquer qu'aux capitaux propres (à supposer qu'ils existent) de ces membres, sans avoir d'incidence sur leurs créanciers. Les modalités du regroupement partiel pourraient être expliquées dans le commentaire.

Demande de regroupement des patrimoines

18. Le projet de recommandation 19 traduit l'accord intervenu à la trente-troisième session du Groupe de travail en ce qui concerne les personnes autorisées à demander le regroupement des patrimoines⁸. Le délai pour demander le regroupement a également été examiné et un certain nombre de questions ont été soulevées⁹. Il a été noté en particulier que, s'il fallait suffisamment de souplesse pour pouvoir étendre par la suite le regroupement à d'autres membres du groupe, il serait difficile de le faire à certains stades de la procédure d'insolvabilité, par exemple après approbation d'un plan de redressement ou répartition partielle du produit de la réalisation. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une

⁷ Ibid., par. 81, 93, 108.

⁸ Ibid., par. 82.

⁹ Ibid., par. 84.

autre recommandation est nécessaire ou si ces questions devraient être abordées dans le commentaire.

Assemblées de créanciers

19. Le projet de recommandation 20 a trait à la recommandation 128 du Guide législatif relative à la convocation d'assemblées de créanciers lors de l'ouverture de la procédure. Il dispose qu'une assemblée unique peut être organisée pour l'ensemble des créanciers des membres du groupe visés par le regroupement des patrimoines. La tenue d'une seule assemblée a pour but principal d'économiser du temps et de l'argent. Lorsque les créanciers sont appelés à voter, la loi sur l'insolvabilité peut disposer qu'une décision adoptée par des créanciers réunis dans cette assemblée générale équivaut à une décision adoptée par les créanciers de chacun des membres du groupe visés par le regroupement des patrimoines.

Calcul de la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines

20. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail a relevé les difficultés particulières qui pouvaient naître de l'annulation des opérations et du calcul de la période suspecte lorsqu'un regroupement des patrimoines était ordonné¹⁰. Lorsque celui-ci était ordonné en même temps que l'ouverture des procédures d'insolvabilité à l'encontre des membres ainsi regroupés, la recommandation 89 du Guide législatif était suffisante. En revanche, lorsqu'il était ordonné après l'ouverture des procédures d'insolvabilité et qu'il était étendu à d'autres membres du groupe à des moments différents, des difficultés pouvaient naître, surtout lorsque le laps de temps entre la demande d'ouverture ou l'ouverture des procédures et l'ordonnance de regroupement était long. Il a été noté aussi que, si la date de l'ordonnance était retenue pour le calcul de la période suspecte, des problèmes pourraient surgir en ce qui concerne les opérations conclues par ou entre les membres du groupe entre cette date et la date de la demande d'ouverture ou de l'ouverture des procédures d'insolvabilité, ce qui faisait peser des incertitudes sur les créanciers et les prêteurs. Le projet de recommandation 21 a été établi, comme demandé, en vue d'un examen plus approfondi par le Groupe de travail.

Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

21. Le projet de recommandation 22 a été élaboré conformément à la décision du Groupe de travail, à sa trente-troisième session, de prévoir la possibilité de modifier une ordonnance de regroupement des patrimoines¹¹. Il comporte une référence expresse à une ordonnance de regroupement partiel. Il n'indique pas le motif d'une telle modification, mais le commentaire pourrait expliquer que celle-ci serait nécessaire, par exemple, lorsque les circonstances changent, lorsque de nouvelles informations sur les débiteurs sont obtenues après le regroupement, ou lorsque des informations importantes n'ont pas été communiquées lors du prononcé de l'ordonnance de regroupement. Les mots placés entre crochets figurent également dans le projet de recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.V/WP.80) sur la coordination procédurale, pour que la modification de l'ordonnance de regroupement n'ait pas d'incidence sur les mesures et les décisions prises en vertu de cette ordonnance.

¹⁰ Ibid., par. 89 à 93.

¹¹ Ibid., par. 88.

Traitement des sûretés réelles en cas de regroupement des patrimoines

22. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail a convenu que la reconnaissance et le respect des sûretés réelles devaient être des principes fondamentaux dans un regroupement des patrimoines, en notant toutefois que ces principes pourraient, dans quelques cas, admettre des exceptions¹². Le projet de recommandation 23 pose le principe général et les deux exceptions possibles examinées par le Groupe de travail.

Notification de la demande de regroupement des patrimoines

23. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail a examiné la question de la notification de la demande de regroupement des patrimoines, sans toutefois parvenir à une conclusion¹³. Il voudra peut-être confirmer que les recommandations 19 a), 22 et 23 du Guide législatif suffisent à cette fin ou si un projet de recommandation sur le modèle du projet de recommandation 6 (voir A/CN.9/WG.V/WP.80) concernant la coordination procédurale pourrait être inclus. Conformément aux recommandations du Guide législatif, les membres d'un groupe visés par une demande de regroupement émanant d'un créancier seraient avisés de cette demande et les parties intéressées seraient informées de la décision du tribunal d'ordonner le regroupement des patrimoines à la demande du représentant de l'insolvabilité d'un membre du groupe.

24. Le projet de recommandation 7 (voir A/CN.9/WG.V/WP.80) porte sur les informations qui, outre celles exigées par la recommandation 25 du Guide législatif, devraient figurer dans la notification lorsqu'une coordination procédurale est ordonnée. Une approche semblable pourrait être souhaitable lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné, afin que les créanciers et les autres parties intéressées soient informés des effets de l'ordonnance de regroupement. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il y a lieu de faire figurer, dans les recommandations relatives au regroupement des patrimoines, une recommandation semblable à la recommandation 7.

F. Le représentant de l'insolvabilité

1. Objet des dispositions législatives

[L'objet des dispositions relatives aux représentants de l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises est:

- a) 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.]

¹² Ibid., par. 80.

¹³ Ibid., par. 85.

2. Contenu des dispositions législatives

Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique

24) [19] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un représentant de l'insolvabilité unique peut être nommé [lorsque le tribunal décide que cette mesure sert au mieux les intérêts de l'administration des masses de l'insolvabilité de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises].

Conflit d'intérêts

25) [20] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui risquent de se poser entre les masses de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, lorsqu'un seul représentant de l'insolvabilité a été nommé. Ces mesures peuvent inclure la nomination d'un ou de plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires [pour chaque masse à l'origine d'un conflit].

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus dans le contexte d'un groupe

26) [21] La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, lorsque des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, les représentants de l'insolvabilité nommés devraient coopérer dans toute la mesure possible¹⁴.

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus en cas de coordination procédurale

27) [22] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque plusieurs représentants de l'insolvabilité ont été nommés pour des procédures d'insolvabilité faisant l'objet d'une coordination procédurale, ceux-ci devraient coopérer dans toute la mesure possible.

Formes de coopération

28) [23] Dans la mesure permise par la loi, la coopération dont les représentants de l'insolvabilité devraient faire preuve dans toute la mesure possible peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

- a) Le partage et la communication d'informations;
- b) L'approbation ou l'application d'accords relatifs à la répartition des pouvoirs et des obligations entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination ou d'un rôle prépondérant à un seul représentant de l'insolvabilité;
- c) La coordination de la proposition et de la négociation de plans de redressement; et

¹⁴ Outre 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 de la procédure.

d) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des débiteurs et de la poursuite de leurs activités, y compris en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture de la procédure; de la protection des actifs; de l'utilisation et de la disposition d'actifs; de l'utilisation des pouvoirs d'annulation; de la production et de l'approbation des créances; et de la répartition du produit de la réalisation entre les créanciers.

3. Notes sur les recommandations

25. Pour mieux expliquer les projets de recommandations sur la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique et l'intérêt de coordonner plusieurs procédures ouvertes à l'encontre des membres d'un même groupe d'entreprises, on a retenu l'approche du Guide législatif et prévu une clause "objet". Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les éléments à insérer dans cette clause.

26. Le projet de recommandation 24 (ancien projet de recommandation [19] figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) a été révisé conformément à la demande faite par le Groupe de travail à sa trente-troisième session¹⁵. Il ne se limite pas aux cas où la coordination procédurale est ordonnée; au lieu de cela, il fait référence aux cas où le tribunal décide qu'il est dans l'intérêt de l'administration des masses de l'insolvabilité concernées de nommer un représentant de l'insolvabilité unique.

27. Le projet de recommandation 25 (ancien projet de recommandation [20] figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) a été révisé afin d'être harmonisé avec le projet de recommandation 24 et de ne plus se limiter aux conflits d'intérêts qui naissent uniquement des cas de coordination procédurale. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 25¹⁶.

28. Le projet de recommandation 26 (ancien projet de recommandation [21] figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) a été révisé pour prendre en compte les préoccupations exprimées à la trente-troisième session du Groupe de travail¹⁷. Comme les modalités de coopération entre les représentants de l'insolvabilité varient d'un système juridique à l'autre de coopération entre, que ce soit de manière générale ou eu égard à la coordination procédurale en particulier, le projet de recommandation se veut souple en disposant que "la loi sur l'insolvabilité peut". Il vise à encourager la coopération, dans un souci d'efficacité et d'économie, mais aussi afin d'offrir la solution optimale à la fois aux membres insolubles du groupe et aux autres parties intéressées. Les mots par lesquels se terminaient les projets de recommandations 26 et 27 (ancien projet de recommandation [22] dans le document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) ont été supprimés afin d'éviter toute confusion avec la notion de coordination procédurale. Le projet de recommandation 26 s'applique à tous les cas de procédure d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises; tandis que le projet de recommandation 27 concerne exclusivement la coordination procédurale.

¹⁵ A/CN.9/643, par. 96 et 97.

¹⁶ Ibid., par. 99.

¹⁷ Ibid., par. 101 à 104.

29. Le projet de recommandation 28 (ancien projet de recommandation [23] figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) a été révisé afin de soumettre à la loi interne applicable les formes de coopération qui s'offrent au représentant de l'insolvabilité, puisque certaines d'entre elles pourraient être réglementées par cette loi et ne pourraient donc pas faire l'objet d'un accord entre les représentants de l'insolvabilité. L'alinéa b) a été révisé pour permettre aux représentants de l'insolvabilité affectés aux membres d'un groupe d'entreprises de convenir que l'un d'entre eux devrait jouer un rôle prépondérant ou de coordination, conformément à une suggestion faite à la trente-troisième session du Groupe de travail¹⁸.

G. Redressement

1. Contenu des dispositions législatives

Plan de redressement

29) [24 a)] La loi sur l'insolvabilité devrait, en sus des recommandations 139 à 159 du Guide législatif, permettre l'approbation d'un plan de redressement unique [visant tous les membres concernés d'un groupe d'entreprises] [par les créanciers de chaque membre d'un groupe d'entreprises visé par une procédure d'insolvabilité] [dans les procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises].

30) [24 b)] La loi sur l'insolvabilité peut disposer qu'un membre d'un groupe non visé par une procédure d'insolvabilité peut participer à un plan de redressement proposé pour deux membres ou plus du groupe visés par des procédures d'insolvabilité. La présente disposition [est sans incidence sur les] [ne porte pas préjudice aux] droits des actionnaires ou des créanciers dudit membre [qui découlent des règles applicables internes à la société].

2. Notes sur les recommandations

30. Le projet de recommandation 29 (ancien projet de recommandation [24 a]) qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) a été révisé pour expliciter les questions soulevées par le Groupe de travail à sa trente-troisième session¹⁹; il comprend un texte supplémentaire et deux variantes possibles entre crochets que le Groupe de travail voudra peut-être examiner. Il a été noté lors de la session précédente qu'un plan unique (au sens de plan identique ou semblable) serait proposé dans chacune des procédures visant les membres du groupe concernés par le plan et que les créanciers de chaque membre voteraient son approbation séparément, conformément aux règles de vote applicables aux débiteurs autonomes. Il n'est pas proposé que le plan soit approuvé à l'échelle du groupe par un vote des créanciers regroupés par classe au sein du groupe. Le processus de préparation et d'approbation du plan de redressement devrait prendre en compte l'intérêt et les avantages d'une approbation par tous les membres concernés. Ces questions sont abordées dans les recommandations 143 et 144 du Guide législatif concernant le contenu du plan et de la note d'information jointe à ce dernier. Les détails

¹⁸ Ibid., par. 103.

¹⁹ Ibid., par. 113 à 117.

supplémentaires à communiquer dans la note d'information pourraient concerner les opérations du groupe et son fonctionnement de même que la participation de membres solvables au redressement.

31. Le projet de recommandation 30 (ancien projet de recommandation [24 b]) figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) a été révisé pour expliciter le rôle de la loi sur l'insolvabilité en ce qui concerne la participation d'un membre solvable au plan de redressement des membres insolvable. Le Groupe de travail a noté que la décision d'un membre solvable de participer au plan était une décision commerciale ordinaire qu'il prenait conformément à la loi applicable; la question ne relevait ni des créanciers de ce membre (sauf si la loi applicable l'exige) ni de la loi sur l'insolvabilité. L'entité solvable pourrait participer, par exemple, en apportant un financement ou des actifs pour le redressement ou en fusionnant avec des entités insolvable pour constituer une nouvelle entité dans le cadre du plan, dont les détails, y compris l'incidence sur ses créanciers, devraient figurer dans les notes d'information correspondantes. La dernière phrase de la recommandation vise à empêcher que la participation de l'entité solvable au plan de redressement ne porte atteinte aux droits de ses créanciers ou ses actionnaires. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait mentionner uniquement les droits des créanciers et des actionnaires prévus par les règles applicables internes à la société ou y faire référence de manière plus générale.

32. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait préciser dans une recommandation supplémentaire les informations qui pourraient être exigées pour un groupe d'entreprises dans la note d'information en sus de celles prévues par la recommandation 143 du Guide législatif.

H. Questions à étudier plus avant

33. Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu'à sa trente-troisième session, il a décidé d'examiner de manière plus approfondie deux questions lors d'une session à venir: le financement postérieur à la demande d'ouverture et le traitement des contrats²⁰.

34. S'agissant du financement postérieur à la demande d'ouverture, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait possible d'ajouter une recommandation permettant à un membre d'un groupe d'entreprises de solliciter et d'obtenir un financement entre la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, à certaines conditions. Ces conditions pourraient être notamment les suivantes: que le débiteur puisse démontrer que, sans ce financement, il serait incapable de poursuivre ses opérations; que le prêteur ait reçu notification de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et consente néanmoins aux conditions du prêt postérieur à la demande d'ouverture; et que le tribunal décide, par exemple, que les conditions du financement postérieur à la demande d'ouverture sont nécessaires, justes et dans l'intérêt des créanciers.

²⁰ Ibid., par. 49 à 51 et 52 à 54 respectivement.