



Assemblée générale

Distr. limitée
4 septembre 2008
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-cinquième session
Vienne, 17-21 novembre 2008

Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

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

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
V. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.....	1-44	2
A. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité	2-9	2
B. Utilisation et disposition des actifs.....	10-12	4
C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	13-29	4
1. Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre solvable du groupe	16-19	5
2. Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre insolvable du groupe.....	20-29	6
D. Procédure d'annulation	30-35	11
E. Déclassement	36-44	14
1. Créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.....	37-41	14
2. Traitement des participations au capital.....	42-44	15



V. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

1. Les effets que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aura sur le débiteur et sur ses actifs sont examinés en détail dans le *Guide législatif* (voir deuxième partie, chap. I). De manière générale, cet impact serait le même en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Certaines conséquences qui pourraient être différentes dans le cas d'un groupe d'entreprises sont examinées ci-après, et concernent la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité; le financement postérieur à l'ouverture de la procédure; l'annulation; le déclassement; et les voies de droit, y compris les ordonnances de regroupement des patrimoines.

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

2. Le *Guide législatif* note (voir deuxième partie, chap. II, par. 26) que de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient un mécanisme de protection de la valeur de la masse de l'insolvabilité qui non seulement interdit aux créanciers d'engager des actions pour faire exécuter leurs droits en se prévalant des moyens prévus par la loi pendant tout ou partie de la procédure d'insolvabilité, mais qui suspend également les actions déjà engagées contre le débiteur. Les dispositions du *Guide législatif* relatives à l'application de ce mécanisme, appelé "arrêt des poursuites", s'appliqueraient, de manière générale, en cas de procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises (voir recommandations 39 à 51).

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

4. L'extension de l'arrêt des poursuites peut être recherchée dans plusieurs situations, par exemple pour protéger une garantie intragroupe fondée sur les actifs du membre solvable garant; pour empêcher un prêteur qui cherche à faire exécuter un accord à un membre solvable, alors que cette exécution risque d'avoir des répercussions sur le passif d'un membre visé par une demande d'ouverture; et pour empêcher la réalisation d'une sûreté réelle sur les actifs d'une entité solvable qui sont essentiels aux activités commerciales du groupe, y compris celles des membres visés par une demande d'ouverture. Elle peut avoir une incidence sur les activités commerciales du membre solvable et les intérêts de ses créanciers, selon la nature

de ce membre et sa fonction au sein du groupe. Les activités quotidiennes d'un membre réalisant des opérations commerciales, par exemple, risquent d'être plus touchées que celles d'une filiale établie pour détenir certains actifs ou obligations.

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

6. De telles mesures pourraient être couvertes par la recommandation 48 du *Guide législatif*, qui prévoit que le tribunal peut prononcer des mesures en sus des mesures applicables automatiquement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (comme celles prévues dans la recommandation 46). Comme le souligne la note de bas de page relative à la recommandation 48, les mesures supplémentaires pouvant être prononcées seraient fonction des types de mesures prévues dans une loi particulière et des mesures qui pourraient être appropriées dans une procédure d'insolvabilité donnée.

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

8. La protection des intérêts des créanciers, garantis ou chirographaires, du membre solvable du groupe est traitée dans les dispositions pertinentes du *Guide législatif*. La recommandation 51, par exemple, traite expressément de la question de la protection des créanciers garantis et des motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture, et pourrait être étendue aux créanciers garantis du membre solvable du groupe. D'autres motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites pourraient être liés à la situation financière du membre solvable et aux conséquences durables de l'arrêt des poursuites pour ses opérations courantes et, éventuellement, pour sa solvabilité.

9. Lorsqu'un créancier garanti est dans le même temps un autre membre du même groupe, une approche différente de la question de la protection pourrait être requise, surtout lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise le regroupement ou le déclassement des créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (voir ci-dessous).

B. Utilisation et disposition des actifs

10. Le *Guide législatif* note (voir deuxième partie, chap. II, par. 74) que bien qu'en règle générale il soit souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne lèse pas indûment les droits de propriété des tiers ou les droits réels des créanciers garantis, il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure puisse être atteint, de continuer à utiliser des actifs de la masse et des actifs en la possession du débiteur dont se sert l'entreprise ou à en disposer (y compris en les grevant).

11. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, des questions risquent de se poser à propos de l'utilisation des actifs appartenant à un membre du même groupe qui n'est pas soumis à la procédure d'insolvabilité pour financer la poursuite de l'activité des membres qui y sont soumis en attendant le règlement de la procédure. Lorsque ces actifs sont en la possession de l'un des membres insolvable du groupe, la recommandation 54 du *Guide législatif*, qui traite de l'utilisation d'actifs appartenant à des tiers et se trouvant en la possession du débiteur, pourrait être suffisante.

12. Lorsque ces actifs ne sont pas en possession de l'un des membres insolvable du groupe, la recommandation 54 ne s'appliquera pas de manière générale. Toutefois, dans certains cas, le membre solvable du groupe sera inclus dans la procédure d'insolvabilité et les dispositions d'un plan de redressement du groupe couvriront les actifs. Lorsque le membre solvable n'est pas inclus dans la procédure, il s'agira de savoir si ces actifs peuvent être utilisés pour soutenir les membres insolvable du groupe et, dans l'affirmative, les conditions auxquelles une telle utilisation serait subordonnée. L'utilisation de ces actifs risque de soulever des questions d'annulation, surtout lorsque le membre qui apporte le soutien devient ensuite insolvable, et constitue aussi une sorte d'inquiétude pour les créanciers de ce membre.

C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

13. Le *Guide législatif* reconnaît que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Elle exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs. Il note, cependant, qu'un certain nombre de lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement. Parmi celles qui traitent effectivement du financement postérieur à l'ouverture de la procédure, pratiquement aucune n'aborde la question dans le contexte des groupes d'entreprises.

14. Les recommandations 63 à 68 du *Guide législatif* tendent à faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur, à assurer une protection appropriée à ceux qui fournissent un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure, et à assurer une protection appropriée

aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence.

15. Le financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être encore plus important dans le contexte d'un groupe que dans celui d'une procédure autonome. Sans un financement continu, les perspectives de redresser un groupe insolvable ou de le vendre en tout ou en partie en vue de la poursuite de l'activité sont très minces et l'impact économique de cet échec risque, surtout dans les grands groupes, d'être bien plus important qu'il ne le serait dans le cas d'un débiteur autonome. Les raisons qui poussent à promouvoir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe sont donc comparables à celles qui valent pour un débiteur autonome, bien qu'il risque de se poser un certain nombre de questions différentes. Ces questions pourront avoir trait à l'équilibre à trouver entre les intérêts de chaque membre du groupe et les mesures à prendre pour redresser l'ensemble; à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre solvable du groupe, en particulier lorsque des questions de contrôle pourraient se poser, comme dans le cas d'un membre solvable contrôlé par la société mère insolvable; au traitement des opérations menées essentiellement entre des parties ayant des liens privilégiés (voir glossaire, par. jj)); à l'octroi d'un financement par des membres du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité; à l'éventuel conflit d'intérêts entre les besoins des différents débiteurs s'agissant de la poursuite du financement lorsqu'un représentant unique de l'insolvabilité est nommé pour plusieurs membres du groupe; et à l'opportunité de maintenir, dans la procédure d'insolvabilité, la structure financière du groupe qui existait avant le début de l'insolvabilité, surtout lorsque cette structure reposait sur le nantissement de tous les actifs du groupe pour un financement qui transitait par une entité centrale de ce dernier dotée de fonctions de trésorerie.

1. Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre solvable du groupe

16. Comme on l'a noté plus haut, l'une des questions qui se posent en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe d'entreprises est de savoir si les actifs d'un membre solvable du groupe peuvent être utilisés, en recourant par exemple à une sûreté réelle ou personnelle, pour obtenir auprès d'une source externe un financement destiné à un membre insolvable ou pour financer celui-ci directement et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences pour les recommandations du *Guide législatif* relatives à la priorité et aux sûretés. Il se peut que le membre solvable ait intérêt à ce que la société mère, d'autres membres ou encore le groupe tout entier conservent leur stabilité financière afin d'assurer sa propre stabilité financière et la poursuite de ses activités. Différents types d'entités solvables, comme les entités ad hoc avec un passif peu important et des actifs de valeur, pourraient participer à la constitution d'une sûreté personnelle ou réelle.

17. L'utilisation, cependant, des actifs d'un membre solvable du groupe pour financer un membre insolvable soulève plusieurs questions, en particulier lorsque ce membre solvable risque de devenir, ou devient ultérieurement, insolvable. Ce dernier accorderait ce financement de sa propre initiative conformément au droit des sociétés dans un contexte commercial et non conformément à la loi sur l'insolvabilité, mais les conséquences de ce financement peuvent être régies par

cette dernière. On pourra, par exemple, se demander si un membre solvable du groupe serait, conformément à la recommandation 64 du *Guide législatif*, prioritaire s'il finançait un membre insolvable; si la créance naissant de cette opération ferait, en vertu de la recommandation 184, l'objet d'un traitement spécial parce que les opérations s'effectuaient entre parties ayant des liens privilégiés; ou si elle pourrait être considérée comme préférentielle en cas d'insolvabilité ultérieure du membre apportant le financement. Dans certaines lois, un tel financement équivaldrait à un transfert d'actifs de l'entité solvable à l'entité insolvable au détriment des créanciers et des actionnaires de la première et serait donc interdit.

18. Certaines des difficultés liées à l'octroi d'un financement par un membre solvable du groupe pourraient être résolues si elles étaient traitées dans le cadre d'un plan de redressement, auquel le membre solvable du groupe, de même que les personnes fournissant le financement, pourraient participer par contrat. Cependant, s'il se pouvait que dans certaines situations cette approche puisse convenir, la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dès le début de la procédure d'insolvabilité et avant qu'un plan puisse être négocié et dans des situations telles que la liquidation en vue de la poursuite de l'activité, où il n'y aurait pas de plan de redressement, fait qu'elle aurait une application limitée.

19. La recommandation 63 du *Guide législatif* énonce les conditions d'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure (il faut que le représentant de l'insolvabilité juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur de la masse) et indique comment il peut être autorisé (par le tribunal ou par les créanciers). Ces critères restent valables dans le contexte de groupes d'entreprises et, pour lever tout doute, on pourrait préciser que dans le contexte d'un groupe d'entreprises, la recommandation 63 devrait être interprétée comme s'appliquant à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité aussi bien par un prêteur extérieur que par un membre solvable du groupe.

2. Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre insolvable du groupe

20. L'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité à un autre membre qui se trouve dans le même cas n'est pas directement traité par le *Guide législatif*. Il faudra, pour faciliter l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans cette situation, étudier plus avant certaines des difficultés que créent les lois existantes en ce qui concerne les entités insolvable qui empruntent et prêtent des fonds. En vertu de certaines lois sur l'insolvabilité, par exemple, l'octroi d'un tel financement risque de soulever des questions de responsabilité à la fois de la partie qui octroie le financement et de celle qui en bénéficie. Comme le note le *Guide législatif* (voir deuxième partie, chap. II, par. 96), certaines lois prévoient que lorsqu'un prêteur avance des fonds à un débiteur insolvable pendant la période qui précède l'ouverture de la procédure, il peut être responsable de toute augmentation des créances des autres créanciers ou que l'avance sera, en tant qu'opération préférentielle, susceptible d'annulation dans toute procédure d'insolvabilité subséquente. Dans d'autres lois, le représentant de l'insolvabilité est tenu

d'emprunter l'argent, risquant d'engager sa responsabilité personnelle concernant le remboursement.

21. Si l'on peut s'attendre, en règle générale, à ce qu'un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité ne soit pas en mesure d'octroyer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à un autre membre qui se trouve dans le même cas, il pourra exister des situations dans lesquelles cela sera à la fois possible et souhaitable, en particulier lorsque le groupe est considéré dans son ensemble. Dans la mesure où ce financement a une incidence sur les droits des créanciers – garantis ou non – des deux membres, il faut le mettre en balance avec la possibilité que le maintien de la valeur de continuation de l'entreprise profite en fin de compte à ces créanciers. Il faudra également trouver un juste équilibre entre le fait de sacrifier un membre du groupe au profit des autres et celui d'obtenir un meilleur résultat global pour tous les membres. Bien que difficile à atteindre, le but devra être de répartir équitablement les conséquences néfastes qui pourraient résulter d'un tel financement à court terme, cela dans l'optique d'un gain à long terme, plutôt que de sacrifier un membre (et ses créanciers) au profit des autres.

22. Pour lever tout doute, on pourra préciser que, dans le contexte d'un groupe d'entreprises, la recommandation 63 devrait être interprétée comme s'appliquant, outre les situations indiquées ci-dessus, à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité à un autre membre qui se trouve dans la même situation.

a) Conflit d'intérêts

23. L'octroi d'un tel financement soulève également des questions en ce qui concerne d'éventuels préjudices et conflits d'intérêts qui n'existent pas dans le contexte d'un débiteur autonome. Un conflit d'intérêts peut surgir, par exemple, lorsqu'un représentant unique de l'insolvabilité est nommé pour plusieurs membres du groupe. Par exemple, le représentant de l'insolvabilité du membre qui octroie le financement pourra également être celui du membre bénéficiaire. Cette situation pourra être résolue en nommant un représentant supplémentaire (point examiné ci-après, voir le document A/CN.9/WP.82/Add.3, par. 42 à 46), que ce soit pour résoudre ce conflit précis ou, plus généralement, pour obtenir un meilleur équilibre entre les intérêts des créanciers des différents membres du groupe.

b) Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

24. La recommandation 64 du *Guide législatif* énonce la nécessité de définir la priorité à accorder au financement postérieur à l'ouverture de la procédure et le rang de cette priorité, à savoir avant les créanciers chirographaires ordinaires, y compris ceux titulaires d'une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure. Si la priorité constitue généralement une importante incitation à octroyer un tel financement, l'incitation requise dans le contexte d'un groupe est peut-être légèrement différente de celle requise dans le cas d'un débiteur autonome. L'intérêt du membre du groupe qui octroie le financement pourra tenir davantage à l'issue de la procédure pour l'ensemble du groupe (y compris ce membre) qu'à des considérations commerciales de bénéfice ou de gains à court terme. Dans ces conditions, on pourra s'interroger sur le fait de savoir si le rang de priorité recommandé par le *Guide législatif* serait approprié. On pourra, d'une part, estimer qu'un même rang de priorité serait approprié car il faut encourager l'octroi d'un

financement et cette priorité protégerait davantage les créanciers du membre qui octroie le financement. On pourra également, d'autre part, estimer qu'en raison de la nature privilégiée de l'opération et du contexte de groupe (y compris l'intérêt qu'a le membre qui octroie le financement dans l'issue de la procédure pour l'ensemble du groupe), il faudrait accorder un rang de priorité inférieur pour protéger les intérêts des créanciers plus généralement et ménager un équilibre entre les intérêts des créanciers du membre qui octroie le financement et ceux du membre qui en bénéficie. Quelle que soit l'approche adoptée, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité accorde la priorité à ce prêt et spécifie le rang approprié.

c) Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

25. Les recommandations 65 à 67 du *Guide législatif* traitent de questions relatives à la constitution d'une sûreté en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et seraient généralement applicables dans le contexte d'un groupe d'entreprises. La constitution d'une sûreté du type mentionné dans la recommandation 65 par un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité en garantie du remboursement du financement octroyé à un autre membre qui se trouve dans la même situation peut être distinguée de la même opération qui s'effectue entre un prêteur extérieur et un débiteur autonome. Dans le contexte d'un groupe, le membre constitue la sûreté sur ses actifs non grevés, mais ne perçoit pas directement le bénéfice du financement et réduit potentiellement les actifs dont disposent ses créanciers. Il peut cependant retirer un bénéfice indirect lorsque l'octroi d'un financement aide à trouver une meilleure solution à l'insolvabilité globale. Comme on l'a vu plus haut, en outre, tout détriment à court terme est contrebalancé par le gain qu'obtiennent à long terme les créanciers, y compris ses propres créanciers. Le membre qui bénéficie du financement retire un bénéfice direct, mais accroît son endettement au détriment potentiel de ses créanciers, même si ces derniers devraient également retirer un bénéfice à plus long terme.

26. Pour ménager un juste équilibre entre les intérêts des créanciers du membre qui octroie le financement et ceux du membre qui en bénéficie, il peut être souhaitable d'exiger, conformément à la recommandation 65, que les créanciers consentent à la constitution d'une telle sûreté ou que le détriment causé aux créanciers soit contrebalancé par le bénéfice à retirer de la constitution de cette sûreté. La question du détriment ou du bénéfice est liée à la détermination de la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et à son autorisation en vertu de la recommandation 63, et il est par conséquent souhaitable que les parties visées par cette recommandation déterminent également le détriment. Conformément à la recommandation 63, cela pourrait être le représentant de l'insolvabilité, avec la possibilité de solliciter également l'autorisation des créanciers ou du tribunal.

27. Étant donné qu'il peut être nécessaire d'obtenir un nouveau financement de manière relativement urgente pour assurer la continuité de l'activité, il est souhaitable de maintenir au minimum le nombre d'autorisations requises. Le *Guide législatif* (voir deuxième partie, chap. II, par. 105 et 106) examine les avantages et les inconvénients des différents types d'autorisation qui s'appliqueraient également dans le contexte d'un groupe. On ajoutera que puisque les questions à résoudre seront probablement plus complexes dans ce contexte, faisant intervenir un nombre

plus important de parties et des relations complexes, il est probable que ce sont les représentants de l'insolvabilité des membres correspondants du groupe qui seront le mieux à même d'évaluer l'impact du financement proposé, de même que pour ce qui est de déterminer la nécessité d'un nouveau financement en vertu de la recommandation 63. Bien que la participation des tribunaux ou des créanciers soit jugée souhaitable, il faudra cependant garder à l'esprit que l'on pourra rencontrer des retards lorsqu'il existe un grand nombre de créanciers à consulter ou lorsque le tribunal n'a pas les moyens de rendre des décisions rapidement.

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

d) Garantie personnelle ou autre assurance de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

29. L'offre, par un membre du groupe, d'une garantie personnelle de remboursement d'un nouveau financement à un autre membre n'est pas une situation qui se produit dans le cas d'un débiteur autonome et n'est donc pas abordée dans le *Guide législatif*. Comme, cependant, les questions qui se posent sont comparables à celles examinées plus haut en ce qui concerne la constitution d'une sûreté, il pourra être judicieux d'adopter la même approche, c'est-à-dire de solliciter le consentement des créanciers ou la confirmation que le détriment potentiel sera contrebalancé par le bénéfice à retirer.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure est:

- a) De faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise des membres du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité ou pour préserver ou augmenter la valeur des actifs entrant dans la masse de ces membres;
- b) De faciliter l'octroi d'un financement par des membres du groupe, y compris ceux soumis à la procédure d'insolvabilité;
- c) D'assurer une protection appropriée à ceux qui octroient un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure et aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence;
- d) D'aider à atteindre l'objectif d'une répartition équitable du bénéfice et du détriment parmi les membres du groupe.

Contenu des dispositions législatives

Disposition relative au financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité

10. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité:

a) D'avancer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à d'autres membres du groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité;

b) De grever ses actifs en garantie du financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à d'autres membres du groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité;

c) D'offrir une garantie personnelle ou toute autre assurance de remboursement du financement postérieur à l'ouverture de la procédure obtenu par d'autres membres du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité,

à condition que le représentant de l'insolvabilité du membre qui avance le financement, engage des actifs ou offre une garantie personnelle le juge nécessaire à la continuation de l'activité ou à la survie de l'entreprise de ce membre du groupe ou à la préservation ou à l'amélioration de la valeur de la masse de ce membre du groupe. La loi sur l'insolvabilité pourra demander au tribunal d'autoriser l'opération ou aux créanciers du membre qui prête, engage ou garantit d'y consentir.

Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

11. La loi sur l'insolvabilité pourra spécifier le rang de priorité qui devrait s'appliquer au financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé par un membre d'un groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe également soumis à cette procédure. Lorsque la priorité n'est pas spécifiée par la loi, le tribunal devrait être autorisé à déterminer ce rang de priorité.

Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

12. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une sûreté réelle du type visé par la recommandation 65 du *Guide législatif* peut également être constituée par un membre d'un groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à un autre membre du groupe qui est également soumis à la procédure d'insolvabilité, à condition que les créanciers y consentent ou qu'il soit confirmé, conformément à la loi sur l'insolvabilité, que tout détriment causé aux créanciers est contrebalancé par le bénéfice à retirer de la constitution de la sûreté¹.

¹ Les recommandations 66 et 67 du *Guide législatif* énoncent les mesures de protection à appliquer lors de la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Ces mesures s'appliqueraient dans le

Garantie personnelle ou autre assurance de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

13. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un membre d'un groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité peut offrir une garantie personnelle ou toute autre assurance de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure obtenu par un autre membre du groupe soumis à cette même procédure, à condition que les créanciers y consentent ou qu'il soit confirmé, conformément à la loi sur l'insolvabilité, que tout détriment causé aux créanciers est contrebalancé par le bénéfice à retirer de l'offre de garantie personnelle ou de toute autre assurance de remboursement.

D. Procédure d'annulation

30. Les recommandations 87 à 99 du *Guide législatif* relatives à l'annulation s'appliqueraient, de manière générale, aux opérations effectuées entre membres d'un groupe d'entreprises. 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. Ces opérations peuvent être soumises à des conditions différentes des conditions commerciales habituelles qui régissent les mêmes opérations conclues par des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles. C'est le cas par exemple des contrats conclus pour l'établissement des prix de transfert². De même, il se peut que certaines opérations légitimes réalisées au sein d'un groupe ne soient pas viables commercialement en dehors d'un groupe si les avantages et les inconvénients étaient analysés sur la base de conditions commerciales normales.

31. 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 sûretés personnelles entre membres du groupe; des paiements effectués par une société à un créancier d'une société apparentée; une sûreté personnelle ou une hypothèque consentie par une société du groupe pour un prêt accordé par une partie extérieure à une autre société du groupe; ou diverses autres opérations. 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

contexte d'un groupe d'entreprises.

² Le prix de cession interne est le prix des biens et des services au sein d'une organisation multidivisionnelle. Des biens de la division de la production peuvent être vendus à la division du marketing, ou des biens d'une société mère à une filiale à l'étranger. La fixation des prix de transfert détermine la répartition du bénéfice total entre les différentes composantes de la société. Il peut être avantageux de les fixer de manière à ce que, en termes comptables, la majeure partie des bénéfices soit réalisée dans un pays où le taux d'imposition est faible.

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.

32. Certaines opérations effectuées dans le cadre d'un groupe peuvent être clairement considérées comme susceptibles d'annulation aux termes de la recommandation 87 du *Guide législatif*. D'autres, en revanche, n'entrent peut-être 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 prévoient l'annulation de paiements préférentiels aux créanciers d'un débiteur, mais non aux créanciers d'un membre appartenant au même groupe, sauf si le paiement est effectué, par exemple, en exécution d'une sûreté personnelle. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité fasse de ces facteurs des éléments à prendre en compte pour déterminer si une opération particulière entre membres d'un groupe serait susceptible d'annulation en vertu de la recommandation 87.

33. Une question qu'il faudrait peut-être examiner dans le cas d'un groupe est celle de savoir si les dispositions d'annulation ont pour but de protéger les opérations intragroupe dans l'intérêt du groupe tout entier ou de les soumettre à un examen particulier en raison des liens entre ses membres. Les opérations entre membres d'un groupe pourraient être régies par les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité relatives aux opérations entre "personnes ayant des liens privilégiés entre elles". Le *Guide législatif* définit la "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" de manière à englober les membres d'un groupe d'entreprises, tels qu'une société mère, une filiale, une société partenaire ou une société apparentée du membre insolvable à l'encontre duquel 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 annulation 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.

34. La recommandation 97 mentionne les preuves à produire pour annuler une opération particulière et les défenses à opposer, et il pourrait être judicieux d'étudier comment elles s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe et si une approche différente s'imposerait. 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 d'entreprises, certaines lois ont établi que les opérations entre membres 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. Une approche différente consisterait à admettre, comme on l'a noté plus haut, que les opérations qui s'effectuent au sein d'un groupe, même si elles ne sont pas toujours commercialement viables si elles s'effectuent hors du contexte du groupe, sont généralement légitimes, surtout lorsqu'elles s'effectuent dans le cadre de la loi applicable et des activités normales des membres du groupe concerné, même si elles appellent une surveillance particulière (sur le modèle de ce que préconise la recommandation 184 du *Guide législatif* pour les créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur). Certaines lois permettent également de soumettre les créances de membres du groupe ayant des liens privilégiés avec le débiteur 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.

35. La recommandation 93 n'aborde que brièvement la façon, pour un créancier, d'engager une action en annulation avec l'approbation du représentant de l'insolvabilité ou l'autorisation du tribunal. Dans le contexte d'un groupe, le degré d'intégration peut grandement influencer l'aptitude des créanciers à identifier le membre du groupe avec lequel ils ont traité et fournir ainsi les informations requises pour engager une action en annulation.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions d'annulation est:

- a) De reconstituer l'intégrité de la masse et d'assurer un traitement équitable aux créanciers;
- b) D'offrir une sécurité juridique aux tiers en établissant des règles claires pour les cas dans lesquels les opérations effectuées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et impliquant le débiteur ou des biens du débiteur peuvent être considérées comme préjudiciables et donc susceptibles d'annulation;
- c) De permettre l'annulation de ces opérations à l'ouverture de la procédure;
- d) De faciliter le recouvrement de sommes d'argent ou d'actifs auprès des personnes qui sont parties à des opérations annulées.

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'entreprises³.

E. Déclassement

36. Le *Guide législatif* note (voir deuxième partie, chap. V, par. 56) 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.

1. Créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

37. Dans le contexte des groupes d'entreprise, 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.

38. 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 d'entreprises. Le simple fait, cependant, 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 d'entreprises.

³ 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.

39. 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.

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

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

2. Traitement des participations au capital

42. Le *Guide législatif* note (voir deuxième partie, chap. V, par. 76) 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.

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

44. Le *Guide législatif* aborde la question du déclassement dans le contexte du traitement des créances et des priorités, mais ne recommande pas de déclasser certains types de créances en vertu de la loi sur l'insolvabilité, notant simplement que les créances déclassées auraient un rang inférieur aux droits des créanciers chirographaires ordinaires (recommandation 189).

[Le document A/CN.9/WG.V/WP.82 présente les groupes d'entreprises; l'Add.1 aborde la demande et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (demandes conjointes et coordination procédurale); l'Add.3 aborde les voies de droit (extension du passif, ordonnances de contribution et regroupement des patrimoines), les participants (représentant unique de l'insolvabilité) et les plans de redressement; l'Add.4, enfin, aborde les questions internationales.]