Nations Unies A/CN.9/582/Add.1

Assemblée générale

Distr.: Générale
26 avril 2005

Français
Original: Anglais

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

Droit de l'insolvabilité

Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité

Additif

Proposition de l'International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL)

Traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité

A. Introduction

1. INSOL propose que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) envisage d'entreprendre un projet dans le domaine du droit de l'insolvabilité qui porterait sur le traitement des groupes de sociétés et des sociétés apparentées en cas d'insolvabilité d'une ou plusieurs d'entre elles.

2. Lors de l'élaboration du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, la CNUDCI a reconnu l'importance des questions relatives au traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité et les a abordées en partie (deuxième partie, chapitre V, par. 82 à 92). Cependant, il a également été reconnu qu'en analysant le traitement actuel des groupes de sociétés et en identifiant les solutions possibles, la Commission se serait sans nul doute écartée de l'objet principal de ses travaux sur le Guide législatif. C'est pourquoi la question n'a pas été traitée en détail et aucune recommandation n'a été proposée.

3. L'efficacité des lois et des pratiques relatives à l'insolvabilité est un thème récurrent, et un sujet de préoccupation majeur, au sein des instances internationales

V.05-83841 (F) 010605 020605

depuis le début des années 1990. Les régimes d'insolvabilité efficaces sont de plus en plus considérés comme un moyen de promouvoir le développement économique et l'investissement, ainsi que de favoriser l'activité des entreprises et préserver l'emploi. L'économie mondiale de plus en plus globalisée se caractérise par la formation de groupes de sociétés pour l'exercice d'activités commerciales. Ces groupes jouent un rôle important dans le commerce international, par exemple dans la création à l'étranger de filiales et de coentreprises pour fabriquer, commercialiser ou mettre sous licence des produits. En cas de faillite d'une entreprise, il importe non seulement de savoir comment ces groupes seront traités dans la procédure d'insolvabilité, mais aussi de faire en sorte que ce traitement facilite, et non empêche, le déroulement rapide et efficace de cette procédure.

B. Traitement actuel des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité

Traitement prévu dans le droit interne de l'insolvabilité

4. La grande majorité des régimes internes du droit de l'insolvabilité et du droit des sociétés ne prévoient pas de législation spécifique sur le traitement des groupes de sociétés, voire n'abordent pas du tout la question. Sous d'autres régimes, les problèmes posés par l'insolvabilité au sein d'un groupe de sociétés sont réglés au moyen de pratiques quelque peu "créatives", dont la légitimation dépend dans une large mesure du pragmatisme des tribunaux. Par exemple, en Angleterre comme en Australie, des mécanismes ont été conçus qui permettent aux tribunaux d'homologuer des accords de mise en commun ("pooling agreement") des actifs et des passifs de deux sociétés apparentées ou plus, le résultat étant que les sociétés soumises à l'accord ne sont plus de fait considérées comme des entités séparées, et que l'ensemble des créanciers chirographaires de toutes les sociétés participent sur un pied d'égalité à la répartition du produit d'un seul groupe d'actifs. La jurisprudence aux États-Unis d'Amérique va dans le même sens.

5. Pour rendre leur décision, les tribunaux ont souvent été amenés à examiner certaines questions, comme celles de savoir:

a) si les créanciers ont traité avec un groupe de sociétés en tant qu'entité économique unique;

b) si les activités du groupe s'imbriquent au point qu'un regroupement des patrimoines profiterait à tous les créanciers;

c) s'il y a eu détournement des actifs d'une entité au profit d'une autre; et

d) s'il existe un critère permettant de peser les avantages et les inconvénients de la reconstitution d'un patrimoine commun.

Les Pays-Bas sont un exemple d'État qui n'a pas de législation en la matière mais où, dans quelques cas, les tribunaux ont accepté d'autoriser un regroupement des actifs et des passifs entre sociétés insolvables lorsque, comme on l'a vu plus haut, leurs activités et leurs actifs s'imbriquaient au point qu'il était impossible de déterminer laquelle d'entre elles était propriétaire.

6. La Nouvelle-Zélande, en revanche, dispose, dans son droit de l'insolvabilité, d'une législation spécifique, qui s'attache principalement à légitimer des pratiques – mentionnées plus haut – suivies dans d'autres pays.

7. Enfin, en Australie, la législation sur l'insolvabilité dispose qu'une holding (société mère) répond des dettes d'une filiale insolvable, s'il est établi qu'elle l'a autorisée à poursuivre son activité alors qu'elle était insolvable. La législation australienne prévoit également l'annulation, par une procédure simplifiée, des opérations conclues avant faillite par une société insolvable avec une société apparentée.

Législation relative à l'insolvabilité internationale

8. Les instruments multilatéraux sur l'insolvabilité internationale ne prévoient pas de dispositions pour le traitement de ces questions dans un contexte international. Par exemple, ni le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité ni la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale n'abordent le sujet.

9. Il y a donc une absence relative, aux niveaux tant interne qu'international, de principes directeurs indiquant dans quels cas envisager l'application d'une procédure unique aux sociétés appartenant à un même groupe, et comment régler des questions telles que la compétence, le dépôt des demandes, les procédures secondaires et la répartition.

C. Particularités internes à prendre en considération

10. La manière dont certaines des questions soulevées doivent être abordées diffère considérablement d'un État à l'autre. Parmi les divers facteurs à prendre en compte, on peut citer:

a) les différences de philosophie et de conception entre pays de tradition romano-germanique et de common law en ce qui concerne la gestion ou le "contrôle" des groupes de sociétés et des sociétés apparentées, ainsi que les différences d'approche pour ce qui est de la responsabilité des administrateurs dans ce type de groupes;

b) l'importance à accorder dans ce contexte aux aspects comptables des questions relatives aux groupes de sociétés;

c) l'effet de la législation fiscale, qui est souvent à l'origine de la création et de la croissance subséquente d'un groupe de sociétés, ainsi que des stratégies adoptées au sein de ce groupe;

d) la mesure dans laquelle les politiques de fixation des prix entre sociétés déterminent la répartition des actifs et des passifs au sein du groupe;

e) les problèmes éventuels de conflit d'intérêts et l'application d'une procédure unique ou principale; et

f) les répercutions possibles du traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité sur les opérations garanties et sur les créanciers garantis.

D. Portée du projet

11. INSOL reconnaît qu'il peut y avoir différentes conceptions de la portée des travaux susceptibles d'être entrepris. Ceux-ci pourraient au minimum être strictement limités à la définition des circonstances dans lesquelles, aux niveaux tant interne qu'international, il serait souhaitable de promouvoir une législation, qui:

a) autorise la non-application ou la mise à l'écart du principe de séparation des entités;

b) facilite la mise en commun des actifs et des passifs des sociétés d'un groupe; et

c) énonce des principes directeurs permettant d'atteindre les objectifs fixés aux points a) et b).

12. Les travaux pourraient toutefois être considérablement plus étendus et comprendre aussi:

d) des principes directeurs permettant à un représentant de l'insolvabilité, dans le cadre de la procédure d'insolvabilité visant une holding, de fixer des orientations pour les mesures à prendre par la filiale (insolvable);

e) des principes directeurs relatifs au traitement des sociétés d'un groupe situées dans différents États (avec une éventuelle adaptation, par exemple, du concept de centre des intérêts principaux au cas des filiales ou des sociétés apparentées);

f) des principes directeurs qui accordent à l'administrateur de l'insolvabilité des pouvoirs plus étendus pour délier et annuler les opérations intragroupe préjudiciables aux créanciers; et

g) des principes directeurs qui obligent dans certains cas une société mère à répondre des dettes d'une filiale insolvable.

E. Rôle de la CNUDCI dans ces travaux futurs

13. INSOL considère que la CNUDCI est éminemment bien placée pour mener un projet d'une telle complexité et d'une telle ampleur. La CNUDCI a une bonne expérience des travaux sur le droit de l'insolvabilité puisqu'elle a élaboré la Loi type sur l'insolvabilité internationale et le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité en relativement peu de temps. En outre, au cours de l'élaboration de ces deux textes, elle a noué des liens avec des acteurs clefs dans le domaine du droit de l'insolvabilité, notamment des États membres et non membres, des organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ainsi que des experts. Un grand groupe représentatif de nations ayant des traditions juridiques et des niveaux de développement économique différents a participé à l'élaboration de ces textes. Le secrétariat et les États membres de la CNUDCI connaissent déjà bien un grand nombre de problèmes de politique interne liés à l'insolvabilité.

14. Des travaux de la CNUDCI sur les groupes de sociétés non seulement permettraient aux pays de s'entendre le contenu technique de leurs politiques de traitement de ces groupes dans la procédure d'insolvabilité, mais contribueraient

également à sensibiliser la communauté internationale à l'importance de la question. Ils pourraient aussi inciter les pays à accorder un rang de priorité supérieur à la réalisation des réformes législatives nécessaires.

F. Proposition d'étude et de colloque

15. Il est proposé de réaliser, dans une première étape, une étude détaillée des différentes approches du traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité afin d'identifier les problèmes à aborder, et leurs solutions possibles, pour assurer la prévisibilité et la transparence de ce traitement. Cette étude se fonderait sur les vues recueillies dans le cadre d'une vaste consultation et examinerait, éventuellement en les affinant, les différentes approches et les options envisageables.

16. Cette consultation pourrait prendre la forme d'un colloque multinational, moyen déjà mis à profit pour l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Le succès de cette première étape serait peut-être le signe qu'un groupe de travail devrait être constitué pour rédiger un texte approprié.

17. INSOL souhaite se joindre à la CNUDCI pour promouvoir la réalisation de cette étude et l'organisation de ce colloque multinational avant une éventuelle décision d'établir un groupe de travail.