



Assemblée générale

Distr.: Générale
16 novembre 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante et unième session
Vienne, 16 juin-11 juillet 2008

Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-troisième session (Vienne, 5-9 novembre 2007)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-3	3
II. Organisation de la session	4-9	3
III. Délibérations et décisions	10	4
IV. Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité	11-130	5
A. Glossaire	11-14	5
B. Le début de l'insolvabilité: questions internes	15-129	5
1. Ouverture de la procédure d'insolvabilité	15-24	5
Demande conjointe d'ouverture	16-24	5
2. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	25-60	6
a) Coordination procédurale	25-34	6
b) Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité	35	8
c) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	36-48	8
d) Financement postérieur à la demande d'ouverture	49-51	11
e) Traitement des contrats	52-54	11
f) Annulation	55-57	12
g) Compensation	58	12



h) Déclassement	59-60	12
3. Voies de droit: regroupement des patrimoines	61-94	13
Autres questions concernant le regroupement des patrimoines	79-94	15
4. Participants	95-110	18
a) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité	95-99	18
b) Coordination de procédures multiples visant les membres d'un groupe d'entreprises	100-106	19
c) Créanciers	107-110	20
5. Plan de redressement	111-120	20
Autres questions sur le redressement	118-120	21
6. Forme des travaux en cours	121	22
7. Glossaire	122-129	22
C. Questions internationales	130	23

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission est convenue que la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité était suffisamment avancée pour être présentée au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) afin qu'il l'examine et qu'il faudrait laisser à ce groupe de travail toute latitude pour lui présenter des recommandations appropriées concernant la portée de ses travaux futurs et la forme qu'ils devraient prendre, en fonction du contenu des solutions proposées aux problèmes qu'il mettrait en évidence sur le sujet.

2. À sa trente et unième session, tenue à Vienne du 11 au 15 décembre 2006, le Groupe de travail est convenu que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale constituaient une base solide pour l'unification du droit dans ce domaine et que les travaux en cours avaient pour objet de compléter ces textes et non de les remplacer (voir A/CN.9/618, par. 69). Une manière possible de procéder serait d'examiner les dispositions des textes existants qui pourraient également s'appliquer dans le contexte des groupes de sociétés, de voir quelles questions devraient être étudiées plus avant et d'élaborer des recommandations supplémentaires. D'autres questions, bien que se rapportant aux groupes de sociétés, pourraient être traitées de la même manière que dans le Guide et la Loi type. Il a également été dit que le résultat éventuel des travaux pourrait prendre la forme de recommandations législatives accompagnées d'un commentaire concernant les considérations de principe sur lesquelles s'appuient ces recommandations (voir A/CN.9/618, par. 70).

3. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité à sa trente-deuxième session, tenue à New York du 14 au 18 mai 2007, en se fondant sur des notes du secrétariat couvrant le traitement tant national qu'international (A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1). Faute de temps, il n'a pas étudié le traitement international des groupes de sociétés dont il est question dans le document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2.

II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-troisième session à Vienne, du 5 au 9 novembre 2007. Y ont assisté les représentants des États membres suivants: Algérie, Allemagne, Australie, Autriche, Bélarus, Bolivie, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Guatemala, Iran (République islamique d'), Italie, Lettonie, Liban, Malaisie, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Suisse, Thaïlande, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

5. Ont également assisté à la session les observateurs des États ci-après: Danemark, Indonésie, Iraq, Panama, Pays-Bas, Philippines, Portugal, Qatar, République dominicaine, Slovaquie, Slovénie, Tunisie et Turquie.

6. Ont en outre assisté à la session les observateurs des organisations internationales suivantes:

- a) **Organisations du système des Nations Unies:** Banque mondiale;
- b) **Organisations intergouvernementales:** Commission européenne;
- c) **Organisations non gouvernementales internationales invitées par le Groupe de travail:** American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association internationale du barreau, Centre for International Legal Studies (CILS), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP 21), INSOL International (INSOL), International Insolvency Institute (III), International Women's Insolvency & Restructuring Confederation (IWIRC) et International Working Group on European Insolvency Law.

7. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)

Rapporteuse: M^{me} Shamni Arulanandam (Malaisie).

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

- a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.77); et
- b) Note du secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1).

9. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

- 1. Ouverture de la session.
- 2. Élection du Bureau.
- 3. Adoption de l'ordre du jour.
- 4. Examen du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité.
- 5. Questions diverses.
- 6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

10. Le Groupe de travail a continué d'examiner le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1 et d'autres documents mentionnés dans ces derniers. Il a également examiné le glossaire et les projets de recommandations 1 à 24 et a demandé au secrétariat d'établir un texte révisé en se fondant sur ses délibérations et décisions. À l'issue d'une discussion préliminaire sur le moment où les questions internationales relatives au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité seraient examinées, le Groupe de travail a estimé qu'il serait approprié de procéder à cet examen au début de sa prochaine session. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur ce point.

IV. Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

A. Glossaire

11. Le Groupe de travail a examiné les termes présentés au paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.V/WP.78. Le mot “national” employé dans l’expression “groupe national d’entreprises [commerciales]” a suscité des inquiétudes car aucune explication n’était donnée à son sujet dans la définition. Des préoccupations ont également été exprimées concernant le rapport entre la “participation” et le “contrôle” et la nécessité de prendre dûment en considération le “contrôle”.

12. On a indiqué que le terme “entreprise”, tel qu’il était expliqué au paragraphe 2 b), englobait certaines entités qui n’étaient pas précédemment visées, telles que les fiducies. Selon un autre point de vue, il fallait limiter l’emploi de ce terme de sorte qu’il ne désigne que les entités dotées de la personnalité juridique, ce qui reviendrait à exclure des arrangements contractuels comme les contrats de franchisage et de distribution, et certaines entités familiales.

13. En ce qui concerne l’explication du terme “participation” au paragraphe 2 c), il a été proposé d’y ajouter la notion de “parts sociales”. On s’est inquiété de ce que le terme “contrôle”, tel qu’il était actuellement expliqué au paragraphe 2 d), risquait d’englober certains types de crédits garantis.

14. Le Groupe de travail est convenu que les termes présentés au paragraphe 2 constituaient une bonne base de travail pour les délibérations futures.

B. Le début de l’insolvabilité: questions internes

1. Ouverture de la procédure d’insolvabilité

15. Le Groupe de travail a examiné les questions internes posées par l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité dans le cas d’un groupe d’entreprises en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.78, chap. III.A.1, par. 1 à 10.

Demande conjointe d’ouverture

16. Il a été indiqué qu’une demande conjointe d’ouverture de procédure d’insolvabilité avait pour objet de faciliter l’examen coordonné de l’insolvabilité des membres d’un groupe d’entreprises dès le départ. Il a été noté qu’une telle demande, même si elle pouvait assurer une coordination procédurale, n’affectait pas l’individualité des procédures d’insolvabilité visant chacun des membres du groupe, qui devait satisfaire au critère d’ouverture qui lui était applicable. Toute recommandation sur les demandes conjointes devrait être conforme aux dispositions pertinentes du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l’insolvabilité.

Projet de recommandation 1

17. Il a été proposé que le projet de recommandation 1 permette de former non seulement une demande conjointe unique, mais aussi des demandes individuelles, ayant un but commun, à l’encontre de différents membres d’un groupe d’entreprises. On a noté que, dans la pratique, une demande distincte pour chaque membre serait souvent formée pour des raisons administratives ou d’autres raisons analogues.

18. Il a aussi été proposé d'exiger dans le projet de recommandation 1 que le membre concerné indique sa position dans le groupe, en particulier lorsque le membre insolvable était l'entité contrôlante.

19. S'agissant de l'introduction d'une demande conjointe par les créanciers, on a estimé que, en exigeant un arrangement contractuel entre le créancier demandeur et les membres concernés du groupe, le libellé actuel risquait d'exclure d'autres membres de la demande.

20. Le Groupe de travail est convenu que le projet de recommandation 1 devrait être révisé pour préciser que les membres d'un groupe pourraient introduire des demandes distinctes ayant un but commun.

Projet de recommandation 2

21. Il a été proposé d'exiger dans le projet de recommandation 2 que le créancier notifie sa demande conjointe d'ouverture aux autres créanciers du groupe. On a répondu que cette exigence risquait d'être excessivement difficile à satisfaire dans la pratique, en particulier lorsqu'il y avait un nombre important de créanciers inconnus. On a ajouté qu'elle risquait de compromettre la situation commerciale des membres solvables du groupe.

22. Il a par ailleurs été dit que, dans les cas où une coordination procédurale était ordonnée à un stade où une partie ou l'ensemble des procédures d'insolvabilité avaient déjà été ouvertes, il faudrait notifier la demande de coordination aux représentants de l'insolvabilité concernés.

23. Il a été indiqué que le projet de recommandation 2 faisait obligation au créancier de notifier toute demande conjointe d'ouverture au débiteur et qu'une obligation à cet effet était déjà prévue dans la recommandation 19 du Guide législatif concernant les demandes d'ouverture émanant des créanciers. Compte tenu de la complémentarité entre le présent texte et le Guide législatif, on a estimé que le projet de recommandation 2 devait être supprimé.

24. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le projet de recommandation 2.

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

a) Coordination procédurale

Projet de recommandation 3

25. Il a été suggéré que le projet de recommandation 3 soit révisé pour tenir compte de la manière différente dont les divers systèmes juridiques accordaient aux tribunaux le pouvoir de décider de la coordination des procédures d'insolvabilité.

Projet de recommandation 4

26. Le projet de recommandation 4 a été jugé généralement acceptable quant au fond.

Projet de recommandation 5

27. Il a été convenu de spécifier, dans le projet de recommandation 5, que le représentant de l'insolvabilité devrait être autorisé à demander la coordination

procédurale puisqu'il disposait souvent des informations les plus pertinentes pour prendre une telle décision. Il a été indiqué que le libellé devrait bien préciser que toute personne mentionnée dans le projet de recommandation actuel, quelle qu'elle soit, pouvait demander la coordination procédurale.

28. Il a aussi été suggéré que le projet de recommandation soit aligné sur le projet de recommandation 4, en particulier son alinéa a), et fasse référence à tout membre à l'encontre duquel une demande d'ouverture avait été formée.

Projet de recommandation 6

29. Il a été noté que le projet de texte ne donnait aucun critère permettant de déterminer ou de choisir le tribunal compétent, alors que la coordination procédurale supposait le regroupement de plusieurs procédures d'insolvabilité devant une même juridiction. Il a été expliqué, en réponse, qu'un certain nombre de critères différents, comme la "règle du premier demandeur", l'importance de l'endettement ou le centre de contrôle, pourraient être choisis pour déterminer le tribunal compétent au niveau interne. C'est pourquoi il a été proposé de laisser aux règles de procédure internes le soin de régler cette question.

Projet de recommandation 7

30. Il a été convenu que le mot "concernés" devrait être supprimé du projet de recommandation 7 et que le mot "lorsque" devrait être remplacé par "si".

31. On a précisé qu'il était possible de s'acquitter de l'obligation de notification à tous les créanciers énoncée au projet de recommandation 7 par voie de notification collective, notamment dans une publication juridique donnée, si la législation interne le permettait, par exemple lorsqu'il existait un grand nombre de créanciers titulaires de créances d'un très faible montant.

Projet de recommandation 8

32. Plusieurs suggestions ont été faites au sujet des informations supplémentaires – concernant par exemple la coordination des audiences ou les mesures à prendre s'agissant des accords de prêt – susceptibles de figurer dans la notification, comme le prévoyait le projet de recommandation 8. Un commentaire éventuel pourrait préciser la nature de ces informations supplémentaires.

33. Conformément à une suggestion faite à sa trente-deuxième session, le Groupe de travail a examiné s'il convenait de prévoir dans les projets de recommandations, ou dans le commentaire qui les accompagnerait, la possibilité de modifier ou de faire annuler une décision de coordonner les procédures. Il a été noté que la coordination procédurale se justifiait par des raisons de commodité et d'économie. Lorsque la situation changeait, la possibilité de modifier la décision initiale pour tenir compte de ce changement serait utile. Il pourrait en être ainsi, par exemple, si le redressement n'avait pas réussi et si chaque membre devait être mis en liquidation séparément. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu d'inclure une disposition sur l'annulation ou la modification d'une décision de coordination procédurale et d'apporter des explications supplémentaires dans le commentaire.

34. En ce qui concerne l'ouverture des procédures d'insolvabilité, il a été demandé si le critère d'ouverture de la recommandation 15 du Guide législatif était suffisamment large pour englober la notion d'insolvabilité imminente, qui pourrait se rencontrer dans le cas d'un groupe. On a fait remarquer par exemple que, bien souvent, l'insolvabilité de plusieurs membres du groupe entraînait inévitablement l'insolvabilité de l'ensemble des membres ("effet domino"). L'imminence de l'insolvabilité pourrait être appréciée au regard de la situation du groupe. On a ainsi estimé qu'il pouvait être nécessaire d'élargir le critère d'ouverture posé dans le Guide législatif pour prendre en compte les situations survenant dans le contexte d'un groupe d'entreprises. À l'issue de la discussion, il a été convenu que les considérations additionnelles sur l'insolvabilité imminente dans le contexte d'un groupe pourraient être abordées dans le commentaire.

b) Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

35. Le Groupe de travail a examiné les questions abordées dans les paragraphes 20 à 24 du document A/CN.9/WG.V/WP.78, et en particulier s'il existait des circonstances, comme celles évoquées au paragraphe 23, dans lesquelles un arrêt des poursuites pourrait être étendu à un membre solvable du groupe. L'idée de laisser une marge d'appréciation pour appliquer l'arrêt des poursuites en vue de protéger les actifs d'un membre solvable du groupe, qui pourraient être utilisés pour financer les membres insolubles a bénéficié d'un certain soutien, à condition que le bien-fondé d'un tel arrêt soit démontré. Il était également nécessaire de préciser si un arrêt des poursuites pourrait être envisagé pour éviter d'alourdir le passif d'un membre d'un groupe dans des situations telles que celles décrites au paragraphe 23. À l'issue de la discussion, il a été convenu que ces questions pourraient être développées dans le commentaire sans qu'il soit nécessaire d'introduire de recommandation à ce stade.

c) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

36. Le Groupe de travail a examiné la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure en se fondant sur les projets de recommandations 9 à 13 du document A/CN.9/WG.V/WP.78.

Projets de recommandations 9 à 11

37. En premier lieu, il a été noté que les projets de recommandations 9 à 11 reprenaient des éléments essentiels des recommandations correspondantes du Guide législatif, d'où la question de savoir comment les travaux actuels du Groupe de travail s'articulaient avec le Guide et si les recommandations relatives au financement postérieur à l'ouverture s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe. Il a été confirmé que les travaux actuels avaient pour but de compléter le Guide législatif en traitant des questions spécifiques aux groupes d'entreprises. On a estimé que, sauf indication contraire, les recommandations du Guide s'appliqueraient généralement aux groupes d'entreprises. Par exemple, la recommandation 67, a-t-on noté, devrait s'appliquer au financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe. Même s'il n'était peut-être pas nécessaire en conséquence de répéter les recommandations du Guide, les projets de recommandations 9 à 11 permettaient tout de même d'identifier les recommandations du Guide qui se rapportaient au financement postérieur à

l'ouverture et de les placer dans le contexte d'un groupe. On est convenu qu'il faudrait peut-être revenir sur les aspects rédactionnels lorsqu'on aurait une idée plus claire de la forme que prendraient les travaux actuels, la question étant notamment de savoir s'ils seraient intégrés dans le Guide ou s'ils constitueraient un texte indépendant.

38. Dans l'ensemble, les projets de recommandations 9 à 11 ont été jugés acceptables quant au fond. Sur le plan rédactionnel, il a été proposé d'ajouter les mots "soumis à une procédure d'insolvabilité" après les mots "membre d'un groupe d'entreprises" dans le projet de recommandation 11.

Projets de recommandations 12 et 13

39. Un certain nombre de questions communes à ces deux projets de recommandations ont été examinées. Un point essentiel concernait l'octroi d'un financement, moyennant création d'une sûreté réelle ou d'une sûreté personnelle, par un membre solvable du groupe. Il a été fait observer que, si un tel octroi risquait de léser les créanciers du membre solvable, cette question relevait, non pas de la loi sur l'insolvabilité, mais de la loi régissant les sociétés, laquelle pourrait exiger l'approbation des actionnaires ou des administrateurs. Cela étant, on a aussi signalé qu'il pourrait être utile de prévoir une règle afin qu'une entité solvable d'un groupe puisse octroyer un financement postérieur à l'ouverture dans des États où un tel prêt serait normalement considéré comme un acte *ultra vires*.

40. On a exprimé la crainte que, lorsqu'un membre insolvable du groupe octroyait un financement, le transfert d'actifs ne donne à penser que les patrimoines du prêteur et de l'emprunteur avaient été regroupés. À cela on a répondu que, si les patrimoines des entités avaient été regroupés, la constitution d'une sûreté réelle ou personnelle serait inutile.

41. Selon un avis, lorsqu'il était possible, le financement devrait se limiter aux cas de redressement et être exclu dans les cas de liquidation. Cette approche a toutefois été jugée trop restreinte car la valeur de la masse du débiteur était bien souvent maximisée dans le cadre d'une liquidation, par exemple par la vente de l'entreprise du débiteur en vue de la poursuite de l'activité. Il a été noté, à ce propos, que le Guide législatif prévoyait la possibilité d'octroyer un financement postérieur à l'ouverture pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur de la masse (recommandation 63). À l'issue de la discussion, on est convenu que l'approche adoptée dans le Guide législatif devrait s'appliquer dans le contexte d'un groupe.

42. On s'est interrogé sur la manière de traiter l'octroi d'un financement par un membre du groupe (prêts et emprunts intragroupe) par rapport au financement provenant d'une entité extérieure, s'agissant notamment des questions de priorité, d'annulation et de déclassement. Une solution proposée était d'aborder la question sous l'angle des mesures d'incitation au financement postérieur à l'ouverture, comme le prévoyait le projet de recommandation 9. On pouvait par exemple accorder la priorité aux prêts intragroupe ou assouplir l'interdiction juridique de grever les biens d'un membre du groupe au profit d'un autre.

43. Pour répondre à des craintes exprimées concernant l'octroi d'une sûreté réelle par une entité potentiellement solvable prévu dans le projet de recommandation 12, il a été proposé d'aligner davantage celui-ci sur le projet de recommandation 13 en

exigeant que l'entité en question soit aussi soumise à une procédure d'insolvabilité. Cette proposition a été appuyée.

44. Le Groupe de travail a examiné de plus près les mesures de protection prévues aux alinéas a) et b) du projet de recommandation 13. Il a été convenu que ces alinéas, révisés de manière à s'appliquer au contexte des sûretés réelles, par opposition aux sûretés personnelles, pourraient aussi être inclus dans le projet de recommandation 12. Diverses propositions ont été faites au sujet du contenu de ces alinéas. Il a été noté que, lorsqu'un seul représentant de l'insolvabilité était nommé pour des procédures ouvertes contre plusieurs membres du groupe, il pouvait être à la fois le représentant qui consentait au financement et le représentant du membre bénéficiaire, ce qui créerait un conflit d'intérêts. On a ajouté que, si l'alinéa b) prévoyait une règle liée à l'effet du financement sur les créanciers, l'alinéa a) ne soumettait le consentement du représentant de l'insolvabilité à aucune condition. Pour remédier à cela, il a été proposé d'exiger que le représentant satisfasse lui aussi à la condition énoncée à l'alinéa b).

45. S'agissant de l'alinéa b), on a fait observer qu'il risquait d'être excessivement difficile de déterminer que les créanciers "ne seraient pas lésés". On a proposé, comme variantes, de dire qu'ils "ne seraient probablement pas lésés" ou que le tribunal avait "la conviction" qu'ils ne le seraient pas. Un certain appui a été exprimé en faveur de l'une de ces approches, mais, selon un autre avis, aucune ne poserait de condition assez stricte. On a aussi proposé, comme autre solution, de mettre l'accent sur la démonstration des avantages qui seraient ou pourraient être tirés de l'octroi du financement plutôt que sur celle des désavantages pour les créanciers. À cela on a objecté qu'il pourrait être très difficile de déterminer les avantages potentiels dans une situation particulièrement risquée (à savoir l'octroi d'un financement à un débiteur insolvable), ce qui pourrait rendre ce type de financement impossible. À l'issue de la discussion, on est convenu qu'une formule telle que "le tribunal a la conviction" pourrait être adoptée.

46. Dans le même ordre d'idées, on a estimé que les conditions figurant dans les alinéas a) et b) devraient être cumulatives. Selon un autre avis, du fait que les États adoptaient des approches différentes concernant le degré d'intervention des tribunaux dans les procédures d'insolvabilité, comme il était indiqué dans le Guide législatif, les projets de recommandations 12 et 13 ne devraient pas être trop stricts et les alinéas a) et b) devraient rester exclusifs l'un de l'autre. Il a été noté que le Guide législatif reconnaissait, par exemple, que tous les États ne soumettaient pas un plan de redressement approuvé à l'homologation du tribunal (recommandations 152 et 153). À l'issue de la discussion, selon l'avis qui l'a emporté, il fallait adopter l'approche plus souple, à savoir exiger le respect de l'une ou l'autre condition (alinéas a) ou b)), avec la possibilité d'imposer les deux si un État l'exigeait.

47. Il a été observé que les alinéas a) et b) ne précisaient pas les raisons pour lesquelles un financement était octroyé ou les critères sur lesquels se fonder pour l'octroyer, par exemple la facilitation du redressement du groupe dont les débiteurs faisaient partie ou la maximisation de la valeur de ce groupe. Une telle précision pourrait être apportée dans un alinéa supplémentaire. Cette proposition a été soutenue.

48. Le Groupe de travail a approuvé les projets de recommandations 12 et 13 quant au fond avec les modifications convenues. Il a estimé que ces projets de recommandations pourraient être fusionnés puisqu'ils traitaient de la constitution d'une sûreté réelle ou d'une sûreté personnelle dans des circonstances similaires. Il a toutefois été noté que le commentaire devrait indiquer que chaque forme de financement avait un effet différent, en particulier pour les créanciers.

d) Financement postérieur à la demande d'ouverture

49. On a fait remarquer qu'à partir du moment où une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité était formée, il devenait généralement plus difficile d'accéder à un financement, lequel ne pouvait être obtenu qu'après l'ouverture de la procédure. L'absence de financement dans la période comprise entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure elle-même risquait de compromettre les chances de redressement économique de l'entité concernée. Il a donc été suggéré que la possibilité d'obtenir un financement bénéficiant d'un rang prioritaire soit étendue à cette période, éventuellement sous forme de mesure provisoire comme le prévoyait la recommandation 39 du Guide législatif.

50. Il a été répondu que, si un certain décalage entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure était normal, il était impossible de prévoir la suite qui serait donnée à la demande et donc d'étendre le bénéfice d'une mesure postérieure à l'ouverture de la procédure à la phase précédant cette ouverture.

51. À l'issue d'une discussion préliminaire, le Groupe de travail a décidé d'examiner la question plus avant à une prochaine session.

e) Traitement des contrats

52. Le Groupe de travail a examiné les recommandations 69 à 86 du Guide législatif consacrées au traitement des contrats. Il a été signalé que le Guide abordait cette question en partant de deux hypothèses, à savoir que le cocontractant était solvable et que l'important était de savoir si la continuation d'un contrat serait avantageuse pour le débiteur. La première hypothèse ne se vérifierait peut-être pas toujours dans le cadre des groupes d'entreprises. La question de l'avantage pourrait se poser non seulement pour le débiteur concerné, mais aussi pour l'ensemble du groupe.

53. Il a été noté qu'il existait un certain nombre de contrats intragroupe, par exemple des contrats de distribution, qui pourraient constituer la base du groupe (comme il était expliqué dans la définition du terme "contrôle"). L'examen de ces contrats pourrait nécessiter des paramètres différents de ceux adoptés dans le Guide législatif. Il a été suggéré que, au minimum, un membre d'un groupe ne puisse sortir du groupe en se servant des dispositions sur le traitement des contrats. À cela, on a répondu qu'il était nécessaire d'examiner plus avant la manière de concilier les intérêts du groupe et ceux de ses membres, éventuellement dans le commentaire sur les présents travaux.

54. Le Groupe de travail a décidé d'examiner la question plus avant à une prochaine session.

f) Annulation

55. Il a été rappelé que, d'après les dispositions du Guide législatif sur l'annulation, les membres d'un groupe d'entreprises seraient considérés comme ayant des liens privilégiés entre eux. En conséquence les opérations qu'ils effectuaient entre eux seraient susceptibles d'annulation, à l'exception éventuelle des entités qui appartenaient au groupe lors de l'ouverture de la procédure mais non au moment où l'opération à annuler avait été effectuée. La proposition visant à réexaminer la définition de la "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" dans le Guide n'a pas été soutenue.

56. Il a été indiqué que le traitement de l'annulation dans le cadre d'un groupe d'entreprises devrait tenir compte de la différence entre, d'une part, la procédure de redressement et la vente de l'entité en vue de la poursuite de l'activité dans la procédure de liquidation et, d'autre part, la vente séparée des actifs dans la liquidation. Il a été ajouté qu'une telle distinction pourrait être envisagée sous l'angle du préjudice, à savoir celui du groupe, des différents débiteurs ou des créanciers. Dans le cadre d'un groupe, une autre question pourrait être de savoir si les opérations avaient été conclues dans le cours normal des affaires.

57. Le Groupe de travail a approuvé les projets de recommandations 14 et 15 quant au fond comme base pour ses délibérations futures, tout en notant que la formulation de la fin du projet de recommandation 15 pourrait être clarifiée en s'inspirant de la recommandation 97 du Guide législatif.

g) Compensation

58. Il a été observé qu'une compensation intragroupe des passifs s'opérerait régulièrement lors de procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises et que les dispositions du Guide législatif sur la compensation donnaient suffisamment d'indications sur la manière de traiter la question efficacement. Il a en outre été ajouté qu'il conviendrait aussi de faire référence aux dispositions du Guide traitant de la compensation globale et des autres questions relatives à la compensation propres aux contrats financiers.

h) Déclassement

59. Le Groupe de travail a procédé à un examen préliminaire sur la question du déclassement, qui avait été soulevée à plusieurs reprises dans le contexte de l'annulation et de la compensation. Il a été indiqué que certains pays avaient adopté une règle générale sur le déclassement des créances intragroupe, qui avait pour effet de leur attribuer un rang inférieur à celles des créanciers chirographaires. Il a été ajouté que l'adoption d'une telle règle serait l'expression d'un choix qui découragerait les prêts intragroupe. Il a été ajouté qu'une telle règle serait une alternative à celles sur l'annulation et la compensation dans le cadre d'un groupe.

60. Il a été rappelé que le Guide législatif abordait le déclassement dans le contexte du traitement des créances mais ne comportait pas de recommandations. À l'issue de la discussion, il a été convenu que le Guide législatif traitait suffisamment de cette question.

3. Voies de droit: regroupement des patrimoines

61. Le Groupe de travail a examiné la question du regroupement des patrimoines en se fondant sur les projets de recommandations 16 à 18 du document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1

Projet de recommandation 16

62. De l'avis général, il fallait respecter le principe de l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises. On a en outre souligné que ce principe devrait constituer la règle générale et le regroupement des patrimoines l'exception qui ne s'appliquerait que dans des circonstances très limitées dictées par les intérêts des créanciers. Il a été reconnu que le début du projet de recommandation 16 s'appliquerait de façon générale à l'examen des groupes d'entreprises par le Groupe de travail et qu'en conséquence il n'était peut-être pas nécessaire de faire expressément référence aux projets de recommandations 17 et 18. Le Groupe de travail a approuvé le projet de recommandation 16 quant au fond.

Projet de recommandation 17 a)

63. Il a été proposé de réviser le chapeau du projet de recommandation 17 afin de confirmer que le résultat d'un regroupement des patrimoines était une procédure d'insolvabilité unique visant une seule entité et afin d'éviter toute confusion avec la coordination procédurale.

64. S'agissant des variantes entre crochets figurant dans le chapeau, le mot "peut" a été largement appuyé au motif qu'il ferait mieux apparaître que le regroupement des patrimoines était une voie de droit exceptionnelle. Il a également été proposé d'ajouter les mots "mais seulement" après "entité unique" afin d'insister de nouveau sur le fait que le regroupement des patrimoines ne s'appliquerait que dans des circonstances exceptionnelles.

65. En ce qui concerne l'alinéa a), il a été proposé de supprimer les mots "soumis aux procédures d'insolvabilité" car la confusion des actifs pouvait aussi concerner des membres solvables et des membres apparemment solvables qui étaient en réalité insolubles du fait de cette confusion.

66. Il a par ailleurs été proposé de remplacer l'imparfait ("étaient" et "était") par le présent ("sont" et "est") pour montrer que l'impossibilité d'identifier le propriétaire de tel ou tel actif devait être établie après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Cette proposition a bénéficié d'un large soutien.

Projet de recommandation 17 b)

67. Selon un avis, le libellé actuel de l'alinéa b) était trop général. Pour en limiter le champ, il a été proposé d'ajouter les mots "ou comme moyen" après "à des fins". Il a par ailleurs été estimé que le type de fraude envisagé n'était pas suffisamment clair: l'alinéa en question ne visait pas les fraudes dans les opérations quotidiennes d'un débiteur, mais plutôt l'absence totale d'objet commercial légitime. D'autres explications ont été données concernant la signification possible du terme "fraude" dans ce contexte. À l'issue de la discussion, on a estimé dans l'ensemble qu'il serait

difficile de définir la fraude de façon plus précise qu'à l'alinéa b) et qu'il faudrait conserver la solution actuelle afin de l'examiner plus avant.

68. Des réserves ont été émises concernant l'objet de l'alinéa b) au motif que les créanciers n'auraient pas connaissance des intentions frauduleuses envisagées et ne devraient donc pas subir les conséquences d'un regroupement des patrimoines. De plus, à moins d'une confusion des actifs, cas déjà prévu à l'alinéa a), il était difficile de savoir quelles situations préjudiciables aux créanciers devaient être visées par l'alinéa b). Il a aussi été jugé inutile d'adopter une voie de droit qui s'écarterait du principe supérieur de l'entité unique pour remédier à la fraude, car la plupart des États prévoyaient d'autres voies de droit à cet effet, comme l'extension du passif aux autres membres du groupe ou l'annulation de certaines opérations. À cela on a objecté que les exigences et les effets variaient en fonction des voies de droit et que certaines obligeaient à intenter de longues actions en justice contre chacun des débiteurs concernés, à la différence des voies de droit prévues en cas d'insolvabilité, qui apportaient une solution beaucoup plus rapide. On a signalé en outre que l'exercice de voies de droit individuelles impliquerait inévitablement de poursuivre les membres solvables du groupe séparément et, partant, de se priver des avantages qu'offrait une procédure d'insolvabilité collective.

69. On a fait observer que l'alinéa b) mettait l'accent sur la création d'une structure donnée à des fins frauduleuses, alors qu'une entité pouvait aussi être créée à des fins légitimes, mais être utilisée par la suite à des fins frauduleuses ou à des fins de simulation. En conséquence, l'alinéa b) pourrait viser les entités "utilisées" à ces fins afin de couvrir les deux situations. Cette proposition a été appuyée.

70. On a également estimé que la règle selon laquelle le regroupement des patrimoines devait "permettre" de corriger la situation frauduleuse était trop générale compte tenu de la nature exceptionnelle de cette voie de droit et qu'il faudrait plutôt exiger que le regroupement des patrimoines soit "essentiel".

71. Il a été observé que le regroupement des patrimoines pourrait viser notamment des membres touchés par l'insolvabilité d'autres membres du groupe, des membres qui satisfaisaient au critère de l'insolvabilité imminente envisagé dans le Guide législatif et des membres apparemment solvables qui, à la suite de recherches plus poussées, se révélaient insolubles en raison d'une confusion des actifs. Selon un autre point de vue, l'insolvabilité n'était pas une condition du regroupement des patrimoines et une entité solvable pourrait donc y être soumise. À l'appui de cet avis, il a été noté que, si le regroupement des patrimoines ne concernait que les membres insolubles d'un groupe, les actifs à regrouper seraient peu nombreux. Aussi le préjudice causé aux créanciers et sa réparation devraient-ils être les principaux critères à prendre en considération.

72. Pour apaiser certaines des préoccupations exprimées, il a été proposé de supprimer l'alinéa b). D'autres propositions ont été faites, à savoir insérer le contenu de l'alinéa b) dans l'alinéa a) et se limiter aux cas de confusion des actifs; ajouter, dans l'alinéa a), le concept de "préjudice" subi par les créanciers en raison de la fraude; ou aborder la question de la fraude dans le commentaire relatif à l'alinéa a). Il a été signalé, en réponse, que de nombreux cas de fraude n'entreraient pas dans le champ de l'alinéa a), qui portait avant tout sur la confusion des actifs, et qu'en conséquence il fallait conserver l'alinéa b).

73. Une autre proposition relative à la structure des projets de recommandations sur le regroupement des patrimoines consistait à combiner les projets de recommandations 16, 17 et 18, de façon à présenter les deux derniers comme des exceptions rarement applicables au principe général du respect de l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises.

74. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que l'alinéa b) devrait être révisé pour tenir compte des avis exprimés.

75. Il a été suggéré que l'explication fournie aux paragraphes 14 à 16 du document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1 insiste sur la reconnaissance et le respect des droits des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité. Il a aussi été proposé que le regroupement des patrimoines et les autres voies de droit, comme l'extension du passif, soient examinés dans le commentaire sur les recommandations, lequel préciserait l'objet de chaque voie de droit et les différences entre chacune.

Projet de recommandation 18

76. Selon un avis, la liberté d'appréciation accordée au tribunal dans le projet de recommandation 18 était trop large et reposait essentiellement sur le point de vue subjectif des créanciers, plutôt que sur le comportement objectif du groupe qui avait porté ceux-ci à croire qu'ils traitaient avec une entité unique et non avec un membre d'un groupe d'entreprises. Il a donc été proposé que le projet de recommandation se concentre sur la conduite du groupe et la manière dont il se présentait vis-à-vis des tiers. On a cité l'exemple d'un regroupement des patrimoines qui avait été ordonné car les créanciers avaient traité avec ce qui semblait être une entité unique et ne connaissaient pas l'identité de chacun des membres auxquels ils avaient eu affaire, voire ne soupçonnaient même pas l'existence d'un groupe. On a noté qu'il n'y avait pas eu de fraude en l'espèce. L'avis selon lequel il fallait s'attacher au comportement du groupe a bénéficié d'un certain soutien. Des craintes ont cependant été exprimées quant au moment auquel il conviendrait d'examiner ce comportement. Il a été souligné que ce dernier pourrait changer avec le temps et en fonction des différents créanciers.

77. Il a été proposé d'aligner plus étroitement le chapeau du projet de recommandation 18 sur le projet de recommandation 17 et de remplacer le mot "devrait" par "peut". Il a aussi été proposé que le projet de recommandation 18 soit ajouté au projet de recommandation 17. Le Groupe de travail n'a pas suggéré d'inclure d'autres exemples dans le projet de recommandation.

78. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le projet de recommandation 18 devrait se concentrer sur le comportement du groupe comme entité unique. Le Secrétariat a été prié d'élaborer des propositions de textes combinant les projets de recommandations 17 et 18.

Autres questions concernant le regroupement des patrimoines

79. Le Groupe de travail a abordé d'autres questions relatives au regroupement des patrimoines en partant des paragraphes 23 et 24 du document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1.

*i) Traitement des intérêts concurrents**Sûretés réelles*

80. Le Groupe de travail est convenu que la reconnaissance et le respect des sûretés réelles devaient être des principes fondamentaux dans un regroupement des patrimoines. Il a ajouté que ces principes pourraient, dans quelques cas, admettre des exceptions. Ainsi, on a estimé que les sûretés intragroupe pourraient être annulées ou subordonnées aux créances chirographaires et que les sûretés constituées à des fins frauduleuses devraient être susceptibles d'annulation ou anéanties d'une autre manière.

ii) Regroupement partiel des patrimoines

81. L'idée de ménager la possibilité d'ordonner un regroupement partiel des patrimoines de manière à pouvoir exclure certains actifs a été appuyée.

iii) Personnes autorisées à demander le regroupement des patrimoines

82. Il a été indiqué que le représentant de l'insolvabilité devrait être autorisé à demander le regroupement des patrimoines, du fait qu'il était souvent le mieux placé pour le faire. Les créanciers pourraient être aussi en possession d'informations pertinentes et devraient par conséquent être également autorisés à former une telle demande.

83. De l'avis général, les tribunaux ne devraient pas être autorisés à ordonner un regroupement d'office. Le regroupement des patrimoines avait des conséquences graves qui exigeaient le respect d'une procédure juste et équitable. On a noté que, dans certains États, les tribunaux n'étaient pas habilités à agir de leur propre initiative. Il a été rappelé que le Guide législatif ne prévoyait pas généralement que les tribunaux prennent de leur propre initiative des décisions sur des questions d'insolvabilité d'une telle gravité.

iv) Délai pour demander le regroupement et pour étendre ce dernier à des membres supplémentaires du groupe

84. Il a été indiqué que la possibilité de demander le regroupement des patrimoines ne devrait être soumise à aucun délai, étant donné qu'on pouvait s'apercevoir de l'existence des diverses entités à regrouper à des moments différents et même après de longues recherches. Il serait injuste de ne pas regrouper ces entités en raison de délais. Le même principe, a-t-on ajouté, devrait s'appliquer à l'extension du regroupement à des membres supplémentaires du groupe. Il a été noté que, dans la pratique, l'état d'avancement de la procédure d'insolvabilité, et en particulier l'exécution d'un plan de redressement, pourraient limiter la possibilité de demander un regroupement. Il serait peut-être nécessaire d'adopter une règle garantissant l'égalité entre créanciers si le regroupement des patrimoines venait à être ordonné après une distribution partielle des actifs.

v) Notification de la demande de regroupement

85. Il a été indiqué que la demande de regroupement des patrimoines devrait être notifiée aux représentants de l'insolvabilité, si les entités à regrouper étaient insolubles, et aux représentants concernés des membres solvables du groupe. La

notification devrait se faire de manière efficace et rapide selon les modalités définies par la loi interne. L'idée d'aviser les créanciers des entités visées, en raison de l'impact que le regroupement pourrait avoir sur leurs droits, a aussi été appuyée. Selon un autre point de vue, le fait de notifier une demande de regroupement aux créanciers d'une entité solvable risquerait de compromettre sérieusement la réputation commerciale de cette dernière. Il a été ajouté que la question devrait être traitée conformément aux recommandations 22 et 23 du Guide législatif, qui n'exigeaient pas la notification de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aux créanciers de l'entité concernée. Il a été répondu que les créanciers d'entités solvables et ceux d'entités insolvables devraient être traités sur un pied d'égalité en matière de notification.

vi) *Tribunal compétent*

86. Le Groupe de travail a examiné les questions concernant le tribunal compétent pour ordonner le regroupement des patrimoines et d'autres mesures connexes.

87. Il a été rappelé que, lorsque les questions d'insolvabilité relevaient de la compétence de juridictions spéciales ou, dans certains cas, d'autorités administratives, ces mêmes organes devraient avoir compétence sur les questions de regroupement. On a ajouté qu'en cas de conflit de compétences, il existerait plusieurs critères pour résoudre ceux-ci, comme la priorité, le lieu de situation de la société mère ou le centre des intérêts principaux. Le choix du critère à appliquer devrait être laissé à la législation interne. Cette solution était conforme à celle adoptée dans la recommandation 13 du Guide législatif.

vii) *Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines*

88. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait prévoir la possibilité de modifier une ordonnance de regroupement des patrimoines.

viii) *L'incidence du regroupement sur le calcul de la période suspecte*

89. Lorsque le regroupement des patrimoines était ordonné au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre des membres concernés d'un groupe, le Groupe de travail est convenu que les dispositions du Guide législatif relatives au calcul de la période suspecte s'appliqueraient.

90. Lorsque le regroupement des patrimoines était ordonné après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou lorsque des membres du groupe étaient ajoutés à un regroupement des patrimoines à des dates différentes, on a reconnu que le choix de la date à partir de laquelle la période suspecte serait calculée posait problème, en particulier lorsque le délai entre la date de la demande d'ouverture, ou la date de l'ouverture de ces procédures, et le regroupement des patrimoines était long.

91. Divers critères ont été proposés pour le calcul de la période suspecte: on pouvait a) se référer à la première des dates de demande d'ouverture ou d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre des membres devant être regroupés; b) permettre au tribunal de déterminer la date la plus appropriée dans l'ordonnance de regroupement des patrimoines; ou c) conserver une date distincte pour chaque membre du groupe déterminée par référence au Guide législatif.

92. On a signalé que le choix de la date du regroupement des patrimoines aux fins du calcul de la période suspecte poserait des problèmes pour les opérations conclues entre la date de demande d'ouverture, ou de l'ouverture, des procédures visant les différents membres du groupe et la date du regroupement des patrimoines. On a souligné la nécessité de sécuriser les prêteurs et les autres tiers. Il pourrait être souhaitable de prévoir une période suspecte plus longue en cas de fraude ou de confusion des actifs.

93. À l'issue de la discussion, il a été convenu de préparer des variantes fondées sur les propositions a) et c) ci-dessus en vue d'un examen ultérieur.

ix) Ordonnances de contribution

94. Il a été proposé au Groupe de travail d'aborder la question des ordonnances de contribution. Une telle ordonnance pourrait être prononcée, par exemple, lorsqu'une filiale avait encouru une responsabilité élevée pour des dommages corporels ou lorsqu'une société mère avait permis à la filiale, alors que celle-ci était insolvable, de poursuivre son activité. À cela on a répondu que des voies de droit, comme l'action en responsabilité ou en négligence sanctionnable, étaient déjà prévues par d'autres lois pour régler ces questions. Il a été estimé en conséquence qu'il n'était peut-être pas nécessaire de prévoir cette autre voie de droit.

4. Participants

a) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité

95. Le Groupe de travail a examiné la question de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique en se fondant sur les projets de recommandations 19 et 20 du document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1.

Projet de recommandation 19

96. Il a été proposé de supprimer la fin du projet de recommandation 19 ("pour conduire cette coordination"), jugée inutile. Les mots "à l'encontre", a-t-on noté, laissaient entendre que les procédures étaient involontaires et devraient être évitées. Une proposition tendant à remplacer le mot "peut" par le mot "devrait" a été rejetée au motif que cela pourrait poser des problèmes dans les États ayant plusieurs droits internes applicables. Le Secrétariat a été prié d'établir une version révisée du projet de recommandation 19.

97. Il a par ailleurs été proposé d'ajouter avant le projet de recommandation 19 un autre projet de recommandation selon lequel il serait possible de coordonner deux procédures ou plus en nommant un représentant de l'insolvabilité unique ou en recourant à d'autres moyens. On a aussi estimé que le commentaire devrait traiter les situations où le débiteur n'était pas dessaisi et où aucun représentant de l'insolvabilité n'était nommé.

98. S'agissant de la deuxième phrase du paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1, il a été proposé de modifier le mot "permettrait".

Projet de recommandation 20

99. Le Groupe de travail a approuvé le projet de recommandation 20 quant au fond.

b) Coordination de procédures multiples visant les membres d'un groupe d'entreprises

100. Le Groupe de travail a examiné la question de la coordination de procédures multiples visant les membres d'un groupe d'entreprises en se fondant sur les projets de recommandations 21 à 23 du document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1.

Projet de recommandation 21

101. Il a été expliqué que le projet de recommandation 21 traitait de la coordination des procédures d'insolvabilité en général, alors que le projet de recommandation 22 traitait de cette question dans le cadre de la coordination procédurale en particulier. Il conviendrait, par conséquent, que les deux projets de recommandations reflètent des niveaux de coordination différents. Il a été suggéré, à cet égard, que le mot "faciliter" soit remplacé par "établir" dans le projet de recommandation 21.

102. On a noté que, dans certains pays, les tribunaux, et non les représentants de l'insolvabilité, avaient autorité pour coordonner les procédures d'insolvabilité, et qu'il fallait en faire état dans les projets de recommandations 21 à 23.

103. Il a été dit qu'un représentant de l'insolvabilité, par exemple celui de la société mère, pouvait assumer un rôle prépondérant dans la coordination des procédures dont faisaient l'objet les membres d'un groupe. Bien qu'un tel rôle puisse refléter la réalité économique du groupe, il a été convenu que l'égalité de tous les représentants de l'insolvabilité devrait être préservée au regard de la loi. Il a été noté que la coordination sous la conduite d'un des représentants pouvait néanmoins se faire de manière volontaire, dans les limites de la loi applicable. Aussi, cette possibilité devrait-elle être ajoutée aux formes de coopération autorisées dans le projet de recommandation 23.

104. Étant donné que les représentants de l'insolvabilité pourraient hésiter à coordonner les procédures avant qu'une décision de coordination procédurale n'ait été prise, il a été proposé que le projet de recommandation 21 soit formulé en termes moins prescriptifs.

Projet de recommandation 22

105. Il a été noté que, dans certains pays, la décision judiciaire ordonnant la coordination procédurale indiquerait les mesures correspondantes à prendre, et qu'il fallait donc faire référence au contenu de cette décision dans le projet de recommandation 22.

Projet de recommandation 23

106. Il a été dit que certaines formes de coopération énumérées dans le projet de recommandation 23, comme la coopération sur les questions relatives à l'exercice des pouvoirs et la répartition des obligations entre les représentants de l'insolvabilité, la coordination de l'utilisation et la disposition d'actifs ainsi que de l'utilisation des pouvoirs d'annulation, étaient régies par la loi dans un certain nombre de pays et qu'il n'appartenait donc pas aux représentants de l'insolvabilité d'en décider. Il a par conséquent été proposé d'ajouter les mots "dans les limites autorisées par la loi" dans le projet de recommandation.

c) Créanciers

107. Le Groupe de travail a examiné la question de la participation des créanciers en se fondant sur le paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1.

108. On a noté que le traitement de cette question différerait considérablement selon qu'il s'agissait d'un regroupement des patrimoines ou d'une coordination procédurale. On a proposé que, lorsque le regroupement des patrimoines était ordonné, une réunion des créanciers unique soit convoquée pour tous les créanciers de l'entité regroupée et qu'un comité des créanciers unique soit constitué. En revanche, dans une coordination procédurale, les intérêts des créanciers divergeaient et ne pourraient être représentés au sein d'un tel comité. On a toutefois fait observer que, si les membres du groupe étaient nombreux dans une coordination procédurale, la constitution d'un comité distinct pour les créanciers de chaque membre risquait de s'avérer extrêmement coûteuse et inefficace pour l'administration des procédures. C'est pourquoi certains États laissaient parfois aux tribunaux toute latitude pour décider de ne pas constituer un comité pour chaque entité. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que, d'une manière générale, la création d'un comité des créanciers unique ne convenait pas en cas de coordination procédurale.

109. S'agissant des créanciers intragroupe, on a fait remarquer que ceux-ci seraient considérés comme des personnes ayant des liens privilégiés avec le ou les débiteurs aux fins de la recommandation 131 du Guide législatif et ne seraient pas, en conséquence, autorisés à participer à un comité des créanciers. On s'est par ailleurs préoccupé du traitement des créances intragroupe et de son effet sur les créanciers intragroupe. Si leurs droits étaient affectés, par exemple du fait du déclassement de leurs créances, les personnes qui comptaient sur les actifs de ces créanciers seraient à leur tour lésées.

110. Il a été convenu que les recommandations 137 et 138 du Guide législatif devraient s'appliquer dans le contexte d'un groupe de la même façon aux créanciers internes et externes au groupe.

5. Plan de redressement

111. Le Groupe de travail a examiné le projet de recommandation 24 et le paragraphe 42 du document A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1.

Projet de recommandation 24

112. Le Groupe de travail est convenu que les dispositions du Guide législatif relatives aux plans de redressement s'appliqueraient également dans le contexte des groupes d'entreprises.

113. L'emploi du verbe "devrait" pour l'alinéa a) et du verbe "peut" pour l'alinéa b) a été appuyé.

114. Il a été proposé de préciser que l'alinéa a) envisageait la présentation d'un plan unique de redressement dans chacune des procédures concernant les membres couverts par le plan. Les créanciers de chaque membre se prononceraient par vote sur le plan, conformément aux règles applicables à un plan pour un débiteur unique. Le plan serait approuvé pour chaque membre et l'accord des créanciers de chaque entité serait exigé; il ne serait pas possible d'approuver le plan à l'échelle du groupe

et la majorité des créanciers de la majorité des membres ne pourrait pas imposer un plan pour l'ensemble des membres. Le processus de préparation du plan et de sollicitation de l'approbation devrait tenir compte de la nécessité pour tous les membres du groupe d'approuver ce plan ainsi que des avantages pouvant être tirés d'une telle approbation. Ces questions relèveraient des recommandations 143 et 144 du Guide législatif concernant le contenu du plan et de la note d'information jointe à ce dernier. Des informations supplémentaires pourraient être utilement fournies dans le contexte d'un groupe, notamment sur les opérations du groupe et son fonctionnement en tant que tel. Il fallait toutefois faire preuve de prudence lorsqu'on révélait des informations sur un membre solvable couvert par le plan de redressement.

115. Une autre solution a été proposée pour le vote, à savoir autoriser la majorité des créanciers de la majorité des membres à approuver un plan, sans tenir compte des objections de la minorité des membres. Après discussion, cette proposition n'a pas été appuyée et le Groupe de travail est convenu que les créanciers de chaque membre visé par le plan devraient approuver ce dernier conformément aux règles de vote applicables à des entités autonomes.

116. S'agissant de l'alinéa b), il a été proposé que le texte précise ce que l'on entendait par les mots "englobe" et "avec son consentement". Il a été noté que les plans de redressement pouvaient être soit un contrat soit un quasi-contrat, qui exigeait confirmation par un tribunal pour devenir effectif. En ce qui concerne le consentement, il a été demandé s'il s'agissait du consentement des créanciers ou des dirigeants ou des propriétaires concernés du membre du groupe conformément au droit des sociétés applicable. L'avis qui l'a emporté a été que, comme la décision d'une entité solvable de participer à un plan de redressement était une décision commerciale ordinaire de cette entité, le consentement des créanciers n'était pas nécessaire à moins d'être exigé par le droit des sociétés applicable. Il a été noté que le droit de l'insolvabilité ne concernait pas ce consentement.

117. Quant à la signification du mot "englobe", il a été souligné que l'entité solvable pouvait fournir un financement ou des actifs pour le redressement, dont les détails figureraient dans les notes d'information correspondantes, ou serait fusionnée avec les entités insolvable pour former une nouvelle entité dans le cadre du plan de redressement. Dans ce dernier cas, l'effet sur les créanciers de l'entité solvable devra être communiqué et leurs droits précisés. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé quant au fond l'alinéa b) avec les révisions proposées.

Autres questions sur le redressement

118. Le Groupe de travail a noté que le commentaire pourrait aborder un certain nombre de questions liées au redressement, comme les situations dans lesquelles des taux de remboursement différents pourraient être justifiés pour les créanciers de différents membres du groupe et où les dispositions relatives aux personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourraient poser un problème dans le redressement, par exemple lorsqu'une société mère n'avait que des créanciers considérés comme personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et qui ne seraient donc pas autorisées à voter sur un plan de redressement.

119. En ce qui concerne la valeur de liquidation aux fins de la recommandation 152 b) du Guide législatif, le Groupe de travail a été d'avis qu'en cas de regroupement des patrimoines cette valeur serait la valeur de liquidation de l'entité regroupée, et non la valeur de liquidation des différents membres avant regroupement des patrimoines.

120. Pour ce qui est de l'inexécution d'un plan de redressement, il a été convenu que les recommandations 155 et 156 du Guide législatif étaient suffisantes pour traiter la question dans le contexte des groupes d'entreprises.

6. Forme des travaux en cours

121. Le Groupe de travail a discuté de la forme possible de ses travaux sur les groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité et de ses effets sur la structure et le style rédactionnel. Il a été convenu dans l'ensemble que ces travaux devraient prendre la forme d'un guide législatif pour diverses raisons, dont la complexité du sujet, la diversité des approches adoptées pour le traiter et le lien avec le Guide législatif. Il a également examiné si le texte qui en résulterait devrait être publié comme additif au Guide législatif ou comme publication indépendante. Certains ont dit préférer une publication indépendante pour des raisons de simplicité et de facilité de distribution, tandis que d'autres se sont prononcés en faveur d'un additif au Guide législatif en raison de la relation entre les deux textes.

7. Glossaire

122. Ayant achevé son examen des projets de recommandations 1 à 24, le Groupe de travail est passé à l'examen des termes inclus dans le glossaire (voir, ci-dessus, par. 11 à 14).

123. Il a été convenu que le terme "groupe d'entreprises" devait être plus général et ne pas se limiter aux situations nationales. Des explications plus détaillées quant aux aspects internationaux d'un groupe pourraient être ajoutées plus tard. Il a également été convenu que l'explication du terme "entreprise" faisait suffisamment le lien avec l'activité commerciale et que les termes "national" et "commercial" pouvaient donc être supprimés.

124. Le Groupe de travail a approuvé l'explication du terme "entreprise" quant au fond, avec la précision que ce terme n'englobe pas les consommateurs, conformément à l'approche adoptée dans le Guide législatif.

125. Concernant le terme "participation", on a proposé que la définition fasse la distinction entre les entités dotées de la personnalité morale et celles non dotées de la personnalité morale, qui pourraient être englobées dans le terme "groupe d'entreprises". On a fait observer que le terme "participation" pourrait englober les actifs dans le cas d'une entité non dotée de la personnalité morale et les actions dans le cas d'une entité dotée de la personnalité morale. De même, le contrôle par arrangement contractuel ne serait pertinent que dans le cas d'entités non dotées de la personnalité morale. En réponse à une question concernant l'inclusion du terme "crédits", on a proposé qu'il soit plutôt inclus dans la notion d'"emprunts". La proposition d'ajouter une référence aux "unités de fiducie" a été soutenue.

126. Étant donné que, dans un certain nombre d'États, des entreprises peuvent créer un groupe sans être liées entre elles par une participation, ce concept pourrait être inclus dans l'explication du terme "contrôle". Il a été demandé si le contrôle devait

se limiter aux arrangements contractuels et exclure le contrôle implicite. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que ces questions devraient être examinées plus avant.

127. Le Groupe de travail est convenu que le terme “membre d'un groupe d'entreprises” devait être clarifié pour que la référence aux conditions requises par la loi sur l'insolvabilité pour qu'une entreprise soit soumise à une procédure d'insolvabilité porte uniquement sur le champ d'application de cette loi et sur les types d'entités qui y sont visées et non sur la question de savoir si un débiteur particulier a satisfait aux critères d'ouverture d'une procédure de la loi sur l'insolvabilité.

128. Un certain nombre de modifications ont été proposées concernant la “coordination procédurale”. Tout d'abord, il a été convenu de manière générale que les troisième et quatrième phrases de l'explication devraient figurer en commentaire au lieu de faire partie du glossaire. On est également convenu que la fin de la deuxième phrase, commençant par “et il n'est pas porté atteinte” devrait être supprimée. On a suggéré que l'explication de la coordination procédurale précise qu'il s'agit de la coordination entre tribunaux et entre représentants de l'insolvabilité.

129. Il a été rappelé que dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74, on avait proposé d'autres termes qui pourraient utilement figurer dans le glossaire. L'attention du Groupe de travail a été attirée en particulier sur le “regroupement des patrimoines”. Le Secrétariat a été prié de revoir l'explication de ce terme, en tenant compte des délibérations du Groupe de travail. Le Secrétariat a également été prié d'examiner d'autres termes de ce document de travail qu'il pourrait être approprié d'examiner à un stade ultérieur.

C. Questions internationales

130. Le Groupe de travail a eu une discussion préliminaire sur le moment où il examinerait les questions internationales relatives au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. Il a été convenu que le règlement des questions relatives au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité dans un contexte national était à la fois une première étape logique et une condition préalable à l'examen des questions internationales. Ayant accompli d'importants progrès concernant les questions nationales, le Groupe de travail a estimé qu'il serait approprié d'examiner les questions internationales à un stade précoce de sa prochaine session. Cet examen serait fondé sur le document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1 et devrait tenir compte des questions de financement postérieur à l'ouverture de la procédure et à la demande d'ouverture, ainsi que des protocoles internationaux.