



Assemblée générale

Distr. générale
1^{er} juin 2010
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-troisième session
New York, 21 juin-9 juillet 2010*

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: projet de troisième partie sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

**Compilation des commentaires reçus de gouvernements et
d'organisations internationales****

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
II. Commentaires reçus d'organisations internationales	1-30	2
A. City of London Law Society	1-30	2

* La soumission de la présente note a été retardée en raison de sa réception tardive.

** Il convient de noter que ces commentaires ont été établis à partir du document A/CN.9/WG.V/WP.90 et ses additifs. La numérotation des recommandations figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.90 diffère légèrement de celle des recommandations du document révisé publié par la suite sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.92: les recommandations 226 à 239 dans le premier sont devenues les recommandations 225 à 238 dans le second.



II. Commentaires reçus d'organisations internationales

A. City of London Law Society

...

1. Objet de la présente note

1. Dans la présente note, nous formulons des observations sur les aspects du projet de commentaire [contenu dans le document A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add. 1] ("Commentaire") et des projets de recommandations de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité qui:

a) Portent atteinte aux principes de base généralement admis en matière de protection des créanciers; ou

b) Risquent d'être impossibles à mettre en œuvre ou d'être indûment complexes/susceptibles d'abus.

2. Nous reconnaissons que les lois sur l'insolvabilité divergent considérablement d'un État à l'autre. Les États sont généralement décrits comme étant favorables soit aux débiteurs soit aux créanciers, et il n'est pas possible d'adopter une seule et même approche pour élaborer une loi type sur l'insolvabilité.

3. Certains principes devraient cependant être universellement respectés, principes sur lesquels porte précisément la présente note. Nous n'avons pas formulé d'observations sur les méthodes/modalités générales de recherche adoptées par la CNUDCI.

4. La section 2 ci-après présente des questions générales qui concernent l'ensemble des projets de recommandations. Les questions particulières sont traitées dans les sections 3 et suivantes.

2. Questions générales

Nature et définition du "groupe d'entreprises"

5. Alors que nombre de pays ne reconnaissent pas les "groupes d'entreprises", de nombreux autres sont dotés d'une législation spécifique qui définit les relations de groupe par référence à des critères tels que le contrôle ou l'influence, la participation au capital, les droits de vote, la participation aux politiques financières et à la prise de décisions et la détermination de la composition du conseil d'administration.

6. Le Glossaire (par. 4 du Commentaire) définit le "groupe d'entreprises" de la manière suivante: "deux entreprises ou plus liées entre elles par un contrôle ou une participation importante". Il définit le "contrôle" comme suit: "capacité de déterminer, directement ou indirectement, les politiques opérationnelles et financières d'une entreprise".

7. Ces définitions ne sont pas tout à fait claires. S'il est vrai que le glossaire ne devrait pas donner une définition complète du "groupe d'entreprises", nous estimons toutefois qu'il serait utile de présenter une liste exhaustive de facteurs sans

lesquels on ne pourrait pas dire qu'un "groupe d'entreprises" existe, afin de limiter le champ d'application des projets de recommandations.

8. Par exemple, les projets de recommandations ne devraient s'appliquer que si un ou plusieurs des facteurs suivants sont présents:

a) Contrôle de droit: capacité d'une entité à exercer directement ou indirectement un contrôle ou une influence sur une autre entité, notamment par la détention de droits de vote, la participation au capital, la détermination de la composition du conseil d'administration ou de l'organe directeur, la propriété d'actifs, des arrangements contractuels; ou

b) Contrôle de fait: influence d'une entité sur une autre en l'absence de tout arrangement formel.

3. Effet de la procédure d'insolvabilité sur un membre solvable du groupe

Recommandations 199 à 201 – demande conjointe d'ouverture de procédure d'insolvabilité (pas la coordination procédurale)

9. S'il est justifié, à notre avis, d'autoriser un membre d'un groupe dont l'insolvabilité est imminente à être inclus dans une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité (conformément à la recommandation 15, deuxième partie du Guide législatif de la CNUDCI¹), nous ne sommes pas favorables à une loi sur l'insolvabilité qui permettrait qu'une demande d'ouverture vise des membres ne satisfaisant pas au critère d'ouverture énoncé dans la recommandation 15 (par. 12 du Commentaire).

10. Nous sommes d'avis que cela compromettrait le principe de base selon lequel la loi sur l'insolvabilité, qui vise à protéger et à gérer la masse d'un débiteur insolvable, ne s'applique qu'aux débiteurs en difficulté et non aux débiteurs entièrement solvables.

Recommandations 39 et 48 – Application de l'arrêt des poursuites à un membre solvable d'un groupe?

11. Nous ne sommes pas favorables à une interprétation des recommandations 39 et 48 qui permettrait l'application de l'arrêt des poursuites à un membre solvable d'un groupe (même si les créanciers garantis sont exclus) (par. 40 du Commentaire). Il s'agirait là d'une atteinte abusive aux droits des créanciers en relation avec ce membre.

12. Nous n'appuyons pas non plus l'idée qu'il pourrait être approprié d'inclure des actifs d'un membre solvable du groupe dans la procédure d'insolvabilité visant un autre membre (par. 54 du Commentaire).

¹ Recommandation 15: "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte à la demande d'un débiteur si ce dernier peut démontrer:
i) Qu'il *est* ou *sera* dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance; ou
ii) Que son passif dépasse la valeur de son actif."

4. Financement postérieur à l'ouverture

Recommandations 211 à 216

13. La recommandation 211 est rédigée en termes généraux pour permettre à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité: i) d'avancer un financement postérieur à l'ouverture à d'autres membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité et ii) de constituer une sûreté réelle sur ses actifs (ou de fournir une sûreté personnelle) en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture octroyé à un autre membre du groupe. Ce libellé permettrait donc l'octroi à un membre du groupe à la fois d'un financement intragroupe et d'un financement extérieur garanti par les actifs d'un autre membre du groupe.

14. Nous pouvons comprendre ce qui, en théorie, justifie le financement postérieur à l'ouverture. C'est là une question très débattue au Royaume-Uni. Cependant, beaucoup estiment que, au regard de l'expérience du pays, il n'est pas nécessaire dans la pratique que la loi sur l'insolvabilité prévoie expressément un financement postérieur à la demande ou à l'ouverture (que ce soit pour un débiteur autonome ou pour un groupe d'entreprises), ou accorde au financement postérieur à l'ouverture la priorité sur d'autres dettes.

15. D'après l'expérience du Royaume-Uni, lorsque les activités de la société/du groupe sont fondamentalement bonnes, les prêteurs fournissent les liquidités nécessaires pour permettre à la société/aux sociétés du groupe de poursuivre leurs activités.

16. Selon nous, le fait que les prêteurs ne soient pas disposés à fournir le financement nécessaire sans obtenir la priorité (voir recommandation 64) ou une sûreté qui prime les autres dettes peut faire douter de la santé de la société, laquelle risque ainsi de voir sa vie artificiellement prolongée pour finir par cesser ses activités.

17. Nous ne partageons pas l'avis selon lequel un membre insolvable du groupe devrait être en mesure de fournir une sûreté ou une quasi-sûreté en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture octroyé à un autre membre du groupe lui aussi insolvable (par. 72). Le constituant de la sûreté réduirait ainsi les actifs disponibles pour ses créanciers chirographaires et il est plus difficile de voir quel réel avantage ses créanciers pourraient tirer de la constitution d'une telle sûreté.

18. Nous notons également que la légitimité des arrangements de financement de l'exploitation de débiteurs non dessaisis ("DIP Financing") a récemment été contestée aux États-Unis (*Clyde Bergemann, Inc. c. Babcock & Wilcox Co. (affaire Babcock & Wilcox Co., 250 F 3d 955 (5th Circuit 2001))*). Dans cette affaire, une banque a accordé un financement de ce type à plusieurs membres d'un groupe (les débiteurs), garanti par une sûreté de premier rang et assorti d'une superpriorité sur la masse de chaque débiteur non seulement pour tous les montants empruntés par chaque débiteur après le dépôt de la demande d'ouverture, mais aussi *pour tous les montants empruntés par tous les autres débiteurs dans le cadre de l'accord*. Chaque débiteur garantissait ainsi l'obligation de l'autre et réciproquement. Un créancier a émis des objections à ce sujet car, selon lui, ce type de sûretés croisées entre débiteurs équivalait à un regroupement *de facto* de leurs patrimoines qui ne remplissait pas les conditions requises en la matière. La cour d'appel du cinquième circuit (*Fifth Circuit Court of Appeal*) a rejeté cet argument. Cependant, on peut

valablement affirmer² que les masses des débiteurs étaient partiellement regroupées et que la banque avançait en fait des fonds à un vaste groupe de sociétés indifférenciées, en bénéficiant d'une sûreté sur tous les actifs du groupe quel que soit le débiteur particulier au sein du groupe ayant effectivement emprunté les fonds. On peut donc dire qu'un tel regroupement *de facto* sape les principes fondamentaux de la personnalité juridique distincte.

5. Regroupement des patrimoines

Recommandations 219 à 231

19. Si nous reconnaissons que, dans certaines circonstances très limitées, le regroupement des patrimoines peut constituer un instrument utile, nous insistons pour que les projets de recommandations ne permettent un tel regroupement que dans des cas très restreints.

20. On pense généralement à tort que le regroupement des patrimoines est un instrument largement utilisé aux États-Unis. En réalité, son utilisation est très limitée et le pouvoir des tribunaux américains des faillites de l'ordonner a été remis en question dans l'affaire *NM Holdings Company LLC*³. Un certain nombre d'opinions exprimées par les cours d'appel des troisième⁴ et deuxième⁵ circuits et du circuit du District de Columbia⁶ posent des principes modernes en la matière. Bien que formulées d'une manière légèrement différente, ces opinions ont en commun deux composantes essentielles: i) les actifs et les passifs des entités sont tellement "imbriqués", "emmêlés", ou la communauté d'identité entre les entités est telle, que "leur traitement séparé portera préjudice aux créanciers"; et ii) les créanciers ont considéré ou traité les entités comme une seule entité/unité économique unique et *ne se sont pas fondés sur leur identité distincte ou se sont fondés sur leur identité commune* (notons que les tribunaux qui suivent la jurisprudence *Auto-Train* n'ordonnent le regroupement que si un créancier ne s'est effectivement pas fondé sur l'identité distincte des entités). En l'absence de précédent de la Cour d'appel ayant force obligatoire, les tribunaux s'appuient généralement sur une liste de facteurs/d'éléments pour établir si le regroupement des patrimoines se justifie.

21. Par ailleurs, aux États-Unis, le regroupement des patrimoines découle de la compétence en *equity* des tribunaux des faillites, qui utilisent leur pouvoir d'appréciation pour trancher au cas par cas. Nous sommes d'avis que, dans les pays de droit romain, où la notion de compétence en *equity* n'existe pas et où les tribunaux n'ont pas l'habitude d'utiliser un tel pouvoir d'appréciation, le regroupement des patrimoines pourrait être mal utilisé si les projets de recommandations ne restreignent pas clairement son application à certaines circonstances très limitées.

22. Nous pensons qu'il est très important que les droits réels des créanciers ne soient pas lésés par le regroupement des patrimoines. Il est communément admis

² Bankruptcy Law Letter, 1^{er} août 2001.

³ 407 B. R. 232.

⁴ *Owens Corning*, 419 F.3d 195, 205-09 (3d Cir.2005).

⁵ *Affaire Augie/Restivo Baking Co. Ltd.*, 860 F.2d 515, 518 (2d Circ.1988).

⁶ *Affaire Auto-Train Corp., Inc* 810 F.2d 270, 276 (D.C.Cir.1987).

que les droits réels sont des droits inviolables qu'un système juridique devrait s'efforcer de faire respecter. Nous estimons que l'exclusion actuelle dans la recommandation 225 devrait être définie de manière plus étroite. Les mots "devraient, dans la mesure du possible, être respectés" actuellement employés dans la recommandation devraient être remplacés par un libellé indiquant que le regroupement des patrimoines ne devrait jamais porter atteinte aux droits réels, excepté dans les cas énoncés aux alinéas a) à c), qui semblent être des exceptions raisonnables.

23. Nous préférons par conséquent que le regroupement des patrimoines ne soit possible que dans des circonstances restrictives, lorsqu'il représente le seul moyen de parvenir à un règlement efficace de l'insolvabilité du groupe. Nous estimons cependant qu'il ne devrait pas être ordonné à l'initiative des créanciers ou des différents membres du groupe. Les incidences du regroupement des patrimoines sont d'une importance telle que, selon nous, seuls les représentants de l'insolvabilité capables d'évaluer les effets de la procédure d'insolvabilité sur la société et sur les autres membres du groupe devraient avoir le droit de présenter une demande de regroupement, et que les créanciers devraient avoir le droit de s'y opposer. Il conviendrait peut-être aussi, dans certaines circonstances, de permettre à une majorité de créanciers de présenter une telle demande.

24. Nous notons en outre que les projets de recommandations ne traitent actuellement pas des autres conséquences négatives que pourrait avoir le regroupement des patrimoines. Par exemple, ce dernier ne devrait pas être utilisé pour contourner les exceptions ou les droits dont pouvait se prévaloir le débiteur avant le regroupement. Cette question a été soulevée au sein du tribunal des faillites (United States Bankruptcy Court) du District septentrional du Mississippi dans l'affaire *England Motor Company, Happy day Motors, Inc. and England Holdings, Inc., Debtors*⁷. Dans cette affaire, un prêteur à une société mère a fait valoir que ses dettes (résultant de dépôts) envers les filiales devraient être compensées par le prêt accordé à la société mère. En l'absence de regroupement des patrimoines, le prêteur n'aurait pas pu revendiquer de droit à compensation car la société débitrice n'était pas la société envers laquelle il était débiteur, si bien que la réciprocité requise faisait défaut. Il a fait valoir que les dettes devenaient réciproques après le regroupement des patrimoines, qui avait pour effet la mise en commun des actifs et passifs respectifs des entités distinctes. Le tribunal a cependant rejeté cet argument au motif que le regroupement des patrimoines aurait alors eu un effet rétroactif en anéantissant les exceptions et les droits qui existaient avant qu'il ne soit ordonné.

25. Les projets de recommandations devraient donc insister sur une interprétation téléologique du regroupement des patrimoines et veiller à ce que ce regroupement ne favorise pas indûment certains créanciers par rapport à d'autres. Ce principe est illustré par la description ci-après du regroupement des patrimoines dans l'affaire *First National Bank of Barnesville c. Rafter*⁸ traitée par la cour du sixième circuit:

"Le regroupement des patrimoines est utilisé lorsque les *liens entre les débiteurs sont complètement imbriqués* et que l'investissement nécessaire en temps et en argent pour les démêler est tel qu'il compromet la réalisation des actifs nets pour tous les créanciers. Lorsqu'il décide d'ordonner un

⁷ 2010 WL 220152 (Bkrcty. N.D.Miss.).

⁸ 974 F.2d 712, 720 (6th Cir. 1992).

regroupement, le tribunal conclut implicitement que la nécessité pratique de procéder au regroupement pour préserver les chances de recouvrement en faveur de la majorité des créanciers chirographaires *l'emporte de loin sur le préjudice que pourrait subir tout créancier.*"

26. Nous croyons comprendre que, dans certains pays, il existe une théorie du regroupement des patrimoines qui permet à un tribunal des faillites, s'il estime que certaines circonstances appropriées se vérifient, de regrouper les patrimoines de différentes entités en fusionnant leurs actifs et passifs respectifs et en traitant ces entités comme une entité regroupée aux fins de la procédure de faillite.

27. Le droit anglais de l'insolvabilité ne contient aucun principe général qui donne à un tribunal anglais le pouvoir, fondé ou non sur l'application de principes d'*equity*, de traiter l'actif et le passif d'une entité comme s'il s'agissait de l'actif et du passif d'une autre entité aux fins de la liquidation ou de l'administration judiciaire d'une de ces entités.

28. Le liquidateur d'une société aurait, conformément à l'annexe 4 de la loi sur l'insolvabilité (Insolvency Act), le pouvoir général de conclure des compromis ou des arrangements avec les créanciers de la société, sous réserve de l'accord du tribunal. Dans un cas, un compromis ou arrangement, homologué par le tribunal, entre les sociétés d'un groupe (dont chacune avait engagé une procédure d'insolvabilité) et leurs créanciers respectifs a effectivement eu pour effet de regrouper les affaires des deux sociétés et de mettre en commun les actifs et les passifs aux fins de la liquidation. Ce cas ne crée toutefois pas de précédent permettant de regrouper les affaires d'une société qui est en liquidation avec celles d'une société qui ne l'est pas. En tout état de cause, il est selon nous improbable qu'un tribunal autorise un tel compromis ou arrangement à moins que l'imbrication et la confusion des affaires des sociétés concernées n'empêchent de déterminer à quelle société appartient tel ou tel actif ou à quel créancier est dû tel ou tel passif et qu'un tel arrangement ne soit simplement dans l'intérêt des créanciers des deux sociétés.

6. Questions internationales

29. En ce qui concerne le régime d'insolvabilité internationale pour les groupes d'entreprises, la discussion semble porter sur la coordination procédurale, que nous appuyons. Les exemples récents d'insolvabilité internationale montrent clairement que la coordination procédurale non seulement est utile mais constitue également un aspect essentiel du droit de l'insolvabilité. En pratique, la coordination procédurale se fait par désignation des mêmes administrateurs pour différentes sociétés soumises à une procédure d'insolvabilité (par exemple dans l'affaire MG Rover, Eurotunnel etc.).

30. Nous notons que le centre des intérêts principaux du groupe n'a pas été défini mais nous ne pensons pas que cela soit nécessaire car la coordination procédurale concerne des entités prises séparément.