



Assemblée générale

Distr.: Limitée
20 décembre 2002*

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail V (Insolvabilité)
Vingt-huitième session
New York, 24-28 février 2003

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Note du secrétariat

Table des matières

[Le glossaire se rapportant au Guide est paru sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1; les chapitres I^{er} et II de la première partie sont parus sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2, les sections A et B du chapitre II de la deuxième partie sont parues sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et 4, les sections A à F du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 9, les sections A à D du chapitre IV sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10 et 11, le chapitre V sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, les sections A à C du chapitre VI sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13 et 14, et les sections A et B du chapitre VII sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15]

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Deuxième partie (<i>suite</i>)		
IV. Participants et institutions	1-14	2
A. Le Débiteur		2
6. Droits de réexamen et d'appel		2
C. Les créanciers	1-14	2
3. Droits de réexamen et d'appel	1-14	2
VI. Administration de la procédure	15-24	5
D. Traitement des groupes de sociétés	15-24	5
1. Introduction	15-17	5
2. Responsabilité du groupe pour les dettes externes	18-23	6
3. Dettes intragroupe	24	8

* Le présent document a été présenté tardivement car il a fallu achever les consultations le concernant ainsi que la vingt-septième session du Groupe de travail (9-13 décembre 2002).



Deuxième partie (suite)

IV. Participants et institutions

A. Le débiteur

6. Droits de réexamen et d'appel

[La présente section serait insérée après le paragraphe 230 du document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10]

Note à l'intention du Groupe de travail: compte tenu de la section suivante concernant les créanciers, le débiteur a-t-il le droit de demander la révision des décisions prises par le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers? Peut-il chercher à faire révoquer et remplacer le représentant de l'insolvabilité? Peut-il interjeter appel des décisions prises par le tribunal concernant des aspects de la procédure d'insolvabilité? Dans l'affirmative, le Guide devrait-il traiter de ces questions?

Dans une législation, par exemple, le débiteur a un droit résiduel sur la masse, et la qualité de personne lésée peut lui être reconnue, ce qui lui ouvre le droit de demander la révision judiciaire des mesures ou décisions prises par le représentant de l'insolvabilité (l'autorisation du tribunal est nécessaire pour engager contre le syndic une action pour poursuites abusives ou une action en diffamation) ou la révocation de ce dernier.

C. Les créanciers

3. Droits de réexamen et d'appel

[Les paragraphes ci-après pourront être insérés après le paragraphe 295 du document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11]

a) Introduction

1. Ce sont les créanciers, pris collectivement, qui détiennent le principal droit économique sur la masse de l'insolvabilité. Ce droit est généralement protégé par un représentant de l'insolvabilité qui administre la masse en vue de préserver et de protéger les biens qui la composent et sa valeur, dans l'intérêt des créanciers.

2. Afin que les créanciers aient le sentiment que leurs droits sont convenablement protégés, il est souhaitable que la législation de l'insolvabilité prévoie leur participation active à la procédure d'insolvabilité. Comme le montre le chapitre IV, le degré de participation et les rôles assignés respectivement aux créanciers, au représentant de l'insolvabilité et aux tribunaux dans la prise de décisions varient considérablement d'un pays à l'autre. La plupart des régimes, toutefois, donnent aux créanciers, en tant que principaux bénéficiaires de la masse, un certain droit de regard à la fois sur l'administration de la masse et sur la façon dont le représentant de l'insolvabilité s'acquitte de ses fonctions. Lorsque les décisions relatives à l'administration de la masse doivent être prises par les tribunaux, elles sont généralement susceptibles d'appel devant une instance supérieure, quoique, dans certaines législations, certaines décisions (par exemple la décision de nomination du

juge chargé de superviser la procédure ou la décision d'ouverture d'une procédure) soient insusceptibles d'appel.

3. Au moment de déterminer la mesure dans laquelle il convient de permettre aux créanciers de contester les actes ou décisions du représentant de l'insolvabilité, il faudra toutefois tenir compte du fait que des désaccords sont pratiquement impossibles à éviter, étant donné en particulier que le représentant de l'insolvabilité sera appelé à agir dans l'intérêt de tous les créanciers et à prendre des mesures que certains créanciers n'appuient pas ou qu'ils désapprouvent. Dans le cours normal des choses, néanmoins, ces désaccords ne devraient pas justifier le remplacement par le tribunal du représentant de l'insolvabilité ni l'engagement d'une action contre ce dernier par un créancier.

b) Examen des actes et omissions du représentant de l'insolvabilité

4. Lorsque la législation de l'insolvabilité permet aux créanciers de contester les actes ou décisions du représentant de l'insolvabilité et que ce dernier n'est pas d'accord avec eux ou n'accepte pas leurs objections, les possibilités offertes aux créanciers, la procédure applicable et les règles de preuve dépendent généralement en grande partie du rôle qui est dévolu aux créanciers dans le régime de l'insolvabilité en question.

5. Lorsque le régime prévoit que les actes ou décisions du représentant de l'insolvabilité doivent être supervisés ou approuvés par l'ensemble des créanciers ou par le comité des créanciers, les créanciers sont généralement très protégés. Mais lorsqu'elle alourdit l'administration de la masse de l'insolvabilité, cette supervision ou approbation peut entraîner une augmentation des coûts et une perte d'efficacité. Pour ces raisons, il faudra lors de l'institution du régime de l'insolvabilité établir un juste équilibre entre les exigences en matière de supervision ou d'approbation par les créanciers (et notamment définir les actes et décisions qui doivent être approuvés et la procédure d'approbation) et l'indépendance du représentant de l'insolvabilité ainsi que la nécessité d'une procédure rapide et d'un bon rapport coût-efficacité. L'équilibre réalisé entre ces facteurs potentiellement antagonistes varie d'un régime à l'autre. Devront sans doute aussi être pris en considération la mesure dans laquelle le tribunal joue un rôle en supervisant la procédure et le représentant de l'insolvabilité et l'équilibre réalisé dans le régime de l'insolvabilité entre ce rôle et la participation des créanciers.

c) Motifs

6. La législation de l'insolvabilité devrait expressément indiquer les motifs autorisant les créanciers à contester les décisions ou l'administration du représentant de l'insolvabilité ainsi que les décisions qui peuvent faire l'objet d'une telle contestation. Sur ce point, on distingue dans les législations actuelles deux grandes catégories.

7. Appartiennent à la première catégorie les législations qui confèrent aux créanciers certains droits lorsqu'il peut être prouvé que le représentant de l'insolvabilité a commis une quelconque irrégularité. Il peut s'agir d'une véritable infraction, comme le détournement de fonds ou de biens ou l'obtention de l'approbation des créanciers par des moyens frauduleux; d'erreurs de procédure, comme le fait de ne pas avoir demandé l'approbation des créanciers ou du comité

des créanciers alors que cela était nécessaire ou d'avoir omis un autre acte exigé par la loi; ou encore de fautes commises par le représentant de l'insolvabilité dans l'exercice de ses fonctions. Dans certains pays, les créanciers peuvent attaquer le représentant de l'insolvabilité dans certaines de ces situations, sinon dans toutes.

8. Entrent dans la seconde catégorie les législations qui prévoient, outre les motifs liés à des infractions ou fautes spécifiques, la possibilité pour les créanciers de contester (normalement devant les tribunaux) tout acte ou omission ou décision du représentant de l'insolvabilité auquel ils sont individuellement ou collectivement opposés ou qu'ils désapprouvent. Pour que les créanciers obtiennent gain de cause, il faudra normalement qu'ils puissent invoquer des motifs analogues à ceux déjà mentionnés ci-dessus, mais leur action pourra aussi aboutir s'ils apportent la preuve que la décision, l'acte ou l'omission était contraire à leurs intérêts. Afin d'empêcher que l'administration de la masse ne soit déraisonnablement perturbée, la législation de l'insolvabilité peut introduire des restrictions, par exemple en aménageant le niveau de preuve exigé pour que le tribunal puisse donner gain de cause aux créanciers ou en protégeant certains aspects de l'administration, par exemple en excluant les actions concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

d) Procédures

9. Les procédures prévues pour permettre aux créanciers de contester l'administration de la masse dépendent en grande partie des règles régissant les fonctions du représentant de l'insolvabilité et du rôle que jouent les créanciers dans l'administration. Par exemple, dans les législations qui exigent du représentant de l'insolvabilité qu'il obtienne l'approbation des créanciers ou de leurs représentants avant d'accomplir certains actes, une procédure de réexamen ne sera, du fait de la participation directe des créanciers à la prise de décisions, normalement pas nécessaire sauf dans les situations où le représentant de l'insolvabilité a induit les créanciers en erreur.

10. Lorsque les actes du représentant de l'insolvabilité ne sont pas soumis à l'approbation préalable des créanciers, une procédure formelle de réexamen peut être nécessaire.

11. Cette procédure peut prendre différentes formes. Dans certaines législations, l'ensemble des créanciers est appelé à jouer un rôle en cas de litige entre le représentant de l'insolvabilité et un créancier. Certaines législations qui suivent cette approche confèrent aux créanciers le pouvoir d'exiger du représentant de l'insolvabilité qu'il convoque une réunion de tous les créanciers ou du comité des créanciers pour tenter de résoudre la question en litige.

12. Dans la plupart des législations, toutefois, les créanciers, s'ils veulent faire objection, doivent saisir un tribunal. Certaines autorisent les créanciers à intenter une action à titre individuel, tandis que d'autres exigent que le ou les créanciers opposants représentent un certain nombre de créanciers ou un certain pourcentage des créances pour être recevables à agir, ou même exigent que l'action soit intentée par le comité des créanciers ou par l'ensemble des créanciers. Ces conditions peuvent dépendre des motifs de contestation invoqués.

13. Dans la plupart des législations, les tribunaux appelés à contrôler l'administration de l'insolvabilité et à faire respecter les droits des créanciers disposent d'un certain nombre de pouvoirs. À un niveau, le tribunal peut ordonner

au représentant de l'insolvabilité d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un certain acte lié à l'objection soulevée par le créancier. Il peut aussi être habilité à confirmer, infirmer ou modifier les décisions du représentant de l'insolvabilité ou à révoquer ce dernier à la demande exprès du créancier ayant engagé la procédure ou d'office (voir deuxième partie, chap. IV.B.9). De nombreuses législations de l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité est personnellement responsable des dommages délibérément causés aux créanciers ou dus à des fautes commises dans l'exercice de ses fonctions (voir deuxième partie, chap. IV.B.7). Certaines législations prévoient également que dans de tels cas, le tribunal peut imposer une amende au représentant de l'insolvabilité.

e) Redressement

14. En cas de redressement, les créanciers peuvent disposer, outre des voies de recours mentionnées ci-dessus concernant le représentant de l'insolvabilité, de voies de recours spécifiquement liées à l'approbation du plan et à son exécution. Ces dernières sont examinées dans la deuxième partie, chapitre V, A.8, 10, 13 et 14.

VI. Administration de la procédure

D. Traitement des groupes de sociétés

[Les paragraphes ci-après pourront être insérés après les recommandations suivant le paragraphe 441 du document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14]

1. Introduction

15. Il est courant que des opérations commerciales soient menées par le biais de groupes de sociétés et que chaque société du groupe soit dotée d'une personnalité juridique distincte. Lorsque l'une des sociétés du groupe devient insolvable, son traitement comme une entité dotée d'une personnalité juridique distincte soulève un certain nombre de problèmes qui sont généralement complexes et souvent difficiles à résoudre. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale de la société était dirigée ou contrôlée par une société apparentée, le traitement des sociétés du groupe comme des entités dotées de personnalités juridiques distinctes peut déboucher sur des résultats inéquitables. Il peut, par exemple, empêcher d'accéder aux fonds d'une société pour éteindre les dettes ou obligations d'une société débitrice apparentée (sauf lorsque la société débitrice est actionnaire ou créancière de la société apparentée), malgré les liens étroits entre les sociétés et bien que la société apparentée ait peut-être participé à la gestion ou à l'administration de la société débitrice et ait amené celle-ci à contracter des dettes et des obligations. De plus, lorsque la société débitrice appartient à un groupe de sociétés, il peut être difficile de démêler les circonstances propres au cas d'espèce afin de déterminer avec quelle société du groupe tels ou tels créanciers ont traité ou d'établir les opérations financières entre les sociétés du groupe.

16. Deux questions se posent en particulier s'agissant des procédures d'insolvabilité concernant un groupe de sociétés:

a) celle de savoir si une autre société du groupe sera responsable de la dette externe de la société insolvable (c'est-à-dire l'ensemble des dettes de la société

insolvable à l'exception de celles contractées envers des sociétés apparentées du groupe, c'est-à-dire à l'exception des "dettes intragroupe"); et

b) celle du traitement qui doit être réservé aux dettes intragroupe (créances sur la société débitrice détenues par des sociétés apparentées du groupe).

17. Les législations de l'insolvabilité apportent diverses réponses à ces questions. Certaines d'entre elles adoptent une approche restrictive et limitent strictement les circonstances dans lesquelles des sociétés d'un groupe peuvent être traitées comme n'ayant pas une personnalité juridique distincte, en d'autres termes, les circonstances dans lesquelles une société apparentée peut être responsable des dettes contractées par un membre insolvable du groupe. D'autres sont moins strictes et confèrent aux tribunaux de larges pouvoirs d'appréciation des circonstances de l'affaire dans chaque cas d'espèce sur la base de directives spécifiques. Dans ce dernier cas, l'éventail des résultats possibles est plus large que dans les législations qui suivent une approche restrictive. Dans un cas comme dans l'autre, toutefois, il est fréquent que les législations de l'insolvabilité se fondent pour régler les questions liées à la dette intragroupe sur le rapport existant entre les sociétés apparentées tant au niveau de l'actionnariat qu'à celui du contrôle de la gestion. Le fait de traiter ces questions dans la législation de l'insolvabilité peut présenter l'avantage d'encourager les groupes de sociétés à suivre en permanence les activités des sociétés faisant partie du groupe et à réagir, à un stade précoce, en cas de difficultés financières d'un des membres du groupe. Traiter les sociétés comme si elles ne constituaient pas des entités dotées de personnalités juridiques distinctes peut toutefois faire qu'il est plus difficile pour les milieux d'affaires, les investisseurs et les créanciers de faire la part des choses et d'opérer des choix concernant les risques (ce qui peut être particulièrement important lorsque le groupe comprend une société pour laquelle existent des impératifs particuliers en matière de gestion des risques, comme un organisme financier), introduire un élément d'incertitude considérable qui se répercute sur le coût du crédit, en particulier lorsque la décision concernant la responsabilité à assumer pour les dettes du groupe est prise par un tribunal après la survenance de l'insolvabilité, et compliquer le traitement comptable des dettes au sein du groupe.

2. Responsabilité du groupe pour les dettes externes

18. Les régimes d'insolvabilité prennent en compte diverses circonstances ou divers facteurs pour déterminer si une société apparentée ou société du groupe devrait assumer la responsabilité des dettes externes d'un membre insolvable du groupe.

19. Dans de nombreux pays, la société apparentée doit assumer la responsabilité de la dette lorsqu'elle a donné une garantie concernant ses filiales. De même, de nombreux régimes prévoient une telle responsabilité s'agissant de l'indemnisation des pertes ou dommages résultant d'opérations intragroupe frauduleuses. D'autres solutions peuvent être imposées par d'autres domaines du droit. Dans certaines circonstances, par exemple, la loi peut considérer la société insolvable comme un mandataire de la société apparentée, ce qui permet aux tiers de faire valoir directement leurs droits contre la société apparentée en tant que mandant.

20. Lorsque la législation de l'insolvabilité laisse aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la responsabilité d'une ou plusieurs sociétés pour les

dettes d'autres sociétés du groupe, sous réserve de certaines directives, celles-ci peuvent prendre en compte les éléments suivants: la mesure dans laquelle la gestion, les affaires et les finances des sociétés se confondent; le comportement de la société apparentée envers les créanciers de la société insolvable; le fait que les créanciers pensaient ou non traiter avec une entité économique et non pas avec deux ou plusieurs sociétés d'un même groupe; et la mesure dans laquelle l'insolvabilité est imputable à la société apparentée. Sur la base de ces éléments, un tribunal peut décider dans quelle mesure un groupe de sociétés a agi comme une seule et même entreprise et, dans certains pays, peut ordonner le regroupement de l'actif et du passif des sociétés¹, en particulier lorsque cela contribuerait au redressement du groupe, ou ordonner qu'une société apparentée contribue financièrement à la masse de l'insolvabilité, à condition que cette contribution ne compromette pas sa propre solvabilité. Les versements seraient généralement adressés au représentant de l'insolvabilité administrant la masse au profit de l'ensemble de celle-ci.

21. Une autre considération importante dans les législations qui autorisent de telles mesures est l'effet de celles-ci sur les créanciers. Ces régimes doivent, lorsqu'ils cherchent à être équitables pour l'ensemble des créanciers, concilier les intérêts de deux (ou plus) séries de créanciers qui ont traité avec deux (ou plus) entités distinctes. Ces intérêts collectifs entreraient en conflit si l'ensemble des biens des sociétés est insuffisant pour satisfaire toutes les créances. Dans un tel cas, les créanciers d'une société du groupe qui dispose de biens importants verraient leurs chances d'être désintéressés entamées par les créances de créanciers d'une autre société du groupe moins bien dotée. On peut alors se demander si les avantages pour l'ensemble des créanciers l'emporteraient sur le préjudice causé à certains créanciers. Lorsque les deux sociétés sont insolvable, certaines législations tiennent compte des points de savoir si en refusant le regroupement, c'est-à-dire en optant pour des procédures d'insolvabilité distinctes, l'on aboutirait à des procédures plus coûteuses et plus longues et consommerait des fonds qui auraient autrement été à la disposition des créanciers, ou l'on permettrait aux actionnaires de certaines sociétés du groupe de recevoir des dividendes au détriment des créanciers d'autres sociétés du groupe².

22. Le principe commun à tous les régimes de ce type est que pour ordonner le regroupement, le tribunal doit être convaincu que les créanciers subiraient en son absence un préjudice supérieur à celui qu'il entraînerait pour les sociétés insolvable et les créanciers opposants. Par souci d'équité, certaines législations autorisent un regroupement partiel, les créances de certains créanciers étant exemptées et réglées au moyen de certains biens (exclus de l'ordonnance de regroupement) de l'une des sociétés insolvable. Les difficultés qu'entraîne cette solution de compromis font qu'elle est rarement retenue dans les pays où elle est possible.

23. Il convient de noter que dans les législations de l'insolvabilité qui prévoient le regroupement, les droits des créanciers garantis, à l'exception éventuellement des

¹ Si le tribunal décide qu'un groupe de sociétés a opéré comme une seule et même entité économique, cela pourra entraîner l'application d'autres dispositions de la législation de l'insolvabilité, par exemple celles relatives à l'obligation des administrateurs d'empêcher la poursuite de l'activité en cas d'insolvabilité. Certaines législations autorisent également, dans des circonstances limitées, les sociétés à regrouper d'elles-mêmes leurs actifs et leurs passifs.

² Certaines législations exigent que les créanciers ainsi que l'actif et le passif de chacune des sociétés du groupe concernées soient séparément identifiés avant toute répartition.

détenteurs de sûretés intragroupe (lorsque le créancier garanti est une société du groupe) ne sont pas affectés.

3. Dettes intragroupe

24. Les dettes intragroupe peuvent être traitées de différentes manières: comme on l'a vu plus haut (deuxième partie, chap. III.E), les opérations intragroupe peuvent faire l'objet d'actions en annulation. Dans certaines législations de l'insolvabilité qui prévoient le regroupement, l'ordonnance de regroupement met fin aux opérations intragroupe. D'autres approches consistent à distinguer les opérations intragroupe des opérations analogues entre parties non apparentées (par exemple une créance peut être considérée comme une contribution au capital et non comme un prêt intragroupe) ce qui a pour conséquence que l'obligation intragroupe a un rang de priorité inférieur à la même obligation entre parties non apparentées.
