



Assemblée générale

Distr. limitée
5 septembre 2008
Français
Original: anglais

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

Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

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

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VI. Voies de droit	1-41	3
A. Extension de la responsabilité	4-9	3
B. Ordonnances de contribution	10-13	6
C. Regroupement des patrimoines	14-41	7
1. Introduction	14-20	7
2. Circonstances justifiant un regroupement	21-22	9
3. Personnes autorisées à présenter une demande et moment où la présenter ..	23-26	9
4. Intérêts concurrents en cas de regroupement	27-33	11
5. Notification aux créanciers	34-36	12
6. Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines	37-38	13
7. Modification d'une ordonnance	39	13
8. Regroupement partiel des patrimoines	40	14
9. Tribunal compétent	41	14



VII.	Participants.....	42-47	17
A.	Nomination d'un représentant de l'insolvabilité.....	42-47	17
1.	Coordination des procédures.....	42-44	17
2.	Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique.....	45-46	18
3.	Débiteur non dessaisi.....	47	18
VIII.	Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.....	48-55	20
1.	Plan de redressement unique.....	49-53	20
2.	Inclusion d'un membre solvable d'un groupe dans un plan de redressement	54-55	22

VI. Voies de droit

1. En raison de la nature des groupes d'entreprises et de la façon dont ils opèrent, il se peut qu'existe une toile complexe d'opérations financières intragroupe et que les créanciers aient traité avec différents membres, voire avec le groupe, en tant qu'entité économique unique, et non avec plusieurs membres séparément. Toute tentative de démêler les actifs et les passifs et d'identifier les créanciers de chaque membre du groupe exigera probablement une enquête juridique complexe et coûteuse. Quoi qu'il en soit, le principe de l'entité distincte voulant que chaque membre ne soit tenu qu'envers ses propres créanciers, il faudra peut-être, lorsque des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre d'un ou de plusieurs membres, dissocier l'actif et le passif de chacun.

2. Lorsqu'on y parvient, le principe de l'entité distincte a pour effet de limiter le recouvrement des créances aux actifs du membre concerné. Lorsqu'on ne peut y parvenir ou lorsque des raisons précises conduisent à traiter le groupe comme une entreprise unique, certaines lois prévoient des voies de droit qui permettent de déroger à ce principe. À l'origine, ces voies de droit ont été mises au point pour remédier à l'impression d'inefficacité et d'iniquité que donnait, dans certains cas concernant des groupes, le principe traditionnel de l'entité distincte. Ces voies de droit, qui s'ajoutent à la possibilité d'annuler des opérations intragroupe ou de déclasser des prêts intragroupe, peuvent notamment être les suivantes: étendre aux membres solvables du groupe ainsi qu'aux dirigeants et aux actionnaires l'obligation de paiement des dettes externes; et ordonner une contribution ou encore la mise en commun ou le regroupement des patrimoines. Certaines d'entre elles exigent la constatation d'une faute, et d'autres l'établissement de certains faits en relation avec les opérations du groupe. Dans certains cas, notamment en cas de mauvaise gestion, d'autres voies de droit pourraient être plus adéquates, par exemple la révocation des administrateurs incriminés et la limitation de la participation de la direction à la procédure de redressement.

3. En raison de l'iniquité qui peut naître de l'obligation pour un membre du groupe de partager l'actif et le passif avec d'autres membres potentiellement moins solvables, les voies de droit qui dérogent au principe de l'entité distincte ne sont pas toujours disponibles, ne couvrent généralement pas toutes les situations et ne s'appliquent que dans des cas limités. Celles qui consistent à étendre l'obligation de paiement des dettes peuvent permettre de "percer" ou de "lever" le "voile de la personnalité juridique" et, partant, de tenir les actionnaires, généralement exonérés de toute responsabilité pour les activités de l'entreprise, responsables de certaines d'entre elles. Ce n'est pas le cas des autres voies de droit examinées ci-après, même si, dans certaines circonstances, l'effet peut sembler similaire.

A. Extension de la responsabilité

4. L'extension de la responsabilité pour les dettes externes et, dans certains cas, pour les actes des membres du groupe faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité aux membres solvables et aux dirigeants concernés est, dans certaines lois, une voie de droit ouverte à chaque créancier au cas par cas qui dépend de la relation que ce créancier entretient avec le débiteur.

5. De nombreuses lois reconnaissent des circonstances dans lesquelles la responsabilité limitée des sociétés admet des exceptions et où un membre du groupe et les dirigeants concernés pourraient être tenus responsables des dettes et actes d'un autre membre du groupe. Certaines lois adoptent une démarche prescriptive en limitant strictement ces circonstances; d'autres adoptent une démarche plus ouverte en laissant aux tribunaux une large marge d'appréciation pour évaluer chaque cas d'espèce à partir de principes directeurs précis. Dans les deux cas, cependant, l'extension de la responsabilité au-delà de l'entité insolvable se justifie par la relation entre le membre du groupe visé par une procédure d'insolvabilité et les membres ayant des liens privilégiés avec lui en matière de participation et de contrôle. Un autre facteur qui pourra entrer en ligne de compte est le comportement de la société ayant des liens privilégiés avec le membre soumis à une procédure d'insolvabilité vis-à-vis des créanciers de ce membre.

6. S'il existe différentes formulations des circonstances dans lesquelles la responsabilité pourrait être étendue, les exemples tombent généralement dans les catégories suivantes. On notera, cependant, que les lois ne reprennent pas toutes ces catégories et que, parfois, celles-ci se chevauchent:

a) Utilisation abusive, par un membre du groupe (peut-être la société mère), du contrôle qu'il exerce sur un autre membre, notamment l'exploitation constamment à perte d'une filiale dans l'intérêt de l'entité contrôlante;

b) Conduite frauduleuse de l'actionnaire dominant, notamment le siphonnement frauduleux des actifs d'une filiale ou l'accroissement frauduleux de son passif, ou conduite des affaires de la filiale dans l'intention de frauder des créanciers;

c) Exploitation d'une filiale comme mandataire, fiduciaire ou partenaire de la société mère;

d) Conduite des affaires du groupe ou d'une filiale d'une manière risquant de porter préjudice à certaines catégories de créanciers (par exemple, endettement envers les salariés d'un membre du groupe);

e) Fragmentation artificielle d'une entreprise unique en plusieurs entités dans le but d'échapper à d'éventuelles responsabilités; non-respect de l'obligation de traiter les membres d'un groupe en tant que personnes morales distinctes, notamment le non-respect de la responsabilité limitée des filiales ou la confusion d'actifs personnels et sociaux; ou utilisation de la structure de groupe comme simple leurre ou façade, par exemple l'utilisation de la forme sociale pour se soustraire à des obligations légales ou contractuelles;

f) Capitalisation insuffisante d'une entité, de sorte qu'elle ne dispose pas des capitaux nécessaires pour mener ses opérations. Cette sous-capitalisation peut exister lors de la création de l'entité ou résulter d'un épuisement du capital du fait de remboursements aux actionnaires ou du fait que ces derniers touchent des montants supérieurs aux bénéfices distribuables;

g) Fausse déclaration sur la nature réelle du groupe d'entreprises conduisant les créanciers à penser qu'ils traitent avec une entreprise unique plutôt qu'avec un membre d'un groupe;

h) Faute d'exécution, toute personne, y compris un autre membre du groupe, pouvant être tenue de réparer le préjudice ou le dommage subi par une entité du fait d'une fraude, du manquement à une obligation ou de toute autre faute, par exemple tout acte causant un préjudice grave ou un dommage pour l'environnement;

i) Faute de gestion, les administrateurs, y compris les administrateurs occultes d'une entité, ayant l'obligation de surveiller, par exemple, si l'entité peut normalement poursuivre son activité compte tenu de sa situation financière et étant tenus de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un délai spécifié une fois l'entité devenue insolvable. Le fait de permettre ou d'ordonner à un membre du groupe de contracter des dettes alors qu'il est ou risque de devenir insolvable tomberait dans cette catégorie; et

j) Non-respect de prescriptions réglementaires, comme l'obligation de tenir une comptabilité régulière d'une filiale.

7. Généralement, le simple fait qu'une société mère contrôle ou domine une filiale, ou toute autre forme d'intégration économique étroite au sein d'un groupe d'entreprises, n'est pas considéré comme une raison suffisante pour ignorer la personnalité juridique distincte de chaque membre et pour lever le masque de la personnalité morale.

8. Dans plusieurs des exemples où la responsabilité pourrait être étendue à la société mère ou à une autre entité qui contrôle une filiale insolvable, les membres du conseil d'administration de la société mère ou de l'entité contrôlante (qui peuvent être décrits comme des administrateurs occultes ou de fait) pourront aussi être tenus personnellement responsables. Alors que les administrateurs d'une entité sont généralement redevables de certaines obligations envers cette dernière, les administrateurs d'un membre d'un groupe devront peut-être concilier ces obligations avec les intérêts commerciaux et financiers généraux du groupe. Pour défendre ces intérêts généraux, par exemple, il faudra peut-être, dans certaines circonstances, sacrifier ceux de certains membres. Afin de déterminer si les administrateurs d'une entité contrôlante seront personnellement responsables des dettes ou actes d'une entité contrôlée faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité, on pourrait notamment se fonder sur les éléments suivants: participation active ou non à la gestion de l'entité contrôlée; existence ou non d'une négligence ou d'une fraude grave dans la gestion de l'entité insolvable; manquement ou non de la direction de la société mère à son obligation de vigilance et de diligence, ou abus ou non du pouvoir de gestion; ou existence ou non d'une relation directe entre la gestion de l'entité contrôlée et son insolvabilité. Dans certains pays, les administrateurs peuvent également être pénalement responsables. Pour étendre la responsabilité dans ces cas, l'une des principales difficultés consiste à prouver le comportement en question pour montrer que l'entité contrôlante était l'administrateur occulte ou l'administrateur de fait.

9. Il existe également des lois en vertu desquelles les entités mères assument la responsabilité des dettes de leurs filiales par contrat, en particulier lorsque les créanciers concernés sont des banques, ou par des mécanismes volontaires de garantie réciproque. Dans d'autres lois, qui prévoient différentes formes d'intégration des groupes d'entreprises, l'entité principale peut être solidairement

responsable envers les créanciers des entités intégrées, pour des dettes naissant tant avant qu'après l'intégration.

B. Ordonnances de contribution

10. Une ordonnance de contribution est une ordonnance par laquelle un tribunal peut enjoindre à un membre solvable d'un groupe de verser un montant déterminé pour couvrir tout ou partie des dettes d'autres membres du groupe qui sont soumis à des procédures d'insolvabilité. Bien que ce type de mesures ne soit pas très courant dans les lois sur l'insolvabilité, quelques pays les ont adoptées ou envisagent de le faire et celles-ci se limitent généralement aux procédures de liquidation.

11. Certaines des questions évoquées ci-dessous ne nécessitent pas forcément que des dispositions spécifiques soient incluses dans la loi sur l'insolvabilité étant donné que d'autres lois peuvent déjà prévoir des voies de droit, comme celles concernant la responsabilité et la faute de gestion.

12. Dans les lois qui autorisent effectivement les ordonnances de contribution, la difficulté, évoquée plus haut, de concilier les intérêts des deux ensembles de créanciers chirographaires qui ont traité avec les deux membres distincts fait que le pouvoir de rendre ce type d'ordonnance n'est pas fréquemment exercé. Les tribunaux estiment également qu'une ordonnance de contribution pleine et entière peut être inappropriée si elle a pour effet de compromettre la solvabilité du membre du groupe non encore en liquidation, bien qu'il soit possible d'ordonner une contribution partielle limitée à certains actifs, par exemple le solde restant après l'exécution des obligations de bonne foi.

13. Dans l'une des lois qui prévoient des ordonnances de contribution, le tribunal doit tenir compte de certaines circonstances déterminées lorsqu'il examine la possibilité de rendre ou non une telle ordonnance, à savoir notamment: la mesure dans laquelle un membre ayant des liens privilégiés avec le membre en liquidation a pris part à la gestion de ce dernier; la conduite dont le membre ayant des liens privilégiés a fait preuve vis-à-vis des créanciers du membre en liquidation, même si l'affirmation, par les créanciers, de l'existence d'une relation entre les membres du groupe ne suffit pas à motiver une telle ordonnance; la mesure dans laquelle les circonstances qui ont abouti à la liquidation sont imputables aux actions du membre ayant des liens privilégiés; la conduite d'un membre solvable du groupe après l'ouverture de la procédure de liquidation envers un autre membre du groupe, surtout si elle a des répercussions, directes ou indirectes, sur les créanciers du membre soumis à la procédure d'insolvabilité, par exemple en cas d'inexécution d'un contrat; et tout autre élément que le tribunal juge approprié¹. Une telle ordonnance pourrait également être prononcée, par exemple, lorsque la filiale doit assumer une lourde responsabilité pour des dommages corporels ou lorsque la société mère a permis à la filiale, alors que celle-ci était insolvable, de poursuivre son activité.

¹ New Zealand Companies Act 1993 (loi néo-zélandaise sur les sociétés), sect. 271 (1) (a) et 272 (1).

C. Regroupement des patrimoines

1. Introduction

14. Comme nous l'avons noté plus haut, lorsqu'une coordination procédurale est ordonnée, les actifs et les passifs respectifs des débiteurs restent distincts, les droits fondamentaux des réclamants demeurant inchangés. Le regroupement des patrimoines, en revanche, permet au tribunal, dans des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un même groupe, de ne pas tenir compte, dans des circonstances appropriées, de l'identité distincte de chaque membre, de regrouper leurs actifs et passifs respectifs et de les traiter comme s'il s'agissait de l'actif et du passif d'une entité unique. Ce regroupement a pour effet de créer une masse unique au profit général de l'ensemble des créanciers des membres ainsi regroupés. Peu de pays disposent de lois autorisant les décisions de regroupement et, lorsque cette voie de droit existe, elle n'est pas fréquemment utilisée. On s'inquiète principalement du fait que le regroupement remet en cause le principe de l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe, qui est souvent utilisé pour structurer un groupe d'entreprises à diverses fins commerciales, remplissant différents objectifs et ayant d'importantes conséquences, par exemple en termes de droit fiscal, de droit des sociétés et de règles de gouvernement d'entreprise. De nombreux avantages issus de la flexibilité de cette structure pourraient être perdus si les tribunaux consentaient, d'une manière systématique, au regroupement des patrimoines.

15. Malgré l'absence de dispositions législatives expresses ou de norme prescrite sur les circonstances dans lesquelles le regroupement des patrimoines peut être ordonné, les tribunaux de certains pays ont directement contribué au développement de ces ordonnances et à la définition des circonstances adéquates. Cette pratique montre que les tribunaux sont davantage conscients du recours fréquent à des structures organisationnelles imbriquées pour des motifs fiscaux et commerciaux. Les circonstances qui justifieraient une décision de regroupement sont néanmoins très limitées et ce moyen n'est généralement utilisé que lorsque, en raison de l'intégration poussée des membres d'un groupe, du fait d'une participation ou d'un contrôle, il serait difficile, voire impossible, de démêler l'actif et le passif des différents membres sans y consacrer beaucoup de temps et de ressources.

16. Le regroupement est généralement examiné dans le contexte d'une liquidation et la législation qui l'autorise le fait uniquement dans ce contexte. Il existe toutefois des propositions législatives qui autoriseraient le regroupement dans le contexte de différents types de redressement. Dans les pays dépourvus de législation spécifique, il serait possible d'ordonner un regroupement en cas aussi bien de liquidation que de redressement, lorsqu'une telle décision pourrait par exemple faciliter le redressement du groupe. S'il doit généralement être ordonné par le tribunal, le regroupement serait également possible sur la base d'un consensus des parties intéressées. Certains commentateurs estiment que le regroupement par consensus se produit fréquemment dans des affaires portant sur des groupes d'entreprises, et souvent dans des situations où les tribunaux donneraient généralement gain de cause aux créanciers qui s'y opposeraient si une demande formelle était présentée. Un regroupement serait aussi possible par le biais d'un plan de redressement. Certaines lois autorisent l'insertion, dans un plan, d'une proposition de regroupement du débiteur avec d'autres membres du groupe, solvables ou non, proposition qui pourrait être appliquée avec l'approbation des créanciers.

17. Le regroupement pourrait se justifier lorsqu'il accroît la valeur à répartir entre les créanciers, soit en raison de la relation structurelle entre les membres du groupe, de la conduite de leurs affaires et de leurs relations financières, soit en raison de la valeur des actifs communs à l'ensemble du groupe, tels que la propriété intellectuelle utilisée à la fois dans un processus où interviennent plusieurs membres du groupe et dans le produit de ce processus. Une autre raison pourrait être l'absence de réelle séparation entre les membres et le maintien de la structure de groupe uniquement à des fins malhonnêtes ou frauduleuses.

18. Les principales inquiétudes que suscitent ces décisions de regroupement – et qui s'ajoutent à celles liées au problème fondamental du non-respect du principe de l'entité distincte – tiennent notamment à l'injustice qui peut être faite à un groupe de créanciers lorsqu'il est contraint à un partage *pari passu* avec des créanciers d'un membre moins solvable du groupe, et au fait de savoir si les économies ou les avantages dont bénéficie la collectivité des créanciers l'emportent ou non sur les inconvénients que chacun d'eux doit accessoirement subir. Il se pourrait que certains créanciers aient compté sur les actifs distincts ou sur l'identité juridique distincte d'un membre précis du groupe lorsqu'ils traitaient avec lui, et ils ne devraient donc pas se voir refuser un paiement intégral en raison des relations de leur partenaire commercial avec un autre membre du même groupe dont ils n'avaient pas connaissance. Il se pourrait que d'autres créanciers aient compté sur les actifs du groupe dans son ensemble, et il serait injuste de limiter leur recouvrement aux actifs d'un seul membre du groupe.

19. Comme il implique la mise en commun des actifs de différents membres du groupe, le regroupement ne permettra pas nécessairement à chacun des créanciers de recouvrer davantage, mais pourrait avoir plutôt pour effet de niveler les sommes recouvrées par l'ensemble des créanciers, en augmentant le montant distribué à certains au détriment d'autres. De plus, la possibilité d'un regroupement risque de permettre à des créanciers plus solides et plus importants de tirer profit d'actifs qui ne devraient pas leur revenir; d'inciter des créanciers opposants à recourir contre une décision de regroupement, au risque de prolonger la procédure d'insolvabilité; et de compromettre la sécurité offerte par les sûretés réelles ainsi que leur réalisation (si des créances intragroupe disparaissaient en raison d'un regroupement, les créanciers titulaires de sûretés en garantie de ces créances perdraient leurs droits).

20. Le regroupement concernerait généralement les membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, mais il pourrait, dans certains cas et lorsque certaines lois sur l'insolvabilité l'autorisent, s'étendre à un membre apparemment solvable du groupe, lorsque ses affaires sont si étroitement liées à celles des autres membres du groupe qu'il serait avantageux de l'inclure dans le regroupement, lorsque des recherches plus poussées montrent qu'il était en réalité insolvable du fait de la confusion des actifs ou lorsque la personne morale est fictive. Cette situation peut être particulièrement préoccupante pour les créanciers du membre solvable, et une solution limitée pourrait être adoptée de sorte que l'ordonnance de regroupement ne s'applique qu'aux capitaux propres du membre solvable pour protéger les droits de ces créanciers.

2. Circonstances justifiant un regroupement

21. Un certain nombre d'éléments jugés utiles pour déterminer si un regroupement des patrimoines se justifie ou non ont été recensés, tant dans la législation qui autorise les décisions de regroupement que dans la pratique des tribunaux qui ont contribué à développer ces dernières. Chaque fois, il s'agit de mettre en balance ces différents éléments pour prendre une décision juste et équitable; aucun élément n'est nécessairement décisif à lui seul et les éléments n'ont pas besoin d'être tous réunis dans un cas précis. Ces éléments sont notamment les suivants: la présence d'états financiers consolidés pour le groupe; l'utilisation d'un seul compte bancaire pour tous les membres du groupe; le fait qu'il y ait une communauté d'intérêts entre les membres du groupe et que leur capital soit détenu par les mêmes personnes; le niveau de difficulté pour isoler l'actif et le passif de chaque membre; le partage des frais indirects, de gestion, de comptabilité et autres frais connexes entre différents membres du groupe; l'existence de prêts intragroupe et de garanties croisées pour ces prêts; la mesure dans laquelle des actifs ou des fonds ont été transférés d'un membre à l'autre pour des raisons pratiques, sans respecter les formalités appropriées; la suffisance de capital; la confusion d'actifs ou d'opérations commerciales; la nomination d'administrateurs ou de dirigeants communs et la tenue de conseils d'administration communs; un établissement commun; des opérations frauduleuses avec des créanciers; l'habitude d'inciter les créanciers à considérer le groupe d'entreprises comme une entité unique, ce qui crée la confusion chez les créanciers qui ne savent pas avec quel membre du groupe ils ont traité et brouille par ailleurs les contours juridiques des entreprises elles-mêmes; et le point de savoir si un regroupement faciliterait un redressement ou sert les intérêts des créanciers.

22. Ces nombreux facteurs conservent leur pertinence, mais certains tribunaux ont commencé à se concentrer sur un nombre limité d'entre eux et en particulier sur le fait de savoir si les affaires des membres du groupe sont tellement imbriquées que la séparation des patrimoines ne ferait qu'entraîner une perte considérable de temps et d'argent ou si les membres d'un groupe se livrent à des pratiques frauduleuses ou à des activités sans objet commercial légitime. Il ne s'agit pas ici de fraudes dans les opérations quotidiennes d'une société, mais plutôt de l'absence totale d'objet commercial légitime, qui peut avoir trait aux raisons pour lesquelles la société a été créée ou, une fois créée, aux activités qu'elle mène. On peut par exemple citer le cas du débiteur qui transfère pratiquement tous ses actifs à une entité nouvellement créée, ou à des entités séparées qu'il détient, afin de préserver et de conserver ces actifs pour son propre bénéfice et ainsi gêner, retarder et frauder ses créanciers. La simulation est un autre type de pratique frauduleuse, qui peut consister à créer un contrat qui n'exprime pas la véritable intention des parties et qui est dépourvu d'effet entre elles ou dont l'effet est différent de celui décrit dans le contrat, autrement dit un contrat fictif.

3. Personnes autorisées à présenter une demande et moment où la présenter

23. Une loi sur l'insolvabilité devrait traiter la question de savoir qui peut présenter une demande de regroupement des patrimoines et à quel moment. S'agissant de la première partie de la question, il semblerait approprié de suivre l'approche de la recommandation 14 du *Guide législatif* concernant les parties autorisées à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Au sein d'un

groupe, ces parties seraient un membre du groupe et un créancier de ce membre. Il conviendrait en outre d'autoriser le représentant de l'insolvabilité d'un membre à demander le regroupement car il arrive souvent que le ou les représentants nommés pour administrer les membres d'un groupe disposent des informations les plus complètes sur ces derniers et soient ainsi les plus à même d'apprécier l'opportunité ou l'intérêt d'un regroupement des patrimoines.

24. Bien que dans certains États le tribunal ait le pouvoir de décider de sa propre initiative d'ordonner le regroupement des patrimoines, la gravité des effets d'une telle décision impose de suivre un processus juste et équitable et de donner la possibilité aux parties intéressées d'être entendues et de s'opposer à une telle décision. Il est par conséquent souhaitable de ne pas donner un tel pouvoir aux tribunaux. Il convient de noter que le *Guide législatif* ne prévoit généralement pas que les tribunaux prennent des décisions de leur propre initiative sur des questions d'insolvabilité d'une telle gravité.

25. Étant donné que les facteurs justifiant le regroupement des patrimoines ne sont pas forcément toujours apparents ou certains au moment où la procédure d'insolvabilité est ouverte, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité apporte une réponse souple à la question du moment auquel former une demande de regroupement. Une telle demande pourrait être formée en même temps qu'une demande d'ouverture de la procédure, ou à tout moment par la suite, même si la possibilité de demander le regroupement pourrait être limitée en réalité par l'état d'avancement de l'administration de la procédure, en particulier, par exemple, s'agissant de l'exécution d'un plan de redressement. Lorsque le regroupement est ordonné après l'ouverture de la procédure, il se peut que certaines questions aient déjà été résolues, comme la déclaration et l'admission des créances, ou que certaines décisions aient été prises et appliquées à l'égard des différents membres du groupe. Il est souhaitable que la décision ordonne le regroupement des différentes procédures déjà engagées et préserve les droits existants. Il serait donc envisageable par exemple de traiter les créances déjà admises à l'encontre d'un membre comme créances admises sur la masse regroupée.

26. La même approche pourrait prévaloir pour étendre un regroupement existant à d'autres membres d'un groupe. Il peut devenir manifeste, pendant l'administration de la procédure, que d'autres membres du groupe devraient être inclus, à condition que les motifs sur lesquels s'appuie la décision initiale se vérifient aussi pour ces membres. Si la décision de regroupement est prise avec le consentement des créanciers, ou si les créanciers se voient donner la possibilité de s'opposer à une proposition de regroupement, l'ajout d'un autre membre à une étape ultérieure de la procédure peut modifier le groupe d'actifs par rapport à ce qui avait été convenu ou notifié aux créanciers à l'origine. Dans ce cas, il est souhaitable de donner à nouveau la possibilité aux créanciers d'accepter ou de refuser cet ajout. Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après une distribution partielle aux créanciers, l'adoption d'une règle garantissant l'égalité entre créanciers pourrait être souhaitable. On éviterait ainsi qu'un créancier ayant été partiellement désintéressé sur les actifs du seul membre du groupe ne reçoive paiement pour la même créance dans la procédure regroupée si le montant payé aux autres créanciers de la même classe est proportionnellement inférieur à la distribution partielle qu'il a déjà obtenue.

4. Intérêts concurrents en cas de regroupement

27. Non seulement les intérêts concurrents des créanciers des différents membres d'un groupe mais aussi ceux de différentes parties prenantes méritent d'être pris en considération dans le contexte d'un regroupement, en particulier les créanciers et les actionnaires; les actionnaires des différents membres du groupe, notamment ceux qui sont actionnaires de certains membres, mais pas d'autres; et les créanciers garantis et prioritaires des différents membres regroupés.

a) Propriétaires et actionnaires

28. De nombreuses lois sur l'insolvabilité adoptent la règle générale selon laquelle les droits des créanciers l'emportent sur ceux des propriétaires et des actionnaires, les droits de ces derniers ayant un rang inférieur à toutes les autres créances dans l'ordre de priorité régissant la répartition. Il en résulte souvent que les propriétaires et actionnaires ne reçoivent rien. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, les actionnaires de certains membres ayant de nombreux actifs et un passif peu important peuvent recevoir un paiement, alors que les créanciers d'autres membres qui ont moins d'actifs et un passif plus élevé ne recevront peut-être rien. Si le principe général qui consiste à classer les actionnaires après les créanciers chirographaires était appliqué, en cas de regroupement, au groupe dans son ensemble, tous les créanciers pourraient être payés avant les actionnaires d'un membre quelconque du groupe.

b) Créanciers garantis

29. Le *Guide législatif* examine la position des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité et estime que, en règle générale, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle valide devraient être reconnues et la valeur économique des actifs grevés préservée. Cette approche vaudra aussi pour le traitement des créanciers garantis dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Le *Guide* reconnaît également qu'une loi sur l'insolvabilité peut néanmoins avoir une incidence sur les droits de ces créanciers si des considérations commerciales et économiques l'exigent, sous réserve des mesures de protection appropriées (voir deuxième partie, chap. II, par. 59).

30. On pourrait se demander, à propos du regroupement notamment: si une sûreté réelle grevant tout ou partie des actifs d'un membre du groupe pourrait être étendue aux actifs d'un autre membre du groupe lorsqu'une décision de regroupement a été prise, ou si cette sûreté devrait être limitée à l'ensemble déterminé d'actifs sur lequel le créancier garanti s'était fondé à l'origine; si des créanciers garantis dont la sûreté n'est pas suffisante pourraient faire valoir des droits sur les actifs mis en commun en tant que créanciers chirographaires; et si des créanciers garantis internes (c'est-à-dire des créanciers qui sont dans le même temps membres du groupe) devraient être traités différemment des créanciers garantis externes. À cet égard, il pourrait être utile d'envisager des solutions différentes pour les sûretés grevant des actifs particuliers et celles grevant l'ensemble de la masse. Le fait de permettre l'extension de la sûreté d'un créancier garanti aux actifs faisant l'objet du regroupement, au moment de ce dernier, pourrait améliorer la position de ce créancier au détriment d'autres créanciers.

31. S'agissant des créanciers garantis externes, une solution pourrait consister à les exclure du regroupement, ce qui reviendrait à effectuer un regroupement partiel. Les créanciers garantis qui ont tenu compte de l'identité distincte des membres du groupe, comme dans le cas où ils se seraient fondés sur une garantie intragroupe, devraient peut-être faire l'objet d'une attention particulière. Lorsque des actifs grevés sont nécessaires au redressement, une solution différente pourrait être envisagée, qui consisterait par exemple à autoriser le tribunal à adapter la décision de regroupement de manière à prévoir des dispositions spécifiques pour ces actifs ou à exiger le consentement du créancier garanti concerné. Un créancier garanti pourrait renoncer à sa sûreté réelle à la suite du regroupement, la dette devenant payable par l'ensemble des entités regroupées.

32. Le sort des créanciers garantis internes pourrait aussi avoir à être examiné. En vertu de certaines lois, ces sûretés internes pourraient s'éteindre, les créanciers se retrouvant avec une créance non garantie, être modifiées ou déclassées.

c) Créanciers prioritaires

33. Des questions similaires se posent en relation avec le traitement des créanciers prioritaires. Sur le plan pratique, ils pourraient bénéficier ou pâtir de la mise en commun des actifs du groupe de la même manière que les autres créanciers chirographaires. Lorsque les priorités, par exemple celles octroyées aux prestations sociales ou aux créances fiscales, reposent sur le principe de l'entité unique, la question se pose de savoir comment elles devraient être traitées à l'échelle du groupe, surtout lorsqu'il y a interaction entre elles. Par exemple, les salariés d'un membre du groupe qui a de nombreux actifs et un passif peu important risquent d'être en concours avec ceux d'un membre qui se trouve dans la situation inverse, en cas de regroupement. Si les créanciers prioritaires sont en général susceptibles d'obtenir un meilleur résultat au détriment des créanciers chirographaires non prioritaires, les différents groupes de créanciers prioritaires devront peut-être revoir les attentes qu'ils pourraient entretenir du fait de leur rang de priorité à l'égard des actifs d'une entité unique.

5. Notification aux créanciers

34. Une demande de regroupement des patrimoines peut être soumise aux mêmes conditions de notification qu'une demande d'ouverture de procédure dans le *Guide législatif*. Lorsqu'elle est formée au même moment que la demande d'ouverture de procédure, seule la demande formée par des créanciers devrait être notifiée aux débiteurs concernés, conformément à la recommandation 19. La demande des membres d'un groupe formée en même temps que la demande d'ouverture ne devrait pas obligatoirement être notifiée aux créanciers, conformément aux recommandations 22 et 23 du *Guide législatif*, qui n'exigent pas la notification de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aux créanciers de l'entité concernée.

35. En raison de l'impact potentiel du regroupement sur les droits des créanciers, les créanciers concernés devraient avoir le droit d'être avisés de toute décision de regroupement prise au moment de l'ouverture et pouvoir faire appel, conformément à la recommandation 138. Il faut notamment se demander si une seule objection suffirait à empêcher le regroupement. Une solution possible serait, par exemple, d'attribuer aux créanciers qui se sont opposés au regroupement et qui seront

fortement désavantagés par celui-ci par rapport à d'autres créanciers, un paiement supérieur à celui que recevront les autres créanciers chirographaires, ce qui reviendrait à s'écarter du principe strict de répartition égale. On pourrait aussi exclure certains groupes de créanciers avec certains types de contrats, par exemple des arrangements de financement de projets à recours limité qui ont été conclus avec des membres clairement identifiés du groupe dans des conditions commerciales normales.

36. Lorsque des créanciers forment une demande de regroupement après l'ouverture de la procédure, il serait souhaitable que cette demande soit notifiée aux représentants de l'insolvabilité des entités à regrouper. La notification devrait se faire de manière efficace et rapide selon les modalités définies par la loi interne.

6. Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

37. La loi sur l'insolvabilité devrait déterminer les effets d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, qui seraient notamment les suivants: la constitution d'une masse unique regroupée de l'insolvabilité; l'extinction des créances intra-groupe; le traitement des créances à l'égard de chaque membre à regrouper comme créances sur la masse regroupée; la reconnaissance des priorités établies par rapport à chaque membre comme priorités par rapport à la masse regroupée; et la tenue d'une seule réunion de créanciers pour tous les membres ayant fait l'objet du regroupement. En ce qui concerne la valeur de liquidation aux fins de la recommandation 152 b) du *Guide législatif*, cette valeur serait, en cas de regroupement des patrimoines, la valeur de liquidation de l'entité regroupée, et non la valeur de liquidation des différents membres avant regroupement des patrimoines.

38. Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou lorsque des membres du groupe sont ajoutés à un regroupement à des moments différents, le choix de la date à partir de laquelle serait calculée la période suspecte devra probablement être envisagé de manière à apporter une certaine sécurité aux prêteurs et aux autres tiers. La question peut gagner en importance à mesure que le délai entre la demande d'ouverture, ou l'ouverture, de chaque procédure d'insolvabilité et la décision de regroupement des patrimoines s'allonge. Choisir la date de la décision de regroupement des patrimoines pour calculer la période suspecte à des fins d'annulation risquerait de poser des problèmes pour les opérations conclues entre la date de la demande d'ouverture, ou de l'ouverture, des procédures visant les différents membres du groupe et la date du regroupement. Une solution consisterait à calculer cette date en se fondant sur la recommandation 89 du *Guide législatif*. Une autre serait de fixer une date commune en se référant à la date à laquelle une demande d'ouverture a été formée ou une procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre des membres à regrouper, suivant ce qui intervient en premier. Dans l'un ou l'autre cas, la date devrait être spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité à des fins de transparence et de prévisibilité.

7. Modification d'une ordonnance

39. Bien que, en raison des effets considérables d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, la modification de cette décision ne soit pas toujours possible ou souhaitable, il se peut que l'ordonnance initiale doive être modifiée si les circonstances viennent à changer ou si de nouvelles informations deviennent disponibles. En pareil cas, il faudra que la décision de modification soit sans

conséquence sur toute mesure ou décision prise en application de l'ordonnance initiale.

8. Regroupement partiel des patrimoines

40. Certaines lois prévoient ce que l'on peut appeler un "regroupement partiel des patrimoines", c'est-à-dire une décision limitée de regroupement des patrimoines qui exclut certains actifs ou créances. Le regroupement peut être limité, par exemple, aux actifs et passifs qui sont imbriqués et exclure les actifs dont on connaît le propriétaire avec certitude. Une autre possibilité est d'exclure certains actifs du regroupement si autrement on risque de léser injustement les créanciers.

9. Tribunal compétent

41. Les questions examinées ci-dessus (voir A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1, par. 15, 16, 23 et 24) à propos des demandes conjointes et de la coordination procédurale vaudraient aussi pour le regroupement des patrimoines.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions relatives au regroupement des patrimoines est:

- a) De faire respecter, en tant que principe de base, l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises;
- b) De prévoir un cadre législatif pour le regroupement des patrimoines;
- c) De préciser les circonstances très limitées dans lesquelles le regroupement des patrimoines est possible; et
- d) De spécifier les critères objectifs et les procédures sur lesquels le regroupement des patrimoines devrait se fonder pour assurer la transparence et la prévisibilité.

Contenu des dispositions législatives

Identité juridique distincte au sein des groupes d'entreprises

16. La loi sur l'insolvabilité devrait respecter l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises. Les exceptions à ce principe général devraient être limitées aux motifs exposés dans la recommandation 17.

Regroupement des patrimoines

17. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que le tribunal est habilité à ordonner le regroupement des patrimoines dans des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans les circonstances ci-après:

- a) Lorsque le tribunal a la conviction que les actifs ou les passifs respectifs des membres du groupe d'entreprises sont si étroitement imbriqués

qu'il serait excessivement long ou coûteux de déterminer qui est propriétaire de tel ou tel actif et qui doit répondre de tel ou tel passif; ou

b) Lorsque deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises se livrent à des pratiques frauduleuses ou à des activités sans objet commercial légitime et que le tribunal a la conviction que le regroupement des patrimoines est essentiel pour corriger cette situation.

Demande de regroupement des patrimoines

18. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier:

a) Les personnes autorisées à demander le regroupement des patrimoines, à savoir notamment un membre d'un groupe d'entreprises, le représentant de l'insolvabilité d'un membre quelconque du groupe ou un créancier de ce membre;

b) Qu'une demande de regroupement des patrimoines peut être formée en même temps qu'une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, ou à tout moment par la suite.

Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

19. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines devrait avoir les effets suivants:

a) Les créances et les dettes entre membres d'un groupe visés par l'ordonnance s'éteignent;

b) Les créances à l'égard des membres d'un groupe visés par l'ordonnance sont traitées comme des créances sur la masse unique regroupée;

c) Les priorités établies dans chaque procédure d'insolvabilité devraient être reconnues dans le cadre du regroupement des patrimoines [nonobstant l'effet de ce regroupement]; et

d) Une seule réunion des créanciers peut être convoquée pour l'ensemble des membres d'un groupe ayant fait l'objet du regroupement.

Traitement des sûretés réelles en cas de regroupement des patrimoines

20. La loi sur l'insolvabilité devrait respecter les droits et priorités d'un créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif d'un membre du groupe visé par une ordonnance de regroupement des patrimoines, sauf:

a) Si le passif garanti est dû uniquement entre les membres du groupe et s'éteint du fait d'une ordonnance de regroupement des patrimoines; ou

b) Si le tribunal considère que la sûreté réelle a été obtenue par une fraude à laquelle le créancier a pris part; ou

c) Si l'opération par laquelle a été constituée la sûreté réelle est susceptible d'annulation au titre de la recommandation 88 du *Guide législatif*.

Regroupement partiel des patrimoines

21. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que le tribunal a la possibilité d'exclure certains actifs ou certaines créances lorsqu'il ordonne le regroupement des patrimoines.

Calcul de la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines

22. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle devrait être calculée la période suspecte pour l'annulation des opérations du type mentionné dans la recommandation 87 du *Guide législatif* lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné:

a) Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné en même temps que l'ouverture des procédures d'insolvabilité, la date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement devrait être déterminée conformément à la recommandation 89 du *Guide législatif*;

b) Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après l'ouverture des procédures d'insolvabilité, la date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement peut être:

i) une date différente pour chacun des membres visés par le regroupement, à savoir soit la date de demande d'ouverture soit la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre de chacun de ces membres, conformément à la recommandation 89 du *Guide législatif*; ou

ii) une date commune pour tous les membres visés par l'ordonnance de regroupement, à savoir la date de demande d'ouverture ou celle d'ouverture des procédures d'insolvabilité à l'encontre de ces membres, la plus rapprochée étant retenue.

Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

23. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut modifier une ordonnance de regroupement des patrimoines, y compris de regroupement partiel, à condition que l'ordonnance de modification n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions prises en application de l'ordonnance de regroupement.

Tribunal compétent

24. La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer que, afin que la recommandation 13 du *Guide législatif* s'applique aux groupes d'entreprises, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" englobent les demandes et les ordonnances de regroupement des patrimoines.

Notification

25. La loi sur l'insolvabilité devrait fixer les conditions de notification des demandes et des ordonnances de regroupement des patrimoines ainsi que des demandes et des ordonnances de modification du regroupement, notamment les

parties qui devraient recevoir notification; la partie chargée de la notification; et le contenu de la notification.

VII. Participants

A. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité

1. Coordination des procédures

42. Le *Guide législatif* examine un certain nombre de questions relatives à la nomination et au rôle du représentant de l'insolvabilité, les recommandations 115 à 125 s'appliquant d'une manière générale dans le contexte d'un groupe. Lorsque plusieurs procédures sont ouvertes à l'encontre des membres d'un groupe, une ordonnance de coordination procédurale peut être prise, ou ne pas l'être. Dans les deux cas, la coordination de ces procédures peut être facilitée si la loi sur l'insolvabilité inclut des dispositions spécifiques favorisant la coordination et indiquant la manière d'y parvenir, en se fondant sur l'article 27 de la Loi type. Cette approche pourrait être adoptée en matière de coordination entre les différents tribunaux chargés d'administrer les procédures pour différents membres d'un groupe ou entre différents représentants de l'insolvabilité nommés dans ces procédures. Lorsque des représentants de l'insolvabilité sont nommés, leurs obligations au titre du *Guide législatif* (en particulier les recommandations 111, 116, 117 et 120) pourraient être élargies pour comprendre notamment: le partage et la communication d'informations; l'approbation ou l'application des accords relatifs à la répartition des pouvoirs et des obligations entre les représentants de l'insolvabilité; la coopération pour l'utilisation et la disposition des actifs; la proposition et la négociation de plans de redressement coordonnés (à moins qu'il soit possible d'élaborer un plan unique pour le groupe, comme on le verra ci-après); la coordination de l'utilisation des pouvoirs d'annulation; l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture; et la coordination de la déclaration et l'admission des créances ainsi que la répartition des sommes entre créanciers. La loi sur l'insolvabilité pourrait aussi traiter de la résolution rapide des conflits entre les différents représentants de l'insolvabilité qui ont été nommés.

43. Lorsque plusieurs représentants de l'insolvabilité sont nommés pour les différentes procédures, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser l'un d'entre eux, par exemple celui de la société mère, à assumer un rôle prépondérant dans la coordination des procédures dont font l'objet les membres d'un groupe. Bien qu'un tel rôle puisse refléter la réalité économique du groupe, l'égalité de tous les représentants de l'insolvabilité devrait être préservée au regard de la loi. La coordination sous la conduite d'un des représentants peut aussi se faire de manière volontaire, dans les limites de la loi applicable.

44. Dans certains pays, il arrive que ce soient les tribunaux, et non les représentants de l'insolvabilité, qui possèdent l'autorité principale pour coordonner les procédures d'insolvabilité. Lorsque la loi sur l'insolvabilité en dispose ainsi, et que différents tribunaux administrent des procédures visant différents membres d'un groupe, il est souhaitable que les dispositions concernant la coordination des procédures s'appliquent aussi aux tribunaux et que ces derniers disposent de pouvoirs inspirés de l'article 27 de la Loi type.

2. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique

45. La coordination de multiples procédures pourrait être facilitée par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique. En pratique, il pourrait être possible d'en nommer un pour administrer des procédures multiples, ou il pourrait être nécessaire de nommer le même pour chacune des procédures à coordonner, tout dépendant des règles de procédure. Une telle nomination permettrait de coordonner l'administration des différents membres, réduirait les frais et faciliterait la collecte d'informations sur le groupe dans son ensemble. De nombreuses lois sur l'insolvabilité n'abordent pas cette question. Dans certains pays, toutefois, la nomination d'un seul représentant de l'insolvabilité dans le contexte des groupes est devenue courante. On y a également recouru, dans une mesure limitée, dans certains cas d'insolvabilité internationale.

46. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique est nommé pour administrer un groupe comprenant de multiples débiteurs entretenant des relations financières et commerciales complexes et différents groupes de créanciers, des conflits peuvent apparaître, notamment en relation avec des garanties croisées, des dettes intragroupe, des financements postérieurs à l'ouverture ou des actes illicites commis par un membre envers un autre. Pour parer à d'éventuels conflits, le représentant de l'insolvabilité pourrait être tenu de s'engager à solliciter l'avis du tribunal ou être soumis à une règle de pratique ou à une obligation légale l'y contraignant. De plus, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir la nomination d'un ou de plusieurs autres représentants de l'insolvabilité pour administrer les entités en conflit. Cette nomination pourrait être liée au domaine spécifique du conflit et être circonscrite à la résolution de ce conflit, ou valoir pour la durée de la procédure. L'obligation d'information contenue dans les recommandations 116 et 117 du *Guide législatif* peut s'appliquer aux situations de conflit qui se posent dans le contexte d'un groupe.

3. Débiteur non dessaisi

47. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet au débiteur de garder les rênes de son entreprise et qu'aucun représentant de l'insolvabilité n'est nommé, il faudra peut-être prêter une attention particulière à la question de savoir comment les multiples procédures devraient être coordonnées et dans quelle mesure les obligations applicables au représentant de l'insolvabilité, y compris les obligations supplémentaires mentionnées ci-dessus, s'appliqueront à ce débiteur (voir *Guide législatif*, deuxième partie, chap. III, par. 16 à 18). Si le débiteur non dessaisi remplit les fonctions de représentant de l'insolvabilité, il conviendrait peut-être également d'étudier la manière dont les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité permettant la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou permettant à l'un des multiples représentants de diriger la coordination des procédures pourraient s'appliquer à ce débiteur.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions relatives aux représentants de l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises est:

a) De faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises; et

b) D'encourager la coopération lorsque deux représentants de l'insolvabilité ou plus sont nommés, afin d'éviter les chevauchements; de faciliter la collecte des informations sur les affaires financières et commerciales de l'ensemble du groupe d'entreprises; et de réduire les coûts.

Contenu des dispositions législatives

Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique

26. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier [qu'un représentant de l'insolvabilité unique] [que le même représentant de l'insolvabilité] peut être nommé lorsque le tribunal décide que cette mesure sert au mieux les intérêts de l'administration des masses de l'insolvabilité de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

Conflit d'intérêts

27. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui risquent de se poser lorsqu'un seul représentant de l'insolvabilité a été nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité engagées à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Ces mesures peuvent inclure la nomination d'un ou de plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires.

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus dans le contexte d'un groupe

28. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, lorsque des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, les représentants de l'insolvabilité nommés devraient coopérer dans toute la mesure possible².

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus en cas de coordination procédurale

29. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque plusieurs représentants de l'insolvabilité ont été nommés pour des procédures d'insolvabilité faisant l'objet d'une coordination procédurale, ceux-ci devraient coopérer dans toute la mesure possible.

Formes de coopération

30. Dans la mesure permise par la loi, la coopération dont les représentants de l'insolvabilité devraient faire preuve dans toute la mesure possible peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

² Outre les dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à la coopération et à la coordination, le tribunal peut en général indiquer les mesures à prendre à cette fin pendant l'administration de la procédure.

- a) Le partage et la communication d'informations;
- b) L'approbation ou l'application d'accords relatifs à la répartition des pouvoirs et des obligations entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination ou d'un rôle prépondérant à un seul représentant de l'insolvabilité;
- c) La coordination de la proposition et de la négociation de plans de redressement; et
- d) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, notamment des opérations courantes lorsque l'activité doit se poursuivre; du financement postérieur à l'ouverture de la procédure; de la protection des actifs; de l'utilisation et de la disposition d'actifs; de l'utilisation des pouvoirs d'annulation; de la déclaration et de l'admission des créances; et de la répartition du produit de la disposition entre les créanciers.

VIII. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises

48. Les recommandations 139 à 159 du *Guide législatif* traitent des questions spécifiques à l'élaboration, à la proposition, au contenu, à l'approbation et à l'exécution d'un plan de redressement. D'une manière générale, ces recommandations seront applicables dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Il est toutefois souhaitable de se demander si, dans le cas particulier des groupes, des recommandations supplémentaires ou des explications plus détaillées sur l'application des recommandations existantes sont nécessaires.

1. Plan de redressement unique

49. Lorsque des procédures de redressement sont ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, que celles-ci doivent ou non être soumises à une coordination procédurale, une question que le *Guide législatif* ne traite pas est celle de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs en recourant à un plan unique. Un tel plan permettrait de réaliser des économies sur l'ensemble des procédures ouvertes contre le groupe, de régler les difficultés financières du groupe de manière coordonnée, et de maximiser la valeur pour les créanciers. Bien que plusieurs lois sur l'insolvabilité autorisent la négociation d'un plan de redressement unique, dans certaines lois cette approche est uniquement possible lorsque les procédures font l'objet d'une coordination procédurale ou donnent lieu à un regroupement des patrimoines, alors que dans d'autres elle ne serait généralement possible que lorsque les procédures pourraient être coordonnées de façon volontaire.

50. Si une loi sur l'insolvabilité autorisait l'élaboration et l'approbation d'un plan de redressement unique à l'égard de plusieurs membres d'un groupe, il faudrait se pencher sur l'application à un groupe d'un certain nombre de dispositions du *Guide législatif* relatives au redressement d'un débiteur unique, en particulier celles concernant la coordination de l'élaboration du plan, notamment les parties compétentes pour le proposer ou pour participer à sa proposition; la nature et la

teneur d'un plan et la documentation devant l'accompagner; la convocation et la conduite des réunions de créanciers concernant le plan; le classement des créances et les catégories de créanciers; le vote des créanciers et l'approbation d'un plan, notamment lorsque les membres d'un groupe sont créanciers les uns des autres et ont à ce titre des "liens privilégiés" entre eux; les mesures de protection applicables; les objections à l'approbation du plan (ou à son homologation, si celle-ci est exigée); et l'exécution d'un plan.

51. Dans la pratique, l'idée d'un plan de redressement unique nécessiterait l'élaboration et l'approbation du même plan, ou d'un plan similaire, dans chacune des procédures concernant les membres couverts par le plan. Le plan serait approuvé pour chaque membre, les créanciers de chaque membre votant conformément aux règles applicables à un plan pour un débiteur unique; il ne serait pas souhaitable d'envisager une approbation à l'échelle du groupe et de permettre à la majorité des créanciers de la majorité des membres d'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 et devra en conséquence traiter des avantages pouvant être tirés d'une telle approbation et des informations nécessaires pour obtenir cette 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.

52. Un plan de redressement unique devrait prendre en compte les intérêts des différents groupes de créanciers et il pourrait être souhaitable dans certaines circonstances de prévoir des taux de remboursement différents pour les créanciers des différents membres du groupe. S'agissant de l'approbation du plan, il serait également souhaitable de trouver un juste équilibre entre les droits des différents groupes de créanciers, y compris des majorités adéquates, aussi bien parmi les créanciers d'un seul membre que parmi les créanciers de différents membres du groupe. Pour calculer les majorités applicables dans le contexte d'un groupe, il faudra peut-être examiner la manière de comptabiliser, aux fins du vote, les créanciers qui sont chacun titulaires d'une même créance à l'encontre de différents membres du groupe, lorsque ces créances ont des rangs de priorité différents. Il faudra peut-être examiner également la question de savoir si le rejet du plan par les créanciers d'un des membres pourrait empêcher l'approbation du plan à l'échelle du groupe et quelles en seraient les conséquences. Une solution consisterait à s'appuyer sur les dispositions applicables à l'approbation d'un plan de redressement pour un débiteur unique. Une autre consisterait à élaborer des règles de majorité différentes spécialement destinées à faciliter l'approbation dans le contexte d'un groupe. Des mesures de protection similaires à celles prévues dans la recommandation 152 du *Guide législatif* pourraient également être prévues, avec une exigence supplémentaire, à savoir que le plan soit équitable entre les créanciers des différents membres du groupe.

53. Dans le cadre d'un groupe, on entendrait par "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" notamment une personne qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur ou une société mère, une filiale ou une société apparentée du débiteur. Le *Guide législatif* traite du vote de ces personnes pour

l'approbation du plan (voir deuxième partie, chap. IV, par. 46) et note que, même si certaines lois sur l'insolvabilité restreignent leur capacité de voter de différentes manières, la plupart d'entre elles ne traitent pas spécifiquement de la question. Le *Guide législatif* ne recommande pas de restreindre le droit de vote de ces personnes, mais, lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit de telles restrictions, celles-ci pourraient poser des problèmes si tous les créanciers d'un membre du groupe ont des liens privilégiés avec lui ou si très peu d'entre eux n'entretiennent pas de tels liens avec lui.

2. Inclusion d'un membre solvable d'un groupe dans un plan de redressement

54. Même si, d'une manière générale, une entité solvable ne pourrait pas être incluse dans un plan de redressement par décision du tribunal, au motif qu'elle ne serait ni soumise à la loi sur l'insolvabilité ni partie à la procédure d'insolvabilité, il se peut, dans certaines circonstances, qu'une telle inclusion soit opportune et, en réalité, elle n'est pas si rare en pratique. Une entité solvable pourrait être incluse dans un plan de redressement à titre volontaire afin d'aider au redressement d'autres membres du même groupe. La décision d'un membre solvable de participer à un plan de redressement serait une décision commerciale ordinaire de ce membre, et le consentement des créanciers ne serait pas nécessaire à moins d'être exigé par le droit des sociétés applicable. S'agissant de la note d'information jointe à un plan qui englobe un membre solvable d'un groupe, il conviendrait d'être prudent quant aux informations divulguées sur ce membre.

55. Une loi sur l'insolvabilité pourrait aussi inclure des dispositions relatives aux conséquences du défaut d'approbation d'un tel plan, comme le fait la recommandation 158 du *Guide législatif*. Une loi, par exemple, prévoit que le défaut d'approbation d'un plan entraîne la liquidation de tous les membres insolubles du groupe. Lorsque des membres solvables sont inclus dans le plan par consentement, il faudra peut-être prévoir des dispositions spéciales pour éviter que des avantages indus ne soient tirés de la liquidation.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le plan de redressement dans le cadre d'un groupe d'entreprises est:

a) De faciliter le sauvetage coordonné des activités des membres d'un groupe soumis à la loi sur l'insolvabilité et ainsi de préserver les emplois et, dans les cas appropriés, de protéger les investissements;

b) De faciliter la négociation et l'approbation d'un plan de redressement unique dans les procédures d'insolvabilité concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

Contenu des dispositions législatives

Plan de redressement

31. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre l'approbation d'un plan de redressement unique dans les procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

32. La loi sur l'insolvabilité peut disposer qu'un membre d'un groupe non visé par une procédure d'insolvabilité peut participer à un plan de redressement proposé pour deux membres ou plus visés par des procédures d'insolvabilité. La présente disposition est sans incidence sur les droits des actionnaires ou des créanciers dudit membre.

[Le document A/CN.9/WG.V/WP.82 présente les groupes d'entreprises; le document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1 porte sur la demande d'ouverture et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (demandes conjointes et coordination procédurale); le document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2 porte sur le traitement des actifs lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (protection et préservation de la masse de l'insolvabilité, utilisation et disposition des actifs, financement postérieur à l'ouverture), l'annulation, et le déclassement; le document A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 porte sur les questions internationales.]
