

**Assemblée générale**

Distr. limitée
31 août 2009
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-septième session
Vienne, 9-13 novembre 2009**

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité**Troisième partie: Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité****Note du Secrétariat**

1. La présente note contient les projets de commentaire et de recommandations relatifs à la troisième partie du *Guide législatif* de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité. Le commentaire est une version révisée du texte précédemment publié sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.82 et additifs 1 à 3. Les recommandations se fondent sur celles énoncées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1, révisées sur la base du rapport que le Groupe de travail V a présenté sur les travaux de sa trente-sixième session, tenue en mai 2009 (A/CN.9/671).

2. Le présent document examine le traitement des groupes d'entreprises dans le contexte national, alors que le document A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1 traite du contexte international. Le document A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.2 est communiqué au Groupe de travail pour information et examen. Il contient un certain nombre de notes qui ont pour but d'expliquer les modifications apportées aux projets de recommandations, de faciliter la discussion et de soulever des questions que le Groupe de travail pourra examiner. Le contenu de ce dernier document n'est pas destiné à faire partie du texte de la troisième partie du *Guide législatif*.



Introduction

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

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

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-2	3
Glossaire	3	3
I. Groupes d'entreprises: caractéristiques générales	4-42	4
A. Introduction	4-8	4
B. Nature des groupes d'entreprises	9-18	5
C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises	19-28	9
D. Définition du "groupe d'entreprises" – participation et contrôle	29-33	12
E. Réglementation des groupes d'entreprises	34-42	14
II. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internes	43-185	16
A. Introduction	43-46	16
B. Demande d'ouverture et ouverture	47-78	17
C. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	79-129	28
D. Voies de droit	130-172	44
E. Participants	173-178	60
F. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises	179-185	64

Introduction

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

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

1. La troisième partie du *Guide législatif* est consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. Si une question particulière nécessite une démarche différente de celle suivie dans la deuxième partie ou si le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité soulève des questions qui n'y sont pas traitées, il en est rendu compte dans la troisième partie. Les questions déjà traitées plus haut qui n'appellent pas un traitement différent dans le contexte des groupes d'entreprises ne sont pas abordées une nouvelle fois dans la troisième partie. Autrement dit, sauf indication contraire dans la présente partie, la deuxième partie s'applique quant au fond aux groupes d'entreprises.

2. Le chapitre I examine les caractéristiques générales des groupes d'entreprises. Le chapitre II traite de l'insolvabilité de membres d'un groupe dans un contexte national et propose un certain nombre de recommandations pour compléter celles de la deuxième partie, dans la mesure où des questions supplémentaires se posent dans le contexte d'un groupe. Le chapitre III traite de l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises, se fondant sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui s'applique aux procédures d'insolvabilité internationale relatives aux membres d'un groupe pris individuellement, mais pas aux questions liées à l'insolvabilité de différents membres d'un groupe situés dans différents États.

Glossaire

3. Les termes additionnels suivants, qui se rapportent expressément aux groupes d'entreprises, devraient être lus en relation avec les termes et explications figurant dans le glossaire principal (voir plus haut).

a) "Groupe d'entreprises": deux entreprises ou plus liées entre elles par un contrôle ou une participation importante;

b) "Entreprise": toute entité, indépendamment de sa forme juridique, qui exerce des activités économiques et à laquelle la loi sur l'insolvabilité peut s'appliquer¹;

c) "Contrôle": capacité de déterminer, directement ou indirectement, les politiques opérationnelles et financières d'une entreprise;

¹ Conformément à l'approche adoptée pour les débiteurs autonomes, l'accent est mis, dans la présente partie, sur la conduite d'activités économiques par des entités qui entreraient dans la description d'une "entreprise". Ne sont pas visés les consommateurs ou d'autres entités ayant un caractère spécialisé (comme les banques et les compagnies d'assurance) qui ne seraient pas soumises à une loi sur l'insolvabilité conformément aux recommandations 8 et 9 (voir plus haut, note 6 relative à la recommandation 9). Le *Guide législatif* n'examine pas expressément les considérations associées à l'insolvabilité de ces débiteurs (voir plus haut, partie II, chap. I, par. 1 à 11).

d) “Coordination procédurale”: coordination de l’administration de deux procédures d’insolvabilité ou plus visant des membres d’un groupe d’entreprises. Ces membres, ainsi que leurs actif et passif respectifs, restent séparés et distincts²;

e) “Regroupement des patrimoines”: traitement des actifs et passifs respectifs de deux membres ou plus d’un groupe d’entreprises comme s’ils faisaient partie d’une masse de l’insolvabilité unique³.

I. Groupes d’entreprises: caractéristiques générales

A. Introduction

4. La plupart des pays reconnaissent la notion juridique de “société”, entité dotée d’une personnalité juridique distincte de celle des individus qui la composent – propriétaires, administrateurs ou employés. En tant que personne morale ou juridique, une société est titulaire de droits et assume des obligations et des responsabilités; elle peut, par exemple, poursuivre et être poursuivie, détenir ou céder des biens, signer des contrats et payer des impôts. C’est aussi une institution pérenne, en ceci qu’elle peut continuer d’exister sans interruption indépendamment de ses membres, et que ses actionnaires peuvent céder leurs actions sans que cela ait d’incidence sur son existence. La responsabilité d’une société peut aussi être limitée, les investisseurs n’étant responsables qu’à concurrence du montant qu’ils y ont volontairement engagé, ce qui est un facteur de sécurité propre à encourager l’investissement. Sans cette limitation, ils exposeraient l’ensemble de leurs actifs à chaque participation dans une société. Une société acquiert la personnalité juridique par un processus juridique et est, une fois constituée, soumise au régime réglementaire applicable aux entités ainsi constituées. En général, cette législation détermine non seulement les conditions, mais aussi les conséquences de la constitution, telles que les pouvoirs et les capacités de la société, les droits et les obligations de ses membres et la mesure dans laquelle ces derniers peuvent être tenus responsables de ses dettes. On peut donc considérer que la société commerciale est une formule qui favorise la sécurité dans la gestion des affaires, car les personnes qui ont des rapports avec une société savent qu’elles peuvent se fier à sa personnalité juridique et aux droits, devoirs et obligations qui y sont attachés.

5. Les activités des sociétés sont de plus en plus souvent menées, au niveau national comme international, par l’intermédiaire de “groupes d’entreprises”. Ce terme recouvre différentes formes d’organisation économique fondée sur l’entité juridique unique que l’on peut, à des fins opérationnelles, définir approximativement comme un ensemble de deux sociétés ou plus liées par une certaine forme de contrôle (direct ou indirect) ou de propriété (voir ci-après). La taille et la complexité des groupes d’entreprises ne sont pas toujours facilement visibles, car nombre d’entre eux se présentent au public comme une organisation unitaire opérant sous une seule identité.

² Le concept de coordination procédurale est expliqué en détail dans le commentaire, voir par. 63 à 66 ci-après.

³ Pour les effets du regroupement des patrimoines et le traitement des sûretés réelles, voir, ci-après, les recommandations 224 à 226 et les par. 159 à 162 du commentaire.

6. Les groupes d'entreprises existent depuis un certain temps. Selon des commentateurs, ils ont fait leur apparition dans certains pays à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle sous l'effet d'un processus d'expansion interne par lequel des sociétés ont pris le contrôle de leurs propres capacités financières, techniques ou commerciales. Ces sociétés, qui constituaient des entités distinctes, se sont ensuite développées sur le plan externe pour prendre le contrôle juridique ou économique d'autres sociétés. Dans un premier temps, ces dernières pouvaient se situer sur le même marché, mais l'expansion a gagné par la suite des sociétés de secteurs connexes, puis des secteurs différents, voire sans rapport avec le produit ou la situation géographique, ni même avec les deux. Un des facteurs qui a favorisé cette expansion, tout du moins dans certains pays, a été la légalisation de la détention d'actions d'une société par une autre, ce qui, au départ, était interdit dans les systèmes aussi bien de *common law* que de droit romano-germanique.

7. Tout au long de cette expansion, les sociétés ont conservé, et conservent encore, leur personnalité juridique distincte, même si la société indépendante n'est probablement plus, aujourd'hui, la forme typique d'organisation que pour les petites entreprises privées. Les groupes d'entreprises sont omniprésents à la fois sur les marchés émergents et sur les marchés développés et opèrent de façon similaire dans de nombreux secteurs souvent sans liens entre eux. Ils appartiennent souvent à des familles, avec des degrés de participation variables d'investisseurs extérieurs. Parmi les plus grandes entités économiques du monde figurent non seulement des États, mais aussi un nombre égal d'entreprises multinationales. Les principaux groupes multinationaux peuvent générer une fraction considérable du produit national brut au niveau mondial et avoir des taux de croissance et des chiffres d'affaires annuels supérieurs à ceux de nombreux États.

8. Cependant, bien que les groupes d'entreprises soient une réalité, une grande partie de la législation relative aux sociétés et, en particulier, à leur traitement en cas d'insolvabilité, s'applique aux sociétés en tant qu'entités distinctes. Malgré l'absence de législation, les juges de nombreux pays, confrontés à des questions plus faciles à traiter en se référant à la notion d'entreprise distincte qu'à celle de société distincte⁴, ont mis au point des solutions qui permettent d'obtenir des résultats mieux adaptés à la réalité économique des affaires modernes.

B. Nature des groupes d'entreprises

9. Les groupes d'entreprises peuvent être des structures simples ou très complexes, avec de nombreuses filiales en propriété exclusive ou partielle, filiales d'exploitation, sous-filiales, sous-holdings, sociétés de services, sociétés inactives, administrations réciproques, participations au capital, etc. Ils peuvent aussi

⁴ Examiné plus en détail ci-après, voir E, par. 34 à 42.

comprendre d'autres types d'entités telles que des entités ad hoc⁵, des coentreprises⁶, des fiducies à l'étranger⁷ et des partenariats.

10. Les groupes d'entreprises peuvent avoir une structure hiérarchique ou verticale dans le cadre de laquelle des strates successives de sociétés mères et de sociétés contrôlées, qui peuvent être des filiales ou d'autres types de sociétés apparentées ou associées, opèrent à différents points d'un processus de production ou de distribution. Ils peuvent aussi avoir une structure plus horizontale et être constitués de nombreuses sociétés sœurs, présentant souvent un degré élevé de participation croisée, qui opèrent au même niveau dans ce processus. Ils peuvent exercer leurs activités dans des secteurs apparentés ou dans des secteurs très divers sans rapport entre eux. On a dit que les groupes horizontaux étaient plus courants dans certaines parties du monde, comme en Europe, et les groupes verticaux dans d'autres, comme aux États-Unis d'Amérique et au Japon.

11. Les études sur les groupes d'entreprises montrent clairement que ces derniers peuvent reposer sur différents types d'alliances telles que relations bancaires, directions imbriquées, alliances de propriétaires, échanges d'informations,

⁵ Les entités ad hoc (également dénommées "véhicules ad hoc", "structures d'accueil" ou "entités jouissant d'une réelle autonomie patrimoniale") sont créées pour remplir des objectifs temporaires ou limités tels que l'acquisition et le financement d'actifs déterminés afin, essentiellement, d'isoler les risques financiers ou de renforcer l'efficacité fiscale. Une entité ad hoc est le plus souvent une filiale appartenant presque entièrement à la société mère – certains pays exigent toutefois qu'un autre investisseur en détienne au moins 3 %. De par la structure de son actif et de son passif et de par son statut juridique, ses obligations sont généralement garanties même si la société mère devient insolvable. Une société peut créer une entité ad hoc sans avoir à inscrire aucun des éléments d'actif ou de passif correspondants à son propre bilan: il s'agit donc d'engagements hors bilan. Les entités ad hoc peuvent également être utilisées à des fins concurrentielles pour faire en sorte que la propriété intellectuelle, par exemple lors du développement d'une nouvelle technologie, soit détenue par une entité distincte non assujettie à des accords de licence préexistants.

⁶ Une coentreprise est souvent un arrangement contractuel ou un partenariat conclu entre deux parties ou plus en vue de la réalisation d'un objectif commercial commun. Cet arrangement peut parfois donner naissance à une ou plusieurs entités juridiques dont les deux parties devront financer les fonds propres et se partager les produits, les dépenses et le contrôle. L'entreprise pourra n'être destinée qu'à un projet déterminé ou s'inscrire dans une relation d'affaires continue. Les coentreprises sont largement utilisées au niveau international, car certains pays imposent aux sociétés étrangères de s'allier à un partenaire national pour pouvoir pénétrer un marché. Cette exigence entraîne souvent un transfert de technologie et un transfert du contrôle de gestion au partenaire national. La constitution d'une coentreprise peut aider à répartir les coûts et les risques; à améliorer l'accès aux ressources financières; à réaliser des économies d'échelle et à tirer parti d'autres avantages liés à la taille de l'entreprise; et à faciliter l'accès à de nouvelles technologies et à de nouveaux clients ou à des pratiques de gestion novatrices. Elle peut également servir à réaliser des objectifs concurrentiels et stratégiques, comme influencer l'évolution structurelle d'un secteur d'activité; devancer la concurrence; créer des unités compétitives plus fortes; et faciliter le transfert de technologie et de savoir-faire, de même que la diversification.

⁷ Une fiducie à l'étranger (offshore trust) est une fiducie traditionnelle constituée en vertu des lois d'un pays étranger. Elle est de même nature et produit les mêmes effets que les fiducies nationales (onshore trusts) avec un transfert d'actifs à un fiduciaire chargé de les gérer au profit d'une personne ou d'un groupe de personnes. Les fiducies à l'étranger peuvent être créées à des fins fiscales ou pour la protection d'actifs. En pratique, leur efficacité peut être limitée si le droit de l'insolvabilité du pays d'origine de la personne qui transfère les actifs a pour effet d'annuler les transferts vers la fiducie et les opérations réalisées pour frauder les créanciers.

coentreprises et cartels. Elles montrent également que la structure de ces groupes varie selon le système de gouvernance d'entreprise. Dans certains États, ils ont une organisation verticale ou horizontale et s'étendent sur divers secteurs. Ils comprennent généralement une banque, une société mère ou société holding⁸ (appelée "société mère") ou une société commerciale, et un ensemble diversifié d'entreprises de fabrication. Dans d'autres pays, au contraire, ces groupes sont le plus souvent contrôlés par une seule famille ou un petit nombre de familles et ont toujours une structure verticale ou entretiennent des liens étroits avec l'État, mais pas avec des familles. Les degrés de diversification varient aussi considérablement, les opérations intragroupe étant importantes dans certains groupes et pas dans d'autres⁹.

12. Le degré d'autonomie financière et décisionnelle au sein des groupes peut varier considérablement. Dans certains groupes, les membres peuvent être des entités commerciales actives, responsables en premier lieu de leurs propres objectifs, activités et finances. Dans d'autres, les décisions budgétaires et stratégiques peuvent être centralisées, les membres du groupe opérant en tant que divisions d'une plus grande entreprise et exerçant peu de pouvoir indépendant au sein de l'unité économique homogène. Une société mère peut exercer un contrôle étroit en allouant le capital social et les capitaux empruntés aux membres du groupe par une opération centralisée de financement, en fixant leurs politiques opérationnelles et financières et leurs objectifs de performance, en nommant les administrateurs et autres dirigeants principaux, et en suivant de façon continue leurs activités. Le pouvoir peut être centralisé dans la société mère à la tête du groupe ou dans une société de rang inférieur, la société mère détenant les principales actions du groupe, mais ne jouant pas directement un rôle dans la production ou la gestion. Les plus grands groupes peuvent avoir leurs propres banques et exercer les principales fonctions d'un marché de capitaux. Le financement de groupe peut comporter des prêts intragroupe entre la société mère et les filiales et l'octroi de garanties réciproques¹⁰. Les prêts intragroupe peuvent revêtir la forme de fonds de

⁸ Une société holding ou société mère est une société qui détient directement ou indirectement suffisamment d'actions donnant droit de vote d'une autre société pour en contrôler la gestion et les opérations en exerçant une influence sur le conseil d'administration ou en élisant ce dernier. Il peut s'agir d'une société qui ne produit pas elle-même des biens ou des services, mais qui a pour objet de détenir les actions d'autres sociétés (ou de posséder purement et simplement d'autres sociétés).

⁹ D'après certaines recherches, les groupes chiliens, par exemple, sont plus diversifiés que les groupes sud-coréens, et les groupes philippins davantage intégrés verticalement que les groupes indiens et beaucoup plus actifs dans les services financiers que les groupes thaïlandais. Voir T. Khanna et Y. Yafeh, *Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites?* *Journal of Economic Literature*, vol. XLV (juin 2007), p. 331 à 372.

¹⁰ Dans de nombreux pays, l'une des principales méthodes de mobilisation de capitaux pour les groupes d'entreprises est le financement sur garanties réciproques, dans lequel chaque membre du groupe garantit les obligations des autres. La réalisation des garanties réciproques en cas de liquidation s'est révélée difficile dans certains pays et ces garanties ont parfois été annulées. Dans un pays, les garanties réciproques peuvent avoir pour effet de réduire le poids de la réglementation qui pèse sur les sociétés en allégeant les exigences en matière de comptabilité et d'audit qui sont imposées aux sociétés parties à l'arrangement. L'acte de garantie réciproque (deed of cross-guarantee) rend le groupe des entreprises qui y sont parties comparable, à de nombreux égards, à une entité juridique unique et opère comme une sorte de contribution ou de mise en commun volontaire dans l'éventualité où une ou plusieurs de ces sociétés viendraient à faire l'objet d'une liquidation pendant que la garantie réciproque est encore en vigueur. L'un des

roulement ou de dettes à court terme impayées, tels que des dividendes ou des crédits non versés dans le cadre des opérations intragroupe, et ils peuvent ou non donner lieu au paiement d'intérêts.

13. Dans certains pays, les liens familiaux jouent un rôle connecteur important dans les groupes d'entreprises et il peut arriver, par exemple, que les principaux membres d'une famille et leurs proches associés siègent au conseil d'administration de la société mère et que des membres de ce conseil siègent également dans les conseils des autres sociétés qui appartiennent au groupe, constituant ainsi un réseau de directions communes imbriquées, ce qui permet à la famille de conserver le contrôle du groupe. L'organigramme d'un grand groupe indien, par exemple, révèle un réseau complexe de directions partagées entre le conseil de la société mère et 45 autres membres du groupe¹¹.

14. Dans certains pays, les groupes d'entreprises ont bénéficié de liens étroits avec les gouvernements, et les politiques gouvernementales, notamment celles qui régissent l'accès au crédit et aux devises étrangères et la concurrence, ont fortement influencé leur évolution. De même, des politiques gouvernementales axées sur les opérations des groupes ont parfois éliminé certaines formes de traitement privilégié, comme l'accès aux capitaux.

15. La structure de nombreux groupes d'entreprises témoigne de l'ampleur et de la complexité potentielle des arrangements. Ils peuvent comporter plusieurs strates de différentes entreprises contrôlées, dans une plus ou moins grande mesure, par le ou les niveaux supérieurs. Dans certains cas, il s'agit de centaines, voire de milliers d'entreprises différentes¹².

16. Une étude fondée sur les comptes et les rapports de 1979 d'un certain nombre de grandes sociétés multinationales ayant leur siège au Royaume-Uni, par exemple, a dû être abandonnée pour deux des plus grands groupes, ayant respectivement 1 200 et 800 filiales, en raison de l'impossibilité de mener à bien la tâche. Les chercheurs ont noté que peu de personnes au sein du groupe pouvaient avoir une idée claire des liens juridiques précis qui existaient entre tous les membres de ce groupe et qu'aucun des groupes étudiés ne semblait disposer d'un organigramme complet¹³. De même, les organigrammes de plusieurs groupes immobiliers de Hong Kong, comme le Groupe Carrion, qui a fait faillite il y a plus de 20 ans, occupaient plusieurs pages et il aurait fallu au lecteur une puissante loupe pour identifier les

avantages de cet arrangement est que les créanciers existants et les créanciers potentiels peuvent se concentrer sur la position consolidée de ces entités plutôt que sur les états financiers de chaque filiale détenue à 100 % qui est partie à l'acte.

¹¹ Voir Khanna et Yafeh, note 9.

¹² Une enquête menée en 1997 en Australie a montré que sur les 500 principales sociétés cotées en bourse, 89 % contrôlaient d'autres sociétés. Plus leur capitalisation boursière était importante, plus elles étaient susceptibles de contrôler d'autres sociétés (les chiffres allaient d'une moyenne de 72 sociétés contrôlées pour celles dont la capitalisation boursière était la plus élevée à une moyenne de 9 pour les plus petites); 90 % des sociétés contrôlées étaient détenues à 100 %; et le nombre de niveaux hiérarchiques de filiales allait de 1 à 11, avec une moyenne générale de 3 à 4. Dans d'autres pays, ces chiffres sont beaucoup plus élevés. Cité dans Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report, 2000 (Australie), par. 1.2.

¹³ Hadden, Inside Corporate Groups, 1984 International Journal of Sociology of Law, 12, 271 à 286, p. 273.

filiales. L'organigramme du groupe Federal Mogul, fournisseur de pièces automobiles, grossi de manière à ce que l'on puisse lire le nom de toutes les filiales, couvre un mur entier d'un petit bureau. Celui de Collins and Aikman, autre groupe automobile, est imprimé sous forme de livre, et les sous-sous-groupes ont une structure aussi complexe que de nombreux groupes d'entreprises nationaux.

17. Le degré d'intégration d'un groupe d'entreprises peut être déterminé à partir de divers facteurs parmi lesquels figurent l'organisation économique du groupe (par exemple, structure administrative centralisée ou maintien de l'indépendance des divers membres; indépendance ou non des filiales pour leur financement ou leurs garanties de prêts; gestion centralisée ou non des questions de personnel; mesure dans laquelle les principales décisions concernant la politique, les opérations et le budget sont prises par la société mère; et degré d'intégration verticale ou horizontale des sociétés du groupe); ses modalités de gestion du marketing (par exemple, importance des ventes et des achats intragroupe, utilisation de marques, de logos et de programmes publicitaires communs et fourniture de garanties pour les produits); et son image (par exemple, mesure dans laquelle il se présente comme une entreprise unique et mesure dans laquelle les activités des sociétés qui le constituent sont présentées comme des opérations du groupe dans les rapports à usage externe, comme ceux qui sont destinés aux actionnaires, aux organismes de contrôle et aux investisseurs).

18. Le fait qu'un groupe soit constitué d'entités juridiques distinctes ne détermine pas nécessairement comment les activités du groupe sont gérées. Bien que chacun de ses membres soit une entité distincte, la gestion peut être organisée par divisions selon les lignes de produits, et les filiales, qui peuvent être chargées d'une ou de plusieurs lignes de produits, peuvent recouper différentes divisions. Dans certains cas, la direction peut traiter les filiales détenues à 100 % comme des succursales de la société mère.

C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises

19. Divers éléments déterminent la formation, le fonctionnement et l'évolution des groupes d'entreprises, qu'il s'agisse de facteurs juridiques et économiques ou de règles sociétales, culturelles, institutionnelles et autres. Le pouvoir étatique, les coutumes successorales, les structures de parenté (y compris les aspects intergénérationnels), l'appartenance ethnique et l'idéologie nationale, de même que le niveau de développement des cadres juridique (par exemple, l'efficacité de l'exécution des contrats) et institutionnel qui permettent à l'activité commerciale de s'exercer peuvent influencer les groupes d'entreprises dans différents environnements. Des études montrent que les groupes peuvent compenser le faible niveau de développement des institutions, avec les avantages qui en résultent pour ce qui est du coût des opérations.

20. La conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peut présenter divers avantages, comme la réduction des risques commerciaux ou la maximisation de la rentabilité financière, le groupe pouvant se diversifier dans plusieurs secteurs d'activités, dont chacun est géré par une société distincte. Une société peut en acquérir une autre pour s'agrandir et renforcer sa

position sur le marché tout en maintenant et en continuant à exploiter la société acquise comme une entité distincte afin d'utiliser sa dénomination sociale, son fonds commercial (goodwill) et son image publique. L'expansion peut avoir pour but d'acquérir des compétences nouvelles ou des capacités techniques ou managériales. Une fois formés, les groupes peuvent continuer à exister et à s'étendre car il est coûteux, sur le plan administratif, de rationaliser et de liquider les filiales redondantes.

21. En raison de sa structure même, un groupe peut attirer des capitaux vers une partie seulement de ses activités sans devoir renoncer au contrôle global, en créant une filiale distincte pour ces activités et en permettant à des investisseurs extérieurs d'en devenir actionnaires minoritaires. De par sa structure encore, un groupe peut réduire la possibilité de voir sa responsabilité juridique engagée en limitant les risques de responsabilité élevés, comme ceux liés à la protection de l'environnement ou des consommateurs, à certaines sociétés du groupe et en isolant ainsi le reste des actifs du groupe de ces risques éventuels. Il sera par ailleurs plus facile d'offrir de meilleures garanties pour contracter des emprunts ou financer des projets en transférant certains actifs vers une société distincte constituée à cet effet, ce qui assurera au prêteur une priorité absolue sur l'ensemble ou la plupart des biens de la nouvelle société. Une société distincte peut également être créée au sein du groupe pour mener à bien un projet particulier et obtenir des financements supplémentaires en grevant ses propres actifs, ou cette création peut être nécessaire pour obtenir une licence ou une concession publique. Une structure de groupe peut simplifier la cession partielle d'une activité car il sera plus facile et, parfois, fiscalement plus avantageux de transférer les parts d'une société du groupe à l'acquéreur plutôt que de vendre des actifs séparés. Un groupe peut également se former incidemment, lorsqu'une société en acquiert une autre, qui se trouve être la société mère d'un certain nombre d'autres sociétés.

22. Il peut être plus facile de satisfaire aux exigences prudentielles ou à d'autres exigences légales lorsque les sociétés qui y sont soumises sont des membres distincts d'un groupe. Pour les groupes multinationaux, le droit interne de certains pays dans lesquels le groupe souhaite opérer peut exiger que les activités locales soient conduites par l'intermédiaire de filiales distinctes (parfois sous réserve d'une participation nationale minimale au capital social) ou imposer d'autres exigences ou limitations, liées par exemple à la réglementation de l'emploi et du travail. Des arrangements sans apport de capitaux ont été utilisés pour une expansion à l'étranger en raison, par exemple, d'obstacles locaux à une prise de participation, du niveau de réglementation imposé aux opérations d'investissement étranger et des avantages comparatifs de ces types d'arrangement en termes de coûts. Un autre facteur à prendre en compte pour les groupes multinationaux pourrait être des impératifs géographiques tels que la nécessité d'acquérir des matières premières ou de commercialiser des produits par l'intermédiaire d'une filiale établie à un endroit particulier. Un facteur connexe de plus en plus souvent pris en compte, qui concerne peut-être davantage la question du lieu où les éléments du groupe devront s'implanter que celle de savoir s'il convient ou non d'organiser une activité par le biais d'une structure de groupe, est l'incidence du droit local sur des questions telles que le coût et la simplicité des formalités de constitution des sociétés, les obligations des entités dotées de la personnalité morale et le traitement du groupe en cas d'insolvabilité. Des divergences entre les droits de différents pays peuvent considérablement compliquer ces questions.

23. Parmi les autres principaux facteurs déterminants pour la formation de structures de groupe compliquées figurent les considérations fiscales et leur influence sur les mouvements d'argent au sein du groupe. L'incidence de l'impôt est souvent invoquée pour expliquer la création et la croissance subséquente des groupes d'entreprises, et de nombreux systèmes juridiques ont traditionnellement accordé de l'importance à l'unité économique d'entités apparentées. S'il se peut que l'imposition séparée de chaque entité soit le principe sous-jacent, celui-ci peut être nuancé pour atteindre des objectifs fondamentaux, par exemple protéger les intérêts fiscaux des États et alléger la charge fiscale qui résulterait sinon d'une imposition séparée de chaque membre du groupe¹⁴. Parmi les mesures qui prennent en compte les liens entre la société mère et ses filiales, on trouve les exonérations fiscales pour les dividendes intragroupe, les dégrèvements de groupe (group relief) et les mesures destinées à lutter contre la fraude fiscale. Des exonérations fiscales peuvent être accordées, par exemple, sur les dividendes payés par une société à ses actionnaires résidents ainsi que sur les dividendes intragroupe lorsque les sociétés sont liées par des participations importantes. Des crédits d'impôt peuvent être accordés pour les impôts étrangers payés sur les bénéfices courants de la filiale et pour les impôts étrangers directement prélevés sur un dividende. Un dégrèvement de groupe peut être octroyé lorsque des sociétés apparentées peuvent être traitées comme une unité fiscale unique et qu'elles présentent des comptes consolidés. Les pertes d'une filiale peuvent être déduites des bénéfices d'une autre, ou les bénéfices et les pertes des membres du groupe peuvent être mis en commun.

24. En raison de l'importance des considérations fiscales, les politiques de fixation des prix intergroupes ainsi que les taux et les régimes d'imposition nationaux déterminent souvent la répartition de l'actif et du passif au sein des groupes d'entreprises. Les différences de taux d'imposition des sociétés entre pays, ainsi que certaines exceptions (telles que des taux réduits pour les bénéfices tirés d'activités manufacturières ou de services financiers) applicables dans certains pays peuvent rendre ces pays plus attractifs que ceux dont les taux d'imposition sont plus élevés et les exceptions moins nombreuses, voire inexistantes. Néanmoins, les autorités fiscales peuvent être en droit de revoir les structures des prix de transfert destinées à localiser les bénéfices dans des pays à faible imposition.

25. Certains choix, notamment entre l'établissement d'une succursale ou d'une filiale, peuvent aussi être conditionnés par la réglementation fiscale lorsque, par exemple, le rapatriement des bénéfices d'une filiale étrangère peut être effectué sans paiement d'impôts par le biais de remboursements de prêts à une société mère ou si la société mère détient un pourcentage déterminé (compris entre 5 et 20 %) du capital social de la société étrangère; les intérêts sur les fonds empruntés pour financer l'acquisition d'une filiale peuvent être déduits des bénéfices et, comme il a déjà été noté, les bénéfices et les pertes des filiales peuvent être compensés entre eux dans une déclaration fiscale consolidée. Les activités sont également réparties entre deux sociétés ou plus pour profiter d'abattements fiscaux, de limites imposées sur le montant des abattements, ou de taux d'imposition progressifs, mais aussi pour d'autres raisons comme, par exemple, tirer profit de différences dans les méthodes comptables, dans les années d'imposition, dans les méthodes d'amortissement, dans les méthodes d'évaluation des stocks et dans les crédits pour impôts étrangers;

¹⁴ Investissement international et entreprises multinationales – Responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, OCDE, 1980.

séparer des activités qui, si elles étaient combinées dans une entité imposable unique, pourraient être désavantageuses en matière fiscale; et tirer parti, pour certaines activités (comme les ventes prévues ou éventuelles, les fusions, les liquidations ou les dons ou legs intrafamiliaux), du traitement favorable appliqué à certaines opérations mais pas à d'autres.

26. Les exigences comptables jouent également un rôle dans la détermination de la structure des groupes d'entreprises. Dans certains pays, des dispositifs, comme des filiales ayant un rôle de simple mandataire (agent only), peuvent être créés pour gérer certains aspects de l'activité et éviter à la société mère de présenter un compte d'exploitation détaillé pour cette filiale, qui n'est qu'un représentant de la société propriétaire de l'ensemble des actifs concernés.

27. Nombre des avantages liés à la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peuvent être illusoire. La protection contre des pertes catastrophiques peut être compromise par des accords de financement de groupe, des opérations intragroupe, des garanties réciproques et des lettres de confort¹⁵ remises aux auditeurs du groupe et par la tendance qu'ont les principaux créanciers, en particulier les banquiers, à faire en sorte d'obtenir une caution de la société qui est à la tête d'un groupe.

28. Pour lever les doutes, les structures de groupe ne sont pas nécessaires d'un point de vue comptable – les comptables sont tout aussi disposés à consolider les comptes de succursales que de groupes de filiales. Il semble probable que les secteurs bancaire, commercial et juridique ne saisissent souvent pas bien les aspects comptables des groupes d'entreprises. Les risques de malentendus vont s'accroître avec l'adoption de nouvelles normes internationales de présentation de l'information financière et avec la modification du système de consolidation de nombreux groupes, qui passent d'une approche fondée sur la substance des opérations à une approche dans laquelle la forme juridique doit prévaloir sur la substance. Ce sont les structures de comptabilité "hors bilan" qui ont rendu possibles des faillites comme celle d'Enron et de WorldCom, et le besoin de clarté des états financiers est largement reconnu.

D. Définition du "groupe d'entreprises" – participation et contrôle

29. Bien que l'existence de groupes d'entreprises et l'importance des relations entre les membres de ces groupes soient de plus en plus prises en compte, tant par la législation que par les tribunaux, il n'existe pas de corps de règles cohérent qui régisse directement ces relations d'une manière globale. Dans les pays qui possèdent une législation reconnaissant les groupes d'entreprises, ces derniers ne seront pas traités de manière spécifique par le droit commercial ou le droit des

¹⁵ Une lettre de confort est généralement remise par une société mère pour convaincre une autre entité de conclure une opération avec une filiale. Elle peut comporter différents types d'engagements, dont aucun ne constitue une garantie, comme celui de maintenir sa participation au capital de la filiale ou d'autres engagements financiers pris envers elle; d'utiliser son influence pour faire en sorte que la filiale remplisse ses obligations en vertu d'un contrat principal; ou de confirmer qu'elle a connaissance d'un contrat avec la filiale, sans toutefois indiquer expressément qu'elle assumera une responsabilité quelconque pour l'obligation principale.

sociétés, mais plutôt dans la législation sur la fiscalité, sur la comptabilité des sociétés, sur la concurrence et les fusions ou sur d'autres questions; les lois relatives au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité sont rares. De plus, une analyse de la législation qui traite effectivement de certains aspects des groupes d'entreprises fait ressortir une diversité d'approches des différentes questions liées aux groupes, non seulement entre pays, mais également entre les lois d'un même pays. Des critères différents peuvent donc être utilisés pour définir ce qui constitue un groupe à différentes fins, bien qu'il puisse exister des éléments communs, et lorsque ces critères utilisent un concept particulier, comme le "contrôle", les définitions peuvent être plus ou moins larges en fonction de l'objet de la législation, comme cela a été noté précédemment.

30. Alors que nombre de législations évitent de définir expressément le terme "groupe d'entreprises", plusieurs concepts sont communément employés pour déterminer le niveau de relation entre sociétés qui suffira pour en faire un groupe d'entreprises à certaines fins, comme l'extension de la responsabilité, la comptabilité, la fiscalité, etc. Ces concepts se retrouvent dans la législation et dans de nombreuses décisions judiciaires sur les groupes d'entreprises de différents pays et comprennent généralement les notions de participation et de contrôle ou d'influence, directs et indirects, même si, dans certains cas, seuls la participation, le contrôle ou l'influence directs sont pris en compte. Le choix entre les deux concepts traduit souvent un compromis entre la sécurité souhaitable, qui peut être obtenue en fixant un niveau de participation déterminé, et la souplesse, que l'on obtiendra peut-être plus facilement en se référant au contrôle et en prenant en considération les réalités économiques diverses des groupes d'entreprises.

31. Parfois, la participation est envisagée par référence à une relation formelle entre les sociétés, comme la relation société mère-filiale. Cette relation peut être déterminée à l'aide d'un critère formel – la détention, directe ou indirecte, d'un pourcentage déterminé du capital ou des voix; ce pourcentage peut aller de 5 % à plus de 80 %. Les lois qui ne requièrent que de faibles pourcentages envisagent généralement des facteurs supplémentaires tels que les indicateurs de "contrôle" examinés ci-dessous. Dans certains cas, les pourcentages constituent une présomption simple de participation, alors que les pourcentages plus élevés constituent une présomption irréfutable.

32. Dans d'autres cas, on adopte une approche plus fonctionnelle pour déterminer ce qui constitue un groupe d'entreprises en se concentrant sur le contrôle ou l'influence déterminante (appelée "contrôle" dans la présente note), le terme "contrôle" étant alors souvent défini. Ce dernier s'entend principalement du fait de contrôler ou d'avoir la capacité de contrôler directement ou indirectement l'élaboration des décisions et des politiques financières et opérationnelles. Lorsque la définition inclut la capacité de contrôle, elle envisage généralement une capacité passive au lieu de se concentrer sur le contrôle exercé activement. Le contrôle peut être obtenu par la détention d'actifs, ou par des droits ou des contrats qui confèrent la capacité de contrôle à la partie contrôlante. L'important n'est pas tant la forme juridique stricte de la relation qui unit les entités, comme le lien société mère-filiale, que la nature de cette relation.

33. Les facteurs susceptibles d'indiquer qu'une entité en contrôle une autre pourraient être notamment les suivants: la capacité de dominer la composition du conseil d'administration ou de l'organe directeur de l'autre entité; la capacité de

nommer ou de révoquer l'ensemble ou la majorité des administrateurs ou des membres de l'organe directeur de l'autre entité; la capacité de contrôler la majorité des votes exprimés à une réunion du conseil d'administration ou de l'organe directeur de l'autre entité; et la capacité d'exprimer la majorité des votes susceptibles d'être exprimés lors d'une assemblée générale de l'autre entité ou de régir la manière dont ils seront exprimés, que cette capacité soit acquise par l'intermédiaire d'actions ou d'options. Parmi les informations pouvant avoir une importance pour l'examen de ces facteurs figurent notamment les documents de constitution de la société; des détails sur l'actionnariat de la société; des informations sur les décisions stratégiques essentielles de la société; les accords de gestion interne et externe; des détails sur les comptes bancaires et leur gestion ainsi que les fondés de pouvoir; et des informations relatives aux employés.

E. Réglementation des groupes d'entreprises

34. La réglementation des groupes d'entreprises est généralement fondée sur l'une des deux théories suivantes ou, dans certains cas, sur une combinaison des deux: celle de l'entité distincte (qui est la théorie traditionnelle et de loin la plus répandue) et celle de l'entreprise unique.

35. La théorie de l'entité distincte repose sur plusieurs principes fondamentaux, dont le plus important est celui de la personnalité juridique distincte de chaque société du groupe. Elle se fonde également sur la responsabilité limitée des actionnaires de chaque société du groupe et sur les obligations des administrateurs de chaque entité du groupe envers cette entité.

36. La personnalité juridique distincte signifie généralement que la société a ses propres droits et obligations, indépendamment du fait de savoir qui la contrôle ou en est propriétaire (à savoir, si elle appartient en totalité ou en partie à une autre société) et de sa participation aux activités du groupe. Les dettes qu'elle contracte sont les siennes et les actifs du groupe ne peuvent en principe pas être mis en commun¹⁶ pour les régler. Les contrats conclus avec des personnes extérieures n'impliquent pas automatiquement la société mère ou d'autres membres du groupe. Une société mère ne peut pas prendre en compte les bénéfices non distribués des autres sociétés du groupe pour déterminer ses propres bénéfices. La responsabilité limitée d'une société signifie que, contrairement à une société de personnes ou à une entreprise individuelle, les membres d'un groupe d'entreprises ne sont pas responsables de ses dettes et de ses obligations, si bien que les pertes éventuelles ne pourront pas dépasser le montant investi dans le membre du groupe par l'achat d'actions.

37. La théorie de l'entreprise unique repose par contre sur l'intégration économique des membres d'un groupe d'entreprises, en traitant ce dernier comme une unité économique unique destinée à promouvoir les intérêts du groupe dans son ensemble, ou ceux de la société dominante, plutôt que ceux de chacun des membres. Des emprunts peuvent être contractés à l'échelle du groupe, des mécanismes de trésorerie de groupe étant utilisés pour compenser les soldes créditeur et débiteur de chaque membre du groupe; les membres du groupe peuvent être autorisés à

¹⁶ Pour l'examen du regroupement des patrimoines, voir ci-dessous, par. 143 à 172.

fonctionner à perte, ou être sous-capitalisés, dans le cadre de la structure et de la stratégie financières globales du groupe; l'actif et le passif peuvent être transférés de différentes manières entre les membres du groupe; et des prêts, des garanties ou d'autres arrangements financiers intragroupe peuvent être conclus à des conditions généralement préférentielles.

38. Alors que de nombreux pays appliquent la théorie de l'entité distincte, certains admettent des exceptions à une stricte application de cette théorie et d'autres ont introduit, par voie législative ou juridictionnelle, la théorie de l'entreprise unique pour certaines situations.

39. L'application stricte de la théorie de l'entité distincte peut être exclue notamment dans les cas suivants: consolidation des comptes d'un groupe d'entreprises pour une société et toute entité contrôlée; opérations entre des personnes ayant des liens privilégiés (une société par actions n'est pas autorisée par ailleurs à accorder des avantages financiers, y compris des prêts intragroupe, des garanties, des cautions, des remises de dettes ou des transferts d'actifs, à une société ayant des liens avec elle à moins que cette opération ne soit approuvée par les actionnaires ou ne bénéficie d'une autre exception); participations croisées (les sociétés n'ont généralement ni le droit d'acquérir les actions d'une société exerçant le contrôle, ou de constituer une sûreté sur ces actions, ni le droit d'émettre ou de transférer des actions au profit d'une société contrôlée); et endettement d'une société alors qu'elle est insolvable (insolvent trading) (une société mère qui aurait dû se douter de l'insolvabilité d'une filiale peut être tenue responsable des dettes que cette dernière a contractées alors qu'elle était insolvable).

40. Quelques pays ont créé plusieurs catégories de groupes d'entreprises qui peuvent fonctionner comme une entreprise unique, afin de renforcer la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires. Dans l'un d'eux¹⁷, les groupes d'entreprises comprenant des sociétés par actions sont divisés en trois catégories: a) les groupes intégrés; b) les groupes contractuels; et c) les groupes de fait, auxquels s'applique un ensemble de principes harmonisés – fondés sur la théorie de l'entreprise unique – relatifs à la gouvernance et à la responsabilité des entreprises:

a) Les groupes intégrés résultent d'un vote, par un pourcentage déterminé d'actionnaires de la société mère, qui elle-même détient un pourcentage déterminé d'actions de la filiale, en faveur de l'intégration complète de la filiale. La société mère détiendra un pouvoir de direction illimité sur la filiale, en échange de quoi elle sera tenue solidairement responsable des dettes et des obligations de la filiale;

b) Les groupes contractuels peuvent être formés par un pourcentage déterminé d'actionnaires de chacune des deux sociétés concluant un contrat qui accorde à l'une des sociétés (la société mère) le droit de diriger l'autre, à condition que les directives servent les intérêts de la société mère ou du groupe dans son ensemble. En échange du droit de contrôle accordé à la société mère, les actionnaires minoritaires et les créanciers voient leur protection renforcée; et

c) Les groupes de fait sont ceux dans lesquels une société exerce, directement ou indirectement, une influence dominante sur une autre société. Bien que le groupe ne résulte d'aucun accord formel, il faut néanmoins que la société mère intervienne systématiquement dans les affaires de la société contrôlée.

¹⁷ Allemagne.

41. Un pays¹⁸ qui a intégré les principes de l'entreprise unique dans la législation sur les sociétés autorise les administrateurs des filiales détenues en partie ou en totalité à agir dans l'intérêt de la société mère plutôt que dans celui de leur filiale; prévoit des dispositions pour simplifier les fusions de groupes; et autorise également les ordonnances de contribution et de mise en commun.

42. Dans un autre pays¹⁹, la législation commerciale visant les groupes d'entreprises fait de plus en plus appel aux principes de l'entreprise unique pour éviter que ses objectifs ne soient compromis ou contournés par l'utilisation de groupes d'entreprises. Les juridictions ont participé à cette évolution en introduisant de manière sélective le concept d'entreprise unique pour atteindre les objectifs sous-jacents de la législation. Le concept a été appliqué au droit de l'insolvabilité pour annuler certaines opérations intragroupe, pour confirmer des garanties intragroupe et, dans un petit nombre de cas, pour réaliser un regroupement de patrimoines. Les juridictions ont également le pouvoir de modifier la priorité des créances lors de la liquidation d'une entité du groupe, soit en traitant certains prêts intragroupe accordés à cette entité comme des fonds propres et non comme des dettes, soit en conférant aux prêts intragroupe accordés à cette entité un rang inférieur aux créances de ses créanciers extérieurs.

II. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internes

A. Introduction

43. Les groupes d'entreprises peuvent être structurés de manière à réduire le risque d'insolvabilité pour un ou plusieurs de leurs membres en mettant au point des mécanismes de garantie réciproque ou d'indemnisation et d'autres arrangements similaires. Lorsque des problèmes surgissent, une société mère ou un membre du groupe exerçant le contrôle peut chercher à éviter l'insolvabilité d'autres membres de son groupe afin de préserver sa réputation et de conserver son crédit auprès des milieux commerciaux et financiers en procurant des fonds supplémentaires et en acceptant de subordonner les créances internes au groupe aux dettes externes.

44. Cependant, si la complexité de la structure d'un groupe d'entreprises est perturbée par l'apparition, chez un ou plusieurs, voire chez tous les membres du groupe, de difficultés financières conduisant à l'insolvabilité, des problèmes surviennent simplement parce que le groupe est constitué de membres qui sont chacun reconnus comme ayant une personnalité et une existence juridiques distinctes. Étant donné que, comme il est noté plus haut, la grande majorité des lois internes relatives à l'insolvabilité et aux sociétés ne traitent pas l'insolvabilité de groupes d'entreprises, même si les problèmes liés aux groupes peuvent être réglés en dehors de l'insolvabilité par le traitement comptable, la réglementation et la fiscalité, l'absence de dispositions législatives contraires ou de pouvoir discrétionnaire permettant aux tribunaux d'intervenir dans la procédure d'insolvabilité fait que chaque entité doit être traitée et, au besoin, administrée de façon distincte. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale des membres d'un groupe est étroitement intégrée, il est possible que

¹⁸ Nouvelle-Zélande.

¹⁹ États-Unis d'Amérique.

cette approche ne produise pas toujours les meilleurs résultats pour le débiteur autonome ou pour le groupe dans son ensemble, à moins que les procédures parallèles multiples ne puissent être étroitement coordonnées.

45. Une grande partie des dispositions juridiques internes existantes concernant l'insolvabilité des groupes d'entreprises portent principalement sur les circonstances dans lesquelles il pourrait être approprié de regrouper la masse de l'insolvabilité, mais on a besoin de plus d'indications sur la façon de traiter l'insolvabilité de groupes d'entreprises de manière plus globale et, en particulier, sur le point de savoir si les groupes d'entreprises devraient être traités différemment des entités formées d'une seule société et, si tel est le cas, dans quelles circonstances ils devraient l'être.

46. Une deuxième question qui se pose dans le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité est de savoir quel est le degré d'intégration économique et organisationnelle du groupe et comment ce degré d'intégration peut influencer sur le traitement du groupe en cas d'insolvabilité et, plus particulièrement, dans quelle mesure un groupe très intégré devrait être traité différemment d'un groupe dont les membres conservent un degré élevé d'indépendance. Dans certains cas, par exemple lorsqu'un groupe a une structure hétérogène comprenant des entreprises et des actifs non apparentés, l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres du groupe peut ne pas avoir d'effet sur d'autres membres ou sur l'ensemble du groupe, et les membres insolubles peuvent être administrés séparément. Dans d'autres, en revanche, l'insolvabilité d'un membre du groupe peut créer des difficultés financières chez d'autres membres ou dans l'ensemble du groupe en raison de son intégration, de son degré élevé d'interdépendance et de l'imbrication de l'actif et du passif de ses différentes parties. Dans ces cas, il arrive bien souvent que l'insolvabilité d'un certain nombre de membres du groupe entraîne inévitablement l'insolvabilité de l'ensemble des membres ("effet domino"). Il peut donc être avantageux, pour apprécier l'imminence de l'insolvabilité, d'examiner la situation du groupe dans son ensemble, ou de procéder à un examen coordonné de la situation de différents membres du groupe.

B. Demande d'ouverture et ouverture

47. Les considérations générales relatives à la demande d'ouverture et à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sont examinées plus haut dans la deuxième partie, chapitres I et II. Comme ces chapitres s'appliquent de la même manière aux différents membres du groupe d'entreprises, il faudrait les aborder avec les questions supplémentaires spécifiques aux groupes d'entreprises examinées ci-dessous.

1. Demande conjointe d'ouverture

a) Généralités

48. En règle générale, les lois sur l'insolvabilité respectent le statut juridique distinct de chaque membre d'un groupe d'entreprises et une demande distincte d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doit être formée pour chaque membre qui satisfait au critère d'ouverture et est soumis à la loi sur l'insolvabilité (voir recommandation 10). Cette règle admet un nombre limité d'exceptions qui

permettent d'étendre une demande unique à d'autres membres du groupe, par exemple, lorsque toutes les parties intéressées consentent à l'inclusion de plusieurs membres; que l'insolvabilité d'un membre du groupe risque d'avoir des effets sur d'autres membres; que les parties à la demande entretiennent des liens économiques étroits, par exemple en raison d'une confusion des actifs ou d'un degré déterminé de contrôle ou de participation; qu'il est particulièrement important sur le plan juridique de considérer le groupe comme une entité unique, notamment dans le cadre d'un plan de redressement.

49. Les recommandations du *Guide législatif* relatives à la demande d'ouverture et à l'ouverture s'appliqueraient aux débiteurs appartenant à un groupe d'entreprises de la même manière qu'elles s'appliquent à des débiteurs qui sont des entreprises autonomes. Les recommandations 15 et 16, qui posent les critères auxquels les débiteurs et les créanciers doivent satisfaire pour demander l'ouverture d'une procédure, constituent la base sur laquelle l'ouverture d'une telle procédure pourrait être demandée pour chaque membre d'un groupe remplissant ces critères, y compris celui de l'insolvabilité imminente en cas de demande émanant du débiteur. Dans le cadre d'un groupe d'entreprises, l'insolvabilité d'une société mère ou d'un membre du groupe exerçant le contrôle peut compromettre la stabilité financière d'une filiale ou d'un membre contrôlé, ou l'insolvabilité d'un certain nombre de ces membres peut compromettre la solvabilité d'autres filiales, créant ainsi un risque d'insolvabilité imminente plus large au sein du groupe. Il se peut que la recommandation 15 s'applique dans ce cas si, au moment où la demande concernant les membres insolubles du groupe est formée, on peut dire que les autres membres seront dans l'incapacité de payer leurs dettes à leur échéance.

b) Objet d'une demande conjointe d'ouverture

50. En autorisant les membres d'un groupe qui satisfont au critère d'ouverture à former une demande conjointe d'ouverture, on faciliterait l'examen coordonné des demandes par le tribunal, sans remettre en cause l'identité distincte des demandeurs ni supprimer la nécessité, pour chacun d'eux, de satisfaire individuellement au critère d'ouverture applicable. Cela alerterait en outre le tribunal de l'existence d'un groupe, en particulier si la demande était accompagnée d'informations prouvant l'existence du groupe et les liens existant entre les débiteurs et, si une procédure était ensuite ouverte sur la base de cette demande conjointe d'ouverture, aurait l'avantage d'établir une date d'ouverture commune pour les membres du groupe concernés.

51. Une telle demande conjointe pourrait, sous réserve que la loi l'autorise et que les circonstances le permettent, consister soit en une demande unique formée pour tous les membres du groupe remplissant le critère d'ouverture, soit en plusieurs demandes parallèles formées en même temps pour chacun de ces membres. Cette dernière approche peut convenir lorsque les membres du groupe se trouvent dans des États différents et que différents tribunaux sont compétents (voir plus loin), ou lorsque d'autres circonstances de l'affaire, notamment l'existence d'un nombre important de procédures à coordonner, font qu'une demande unique ne serait pas pratique. Dans un cas comme dans l'autre, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal d'examiner de manière coordonnée si chaque membre satisfait au critère d'ouverture, en tenant compte, s'il y a lieu, du fait qu'il s'agit d'un groupe.

c) Distinction entre la demande conjointe et la coordination des procédures

52. Il faudrait distinguer la présentation d'une demande conjointe de ce que l'on appelle ci-après la coordination des procédures. La possibilité de former une demande conjointe a pour but de faciliter l'examen coordonné des critères d'ouverture et éventuellement de réduire les coûts. L'ouverture de procédures multiples sur la base d'une demande conjointe devrait également faciliter la coordination de ces procédures. Ainsi, la date d'ouverture, de même que toutes les autres dates fixées à partir de celle-ci, comme celles de la période suspecte, seraient identiques pour chaque membre. En autorisant la présentation d'une demande conjointe, on ne vise pas à prédéterminer la manière dont seront administrées les procédures en cas d'ouverture effective ni, en particulier, si elles seront coordonnées entre elles. Néanmoins, une demande conjointe peut s'accompagner d'une demande de coordination des procédures, comme indiqué plus bas, et peut aider le tribunal à prendre une décision quant à cette coordination.

d) Inclusion d'un membre solvable du groupe dans une demande conjointe

53. Une question qui se pose souvent à propos des groupes d'entreprises est de savoir si un membre solvable d'un groupe peut être inclus dans la demande d'ouverture concernant d'autres membres du groupe et, si tel est le cas, dans quelles circonstances il peut l'être. Si un membre du groupe semble solvable, mais qu'un examen plus poussé montre que l'insolvabilité est imminente, l'inclusion de ce membre dans la demande serait couverte par la recommandation 15 du *Guide*, comme il est noté plus haut.

54. Toutefois, si l'insolvabilité n'est pas imminente et si le membre du groupe est clairement solvable, plusieurs approches peuvent être suivies. Lorsqu'un groupe est étroitement intégré, la loi sur l'insolvabilité peut permettre qu'une demande vise des membres qui ne satisfont pas au critère d'ouverture parce qu'il est souhaitable, dans l'intérêt du groupe tout entier, que ceux-ci soient inclus dans la procédure. Les facteurs permettant de déterminer si l'on est en présence du degré d'intégration nécessaire peuvent être les suivants: l'existence, entre les membres du groupe, d'une relation, dont la description peut varier mais qui se caractérise, par exemple, par un important degré d'interdépendance ou de contrôle; la confusion des actifs; l'unité d'identité, le fait d'être tributaire d'un soutien pour la gestion et sur le plan financier ou d'autres facteurs similaires ne découlant pas nécessairement de la relation juridique (société mère-filiale, par exemple) qui existe entre les membres du groupe. L'inclusion d'un membre solvable du groupe dans une demande conjointe pourra également se concevoir dans le cas où l'existence d'un "groupe" est fictive.

55. Une telle approche pourrait faciliter l'élaboration d'une solution permettant de régler l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe, évitant ainsi d'ouvrir une procédure au coup par coup chaque fois que de nouveaux membres du groupe seraient visés par la procédure d'insolvabilité engagée contre les membres insolubles initiaux. Elle pourrait aussi faciliter l'élaboration d'un plan de redressement global, qui traiterait les actifs des membres solvables et insolubles d'un groupe.

56. Toutefois, l'une des difficultés liées à l'inclusion d'un membre solvable du groupe tient au fait que les lois sur l'insolvabilité ne visent généralement que les entités qui remplissent véritablement les conditions requises pour l'ouverture d'une

procédure. En revanche, un membre solvable du groupe peut être volontairement inclus dans un plan de redressement, lorsqu'il prend la décision commerciale d'y participer (voir ci-dessous, par. 184).

57. Une demande conjointe d'ouverture pourrait aussi être autorisée lorsque tous les membres intéressés du groupe consentent à l'inclusion d'un ou de plusieurs autres membres, qu'ils soient insolvable ou non, ou si toutes les parties intéressées, y compris les créanciers, sont d'accord. La loi sur l'insolvabilité pourrait également prévoir qu'un membre du groupe qui n'est pas impliqué dans la procédure d'insolvabilité visant d'autres membres au moment de son ouverture puisse se joindre plus tard à cette procédure dès lors qu'il est concerné par elle ou que sa participation est considérée comme étant dans l'intérêt du groupe tout entier.

e) Personnes autorisées à former une demande conjointe

58. Conformément à l'approche préconisée par la recommandation 14 du *Guide législatif*, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser qu'une demande conjointe soit formée par deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont au critère d'ouverture prévu par la loi. Une telle demande pourrait également être formée par tout créancier à l'égard des membres du groupe dont il est créancier. Le fait de permettre à un créancier de former une demande à l'égard de membres du groupe dont il n'est pas créancier serait contraire au critère d'ouverture de la recommandation 14.

f) Tribunaux compétents

59. Une demande conjointe émanant de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises peut soulever des questions de compétence, y compris dans un même pays, si les membres se trouvent dans différents lieux et si plusieurs tribunaux sont potentiellement compétents pour connaître de cette demande. Cela peut être le cas, par exemple, pour un groupe qui exerce ses activités au niveau national dans des États dans lesquels les questions d'insolvabilité relèvent de la compétence de tribunaux situés dans des lieux différents ou dans lesquels les demandes d'ouverture peuvent être formées auprès de différents tribunaux. Certaines lois peuvent autoriser qu'une demande conjointe soit traitée par un tribunal unique. Bien que cette solution soit souhaitable, la question sera en définitive de savoir si le droit interne autorise de traiter de la sorte les demandes conjointes visant différents débiteurs (cependant membres du même groupe) dans différents tribunaux ou États. Divers critères pourraient être utiles pour déterminer le tribunal compétent pour traiter une telle demande. Il pourrait s'agir, par exemple, du tribunal compétent pour administrer la procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre de la société mère ou d'un membre exerçant le contrôle d'un groupe, lorsque ce membre est inclus dans la demande. D'autres critères, comme l'importance de l'endettement des différents membres du groupe ou le centre de contrôle du groupe, pourraient également être choisis pour déterminer le tribunal compétent au niveau interne. Il se pourrait aussi que les créanciers des différents membres du groupe se trouvent dans des endroits différents, ce qui poserait des problèmes de représentation et de choix du lieu de constitution des comités de créanciers.

60. Il faudrait peut-être examiner la question des frais exigibles et d'autres questions connexes de procédure découlant d'une demande conjointe.

61. Bien que la question de savoir quel tribunal est compétent pour connaître d'une demande conjointe lorsque les membres du groupe concernés se trouvent dans des États différents puisse être traitée par une autre loi que celle régissant l'insolvabilité, il est souhaitable que l'approche préconisée par la recommandation 13 du *Guide législatif* soit suivie. Il faudrait pour cela que la loi sur l'insolvabilité indique clairement ou mentionne par un renvoi la loi permettant de déterminer le tribunal compétent pour une telle demande. L'adoption d'une telle approche devrait permettre de faire en sorte que toutes les parties concernées sachent précisément où et comment une telle demande peut être formée.

g) Notification de la demande

62. Les recommandations du *Guide* concernant la notification d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité s'appliqueraient à une demande conjointe. Une demande conjointe formée par un créancier devrait être notifiée aux membres du groupe concernés par cette demande, conformément à la recommandation 19 a). Lorsque des membres d'un groupe forment une demande conjointe, il ne serait pas nécessaire de la notifier avant l'ouverture de la procédure, conformément à la recommandation 22.

Recommandations 199 à 201

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la demande conjointe d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité²⁰ concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est:

- a) De faciliter l'examen coordonné d'une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité visant ces membres du groupe d'entreprises;
- b) De permettre au tribunal d'obtenir des informations relatives au groupe d'entreprises qui l'aideraient à déterminer si l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être ordonnée à l'encontre de ces membres du groupe;
- c) De promouvoir l'efficacité et de réduire les coûts liés à l'ouverture de cette procédure d'insolvabilité; et
- d) D'offrir au tribunal un mécanisme²¹ permettant d'évaluer si cette procédure d'insolvabilité se prêterait à une coordination procédurale.

²⁰ Une demande conjointe d'ouverture est sans incidence sur l'identité juridique de chaque membre du groupe visé dans la demande; chaque membre demeure séparé et distinct.

²¹ Une demande conjointe n'est pas une condition préalable à la coordination procédurale, mais pourra faciliter l'examen, par le tribunal, de la question de savoir si la coordination procédurale devrait être ordonnée.

Contenu des dispositions législatives

Demande conjointe d'ouverture de procédures d'insolvabilité

199. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier qu'il est permis de former une demande conjointe d'ouverture de procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont chacun au critère d'ouverture applicable²².

Personnes autorisées à former une demande

200. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande conjointe peut être formée par:

- a) Deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont chacun au critère d'ouverture applicable énoncé dans la recommandation 15; ou
- b) Un créancier, à condition qu'il soit créancier de chaque membre du groupe qui sera visé dans la demande conjointe.

Tribunaux compétents

201. Aux fins de la recommandation 13, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également à une demande conjointe d'ouverture de procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises²³.

2. Coordination des procédures

a) Objet de la coordination des procédures

63. La coordination procédurale se justifie par des raisons de commodité et d'économie et peut faciliter l'obtention d'informations complètes sur les opérations commerciales des membres du groupe soumis aux procédures d'insolvabilité; faciliter l'évaluation des actifs et l'identification des créanciers et autres personnes auxquelles la loi reconnaît des droits; et éviter les doubles emplois. Elle désigne, dans la pratique, divers degrés de coordination en ce qui concerne l'administration de plusieurs procédures d'insolvabilité ouvertes à l'égard de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises impliquant, éventuellement, un ou plusieurs tribunaux. Même s'ils sont administrés de manière coordonnée, les patrimoines respectifs des membres du groupe faisant l'objet d'une telle mesure restent séparés, ce qui permet de préserver l'intégrité de chaque entreprise du groupe et les droits fondamentaux des créanciers. Aussi les effets de la coordination se limitent-ils aux aspects administratifs des procédures sans toucher aux questions de fond. La portée d'une décision de coordonner les procédures est généralement déterminée au cas par cas par le tribunal.

64. Plusieurs procédures peuvent être rationalisées de différentes manières par une décision de coordonner les procédures: mise en commun des informations pour

²² Voir, ci-dessus, la recommandation 15 sur la demande émanant d'un débiteur et la recommandation 16 sur la demande d'ouverture émanant d'un créancier.

²³ La recommandation 13 prévoit que la loi sur l'insolvabilité indique clairement (ou mentionne par un renvoi la loi permettant de déterminer) le tribunal compétent pour ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions qui se posent pendant son déroulement. Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus, par. 59.

obtenir un tableau plus complet de la situation des divers débiteurs; tenue d'audiences et de réunions simultanées, y compris de réunions conjointes de créanciers; établissement d'une liste unique des créanciers et autres parties intéressées pour l'envoi des notifications et coordination de cet envoi; fixation de délais communs; accord sur une procédure conjointe de déclaration de créances et coordination de la vente d'actifs; coordination des actions en annulation et tenue de réunions de créanciers uniques ou coordination entre comités de créanciers. La rationalisation peut également être facilitée par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour administrer les procédures ou par la coordination des représentants de l'insolvabilité lorsqu'il en est nommé deux ou plus (voir ci-après, par. 173 à 177). Elle peut également consister à faire coopérer deux tribunaux ou plus ou, si le droit interne l'autorise, à faire administrer les multiples procédures concernant plusieurs membres d'un groupe par un tribunal unique.

65. Lorsque deux tribunaux ou plus sont concernés, la coopération peut, par exemple, porter sur la coordination des audiences, y compris la tenue d'audiences conjointes, ainsi que sur le partage et la communication d'informations. Comme il est noté ci-après en relation avec la coopération internationale (voir partie III, chap. III, par. ...), des audiences conjointes ou coordonnées peuvent considérablement accroître l'efficacité de procédures d'insolvabilité parallèles concernant des membres d'un groupe d'entreprises en réunissant simultanément les parties concernées pour examiner et résoudre les questions en suspens ou les conflits potentiels, ce qui permet d'éviter des négociations interminables et les retards qui s'ensuivent. Dans ce cas, généralement, deux tribunaux ou plus tiennent des audiences en même temps, les informations étant communiquées simultanément de façon que les parties puissent entendre ou, mieux encore, voir les procédures dans chaque tribunal. Il est relativement plus facile d'organiser ce type d'audiences dans un contexte national, où il ne se pose pas de problèmes liés à l'usage de plusieurs langues, fuseaux horaires, lois, procédures et traditions judiciaires. Comme dans le contexte international, cependant, la tenue de ces audiences pourra nécessiter d'utiliser des procédures communes et de déterminer, par exemple, la manière dont les différents tribunaux classeront les documents et communiqueront les informations.

66. Plusieurs éléments peuvent être utiles pour décider s'il y a lieu de coordonner les procédures dans un cas donné. Il peut s'agir, par exemple, d'informations prouvant l'existence du groupe et faisant apparaître les liens entre les membres du groupe, y compris la position de chaque membre visé par la demande, en particulier lorsque l'un d'eux est le membre du groupe qui exerce le contrôle ou la société mère. Bien qu'il puisse être coûteux de fournir ce genre de détails lorsque des créanciers sont autorisés à demander la coordination des procédures, une telle demande part du principe que les débiteurs sont membres d'un groupe, le tribunal devant généralement s'assurer de cette relation avant d'ordonner l'ouverture d'une procédure et la coordination procédurale.

b) Participation de créanciers

67. S'agissant de la participation de créanciers, les intérêts des créanciers des différents membres du groupe peuvent diverger et il est peu probable qu'ils puissent être représentés par un comité unique. On peut toutefois concevoir qu'en cas de

coordination des procédures concernant de nombreux membres d'un groupe, la constitution d'un comité distinct pour les créanciers de chaque membre risque de s'avérer extrêmement coûteuse et inefficace pour l'administration des procédures. C'est pourquoi certains États laissent aux tribunaux toute latitude pour décider, lorsque les circonstances le justifient, de ne pas constituer de comité pour chaque entité. De manière générale, il pourrait donc être souhaitable que la loi sur l'insolvabilité autorise la constitution d'un comité des créanciers unique lorsque les conditions s'y prêtent.

c) Moment où présenter une demande

68. Étant donné que les avantages de la coordination des procédures peuvent apparaître au moment du dépôt d'une demande d'ouverture ou une fois les procédures ouvertes, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité apporte une réponse souple à la question du moment auquel former une demande de coordination des procédures. C'est pourquoi une telle demande peut être formée en même temps qu'une demande d'ouverture de la procédure ou à tout moment ultérieur. Toutefois, étant donné que l'objectif visé est la coordination de l'administration de diverses procédures, il s'oppose, à la possibilité de former une demande à un stade avancé, l'utilité d'une telle démarche. En d'autres termes, il ne sera peut-être pas très intéressant de chercher à coordonner des procédures qui sont presque terminées. Il pourrait en aller de même pour ce qui est d'étendre une demande existante de coordination des procédures à d'autres membres du groupe lorsque ceux-ci deviennent insolvable ultérieurement.

69. Pour apporter une certaine sécurité, une loi sur l'insolvabilité pourra adopter l'approche consistant à prévoir un délai pour la présentation d'une demande de coordination des procédures. Toutefois, comme c'est généralement le cas lorsqu'on examine l'opportunité de fixer un délai, il faudra tenir compte à la fois des avantages d'un tel délai, des risques de rigidité qui pourraient en découler et de la nécessité de veiller au respect de ce délai.

d) Personnes autorisées à présenter une demande

70. Il est souhaitable de rendre la coordination des procédures aussi accessible que possible et de laisser au tribunal le pouvoir d'apprécier si la coordination des différentes procédures en faciliterait l'administration. Celui-ci pourra déterminer s'il doit ordonner la coordination d'office, en particulier dans les cas où il apparaît que la coordination servirait au mieux les intérêts du groupe d'entreprises et faciliterait l'administration, mais où aucune demande en ce sens n'est présentée par une partie autorisée à le faire. Il pourra également ordonner la coordination en réponse à une demande émanant de parties autorisées, comme un membre du groupe soumis à une procédure, le représentant de l'insolvabilité d'un membre, qui détient généralement les informations les plus pertinentes pour présenter une telle demande, ou un créancier.

71. S'agissant des demandes émanant de créanciers, les limites d'admissibilité applicables au dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure ne doivent pas nécessairement s'appliquer. Lorsque la coordination procédurale est demandée au moment du dépôt de la demande d'ouverture, la question de l'ouverture peut être traitée séparément de celle de la coordination procédurale. De même, une fois la procédure ouverte, il n'existe aucune raison de n'autoriser que les créanciers qui

sont créanciers des membres à demander la coordination. La décision d'ordonner la coordination procédurale ne devrait pas dépendre du statut du créancier qui dépose la demande.

e) Tribunaux compétents

72. La coordination des procédures peut aussi soulever les mêmes questions de compétence que celles mentionnées plus haut en ce qui concerne les demandes conjointes d'ouverture (voir par. 59 à 61), à savoir que différents tribunaux nationaux ont compétence sur les différents membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité. Dans les pays où le problème se pose, celui-ci sera généralement tranché conformément aux règles de procédure internes. Dans certains États, différentes procédures peuvent être regroupées ou renvoyées à un tribunal unique, par exemple le tribunal compétent pour administrer une procédure d'insolvabilité concernant la société mère d'un groupe. Un certain nombre de critères différents, comme la "règle du premier demandeur", l'importance de l'endettement ou le centre de contrôle, peuvent également être choisis pour déterminer le tribunal compétent au niveau interne. Pour regrouper les procédures ou les renvoyer à un tribunal unique, il faut établir une communication entre les tribunaux concernés avant que le renvoi n'ait lieu. Il se peut aussi que les créanciers des différents membres d'un groupe se trouvent dans des endroits différents, ce qui pose la question de la représentation et du lieu de constitution ou de rencontre des comités de créanciers.

73. Bien que ces questions puissent être traitées par une autre loi que celle qui régit l'insolvabilité, il est souhaitable, comme il est noté plus haut à propos des demandes conjointes (par. 61), que l'approche préconisée par la recommandation 13 soit suivie. Il faudrait, pour cela, que la loi sur l'insolvabilité indique clairement ou mentionne par un renvoi la loi permettant de déterminer le tribunal compétent pour connaître une demande de coordination procédurale.

f) Notification de la coordination des procédures

74. Une demande de coordination des procédures peut être soumise aux mêmes exigences de notification qu'une demande d'ouverture formée conformément aux dispositions du *Guide législatif* (voir recommandations 19, 22 à 24). Lorsqu'elle est présentée en même temps que la demande d'ouverture, la demande de coordination ne doit être notifiée aux débiteurs concernés que si elle émane de créanciers, conformément à la recommandation 19.

75. Une demande présentée à ce moment par les membres du groupe ne doit pas nécessairement être notifiée aux créanciers, conformément aux recommandations 23 et 24, mais les informations pertinentes, telles que le contenu ou les conséquences de la décision, pourraient être incluses dans la notification d'ouverture.

76. Lorsqu'une demande de coordination des procédures est présentée après l'ouverture de la procédure, il peut être opportun d'en notifier les créanciers, bien que la coordination des procédures ne porte pas atteinte à leurs droits fondamentaux. La notification pourra être particulièrement importante lorsque la loi prévoit, comme cela est noté plus haut, que des procédures ouvertes dans différentes juridictions seront renvoyées à un tribunal unique ou administrées par lui, et que ce renvoi risquera d'avoir des incidences sur des aspects des procédures qui intéressent

les créanciers, notamment le lieu de rencontre d'un comité de créanciers ou le lieu de déclaration des créances.

77. Il est possible de s'acquitter de l'obligation de notification à tous les créanciers par voie de notification collective, notamment dans une publication juridique donnée, si la législation interne le permet et lorsque les circonstances s'y prêtent, par exemple lorsqu'il existe un grand nombre de créanciers titulaires de créances d'un très faible montant. Outre les informations requises par les recommandations ci-dessus relatives à la notification de l'ouverture d'une procédure (recommandation 25), la notification d'une décision de coordination pourrait préciser le contenu de cette décision et comprendre des informations relatives, par exemple, à la coordination des audiences et des réunions et aux mesures à prendre s'agissant des accords de prêt.

g) Modification ou annulation d'une décision de coordination procédurale

78. Étant donné que la coordination des procédures a pour objectif de promouvoir l'efficacité administrative et de réduire les coûts, une loi sur l'insolvabilité peut inclure des dispositions prévoyant la modification ou l'annulation d'une décision en cas de changement de circonstances. Cette approche peut, par exemple, se justifier si un redressement coordonné ne réussit pas et si chaque membre doit être mis en liquidation séparément. L'annulation d'une décision, bien que rarement nécessaire, devrait être possible étant donné que la décision initiale n'est pas censée avoir d'incidence sur les droits fondamentaux. La loi sur l'insolvabilité pourrait, à titre de protection, prévoir qu'il est possible d'annuler ou de modifier une décision sous réserve que cela ne porte pas atteinte aux mesures déjà prises ni aux droits liés à la décision initiale.

Recommandations 202 à 210

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est:

- a) De faciliter la coordination de l'administration de ces procédures tout en respectant l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe; et
- b) De favoriser la rationalisation des coûts et de permettre aux créanciers de recouvrer des sommes plus importantes.

Contenu des dispositions législatives

Coordination procédurale de deux procédures d'insolvabilité ou plus

202. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que l'administration des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises peut être coordonnée à des fins procédurales.

203. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal²⁴ peut ordonner la coordination procédurale à la demande d'une personne autorisée, conformément à la recommandation 206, à présenter une telle demande, ou de sa propre initiative.

²⁴ La coordination pourrait concerner différents tribunaux compétents pour différents membres

204. La coordination procédurale peut consister, par exemple, en la notification conjointe; la coordination des procédures de présentation et de vérification des créances; la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité; la coordination des actions en annulation; la coopération entre les tribunaux, notamment la coordination des audiences; et la coopération entre les représentants de l'insolvabilité, notamment le partage d'informations et la coordination des négociations. L'étendue de la coordination procédurale devrait [dans chaque cas] être précisée par le tribunal.

Demande de coordination procédurale

– *Moment où présenter une demande*

205. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de coordination procédurale peut être formée au moment de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou à tout moment ultérieur²⁵.

Personnes autorisées à présenter une demande

206. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de coordination procédurale peut être présentée par:

a) Un membre d'un groupe d'entreprises visé dans une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou soumis à une procédure d'insolvabilité;

b) Le représentant de l'insolvabilité d'un membre d'un groupe d'entreprises; ou

c) Un créancier²⁶ d'un membre d'un groupe d'entreprises visé dans une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou soumis à une procédure d'insolvabilité.

Coordination de l'examen d'une demande

207. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal²⁷ peut prendre les mesures appropriées pour coordonner, avec tout autre tribunal compétent, l'examen d'une demande de coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Ces mesures pourraient comprendre, par exemple, des procédures coordonnées, des audiences conjointes, ainsi que le partage et la communication d'informations.

Modification ou mainlevée d'une ordonnance de coordination procédurale

208. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'il est permis de modifier ou de lever une ordonnance de coordination procédurale, à condition que cette

d'un groupe ou un seul tribunal compétent pour un certain nombre de procédures d'insolvabilité différentes visant des membres d'un même groupe. Par conséquent, une décision de coordonner les procédures pourra exiger l'intervention de plusieurs tribunaux.

²⁵ L'impossibilité d'ordonner une coordination procédurale à un stade avancé des procédures d'insolvabilité est examinée dans le commentaire, voir ci-dessus par. 68 et 69.

²⁶ Pour être en droit de former une demande, un créancier n'a pas à être créancier de tous les membres du groupe à l'égard desquels il demande la coordination procédurale.

²⁷ Voir note 23 ci-dessus.

modification ou mainlevée n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions déjà prises en application de l'ordonnance. Lorsque plusieurs tribunaux ordonnent la coordination procédurale, ils peuvent prendre les mesures appropriées pour en coordonner la modification ou la mainlevée.

Tribunaux compétents

209. Aux fins de la recommandation 13, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également aux demandes et aux ordonnances de coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises²⁸.

Notification de la coordination procédurale

210. La loi sur l'insolvabilité devrait établir des règles pour la notification des demandes et des ordonnances de coordination procédurale, ainsi que de la modification ou mainlevée de telles ordonnances, notamment en ce qui concerne la portée de l'ordonnance; la (ou les) personne(s) à notifier; la partie chargée de la notification et le contenu de cette dernière.

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

79. Les effets que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité a sur le débiteur et sur ses actifs sont examinés en détail ci-dessus (voir partie II, chap. II). De manière générale, cet impact serait le même en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Certaines conséquences qui pourraient être différentes dans le cas d'un groupe d'entreprises sont examinées ci-après, et concernent la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité; le financement postérieur à l'ouverture de la procédure; l'annulation; le déclassement; et les voies de droit, y compris les ordonnances de regroupement des patrimoines.

1. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

a) Application de l'arrêt des poursuites à un membre solvable d'un groupe

80. Comme il est noté plus haut (voir partie II, chap. II, par. 26), de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient un mécanisme de protection de la valeur de la masse de l'insolvabilité qui non seulement interdit aux créanciers d'engager des actions pour faire exécuter leurs droits en se prévalant des moyens prévus par la loi pendant tout ou partie de la procédure d'insolvabilité, mais qui suspend également les actions déjà engagées contre le débiteur. Les recommandations relatives à l'application de ce mécanisme, appelé "arrêt des poursuites", s'appliqueraient, de manière générale, en cas de procédures d'insolvabilité engagées à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises (voir recommandations 39 à 51).

81. Une question qui peut se poser dans le contexte de l'insolvabilité de groupes d'entreprises, mais pas dans le cas de débiteurs autonomes, est l'extension de l'arrêt

²⁸ Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus par. 59 et note 23.

des poursuites à un membre qui n'est pas soumis à la procédure d'insolvabilité (la question ne se posera pas lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise un membre solvable d'un groupe à être inclus dans la procédure). Elle peut revêtir une importance particulière pour un groupe d'entreprises en raison de l'interdépendance de ses activités commerciales. Lorsque, par exemple, des arrangements financiers sont conclus à l'échelle du groupe, au moyen de garanties croisées ou de sûretés réelles croisées, le financement octroyé à un membre peut avoir des incidences sur le passif d'un autre. De même, des actes concernant l'actif des membres qui ne sont pas soumis à la procédure d'insolvabilité peuvent avoir des répercussions sur l'actif et le passif des membres visés par des demandes d'ouverture ou par des procédures d'insolvabilité ou sur leur capacité à poursuivre le cours normal de leurs affaires.

82. L'extension de l'arrêt des poursuites au membre solvable peut être recherchée dans plusieurs situations, par exemple pour protéger une garantie intragroupe fondée sur les actifs du membre solvable garant; pour empêcher un prêteur de chercher à faire exécuter un accord à un membre solvable, alors que cette exécution risque d'avoir des répercussions sur le passif d'un autre membre visé par une demande d'ouverture; et pour empêcher la réalisation d'une sûreté réelle sur les actifs d'un membre solvable qui sont essentiels aux activités commerciales du groupe, y compris celles des membres visés par une demande d'ouverture. Dans ces cas, l'extension peut avoir une incidence sur les activités commerciales du membre solvable et les intérêts de ses créanciers, selon la nature de ce membre et sa fonction au sein du groupe. Les activités quotidiennes d'un membre réalisant des opérations commerciales, par exemple, risquent d'être plus touchées que celles d'un membre du groupe établi pour détenir certains actifs ou obligations.

83. Dans certains États, il ne sera peut-être pas possible d'ordonner des mesures liées à la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un membre solvable d'un groupe (non inclus dans la procédure), car elles seraient incompatibles avec, par exemple, la protection des droits réels ou soulèveraient des questions de droits constitutionnels. Néanmoins, il serait possible d'obtenir le même résultat si un tribunal pouvait, dans certains cas, notamment dans le cas d'une garantie intragroupe, ordonner des mesures de protection au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'autres membres du groupe. Les mesures seraient laissées à l'appréciation du tribunal, sous réserve des conditions qu'il juge appropriées.

84. Ces mesures pourraient être couvertes par la recommandation 48, qui prévoit que le tribunal peut prononcer des mesures en sus des mesures applicables automatiquement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (comme prévu dans la recommandation 46). Comme le souligne la note de bas de page relative à la recommandation 48, les mesures supplémentaires pouvant être prononcées seraient fonction des types de mesures prévues dans une loi particulière et des mesures qui pourraient être appropriées dans une procédure d'insolvabilité donnée.

85. Des mesures pourraient également être proposées à titre provisoire. La recommandation 39 traite des mesures provisoires, en précisant les types de mesures pouvant être prononcées "à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur ou les intérêts des créanciers, entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure".

86. La protection des intérêts des créanciers, garantis ou chirographaires, du membre solvable du groupe est également traitée plus haut dans les recommandations pertinentes. La recommandation 51, par exemple, traite expressément de la question de la protection des créanciers garantis et des motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture, et pourrait être étendue aux créanciers garantis du membre solvable du groupe. D'autres motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites pourraient être liés à la situation financière du membre solvable et aux conséquences durables de l'arrêt des poursuites pour ses opérations courantes et, éventuellement, pour sa solvabilité.

87. Lorsqu'un créancier garanti est un membre du même groupe que le ou les débiteurs, une approche différente de la question de la protection pourrait être requise, surtout lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise le regroupement des patrimoines ou le déclassement des créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (voir ci-dessous, par. 121 à 126).

b) Financement postérieur à la demande d'ouverture

88. La section consacrée au financement postérieur à la demande d'ouverture (partie II, chap. II) reconnaît que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Elle exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs.

89. Le même besoin de financement se pose entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure (financement dit "postérieur à la demande d'ouverture"). Lorsque le membre d'un groupe d'entreprises devient insolvable et dépose une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, cette demande entraîne souvent un défaut d'exécution des conventions de prêt en vigueur, ce qui autorise le prêteur à cesser d'avancer des fonds en vertu de ces conventions. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas l'ouverture automatique d'une procédure d'insolvabilité sur demande, plusieurs mois s'écoulent souvent entre le dépôt de la demande et le début de la procédure. Pendant cette période, les tribunaux doivent procéder à une évaluation indépendante pour déterminer si les débiteurs soumis à la demande répondent aux critères légaux qui régissent l'ouverture d'une procédure. Par contre, si le membre du groupe doit poursuivre son activité pendant cette évaluation, il doit être en mesure de continuer à réaliser ses opérations, à payer ses salariés, à payer ses fournisseurs et, d'une manière générale, à mener ses activités quotidiennes. L'existence ou l'absence de financement pendant cette période peut déterminer si le redressement de l'entreprise ou du groupe d'entreprises sera finalement une option viable ou s'il sera nécessaire de procéder à la liquidation ou, du moins, considérablement influencer cette décision.

90. Comme il est noté plus haut (partie II, chap. II, par. 96), à défaut de dispositions dans la loi sur l'insolvabilité qui l'autorisent ou en précisent les modalités, l'octroi d'un financement avant l'ouverture de la procédure peut aussi entraîner des problèmes délicats, comme l'application de pouvoirs d'annulation et

l'engagement de la responsabilité tant du prêteur que du débiteur. Ainsi, certaines lois prévoient que lorsqu'un prêteur avance des fonds à un débiteur insolvable pendant cette période, il peut être responsable de toute augmentation des créances des autres créanciers ou que l'avance sera, en tant qu'opération préférentielle, susceptible d'annulation dans toute procédure d'insolvabilité subséquente.

91. L'existence, dans la loi sur l'insolvabilité, d'une disposition permettant l'obtention d'un financement entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure fournirait l'autorisation nécessaire, et donnerait à tout prêteur existant ou nouveau les garanties et les incitations nécessaires pour qu'il apporte d'autres ressources financières pendant cette période.

92. La recommandation 39 autorise le tribunal à prononcer des mesures provisoires pour préserver la valeur des actifs du débiteur avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité lorsque ces mesures sont nécessaires pour protéger ces actifs et les intérêts des créanciers. Étant donné que ces mesures pourraient inclure l'autorisation d'un financement postérieur à la demande d'ouverture, l'octroi de ce financement devrait être considéré comme relevant du champ d'application de la recommandation 39.

2. Utilisation et disposition des actifs

93. Il est noté plus haut (voir partie II, chap. II, par. 74) que, bien qu'en règle générale il soit souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne lèse pas indûment les droits de propriété des tiers ou les droits réels des créanciers garantis, il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure puisse être atteint, de continuer à utiliser des actifs de la masse et des actifs en la possession du débiteur dont se sert l'entreprise ou à en disposer (y compris en les grevant).

94. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, des questions risquent de se poser à propos de l'utilisation des actifs appartenant à un membre du même groupe qui n'est pas soumis à la procédure d'insolvabilité pour financer la poursuite de l'activité des membres qui y sont soumis en attendant le règlement de la procédure. Lorsque ces actifs sont en la possession de l'un des membres insolubles du groupe, la recommandation 54, qui traite de l'utilisation d'actifs appartenant à des tiers et se trouvant en la possession du débiteur, pourrait être suffisante.

95. Lorsque ces actifs ne sont pas en possession de l'un des membres insolubles du groupe, la recommandation 54 ne s'appliquera pas de manière générale. Toutefois, dans certains cas, le membre solvable du groupe qui se trouve en possession de ces actifs sera inclus dans la procédure d'insolvabilité ou les dispositions d'un plan de redressement du groupe devront couvrir les actifs (voir plus loin, par. 184, pour l'examen de la question de l'inclusion d'un membre solvable d'un groupe dans un plan de redressement). Lorsque le membre solvable n'est pas inclus dans la procédure, il s'agira de savoir si ces actifs peuvent être utilisés pour soutenir les membres insolubles du groupe et, dans l'affirmative, les conditions auxquelles une telle utilisation serait subordonnée. L'utilisation de ces actifs risque de soulever des questions d'annulation, surtout lorsque le membre qui apporte le soutien devient ensuite insolvable, et constitue aussi une sorte d'inquiétude pour les créanciers de ce membre.

3. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

a) Besoin d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

96. Lors de l'examen de la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure (voir partie II, chap. II, par. 94 et 95), il a été reconnu que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Elle exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs. Il a également été noté, cependant, qu'un certain nombre de lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement. Parmi celles qui traitent effectivement du financement postérieur à l'ouverture de la procédure, pratiquement aucune n'aborde la question dans le contexte des groupes d'entreprises.

97. Le financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être encore plus important dans le contexte d'un groupe que dans celui d'une procédure d'insolvabilité autonome. Sans un financement continu, les perspectives de redresser un groupe insolvable ou de le vendre en tout ou en partie en vue de la poursuite de l'activité sont très minces. L'impact économique de cet échec risque, surtout dans les grands groupes, d'être bien plus important qu'il ne le serait dans le cas d'un débiteur autonome. Les raisons qui poussent à promouvoir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe sont donc comparables à celles qui valent pour un débiteur autonome, bien qu'il risque de se poser un certain nombre de questions différentes. Ces questions pourront avoir trait à l'équilibre à trouver entre les intérêts de chaque membre du groupe et les mesures à prendre pour redresser l'ensemble; à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre solvable du groupe, en particulier lorsque des questions de contrôle pourraient se poser, comme dans le cas d'un membre solvable contrôlé par la société mère insolvable; au traitement des opérations menées essentiellement entre des parties ayant des liens privilégiés (voir glossaire, par. jj)); à l'octroi d'un financement par d'autres membres du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité; à l'éventuel conflit d'intérêts entre les besoins des différents débiteurs s'agissant de la poursuite du financement lorsqu'un représentant unique de l'insolvabilité est nommé pour plusieurs membres du groupe; et à l'opportunité de maintenir, dans la procédure d'insolvabilité, la structure financière du groupe qui existait avant le début de l'insolvabilité, surtout lorsque cette structure reposait sur le nantissement de tous les actifs du groupe pour un financement qui transitait par une entité centrale de ce dernier dotée de fonctions de trésorerie.

98. Les recommandations 63 à 68 tendent à faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur et à assurer une protection appropriée à ceux qui fournissent un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, ainsi qu'à d'autres parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, ces recommandations s'appliqueraient à un financement postérieur à

l'ouverture de la procédure octroyé par un prêteur extérieur ou par un membre solvable du groupe.

b) Sources de financement postérieur à l'ouverture de la procédure

99. Comme indiqué plus haut (voir partie II, chap. II, par. 99), les sources de financement postérieur à l'ouverture de la procédure sont peu nombreuses. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, ces sources peuvent être à la fois externes et internes au groupe, sachant que les sources internes peuvent comprendre des membres solvables du groupe ainsi que des membres déjà soumis à la procédure d'insolvabilité. Même si certaines des raisons qui poussent les prêteurs extérieurs et internes à octroyer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peuvent être les mêmes, les prêteurs internes peuvent y être d'autant plus encouragés pour assurer leur propre survie lorsqu'ils sont visés par un plan de redressement.

i) Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre solvable du groupe

100. Comme on l'a noté plus haut, l'une des questions qui se posent en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe d'entreprises est de savoir si les actifs d'un membre solvable du groupe peuvent être utilisés, en recourant par exemple à une sûreté réelle ou personnelle, pour obtenir auprès d'une source externe un financement destiné à un membre insolvable ou pour financer celui-ci directement et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences pour les recommandations relatives à la priorité et aux sûretés. Il se peut que le membre solvable ait intérêt à ce que la société mère, d'autres membres ou encore le groupe tout entier conservent leur stabilité financière afin d'assurer sa propre stabilité financière et la poursuite de ses activités, en particulier lorsqu'il est étroitement lié aux membres insolubles ou qu'il dépend d'eux pour poursuivre ses activités. Différents types d'entités solvables, comme les entités ad hoc avec un passif peu important et des actifs de valeur, peuvent participer de différentes manières à l'insolvabilité des autres membres du groupe, notamment en octroyant une sûreté personnelle ou réelle aux membres insolubles du groupe pour les aider à obtenir un nouveau financement.

101. Cependant, l'utilisation des actifs d'un membre solvable à cette fin, en particulier lorsque ce membre solvable risque de devenir, ou devient ultérieurement, insolvable, soulève plusieurs questions. Ce dernier pourrait accorder ce financement de sa propre initiative conformément au droit des sociétés dans un contexte commercial et non conformément à la loi sur l'insolvabilité, mais les conséquences de ce financement pourraient être régies en dernier ressort par cette dernière. On pourra, par exemple, se demander si un membre solvable du groupe pourrait bénéficier de la priorité prévue dans la recommandation 64 s'il finançait un membre insolvable; si la créance naissant de cette opération ferait, en vertu de la recommandation 184, l'objet d'un traitement spécial parce que les opérations s'effectuaient entre parties ayant des liens privilégiés; ou si elle pourrait être considérée comme préférentielle en cas d'insolvabilité ultérieure du membre apportant le financement. Dans certaines lois, un tel financement pourrait être interdit, car il équivaldrait à un transfert d'actifs d'une entité solvable à une entité insolvable au détriment des créanciers et des actionnaires de la première.

102. Certaines des difficultés liées à l'octroi d'un financement par un membre solvable du groupe pourraient être résolues si elles étaient traitées dans le cadre d'un plan de redressement, auquel le membre solvable du groupe, de même que les personnes externes fournissant le financement, pourrait participer par contrat. S'il se pouvait que dans certaines situations cette approche puisse convenir, la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dès le début de la procédure d'insolvabilité dans le cadre d'une procédure de redressement avant qu'un plan puisse être négocié et dans des situations telles que la liquidation en vue de la poursuite de l'activité, où il n'y aurait pas de plan de redressement, fait qu'elle aurait probablement une application limitée.

103. La recommandation 63 énonce les conditions d'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure (il faut que le représentant de l'insolvabilité juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur de la masse) et de son autorisation (par le tribunal ou par les créanciers). Ces critères restent valables dans le contexte de groupes d'entreprises et, pour lever tout doute, la recommandation 63 devrait être interprétée comme s'appliquant à un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité qui obtient un financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'un prêteur extérieur ou d'un membre solvable du groupe. Elle ne s'applique toutefois pas à un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité qui fournit un financement postérieur à l'ouverture de la procédure directement à un autre membre du groupe ou qui facilite l'octroi d'un tel financement en recourant à une sûreté réelle ou personnelle.

ii) *Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre insolvable du groupe*

104. L'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité à un autre membre qui se trouve dans le même cas n'est pas directement traité ailleurs dans le *Guide*. Il faudra, pour faciliter l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans cette situation, étudier plus avant certaines des interdictions générales que prévoient les lois existantes en ce qui concerne les entités insolubles qui empruntent et prêtent des fonds (voir ci-dessus, par. 96). Les raisons qui justifient ces interdictions sont probablement encore plus évidentes lorsque le prêteur et l'emprunteur sont tous deux non seulement insolubles et soumis à la procédure d'insolvabilité, mais aussi membres du même groupe d'entreprises. Ce dernier élément peut en outre soulever des problèmes quant aux devoirs et obligations du représentant de l'insolvabilité, lorsque le représentant de l'insolvabilité d'un membre insoluble du groupe souhaite faciliter l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à l'autre membre insoluble du groupe.

105. Si l'on peut s'attendre, en règle générale, à ce qu'un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité ne soit pas en mesure d'octroyer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à un autre membre qui se trouve dans le même cas, ou de faciliter un tel financement, il pourra exister des situations, quoique vraisemblablement limitées, dans lesquelles cela sera à la fois possible et souhaitable, en particulier lorsque les intérêts d'un groupe d'entreprises sont considérés dans leur ensemble. Dans la mesure où ce financement a une

incidence sur les droits des créanciers – garantis ou non – des deux membres, il faudrait le mettre en balance avec la possibilité que le maintien de la valeur de continuation de l'entreprise profite en fin de compte à ces créanciers. Il pourrait également être souhaitable de trouver un juste équilibre entre le fait de sacrifier un membre du groupe au profit des autres et celui d'obtenir un meilleur résultat global pour tous les membres. Bien que potentiellement difficile à atteindre, le but pourrait être de répartir équitablement les conséquences néfastes qui résultent d'un tel financement à court terme, cela dans l'optique d'un gain à long terme, plutôt que de sacrifier un membre (et ses créanciers) au profit des autres parties concernées par le financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

Conflit d'intérêts

106. L'octroi d'un financement dans le contexte d'un groupe soulève des questions en ce qui concerne d'éventuels préjudices et conflits d'intérêts qui n'existent pas dans le contexte d'un débiteur autonome. Un conflit d'intérêts peut surgir, par exemple, pour concilier les intérêts du groupe dans son ensemble et ceux potentiellement différents du prêteur et du bénéficiaire du financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, lorsqu'un représentant unique de l'insolvabilité est nommé pour plusieurs membres du groupe. Par exemple, le représentant de l'insolvabilité du membre qui octroie le financement pourra également être celui du membre bénéficiaire. Cette situation pourra être résolue de différentes manières dans la loi sur l'insolvabilité, par exemple, en exigeant qu'un tribunal ou un créancier approuve le financement ou en nommant un ou plusieurs représentants supplémentaires pour protéger les intérêts des créanciers des différents membres du groupe (voir ci-après, par. 173 à 178). Ce ou ces représentants pourront être nommés pour résoudre ce conflit particulier ou de manière plus générale pour la durée de la procédure.

107. Une autre question qui se pose est de savoir si un membre insolvable du groupe, dans le cadre des arrangements de financement du groupe d'entreprises dans son ensemble, peut être tenu de garantir le financement octroyé à un membre solvable du groupe. Étant donné que la fourniture d'une telle garantie équivaldrait probablement à un acte de disposition des actifs du membre insolvable du groupe, elle pourrait être visée par les recommandations traitant de cette question (voir recommandations 52 à 62).

iii) Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

108. La recommandation 64 énonce la nécessité de définir la priorité à accorder au financement postérieur à l'ouverture de la procédure et le rang de cette priorité, à savoir avant les créanciers chirographaires ordinaires, y compris ceux titulaires d'une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure. Si la priorité constitue généralement une importante incitation à octroyer un tel financement, l'incitation requise dans le contexte d'un groupe est peut-être légèrement différente de celle requise dans le cas d'un débiteur autonome. L'intérêt du membre du groupe qui octroie le financement pourra tenir davantage à l'issue de la procédure pour l'ensemble du groupe (y compris ce membre) qu'à des considérations commerciales de bénéfice ou de gains à court terme. Dans ces conditions, on pourra s'interroger sur le fait de savoir si le rang de priorité accordé par la recommandation 64 serait approprié. On pourra, d'une part, estimer que ce rang de priorité encourage l'octroi

d'un financement et protège suffisamment les créanciers du membre qui octroie le financement. On pourra également, d'autre part, estimer qu'en raison de la nature privilégiée de l'opération et du contexte de groupe (y compris l'intérêt qu'a le membre qui octroie le financement dans l'issue de la procédure pour l'ensemble du groupe), il serait souhaitable d'accorder un rang de priorité inférieur pour protéger les intérêts des créanciers plus généralement et ménager un équilibre entre les intérêts des créanciers du membre qui octroie le financement et ceux du membre qui en bénéficie. Quelle que soit l'approche adoptée, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité accorde la priorité à ce prêt et spécifie le rang approprié.

iv) *Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure*

109. Les recommandations 65 à 67 traitent de questions relatives à la constitution d'une sûreté en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et seraient généralement applicables dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité peut constituer une sûreté du type envisagé dans la recommandation 65 en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure qu'il a obtenu. Cette situation est visée par les recommandations 65 à 67. Un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité peut également constituer une sûreté du type envisagé dans la recommandation 65 en garantie du remboursement du financement octroyé à un autre membre du groupe qui se trouve dans le même cas. Dans ce dernier cas, le membre constitue la sûreté sur ses actifs non grevés, mais ne perçoit pas directement le bénéfice du financement et réduit potentiellement les actifs dont disposent ses créanciers. Il peut cependant retirer un bénéfice indirect lorsque l'octroi d'un financement aide à trouver une meilleure solution à l'insolvabilité globale. Comme on l'a vu plus haut, en outre, tout détriment à court terme est contrebalancé par le gain qu'obtiennent à long terme les créanciers, y compris ses propres créanciers. Le membre qui bénéficie du financement retire un bénéfice direct, mais accroît son endettement au détriment potentiel de ses créanciers, même si ces derniers devraient également retirer un bénéfice à plus long terme.

110. Pour faire pendant aux exigences de la recommandation 63 concernant le membre du groupe qui reçoit le financement, il pourrait être souhaitable d'exiger que le représentant de l'insolvabilité détermine si la fourniture d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure est nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du membre du groupe ou pour préserver ou augmenter la valeur de sa masse. Une exigence supplémentaire pourrait être que tout détriment causé aux créanciers du membre du groupe fournissant le financement soit contrebalancé par le bénéfice à retirer de la constitution de cette sûreté.

111. Conformément à la recommandation 63, la loi sur l'insolvabilité pourrait également exiger l'autorisation du tribunal ou le consentement des créanciers du membre du groupe qui fournit le financement. Étant donné qu'il peut être nécessaire d'obtenir un nouveau financement de manière relativement urgente pour assurer la continuité de l'activité, il est souhaitable de maintenir au minimum le nombre d'autorisations requises. Les avantages et les inconvénients des différents types d'autorisation qui s'appliqueraient également dans le contexte d'un groupe sont examinés plus haut (voir partie II, chap. II, par. 105 et 106). On ajoutera que puisque les questions à résoudre seront probablement plus complexes dans ce

contexte, faisant intervenir un nombre plus important de parties et des relations complexes, il est probable que ce sont les représentants de l'insolvabilité des membres correspondants du groupe qui seront le mieux à même d'évaluer l'impact du financement proposé, de même que pour ce qui est de déterminer la nécessité d'un nouveau financement en vertu de la recommandation 63. Bien que la participation des tribunaux ou des créanciers soit jugée souhaitable, il faudra cependant garder à l'esprit que l'on pourra rencontrer des retards lorsqu'il existe un grand nombre de créanciers à consulter ou lorsque le tribunal n'a pas les moyens de rendre des décisions rapidement.

112. Lorsqu'il est jugé souhaitable d'accorder à une sûreté constituée pour garantir un nouveau financement un rang de priorité supérieur à celui d'une sûreté existant sur le même actif, comme l'envisage la recommandation 66, les garanties prévues par cette recommandation et par la recommandation 67 s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe.

v) *Garantie personnelle ou autre assurance de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure*

113. L'offre, par un membre du groupe, d'une garantie personnelle de remboursement d'un nouveau financement à un autre membre n'est pas une situation qui se produit dans le cas d'un débiteur autonome et n'est donc pas abordée ailleurs dans le *Guide*. Comme, cependant, les questions qui se posent sont comparables à celles examinées plus haut en ce qui concerne la constitution d'une sûreté, il pourra être judicieux d'adopter la même approche en ce qui concerne les décisions à prendre par le représentant de l'insolvabilité et la sollicitation éventuelle de l'autorisation du tribunal ou du consentement des créanciers.

Recommandations 211 à 216

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte des groupes d'entreprises est:

a) De faciliter l'obtention d'un financement par des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de leur entreprise ou pour préserver ou augmenter la valeur de leurs actifs;

b) De faciliter l'octroi d'un financement par des membres d'un groupe, y compris ceux soumis à une procédure d'insolvabilité;

c) D'assurer une protection appropriée à ceux qui octroient ou qui reçoivent un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure et aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence; et

d) De promouvoir l'objectif d'une répartition équitable, entre tous les membres concernés, du bénéfice et du préjudice associés à l'octroi d'un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure.

Contenu des dispositions législatives²⁹

Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité

[211. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité:

a) D'avancer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à d'autres membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité;

b) De constituer une sûreté réelle sur ses actifs en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité; et

c) D'offrir une sûreté personnelle ou toute autre garantie de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité.]

[212. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être [octroyé] [avancé ou facilité] conformément à la recommandation 211, lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui avance le financement, constitue une sûreté réelle ou offre une sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement:

a) Le juge nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre;

b) Le juge nécessaire à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse de ce membre; et

c) Constate [conformément à la loi sur l'insolvabilité] que tout préjudice causé aux créanciers est compensé par le bénéfice à retirer de l'avance de ce financement, de la constitution de cette sûreté réelle ou de l'octroi de cette sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement.]

[213. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'octroi de ce financement conformément aux recommandations 211 et 212.]

Obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité auprès d'un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité

[214. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, conformément à la recommandation 63, un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être obtenu d'un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité par un autre membre du groupe qui se trouve dans le même cas lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui reçoit le financement juge que ce financement est nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce

²⁹ Les recommandations 211 à 216 ont été révisées à la trente-sixième session du Groupe de travail, mais n'ont pas été examinées faute de temps. C'est pourquoi elles figurent ici entre crochets.

membre ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'obtention de ce financement.]

Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

[215. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le rang de priorité qui s'applique au financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité.]

Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

[216. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les recommandations 65, 66 et 67 s'appliquent à la constitution d'une sûreté réelle conformément à la recommandation 211 b).]

4. Procédure d'annulation

a) Nature des opérations dans un groupe d'entreprises

114. Les recommandations 87 à 99 relatives à l'annulation s'appliqueraient de manière générale aux opérations effectuées entre membres d'un groupe d'entreprises. Toutefois, des considérations supplémentaires peuvent entrer en ligne de compte dans ce type d'opérations en raison de la structure du groupe et des différentes relations que les membres du groupe peuvent avoir les uns avec les autres. Il faudra parfois dépenser beaucoup de temps et d'argent pour démêler l'écheveau des opérations intragroupe afin de déterminer lesquelles, le cas échéant, sont susceptibles d'annulation. Certaines opérations qui sembleraient préférentielles ou sous-évaluées entre les parties immédiatement intéressées pourraient être envisagées sous un autre jour lorsqu'elles sont replacées dans le contexte plus vaste d'un groupe d'entreprises, où les inconvénients et les avantages qu'elles offrent seraient répartis plus largement. Ces opérations, par exemple des contrats conclus pour l'établissement des prix de transfert³⁰, peuvent être soumises à des conditions différentes des conditions commerciales habituelles qui régissent des contrats similaires conclus par des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles. De même, il se peut que certaines opérations légitimes réalisées au sein d'un groupe d'entreprises ne soient pas viables commercialement en dehors d'un groupe si les avantages et les inconvénients étaient analysés sur la base de conditions commerciales normales.

115. Les "opérations intragroupe" peuvent désigner, entre autres, des échanges commerciaux entre des membres du groupe; le transfert de bénéfices d'un membre du groupe à un membre du groupe qui exerce le contrôle; des prêts d'un membre pour aider le membre emprunteur à poursuivre ses activités; des transferts d'actifs et des sûretés personnelles entre membres du groupe; des paiements effectués par une

³⁰ Le prix de cession interne est le prix des biens et des services au sein d'une organisation multidivisionnelle. Des biens de la division de la production peuvent être vendus à la division du marketing, ou des biens d'une société mère à une filiale à l'étranger. La fixation des prix de transfert détermine la répartition du bénéfice total entre les différentes composantes de la société. Il peut être avantageux de les fixer de manière à ce que, en termes comptables, la majeure partie des bénéfices soit réalisée dans un pays où le taux d'imposition est faible.

société à un créancier d'une société apparentée; une sûreté personnelle ou une hypothèque consentie par une société du groupe pour un prêt accordé par une partie extérieure à une autre société du groupe; ou diverses autres opérations. Un groupe peut avoir pour pratique de tirer le meilleur parti sur le plan commercial de tout l'argent et de tous les actifs à sa disposition dans son intérêt général, plutôt qu'au profit du membre auquel ils appartiennent. Il pourrait notamment regrouper les liquidités de certains membres du groupe auprès du membre qui le finance. Bien que cette pratique ne serve pas toujours au mieux les intérêts des différents membres du groupe, certaines lois permettent aux administrateurs de membres d'un groupe détenus à 100 %, par exemple, d'agir ainsi, à condition que ce soit dans l'intérêt supérieur du membre du groupe qui exerce le contrôle.

b) Critères d'annulation dans le contexte d'un groupe d'entreprises

116. Une question qu'il faudrait peut-être examiner dans le cas d'un groupe est celle de savoir si les dispositions d'annulation ont pour but de protéger les opérations intragroupe dans l'intérêt du groupe tout entier, du fait qu'elles constituent des opérations réalisées dans le cours normal des affaires, ou de les soumettre à un examen particulier et à une annulation plus probable en raison des liens qui existent entre les auteurs des opérations en tant que membres du groupe et des dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives aux opérations entre "personnes ayant des liens privilégiés entre elles". La "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" est définie de manière à englober les membres d'un groupe d'entreprises, tels qu'une société mère, une filiale, une société partenaire ou une société apparentée du membre insolvable à l'encontre duquel la procédure d'insolvabilité a été ouverte, ou une personne, y compris une personne morale, qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur (glossaire, al. jj)). Si, dans certains cas, un régime plus strict peut se justifier par le fait que ces parties ont plus de chances d'être favorisées ou sont souvent les premières à savoir quand le débiteur est effectivement en difficulté financière, la simple existence d'un groupe d'entreprises ne suffit pas toujours à justifier que toutes les opérations intragroupe soient traitées comme des opérations entre "personnes ayant des liens privilégiés entre elles" qui devraient être susceptibles d'annulation, comme il est noté plus haut (partie II, chap. V, par. 48).

117. Certaines opérations effectuées dans le cadre d'un groupe peuvent être clairement considérées comme susceptibles d'annulation aux termes de la recommandation 87. D'autres, en revanche, n'entrent peut-être pas aussi clairement dans le champ d'application de cette recommandation et peuvent soulever des questions qui ont trait à la mesure dans laquelle le groupe fonctionnait en tant qu'entreprise unique ou dans laquelle les patrimoines respectifs des membres du groupe étaient étroitement imbriqués, ce qui risque d'influer sur la nature des opérations entre les membres eux-mêmes et entre les membres et des créanciers externes. Certaines opérations peuvent être des opérations intragroupe parce qu'elles ne peuvent pas être réalisées différemment ou résultent de la manière dont le groupe est structuré. Ainsi, dans certaines situations, il se peut que seul un financement intragroupe soit disponible, et il n'y a pas de raison de traiter une telle opération de manière plus stricte qu'une opération impliquant un prêteur extérieur. De même, comme il est noté plus haut, un groupe peut impliquer des flux ou des transferts centralisés de liquidités qui ne se produiraient pas en l'absence d'un groupe.

118. D'autres opérations encore ne seront peut-être pas couvertes par les dispositions d'annulation. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient l'annulation de paiements préférentiels aux créanciers d'un débiteur, mais non aux créanciers d'un membre appartenant au même groupe, sauf si le paiement est effectué, par exemple, en exécution d'une sûreté personnelle. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité aborde ces questions dans le contexte des groupes et fasse des facteurs liés aux groupes des éléments à prendre en compte pour déterminer si une opération particulière entre membres d'un groupe serait susceptible d'annulation en vertu de la recommandation 87.

119. La recommandation 97 mentionne les preuves à produire pour annuler une opération particulière et les défenses à opposer. Il pourrait être judicieux d'étudier comment ces preuves s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe et si une approche différente s'imposerait. Une approche de la charge de preuve dans le cas d'opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourrait consister à prévoir que l'intention ou la mauvaise foi requise est réputée ou présumée exister lorsque certains types d'opérations sont réalisées pendant la période suspecte, le cocontractant ayant la charge de prouver qu'il en est autrement. Certaines lois, par exemple, ont établi que les opérations entre membres d'un groupe et entre ces membres et les actionnaires du groupe étaient présumées, sauf preuve contraire, porter préjudice aux créanciers et pouvaient en conséquence être annulées. Une approche différente consisterait à admettre, comme on l'a noté plus haut, que les opérations qui s'effectuent au sein d'un groupe, même si elles ne sont pas toujours commercialement viables si elles s'effectuent hors du contexte du groupe, sont généralement légitimes, surtout lorsqu'elles s'effectuent dans le cadre de la loi applicable et des activités normales des membres du groupe concerné. Une telle opération pourrait néanmoins appeler une surveillance particulière (sur le modèle de ce que préconise la recommandation 184 pour les créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur), approche suivie par certaines lois qui permettent également que les droits de membres du groupe ayant des liens privilégiés avec le débiteur découlant d'arrangements concernant la dette intragroupe soient subordonnés aux droits des créanciers externes des membres insolubles.

120. La recommandation 93 n'aborde que brièvement la façon, pour un créancier, d'engager une action en annulation avec l'approbation du représentant de l'insolvabilité ou l'autorisation du tribunal. Dans le contexte d'un groupe, le degré d'intégration peut grandement influencer l'aptitude des créanciers à identifier le membre du groupe avec lequel ils ont traité et fournir ainsi les informations requises pour engager une action en annulation.

Recommandations 217 et 218

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions d'annulation entre les membres d'un groupe d'entreprises est [de prévoir, en sus des considérations exposées dans les recommandations 87 à 99, que la loi sur l'insolvabilité peut permettre au tribunal de tenir compte du fait que l'opération s'est déroulée dans le contexte d'un groupe d'entreprises et de définir les circonstances spécifiques qui peuvent être prises en compte par le tribunal.]

Contenu des dispositions législatives

Opérations annulables

217. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'il examine s'il faudrait annuler une opération du type mentionné dans la recommandation 87 a), b) ou c) effectuée entre des membres d'un groupe d'entreprises ou entre un membre d'un groupe d'entreprises et d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec lui, le tribunal peut tenir compte des circonstances dans lesquelles s'est déroulée l'opération. Ces circonstances peuvent être notamment les suivantes: la relation entre les parties à l'opération; le degré d'intégration entre les membres du groupe qui sont parties à l'opération; l'objet de l'opération; le fait de savoir si l'opération a contribué aux activités du groupe dans son ensemble; et le fait de savoir si l'opération a procuré aux membres du groupe ou à d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec eux des avantages que ne s'accorderaient pas normalement des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles.

Éléments d'annulation et moyens de défense

218. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment les éléments mentionnés à la recommandation 97 s'appliqueraient à l'annulation d'opérations dans le cadre d'un groupe d'entreprises³¹.

5. Déclassement

121. Il est noté plus haut (voir partie II, chap. V, par. 56) que le déclassement désigne une modification de l'ordre de priorité entre créanciers dans le cadre de l'insolvabilité indépendamment de la validité ou de la légalité de la créance. Une créance, même valable, pourrait être déclassée en raison d'un accord volontaire ou d'une décision judiciaire. Les deux types de créances qui peuvent généralement être déclassées en cas d'insolvabilité sont celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et celles des propriétaires et des actionnaires du débiteur.

a) Créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

122. Dans le contexte des groupes d'entreprise, le déclassement des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourrait signifier par exemple que les droits des membres du groupe qui découlent d'arrangements intragroupe seraient éventuellement subordonnés aux droits des créanciers externes des membres du groupe qui sont soumis à la procédure d'insolvabilité.

123. Comme cela est expliqué ci-dessus, le terme "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" inclurait les membres d'un groupe d'entreprises. Le simple fait, cependant, d'une relation privilégiée avec le débiteur, y compris, dans le contexte d'un groupe, l'appartenance au même groupe d'entreprises, ne suffira peut-être pas toujours, cependant, à justifier un traitement spécial des créances. Parfois, ces dernières seront totalement transparentes et devraient être traitées de la même manière que les créances analogues déclarées par des créanciers n'ayant pas de relation privilégiée avec le débiteur; dans d'autres cas, elles pourront susciter des

³¹ À savoir les éléments devant être prouvés pour faire annuler une opération, la charge de la preuve, les moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation et l'application de présomptions particulières.

souçons et mériteront une attention particulière. Il pourra être nécessaire qu'une loi sur l'insolvabilité comporte un mécanisme permettant de déceler les types de comportement ou de situations dans lesquels des créances mériteront une attention particulière. Comme il est noté plus haut, des considérations similaires valent pour l'annulation d'opérations entre membres d'un groupe d'entreprises.

124. Un certain nombre de situations dans lesquelles un traitement spécial pourrait se justifier (par exemple, lorsque le débiteur est nettement sous-capitalisé et lorsqu'il y a preuve d'abus de confiance) sont recensées dans la deuxième partie, chapitre V, paragraphe 48. Dans le contexte d'un groupe, d'autres situations pourraient entrer en ligne de compte, par exemple: dans la relation entre une société mère et un membre contrôlé du groupe, la participation de la première à la gestion du second; le fait que la société mère a cherché à manipuler des opérations intragroupe à son propre avantage aux dépens de créanciers externes; ou le fait que la société mère s'est par ailleurs comportée de manière injuste, au détriment de créanciers et d'actionnaires du membre contrôlé du groupe. Dans certaines lois, l'existence de ces circonstances pourrait entraîner le déclassement des créances de la société mère après celles de créanciers chirographaires n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur, voire d'actionnaires minoritaires du membre contrôlé du groupe.

125. Certaines lois prévoient d'autres approches en matière d'opérations intragroupe, par exemple en permettant que des dettes contractées par un membre du groupe qui a emprunté des fonds dans le cadre d'un arrangement de prêt intragroupe soient subordonnées d'office aux droits des créanciers externes de ce membre; en permettant au tribunal d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à un membre du groupe devraient être traités comme un apport de capital plutôt que comme un prêt, lorsque les apports de capital sont subordonnés aux droits des créanciers (pour le traitement des participations au capital, voir plus loin); et en autorisant que des créances intragroupe soient subordonnées, de manière volontaire, aux créances externes.

126. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, une décision de déclassement pourrait avoir pour conséquence pratique de réduire ou d'éteindre purement et simplement les remboursements aux membres du groupe dont les créances ont été déclassées si le montant des créances garanties et chirographaires externes est important par rapport aux fonds disponibles pour la répartition. Dans certains cas, une telle conséquence risquerait de compromettre la viabilité du membre subordonné et de porter préjudice non seulement à ses propres créanciers, mais aussi à ses actionnaires et, en cas de redressement, à l'ensemble du groupe. L'adoption d'une politique consistant à déclasser ces créances peut aussi avoir pour effet de décourager le prêt intragroupe.

b) Traitement des participations au capital

127. De nombreuses lois sur l'insolvabilité font une distinction entre les créances de propriétaires et d'actionnaires susceptibles de naître de prêts accordés au débiteur et les créances résultant de leur participation au capital du débiteur (voir partie II, chap. V, par. 76). S'agissant des secondes, nombre de ces lois excluent généralement les propriétaires et les actionnaires de la répartition du produit des actifs tant que toutes les autres créances ayant un rang de priorité supérieur n'ont pas été intégralement remboursées (y compris les créances d'intérêts courant à partir de

l'ouverture de la procédure). Aussi les actionnaires et les propriétaires recevront-ils rarement quelque chose pour leur participation au capital du débiteur. Lorsqu'une partie du produit leur revient, celle-ci est généralement répartie en fonction du classement des actions spécifié dans le droit des sociétés et dans les statuts de l'entreprise. En revanche, les créances nées de prêts ne sont pas toujours déclassées.

128. Rares sont les lois sur l'insolvabilité qui traitent expressément du déclassement des créances résultant d'une participation au capital dans le contexte des groupes d'entreprises. L'une d'entre elles permet aux tribunaux d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité devraient être traités comme un apport de capital, plutôt que comme un prêt intragroupe, ce qui permet de les subordonner aux droits des créanciers. Ces fonds peuvent être traités comme une participation au capital lorsque le ratio d'endettement initial était élevé avant leur apport et qu'il diminuerait après cet apport; si le capital social libéré était insuffisant; s'il est peu probable qu'un créancier externe aurait consenti un prêt dans des circonstances identiques; et si les conditions dans lesquelles l'avance a été consentie n'étaient pas raisonnables et qu'on ne pouvait pas raisonnablement attendre un remboursement.

129. Le déclassement est examiné plus haut dans le contexte du traitement des créances et des priorités, mais le *Guide* ne recommande pas de déclasser certains types de créances en vertu de la loi sur l'insolvabilité, notant simplement que les créances déclassées auraient un rang inférieur aux droits des créanciers chirographaires ordinaires (recommandation 189)³².

D. Voies de droit

130. 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.

131. Lorsqu'on y parvient, le principe de l'entité distincte a pour effet de limiter le recouvrement des créances aux actifs du membre sur lequel portent ces créances. 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

³² Voir également le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

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 adéquatement utilisées, par exemple la révocation des administrateurs incriminés et la limitation de la participation de la direction à la procédure de redressement.

132. 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 voies de droit examinées ci-après, même si, dans certaines circonstances, l'effet peut sembler similaire.

1. Extension de la responsabilité

133. 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.

134. 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 du membre insolvable se justifie par la relation entre ce membre 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 du membre ayant des liens privilégiés avec le membre soumis à une procédure d'insolvabilité vis-à-vis des créanciers de ce membre.

135. 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 de ce membre dans l'intérêt du membre du groupe qui exerce le contrôle;

b) Conduite frauduleuse de l'actionnaire dominant, notamment le siphonnement frauduleux des actifs d'un membre du groupe ou l'accroissement frauduleux de son passif, ou conduite des affaires de ce membre dans l'intention de frauder des créanciers;

c) Exploitation d'un membre du groupe comme mandataire, fiduciaire ou partenaire de la société mère ou du membre du groupe qui exerce le contrôle;

d) Conduite des affaires du groupe ou d'un membre du groupe 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 membres du groupe 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 membre du groupe, pouvant être tenue de réparer le préjudice ou le dommage subi par un autre membre 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'un membre du groupe, ayant l'obligation de surveiller, par exemple, si ce membre 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 qu'il est devenu 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 ou d'un membre contrôlé du groupe.

136. Généralement, le simple fait qu'un membre du groupe contrôle ou domine un autre membre, 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.

137. Dans plusieurs des exemples où la responsabilité pourrait être étendue au membre du groupe qui exerce le contrôle, les membres du conseil d'administration de ce membre (qui peuvent être décrits comme des administrateurs occultes ou de

fait) pourront aussi être tenus personnellement responsables. Alors que les administrateurs d'un membre du groupe sont généralement redevables de certaines obligations envers ce dernier, ils 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'un membre du groupe qui exerce le contrôle seront personnellement responsables des dettes ou actes d'un membre contrôlé qui fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, on pourrait notamment se fonder sur les éléments suivants: participation active ou non à la gestion du membre contrôlé; existence ou non d'une négligence ou d'une fraude grave dans la gestion du membre insolvable; manquement ou non de la direction du membre du groupe qui exerce le contrôle 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 du membre contrôlé 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 le membre du groupe qui exerce le contrôle était l'administrateur occulte ou l'administrateur de fait.

138. Il existe également des lois en vertu desquelles le membre du groupe qui exerce le contrôle ou la société mère assument la responsabilité des dettes des membres contrôlés ou des 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, le membre principal du groupe peut être solidairement responsable envers les créanciers des membres intégrés, pour des dettes naissant tant avant qu'après l'intégration.

2. Ordonnances de contribution

139. 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, en les limitant généralement aux procédures de liquidation.

140. 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.

141. 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.

142. 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 approprié³³. Une telle ordonnance pourrait également être prononcée, par exemple, lorsque la filiale ou le membre contrôlé doivent assumer une lourde responsabilité pour des dommages corporels ou lorsque la société mère ou le membre qui exerce le contrôle ont permis à la filiale ou au membre contrôlé, alors qu'ils étaient insolvable, de poursuivre leur activité.

3. Regroupement des patrimoines

a) Introduction

143. 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. Les actifs sont donc traités comme s'ils faisaient partie d'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.

144. 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

³³ New Zealand Companies Act 1993 (loi néo-zélandaise sur les sociétés), sect. 271 (1) (a) et 272 (1).

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.

145. 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 devait être 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.

146. 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.

147. 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.

148. 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).

149. 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 le permettent, s'étendre à un membre apparemment solvable du groupe. Cette situation pourrait survenir lorsque les affaires de ce membre 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 ou se livre à des pratiques frauduleuses. Si le membre solvable du groupe doit être soumis à la procédure d'insolvabilité, la situation peut être particulièrement préoccupante pour ses créanciers, 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, ce qui serait toutefois difficile en cas de confusion des actifs ou de fraude.

b) Circonstances justifiant un regroupement

150. 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.

151. 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. Dans le premier cas, le degré d'imbrication requis est difficile à quantifier et a été défini de diverses manières par différents tribunaux, à savoir que les actifs sont complètement imbriqués ou pratiquement impossibles à démêler; qu'il serait excessivement long ou coûteux de démêler les relations entre les membres du groupe et de déterminer qui est propriétaire de tel ou tel actif, ou que les actifs sont tellement imbriqués qu'ils compromettraient la réalisation d'actifs nets pour les créanciers; ou que la distribution de l'actif et du passif entre les membres concernés est essentiellement arbitraire et sans rapport avec la réalité économique. Dans les cas particuliers où le degré d'imbrication a été considéré comme justifiant un regroupement des patrimoines, les tribunaux ont tenu compte de divers facteurs, notamment du fonctionnement des membres du groupe et de leurs relations, notamment en ce qui concerne la gestion et les finances; de la bonne tenue des comptes de chaque membre du groupe; du respect des procédures internes du groupe; des modes de transfert de fonds et d'actifs entre les membres; ainsi que d'autres facteurs similaires concernant les opérations du groupe.

152. 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 soit aux raisons pour lesquelles la société a été créée, soit, une fois créée, aux activités qu'elle mène (voir plus haut, par. 135 e)). 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 simulation³⁴ ou la vente pyramidale (chaîne de Ponzi³⁵) et d'autres pratiques frauduleuses similaires

c) Demandes de regroupement des patrimoines

i) Personnes autorisées à présenter une demande

153. 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 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

³⁴ La simulation peut consister à créer des contrats qui n'expriment pas la véritable intention des parties et qui sont dépourvus d'effet entre elles ou dont les effets sont différents de ceux décrits dans les contrats, autrement dit des contrats fictifs.

³⁵ Opération d'investissement frauduleuse qui consiste à rémunérer des investisseurs distincts avec l'argent qu'ils ont investi ou l'argent des investisseurs suivants, et non avec des gains réellement réalisés.

sur ces derniers et soient ainsi les plus à même d'apprécier l'opportunité ou l'intérêt d'un regroupement des patrimoines.

154. 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, conformément aux recommandations 137 et 138. Pour cette raison, et du fait que le *Guide législatif* prévoit généralement que les tribunaux ne peuvent pas prendre de décision d'office sur les questions d'insolvabilité, il serait souhaitable de suivre cette approche pour le regroupement des patrimoines.

ii) *Moment où présenter une demande*

155. 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 en autorisant la présentation d'une telle demande en même temps qu'une demande d'ouverture de la procédure ou à tout moment ultérieur. On notera, toutefois, que la possibilité de demander le regroupement après l'ouverture de la procédure 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. Il se peut que certaines questions centrales aient déjà été résolues, comme la vente ou la disposition des actifs ou la déclaration et l'admission des créances, ou que certaines décisions aient été prises et appliquées à l'égard des différents membres du groupe, ce qui crée des difficultés pratiques pour regrouper des procédures partiellement administrées. Dans ce cas, il est souhaitable que la décision tienne compte de l'état d'avancement de la procédure, ordonnant le regroupement des différentes procédures déjà engagées et préservant 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.

156. La même approche pourrait prévaloir pour étendre un regroupement existant à d'autres membres d'un groupe. Il peut devenir manifeste, pendant l'administration d'une procédure concernant divers membres du groupe d'entreprises, que d'autres membres du groupe devraient être inclus, parce que les motifs sur lesquels s'appuie la décision initiale se vérifient aussi pour ces membres. Si la décision de regroupement a été prise avec le consentement des créanciers, ou si les créanciers ont eu 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 celui 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 pourrait ainsi éviter 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.

d) Intérêts concurrents en cas de regroupement

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

i) Propriétaires et actionnaires

158. 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 (voir partie II, chap. V, par. 76 et recommandation 189). 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.

ii) Créanciers garantis

159. La position des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité est examinée dans l'ensemble du *Guide législatif* (voir annexe I pour les renvois pertinents) et l'approche adoptée est qu'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. Il est également reconnu 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 partie II, chap. II, par. 59).

160. 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. Les sûretés qui grevent l'ensemble de la masse d'un débiteur se cristalliseraient généralement au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et la question de savoir si ces sûretés s'étendent aux actifs qui font l'objet du regroupement ne devrait pas se poser. Le fait de permettre l'extension d'une sûreté d'un créancier garanti à la suite de la décision de regrouper des patrimoines améliorerait la position de ce créancier au détriment d'autres créanciers et constituerait un bénéfice ou un avantage injuste,

ce qui n'est généralement pas souhaitable. Le même raisonnement pourrait s'appliquer aux créances salariales.

161. S'agissant du traitement des créanciers garantis externes, une solution pourrait consister à les exclure du regroupement, ce qui reviendrait à effectuer ce qu'on pourrait appeler un regroupement partiel ou limité. 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.

162. 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, ou ces créances pourraient être modifiées ou déclassées.

iii) *Créanciers prioritaires*

163. 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, le traitement de ces priorités à l'échelle du groupe pourrait devoir être examiné, 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. Lorsque les actifs sont si étroitement imbriqués qu'il n'est pas possible de savoir qui est propriétaire de tel ou tel actif, il peut être très difficile de déterminer la valeur totale des actifs disponibles pour régler les créances des créanciers prioritaires. De même, bien qu'il soit souhaitable que les priorités établies pour chaque débiteur en vertu de la loi sur l'insolvabilité soient reconnues lorsque le débiteur est visé par le regroupement, il ne sera pas toujours possible de leur donner pleinement effet.

e) **Notification aux créanciers**

164. Une demande de regroupement des patrimoines peut être soumise aux mêmes conditions de notification qu'une demande d'ouverture de procédure³⁶. Lorsqu'elle est formée au même moment que la demande d'ouverture de procédure, seule la demande de regroupement des patrimoines formée par des créanciers devrait être

³⁶ Voir plus haut, partie II, chap. I, par. 64 à 71 et recommandations 19 a) et 22 à 25.

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, qui n'exigent pas la notification de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aux créanciers de l'entité concernée.

165. En raison de l'impact potentiel du regroupement des patrimoines 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.

166. 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.

f) Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

167. La loi sur l'insolvabilité devrait déterminer les effets d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, qui pourraient notamment être les suivants: le traitement des actifs et des passifs des membres du groupe comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique; l'extinction des créances intragroupe; 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 (dans la mesure du possible, compte tenu de la difficulté susmentionnée); et la tenue d'une seule réunion pour les créanciers de tous les membres ayant fait l'objet du regroupement. En ce qui concerne la valeur de liquidation aux fins de la recommandation 152 b), cette valeur serait, en cas de regroupement des patrimoines, la valeur de liquidation de la masse regroupée, et non la valeur de liquidation des différents membres avant regroupement des patrimoines. Une ordonnance de regroupement des patrimoines pourrait également avoir pour effet de réunir les créanciers pour voter un éventuel plan de redressement pour les membres du groupe visés par le regroupement. Les créances intragroupe disparaîtraient généralement en cas de regroupement étant donné que la créance et l'obligation de payer appartiennent ou sont dues à la même masse de l'insolvabilité; elles s'annulent donc mutuellement.

168. 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 à des fins d'annulation (voir recommandation 89) 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. 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, il serait souhaitable que la date soit spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité à des fins de transparence et de prévisibilité.

g) Modification d'une ordonnance

169. Bien que la modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines ne soit pas toujours possible ou souhaitable en raison de ses effets considérables, 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. Ces mesures ou décisions, qu'elles soient prises par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, peuvent comprendre la vente d'actifs ou l'octroi d'un financement aux membres du groupe, sous réserve qu'elles soient prises de bonne foi.

h) Exclusions d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

170. Certaines lois prévoient ce que l'on peut appeler une ordonnance de "regroupement partiel ou limité des patrimoines", c'est-à-dire une décision de regroupement des patrimoines qui exclut certains actifs ou certaines créances.

171. Ces exclusions seront rares étant donné que la décision en faveur d'un regroupement des patrimoines est prise en cas d'imbrication des actifs. Le regroupement pourra être limité, par exemple, aux créanciers garantis, excluant ainsi les créanciers garantis externes, qui seront libres de réaliser leurs sûretés (à moins que celles-ci ne dépendent de l'identité distincte des membres du groupe à regrouper), ou aux seuls actifs et passifs qui sont imbriqués, excluant ainsi les actifs dont on connaîtrait le propriétaire avec certitude. Les créances liées à des actifs exclus disparaîtraient avec l'actif. Une autre possibilité est d'exclure certains actifs du regroupement si l'on risque, autrement, de léser injustement les créanciers, ce qui est rare dans les cas d'imbrication des actifs ou de fraude.

i) Tribunal compétent

172. Les questions examinées ci-dessus à propos des demandes conjointes et de la coordination procédurale concerneraient aussi le tribunal compétent pour ordonner le regroupement des patrimoines (voir ci-dessus, par. 59 à 61 et recommandation 209).

Recommandations 219 à 232**Objet des dispositions législatives**

L'objet des dispositions concernant le regroupement des patrimoines est:

- a) De prévoir un cadre législatif pour le regroupement des patrimoines, tout en respectant le principe fondamental de l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises;
- b) De préciser les circonstances très limitées dans lesquelles le regroupement des patrimoines serait possible pour assurer la transparence et la prévisibilité; et
- c) De préciser l'effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, notamment le traitement des sûretés réelles.

Contenu des dispositions législatives*Exceptions au principe de l'identité juridique distincte*

219. 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 220.

Circonstances dans lesquelles le regroupement des patrimoines serait possible

220. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, à la demande des personnes autorisées, conformément à la recommandation 223, à présenter une telle demande, le tribunal peut ordonner le regroupement des patrimoines en ce qui concerne deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises [dans les circonstances limitées ci-après]:

- a) Lorsqu'il a la conviction que les actifs ou les passifs respectifs des membres du groupe 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 les membres du groupe se livrent à des pratiques frauduleuses ou à une activité sans objet commercial légitime et que le tribunal a la conviction que le regroupement des patrimoines est essentiel pour corriger cette situation.

Exclusions du regroupement des patrimoines

221. La loi sur l'insolvabilité peut permettre au tribunal d'exclure certains actifs et certaines créances lorsqu'il ordonne le regroupement des patrimoines

*Demande de regroupement des patrimoines**– Moment où présenter une demande*

222. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de regroupement des patrimoines peut être présentée en même temps qu'une demande d'ouverture de procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises, ou à tout

moment ultérieur³⁷, sous réserve que soient remplies les conditions de la recommandation 220.

– *Personnes autorisées à présenter une demande*

223. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier 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 d'un groupe d'entreprises ou un créancier de ce membre.

Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

224. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines a les effets suivants³⁸:

a) Les actifs et les passifs des membres d'un groupe visés par un regroupement sont traités comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique;

b) Les créances et les dettes entre membres du groupe visés par l'ordonnance s'éteignent; et

c) Les créances à l'égard des membres du groupe visés par l'ordonnance sont traitées comme des créances sur la masse de l'insolvabilité [unique] [regroupée].

225. [La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif d'un membre d'un groupe d'entreprises ou une créance salariale envers ce membre ne peut [améliorer] [augmenter] la valeur, le rang ou la priorité de sa sûreté ou de sa créance à la suite d'une ordonnance de regroupement des patrimoines visant ce membre.]

Traitement des sûretés réelles en cas de regroupement des patrimoines

226. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les droits et priorités d'un créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif d'un membre d'un groupe d'entreprises visé par une ordonnance de regroupement des patrimoines devraient, dans la mesure du possible, être respectés en cas de regroupement des patrimoines, sauf:

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

b) S'il est établi 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 des recommandations 87, 88 et 217.

³⁷ L'impossibilité d'ordonner un regroupement des patrimoines à un stade avancé des procédures d'insolvabilité est examinée dans le commentaire, voir ci-dessus, par. 155 à 156.

³⁸ L'effet sur les sûretés réelles est traité dans la recommandation 226.

Reconnaissance des priorités en cas de regroupement des patrimoines

227. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les priorités qu'elle a établies et qui sont applicables à chaque membre d'un groupe d'entreprises avant une ordonnance de regroupement des patrimoines devraient être reconnues, dans la mesure du possible, en cas de regroupement des patrimoines.

Assemblées de créanciers

228. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si elle exige la tenue d'une assemblée des créanciers après qu'un regroupement des patrimoines a été ordonné, les créanciers de l'ensemble des membres du groupe visés par le regroupement ont le droit d'y participer.

Calcul de la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines

229. 1) 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 lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné.

2) 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.

3) 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:

a) Une date différente pour chacun des membres du groupe 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; ou

b) Une date commune pour tous les membres visés par le regroupement, à savoir la date la plus rapprochée parmi celles de demande d'ouverture ou d'ouverture des procédures d'insolvabilité visant ces membres.

Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

230. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines peut être modifiée à condition que la modification n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions déjà prises en application de l'ordonnance³⁹.

Tribunal compétent

231. Aux fins de la recommandation 13, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son

³⁹ Le terme "modification" n'est pas censé englober la décision de lever une ordonnance de regroupement des patrimoines.

déroulement” s’appliquent également à une demande ou une ordonnance de regroupement des patrimoines, ainsi qu’à la modification de cette ordonnance⁴⁰.

Notification

232. La loi sur l’insolvabilité devrait établir des règles pour la notification des demandes et des ordonnances de regroupement des patrimoines, ainsi que de la modification de telles ordonnances, en ce qui concerne notamment les parties qui devraient recevoir notification; la partie chargée de la notification; et le contenu de cette dernière.

E. Participants

1. Nomination d’un représentant de l’insolvabilité

a) Coordination des procédures

173. 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, mais, 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 et entre les différents représentants de l’insolvabilité nommés dans ces procédures. La nomination et le rôle du représentant de l’insolvabilité sont examinés ci-dessus (voir partie II, chap.III, par. 36 à 74). Les questions examinées, ainsi que les recommandations 115 à 125, s’appliqueraient généralement dans le contexte d’un groupe d’entreprises. Les obligations d’un représentant de l’insolvabilité au titre du *Guide législatif* (en particulier les recommandations 111, 116, 117 et 120) pourraient être élargies dans le contexte d’un groupe pour englober divers aspects de la coordination, 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.

174. Lorsque plusieurs représentants de l’insolvabilité sont nommés pour les différentes procédures engagées à l’égard des membres d’un groupe, la loi sur l’insolvabilité peut autoriser l’un d’eux à assumer un rôle prépondérant dans la coordination de ces procédures. Ce représentant pourrait être, par exemple, le représentant de la société mère ou du membre du groupe qui exerce le contrôle s’il

⁴⁰ Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus, par. 59 à 61 et note 23.

est soumis à une telle procédure. Bien qu'un tel rôle puisse refléter la réalité économique ou la structure 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.

175. 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.

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant

176. La coordination de multiples procédures pourrait également être facilitée par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant pour administrer les différents membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité. 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 et du nombre de tribunaux concernés. L'administration de chacun des membres du groupe resterait distincte (comme c'est le cas lorsqu'une coordination procédurale est ordonnée), mais une telle nomination permettrait de coordonner l'administration des différents membres, réduirait les frais et les retards et faciliterait la collecte d'informations sur le groupe dans son ensemble. En ce qui concerne ce dernier point, il conviendrait d'être prudent quant à la manière dont les informations sont traitées et de veiller, en particulier, à respecter les règles de confidentialité pour chaque membre du groupe. Si de nombreuses lois sur l'insolvabilité n'abordent pas la question de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique, il existe des pays où ce type de nomination est devenue courante dans le contexte des groupes. On y a également recouru, dans une mesure limitée, dans certains cas d'insolvabilité internationale, où des représentants de l'insolvabilité de la même entreprise internationale ont été nommés dans différents pays.

177. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou un même représentant est nommé pour administrer plusieurs membres d'un groupe entretenant des relations financières et commerciales complexes et différents groupes de créanciers, on court le risque de perdre la neutralité et l'indépendance. Des conflits d'intérêts peuvent apparaître, notamment en relation avec les garanties croisées, les créances et les dettes intragroupe, les financements postérieurs à l'ouverture, la déclaration et la vérification des créances, ou les actes illicites commis par un membre envers un autre. L'obligation de révéler les conflits d'intérêts potentiels ou existants contenue dans les recommandations 116 et 117 pourrait s'appliquer dans le contexte d'un groupe. 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 être plus générale et valoir pour la durée de la procédure.

c) Débiteur non dessaisi

178. 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 plus haut, partie II, 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 du même représentant ou permettant à l'un des multiples représentants de diriger la coordination des procédures pourraient s'appliquer à ce débiteur.

Recommandations 233 à 237

Objet des dispositions législatives

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

a) D'autoriser la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité afin 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 ou du même représentant de l'insolvabilité

233. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'il est déterminé qu'une telle mesure sert au mieux les intérêts de l'administration des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité peut être nommé pour administrer ces procédures⁴¹.

⁴¹ Bien que la recommandation 118 traite de la sélection et de la nomination du représentant de l'insolvabilité, elle ne recommande pas la nomination par une autorité particulière, mais s'en remet à la loi sur l'insolvabilité. Le mécanisme de nomination interne retenu, quel qu'il soit, s'appliquerait à la recommandation 233.

Conflit d'intérêts

234. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui risquent de se poser lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité a été nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité visant 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

235. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que lorsque différents représentants sont nommés pour administrer les procédures d'insolvabilité ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, ces représentants devraient coopérer entre eux dans toute la mesure possible⁴².

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

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

Formes de coopération [Coopération dans toute la mesure possible]

237. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dans toute la mesure possible entre les représentants de l'insolvabilité dont il est question dans les recommandations 235 et 236 devrait être assurée par tout moyen approprié, notamment:

- 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 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; et
- d) La coordination de la proposition et de la négociation de plans de redressement, la communication avec les créanciers et les assemblées de créanciers.

⁴² 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 des procédures.

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

179. Les recommandations 139 à 159 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.

1. Plans de redressement coordonnés

180. 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 qui n'est pas abordée ailleurs dans le *Guide législatif* est celle de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs en recourant à un plan de redressement unique visant plusieurs membres ou à des plans coordonnés essentiellement analogues pour chaque membre. De tels plans permettraient 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.

181. Dans la pratique, l'idée d'un plan de redressement unique ou de plans coordonnés 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 devrait en conséquence traiter des avantages qui pourraient être tirés d'une telle approbation et des informations nécessaires pour obtenir cette approbation. Ces questions relèveraient des recommandations 143 et 144 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, les liens qui existent entre les membres du groupe, la position de chaque membre visé par le plan et le fonctionnement du groupe en tant que tel.

182. Un ou de tels plan de redressement devraient 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. Il faudrait également examiner le classement des créances et les catégories de créanciers, ainsi que le vote des créanciers et l'approbation d'un plan, plus

particulièrement lorsque les membres du groupe sont créanciers les uns des autres et sont, par conséquent, des “personnes ayant des liens privilégiés”. 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, en particulier 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 pourraient également être prévues, avec une exigence supplémentaire, à savoir que les plans soient équitables entre les créanciers des différents membres du groupe.

183. Dans le cadre d’un groupe, on entend 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 (voir glossaire, jj). Le vote de ces personnes pour l’approbation du plan est examiné plus haut (voir partie II, chap. IV, par. 46) et il est noté 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. On notera que lorsque la loi sur l’insolvabilité prévoit de telles restrictions, celles-ci pourront poser des problèmes dans certains groupes si tous les créanciers d’un membre particulier ont des liens privilégiés avec lui ou si très peu d’entre eux n’entretiennent pas de tels liens avec lui.

184. 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. Une loi, par exemple, prévoit que le défaut d’approbation d’un plan entraîne la liquidation de tous les membres insolvable du groupe. Lorsque des membres solvables participent au plan par consentement, il faudra peut-être prévoir des dispositions spéciales pour éviter que des avantages indus ne soient tirés de la liquidation.

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

185. Les paragraphes 53 à 57 ci-dessus examinent la possibilité d’inclure un membre solvable d’un groupe dans une demande d’ouverture de procédure. Il est noté qu’un membre apparemment solvable peut, après enquête, satisfaire au critère d’ouverture pour insolvabilité imminente et être, par conséquent, visé par la recommandation 15. Une telle situation n’est pas inhabituelle dans un groupe d’entreprises où l’insolvabilité de certains membres mène presque inévitablement à l’insolvabilité d’autres membres. Si l’insolvabilité, cependant, n’est pas imminente, un membre solvable d’un groupe ne pourra généralement pas participer à un plan de redressement pour d’autres membres du même groupe engagés dans une procédure en vertu du droit de l’insolvabilité. Il pourra cependant exister des circonstances dans lesquelles des niveaux différents de participation d’un membre solvable à un plan de redressement pourront être appropriés et envisageables, sur la base du volontariat. Une telle participation de membres solvables d’un groupe n’est en fait

pas inhabituelle dans la pratique. Le membre solvable du groupe pourrait donc aider au redressement d'autres membres de ce groupe et serait contractuellement lié par le plan s'il était approuvé, ou, au besoin, confirmé. 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 englobant un membre solvable d'un groupe, il conviendrait d'être prudent quant aux informations divulguées sur ce membre.

Recommandations 238 à 239

Objet des dispositions législatives

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

a) De faciliter le sauvetage coordonné des entreprises 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; et

b) De faciliter la négociation et la proposition de plans de redressement coordonnés dans les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

Contenu des dispositions législatives

Plan de redressement

238. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre de proposer des plans de redressement coordonnés dans les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

239. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un membre d'un groupe non visé par une procédure d'insolvabilité peut volontairement participer à un plan de redressement proposé pour deux membres ou plus visés par des procédures d'insolvabilité.