

**Assemblée générale**

Distr. limitée
10 février 2010
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-huitième session
New York, 19-23 avril 2010**

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité**Troisième partie****Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité****I. Caractéristiques générales des groupes d'entreprises****II. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions nationales****Note du Secrétariat**

1. La présente note contient le projet du commentaire et des recommandations de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, dont le texte précédemment publié sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.90 et additif 1 a été révisé compte tenu du rapport du Groupe de travail V sur les travaux de sa trente-septième session, tenue en novembre 2009 (A/CN.9/686).

2. Le présent document examine le traitement des groupes d'entreprises dans le contexte national, tandis que le document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1 traite du contexte international. Le document A/CN.9/WG.V/WP.92/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 pourrait examiner. Son contenu n'est pas destiné à faire partie du texte de la troisième partie du Guide législatif.



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 de la troisième partie	1-2	3
Objet de la troisième partie	3	3
Glossaire	4	3
I. Caractéristiques générales des groupes d'entreprises:	1-39	4
A. Introduction	1-5	4
B. Nature des groupes d'entreprises	6-16	6
C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises	17-25	10
D. Définition du "groupe d'entreprises" – participation et contrôle	26-30	13
E. Réglementation des groupes d'entreprises	31-39	14
II. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions nationales	1-152	17
A. Introduction	1-4	17
B. Demande d'ouverture et ouverture	5-37	18
C. Traitement des actifs à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	38-91	29
D. Voies de droit	92-137	47
E. Participants	138-145	64
F. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises	146-152	68

Troisième partie

Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

Introduction de la troisième partie

1. La troisième partie est consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. Elle traite les questions particulières touchant aux groupes d'entreprises qui nécessitent une approche différente de celle suivie dans la deuxième partie ou les questions concernant le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité qui viennent s'ajouter à celles examinées dans cette deuxième partie. Elle n'aborde pas une nouvelle fois les questions déjà examinées plus haut qui n'appellent pas un traitement différent dans le contexte des groupes d'entreprises. Autrement dit, sauf indication contraire dans la présente partie, la deuxième partie s'applique aux groupes d'entreprises.

2. Le chapitre premier examine les caractéristiques générales des groupes d'entreprises. Le chapitre II traite de l'insolvabilité des membres d'un groupe dans le contexte national et propose un certain nombre de recommandations pour compléter celles de la deuxième partie, lorsque des questions supplémentaires se posent dans le cadre du groupe. Le chapitre III traite de l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises, en partant non seulement de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la "Loi type"), qui concerne une procédure d'insolvabilité internationale visant un membre d'un groupe pris individuellement, mais non les questions liées à l'insolvabilité de différents membres d'un groupe situés dans différents États, mais également du Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (le "Guide pratique").

Objet de la troisième partie

3. La présente partie a pour objet de permettre, aux niveaux tant national qu'international, de traiter les procédures d'insolvabilité visant un ou plusieurs membres d'un groupe d'entreprises dans le contexte du groupe de manière à régler les questions propres aux procédures d'insolvabilité touchant ces groupes et à obtenir un résultat meilleur et plus efficace pour l'ensemble du groupe et ses créanciers. Elle a aussi pour objet en particulier:

- a) De promouvoir les objectifs principaux énoncés à la recommandation 1; et
- b) De traiter plus efficacement, dans le contexte de la recommandation 5, les cas de procédures d'insolvabilité internationale concernant des membres d'un groupe d'entreprises.

Glossaire

4. Les termes additionnels suivants, qui se rapportent spécialement aux groupes d'entreprises, devraient être lus conjointement avec les termes et explications figurant dans le glossaire principal 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;
- 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 actif et passif respectifs de deux membres ou plus d’un groupe d’entreprises comme s’ils faisaient partie d’une masse de l’insolvabilité unique³.

I. Caractéristiques générales des groupes d’entreprises

A. Introduction

1. La plupart des États reconnaissent la notion juridique de “société”, entité dotée d’une personnalité juridique distincte de celle des individus – propriétaires, gestionnaires ou salariés – qui la composent. En tant que personne morale, une société est titulaire de droits et assume des obligations et des responsabilités; elle peut, par exemple, poursuivre et être poursuivie, détenir ou transférer des biens, signer des contrats et payer des impôts. Elle se caractérise par la continuité, en ceci qu’elle continue d’exister, quels que soient les membres qui la composent à un moment donné ou au fil du temps, et ses actionnaires peuvent transférer leurs actions sans que cela ait d’incidence sur son existence. Sa responsabilité peut aussi être limitée, les investisseurs n’étant en effet responsables qu’à concurrence du montant qu’ils y ont volontairement engagé, ce qui est un facteur de sécurité et encourage l’investissement. Sans cette limitation, ceux-ci exposeraient l’ensemble de leurs actifs à chaque participation dans une entreprise. Pour acquérir la personnalité juridique, une société doit accomplir un certain nombre de formalités. Une fois constituée, elle est soumise au régime applicable aux entités ainsi constituées. En général, ce régime détermine non seulement les conditions mais aussi les conséquences de la constitution, telles que les pouvoirs et les capacités de

¹ Conformément à l’approche adoptée pour les débiteurs autonomes, le critère pris en compte, dans la présente partie, est 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 la 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 les considérations particulières associées à l’insolvabilité de ces débiteurs (voir plus haut, deuxième partie, chapitre premier, par. 1 à 11).

² Le concept de coordination procédurale est expliqué en détail dans le commentaire, voir par. 22 à 25 ci-après.

³ Pour les effets du regroupement des patrimoines et le traitement des sûretés réelles, voir, ci-après, les recommandations 224 à 225 et le commentaire du chapitre II, par. 129 à 133.

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 constitution en société favorise la sécurité dans l'organisation des affaires, car les personnes qui réalisent des opérations avec cette société savent qu'elles peuvent s'appuyer sur sa personnalité juridique et les droits et obligations qui y sont attachés.

2. Les sociétés mènent de plus en plus souvent leurs activités, au niveau national comme international, par l'intermédiaire de "groupes d'entreprises". Ce terme recouvre différentes formes d'organisation économique fondée sur l'entité autonome. Il peut se définir plus ou moins comme un ensemble de deux entités juridiques (membres du groupe) ou plus liées entre elles par une forme de contrôle (direct ou indirect) ou de participation (voir plus loin). 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 identité unique.

3. 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 autonomes 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 de 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 États, a été l'autorisation de la détention d'actions d'une société par une autre, qui, au départ, était interdite dans les systèmes aussi bien de *common law* que de droit civil.

4. Tout au long de cette expansion, les sociétés ont conservé, et conservent encore, leur personnalité juridique distincte, même si la société autonome 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 tous dans de nombreux secteurs parfois 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 de groupes multinationaux d'entreprises. Les principaux groupes multinationaux peuvent générer une part 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.

5. 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'intéresse à l'entité autonome ou distincte. Malgré l'absence de législation, les juges et les représentants de l'insolvabilité dans de nombreux pays, confrontés à des questions plus faciles à traiter en se référant au principe de l'entreprise unique qu'à celui de l'entité autonome ou distincte⁴, ont mis au point

⁴ La distinction est examinée plus en détail ci-après, voir E, par. 31 à 39.

des solutions qui permettent d'obtenir des résultats mieux adaptés à la réalité économique des affaires modernes.

B. Nature des groupes d'entreprises

6. Les groupes d'entreprises peuvent être des structures simples ou très complexes, avec nombre de filiales en propriété exclusive ou non exclusive, filiales opérationnelles, sous-filiales, sous-holdings, sociétés de services, sociétés inactives, conseils d'administration croisés, participations au capital, etc. Ils peuvent aussi comprendre d'autres types d'entités, telles que des entités ad hoc⁵, des coentreprises⁶, des fiducies à l'étranger⁷, des fiducies de revenu⁸ et des sociétés de personnes.

7. 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

⁵ Les entités ad hoc (également dénommées "véhicules ad hoc" et dont on dit qu'elles sont "à l'abri de la faillite") 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 États 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'éléments hors bilan. Les entités ad hoc peuvent également être utilisées à des fins concurrentielles pour faire en sorte que la propriété intellectuelle, par exemple pour le développement d'une nouvelle technologie, soit la propriété d'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 revenus, les dépenses et le contrôle. La coentreprise 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; ainsi qu'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.

⁸ Une fiducie de revenu est une fiducie d'investissement qui détient des actifs productifs. Il peut aussi s'agir d'une entité juridique, d'une structure financière et d'une structure utilisée pour détenir certains actifs ou certaines entreprises. Ses actions ou parts sont échangées sur les marchés de titres et les revenus générés sont distribués aux investisseurs ou détenteurs des parts chaque mois ou chaque trimestre.

contrôlées, qui peuvent être des filiales ou d'autres types de sociétés apparentées ou liées, opèrent à différents points d'un processus de production ou de distribution. La concentration verticale se produit généralement au sein d'un même secteur d'activité et combine, par exemple, tout ou partie des opérations qui se succèdent entre l'obtention des matières premières et la vente du produit fini. Cette concentration peut prendre la forme d'une stratégie qui consiste à acquérir des fournisseurs, grossistes et détaillants pour accroître le contrôle et la fiabilité. Elle peut aussi consister, pour une société, à obtenir un pouvoir de contrôle important sur les fournisseurs ou distributeurs, le plus souvent en exerçant son pouvoir d'achat. On cite souvent, à titre d'exemple de concentration verticale, l'industrie pétrolière, dans laquelle les grands groupes pétroliers réalisent la prospection et l'extraction du pétrole brut, le transport et le raffinage, puis la distribution au détail et la vente de carburant.

8. Les groupes d'entreprises peuvent aussi avoir une structure horizontale, constituée de nombreuses entreprises sœurs, présentant souvent un degré élevé de participation croisée, qui opèrent au même niveau dans un processus déterminé. On peut citer, à titre d'exemple, le marché de l'édition, où une maison d'édition peut en acquérir d'autres pour élargir son éventail d'éditeurs et d'auteurs ou devenir plus compétitive, ou encore le secteur de la communication, où un groupe peut être propriétaire de plusieurs médias dont le contenu est identique ou très similaire. La concentration horizontale est généralement associée au contrôle d'une seule étape de la production ou d'un seul secteur d'activité, qui permet au groupe de réaliser des économies d'échelle. Toutefois, des groupes intégrés horizontalement peuvent aussi exercer des activités dans un secteur apparenté ou dans divers secteurs sans lien entre eux. Les groupes horizontaux seraient plus courants dans certaines parties du monde, comme l'Europe, et les groupes verticaux dans d'autres, comme les États-Unis d'Amérique et le Japon. De plus, la concentration verticale serait plus fréquente dans le secteur manufacturier et la concentration horizontale dans le marketing.

9. Les études sur les groupes d'entreprises montrent clairement que ces derniers peuvent reposer sur différents types d'alliances, telles que relations bancaires, conseils d'administration imbriqués, alliances de propriétaires, échanges d'informations, coentreprises et cartels. Elles montrent également que la structure de ces groupes varie selon le système de gouvernement d'entreprise. Dans certains États, les groupes peuvent avoir une organisation verticale ou horizontale et s'étendre sur divers secteurs. Ils comprennent généralement une banque, une société mère ou société holding⁹ (appelée "société mère") ou une société de commerce, et un ensemble comprenant diverses entreprises de fabrication. Dans d'autres États, 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

⁹ 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 d'être purement et simplement propriétaire d'autres sociétés).

varient aussi considérablement, les opérations intragroupe étant importantes dans certains groupes et pas dans d'autres¹⁰.

10. Le degré d'autonomie financière et décisionnelle au sein des groupes d'entreprises peut varier considérablement. Dans certains groupes, les membres peuvent être des entités commerciales actives, responsables au premier chef 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. Une société mère peut exercer un contrôle étroit en allouant le capital social et les capitaux d'emprunt aux membres du groupe par une opération centralisée de financement, en fixant leurs politiques opérationnelles et financières et les résultats à atteindre, en nommant les administrateurs et autres personnels principaux, et en suivant de façon continue leurs activités. Le pouvoir peut être centralisé entre les mains de la société mère à la tête du groupe ou d'une société située plus bas dans la hiérarchie du groupe, la société mère détenant les principales actions du groupe, mais ne jouant pas un rôle direct de production ou de 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, en particulier l'octroi de prêts, que ce soit par la société mère ou à la société mère, et l'octroi de garanties réciproques¹¹. Les prêts intragroupe peuvent revêtir la forme de fonds de roulement ou de dettes à court terme impayées, telles que des dividendes non versés ou des crédits dans le cadre des opérations intragroupe, et ils peuvent ou non donner lieu au paiement d'intérêts.

11. Dans certains États, les liens familiaux jouent un rôle connecteur important dans les groupes d'entreprises. 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 entreprises qui appartiennent au groupe, constituant ainsi un réseau d'administrateurs communs et liés entre eux, ce qui permet à la famille de conserver le contrôle du groupe. L'organigramme d'un grand groupe indien, par

¹⁰ 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.

¹¹ 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 États et ces garanties ont parfois été annulées. Dans un État, les garanties réciproques peuvent avoir pour effet de réduire le poids de la réglementation 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 sociétés qui y sont parties comparable, à de nombreux égards, à une entité juridique unique et fonctionne 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 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.

exemple, révèle un réseau complexe d'administrateurs communs entre le conseil de la société mère et 45 autres membres du groupe¹².

12. Dans certains pays, les groupes d'entreprises ont bénéficié de liens étroits avec les gouvernements et les politiques gouvernementales, notamment celles concernant l'accès au crédit et aux devises et la concurrence, qui ont fortement influencé leur développement. Il existe également des exemples où les politiques gouvernementales ont visé les opérations des groupes, en éliminant certaines formes de traitement privilégié, comme l'accès aux capitaux.

13. La structure de nombreux groupes d'entreprises témoigne de l'ampleur et de la complexité potentielle des arrangements. Ceux-ci peuvent comporter une multitude de strates de sociétés différentes contrôlées, dans une plus ou moins grande mesure, par le ou les niveaux supérieurs¹³. Dans certains cas, il s'agit de centaines, voire de milliers de sociétés différentes.

14. Une étude fondée sur les comptes et les rapports de 1979 d'un certain nombre de grandes multinationales basées 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 complet¹⁴. De même, les organigrammes de plusieurs groupes immobiliers de Hong Kong, comme le Groupe Carrian, 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 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.

15. Le degré d'intégration d'un groupe 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; fait que les filiales dépendent ou non du groupe pour leur financement ou la garantie des 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 de concentration verticale ou horizontale des entreprises du groupe); ses modalités de gestion du marketing (par exemple, importance des ventes et des achats intragroupe, utilisation de marques, de

¹² Voir Khanna et Yafeh, note 10.

¹³ 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.

¹⁴ Hadden, Inside Corporate Groups, 1984 International Journal of Sociology of Law, 12, p. 271 à 286, p. 273.

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).

16. Le fait qu'un groupe soit constitué de plusieurs 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 des lignes de produits, et les filiales peuvent avoir une ou plusieurs lignes de produits et donc recouper différentes divisions. Dans certains cas, les filiales détenues à 100 % peuvent être traitées comme des succursales de la société mère.

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

17. 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. Certaines études montrent que les structures de groupe peuvent compenser le faible niveau de développement des institutions, avec les avantages qui en résultent pour ce qui est du coût des opérations.

18. La conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peut présenter divers avantages, comme la réduction des risques commerciaux et 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 techniques ou managériales. Une fois formés, les groupes peuvent continuer à exister et s'étendre en raison des coûts administratifs associés à la rationalisation et la liquidation des filiales redondantes.

19. 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 certains membres 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 les dettes ou le financement de 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 actions d'un membre 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.

20. Il peut être plus facile de respecter la réglementation 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 locale minimale au capital) 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 relatifs de ces types d'arrangement en termes de coûts. Un autre facteur à prendre en compte pour les groupes multinationaux pourrait être les 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.

21. 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 accordent depuis toujours de l'importance à l'unité économique d'entités liées entre elles. Si l'imposition séparée de chaque entité est probablement 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 groupe¹⁵. 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

¹⁵ Investissement international et entreprises multinationales – Responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, OCDE, 1980.

(*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, auquel cas les sociétés liées entre elles peuvent être traitées comme une unité fiscale unique et présenter 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.

22. En raison de l'importance des considérations fiscales, les politiques de fixation des prix intragroupe 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 États, ainsi que certaines exceptions (telles que des taux d'imposition réduits pour les bénéfices tirés d'activités manufacturières ou de services financiers) applicables dans certains États peuvent rendre ceux-ci plus attractifs que d'autres 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 lieux à faible imposition.

23. 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 de différentes 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; 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.

24. Les règles comptables jouent également un rôle dans la détermination de la structure des groupes d'entreprises. Dans certains États, des dispositifs, comme les 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 mère propriétaire de l'ensemble des actifs concernés.

25. 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 confort¹⁶ 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. 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.

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

26. Bien que l'existence des groupes d'entreprises et l'importance des relations entre les membres de ces groupes soient de plus en plus reconnues, tant par la législation que par la jurisprudence, il n'existe pas de corps de règles cohérent qui régitte directement ces relations d'une manière globale. Dans les États 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 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 États, mais également entre les lois d'un même État. 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.

27. 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 des groupes d'entreprises dans différents pays et comprennent généralement les notions de participation et de capacité de contrôle ou d'influence, directes et indirectes, même si, dans certains cas, seuls la participation ou la capacité de contrôle ou d'influence directes sont pris en compte. Le choix entre les deux concepts traduit souvent un compromis entre la sécurité

¹⁶ 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.

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 à la capacité de contrôle ou d'influence et en prenant en considération les réalités économiques diverses des groupes d'entreprises.

28. 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 – par exemple 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 prennent généralement en compte des facteurs supplémentaires tels que les indicateurs de contrôle ou d'influence examinés ci-dessous. Dans certains cas, ces pourcentages constituent une présomption simple de participation, alors que les pourcentages plus élevés constituent une présomption irréfutable.

29. 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 (appelés "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 propriété 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.

30. 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 déterminer 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 du membre du groupe; des détails sur l'actionnariat du membre; des informations sur ses décisions stratégiques essentielles; 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 salariés.

E. Réglementation des groupes d'entreprises

31. 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 de loin la plus répandue) et celle de l'entreprise unique.

32. 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.

33. 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 (en d'autres termes, si elle appartient en totalité ou en partie à une autre société) ou 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 commun¹⁷ 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.

34. 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 du membre dominant, 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 fonctionner à perte, ou être sous-capitalisés, dans le cadre de la structure et de la stratégie financières globales du groupe; les actifs et les passifs peuvent être transférés de différentes manières entre les membres du groupe; et des prêts, des sûretés personnelles ou d'autres arrangements financiers intragroupe peuvent être conclus à des conditions généralement préférentielles.

35. 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 jurisprudentielle, la théorie de l'entreprise unique pour certaines situations.

36. 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 de personnes ayant des liens privilégiés entre elles (une société n'est normalement pas autorisée à accorder des avantages financiers, dont des prêts, des sûretés personnelles, des cautions, des remises de dettes ou des transferts d'actifs intragroupe, à une société ayant des liens privilégiés avec elle à moins que cette opération ne soit approuvée par les actionnaires ou ne bénéficie d'une autre exception); participations croisées (les membres du groupe n'ont généralement ni le droit d'acquérir les actions d'un membre exerçant le contrôle, ou de constituer une sûreté sur ces actions, ni le droit d'émettre ou de transférer des actions au profit d'un membre contrôlé); et

¹⁷ Pour l'examen du regroupement des patrimoines, voir troisième partie, chap. II, par. 105 à 137.

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).

37. Quelques pays ont instauré diverses catégories de groupes d'entreprises qui peuvent fonctionner comme une entreprise unique, en échange d'une protection renforcée des créanciers et des actionnaires minoritaires. Dans l'un d'eux¹⁸, les groupes d'entreprises comprenant des sociétés qui font appel à l'épargne publique 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 au gouvernement d'entreprise et à la responsabilité des sociétés:

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.

38. Un pays¹⁹ 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 regroupement des patrimoines ou de mise en commun.

39. Dans un autre pays²⁰, 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 tribunaux 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 des patrimoines. Les tribunaux 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.

¹⁸ Allemagne.

¹⁹ Nouvelle-Zélande.

²⁰ États-Unis d'Amérique.

II. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions nationales

A. Introduction

1. Les groupes d'entreprises peuvent être structurés de manière à réduire le risque d'insolvabilité pour un ou plusieurs de leurs membres par la conclusion de mécanismes de garantie réciproque ou de caution 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 intragroupe aux dettes externes.

2. 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 se voient chacun reconnaître une personnalité et une existence juridiques distinctes. Étant donné que, comme il est noté plus haut, la grande majorité des règles de droit interne relatives à l'insolvabilité et aux sociétés ne traitent pas l'insolvabilité des 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 une procédure d'insolvabilité fait que chaque entité doit être traitée et, au besoin, administrée séparément en cas d'insolvabilité. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale des membres d'un groupe est étroitement intégrée, il est possible que 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 d'insolvabilité parallèles visant tous les membres du groupe ne puissent être étroitement coordonnées.

3. Une grande partie des règles de droit interne existant sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises portent principalement sur les cas dans lesquels il pourrait être approprié de regrouper les masses de l'insolvabilité. Ces règles n'indiquent pas la façon de traiter l'insolvabilité des groupes d'entreprises de manière plus globale. Elles ne disent pas, en particulier, si le traitement des groupes d'entreprises devrait s'écarter du principe de l'entité distincte et, si tel est le cas, dans quelles circonstances.

4. 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 activités et des actifs sans liens entre eux, 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, les membres insolubles pouvant donc 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 ou de plusieurs 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 des différents membres du groupe.

B. Demande d'ouverture et ouverture

5. Les considérations générales relatives à la demande d'ouverture et à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sont examinées plus haut dans la deuxième partie, aux chapitres I et II. Comme ces chapitres s'appliquent également aux membres d'un groupe d'entreprises pris individuellement, il faudrait les examiner conjointement avec les questions supplémentaires abordées ci-dessous, qui concernent spécifiquement les groupes d'entreprises.

1. Demande conjointe d'ouverture

a) Généralités

6. 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. En outre, chaque membre doit être soumis à la loi sur l'insolvabilité (voir recommandation 10) et satisfaire au critère d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir recommandations 15 et 16). Certaines lois prévoient des exceptions limitées 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; ou qu'il est particulièrement important sur le plan juridique de considérer le groupe comme une entité unique, notamment dans le cadre de plans de redressement.

7. Les recommandations ci-dessus relatives à la demande d'ouverture et à l'ouverture s'appliquent aux débiteurs appartenant à un groupe d'entreprises de la même manière qu'elles s'appliquent à des débiteurs qui sont des entreprises commerciales autonomes. Les recommandations 15 et 16 posent les critères auxquels les débiteurs et les créanciers doivent satisfaire pour demander l'ouverture d'une procédure et constituent la base sur laquelle l'ouverture d'une telle procédure pourrait être demandée pour chaque membre d'un groupe remplissant ces critères²¹. 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 membres peut nuire à la solvabilité d'autres membres, de sorte que l'insolvabilité

²¹ Dans le cas d'une demande émanant du débiteur, la recommandation 15 prévoit aussi le critère de l'insolvabilité imminente.

est imminente dans l'ensemble du groupe. La recommandation 15 s'applique dans ce cas si, au moment où les membres insolvable du groupe forment leurs demandes, on peut dire que les autres membres sont ou seront dans l'incapacité générale de payer leurs dettes à leur échéance.

b) Objet d'une demande conjointe d'ouverture

8. La possibilité pour les membres d'un groupe qui satisfont au critère d'ouverture de former une demande conjointe d'ouverture pourrait accroître l'efficacité et réduire les coûts en facilitant 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. Elle alerterait également 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 entre les membres concernés et, si des procédures étaient ensuite ouvertes sur la base de cette demande conjointe, aurait l'avantage d'établir une date d'ouverture commune pour chaque membre insolvable du groupe. Cette date commune pourrait simplifier le respect des délais et le calcul de la période suspecte aux fins d'annulation.

9. 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 possible. Dans un cas comme dans l'autre, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité permette 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. Cette date commune pourrait simplifier le respect des délais et le calcul de la période suspecte aux fins d'annulation.

c) Distinction entre la demande conjointe et la coordination procédurale

10. Il faudrait distinguer la demande conjointe de ce que l'on appelle ci-après la demande de coordination procédurale. 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; la date d'ouverture, de même que toutes les autres dates calculées à partir de celle-ci, comme celles de la période suspecte, seraient identiques pour chaque membre. Le fait d'autoriser la présentation d'une demande conjointe ne vise pas à prédéterminer la manière dont seront administrées les procédures en cas d'ouverture effective ni, en particulier, si elles feront l'objet d'une coordination procédurale. Il est donc souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne subordonne pas la coordination procédurale à la présentation d'une demande conjointe. Néanmoins, une demande conjointe d'ouverture pourrait s'accompagner d'une demande de coordination procédurale, comme indiqué plus bas, et aider le tribunal à prendre une décision quant à cette coordination.

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

11. 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 une demande d'ouverture concernant les membres insolubles 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, comme il est noté plus haut.

12. En revanche, si l'insolvabilité n'est pas imminente et si le membre du groupe est de toute évidence solvable, différentes approches peuvent être suivies. Lorsqu'un groupe est étroitement intégré, une 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 pourraient 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 en matière de gestion et de finance 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 pourrait également se concevoir dans le cas où l'existence d'un "groupe" est fictive. Il peut y avoir fictivité lorsque, par exemple, le groupe mène ses activités comme s'il s'agissait d'une entité unique et que l'existence du groupe n'est qu'une simple façade pour les activités de cette entité. Il peut aussi y avoir fictivité lorsque les liens entre les membres du groupe sont tels qu'il n'existe en fait qu'un seul actif et que la séparation juridique entre eux n'est pas maintenue, si bien que les dirigeants et les créanciers traitent les différents membres comme s'ils formaient une seule et unique entité.

13. Une telle approche peut 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 concernés 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 tant des membres solvables que des membres insolubles du groupe.

14. Toutefois, l'une des difficultés liées à l'inclusion d'un membre solvable du groupe tient au fait que la loi sur l'insolvabilité ne vise généralement que les entités qui remplissent véritablement le critère d'ouverture. Un membre solvable du groupe peut néanmoins être volontairement inclus dans un plan de redressement, lorsque le conseil d'administration ou la direction de ce membre prend la décision commerciale (conformément à la loi applicable) de le faire participer au plan (voir ci-dessous, par. 152).

15. Une demande conjointe d'ouverture pourrait aussi être autorisée par certaines lois sur l'insolvabilité lorsque tous les membres intéressés du groupe consentent à l'inclusion d'un ou de plusieurs autres membres, qu'ils soient insolubles ou solvables, ou si toutes les parties intéressées, y compris les créanciers, sont d'accord.

Toutefois, l'obtention du consentement de l'ensemble des créanciers dans ces cas risque généralement de se révéler très difficile et de prendre du temps. Une loi sur l'insolvabilité pourrait également prévoir qu'un membre du groupe non impliqué dans une procédure d'insolvabilité visant d'autres membres au moment de son ouverture puisse se joindre plus tard à cette procédure si celle-ci a des conséquences préjudiciables pour lui ou si sa participation est considérée comme étant dans l'intérêt du groupe tout entier.

e) Personnes autorisées à former une demande conjointe

16. Conformément à l'approche préconisée par la recommandation 14, une 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 (voir deuxième partie, chapitre premier, par. 32 à 53). Une telle demande pourrait également être formée par un créancier à l'égard de tout membre 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

17. Une demande conjointe concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises peut soulever des questions de compétence, y compris dans un même État, si les membres se trouvent dans différents lieux et si différents tribunaux ont potentiellement compétence sur ces membres et, partant, peuvent connaître de cette demande. Une telle situation peut se produire, par exemple, dans le cas d'un groupe qui exerce ses activités au niveau national au sein d'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 seul tribunal qui aura compétence sur les membres du groupe inclus dans la demande.

18. Bien que cette solution soit souhaitable, la question sera en définitive de savoir si le droit interne permet de traiter ainsi les demandes conjointes visant différents débiteurs (cependant membres du même groupe) dans différents ressorts ou tribunaux. Certains États autorisent la transmission à un tribunal unique ou le regroupement devant un tribunal unique des procédures ouvertes devant différents tribunaux. Divers critères pourraient dans ces cas être utiles pour déterminer le tribunal qui serait le plus approprié pour traiter une telle demande. Il pourrait s'agir, par exemple, du tribunal compétent pour administrer la procédure d'insolvabilité visant la société mère ou un membre exerçant le contrôle du 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 le plus compétent au sein de l'État. Il se pourrait aussi que les créanciers des différents membres du groupe se trouvent dans des lieux différents, ce qui poserait des problèmes de représentation et de choix du lieu de réunion ou de constitution des comités de créanciers.

19. La question de savoir quel tribunal au sein d'un État est compétent pour connaître d'une demande conjointe lorsque les membres du groupe concernés se

trouvent dans différents ressorts pourrait être traitée par une loi autre que celle régissant l'insolvabilité. Il est cependant souhaitable 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 déterminant le tribunal compétent pour une telle demande. L'adoption d'une telle approche devrait permettre à toutes les parties concernées de savoir précisément où et comment une telle demande peut être formée, chose particulièrement importante lorsque plusieurs tribunaux peuvent avoir compétence sur les membres du groupe.

20. Le fait que la loi sur l'insolvabilité autorise la présentation d'une demande conjointe peut permettre de réaliser des économies lorsque, par exemple, le même tribunal examine en même temps les critères d'ouverture pour plusieurs membres du même groupe d'entreprises. Il est probable donc que les frais et les autres questions procédurales associés au dépôt d'une demande d'ouverture et à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité méritent d'être reconsidérés dans le contexte des demandes conjointes (voir deuxième partie, chapitre premier, par. 76 à 78).

g) Notification de la demande

21. Les recommandations ci-dessus concernant la notification d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité s'appliqueraient à une demande conjointe (voir deuxième partie, chapitre premier, par. 64 à 67). 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 aux créanciers et aux autres parties intéressées avant que soit ouverte une procédure sur la base de cette demande, conformément à la recommandation 22.

Recommandations 199 à 201

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la demande conjointe²² d'ouverture visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est:

- a) De faciliter l'examen coordonné d'une demande d'ouverture visant ces membres;
- b) De permettre au tribunal d'obtenir des informations relatives au groupe d'entreprises qui l'aideraient à déterminer si l'ouverture de procédures d'insolvabilité devrait être ordonnée à l'encontre de ces membres;
- c) De promouvoir l'efficacité et de réduire les coûts; et
- d) D'offrir au tribunal un mécanisme²³ permettant d'évaluer si ces procédures d'insolvabilité se prêteraient à une coordination procédurale.

²² Une demande conjointe d'ouverture est sans incidence sur l'identité juridique de chaque membre du groupe visé par la demande; chaque membre demeure séparé et distinct.

²³ 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 (par. 8)

199. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier qu'il est permis de former une demande conjointe d'ouverture visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont chacun au critère d'ouverture applicable²⁴.

Personnes autorisées à former une demande (par. 16)

200. [Lorsqu'elle autorise les demandes conjointes conformément à la recommandation 199,] 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 satisfait au critère d'ouverture énoncé dans la recommandation 16 et qui est visé dans la demande conjointe.

Tribunaux compétents (par. 17 à 19)

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 visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises²⁵.

2. Coordination procédurale

a) Objet de la coordination procédurale

22. La coordination procédurale se justifie par des raisons de commodité et d'économie en matière procédurale et peut faciliter non seulement l'obtention d'informations complètes sur les opérations commerciales des membres du groupe soumis aux procédures d'insolvabilité mais également 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 de la conduite et de 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 mesure de coordination procédurale restent séparés et distincts, ce qui permet de préserver l'intégrité et l'identité de chaque membre du groupe et les droits fondamentaux des créanciers. Aussi les effets de la coordination procédurale se limitent-ils aux aspects administratifs des procédures sans toucher

²⁴ 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.

²⁵ La recommandation 13 prévoit que la loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement (ou mentionner 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. 18.

aux questions de fond. La portée d'une décision de coordination procédurale est généralement déterminée au cas par cas par le tribunal.

23. Plusieurs procédures peuvent être rationalisées de différentes manières par une décision de coordination procédurale: facilitation de la mise en commun des informations pour obtenir une évaluation plus complète de la situation des divers débiteurs; coordination des audiences et des assemblées, y compris organisation d'assemblées conjointes de créanciers; établissement d'une liste unique des créanciers et des autres parties intéressées pour l'envoi des notifications et coordination de cet envoi; fixation de délais communs; accord sur une procédure conjointe de déclaration des créances et coordination de la réalisation et de la vente des 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. 139 et 140). 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.

24. Lorsque deux tribunaux ou plus sont concernés, la coopération entre eux pourrait, par exemple, consister à coordonner la tenue d'audiences ainsi qu'à échanger et se communiquer des informations. Comme il est noté ci-après pour la coopération internationale (voir chap. III, par. 38 à 40), des audiences coordonnées peuvent considérablement accroître l'efficacité des procédures d'insolvabilité parallèles concernant des membres d'un groupe d'entreprises en réunissant les parties concernées en même temps 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, des dispositions étant prises pour assurer la communication simultanée de façon que les parties puissent au moins entendre ou, mieux encore, voir les débats dans chaque tribunal. Il est relativement plus facile d'organiser ce type d'audiences dans un contexte national, où ne se posent généralement pas les problèmes liés aux différences de langues, fuseaux horaires, lois, procédures et traditions judiciaires, qui peuvent survenir dans le contexte international. Comme dans le contexte international, cependant, la tenue de ces audiences pourrait nécessiter d'utiliser des procédures communes et de déterminer d'un commun accord, par exemple, les modalités de dépôt des documents et de fourniture d'informations d'un tribunal à l'autre.

25. Plusieurs facteurs pourraient être utiles pour examiner s'il y a lieu d'ordonner une coordination procédurale dans un cas particulier. 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, au sein du groupe, de chaque membre visé par la demande, en particulier lorsque l'un d'eux était le membre contrôlant ou la société mère. Si l'obligation de fournir de telles informations risque d'être lourde lorsque les créanciers sont autorisés à demander la coordination procédurale, une telle demande part du principe que les débiteurs sont membres du même groupe et que la coordination procédurale sera bénéfique à la conduite et à l'administration des procédures d'insolvabilité. Il faudrait donc que le tribunal s'assure de cette

relation lorsqu'il détermine s'il faudrait ordonner l'ouverture de procédures et la coordination procédurale.

b) Participation des créanciers

26. S'agissant de la participation des 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. Toutefois, lorsque la coordination procédurale concerne 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 de créanciers distinct 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

27. Étant donné que les avantages de la coordination procédurale peuvent être évidents au moment du dépôt d'une demande d'ouverture ou ne le devenir qu'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 procédurale. Une telle demande pourrait être formée en même temps qu'une demande d'ouverture ou à tout moment ultérieur. Toutefois, étant donné que l'objectif visé est la coordination de l'administration de multiples procédures, la possibilité d'ordonner la coordination procédurale à un stade avancé des procédures serait limitée dans la pratique par l'utilité d'une telle décision. En d'autres termes, il ne sera peut-être pas très avantageux de chercher à coordonner des procédures qui sont presque terminées. De même, le moment où d'autres membres du groupe sont devenus insolvable déterminerait si ceux-ci pourraient se voir appliquer une ordonnance existante de coordination procédurale.

28. Pour apporter une certaine sécurité, une loi sur l'insolvabilité pourrait fixer un délai pour la présentation d'une demande de coordination procédurale. 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 (voir deuxième partie, chapitre premier, par. 60).

d) Personnes autorisées à présenter une demande

29. Il est souhaitable de rendre la coordination procédurale 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 procédurale 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 pourrait également ordonner la coordination en réponse à une demande émanant de parties autorisées à la présenter, 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.

30. S'agissant des demandes émanant de créanciers, les limites d'admissibilité applicables au dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (recommandation 200 b)) 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 devrait être traitée séparément de celle de la coordination procédurale, car les critères à respecter pour chacune d'elles seront généralement différents. Une fois les procédures ouvertes, il n'existe aucune raison de n'autoriser que les créanciers qui sont créanciers des membres devant être coordonnés à demander la coordination procédurale, si cette dernière est bénéfique à la conduite et à l'administration des procédures. Les créanciers d'autres membres du groupe pourraient également présenter une telle demande; la décision d'ordonner la coordination procédurale ne devrait pas dépendre du statut du créancier qui dépose la demande.

e) Tribunaux compétents

31. La coordination procédurale peut aussi soulever les mêmes questions de compétence que celles mentionnées plus haut en ce qui concerne les demandes conjointes d'ouverture (voir par. 17 à 19), lorsque différents tribunaux d'un même État ont compétence sur les différents membres du groupe soumis aux procédures d'insolvabilité. Dans les États où le problème se pose, celui-ci sera généralement tranché conformément aux règles de procédure internes. Dans certains États, les procédures devant différents tribunaux peuvent être regroupées devant un tribunal unique ou transmises à un tribunal unique, par exemple le tribunal compétent pour administrer la procédure d'insolvabilité concernant la société mère du groupe. Un certain nombre d'autres critères, comme la "règle du premier demandeur", l'importance de l'endettement ou le centre de contrôle, pourraient également être choisis pour déterminer le tribunal le plus compétent au niveau interne. Avant de regrouper les procédures ou de les transmettre à un tribunal unique, il importe d'établir une communication entre les tribunaux concernés. Il se pourrait aussi que les créanciers des différents membres du groupe se trouvent dans des lieux différents, ce qui poserait des problèmes de représentation et de choix du lieu de réunion ou de constitution des comités de créanciers.

32. 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. 19), 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 déterminant le tribunal compétent pour connaître d'une demande de coordination procédurale.

f) Notification de la coordination procédurale

33. Une demande de coordination procédurale pourrait être soumise aux mêmes exigences de notification qu'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir recommandations 19, 22 à 24 et deuxième partie, chapitre premier, par. 64 à 68). Lorsqu'elle est présentée en même temps que la demande d'ouverture, la demande de coordination ne devrait être notifiée aux débiteurs concernés que si elle émane de créanciers, conformément à la recommandation 19.

34. Une demande présentée en même temps que la demande d'ouverture par des membres du groupe ne devrait pas nécessairement être notifiée aux créanciers, conformément aux recommandations 23 et 24, mais les informations pertinentes, telles que le contenu ou les conséquences de l'ordonnance, pourraient être incluses dans la notification d'ouverture.

35. Lorsqu'une demande de coordination procédurale est présentée après l'ouverture des procédures, il peut être bon de la notifier aux créanciers, bien que la coordination ne porte pas atteinte à leurs droits fondamentaux. La notification peut être particulièrement importante lorsque la loi prévoit, comme cela est noté plus haut, que des procédures ouvertes devant différents tribunaux seront transmises à un tribunal unique ou administrées par lui, et que cette transmission risque d'avoir des incidences sur des aspects procéduraux qui intéressent les créanciers, comme le lieu de réunion d'un comité de créanciers ou le lieu de déclaration des créances.

36. 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 (voir deuxième partie, chapitre premier, par. 69 et 70). Outre les informations requises par les recommandations ci-dessus relatives à la notification de l'ouverture d'une procédure (recommandation 25 et deuxième partie, chapitre premier, par. 71), la notification d'une ordonnance de coordination procédurale pourrait préciser le contenu de cette ordonnance et comprendre des informations relatives, par exemple, à la coordination des audiences et des réunions et aux mesures à prendre s'agissant du financement postérieur à l'ouverture des procédures.

g) Modification ou mainlevée d'une ordonnance de coordination procédurale

37. Étant donné que la coordination procédurale se justifie par des raisons de commodité et d'économie en matière d'administration des procédures, une loi sur l'insolvabilité peut inclure des dispositions prévoyant la modification ou la mainlevée d'une ordonnance de coordination en cas de changement de circonstances. Cette approche pourrait, par exemple, se justifier si un redressement coordonné ne réussit pas et si chaque membre doit être mis en liquidation séparément. La mainlevée d'une ordonnance, bien que rarement nécessaire, devrait être possible étant donné que l'ordonnance 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 de modifier ou de lever une ordonnance sous réserve que cela ne porte pas atteinte aux droits et intérêts acquis découlant de l'ordonnance 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 tribunal²⁶ 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.

204. La coordination procédurale peut consister, par exemple, en la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité; la coopération entre les tribunaux, notamment la coordination des audiences; la coopération entre les représentants de l'insolvabilité, notamment le partage d'informations et la coordination des négociations; la notification conjointe; la coordination des procédures de présentation et de vérification des créances; et la coordination des actions en annulation. L'étendue de la coordination procédurale devrait 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 des procédures d'insolvabilité ou à tout moment ultérieur²⁷.

– 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 par une demande d'ouverture de 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 créancier²⁸ d'un membre d'un groupe d'entreprises visé par une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité ou soumis à une procédure d'insolvabilité.

²⁶ La coordination pourrait concerner différents tribunaux compétents pour différents membres 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 ordonnance de coordination procédurale pourra exiger l'intervention de plusieurs tribunaux.

²⁷ La possibilité d'ordonner une coordination procédurale à un stade avancé des procédures d'insolvabilité est examinée dans le commentaire, voir ci-dessus par. 27.

²⁸ 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.

Coordination de l'examen d'une demande

207. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal²⁹ 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 coordonnées, 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 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'entreprises³⁰.

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 de la mainlevée de telles ordonnances, notamment en ce qui concerne la portée de ces ordonnances; les parties auxquelles la notification doit être adressée; la partie à laquelle incombe la notification et le contenu de cette dernière.

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

38. Les effets que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité a sur le débiteur et sur ses actifs sont examinés en détail ci-dessus dans la deuxième partie, chapitre II. De manière générale, cet impact serait le même en cas d'ouverture de procédures 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 au dépôt d'une demande; l'utilisation et la disposition des actifs; le financement postérieur à l'ouverture; l'annulation; le déclassement; et les voies de droit, notamment les ordonnances de regroupement des patrimoines.

²⁹ Voir recommandation 203, note 26 ci-dessus.

³⁰ Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus par. 18.

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

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

39. Comme il est noté plus haut (voir deuxième partie, 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 respecter 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 visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises (voir recommandations 39 à 51).

40. Une question qui pourrait 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 des poursuites à un membre qui n'est pas soumis à une procédure d'insolvabilité (la question ne se posera pas lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise un membre solvable 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 réciproques ou de sûretés réelles croisées, le financement octroyé à un membre pourrait avoir des incidences sur le passif d'un autre. De même, des actes concernant l'actif des membres qui ne sont pas soumis à une 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.

41. L'extension de l'arrêt des poursuites au membre solvable pourrait 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 assumer certaines obligations.

42. 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'égard d'autres membres du groupe. Les mesures

peuvent être laissées à l'appréciation du tribunal, sous réserve des conditions qu'il juge appropriées.

43. 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 (qui sont prévues 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 appliquées dans une procédure d'insolvabilité donnée.

44. Des mesures pourraient également être prises 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".

45. La protection des intérêts des créanciers, garantis ou chirographaires, du membre solvable du groupe pourrait également être traitée dans le cadre des recommandations pertinentes ci-dessus. 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.

46. 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. 84 à 88).

b) Financement postérieur à la demande d'ouverture

47. Lors de l'examen du financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans la deuxième partie, chapitre II, 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. Cette exploitation continue 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.

48. Le même besoin de financement survient 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"). Lorsqu'un membre d'un groupe d'entreprises devient insolvable et dépose une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, cette demande constitue souvent un défaut d'exécution aux yeux des conventions de prêt existantes, ce qui autorise le prêteur à cesser

d'avancer des fonds dans le cadre de ces conventions. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas l'ouverture automatique d'une procédure d'insolvabilité dès le dépôt d'une demande, plusieurs mois s'écoulent souvent entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. Pendant cette période, les tribunaux doivent procéder à une évaluation indépendante pour déterminer si les débiteurs visés par la demande répondent aux critères légaux qui régissent l'ouverture d'une procédure. Or, si le membre du groupe doit poursuivre son activité pendant cette évaluation, il doit être en mesure de continuer à réaliser ses opérations, à rémunérer ses salariés, à payer ses fournisseurs et, d'une manière générale, à mener ses activités quotidiennes. La décision de savoir si le redressement sera finalement une option viable ou si la liquidation sera nécessaire peut être considérablement influencée par l'existence ou l'absence de financement pendant cette période, quand elle n'en dépend pas purement et simplement. Lorsque les activités du membre insolvable sont étroitement liées à celles d'autres membres, la possibilité pour lui de poursuivre ses activités peut avoir une incidence sur la solvabilité de ces autres membres et, en définitive, selon sa position dans la hiérarchie du groupe, sur la solvabilité du groupe tout entier.

49. Comme il est noté plus haut (deuxième partie, 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 d'une 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. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient, par exemple, lorsqu'un prêteur avance des fonds à un débiteur insolvable pendant la période qui précède l'ouverture, que celui-ci peut être responsable de toute augmentation du passif des autres créanciers ou que l'avance sera, en tant qu'opération préférentielle, susceptible d'annulation dans toute procédure d'insolvabilité subséquente.

50. L'existence, dans la loi sur l'insolvabilité, d'une disposition permettant l'obtention d'un financement pour la période comprise entre le dépôt d'une demande d'ouverture et l'ouverture d'une procédure fournirait l'autorisation nécessaire et donnerait à tout prêteur existant ou nouveau les assurances et les incitations nécessaires pour qu'il apporte un financement supplémentaire pendant cette période.

51. Ainsi qu'il est noté plus haut (voir par. 44), la recommandation 39 autorise le tribunal à prononcer des mesures provisoires pour préserver les actifs du débiteur avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. 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 cette recommandation.

2. Utilisation et disposition des actifs

52. Comme il est noté plus haut (voir deuxième partie, chap. II, par. 74), bien qu'il soit généralement 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 les actifs de la masse et les actifs en possession du débiteur dont se sert l'entreprise ou à en disposer (y compris en les grevant).

53. Lorsque les procédures d'insolvabilité concernent 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 aux procédures pour financer la poursuite de l'activité des membres qui y sont soumis en attendant le règlement des procédures. Lorsque ces actifs sont en possession de l'un des membres soumis aux procédures, la recommandation 54, qui traite de l'utilisation d'actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur, peut être suffisante.

54. Lorsque ces actifs ne sont pas en possession de l'un des membres soumis aux procédures, la recommandation 54 ne s'appliquera généralement pas. Toutefois, dans certains cas, le membre solvable du groupe qui se trouve en possession de ces actifs sera inclus dans les procédures d'insolvabilité ou les dispositions d'un plan de redressement du groupe devront couvrir les actifs (voir plus loin, par. 152, 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 les procédures, il s'agira de savoir si ces actifs peuvent être utilisés pour soutenir les membres soumis aux procédures et, dans l'affirmative, à quelles conditions 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 source d'inquiétude pour les créanciers de ce membre.

3. Financement postérieur à l'ouverture

a) Besoin d'un financement postérieur à l'ouverture

55. Lors de l'examen de la question du financement postérieur à l'ouverture d'une procédure ci-dessus dans la deuxième partie, chapitre II, (voir 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. La continuité de l'exploitation 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, que 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 d'une procédure, pratiquement aucune n'aborde la question dans le contexte des groupes d'entreprises.

56. Le financement postérieur à l'ouverture peut être encore plus important dans le contexte d'un groupe que dans celui d'une procédure d'insolvabilité visant un débiteur 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 l'absence de financement 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 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 peuvent avoir trait à l'équilibre à trouver entre les intérêts de chaque membre du groupe et les mesures à prendre pour redresser l'ensemble du groupe; à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par des membres solvables 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 entre membres du groupe qui sont essentiellement des parties ayant des liens privilégiés entre elles (voir glossaire, al. kk)); à l'octroi d'un financement par des membres du groupe soumis à des procédures d'insolvabilité; et à l'opportunité de maintenir, dans les procédures 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.

57. Le recours à un financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe exige que soient examinés l'opportunité et l'impact d'un tel financement non seulement pour le membre du groupe qui en bénéficie mais aussi pour le membre du groupe qui le fournit ou qui en facilite l'octroi en consentant une sûreté réelle ou une sûreté personnelle. Lorsque cet examen est réalisé par plusieurs représentants de l'insolvabilité, il est indispensable que ceux-ci se coordonnent et se mettent d'accord. Lorsqu'un seul représentant est nommé pour administrer plusieurs membres d'un groupe, il faudra examiner et régler les conflits d'intérêts potentiels liés au financement postérieur à l'ouverture.

b) Sources de financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe

58. Comme indiqué plus haut dans la deuxième partie, chapitre II, (voir par. 99), les sources de financement postérieur à l'ouverture d'une procédure risquent d'être peu nombreuses. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, ces sources pourraient être à la fois externes et internes au groupe, sachant que les sources internes pourraient comprendre des membres solvables du groupe ainsi que des membres déjà soumis à des procédures d'insolvabilité. Même si certaines des raisons qui poussent les prêteurs externes et internes à octroyer un financement postérieur à l'ouverture 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 par un membre solvable du groupe

59. Comme on l'a noté plus haut, l'une des questions qui se posent en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe d'entreprises est de savoir si les actifs d'un membre solvable du groupe peuvent être utilisés, par exemple aux fins de la constitution d'une sûreté réelle ou d'une sûreté 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 réelles. Il se pourrait 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 son exploitation, en particulier lorsqu'il est étroitement lié aux membres insolubles ou qu'il dépend d'eux pour poursuivre ses activités, ce qui sera souvent le cas, par

exemple, dans un groupe manufacturier intégré verticalement. Différents types d'entités solvables, comme les entités ad hoc avec un passif peu important et des actifs de valeur, pourraient participer de différentes manières à l'insolvabilité des autres membres du groupe, notamment en octroyant une sûreté personnelle ou une sûreté réelle pour aider les membres insolubles à obtenir un nouveau financement.

60. Cependant, l'utilisation des actifs d'un membre solvable à cette fin, en particulier lorsque ce membre risque de devenir, ou devient ultérieurement, insoluble, soulève plusieurs questions. Ce dernier pourrait accorder ce financement de sa propre initiative conformément au droit des sociétés applicable et non conformément à la loi sur l'insolvabilité, mais les conséquences de ce financement pourraient être régies en définitive 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 insoluble; si la créance découlant de cette opération ferait, en vertu de la recommandation 184, l'objet d'un traitement spécial parce qu'elle est née entre parties ayant des liens privilégiés entre elles; ou si cette opération pourrait être considérée comme préférentielle et partant être susceptible d'annulation en cas d'insolvabilité ultérieure du membre apportant le financement. Dans certaines lois, un tel financement peut être interdit, car il équivaudrait à un transfert d'actifs d'une entité solvable à une entité insoluble au détriment des créanciers et des actionnaires de la première.

61. 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, de même que les personnes externes fournissant un financement, pourrait participer par contrat. S'il se peut que cette solution convienne dans certaines situations, la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture à un stade précoce de la procédure d'insolvabilité conduit à penser que la solution risque d'avoir une application limitée. Dans une procédure de redressement, par exemple, un tel financement serait généralement nécessaire avant qu'un plan puisse être négocié et approuvé. En cas de cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, aucun plan de redressement ne serait établi mais un financement serait nécessaire pour maintenir l'entreprise avant sa cession.

ii) *Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre insoluble du groupe*

62. L'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité à un autre membre qui se trouve dans le même cas n'est pas directement traité ailleurs dans le *Guide*. Certaines des interdictions générales que prévoient les lois existantes en ce qui concerne les entités insolubles qui empruntent et prêtent des fonds appellent peut-être un examen plus attentif pour faciliter l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture dans cette situation. Les raisons qui justifient ces interdictions sont probablement évidentes lorsque le prêteur et l'emprunteur sont tous deux non seulement insolubles et soumis à une procédure d'insolvabilité, mais aussi membres du même groupe d'entreprises. L'appartenance au même groupe peut en outre soulever des problèmes quant aux devoirs et obligations des représentants de l'insolvabilité, lorsque le représentant de l'insolvabilité d'un membre insoluble cherche à faciliter l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture à un autre membre insoluble du groupe et que le représentant de l'insolvabilité du second membre cherche à obtenir

ce financement. Il est souhaitable dans ces cas que la loi sur l'insolvabilité traite tant des parties octroyant que de celles recevant le financement.

63. On peut s'attendre, en règle générale, à ce qu'un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité ne soit pas en mesure d'octroyer un financement postérieur à l'ouverture à un autre membre qui se trouve dans le même cas, ou de faciliter un tel financement. Cependant, dans certaines situations, quoique potentiellement limitées, il serait peut-être à la fois possible et souhaitable qu'un tel financement soit octroyé ou facilité, en particulier lorsque les intérêts du groupe d'entreprises sont considérés comme un tout. Dans la mesure où ce financement a une incidence sur les droits des créanciers existants – garantis ou non – des deux membres, il est souhaitable de le mettre en balance avec la possibilité que le maintien de la valeur d'exploitation de l'entreprise grâce à la poursuite des activités profite en fin de compte à ces créanciers. Il pourrait également être souhaitable de mettre en balance 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 négatives qui résultent d'un tel financement à court terme, dans l'optique d'un gain à long terme, plutôt que de sacrifier un membre (et ses créanciers) au profit des autres concernés par le financement postérieur à l'ouverture.

c) Traitement de l'octroi et de l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe

64. Les recommandations 63 à 68 tendent à faciliter l'offre 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 d'une 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 l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture, aux membres soumis à des procédures d'insolvabilité, par des prêteurs externes au groupe et par des membres solvables du groupe.

65. La recommandation 63 énonce les conditions d'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture d'une 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 exigences restent valables dans le contexte des groupes d'entreprises et, pour lever tout doute, la recommandation 63 devrait être interprétée comme s'appliquant à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité qui obtient un financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'un prêteur externe ou d'un membre solvable du groupe. Elle ne s'applique en revanche pas à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité qui fournit un financement postérieur à l'ouverture directement à un autre membre lui aussi soumis à une procédure ou qui facilite l'octroi d'un tel financement en constituant une sûreté réelle ou personnelle, ni à l'obtention d'un tel financement par le membre insolvable.

66. Pour faire pendant aux exigences de la recommandation 63 et prévoir des dispositions pour le membre du groupe qui octroie le financement, il pourrait être souhaitable d'exiger que le représentant de l'insolvabilité de ce membre détermine

que la fourniture du financement postérieur à l'ouverture est nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie du membre en question ou pour préserver ou augmenter la valeur de sa masse. Une exigence supplémentaire pourrait être que tout préjudice causé aux créanciers du membre fournissant le financement soit compensé par le bénéfice à retirer de la constitution de la sûreté réelle.

67. 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 différentes considérations liées aux autorisations qui s'appliqueraient également dans le contexte d'un groupe sont examinés plus haut (voir deuxième partie, chap. II, par. 105 et 106). En outre, 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 très probable que les représentants de l'insolvabilité des membres concernés du groupe seront les mieux placés pour évaluer l'impact du financement proposé, tout comme ils le sont pour déterminer la nécessité d'un nouveau financement en vertu de la recommandation 63. Si la participation des tribunaux ou des créanciers est jugée souhaitable, il faudra cependant garder à l'esprit que des retards sont possibles lorsqu'un grand nombre de créanciers doivent être consultés ou que le tribunal n'a pas les moyens de rendre des décisions rapidement.

d) Conflit d'intérêts

68. L'octroi d'un financement dans le contexte d'un groupe soulève des questions en ce qui concerne d'éventuels préjugés et conflits d'intérêts qui n'existent pas dans le contexte d'un débiteur autonome. Un conflit d'intérêts pourrait surgir, par exemple, lorsqu'il s'agit de mettre en balance les intérêts du groupe dans son ensemble et ceux potentiellement différents du prêteur et du bénéficiaire du financement postérieur à l'ouverture. Un problème pourrait se poser en particulier lorsqu'un représentant unique ou le même représentant de l'insolvabilité est nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité visant plusieurs membres du groupe. Le représentant de l'insolvabilité du membre qui octroie le financement pourrait également être celui du membre bénéficiaire de ce financement et sera amené à évaluer les intérêts de chaque membre et ceux du groupe. Cette situation pourrait être traitée de différentes manières dans la loi sur l'insolvabilité, par exemple, en exigeant que le tribunal ou les créanciers approuvent 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. 144). Ce ou ces représentants pourraient être nommés pendant la durée nécessaire pour résoudre ce conflit particulier ou dans un but plus général pendant la durée des procédures.

69. 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, pourrait être tenu de fournir une sûreté personnelle en garantie du financement octroyé à un membre solvable du groupe. Étant donné que la fourniture d'une telle sûreté équivaldrait probablement à un acte de disposition des actifs du

membre insolvable, elle pourrait être visée par les recommandations traitant de cette question (voir recommandations 52 à 62).

e) Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture

70. La recommandation 64 prévoit qu'il est nécessaire d'établir la priorité à accorder au financement postérieur à l'ouverture d'une procédure, à savoir que les personnes octroyant ce financement devraient être remboursées avant les créanciers chirographaires ordinaires, y compris ceux titulaires d'une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure. Elle s'appliquerait dans le contexte des groupes d'entreprises lorsque le financement est accordé à un membre du groupe par un prêteur externe. Dans ce cas, la priorité accordée reste un facteur important qui incite à octroyer un tel financement. En revanche, les éléments nécessaires pour inciter un membre du groupe à octroyer un financement à un autre membre soumis à une procédure d'insolvabilité sont peut-être légèrement différents.

71. L'intérêt du membre du groupe qui octroie le financement peut 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, en particulier lorsque les activités des membres du groupe sont étroitement intégrées ou interdépendantes. Dans ces conditions, il pourrait être nécessaire de s'interroger sur le fait de savoir si le rang de priorité accordé par la recommandation 64 serait approprié. On pourrait, d'une part, estimer que ce rang de priorité encourage l'octroi d'un financement et protège suffisamment les créanciers de celui qui octroie le financement, qu'il soit interne ou externe au groupe. On pourrait également, d'autre part, estimer que, l'opération intervenant entre personnes ayant des liens privilégiés entre elles au sein d'un groupe, il est 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 de celui 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.

f) Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture

72. Les recommandations 65 à 67 traitent des questions relatives à la constitution d'une sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture d'une 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 réelle du type envisagé dans la recommandation 65 en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture qu'il a obtenu. Cette situation est clairement visée par les recommandations 65 à 67. Un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité peut également constituer une sûreté réelle du type envisagé dans la recommandation 65 en garantie du remboursement d'un financement octroyé à un autre membre du groupe lui aussi soumis à une procédure d'insolvabilité. Dans ce dernier cas, le membre constitue la sûreté sur ses actifs non grevés, mais ne bénéficie pas directement du financement et réduit potentiellement les actifs disponibles pour ses créanciers. Il peut cependant retirer un bénéfice indirect lorsque l'octroi du financement aide à trouver une meilleure solution à l'insolvabilité du groupe dans son ensemble. Comme on l'a vu plus haut, en outre, tout détriment à court terme est compensé 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.

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

g) Sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture

74. La constitution, par un membre du groupe, d'une sûreté personnelle en garantie du remboursement d'un nouveau financement en faveur d'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 pour la constitution et l'obtention d'une sûreté réelle, il conviendra peut-être d'adopter la même approche en ce qui concerne les décisions que devront prendre les représentants de l'insolvabilité du membre qui consent la sûreté personnelle et de celui qui en bénéficie 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 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 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.

Contenu des dispositions législatives

Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe lui aussi 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 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 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 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 peut être octroyé conformément à la recommandation 211, lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui avance le financement, qui constitue la sûreté réelle ou qui offre la 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 ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse de ce membre; et

b) Juge que tout préjudice causé aux créanciers de ce membre du groupe est [sera] compensé par le bénéfice à retirer de l'avance de ce financement, de la constitution de cette sûreté réelle ou de l'offre 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'avance d'un financement, la constitution d'une sûreté réelle ou l'offre d'une sûreté personnelle ou d'une autre garantie de remboursement conformément aux recommandations 211 et 212.

Obtention d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité auprès d'un autre membre du groupe lui aussi 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 peut être obtenu d'un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité par un autre membre du groupe qui se trouve lui aussi soumis à une procédure d'insolvabilité lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui reçoit le financement juge que celui-ci est nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de sa 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

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

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

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. Actions en annulation

a) Nature des opérations dans un groupe d'entreprises

75. Les recommandations 87 à 99 relatives à l'annulation s'appliqueraient de manière générale aux opérations réalisées dans le contexte 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. Ainsi qu'il est noté plus haut (deuxième partie, chap. II, par. 155), il faut mettre en balance, d'une part, ce coût lié à l'action en annulation et, d'autre part, les chances de récupérer des actifs et les avantages globaux qu'en retirera la masse dans chaque cas d'espèce. Certaines opérations qui pourraient sembler 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 transfert³¹, 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.

76. Les opérations intragroupe peuvent représenter des activités très diverses. Elles 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 un membre du groupe à un créancier d'un autre membre avec lequel il entretient des liens privilégiés; ou une sûreté personnelle ou une hypothèque consentie par un membre du groupe pour un prêt accordé par un prêteur externe à un autre membre du groupe. Un groupe peut avoir pour pratique de tirer le meilleur parti sur le plan commercial de tout l'argent et de tous les actifs disponibles au sein du groupe dans son intérêt général, plutôt qu'au profit du membre auquel ils appartiennent. Il pourrait notamment transférer

³¹ Le prix de transfert 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.

les liquidités de certains membres du groupe au 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 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

77. Il faudra peut-être s'interroger, dans le cas d'un groupe, sur l'objectif des dispositions d'annulation. Celles-ci pourraient avoir 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 le débiteur et une personne ayant des liens privilégiés avec lui. 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 une 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. kk).

78. Dans certains cas, un régime plus strict peut se justifier par le fait que les personnes ayant des liens privilégiés entre elles ont plus de chances d'être favorisées et, parce qu'elles sont souvent les premières à savoir quand un membre du groupe est effectivement en difficulté financière, ont aussi plus de chances de tirer parti de la situation. Des actifs peuvent, par exemple, être transférés du membre en difficulté vers d'autres membres pour pouvoir continuer à être utilisés au sein du groupe et être soustraits à toute procédure d'insolvabilité. Il se peut aussi que les membres d'un groupe aient des actionnaires et des administrateurs communs qui contrôlent les opérations entre membres ou ont la possibilité de déterminer les décisions en matière de politiques opérationnelles et financières. Dans ces situations, les opérations intragroupe sont davantage susceptibles d'annulation que les opérations entre personnes qui n'entretiennent aucun lien privilégié entre elles. La simple existence du groupe d'entreprises, cependant, 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 (deuxième partie, chap. V, par. 48).

79. En conséquence, si 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 devront probablement faire l'objet d'un examen attentif qui permettra de déterminer quels en sont les avantages et les inconvénients effectifs. Ces opérations 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 ou les activités 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 les créanciers externes. Certaines opérations seront 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 aurait aucune raison de traiter une telle opération de manière plus stricte qu'une opération impliquant un prêteur externe. De même, comme il est noté plus haut, un groupe peut recourir à la centralisation de la trésorerie et à des transferts de liquidités, pratique qui ne se produirait pas si le groupe n'existait pas. Dans le cas des sûretés personnelles intragroupe décrites plus haut en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture, celui qui constitue la sûreté tirera probablement, non pas un bénéfice direct du financement octroyé, mais plutôt un bénéfice indirect, parce qu'il dépend peut-être du membre emprunteur dans le contexte des activités du groupe (par exemple en tant que fournisseur de pièces détachées dans une activité de fabrication ou en tant que fournisseur de propriété intellectuelle) ou pour d'autres raisons liées au groupe. Il sera souhaitable, lorsqu'on examine ces opérations intragroupe, que le tribunal puisse prendre l'existence du groupe en considération et examiner des facteurs comme ceux mentionnés plus haut.

80. Il se peut aussi que certaines opérations réalisées au sein d'un groupe ne soient pas visées par les dispositions d'annulation. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient l'annulation des paiements préférentiels aux créanciers du débiteur, mais non aux créanciers d'un membre ayant des liens privilégiés avec lui, sauf si le paiement est effectué, par exemple, en réalisation 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.

81. La recommandation 97 traite des éléments devant être prouvés pour faire annuler une opération donnée et des moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation. Il conviendrait peut-être d'étudier comment ces éléments s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe et si une approche différente s'impose. Une approche de la charge de la preuve dans le cas d'opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés entre elles pourrait consister, par exemple, 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 certaines opérations entre les membres d'un groupe et les actionnaires du groupe sont présumées, sauf preuve contraire, porter préjudice aux créanciers et peuvent en conséquence être annulées. Une approche différente consisterait à admettre, comme on l'a noté plus haut, que les opérations réalisées au sein d'un groupe, même si elles ne sont pas toujours commercialement viables lorsqu'elles s'effectuent hors du contexte du groupe, sont généralement légitimes, surtout lorsqu'elles s'inscrivent dans les limites du droit applicable et dans le cours normal des affaires des membres du groupe concernés. Ce type d'opération pourrait néanmoins être soumis à un examen particulier pour l'essentiel selon les mêmes modalités que celles préconisées par 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 des membres ayant des liens privilégiés avec des membres insolubles découlant d'arrangements concernant la dette intragroupe soient subordonnés aux droits des créanciers externes de ces membres insolubles.

82. La recommandation 93 prévoit qu'un créancier ne peut engager une action en annulation qu'avec l'approbation du représentant de l'insolvabilité ou l'autorisation du tribunal. Dans le contexte d'un groupe, il peut être souhaitable de suivre la même approche, même si cela peut s'avérer difficile dans la pratique. Le degré d'intégration du groupe peut rendre bien plus difficile la tâche des créanciers pour 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 s'agissant des 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 définir les circonstances qui peuvent être prises en considération 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'entreprises³².

5. Déclassement

83. Il est noté plus haut (voir deuxième partie, 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 entre créanciers, par lequel un créancier accepte que sa créance soit primée par la

³² 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 spéciales.

créance de l'autre, ou d'une décision judiciaire motivée, par exemple, par le comportement impropre d'un créancier ou d'une partie ayant des liens privilégiés avec le débiteur, auquel cas la créance pourrait passer après celles de tous les autres créanciers. 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, que l'on rencontre toutes deux dans le contexte des groupes d'entreprises.

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

84. Dans le contexte des groupes d'entreprises, 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 une procédure d'insolvabilité.

85. 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 d'une relation spéciale avec le débiteur, y compris, dans le contexte d'un groupe d'entreprises, l'appartenance au même groupe, ne suffira peut-être pas toujours, cependant, à justifier un traitement spécial des créances d'un créancier, surtout parce qu'un tel traitement risque ensuite de désavantager les créanciers de ce dernier. Parfois, ces créances seront totalement transparentes et devraient être traitées de la même manière que les créances analogues déclarées par des créanciers n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur; dans d'autres cas, elles pourront susciter des soupçons 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.

86. Un certain nombre de situations dans lesquelles pourrait se justifier un traitement spécial des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (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, et vaudraient généralement aussi dans le contexte d'un groupe d'entreprises. D'autres situations pourraient entrer en ligne de compte, par exemple: dans la relation entre un membre contrôlant et un membre contrôlé du groupe, la participation du premier à la gestion du second; le fait de savoir si le membre contrôlant a cherché à manipuler des opérations intragroupe à son propre avantage aux dépens des créanciers externes; ou le fait de savoir s'il s'est par ailleurs comporté de manière injuste, au détriment des créanciers et des actionnaires du membre contrôlé. Dans certaines lois, l'existence de ces situations pourrait entraîner le déclassement des créances du membre contrôlant après celles de créanciers chirographaires n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur, voire d'actionnaires minoritaires du membre contrôlé du groupe.

87. Certaines lois prévoient d'autres approches en matière d'opérations intragroupe, par exemple en permettant que les 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.

88. 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 les prêts intragroupe.

b) Traitement des participations au capital

89. De nombreuses lois sur l'insolvabilité font une distinction entre les créances des propriétaires et des actionnaires susceptibles de naître de prêts accordés au débiteur et les créances résultant de leur participation au capital du débiteur (voir plus haut, deuxième partie, 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.

90. 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 initial endettement/fonds propres 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.

91. Le déclassement est examiné plus haut dans le contexte du traitement des créances et des priorités. Le *Guide* ne recommande toutefois pas que la loi sur l'insolvabilité prévoie le déclassement de certains types de créances, et note

simplement que les créances déclassées auraient un rang inférieur aux droits des créanciers chirographaires ordinaires (recommandation 189)³³.

D. Voies de droit

92. 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 un examen juridique complexe et coûteux. 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 de deux membres ou plus, dissocier l'actif et le passif de chacun.

93. 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 au principe de l'entité distincte. À l'origine, ces voies de droit ont été mises au point pour remédier à l'impression d'inefficacité et d'iniquité que donnait, dans certains cas concernant des groupes, le principe traditionnel de l'entité distincte. Ces voies de droit, qui s'ajoutent à la possibilité d'annuler des opérations intragroupe ou de déclasser des prêts intragroupe, peuvent notamment être les suivantes: étendre aux membres solvables du groupe ainsi qu'aux dirigeants et aux actionnaires, l'obligation de paiement des dettes externes; et ordonner une contribution ou encore la mise en commun ou le regroupement des patrimoines. Certaines d'entre elles exigent la constatation d'une faute, et d'autres l'établissement de certains faits en relation avec les opérations du groupe. Dans certains cas, notamment en cas de mauvaise gestion, d'autres voies de droit pourraient être plus adéquatement utilisées, par exemple la révocation des administrateurs incriminés et la limitation de la participation de la direction à la procédure de redressement.

94. 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 morale" 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.

³³ Voir également le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

1. Extension de la responsabilité

95. 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.

96. 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.

97. 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 les 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 qu'entités juridiques 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 du 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 d'exécution, par exemple tout acte causant un préjudice grave ou un dommage pour l'environnement;

i) Faute de gestion, les administrateurs, y compris les administrateurs de fait 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 la réglementation, comme l'obligation de tenir une comptabilité régulière d'une filiale ou d'un membre contrôlé du groupe.

98. 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.

99. 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 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 États, 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 de fait.

100. 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

101. 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 payer tout ou partie des dettes d'autres membres du groupe soumis à des procédures d'insolvabilité, en particulier s'il a agi de manière inappropriée envers les membres insolubles. Les actes en question pourraient être notamment les suivants: transfert des actifs d'un membre défaillant à un autre membre du groupe pour un prix insuffisant ou fait pour un membre de tirer parti des avantages fiscaux revenant au membre défaillant et réduction du montant qui sera remboursé aux créanciers du membre défaillant dans une procédure d'insolvabilité ultérieure. Le fait que de tels actes puissent être commis sans qu'il existe de voies de droit pour y remédier pourrait porter préjudice aux créanciers du membre insoluble et constituer une aubaine pour les actionnaires du membre solvable.

102. Bien que les ordonnances de contribution ne soient pas très courantes dans les lois sur l'insolvabilité, quelques États les ont adoptées ou envisagent de le faire en les limitant généralement aux procédures de liquidation. Toutefois, certaines des questions que ces ordonnances sont censées régler 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.

103. La difficulté la plus fréquente qui se pose au tribunal devant décider s'il doit ou non prononcer une ordonnance de contribution consiste à concilier les intérêts des actionnaires et des créanciers chirographaires du membre solvable et ceux des créanciers chirographaires du membre en liquidation, en particulier lorsque l'ordonnance risque de compromettre la solvabilité du premier. Les créanciers du membre solvable pourraient faire valoir qu'ils comptaient sur les actifs séparés de ce membre lorsqu'ils ont traité avec lui et qu'ils ne devraient pas se voir refuser le remboursement intégral de leurs créances en raison de la relation de ce membre avec d'autres membres du groupe ou de son comportement envers eux. La difficulté de concilier ces intérêts différents explique que le pouvoir d'ordonner une contribution ne soit pas souvent exercé. Les tribunaux ont également estimé qu'il ne conviendrait pas d'ordonner le versement d'une contribution intégrale si la solvabilité d'un membre non encore soumis à une procédure d'insolvabilité s'en trouvait menacée, mais qu'il serait possible d'ordonner le versement d'une contribution partielle limitée à certains actifs, par exemple le solde restant dû après exécution des obligations de bonne foi.

104. Dans les lois qui autorisent les ordonnances de contribution, le tribunal doit tenir compte de certaines circonstances déterminées lorsqu'il examine la possibilité de rendre ou non une telle ordonnance. Ces circonstances ont trait à la relation entre

le membre solvable et le membre soumis à une procédure d'insolvabilité et sont notamment les suivantes: la mesure dans laquelle le membre solvable a pris part à la gestion du membre insolvable; la conduite du membre solvable vis-à-vis des créanciers du membre insolvable, 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 procédure d'insolvabilité sont imputables aux actes du membre solvable; la conduite du membre solvable après l'ouverture de la procédure envers le membre insolvable, surtout si elle a des répercussions, directes ou indirectes, sur les créanciers de ce membre, par exemple en cas d'inexécution d'un contrat auquel le membre insolvable est partie; et tout autre élément que le tribunal juge approprié³⁴. 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

105. Comme il est 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 d'États disposent de lois autorisant les décisions de regroupement et, lorsque cette voie de droit existe, elle est soumise à des règles de preuve strictes et n'est pas fréquemment utilisée. Le souci principal est 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 de manière à répondre à diverses considérations 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 souplesse de cette structure pourraient être perdus si les tribunaux consentaient, d'une manière systématique, au regroupement des patrimoines.

106. 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 États ont directement contribué au développement de ces ordonnances et à la définition des circonstances adéquates. Cette pratique montre que les tribunaux sont davantage conscients du recours fréquent à des structures organisationnelles imbriquées pour des motifs fiscaux et commerciaux. Les circonstances qui justifieraient une décision de regroupement sont néanmoins

³⁴ New Zealand Companies Act 1993 (loi néo-zélandaise sur les sociétés), sect. 271 1) a) et 272 1).

très limitées et ce moyen est notamment utilisé lorsque, en raison de l'intégration poussée des opérations et des activités des membres d'un groupe, par le biais d'une participation ou d'un contrôle, il serait très difficile, voire impossible, de démêler les actifs et les passifs des différents membres pour déterminer, par exemple, à qui appartient tel ou tel actif et qui sont les créanciers de chaque membre, sans y consacrer beaucoup de temps et de ressources et sans nuire en définitive à l'ensemble des créanciers.

107. 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 États dépourvus de législation spécifique, il serait possible d'ordonner un regroupement en cas aussi bien de liquidation que de redressement, lorsqu'une telle décision pourrait par exemple faciliter le redressement du groupe. S'il doit généralement être ordonné par le tribunal, le regroupement serait également possible sur la base d'un consensus des parties intéressées. Certains commentateurs estiment que le regroupement par consensus se produit fréquemment dans des affaires portant sur des groupes d'entreprises, et souvent dans des situations où les tribunaux donneraient généralement gain de cause aux créanciers qui s'y opposeraient si une demande formelle était présentée. Un regroupement serait aussi possible par le biais d'un plan de redressement. Certaines lois autorisent l'insertion, dans un plan, d'une proposition de regroupement du débiteur avec d'autres membres du groupe, solvables ou non, proposition qui pourrait être appliquée si les créanciers l'approuvaient par vote.

108. Le regroupement pourrait se justifier par l'absence de réelle séparation entre les membres et le maintien de la structure de groupe uniquement à des fins malhonnêtes ou frauduleuses. Il se justifie également dans certains États 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.

109. 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.

110. 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 réelles en garantie de ces créances perdraient leurs droits).

111. 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. Il pourrait en être ainsi lorsque les affaires de ce membre sont si étroitement liées à celles des autres membres du groupe qu'il serait impossible de l'exclure du regroupement, lorsqu'il serait avantageux de l'inclure dans le regroupement parce que des recherches plus poussées montrent qu'il était en réalité insolvable du fait de la confusion des actifs ou lorsque l'entité est fictive ou se livre à des pratiques frauduleuses. Si le membre solvable du groupe doit être inclus, 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

112. 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 réciproques 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 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 membres eux-mêmes; et le point de savoir si un regroupement faciliterait un redressement ou sert les intérêts des créanciers.

113. 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 irrémédiablement imbriqués ou pratiquement impossibles à démêler; qu'il serait excessivement long ou coûteux, par rapport au résultat obtenu, 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, en particulier du fonctionnement des membres du groupe et de leurs relations entre eux, 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 divers membres; ainsi que d'autres facteurs similaires concernant les opérations du groupe.

114. Lorsque l'on parle de fraude ici, il ne s'agit pas 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. 97 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 simulation³⁵ ou la vente pyramidale (chaîne de Ponzi³⁶) et d'autres pratiques frauduleuses similaires

c) Demande de regroupement des patrimoines

i) Personnes autorisées à présenter une demande

115. 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

³⁵ 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 leurs clauses, autrement dit des contrats fictifs.

³⁶ 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 réels.

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

116. 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 une procédure 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. Il semble donc bon d'établir une distinction entre le regroupement des patrimoines et la coordination procédurale et de ne pas autoriser les tribunaux à décider d'un regroupement de leur propre initiative.

ii) *Moment où présenter une demande*

117. Étant donné que les facteurs justifiant le regroupement des patrimoines ne sont pas forcément toujours visibles 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 où présenter une demande de regroupement en autorisant sa présentation en même temps qu'une demande d'ouverture de procédure ou à tout moment ultérieur. On notera, toutefois, que la possibilité de demander le regroupement après l'ouverture des procédures pourrait être limitée en réalité par l'état d'avancement de l'administration de ces procédures, 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 de 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 des procédures, en regroupant les 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.

118. La même approche pourrait prévaloir pour étendre un regroupement existant à d'autres membres d'un groupe. Il peut devenir manifeste, à mesure que sont administrés divers membres du groupe, que d'autres membres 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

119. 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 vis-à-vis des actionnaires; ceux des actionnaires des différents membres du groupe, en particulier 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

120. De nombreuses lois sur l'insolvabilité adoptent la règle générale selon laquelle les droits des créanciers l'emportent sur ceux des propriétaires et des actionnaires, les droits de ces derniers ayant un rang inférieur à toutes les autres créances dans l'ordre de priorité régissant la répartition. Il en résulte souvent que les propriétaires et actionnaires ne reçoivent rien (voir deuxième partie, chap. V, par. 76). 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 à l'ensemble des membres regroupés, tous les créanciers de ces membres pourraient être payés avant les actionnaires d'un de ces membres.

ii) Créanciers garantis

121. La position des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité est examinée tout au long 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 deuxième partie, chap. II, par. 59).

122. On pourrait se demander, à propos du regroupement des patrimoines 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 réelles qui grevent l'ensemble de la masse d'un débiteur se cristalliseraient généralement au moment de l'ouverture d'une 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.

123. S'agissant du traitement des créanciers garantis externes, une solution pourrait consister à les exclure du regroupement. Les créanciers garantis qui ont tenu compte de l'identité distincte des membres du groupe, par exemple dans le cas où ils se seraient fondés sur une garantie intragroupe, devraient peut-être faire l'objet d'une attention particulière. La garantie ne pourrait pas être réalisée lorsque les membres concernés font l'objet d'un regroupement et qu'ils perdent leur identité distincte, le créancier garanti risquant alors d'être traité comme un créancier chirographaire, sauf si la loi lui reconnaît une certaine priorité sur d'autres créanciers dans le cadre du regroupement. 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.

124. Il faudrait peut-être aussi prendre en compte les intérêts des créanciers garantis internes. Dans certaines lois, les sûretés réelles internes pourraient s'éteindre, les créanciers se retrouvant avec une créance non garantie, ou ces créances pourraient être modifiées ou déclassées.

iii) *Créanciers prioritaires*

125. Des questions similaires se posent pour le traitement des créanciers prioritaires. Sur le plan pratique, ces derniers 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 distincte, leur traitement à l'échelle du groupe pourrait exiger un examen, 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 quantifier les priorités et de déterminer les sommes qui pourraient être disponibles pour régler chaque créance prioritaire. De même, bien qu'il soit souhaitable que les priorités établies pour chaque débiteur autonome par 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

126. Une demande de regroupement des patrimoines peut être soumise aux mêmes conditions de notification qu'une demande d'ouverture de procédure³⁷. Lorsqu'elle est formée au même moment que la demande d'ouverture de procédure, seule la demande de regroupement des patrimoines émanant des créanciers devrait être notifiée aux débiteurs concernés, conformément à la recommandation 19. La demande formée par des membres d'un groupe 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.

127. 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 avec droit de recours limité qui ont été conclus avec des membres clairement identifiés du groupe dans des conditions commerciales normales.

128. Lorsque des créanciers forment une demande de regroupement après l'ouverture des procédures, 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 le droit interne.

f) Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

129. 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 à l'encontre de chaque membre comme priorités sur la masse regroupée (dans la mesure du possible, compte tenu de la difficulté susmentionnée). Les créances intragroupe disparaîtraient généralement en cas de regroupement étant donné que la créance appartient et l'obligation de payer revient à la même masse de l'insolvabilité; elles s'annulent donc mutuellement.

Annulation d'opérations entre membres visés par le regroupement

130. Il sera difficile en pratique de demander l'annulation d'opérations conclues entre les membres dont les patrimoines ont été regroupés, car les actifs à recouvrer

³⁷ Voir, deuxième partie, chap. I, par. 64 à 71 et recommandations 19 a) et 22 à 25.

et la masse à partir de laquelle ils seraient recouverts sont considérés comme faisant partie de la même masse regroupée. En revanche, les opérations entre un membre visé par le regroupement et d'autres membres du groupe ou une partie externe seraient susceptibles d'annulation conformément aux règles normales d'annulation, y compris les règles sur le calcul de la période suspecte en cas de regroupement. Lorsque ces opérations peuvent être annulées et que des actifs ou de la valeur peuvent être recouverts, ce recouvrement bénéficierait à la masse regroupée.

Calcul de la période suspecte

131. Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après l'ouverture des procédures 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 deuxième partie, chap. II, par. 188 à 191 et 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 laps de temps 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 aux 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. Elle risquerait d'aboutir à une date différente pour chaque membre visé par le regroupement et serait donc difficile à mettre en œuvre. Une autre solution 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'égard des membres à regrouper, suivant ce qui intervient en premier. Dans l'un ou l'autre cas, il est souhaitable que la date soit spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité à des fins de transparence et de prévisibilité.

Redressement

132. En ce qui concerne l'effet du regroupement des patrimoines sur un redressement, la valeur de liquidation aux fins de la recommandation 152 b) serait 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. Lorsque les créanciers sont tenus de se réunir suite à une décision de regroupement des patrimoines, après l'ouverture des procédures, tous les créanciers des membres regroupés seraient autorisés à assister aux réunions.

Traitement des sûretés personnelles

133. Une décision de regroupement des patrimoines pourrait avoir différents effets sur les sûretés personnelles concernant des membres du groupe. Il se peut qu'un membre ait consenti une sûreté personnelle à un autre membre. Tous deux peuvent être visés par la décision de regroupement, mais il se peut aussi que le garant ne le soit pas. Dans la première situation, la garantie et toutes les créances s'y rattachant s'éteindraient en tant que créance intragroupe. La deuxième situation pourrait

relever des dispositions de la loi sur l'insolvabilité régissant les opérations entre personnes ayant des liens privilégiés entre elles (voir deuxième partie, chap. V, par. 48). Il se pourrait aussi qu'un garant externe ait consenti une sûreté personnelle à un membre du groupe visé par le regroupement. Sauf disposition expresse dans la loi sur l'insolvabilité, cette situation relèverait du droit interne, qui pourrait limiter la créance du garant lorsqu'il s'est exécuté au titre de la sûreté. Il se pourrait enfin qu'un membre du groupe ait consenti une sûreté personnelle à un prêteur externe en garantie d'un financement octroyé à un autre membre et que les deux membres soient regroupés. Comme il a été noté plus haut, lorsque la réalisation de la sûreté personnelle repose sur le principe de l'identité distincte des membres du groupe, le prêteur externe risque d'être considéré comme un créancier chirographaire sauf si la loi sur l'insolvabilité lui reconnaît une certaine priorité sur d'autres créanciers des membres regroupés.

g) Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

134. Bien qu'il ne soit pas toujours possible ou souhaitable de modifier une ordonnance de regroupement des patrimoines en raison des effets considérables que celle-ci produit, une modification de l'ordonnance initiale peut être souhaitable si les circonstances viennent à changer ou si de nouvelles informations deviennent disponibles. Une pareille modification ne devrait être possible que si elle ne modifie pas injustement les droits ou intérêts acquis découlant de l'ordonnance d'origine. Ces droits ou intérêts, qu'ils naissent d'une décision du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité, peuvent avoir trait à la vente d'actifs ou à l'octroi d'un financement aux membres du groupe.

h) Exclusions d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

135. 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.

136. Ces exclusions seront généralement rares étant donné que la décision en faveur d'un regroupement des patrimoines est prise en cas d'imbrication des actifs ou de pratiques frauduleuses. Certains cas peuvent toutefois justifier des exclusions, par exemple lorsque le propriétaire de certains actifs peut être aisément identifié ou qu'une partie des activités des membres regroupés peuvent être séparées car elles ne participent pas de la fraude. Les créances se rattachant aux actifs exclus seraient elles aussi exclues. Le regroupement pourrait être limité aussi, par exemple, aux créanciers chirographaires, excluant ainsi les créanciers garantis externes, qui seraient libres de réaliser leurs sûretés réelles (à moins que celles-ci ne dépendent de l'identité distincte des membres du groupe à regrouper). Une autre possibilité est d'exclure certains actifs du regroupement si l'on risque, autrement, de léser injustement les créanciers, ce motif risquant toutefois de ne pas entrer en ligne de compte dans les cas d'imbrication des actifs ou de fraude.

i) Tribunal compétent

137. 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. 17 à 19 et recommandation 209).

Recommandations 219 à 231**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*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 de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises uniquement 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) Lorsqu'il a la conviction que les membres du groupe se livrent à des pratiques frauduleuses ou à une activité sans objet commercial légitime et que le regroupement des patrimoines est essentiel pour corriger cette situation.

Exclusions du regroupement des patrimoines

221. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet le regroupement des patrimoines conformément à la recommandation 220, elle devrait autoriser le tribunal à exclure des actifs et des créances déterminés d'une ordonnance de regroupement et spécifier les conditions applicables à ces exclusions [les circonstances dans lesquelles ces exclusions pourraient être ordonnées].

*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

des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises, ou à tout moment ultérieur³⁸.

– *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, un créancier ou le représentant de l'insolvabilité 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 suivants ³⁹:

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 [si elles étaient] des créances sur la masse de l'insolvabilité unique.

Traitement des sûretés réelles en cas de regroupement des patrimoines

225. 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.

Reconnaissance des priorités en cas de regroupement des patrimoines

226. 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.

³⁸ La possibilité d'ordonner un regroupement des patrimoines à un stade avancé des procédures d'insolvabilité est examinée dans le commentaire, voir ci-dessus, par. 117 et 118.

³⁹ L'effet sur les sûretés réelles est traité dans la recommandation 225.

Assemblées de créanciers

227. 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

228. 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

229. 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'ordonnance⁴⁰.

Tribunal compétent

230. 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 ou une ordonnance de regroupement des patrimoines, ainsi qu'à la modification de cette ordonnance⁴¹.

⁴⁰ Le terme "modification" n'est pas censé englober la décision de lever une ordonnance de regroupement des patrimoines.

⁴¹ Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus par. 18.

Notification

231. 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, notamment en ce qui concerne [la portée de ces ordonnances]; les parties auxquelles la notification doit être adressée; la partie à laquelle incombe la notification; et le contenu de cette dernière.

E. Participants**1. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité**

138. La nomination et le rôle du représentant de l'insolvabilité sont examinés ci-dessus (voir deuxième partie, chap. III, par. 36 à 74). Les questions traitées, ainsi que les recommandations 115 à 125, s'appliqueraient généralement dans le contexte des groupes d'entreprises.

a) Coordination des procédures

139. 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, y compris ceux nommés à titre provisoire⁴². Les obligations d'un représentant de l'insolvabilité, plus précisément 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 ne soit possible d'élaborer un plan unique pour le groupe, comme on le verra ci-après); l'utilisation des pouvoirs d'annulation; l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture; 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.

140. Lorsque plusieurs représentants de l'insolvabilité sont nommés pour les différentes procédures concernant 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 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

⁴² Le glossaire explique que le terme "représentant de l'insolvabilité" désigne également un représentant nommé à titre provisoire.

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. Nonobstant ces arrangements en matière de coopération et de coordination, chaque représentant de l'insolvabilité resterait soumis aux obligations qui lui incombent en vertu de la loi de l'État où il a été nommé; ces arrangements ne peuvent servir à réduire ou supprimer ces obligations.

141. Dans certains États, 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

142. 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 des procédures 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 États 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 États⁴³.

143. Pour déterminer s'il convient de nommer un représentant unique ou le même représentant, il faut étudier la nature du groupe, notamment le degré d'intégration de ses membres et sa structure commerciale. Il est également très souhaitable que la personne pressentie à cette fonction ait l'expérience et les connaissances adéquates, comme il est noté plus haut (deuxième partie, chap. III, par. 39), expérience et connaissances qu'il faudra examiner de près avant la nomination pour s'assurer qu'elles sont appropriées aux membres du groupe concernés. Il est souhaitable que la nomination d'un représentant unique ou du même représentant pour administrer deux membres ou plus n'intervienne que si elle est dans l'intérêt des procédures.

144. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant est nommé pour administrer plusieurs membres d'un groupe qui entretiennent des

⁴³ Voir Guide pratique de la CNUDCI, chap. III, par. 10 j).

relations financières et commerciales complexes et ont différents groupes de créanciers, la neutralité et l'indépendance risquent d'être compromises. Des conflits d'intérêts peuvent apparaître, notamment en relation avec les garanties réciproques, les créances et les dettes intragroupe, le financement postérieur 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 s'appliquerait 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 des procédures.

c) Débiteur non dessaisi

145. 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 deuxième partie, chap. III, par. 16 à 18). Si le débiteur non dessaisi remplit les fonctions de représentant de l'insolvabilité, il conviendrait peut-être également d'étudier la manière dont les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité permettant la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant ou permettant à l'un des multiples représentants de jouer un rôle prépondérant dans la coordination des procédures pourraient s'appliquer à ce débiteur.

Recommandations 232 à 236

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la nomination de 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

232. 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 procédures⁴⁴.

Conflit d'intérêts

233. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui pourraient 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

234. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que lorsque différents représentants de l'insolvabilité sont nommés pour administrer des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, ces représentants devraient coopérer entre eux dans toute la mesure possible⁴⁵.

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

235. 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.

Coopération dont les représentants de l'insolvabilité devraient faire preuve dans toute la mesure possible

236. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dont devraient faire preuve les représentants de l'insolvabilité dans toute la mesure possible [devrait] [peut] être assurée par tout moyen approprié, notamment:

- a) Le partage et la communication d'informations concernant les membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité, à condition que des dispositions appropriées soient prises pour protéger les informations confidentielles;

⁴⁴ 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. La même approche s'appliquerait dans le contexte des groupes d'entreprises.

⁴⁵ 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.

b) L'approbation ou l'application d'accords relatifs à la répartition des obligations entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination à un seul représentant;

c) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres du groupe soumis aux procédures d'insolvabilité, notamment des opérations courantes lorsque l'activité doit se poursuivre; du financement postérieur à l'ouverture; de la protection des actifs; de l'utilisation et de la disposition d'actifs; de l'utilisation des pouvoirs d'annulation; [de la communication avec les créanciers et des assemblées de créanciers;] de la déclaration et de l'admission des créances, y compris les créances intragroupe; 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 proposition et la négociation de plans de redressement coordonnés].

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

146. 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

147. 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.

148. 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, au sein du groupe, de chaque membre visé par le plan et le fonctionnement du groupe en tant que tel.

149. Un ou de tels plans 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 qu'entre 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 entre elles". 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 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.

150. 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, kk)). Le vote de ces personnes pour l'approbation du plan est examiné plus haut (voir deuxième partie, 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.

151. 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 insolubles du groupe. Lorsque des membres solvables ont participé au plan par consentement, il faudra

peut-être prévoir des dispositions spéciales pour éviter que des avantages ou des inconvénients indus ne découlent de la liquidation.

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

152. Les paragraphes 11 à 15 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 des recherches plus poussées, satisfaire au critère d'ouverture de l'insolvabilité imminente et être, par conséquent, visé par la recommandation 15 aux fins d'ouverture. 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 n'est pas imminente, en revanche, la loi sur l'insolvabilité n'autorisera pas un membre solvable d'un groupe à participer à un plan de redressement pour d'autres membres du même groupe soumis à des procédures. Il pourra cependant exister des circonstances dans lesquelles des niveaux différents de participation d'un membre solvable à un plan de redressement pourraient être appropriés et envisageables, sur la base du volontariat. Une telle participation de membres solvables n'est en fait pas inhabituelle dans la pratique. Le membre solvable pourrait donc aider au redressement d'autres membres du groupe et serait contractuellement lié par le plan une fois approuvé ou, au besoin, homologué. 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 à la divulgation d'informations sur ce membre et ses affaires.

Recommandations 237 et 238

Objet des dispositions législatives

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

- a) De faciliter le redressement 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*

237. 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.

238. 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.
