



Assemblée générale

Distr.: Générale
25 mai 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarantième session
New York, 25 juin- 12 juillet 2007

Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-deuxième session (New York, 14-18 mai 2007)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-3	3
II. Organisation de la session	4-9	3
III. Délibérations et décisions	10	4
IV. Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité	11-94	4
A. Glossaire: définition du terme "groupe de sociétés"	12	5
B. Le début de l'insolvabilité: questions internes	13-84	5
1. Ouverture de la procédure	13-25	5
2. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	26-66	8
a) Administration conjointe et nomination d'un représentant de l'insolvabilité	26-35	8
b) Application de l'arrêt des poursuites: recommandation 12	36	9
c) Utilisation et disposition des actifs	37-38	10
d) Financement postérieur à l'ouverture: recommandations 13 à 19	39-60	10
e) Annulation: recommandations 20 et 21	61-65	14
f) Déclassement	66	15
3. Voies de droit	67-73	15



4.	Redressement	74-75	15
5.	Autres questions	76	16
6.	Définition du terme “groupe de sociétés”	77-84	16
C.	Questions internationales	85-92	17
1.	Compétence pour ouvrir une procédure d’insolvabilité: centre des intérêts principaux	85	17
2.	Traitement des actifs à l’ouverture de la procédure d’insolvabilité.	86-91	17
a)	Administration conjointe	86	17
b)	Financement postérieur à l’ouverture de la procédure: recommandations 25 à 33	87-91	17
3.	Recours: regroupement des patrimoines		18
4.	Redressement: plans de redressement unifiés		18
5.	Autres questions: conflit de lois	92	18
D.	Forme des travaux futurs	93-94	18

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission est convenue que la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité était suffisamment avancée pour être présentée au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) afin qu'il l'examine en 2006 et qu'il faudrait laisser à ce groupe de travail toute latitude pour lui présenter des recommandations appropriées concernant la portée de ses travaux futurs et la forme qu'ils devraient prendre, en fonction du contenu des solutions proposées aux problèmes qu'il mettrait en évidence sur le sujet.

2. À sa trente et unième session, tenue à Vienne du 11 au 15 décembre 2006, le Groupe de travail est convenu que le débat en cours sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité mettait en évidence la nécessité de travaux plus poussés et que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale constituaient une base solide pour l'unification du droit dans ce domaine et devaient rester intacts lors de travaux futurs. Il a également été convenu que les travaux en cours avaient pour objet de compléter ces textes et non de les remplacer (voir A/CN.9/618, par. 69).

3. À cette occasion, il a été dit qu'une manière possible de procéder serait d'examiner les dispositions des textes existants qui pourraient également s'appliquer dans le contexte des groupes de sociétés, de voir quelles questions devraient être étudiées plus avant et d'élaborer des recommandations supplémentaires. D'autres questions, bien que se rapportant aux groupes de sociétés, pourraient être traitées de la même manière que dans le Guide et la Loi type. Il a également été dit que le résultat éventuel des travaux pourrait prendre la forme de recommandations législatives accompagnées d'un commentaire concernant les considérations de principe sur lesquelles s'appuient ces recommandations (voir A/CN.9/618, par. 70).

II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-deuxième session à New York du 14 au 18 mai 2007. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Allemagne, Canada, Chili, Chine, Colombie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Jordanie, Kenya, Lituanie, Madagascar, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Pologne, Qatar, République de Corée, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

5. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Danemark, Égypte, El Salvador, Irlande, Malaisie, Pays-Bas, Philippines, Roumanie, Saint-Siège, Sénégal, Slovénie, Soudan et Yémen.

6. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) **Organisations du système des Nations Unies:** Banque mondiale et Fonds monétaire international (FMI);

b) **Organisations intergouvernementales:** Banque asiatique de développement (BAD), Banque centrale européenne (BCE), Commission européenne et Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO);

c) **Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail:** American Bar Association (ABA), Association internationale du barreau, INSOL International, International Insolvency Institute (III) et International Women's Insolvency & Restructuring Confederation (IWIRC).

7. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: M. Carlos Sánchez Mejorada y Velasco (Mexique)

Rapporteur: M. Adam Ożarowski (Pologne)

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.75);

b) Note du secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2).

9. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Ouverture de la session.

2. Élection du Bureau.

3. Adoption de l'ordre du jour.

4. Examen du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité.

5. Questions diverses.

6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

10. Le Groupe de travail a commencé à examiner la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2, et sur d'autres documents qui y sont mentionnés. Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur cette question dans la section IV ci-après.

IV. Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité

11. Le Groupe de travail a commencé ses délibérations en entendant des observations générales sur la forme que les travaux sur les groupes de sociétés pourraient prendre. Il a été souligné que ces travaux devraient s'appuyer sur le

Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité et sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, sans répéter inutilement ces textes, et en ajoutant des informations additionnelles uniquement lorsque le Groupe de travail s'y déclarerait favorable. Il a été estimé que toute décision relative à la forme des travaux devrait être prise à un stade ultérieur de manière à tenir pleinement compte des résultats des délibérations du Groupe de travail.

A. Glossaire: définition du terme “groupe de sociétés”

12. Le Groupe de travail a examiné les définitions de “groupe national de sociétés” et de “groupe international de sociétés”, qui figurent au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.V/WP.76. On s'est inquiété de la nature générale des définitions proposées et de la cohérence de l'emploi de ces définitions dans l'ensemble du document. Des préoccupations ont également été exprimées quant à l'élément contractuel des définitions. Il a été convenu que celles-ci pourraient être encore précisées à l'issue des délibérations sur les questions de fond, et que les définitions existantes étaient suffisantes comme base de travail préliminaire et provisoire pour ces délibérations.

B. Le début de l'insolvabilité: questions internes

1. Ouverture de la procédure

Demande d'ouverture émanant d'un débiteur

13. Des préoccupations ont été exprimées quant à différents aspects de l'ouverture de la procédure, notamment la question des entités solvables qui faisaient l'objet d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; la portée des demandes émanant des créanciers et, plus particulièrement, la possibilité, pour un créancier, de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un membre du groupe dont il n'était pas créancier, ou à l'encontre d'un membre solvable dont il était créancier; et la portée des exigences de notification dans le contexte d'un groupe, notamment par rapport aux membres du groupe qui ne faisaient pas l'objet d'une demande d'ouverture. Il a également été proposé d'examiner s'il était nécessaire de faire une distinction entre liquidation et redressement dans les cas où l'ouverture d'une procédure portant sur les deux était demandée à l'encontre de membres d'un groupe.

Recommandations 1 à 4

14. Ces préoccupations, du fait qu'elles concernaient les membres solvables d'un groupe, ont également été exprimées au sujet des projets de recommandations 1 à 4 et, en particulier, de la mesure dans laquelle ces recommandations s'écartaient des recommandations 15 et 16 du Guide législatif en permettant qu'une demande vise aussi un membre solvable du groupe. Il a été convenu que cette possibilité était cause de graves préoccupations pour les parties concernées, notamment les prêteurs, les créanciers et les actionnaires, et posait aussi des questions de concurrence déloyale. On s'est également inquiété des questions de compétence et de détermination du tribunal compétent pour examiner la demande conjointe proposée. Selon l'avis qui a prévalu, les projets de recommandations 1 à 4 ne pouvaient être

appuyés dans la forme proposée, même s'il a également été estimé qu'ils pouvaient servir de base pour un examen ultérieur (voir les paragraphes 19 et 20 ci-après).

15. Afin de tenir dûment compte de la complexité des différentes questions que soulevait la proposition concernant les demandes conjointes, le Groupe de travail est convenu d'examiner ces questions l'une après l'autre, en commençant par le cas de figure le plus simple. Cette manière de procéder lui permettrait de mieux définir et comprendre les enjeux de chaque étape du processus d'insolvabilité, sur le plan à la fois interne et international, et de se rendre compte si les solutions possibles étaient acceptables.

16. Dans un premier temps, il a examiné le cas de deux membres d'un groupe de sociétés satisfaisant au critère d'ouverture défini dans la recommandation 15 du Guide législatif et situés dans le même pays. Il a été généralement convenu que les deux membres de ce groupe devraient être autorisés à formuler une demande conjointe d'ouverture d'une procédure. Il a été ajouté qu'une demande conjointe ne devrait pas avoir d'incidences sur l'identité distincte des deux membres. Si les deux membres se trouvaient dans des pays différents, il conviendrait de se référer au traitement des questions de compétence prévu dans le Guide législatif et au droit interne.

17. Dans un deuxième temps, le Groupe de travail a examiné la question d'une demande incluant un membre solvable d'un groupe. Il a été convenu que ce cas était bien plus complexe dans la mesure où il concernait la relation entre les membres solvables et insolubles d'un groupe, y compris les arrangements financiers, la gestion et d'autres questions, ainsi que les termes de la recommandation 15 du Guide législatif. À ce propos, il a été noté que, l'alinéa a) de la recommandation 15 prévoyant la possibilité d'une insolvabilité imminente, il s'appliquerait aussi dans le contexte d'un groupe de sociétés. Si, par exemple, l'insolvabilité de la société mère était susceptible de causer l'échec financier d'autres membres du groupe, cette situation serait potentiellement couverte par la recommandation 15.

18. On a fait observer que, comme cela avait déjà été dit, la possibilité d'inclure des entités solvables dans le redressement dans le cadre du droit de l'insolvabilité soulevait des questions fondamentales concernant la concurrence déloyale et que cette proposition ne pouvait être soutenue. En outre, une telle approche aurait un impact direct sur l'octroi de ressources financières et de crédits, fondé sur l'identité distincte de chaque entité commerciale. Il a été en outre estimé qu'il faudrait faire une distinction entre l'inclusion d'une entité solvable dans une demande d'ouverture d'une procédure et l'extension d'une procédure déjà ouverte à d'autres entités sur la base d'un examen approfondi qui pourrait tenir compte des avis des différentes parties prenantes et qui impliquerait l'application des garanties pertinentes au titre du droit de l'insolvabilité. Alors que la première hypothèse ne pouvait être appuyée, la seconde possibilité devrait être examinée à un stade ultérieur.

19. Partant de là, certains participants se sont dits favorables à l'examen quant au fond de la recommandation 3 du document A/CN.9/WG.V/WP.76 dans le contexte de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité plutôt que dans celui d'une demande d'ouverture, étant donné que les conditions spécifiées seraient utiles pour déterminer, par exemple, si la procédure devrait être administrée conjointement.

20. Après une nouvelle discussion, l'avis qui a prévalu a été que le projet de recommandation 1 devrait être conservé et les projets de recommandations 2 à 4

supprimés, et la pertinence éventuelle des conditions énoncées dans la recommandation 3 pour le débat relatif à l'administration conjointe a été notée.

Demande d'ouverture émanant d'un créancier

21. S'agissant d'une demande d'ouverture émanant d'un créancier, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si un créancier pouvait déposer une demande conjointe à l'encontre de deux membres insolvable ou plus du groupe dont il était créancier. L'opinion selon laquelle cette situation était couverte de manière adéquate par la recommandation 16 du Guide législatif a bénéficié d'un certain appui. Toutefois, d'autres participants ont été d'avis qu'une recommandation dans ce sens pourrait être utile, et le secrétariat a été prié d'élaborer un projet pour examen ultérieur par le Groupe de travail.

Demande émanant du débiteur: notification aux créanciers

22. Pour ce qui est du projet de recommandation 5, l'idée de supprimer les mots figurant dans la deuxième série de crochets a été appuyée au motif qu'une telle exigence représentait une charge trop lourde. Selon divers avis, il serait utile que tous les créanciers du groupe aient connaissance de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, et la régularité de la procédure exigeait que toutes les parties dont les intérêts risquaient d'être affectés par l'ouverture de la procédure en soient informées. Il a été rappelé que les recommandations 22 à 25 du Guide législatif traitaient de plusieurs aspects intéressant la notification de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et la teneur de l'avis correspondant, et que ces recommandations s'appliqueraient de la même manière dans le cas d'un groupe de sociétés. D'un point de vue général concernant la rédaction du texte, il a été estimé que, même s'il n'était pas nécessaire de reprendre le contenu des recommandations du Guide législatif, il n'en serait pas moins utile d'indiquer clairement le lien entre le présent travail et les recommandations pertinentes du Guide législatif et de préciser que les projets de recommandations du présent travail s'appuyaient sur celles du Guide législatif. On s'est interrogé sur le lien supposé exister entre les projets de recommandations 5 et 24 du Guide législatif eu égard notamment à la proposition de supprimer les mots figurant dans la deuxième série de crochets. On a fait observer que, alors que la recommandation 24 traitait de la notification de l'ouverture aux créanciers du débiteur, le projet de recommandation 5 allait plus loin et exigeait que les créanciers d'un membre du groupe soient informés de l'ouverture d'une procédure à l'encontre d'un autre membre du groupe. À l'issue du débat, il a été convenu de conserver la recommandation 5, mais d'en supprimer les mots susmentionnés.

23. La proposition de conserver le projet de recommandation 6 a été appuyée, la question de son emplacement par rapport aux autres projets de recommandations traitant de l'administration conjointe devant être examinée plus avant.

Demande émanant d'un créancier: notification au débiteur

24. Il a été convenu que le projet de recommandation 7 devrait être conservé, mais que les mots "[les membres du groupe]" seraient supprimés, comme il avait été convenu de supprimer les mots similaires dans le projet de recommandation 5.

Administration conjointe

25. Il a été noté que, puisque le projet de recommandation 8 traitait de la question de l'administration conjointe, elle devait être examinée dans le contexte du traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

2. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité**a) Administration conjointe et nomination d'un représentant de l'insolvabilité**

26. Le Groupe de travail a examiné les questions de l'administration conjointe et de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité en tenant compte des considérations exposées aux paragraphes 32 et suivants du document A/CN.9/WG.V/WP.76.

Définition de l'administration conjointe

27. Il a été estimé que la définition du terme "administration conjointe" qui figurait dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74, première partie, lettre j) devrait être encore affinée. Il a notamment été indiqué que, dans le contexte des groupes de sociétés, l'administration conjointe pouvait se référer à différents degrés d'intégration des procédures, à savoir:

a) Coordination de deux procédures d'insolvabilité distinctes ou plus à l'encontre de membres d'un même groupe de sociétés, chacun ayant son propre représentant de l'insolvabilité;

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique pour deux procédures d'insolvabilité distinctes ou plus à l'encontre de membres d'un même groupe de sociétés;

c) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique pour une seule procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un même groupe de sociétés; et

d) Mise en commun des actifs et des passifs de deux membres ou plus d'un même groupe de sociétés (regroupement des patrimoines).

28. Il a été indiqué que l'administration conjointe avait pour but de rationaliser les coûts et de faciliter la procédure, notamment en mettant en commun les informations et en préservant l'intégrité des diverses unités économiques du groupe de sociétés. Les avantages qu'elle présente pourraient être par exemple la possibilité de rationaliser les formalités de notification et de tenir des réunions conjointes des créanciers. Il a été souligné que l'administration conjointe devrait se limiter aux aspects administratifs de la procédure et ne devrait pas toucher aux questions de fond. Il a en outre été estimé qu'elle ne devrait pas empêcher de revenir, à un stade ultérieur, à une administration distincte des procédures d'insolvabilité.

29. On s'est inquiété de ce que l'administration conjointe puisse interférer avec les règles établissant la compétence dans les affaires où, en application de ces règles, des tribunaux différents auraient compétence sur les différents membres du groupe de sociétés. À cet égard, il a été indiqué que le droit procédural interne pourrait effectivement régler cette question. Il a été convenu que les questions de compétence devraient être examinées à un stade ultérieur, éventuellement à l'occasion des discussions sur le centre des intérêts principaux.

30. Le Groupe de travail est convenu que, compte tenu des objectifs visés, il était souhaitable que la définition de l'administration conjointe couvre les cas indiqués aux alinéas a) et b) du paragraphe 27 ci-dessus. Il a également été convenu que les cas indiqués aux alinéas c) et d) du même paragraphe allaient au-delà d'une notion acceptable d'administration conjointe.

31. Il a été proposé d'autoriser l'administration conjointe aussi bien dans le cas d'une demande conjointe présentée par deux membres ou plus d'un même groupe de sociétés que dans le cas de demandes distinctes multiples. Il a été ajouté que l'administration conjointe devrait être accordée à l'appréciation du tribunal.

Recommandations 8, 9, 10 et 11

32. Le Groupe de travail est convenu que le projet de recommandation 8 était acceptable au regard de la définition de l'administration conjointe et des explications supplémentaires mentionnées ci-dessus. Le secrétariat a été prié de réviser le texte sur l'administration conjointe en tenant compte de cette discussion. Il a également été proposé de remplacer les mots "devant le même tribunal" qui sont placés entre crochets par "devant des tribunaux différents ou devant le même tribunal" afin de faire en sorte que l'administration conjointe soit autorisée dans les deux cas.

33. Il a été proposé de remplacer le mot "devrait" par "peut" dans le projet de recommandation 9.

34. Il a également été proposé que la recommandation 10 autorise, dans des circonstances appropriées, la nomination d'un ou plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires.

35. On s'est déclaré favorable à l'idée d'insérer dans le projet de recommandation 11 des exemples pratiques de moyens de parvenir à coopérer dans toute la mesure possible, en s'inspirant des exemples donnés au paragraphe 36 du document A/CN.9/WG.V/WP.76.

b) Application de l'arrêt des poursuites: recommandation 12

36. À la lumière de la décision du Groupe de travail selon laquelle les membres solvables du groupe ne pouvaient être inclus dans la procédure d'insolvabilité, il a été estimé que le projet de recommandation 12 n'était pas approprié. On a ajouté qu'il nuirait aux intérêts des créanciers des membres solvables. On a également souligné que l'appartenance à un groupe de sociétés dont certains membres étaient insolubles n'était pas un motif suffisant pour ordonner ce genre de mesures à l'égard d'un membre solvable du groupe et que la possibilité d'octroyer ces mesures aurait des incidences négatives sur l'accès au crédit pour les membres solvables d'un groupe de sociétés et poserait des questions de concurrence déloyale. Selon un autre avis, dans certaines circonstances limitées, par exemple pour protéger une garantie intragroupe comme il est indiqué au paragraphe 31 du document A/CN.9/618, les mesures prévues dans le projet de recommandation 12 devraient être laissées à l'appréciation du tribunal. À l'issue du débat, il a été convenu de supprimer le projet de recommandation 12.

c) Utilisation et disposition des actifs

37. Le Groupe de travail a examiné la question posée au paragraphe 53 du document A/CN.9/WG.V/WP.76 concernant l'utilisation des actifs d'un membre solvable d'un groupe pour soutenir le redressement de membres insolubles.

38. Il a été noté que, bien que la recommandation 54 du Guide législatif traite de l'utilisation d'actifs appartenant à des tiers, la référence à un "tiers" serait généralement comprise comme se rapportant à une partie extérieure au groupe. En conséquence, on a estimé qu'il pourrait être utile, dans le contexte des groupes de sociétés, de traiter de la situation d'une entité ad hoc (voir A/CN.9/WG.V/WP.74, par. 17 à 19) établie dans le but de détenir certains actifs, tels que la propriété intellectuelle, essentiels à la poursuite de l'activité des entités insolubles. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné cette question à sa session précédente (A/CN.9/618, par. 33), et les préoccupations exprimées à cette occasion ont été réitérées. L'opinion selon laquelle aucune recommandation n'était nécessaire pour traiter de la question a été appuyée. Toutefois, il a aussi été dit que la question de l'utilisation de ces actifs pourrait être abordée dans le contexte d'un plan de redressement et il a été convenu qu'elle devrait être examinée plus avant dans ce contexte.

d) Financement postérieur à l'ouverture: recommandations 13 à 19

39. Le Groupe de travail a souligné que le financement postérieur à l'ouverture était important tant pour une liquidation, surtout dans le cas d'une cession en vue de la poursuite de l'activité, que pour un redressement et qu'il était souhaitable d'inclure des recommandations à ce sujet pour donner des informations et des orientations aux États qui ne connaissaient pas bien la question.

40. Il a été noté que le sujet du financement postérieur à l'ouverture soulevait un certain nombre de questions qui étaient différentes dans le contexte des groupes de sociétés de celles qui se posaient dans le cas d'une entité unique. Il s'agissait notamment des questions suivantes: lorsqu'il n'y avait qu'un seul représentant de l'insolvabilité pour plusieurs membres du groupe, l'éventuel conflit d'intérêts entre les besoins des différents débiteurs s'agissant de la poursuite du financement; la participation de membres solvables du groupe, surtout dans les cas où ceux-ci étaient contrôlés par la société mère insoluble du groupe; l'utilisation des actifs d'une entité ad hoc solvable avec un seul créancier dans le but d'obtenir un financement pour d'autres membres insolubles du groupe; l'équilibre entre les intérêts des différents membres du groupe de sociétés et le redressement du groupe; et le fait qu'il soit souhaitable de maintenir, dans la procédure d'insolvabilité, la structure financière du groupe qui existait avant le début de l'insolvabilité, surtout lorsque cette structure reposait sur le nantissement de tous les actifs du groupe pour un financement qui transitait par une entité centrale de ce dernier dotée de fonctions de trésorerie.

Recommandation 13

41. Selon un avis, du fait qu'un groupe de sociétés n'avait pas d'identité juridique en tant que telle, le projet de recommandation 13 devrait uniquement viser l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture aux différents membres du groupe, et non

au groupe lui-même. Avec cette modification, le projet de recommandation 13 a été appuyé quant au fond.

Recommandation 14

42. Il a été noté que le projet de recommandation 14 était fondé sur la recommandation 63 du Guide législatif, à laquelle on avait ajouté des variantes entre crochets et des références spécifiques aux membres d'un groupe de sociétés. Il a été suggéré que la décision relative au projet de recommandation 13, s'agissant des références au groupe de sociétés, soit prise en compte dans le libellé de la recommandation 14. À cette fin, il a été proposé que les mots figurant dans la première série de crochets soient supprimés et que la deuxième variante soit conservée; que les mots "survie de l'activité" dans la première phrase soient suivis par les mots "de ce membre"; et que la deuxième phrase se réfère à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture "pour un membre quelconque du groupe". À l'issue de la discussion, ces propositions ont été appuyées.

43. Plusieurs autres propositions ont été faites à propos des mots "pour préserver ou augmenter la valeur des masses d'un ou de plusieurs membres du groupe", notamment: que référence soit faite à la valeur du groupe de sociétés dans son ensemble car il se pouvait que le groupe ait une valeur supérieure à la somme des membres pris séparément; que la référence soit limitée au membre recevant le financement postérieur à l'ouverture; et qu'elle soit cumulative, en d'autres termes, qu'il y soit question de la préservation "et" de l'augmentation de la valeur. À l'issue du débat, il a été convenu de conserver le texte en l'état.

44. Il a également été suggéré que le projet de recommandation 14 soit révisé pour tenir compte du fait que le Groupe de travail était généralement convenu d'éviter de répéter les recommandations du Guide législatif et d'indiquer clairement les éléments spécifiques au contexte des groupes de sociétés pour lesquels il fallait compléter les dispositions du Guide ou s'en éloigner.

45. Concernant le pouvoir du représentant de l'insolvabilité d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, il a été dit que, contrairement au libellé du projet de recommandation 14, ce pouvoir ne devrait pas être illimité, en particulier en raison du risque de conflit d'intérêts si un seul représentant de l'insolvabilité administrait conjointement plusieurs procédures d'insolvabilité. Il a donc été proposé que l'approbation du tribunal ou des créanciers, mentionnée dans la deuxième phrase, soit exigée par la loi sur l'insolvabilité. Selon un avis différent, le représentant de l'insolvabilité étant soumis à des devoirs et à une responsabilité spécifiques pour les mesures prises, il était inutile de fixer des limites à sa capacité d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure en exigeant l'approbation du tribunal ou des créanciers. Après discussion, il a été convenu que la deuxième phrase du projet de recommandation 14 devrait être conservée en l'état.

46. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 14 avec les propositions rédactionnelles notées ci-dessus.

Recommandation 15

47. Un certain nombre de clarifications ont été demandées quant à la signification du projet de recommandation 15 et, en particulier, du terme "débiteur-garant" et des

critères figurant aux alinéas a) à c), dans la mesure où ils faisaient référence à des concepts comme les avantages comparables et le préjudice économique.

48. Il a aussi été demandé quels créanciers étaient visés dans l'alinéa b): on a fait observer que, s'il s'agissait de tous les créanciers, l'obtention de leur consentement, comme le proposait la disposition, risquait de s'avérer non seulement impossible mais aussi coûteuse.

49. Il a été proposé que les conditions figurant dans les alinéas a) à c) soient cumulatives et non exclusives afin d'assurer un niveau de protection approprié. En réponse, il a été fait remarquer que cela reviendrait à établir un critère tellement élevé qu'il serait pratiquement impossible à remplir et irait à l'encontre de l'objectif qui était de faciliter l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Il a été observé que la fourniture de garanties dans le cadre d'un groupe de sociétés était un mécanisme de financement courant et qu'il fallait examiner comment cette pratique normale était affectée par le début de l'insolvabilité et les mesures de protection qui étaient exigées.

50. En discutant de la portée éventuelle du projet de recommandation 15, le Groupe de travail a examiné séparément les questions de savoir si un membre insolvable d'un groupe pourrait fournir une garantie à un autre membre insolvable du groupe et si un membre solvable d'un groupe pourrait fournir une garantie à un membre insolvable du groupe.

51. Concernant la première question, il a été indiqué que l'octroi d'une garantie risquait d'être interdit dans certains États comme étant constitutif, par exemple, d'une opération préférentielle. Il a aussi été signalé que, dans la situation où un seul représentant de l'insolvabilité administrait plusieurs procédures d'insolvabilité, il était probable qu'un conflit d'intérêts survienne à propos de la fourniture d'une telle garantie.

52. Concernant la deuxième question, il a été indiqué que le fait de permettre l'octroi d'une telle garantie équivaldrait à un transfert d'actifs de l'entité solvable à l'entité insolvable au détriment des créanciers et des actionnaires de la première et pourrait donner lieu, dans le cadre d'une administration conjointe, à un conflit d'intérêts. Cette approche ne pouvait être soutenue. En réponse, il a été souligné que l'entité solvable agirait de sa propre initiative conformément au droit des sociétés dans un contexte commercial et qu'elle ne devrait pas avoir à demander une autorisation supplémentaire auprès de ses créanciers pour fournir un appui financier à un autre membre du groupe si la direction souhaitait qu'il en soit ainsi. On a aussi fait valoir que différents types d'entités solvables, comme les entités ad hoc avec un passif peu important et beaucoup d'actifs, pourraient participer à la constitution d'une telle garantie; qu'il pouvait être dans l'intérêt du membre solvable que la société mère ou d'autres membres du groupe, en fonction du cas d'espèce, soient dans une situation financière stable; et que les intérêts du groupe dans son ensemble pourraient être un élément à prendre en compte. Dans le contexte du projet de recommandation 15, il a été noté que le tribunal devait déterminer si les différentes conditions énoncées aux alinéas a) à c) étaient remplies avant que la garantie puisse être constituée.

53. Il a été estimé que nombre des difficultés associées à cette question pourraient être résolues si elles étaient traitées dans le cadre d'un plan de redressement, auquel le membre solvable du groupe, de même que les personnes fournissant le

financement, pourraient participer par contrat. S'il était vrai que, dans certaines situations, cette approche pouvait convenir, très souvent, a-t-on souligné, le financement postérieur à l'ouverture de la procédure était nécessaire dès le début de la procédure d'insolvabilité et avant qu'un plan puisse être négocié. Il a en outre été observé que ce financement pourrait aussi être nécessaire dans les situations, comme la liquidation en vue de la poursuite de l'activité, où il n'y aurait pas de plan de redressement.

54. Le Groupe de travail a demandé au secrétariat de revoir et de réviser le projet de recommandation 15 pour examen ultérieur, en tenant compte des différentes questions soulevées dans la discussion et de la nécessité de clarifier davantage les différents éléments.

Recommandation 16

55. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 16 avec les modifications suivantes: suppression de la référence à un groupe de sociétés dans la première paire de crochets et remplacement de la référence aux créanciers chirographaires ordinaires de "chaque" membre du groupe par "ce" membre du groupe.

Recommandation 17

56. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 17 avec la modification suivante: remplacement des mots "octroyé au groupe [ou à un membre du groupe]" par "octroyé à un autre membre du groupe".

Recommandation 18

57. Il a été convenu que les textes placés entre crochets devaient être conservés sans les crochets. On a également proposé de préciser quels créanciers garantis étaient visés en ajoutant le mot "concernés" après "créanciers garantis antérieurs". S'agissant de l'alternative à la fin du projet de recommandation permettant soit le consentement des créanciers garantis antérieurs soit l'application de la procédure du projet de recommandation 19, l'avis a été exprimé que seul le consentement des créanciers antérieurs devrait être exigé. Il a été observé que le fait de se passer de cet accord risquait de poser des problèmes constitutionnels et constituait une "adhésion forcée", ce qui ne serait admissible que dans des circonstances exceptionnelles, comme lorsqu'un créancier refusait de donner son consentement sans raison valable. Selon un autre avis, le projet de recommandation 18 devrait être examiné en même temps que le projet de recommandation 19, qui fournissait les mesures de protection nécessaires aux créanciers garantis antérieurs.

58. À l'issue de la discussion, le projet de recommandation 18 a été approuvé quant au fond avec les modifications notées ci-dessus.

Recommandation 19

59. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 19 avec la suppression de la deuxième variante placée entre crochets dans l'alinéa b) et des crochets entourant la première variante.

60. Il a été noté que les titres des recommandations 13 à 19 devraient être modifiés pour tenir compte de ce qui avait été convenu sur le fond pour chaque recommandation.

e) Annulation: recommandations 20 et 21

61. Au début de la discussion, plusieurs observations de nature générale ont été faites sur les problèmes que soulevaient les concepts examinés, notamment la question de savoir comment un créancier pouvait déterminer qu'il traitait avec un membre d'un groupe de sociétés, attendu que cet élément aurait une importance particulière si les règles qui s'appliquaient dans le contexte des groupes de sociétés différaient de celles applicables aux entités uniques; la nécessité de donner une définition plus claire de "groupe de sociétés", ainsi que d'autres concepts et hypothèses; et la nécessité de préciser si les travaux portaient de l'hypothèse du caractère distinct des sociétés et reposaient sur la détermination des circonstances éventuelles qui pourraient justifier que l'on s'éloigne de cette hypothèse. Le Groupe de travail est convenu que ces questions devaient être examinées.

62. S'agissant de l'annulation, il a été rappelé que le Guide législatif traitait de la question de manière assez détaillée, tant dans le commentaire que dans les recommandations (deuxième partie, chapitre II, par. 148 à 203). Les recommandations relatives aux opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, toutefois, traitaient uniquement de la question de la période suspecte (recommandation 90) et de la nécessité de spécifier les catégories de personnes devant être considérées comme ayant des liens privilégiés avec le débiteur (recommandation 91). Il a été estimé que la question à examiner était de savoir s'il fallait prévoir des dispositions supplémentaires pour les opérations intervenant dans le contexte des groupes de sociétés.

63. Un certain nombre de questions ont été posées au sujet de l'objectif de l'annulation dans le contexte des groupes de sociétés. Il a été estimé qu'en raison de la participation de parties tant internes qu'externes au groupe à des opérations susceptibles d'être examinées de près, il fallait déterminer si un traitement différent de celui prévu dans le Guide législatif était nécessaire. Plus précisément, la question a été posée de savoir si l'objectif recherché devait être la protection des opérations intragroupe en se fondant sur la notion de groupe de sociétés considéré dans son ensemble, ou l'examen approfondi de ces opérations en considérant que chaque membre du groupe était une entité distincte et que les opérations entre les membres devaient être considérées comme des opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, dans le sens que le Guide législatif donnait à ce terme (glossaire, par. kk)). Cette dernière approche a bénéficié d'un certain soutien.

64. L'approche adoptée dans les projets de recommandations 20 et 21 a également bénéficié d'un soutien. Elle visait à appeler l'attention sur le fait que les opérations effectuées dans le contexte des groupes de sociétés soulevaient des problèmes particuliers qu'il faudrait peut-être aborder dans la loi sur l'insolvabilité. Il a été suggéré que l'éventualité d'une fraude fasse partie des motifs d'annulation des opérations effectuées dans le cadre d'un groupe de sociétés.

65. À l'issue du débat, les projets de recommandations 20 et 21 ont été approuvés quant au fond, avec l'addition d'une référence aux opérations frauduleuses.

f) Déclassement

66. Le Groupe de travail a examiné la question soulevée au paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1. Un soutien limité a été exprimé en faveur de la proposition de traiter la question du déclassement dans des recommandations.

3. Voies de droit

Regroupement: recommandation 22

67. Le Groupe de travail a souligné que le regroupement ne devrait être possible que dans des cas très limités et appropriés et que ce point devrait clairement ressortir du projet de recommandation 22.

68. Il a été fait observer que les critères énoncés aux alinéas a) à c) du projet de recommandation ne se vérifieraient généralement qu'après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et que ce point devrait être signalé plus clairement dans le projet de texte.

69. Il a été proposé que l'alinéa a) du projet de recommandation 22 mentionne également les dettes étroitement imbriquées.

70. Des préoccupations ont été exprimées en ce qui concerne le champ d'application de l'alinéa b) et les difficultés qui se posaient pour déterminer ce que pensaient les créanciers au moment de la conclusion d'opérations avec des membres d'un groupe de sociétés, comme cela était indiqué au paragraphe 27 du document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1. Il a donc été suggéré que l'alinéa b) fasse référence à une majorité ou un nombre significatif de créanciers.

71. Il a en outre été proposé que le critère énoncé à l'alinéa c), selon lequel le regroupement devrait être avantageux pour tous les créanciers, soit considéré comme le facteur clef pour ordonner un regroupement, ce qui permettrait de résoudre toute ambiguïté pouvant découler de l'alinéa b). Pour signaler l'importance de ce facteur, il a été convenu de retirer la référence à ce critère de l'alinéa c) pour l'inclure dans le chapeau de la recommandation et de supprimer l'alinéa c).

72. Il a été convenu qu'un autre facteur dont il fallait tenir compte pour ordonner un regroupement serait l'existence de pratiques frauduleuses ou de structures fictives et qu'il devrait être ajouté à l'alinéa d).

73. Le projet de recommandation 22 a été approuvé quant au fond, avec les modifications proposées ci-dessus.

4. Redressement

Plan de redressement unifié: recommandations 23 et 24

74. En ce qui concerne le projet de recommandation 23, il a été dit que le mot "proposition" devrait être remplacé par "approbation"; que le projet de recommandation devrait préciser qu'un plan reconnaît les intérêts et les droits des créanciers des différents membres du groupe auxquels il s'appliquait; et qu'il était peut-être plus approprié de parler de plan "commun" que de plan "unifié". Le projet de recommandation a été approuvé quant au fond avec ces modifications.

75. Concernant le projet de recommandation 24, l'avis selon lequel une entité solvable ne pourrait pas être incluse dans un plan de redressement par décision du

tribunal, au motif qu'elle n'était pas soumise à la loi sur l'insolvabilité et n'était pas partie à la procédure d'insolvabilité, a été largement soutenu. Néanmoins, reconnaissant que, dans certaines circonstances, cette inclusion était opportune et que cette pratique n'était pas inhabituelle, le Groupe de travail est convenu qu'une entité solvable pourrait être incluse dans un plan de redressement à titre volontaire afin d'aider au redressement d'autres membres du même groupe, à condition que les actionnaires et les créanciers de cette entité y consentent conformément aux règles de la société applicables. Le secrétariat a été prié de rédiger une nouvelle recommandation à cet effet pour examen futur.

5. Autres questions

76. Le Groupe de travail a repoussé à une session future l'examen des questions posées au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1.

6. Définition du terme "groupe de sociétés"

77. Le Groupe de travail a examiné une définition possible du terme "groupe de sociétés" dans le contexte de la procédure d'insolvabilité en se fondant sur le texte qui figure au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.V/WP.76 et sur les considérations exprimées aux paragraphes 7 et suivants du document A/CN.9/WG.V/WP.74.

78. On a indiqué qu'il existait un certain nombre de définitions de "groupe de sociétés" dans différents domaines, comme la réglementation fiscale, comptable ou boursière. Une définition de cette notion existait aussi, a-t-on ajouté, dans certaines lois sur l'insolvabilité, par exemple en Colombie, où elle s'articulait autour de deux idées principales, à savoir la communauté d'objectifs et la communauté de prise de décisions entre les membres du groupe.

79. Un problème posé par le concept de "groupe de sociétés" visé au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.V/WP.76 était que les tiers devaient être en mesure d'établir si leurs partenaires commerciaux appartenaient à un groupe. Comme il a été noté plus haut au sujet du regroupement, il risquait d'être difficile, a-t-on dit, de déterminer dans quelle mesure les tiers avaient connaissance de l'existence du groupe. On a ajouté que l'établissement d'un tel critère nécessiterait peut-être un système de publicité ou d'inscription, qui risquait d'être difficile à administrer au niveau international et de devoir être assorti de sanctions en cas de manquements.

80. Il a été proposé de fonder la définition éventuelle du terme "groupe de sociétés" sur certains éléments fondamentaux communs à tous les systèmes juridiques. Ces éléments pourraient être les suivants: pluralité d'entreprises ayant des actifs dans différents États; contrôle des membres du groupe qui se traduit par une unité de sa direction; et exercice effectif de ce contrôle. Il a été indiqué aussi que d'autres éléments, comme la publicité de l'appartenance à un groupe et la connaissance par les tiers de l'existence du groupe, pourraient être ajoutés pour être examinés par les États.

81. Il a été dit par ailleurs que le Groupe de travail pourrait envisager différentes notions de "groupe de sociétés" selon le contexte et la portée de la disposition considérée. Par exemple, a-t-on expliqué, une notion large serait éventuellement souhaitable pour l'administration conjointe et une définition étroite pour l'annulation.

82. S'agissant de la définition figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.V/WP.76, il a été fait observer qu'elle devrait mentionner les entreprises non dotées de la personnalité morale car celles-ci pouvaient être soumises à une procédure d'insolvabilité dans un certain nombre d'États. Il a été ajouté que cette approche était conforme à la recommandation 8 du Guide législatif. Des remarques analogues ont été faites concernant la mention des personnes physiques dans la définition.

83. Il a été estimé également que, si la référence aux arrangements contractuels devait être conservée dans le projet de définition du terme "groupe de sociétés", des contrats, tels que les accords de franchisage qui ne supposaient aucun contrôle entre les cocontractants, devraient être exclus.

84. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger un nouveau projet de définition du terme "groupe de sociétés" en tenant compte des commentaires formulés plus haut.

C. Questions internationales

1. Compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité: centre des intérêts principaux

85. Le Groupe de travail a repoussé l'examen de la question de la compétence relative à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à une prochaine session.

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

a) Administration conjointe

86. Le Groupe de travail est convenu d'examiner l'administration conjointe des procédures d'insolvabilité dans le contexte international à une session ultérieure, en même temps que les recommandations révisées sur l'administration conjointe dans le contexte national.

b) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure: recommandations 25 à 33

87. S'agissant du financement postérieur à l'ouverture de la procédure, le Groupe de travail a noté que certaines révisions ayant fait l'objet d'un accord pour ce qui est des recommandations sur ledit financement dans le contexte national (voir les paragraphes 39 à 60 ci-dessus), telles que les références au groupe de sociétés obtenant ce financement, devraient également être prises en compte dans les recommandations 25 à 33, puisqu'il serait souhaitable d'avoir les mêmes règles dans les deux contextes.

88. Il a toutefois été noté qu'un certain nombre de questions qui se posaient dans le contexte international ne s'appliquaient pas au niveau national, en particulier celle que soulevait le projet de recommandation 27 ainsi que le transfert de valeur entre les membres d'un groupe de sociétés. Il a été ajouté que ces questions pourraient nécessiter l'adoption d'une approche différente de celle suivie dans le contexte national. On a suggéré par exemple que le mouvement d'actifs dans le contexte du groupe de sociétés soit déterminé par des considérations économiques qui conduiraient à l'adoption d'une approche plus souple ainsi qu'une plus grande

disposition à autoriser ces transferts. Il a également été suggéré que la nécessité d'une plus grande souplesse soit reflétée dans le projet de texte.

89. On a fait observer en outre que les recommandations devraient mettre l'accent sur les conditions auxquelles le financement postérieur à l'ouverture pourrait être disponible.

90. On s'est inquiété du projet de recommandation 26 au motif qu'il ne ressortait pas clairement du texte actuel quel représentant de l'insolvabilité pourrait recevoir un financement dans le contexte d'un groupe de sociétés et au nom de quelle entité ce financement serait obtenu. Il a été répondu que cela pouvait dépendre, selon qu'il y avait une administration conjointe des membres du groupe ou bien une procédure d'insolvabilité individuelle de ces membres, chacun avec un représentant de l'insolvabilité distinct.

91. Après des discussions préliminaires, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait débattre de façon plus approfondie de ces recommandations à une session ultérieure lorsque les recommandations révisées relatives au financement postérieur à l'ouverture dans le contexte national pourraient être examinées plus avant.

3. Recours: regroupement des patrimoines

4. Redressement: plans de redressement unifiés

5. Autres questions: conflit de lois

92. Le Groupe de travail a noté que les questions relatives au regroupement des patrimoines, aux plans de redressement unifiés et au conflit de lois soulevaient un certain nombre de difficultés dans le contexte international et il a repoussé leur examen à une session ultérieure, lorsqu'il les aurait étudiées plus avant dans le contexte national.

D. Forme des travaux futurs

93. Le Groupe de travail est convenu qu'une décision sur la forme de ses travaux n'était pas possible à ce stade. Il y a eu accord général sur le fait que le Guide législatif devrait en constituer le point de départ, que les questions soulevées par le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité devraient être soigneusement analysées et que des dispositions spécifiques devraient être élaborées lorsque c'était nécessaire pour ce contexte.

94. Il a été convenu en outre que les documents de travail A/CN.9/WG.V/WP.76 et additifs avaient facilité les délibérations du Groupe de travail sur les diverses questions relatives au traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité et que cette approche devrait être maintenue.