

**Assemblée générale**

Distr.: Limitée
31 décembre 2007*

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-quatrième session
New York, 3-7 mars 2008**

Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité**Note du Secrétariat****I. Introduction**

1. La présente note s'appuie sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.74 et Add.1 et 2, A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2, A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1, le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (ci-après "le Guide législatif" ou "le Guide"), la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (ci-après "la Loi type"), ainsi que sur les rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de ses trente et unième, trente-deuxième et trente-troisième sessions (A/CN.9/618, A/CN.9/622 et A/CN.9/643 respectivement). Elle comprend une version révisée des recommandations examinées à la trente-troisième session du Groupe de travail (Vienne, 5-9 novembre 2007) ainsi que des notes qui expliquent les modifications et soulèvent de nouvelles questions à examiner par le Groupe de travail.
2. Chaque recommandation porte deux numéros: le nouveau numéro vient en premier, l'ancien, repris des documents A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1, suit entre crochets.
3. Comme il est expliqué dans les Notes sur les recommandations, une section "objet" a été ajoutée pour les questions qui n'avaient pas encore été abordées dans le Guide législatif (par exemple les demandes conjointes, la coordination procédurale et le regroupement des patrimoines). Les sections "objet" se rapportant aux recommandations du Guide sur d'autres questions (telles que l'action en annulation) n'ont pas été reproduites dans la présente note mais demeurent valables.

* Le présent document a été soumis tardivement pour permettre l'achèvement des consultations.



4. Il est proposé de réviser et de regrouper les commentaires (c'est-à-dire le texte figurant dans les "remarques générales" des documents A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1 ainsi que dans l'introduction des documents A/CN.9/WG.V/WP.76 et A/CN.9/WG.V/WP.74 et leurs additifs) pour que le Groupe de travail les examine à sa trente-cinquième session en 2008. Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier cette proposition.

II. Glossaire

A. Termes et explications

a) "Groupe d'entreprises": groupe de deux entreprises ou plus, y compris éventuellement d'entreprises ne jouissant pas de la personnalité morale, qui sont liées entre elles par une participation ou un contrôle.

b) "Entreprise": toute entité, indépendamment de sa forme juridique, exerçant une activité économique, y compris les entités exerçant une activité à titre individuel ou familial, par exemple une société de personnes ou une association¹.

c) "Participation": contributions à une entreprise, y compris sous forme d'actifs et de parts².

d) "Contrôle": pouvoir normalement associé à une position stratégique au sein du groupe d'entreprises qui permet à son détenteur de dominer directement ou indirectement les organes investis d'un pouvoir de décision; un faible degré de contrôle ou d'influence ne suffit pas. Le contrôle pourrait aussi être exercé en vertu d'un arrangement contractuel qui prévoit le degré de domination requis.

e) "Coordination procédurale": coordination de l'administration de procédures d'insolvabilité [séparées] [distinctes] visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Chaque membre, ainsi que son patrimoine, reste distinct, ce qui lui permet de préserver son intégrité³.

¹ Conformément à l'approche adoptée dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, l'accent est mis sur la conduite d'activités économiques par des entités qui entreraient dans la description d'une "entreprise". Ne sont pas censés être visés les consommateurs ou d'autres entités qui ne seraient pas soumises à une loi sur l'insolvabilité conformément aux recommandations 8 et 9 du Guide.

² Les parts comprendraient à la fois les parts de fiducie et les parts sociales.

³ [repris du document A/CN.9/WG.V/WP.78, par. 2 f), page 3] La coordination procédurale se justifie par des raisons de commodité et d'économie, et peut faciliter l'obtention d'informations complètes sur les opérations commerciales des membres du groupe soumis aux procédures d'insolvabilité; faciliter l'évaluation des actifs et l'identification des créanciers et autres personnes auxquelles la loi reconnaît des droits; et éviter les doubles emplois. Il se peut qu'elle exige de prendre certaines des mesures suivantes, voire toutes: coopération entre tribunaux ou, dans le contexte national, administration de procédures contre plusieurs membres d'un groupe devant un tribunal unique; nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique chargé d'administrer les procédures ou coordination entre représentants de l'insolvabilité lorsqu'il en est nommé deux ou plus; tenue d'audiences et de réunions simultanées, y compris de réunions conjointes de créanciers; fixation de délais communs; établissement d'une liste unique pour l'envoi des notifications et coordination de la notification; établissement d'une procédure de demandes conjointes; coordination de la vente d'actifs; et constitution d'un comité des

f) Regroupement des patrimoines: [mise en commun de l'actif et du passif de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises pour créer une seule masse de l'insolvabilité, dans l'intérêt des créanciers des membres dont les patrimoines sont regroupés.]⁴

g) "Entreprise mère": entreprise qui contrôle directement ou indirectement la gestion et les opérations d'une autre entreprise en exerçant une influence sur le conseil d'administration ou en élisant ce dernier. Il peut s'agir d'une entreprise qui ne produit pas elle-même des biens ou des services, mais qui a été créée dans le but de détenir les actions d'autres entreprises (ou de posséder purement et simplement d'autres entreprises). [d'après le document A/CN.9/WG.V/WP.74, par. 1 c)]

h) "Entreprise filiale": entreprise qui appartient à une autre entreprise faisant partie du même groupe d'entreprises ou qui est contrôlée par une telle entreprise. Une filiale est habituellement constituée conformément à la loi de l'État dans lequel elle est établie. [d'après le document A/CN.9/WG.V/WP.74, par. 1 d)]

B. Notes sur les termes

Groupe d'entreprises

1. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail est convenu que le terme à expliquer devrait être "groupe d'entreprises" et qu'il ne devrait pas être limité à un contexte national ou à une activité commerciale particulière. Des explications plus détaillées quant aux aspects internationaux d'un groupe d'entreprises, par exemple l'application de la législation de différents États et la conduite d'activités commerciales dans différents États⁵, pourraient être ajoutées plus tard.

Entreprise

2. À la trente-troisième session du Groupe de travail, il a été noté que le terme "entreprise" engloberait des entités telles que les fiducies, qui pourraient faire partie d'un groupe d'entreprises en vertu de la loi de certains États. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond l'explication de ce terme sous réserve de l'ajout d'une note expliquant qu'il excluait les consommateurs et était limité aux entités qui seraient soumises à une loi sur l'insolvabilité conformément aux recommandations 8 et 9 du Guide législatif⁶. Cette limitation figurait précédemment dans l'explication du terme "membre d'un groupe d'entreprise"⁷ qui a été jugée inutile et supprimée.

créanciers unique ou coordination entre comités des créanciers.

⁴ Le regroupement des patrimoines met généralement fin aux obligations intragroupe et à toute question concernant la propriété des actifs parmi les entités regroupées, ainsi qu'aux droits à l'encontre de toute entité regroupée acquis en garantie des obligations d'une autre entité regroupée. Normalement, un seul représentant de l'insolvabilité est nommé bien que cela puisse dépendre du moment auquel la décision de regroupement est prise.

⁵ Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-troisième session, A/CN.9/643, par. 123.

⁶ Ibid., par. 124.

⁷ Voir A/CN.9/WG.V/WP.78, par. 2 e) et 8.

Participation

3. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait ajouter les "parts sociales" et les "parts de fiducie" à la liste de ce qui pouvait constituer la "participation" dans le contexte d'une entreprise. Pour préciser davantage ces notions, l'explication a été modifiée de manière à faire référence aux "parts", afin d'englober à la fois les "parts sociales" et les "parts de fiducie". C'est ce qui est indiqué dans la note de bas de page. Le mot "investissement", qui prête à confusion dans certaines langues, a été remplacé par le terme plus générique de "contribution". Les parts comprendraient les actions, les parts sociales et les parts de fiducie, tandis que les actifs engloberaient les espèces et les créances.

4. Le Groupe de travail pourrait se demander s'il faudrait tenir compte dans cette explication de la suggestion faite à sa trente-troisième session d'établir une distinction entre les entités dotées de la personnalité morale et celles non dotées de la personnalité morale⁸.

Contrôle

5. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail est convenu que plusieurs questions liées à l'explication du terme "contrôle" demandaient un examen plus approfondi, y compris celles de savoir si le contrôle devait se limiter aux arrangements contractuels; si les contrats de distribution ou de franchisage seraient visés; si le contrôle implicite devrait être exclu; et si certains types d'opérations garanties pouvant donner à un créancier un pouvoir de contrôle devraient être inclus⁹. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner aussi s'il est nécessaire de préciser dans l'explication qu'"un faible degré de contrôle ou d'influence ne suffit pas".

Membre d'un groupe d'entreprises

6. Ce terme a été supprimé et la référence aux entités soumises à la loi sur l'insolvabilité figure maintenant dans l'explication du terme "entreprise".

Coordination procédurale

7. L'explication a été révisée conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa trente-troisième session¹⁰. La note précise qu'il s'agit de la coordination aussi bien entre tribunaux qu'entre représentants de l'insolvabilité.

Regroupement des patrimoines

8. L'explication du terme "regroupement des patrimoines" s'inspire de celle qui figure dans le glossaire au paragraphe 1 j) ii) du document A/CN.9/WG.V/WP.74. Elle adopte la structure de l'explication de la coordination procédurale et est accompagnée d'une note de bas de page qui énonce les conséquences d'une décision de procéder à un tel regroupement.

⁸ A/CN.9/643, par. 125.

⁹ Ibid., voir par. 13 et 126.

¹⁰ Ibid., par. 128.

Entreprise mère et entreprise filiale

9. Ces termes supplémentaires ont été repris du document A/CN.9/WG.V/WP.74 et révisés pour être alignés sur les autres termes du glossaire.

III. Le début de l'insolvabilité: questions internes

A. Demande d'ouverture et ouverture: demandes conjointes

1. Objet des dispositions législatives

[L'objet des dispositions concernant la demande conjointe d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est:

a) De faciliter l'examen coordonné de demandes d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises; et

b) De promouvoir l'efficacité et de réduire les coûts liés à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.]

2. Contenu des dispositions législatives

Demande conjointe d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

1) La loi sur l'insolvabilité peut spécifier qu'une demande conjointe d'ouverture de procédure d'insolvabilité peut être formée à l'encontre d'un débiteur unique au sens du Guide législatif ou à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Une telle demande conjointe peut être formée par:

a) Deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises à condition que chacun des membres satisfasse au critère d'ouverture défini dans la recommandation 15 du Guide législatif; ou

b) Un créancier de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises à condition que chaque membre satisfasse au critère d'ouverture défini dans la recommandation 16 du Guide législatif.

3. Notes sur les recommandations

10. Pour mieux expliquer l'objet des projets de recommandations relatives à la demande conjointe d'ouverture, aspect de la demande d'ouverture et de l'ouverture qui n'est pas abordé dans le Guide législatif, on a adopté l'approche de ce dernier et introduit une section "objet". Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner ce qu'il faudrait y faire figurer.

11. Le projet de recommandation 1 dispose qu'une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises peut être formée séparément pour chaque membre (conformément aux recommandations du Guide législatif) ou au moyen d'une demande conjointe visant plusieurs membres. Lorsque des demandes séparées sont formées conformément aux dispositions du Guide législatif, elles peuvent l'être au même moment et avoir un objet commun, à savoir l'examen coordonné de demandes d'ouverture d'une

procédure à l'encontre de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il serait utile d'ajouter une phrase à cet effet dans le projet de recommandation ou s'il suffirait d'inclure une explication dans le commentaire.

12. La recommandation révisée adopte une approche souple quant à la teneur de la loi sur l'insolvabilité (la loi sur l'insolvabilité "peut" spécifier) et l'approche large du Guide législatif quant aux types de procédures, pouvant être visée par une demande conjointe en faisant référence à l'ouverture d'une procédure "d'insolvabilité" et non à une procédure de "redressement".

13. L'alinéa a) précise que chaque membre du groupe faisant l'objet d'une demande conjointe doit satisfaire au critère d'ouverture pertinent, notamment, conformément à la recommandation 15 a), à celui de l'insolvabilité imminente du débiteur en cas de demande émanant du débiteur. Le Groupe de travail a noté à sa trente-troisième session que la question de l'insolvabilité imminente dans le contexte d'un groupe pourrait donner lieu à des considérations additionnelles qu'il faudrait aborder dans le commentaire¹¹.

14. L'alinéa b) permet à un créancier de former une demande conjointe d'ouverture, mais limite la demande aux membres du groupe sur lesquels il a une créance, les autres membres du groupe étant exclus.

15. À la trente-troisième session du Groupe de travail, il a été proposé d'exiger que l'on fasse figurer dans la demande conjointe des faits relatifs à l'existence du groupe et à la position de chaque membre visé, en particulier lorsque l'un d'eux était l'entité contrôlante ou l'entreprise mère¹². Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait prévoir une recommandation à cet effet.

16. Le projet de recommandation 2), qui traitait de la notification d'une demande conjointe, a été supprimé, comme convenu par le Groupe de travail à sa trente-troisième session¹³. En conséquence, une telle demande serait notifiée conformément aux recommandations du chapitre premier de la deuxième partie du Guide législatif.

B. Coordination procédurale

1. Objet des dispositions législatives

[L'objet des dispositions concernant la coordination procédurale est:

a) De faciliter la coordination des procédures dans l'intérêt des créanciers et des débiteurs tout en respectant l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe; et

b) De faciliter la procédure, de rationaliser les coûts et d'éviter les doubles emplois.]

¹¹ Ibid., par. 34.

¹² Ibid., par. 18.

¹³ Ibid., par. 23 et 24.

2. Contenu des dispositions législatives

Moment où présenter une demande de coordination procédurale

2)[4] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de coordination procédurale peut être formée au moment de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité conformément à la recommandation 15 ou 16 du Guide législatif ou à tout moment ultérieur.

Coordination de deux procédures d'insolvabilité ou plus

3) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut, en réponse à une demande formée conformément à la recommandation 2, décider que l'administration des procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises sera coordonnée à des fins procédurales¹⁴.

Parties autorisées à demander la coordination procédurale

4) [5] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de coordination procédurale peut être formée par:

a) Un membre d'un groupe d'entreprises qui a demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou qui est soumis à une telle procédure;

[b) Le représentant de l'insolvabilité d'un membre d'un groupe d'entreprises qui est soumis à une procédure d'insolvabilité;] ou

c) Un créancier d'un membre d'un groupe d'entreprises [à l'égard duquel ce créancier a demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou qui est soumis à une telle procédure.]

Audiences simultanées

5) [6] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut tenir des audiences simultanées sur une demande de coordination procédurale.

Notification de la coordination procédurale

6) [7] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si le tribunal ordonne la coordination de procédures d'insolvabilité, sa décision doit être notifiée à tous les créanciers des membres du groupe d'entreprises dont les procédures seront coordonnées.

Contenu de la notification de la coordination procédurale

7) [8] La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la notification de la décision de coordonner les procédures doit comprendre, outre les informations mentionnées dans la recommandation 25 du Guide législatif, des informations intéressant les créanciers sur les modalités de cette coordination.

¹⁴ Lorsque les procédures à coordonner se déroulent devant des tribunaux différents, il appartient au droit interne de déterminer celui qui sera chargé d'examiner la demande. C'est aussi au droit interne qu'il appartient de déterminer le pouvoir dont peuvent disposer les tribunaux pour décider de coordonner les procédures d'insolvabilité.

Modification ou annulation de la décision de coordination procédurale

[8) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut modifier ou annuler une décision de coordination procédurale, à condition que cette modification ou annulation n'ait pas d'incidence sur les éventuelles mesures ou décisions prises en application de la décision de coordination.]

3. Notes sur les recommandations

17. Pour mieux expliquer l'objet des projets de recommandations relatives à la coordination procédurale, sujet qui n'est pas abordé dans le Guide législatif, on a adopté l'approche de ce dernier et introduit une section "objet". Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner ce qu'il faudrait y faire figurer.

Moment où présenter une demande de coordination procédurale

18. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 2) (ancien projet de recommandation 4) dans le document A/CN.9/WG.V/WP.78)¹⁵. Cette recommandation a été révisée pour préciser qu'une demande de coordination pouvait être formée en même temps qu'une demande d'ouverture de la procédure ou à tout moment ultérieur.

Coordination de deux procédures d'insolvabilité ou plus

19. Le projet de recommandation 3) donne aux tribunaux la possibilité de décider de la coordination procédurale en réponse à une demande formée par les parties spécifiées dans le projet de recommandation 4).

20. Lorsque les procédures d'insolvabilité concernant deux membres ou plus d'un groupe sont administrées par différents tribunaux (dans un même pays), c'est au droit interne qu'il appartient de trancher les questions de compétence judiciaire au sujet des différentes procédures et de la demande de coordination. C'est aussi au droit interne qu'il appartient de déterminer le pouvoir dont peuvent disposer les tribunaux pour décider de coordonner les procédures d'insolvabilité. Ces deux questions font l'objet d'une note de bas de page relative au projet de recommandation 3).

21. Pour faciliter la coordination judiciaire le commentaire pourrait indiquer des critères pertinents pour déterminer quel tribunal devrait coordonner les procédures, tels que: l'ordre dans lequel les demandes d'ouverture des procédures d'insolvabilité ont été introduites; l'ampleur de l'endettement ou la valeur des actifs des membres insolubles du groupe; ou l'emplacement du centre de contrôle du groupe d'entreprises. Un État, par exemple, indique que ce tribunal devrait être celui qui est compétent pour instruire la procédure d'insolvabilité visant la partie ayant les actifs les plus substantiels, déterminés par référence au dernier bilan.

Parties autorisées à demander la coordination procédurale

22. Conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa trente-troisième session¹⁶, le projet de recommandation 4) (ancien projet de recommandation 5) dans

¹⁵ A/CN.9/643, par. 26.

¹⁶ Ibid., par. 27 et 28.

le document A/CN.9/WG.V/WP.78) désigne les parties qui peuvent demander la coordination procédurale, à savoir: un membre d'un groupe qui a demandé l'ouverture d'une procédure ou qui est déjà soumis à une telle procédure; le représentant de l'insolvabilité d'un membre du groupe; ou un créancier d'un membre qui est déjà soumis à une procédure d'insolvabilité ou d'un membre à l'égard duquel ce créancier a demandé l'ouverture d'une telle procédure. On peut supposer que la demande de coordination procédurale engloberait le membre du groupe qui forme la demande ou le membre du groupe dont c'est le représentant de l'insolvabilité ou un créancier qui est le demandeur.

Audiences simultanées

23. L'objet du projet de recommandation 5) (ancien projet de recommandation 6) dans le document A/CN.9/WG.V/WP.78) est de simplifier l'examen d'une demande de coordination de procédures conduites devant différents tribunaux en autorisant des audiences simultanées. C'est au droit national qu'il appartient de déterminer quel tribunal serait compétent pour conduire ou coordonner les audiences simultanées.

Notification de la coordination procédurale

24. Le projet de recommandation 6) (ancien projet de recommandation 7) dans le document A/CN.9/WG.V/WP.78) a été révisé conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-troisième session¹⁷. Le commentaire pourrait faire référence à la discussion pertinente dans le Guide législatif¹⁸ en indiquant qu'il est possible de s'acquitter de l'obligation de notification par voie de notification collective, comme une publication dans un journal officiel, une publication juridique ou commerciale donnée ou un quotidien à grande diffusion, si la législation interne le permet.

25. La version actuelle du projet de recommandation 6) mentionne uniquement la notification d'une décision de coordination procédurale. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette notification devrait être étendue à une demande de coordination procédurale. Lorsqu'une telle demande est formée en même temps que la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la question de la notification peut poser des problèmes par rapport aux recommandations du Guide législatif sur la notification d'une demande d'ouverture, selon lesquelles la demande d'ouverture émanant d'un créancier devrait être notifiée au débiteur (recommandation 19) alors que celle émanant d'un débiteur n'a pas besoin d'être notifiée aux créanciers. Si la demande de coordination procédurale devait être notifiée aux créanciers dans cette situation, il pourrait y avoir incompatibilité avec l'approche adoptée dans le Guide législatif pour la notification de la demande d'ouverture.

26. Toutefois, dans le cas où la demande de coordination est formée après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il serait approprié de prévoir que tous les créanciers des membres susceptibles d'être concernés par la demande de coordination devraient être avisés.

¹⁷ Ibid., par. 30 et 31.

¹⁸ Par exemple, deuxième partie, chapitre premier, par. 69 et 70.

Contenu de la notification de la coordination procédurale

27. Les informations supplémentaires intéressant les créanciers auxquelles il est fait référence dans le projet de recommandation 7) (ancien projet de recommandation 8) dans le document A/CN.9/WG.V/WP.78) pourraient comprendre des informations sur la coordination des audiences, la production et le traitement des créances, les arrangements de financement, etc. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, en rappelant la recommandation 25 du Guide législatif, si la recommandation devrait donner des exemples plus précis de ces informations.

Modification ou annulation de la décision de coordination procédurale

28. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail est convenu d'inclure un projet de recommandation sur la modification ou l'annulation d'une décision de coordination procédurale¹⁹, qui est l'actuel projet de recommandation 8). L'annulation ne fait pas partie des options retenues au motif non seulement qu'il est probablement impossible de rétablir chaque membre du groupe dans la situation qui était la sienne au moment où la décision a été prise, mais aussi que cela n'est pas non plus souhaitable lorsqu'elle oblige à revenir sur des mesures prises lors de l'administration de la procédure d'insolvabilité au risque d'affecter des créanciers et d'autres parties intéressées. Lorsqu'une décision doit être modifiée ou annulée et qu'elle a déjà donné lieu à des mesures, ces dernières devraient être respectées et il ne faudrait pas revenir sur ces mesures ou les modifier rétroactivement. Le commentaire pourrait examiner les raisons justifiant une telle modification ou annulation, par exemple un changement de circonstances depuis la prise de décision.

C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Contenu des dispositions législatives

Attirer et autoriser un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

9) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures de facilitation et d'incitation afin qu'un financement puisse être obtenu dans le cadre de procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises, pour les motifs et sous les conditions énoncés dans la recommandation 63 du Guide législatif.

10) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, conformément aux recommandations 64 à 68 du Guide législatif, un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être obtenu par un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité.

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

11) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure dont il est question dans la recommandation 64 du Guide législatif devrait aussi s'appliquer au financement postérieur à l'ouverture octroyé à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité.

¹⁹ A/CN.9/643, par. 33.

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

12) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les sûretés réelles dont il est question dans la recommandation 65 du Guide législatif peuvent aussi être constituées par un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture octroyé à un autre membre du groupe²⁰.

Sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

13) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité peut constituer une sûreté personnelle ou une autre garantie pour assurer le remboursement du financement postérieur à l'ouverture obtenu par un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, à condition que:

a) Le représentant de l'insolvabilité du garant [ait la conviction][estime] que les créanciers de ce dernier ne seront pas [ne risquent pas d'être] lésés par cette sûreté et consente à la constitution de cette sûreté; ou

b) Le tribunal ayant compétence sur le garant [est convaincu][estime] que les créanciers de ce dernier ne seront pas [ne risquent pas d'être] lésés par cette sûreté.

2. Notes sur les recommandations

29. À sa trente-troisième session, le Groupe de travail a noté que les projets de recommandation 9) à 11) reprenaient les principaux éléments des recommandations du Guide législatif et a examiné, d'un point de vue rédactionnel, comment les travaux actuels devraient être intégrés dans le Guide²¹. Les projets de recommandations ont été retenus en attendant la poursuite de l'examen des techniques de rédaction. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les projets de recommandations 9) à 11), convenant qu'il fallait d'une manière générale suivre l'approche du Guide législatif en ce qui concerne la disponibilité d'un financement postérieur à l'ouverture dans les procédures d'insolvabilité.

30. Du fait que les projets de recommandations 9) et 10) ont un caractère général et se réfèrent avant tout aux recommandations du Guide législatif relatives au financement postérieur à l'ouverture, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si elles pourraient être regroupées en un seul projet de recommandation qui, conformément aux recommandations 63 à 68 du Guide législatif, ferait référence en général au financement postérieur à l'ouverture disponible dans le contexte d'un groupe d'entreprises.

²⁰ Les recommandations 66 et 67 du Guide législatif énoncent les mesures de protection à appliquer lors de la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Ces mesures s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe d'entreprises

²¹ A/CN.9/643, par. 37.

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

31. Le libellé du projet de recommandation 11), qui se fonde sur la recommandation 64 du Guide législatif, a été aligné sur celui des autres projets de recommandations.

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

32. Le projet de recommandation 12) est fondé sur la recommandation 65 du Guide législatif. Il permet à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité de constituer une sûreté réelle pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture octroyé à un autre membre du groupe également soumis à une telle procédure d'insolvabilité. Il a été fait observer à la trente-troisième session du Groupe de travail que, si un tel octroi risquait de léser les créanciers du membre solvable, cette question relevait, non pas de la loi sur l'insolvabilité, mais de la loi régissant les sociétés, laquelle pourrait exiger l'approbation des actionnaires ou des administrateurs. Cela étant, on a aussi signalé qu'il pourrait être utile de prévoir une règle afin qu'une entité solvable d'un groupe puisse octroyer un financement postérieur à l'ouverture dans des États où un tel prêt serait normalement considéré comme un acte ultra vires²².

33. Le Groupe de travail a examiné les mesures de protection qui pourraient s'appliquer à la constitution d'une sûreté réelle en vertu du projet de recommandation 12) et qui pourraient être l'équivalent de celles prévues dans le projet de recommandation 13). Les recommandations 66 et 67 du Guide législatif prévoient toutefois de telles mesures, comme le consentement des créanciers garantis antérieurs et, en son absence, celui du tribunal. En conséquence, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les mesures de protection prévues dans ces deux recommandations seraient suffisantes dans le cadre d'un groupe d'entreprises ou s'il en faudrait d'autres, comme celles qui sont énoncées à l'alinéa a) du projet de recommandation 13). Si des conditions supplémentaires doivent être ajoutées, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'en expliquer la nécessité dans le commentaire.

Sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

34. Le projet de recommandation 13) traite d'une situation qui n'est pas directement couverte par le Guide législatif, à savoir la constitution d'une sûreté personnelle ou une autre garantie par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité pour assurer le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture octroyé à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité. Comme cette situation n'est pas directement visée par les mesures de protection prévues par les recommandations 66 et 67 du Guide législatif, on a ajouté les alinéas a) et b). Ceux-ci ont été révisés pour tenir compte des délibérations du Groupe de travail à sa trente-troisième session²³ sur les conditions auxquelles doivent satisfaire le représentant de l'insolvabilité et le tribunal. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les variantes entre crochets. Il a été noté à la trente-troisième session que lorsqu'un représentant de l'insolvabilité

²² Ibid., par. 39.

²³ Ibid., par. 44 à 48.

unique était nommé pour des procédures ouvertes contre plusieurs membres du groupe, cela risquait de créer un conflit avec les conditions du paragraphe a)²⁴, conflit qui devrait être réglé par le projet de recommandation 25) ci-dessous.

35. Dans leur rédaction actuelle les alinéas a) et b) s'excluent mutuellement. Bien que le Groupe de travail ait approuvé cette approche, il a été admis que la possibilité d'imposer les deux, si un État l'exigeait, pourrait être indiquée dans le commentaire²⁵.

36. À la trente-troisième session du Groupe de travail, il a été proposé d'ajouter un alinéa qui préciserait les raisons pour lesquelles un financement était octroyé ou les critères sur lesquels se fonder pour l'octroyer²⁶. Tant la section "objet" des recommandations sur le financement postérieur à l'ouverture que la recommandation 63 du Guide législatif expliquent les raisons de l'octroi d'un tel financement, et notamment le fait qu'il peut être obtenu par le représentant de l'insolvabilité lorsqu'il juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver la valeur de la masse de l'insolvabilité de ce dernier. Etant donné que la section "objet" et la recommandation s'appliqueraient dans le cadre d'un groupe d'entreprises en vertu des projets de recommandations 9) ou 10)²⁷, il se pourrait, en fonction de la décision que le Groupe de travail quant à l'intégration du texte actuel dans le Guide législatif, que l'ajout d'un tel alinéa dans le projet de recommandation 13) ne soit pas nécessaire.

37. Une autre proposition visant à fusionner²⁸ les projets de recommandations 12) et 13) n'a pas été suivie, au motif que le projet de recommandation 12) se fonde directement sur la recommandation 65 du Guide législatif, alors que le projet de recommandation 13) introduit un moyen de garantir le financement postérieur à l'ouverture dans le cadre d'un groupe qui n'est pas traité dans le Guide législatif.

²⁴ Ibid., par. 44.

²⁵ Ibid., par. 46.

²⁶ Ibid., par. 47.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid., par. 48.