

**Assemblée générale**

Distr.: Limitée
4 octobre 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente et unième session
Vienne, 11-15 décembre 2006

**Traitement des groupes de sociétés dans la procédure
d'insolvabilité****Note du secrétariat***

*[Les chapitres I. Glossaire et II. Introduction figurent dans le document
A/CN.9/WG.V/WP.74]*

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
III. Le début de l'insolvabilité: questions internes	1-54	2
A. Ouverture de la procédure	4-12	2
B. Effets de l'ouverture	13-19	5
C. Types habituels ou spéciaux de procédure	20	7
D. Redressement de deux ou plusieurs membres d'un groupe	21-23	7
E. Recours	24-51	7
F. Questions à examiner – traitement interne des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité	52-54	16

* Le présent document a été présenté en retard du fait de la nécessité d'achever des consultations.



III. Le début de l'insolvabilité: questions internes

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

2. Cependant, si la complexité de la structure d'un groupe de sociétés est perturbée par l'apparition, chez un ou plusieurs, voire chez tous les membres d'un groupe, de difficultés financières conduisant à l'insolvabilité, des problèmes surviennent simplement parce que le groupe est constitué de membres qui sont chacun reconnus comme ayant une personnalité et une existence juridiques distinctes. Comme la grande majorité des lois internes relatives à l'insolvabilité et aux sociétés ne prévoient pas la liquidation ou la restructuration effective de groupes, 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 pouvoir législatif contraire ou de pouvoir discrétionnaire d'intervenir dans la procédure d'insolvabilité fait que chaque entité doit être traitée et, au besoin, administrée de façon distincte. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale d'une société était dirigée ou contrôlée par une société apparentée, le traitement des sociétés du groupe comme des entités dotées de personnalités juridiques distinctes peut déboucher sur des résultats inéquitables. Il peut, par exemple, empêcher d'accéder aux fonds d'une société pour régler les dettes ou obligations d'une société débitrice apparentée (sauf lorsque la société débitrice est actionnaire ou créancière de la société apparentée), malgré les liens étroits entre les sociétés et bien que la société apparentée ait peut-être participé à la gestion ou à l'administration de la société débitrice et ait amené celle-ci à contracter des dettes et des obligations. De plus, lorsque la société débitrice appartient à un groupe de sociétés, il peut être difficile de démêler les circonstances propres au cas d'espèce afin de déterminer avec quelle société du groupe tels ou tels créanciers ont traité ou d'établir les opérations financières entre les sociétés du groupe.

3. Une grande partie de ce qui existe déjà en droit interne en ce qui concerne l'insolvabilité des groupes de sociétés se concentre sur les circonstances dans lesquelles il pourrait être approprié de regrouper la masse de l'insolvabilité. Ce qui manque, ce sont des indications plus complètes sur la façon dont il faudrait envisager l'insolvabilité de groupes de sociétés et, en particulier, si et dans quelles circonstances les groupes de sociétés devraient, en matière d'insolvabilité, être traités différemment des entités formées d'une société unique.

A. Ouverture de la procédure

4. Le critère d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité tient une place centrale dans l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité. Constituant la base de la procédure d'insolvabilité, il permet de déterminer à quels débiteurs peuvent s'appliquer les mécanismes de protection et de discipline de la loi et qui – débiteur, créanciers ou

autres parties – peut former une demande d’ouverture. Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l’insolvabilité¹ note que les critères d’ouverture doivent être transparents, certains et assurer une certaine souplesse en proposant différents types de procédures et en facilitant l’accès à ces procédures.

5. Il faudrait se poser la question de savoir si les solutions que recommande le Guide législatif pourraient s’appliquer aux groupes de sociétés. Un premier point est le critère d’insolvabilité qu’il faudrait appliquer et à qui il s’appliquerait dans le contexte d’un groupe. Un second point est de savoir qui peut former une demande d’ouverture de procédure d’insolvabilité à l’encontre de membres d’un groupe ou de l’ensemble du groupe, et quels facteurs prendre en considération.

1. Critère d’ouverture

6. De nombreuses lois sur l’insolvabilité exigent, pour que s’ouvre une procédure d’insolvabilité, qu’un débiteur soit insolvable (quelle que soit la définition de ce terme). Partant, une procédure d’insolvabilité ne pourrait généralement s’ouvrir qu’à l’encontre des membres du groupe qui satisfont le critère d’insolvabilité. Pour ce qui est de savoir si un membre d’un groupe de sociétés satisfait ou non le critère d’insolvabilité, on pourrait se poser la question de savoir comment diverses obligations telles que des dettes intragroupe et d’éventuelles dettes contractées en vertu d’un mécanisme de garantie réciproque devraient être traitées.

7. Dans certains cas, lorsque par exemple la structure du groupe est différente, avec des entreprises et des actifs non apparentés, l’insolvabilité d’un ou de plusieurs membres du groupe peut ne pas avoir d’effet sur d’autres membres ou sur l’ensemble du groupe, et les membres insolvable peuvent être administrés de façon distincte. D’autres fois, cependant, 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 des liens qui relient les actifs et des dettes des différentes parties. Dans ces cas, le fait de pouvoir considérer le groupe comme un ensemble faciliterait l’élaboration d’une solution d’insolvabilité pour l’ensemble du groupe et éviterait d’ouvrir une procédure au coup par coup chaque fois que de nouveaux membres du groupe seraient visés par la procédure d’insolvabilité engagée contre les membres insolvable initiaux. Cela aiderait aussi à déterminer, au sein du groupe, le débiteur à l’encontre duquel il faudrait ouvrir une procédure.

8. Ce scénario soulève l’une des questions les plus importantes qui se posent dans le traitement des groupes de sociétés en cas d’insolvabilité, à savoir le degré d’intégration économique et organique du groupe de sociétés et, point plus important, la mesure dans laquelle un groupe très intégré devrait, en cas d’insolvabilité, être traité différemment d’un groupe dont les membres conservent un degré élevé d’indépendance. En vertu de ce traitement, par exemple, la procédure d’insolvabilité pourrait être étendue à des membres du groupe qui ne satisfont pas le critère d’ouverture car il serait nécessaire, pour le bien supérieur de l’ensemble du groupe, qu’ils soient inclus dans cette procédure. On pourrait également, à cet égard, s’interroger sur le point de savoir si le tribunal devrait avoir la discrétion de joindre ou de regrouper des demandes d’ouverture de procédure formées à l’encontre de plusieurs membres insolvable d’un groupe pour faciliter

¹ Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. I, sect. B, par. 20 et 21.

l'administration conjointe de ces procédures. La question de l'administration conjointe est examinée ci-après.

2. Parties autorisées à présenter une demande

9. En matière de droit général de l'insolvabilité, le Guide législatif recommande que les créanciers et débiteurs soient autorisés à former une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité. Il ne traite pas spécifiquement de l'ouverture d'une procédure à l'encontre de groupes de sociétés² et les questions qu'il faudra se poser seront notamment de savoir si une société mère peut former une demande d'ouverture de procédure à l'encontre d'un ou de plusieurs membres de son groupe, si un membre est autorisé à former une demande à l'encontre de tous les autres membres, y compris la société mère, si le représentant de l'insolvabilité nommé pour un membre du groupe peut former une demande à l'encontre d'un autre membre, par exemple, et si celui nommé pour la société mère peut former une demande à l'encontre d'une filiale.

10. En outre, existe-t-il des éléments d'ordre public qui pourraient donner à penser qu'il pourrait être approprié d'introduire une disposition prévoyant l'intervention possible d'un organisme de réglementation (contrôle des valeurs mobilières, réglementation des sociétés)? On pourra aussi se poser la question de la formation d'une demande d'ouverture par les créanciers. Si rien ne justifie que l'on s'écarte de la méthode tendant à autoriser les créanciers à demander l'ouverture d'une procédure de liquidation ou de redressement dans le cas d'un groupe de sociétés, il se peut qu'en raison de la structure d'un tel groupe, il soit, pour un créancier, particulièrement difficile de déterminer la partie précise du groupe avec laquelle il a traité et de produire les éléments nécessaires pour satisfaire le critère d'ouverture³. Dans certains cas, en particulier lorsque le groupe est organisé de manière lâche, ce débiteur peut être facile à identifier. Lorsque le groupe est fortement intégré, en revanche, la réponse est moins évidente, surtout lorsque le créancier pensait traiter avec une entreprise unique.

11. En ce qui concerne l'intervention d'un organisme de réglementation ou de contrôle, le Guide législatif note⁴ qu'outre le droit qu'ont les pouvoirs publics, en tant que créancier, d'engager une procédure d'insolvabilité, certains pays octroient aux autorités publiques ou autres autorités de contrôle un pouvoir supplémentaire plus large d'utiliser le régime de l'insolvabilité pour faire fermer une entreprise dans des cas où ces autorités ne sont pas nécessairement des créanciers mais où la fermeture de l'entreprise est jugée d'intérêt général. En l'occurrence, la preuve de la pénurie de liquidités n'est pas toujours nécessaire, ce qui permet à l'État de mettre fin à l'activité d'entreprises qui se sont livrées à certaines opérations, généralement de nature frauduleuse ou délictueuse ou violant gravement des obligations réglementaires ou encore présentant toutes ces caractéristiques à la fois. Le Guide estime qu'étant donné le risque d'abus d'un tel pouvoir dans des circonstances sans rapport avec l'insolvabilité et d'une définition très large des motifs d'intérêt général, il est éminemment souhaitable que celui-ci ne puisse être exercé que dans

² Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. I, par. 20 à 79.

³ Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. I, par. 37 à 41 et 48 à 53, pour un examen de la demande présentée par les créanciers.

⁴ Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. I, par. 42.

des cas très limités et uniquement en dernier ressort, lorsque aucune mesure appropriée n'est prévue dans d'autres lois. Ce pouvoir pourrait être utilisé par exemple concurremment avec l'application de lois concernant le blanchiment d'argent ou la réglementation des valeurs mobilières, lorsque l'insolvabilité n'a pas à être prouvée. Dans ses recommandations, le Guide n'indique pas spécifiquement que les organismes de réglementation figurent parmi les parties autorisées à former une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité⁵.

12. En règle générale, les lois sur l'insolvabilité respectent le statut juridique distinct de chaque membre d'un groupe de sociétés et une demande distincte d'ouverture de procédure d'insolvabilité doit être formée pour chaque entité insolvable. Il existe, cependant, quelques exceptions limitées, qui permettent d'étendre une demande unique à d'autres membres du groupe lorsque, par exemple, toutes les parties intéressées consentent à l'inclusion de plusieurs sociétés (Afrique du Sud) ou lorsque existe, entre les sociétés, une relation diversement décrite qui se caractérise, par exemple, par un important degré d'interdépendance ou de contrôle; une confusion des actifs; une nature fictive du groupe; une unité d'identité ou d'autres caractéristiques similaires (Afrique du Sud, Espagne, France, Argentine, Mexique, États-Unis⁶) qui n'ont pas nécessairement besoin de naître de la relation juridique (société holding/filiale, par exemple) qui existe entre les sociétés. Cette administration conjointe (parfois également appelée regroupement des procédures ou "procedural or administrative consolidation") ne porte atteinte ni aux droits fondamentaux de chacun de ces débiteurs, ni aux dettes que chaque membre a contractées vis-à-vis de ses propres créanciers. En nommant le même représentant de l'insolvabilité pour chaque société, on faciliterait leur administration conjointe.

B. Effets de l'ouverture

13. Les effets que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aura sur le débiteur et sur ses actifs sont examinés en détail pour les débiteurs qui exercent des activités commerciales dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (deuxième partie, chapitre I). Le Guide, cependant, n'indique pas en quoi ces effets pourraient ou devraient changer en cas d'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés. Certains des effets qu'il faudrait peut-être examiner dans le contexte d'un groupe sont évoqués ci-après.

14. Premièrement, la nomination du même représentant de l'insolvabilité pour chaque membre du groupe. De nombreuses lois sur l'insolvabilité n'abordent pas cette question, mais il est des pays (Australie, Angleterre et Allemagne, notamment) où cette pratique est devenue courante. On y a également recouru, dans une mesure limitée, dans certains cas d'insolvabilité internationale touchant l'Union européenne (voir ci-après). Si l'on pouvait y recourir, cela aiderait à résoudre de manière coordonnée l'insolvabilité des membres du groupe concernés. Pour parer à d'éventuels conflits, le représentant de l'insolvabilité pourrait être tenu de s'engager à solliciter l'avis du tribunal en cas de conflit ou être soumis à une règle ou

⁵ Recommandation 14: "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier quelles personnes sont autorisées à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Celles-ci devraient être notamment le débiteur et l'un quelconque de ses créanciers".

⁶ États-Unis: la Bankruptcy Rule 1015 envisage explicitement l'administration conjointe.

obligation légale l'y contraignant. En cas d'impossibilité de nommer le même représentant de l'insolvabilité, on pourrait envisager d'étudier les pouvoirs supplémentaires dont les représentants de l'insolvabilité pourraient avoir besoin pour faciliter la coordination des différentes procédures, notamment le partage et la communication d'informations; la proposition et la négociation de plans de redressement coordonnés (à moins qu'il soit possible d'élaborer un plan unique pour le groupe, comme on le verra ci-après); l'utilisation de pouvoirs d'annulation, etc. À cet égard, on pourra se poser la question de savoir si un représentant de l'insolvabilité nommé pour la procédure ouverte contre une société mère devrait avoir des pouvoirs susceptibles de l'emporter sur ceux de représentants nommés pour des filiales.

15. Deuxièmement, la façon dont d'éventuels conflits (naissant, par exemple, d'une garantie réciproque de membres d'un groupe, de dettes intragroupe, de malversations d'un membre ayant des incidences sur un autre) devraient être traités.

16. Troisièmement, la nécessité, dans les pays qui autorisent la direction à conserver ses fonctions (sous surveillance ou non), d'introduire des dispositions supplémentaires ou spéciales dans le cas d'un groupe de sociétés.

17. Quatrièmement, l'opportunité des dispositions appliquant la suspension ou de l'interdiction des poursuites visant un débiteur unique à un groupe de sociétés.

18. Cinquièmement, les dispositions applicables à l'utilisation et à la disposition des actifs des membres du groupe visés par la procédure une fois celle-ci ouverte et l'éventuelle nécessité de dispositions spéciales, en particulier pour ce qui est de l'utilisation des espèces.

19. Sixièmement, la nécessité de dispositions spéciales concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure pour un groupe de sociétés (ou deux ou plusieurs de ses membres). Cette question intéresse particulièrement les groupes de sociétés dans un contexte international (voir A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2). Le Guide législatif reconnaît que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Elle exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs. Il note, cependant, qu'un certain nombre de lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement. Il⁷ contient un certain nombre de recommandations tendant à faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur, à assurer une protection appropriée à ceux qui fournissent un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure, et à assurer une protection appropriée aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence.

⁷ Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. II, sect. D, par. 94, Objet des dispositions législatives précédant la recommandation 63. Le chapitre II, sect. D est présenté dans le document A/CN.9/582/Add.5.

C. Types habituels ou spéciaux de procédure

20. De nombreuses lois sur l'insolvabilité permettent d'utiliser la liquidation et le redressement pour résoudre les difficultés financières d'un débiteur. Dans le contexte d'un groupe de sociétés, ces mécanismes suffisent-ils ou faut-il les adapter pour répondre aux besoins particuliers de l'insolvabilité de groupes de sociétés et, en outre, prévoir la possibilité d'utiliser d'autres recours ou aménagements propres à un groupe de sociétés?

D. Redressement de deux ou plusieurs membres d'un groupe

21. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre de deux ou plusieurs membres d'un groupe, que cette procédure soit ou non administrée conjointement, il se pose la question de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs en recourant à un plan unique. S'il était possible d'agir ainsi, quelles dispositions modifiant ou complétant celles examinées en détail dans le chapitre du Guide législatif consacré au redressement⁸ pourrait-il falloir prévoir pour résoudre des questions aussi fondamentales que la détermination des parties compétentes pour proposer le plan ou participer à sa proposition, la nature et la teneur d'un plan, les garanties accompagnant un plan, la tenue et la conduite des réunions de créanciers y relatives, les revendications, le classement et le vote des créanciers, l'approbation d'un plan, les objections à son approbation (ou à son homologation, le cas échéant) et sa mise en œuvre.

22. Un plan de redressement unique devrait prendre en compte les intérêts des différents groupes de créanciers. Il devrait aussi ménager un juste équilibre entre les droits de ces différents groupes concernant l'approbation du plan et veiller à ce qu'un rejet opposé par les créanciers d'une filiale n'empêche pas le plan d'aller de l'avant, à condition qu'existent des garanties analogues à celles évoquées dans la recommandation 152 du Guide législatif. Ces garanties pourraient prévoir que les bénéfices escomptés du plan sont supérieurs ou égaux à ce que les créanciers auraient perçu en cas de liquidation et raisonnables compte tenu de leur position par rapport aux créanciers d'autres membres du groupe.

23. Ces questions ne sont généralement pas traitées dans les lois sur l'insolvabilité, même s'il est donné à penser que dans certains pays, les demandes d'ouverture formées par des membres du groupe seront administrées conjointement dans la pratique et les négociations aboutiront généralement à l'élaboration de plans de redressement consensuels dans lesquels différentes entités sont effectivement traitées comme une seule, même si le tribunal n'examine jamais officiellement la question du regroupement des patrimoines (États-Unis).

E. Recours

24. En raison de la nature des groupes de sociétés et de la façon dont ils opèrent, il se peut qu'existe, comme on l'a noté plus haut, une toile complexe d'opérations financières menées entre des membres du groupe, et des créanciers pourront avoir

⁸ Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. IV.

traité avec différents membres, voire avec le groupe pris en tant qu'entité économique unique plutôt qu'avec des membres isolés. Pour attribuer l'actif et le passif et identifier les créanciers de chaque membre du groupe, il pourra falloir mener une enquête juridique complexe et coûteuse. Cependant, en vertu du principe de distinction des entités, les créanciers de chaque entité doivent en général s'adresser à celle-ci pour le remboursement de leur dette; il faudra donc, lorsqu'une procédure d'insolvabilité aura été ouverte à l'encontre d'un ou de plusieurs membres du groupe, attribuer la propriété de l'actif et du passif des entités insolvable.

25. Lorsqu'on y parvient, le principe de distinction des entités limite le recouvrement effectué par le créancier aux actifs de l'entité insolvable. Lorsqu'on ne peut y parvenir ou lorsque existent des raisons de traiter le groupe comme une entreprise unique, certaines lois prévoient des recours qui permettent, dans certaines circonstances, de déroger au principe de distinction des entités. Historiquement, ces recours ont été mis au point pour remédier à l'inefficacité et à l'inéquité que l'on reproche dans certains cas au principe traditionnel de distinction des entités. Ils consistent, par exemple, à étendre aux membres solvables, aux dirigeants et aux actionnaires du groupe l'obligation au paiement des dettes externes; à rendre des ordonnances de contribution, de mise en commun ou de regroupement (des patrimoines)⁹; et à annuler des opérations ou à subordonner des prêts intragroupe. En raison de l'inégalité que peut créer, pour un groupe de créanciers, le fait de devoir partager *pari passu* avec les créanciers d'une autre entité potentiellement moins solvable, ces recours ne sont pas toujours disponibles, ne sont généralement pas globaux et ne s'appliquent que dans certaines circonstances. Les recours qui consistent à étendre des obligations peuvent conduire à "percer" ou à "lever" le "voile de la personnalité juridique", ce qui peut permettre de tenir les actionnaires, généralement protégés contre toute responsabilité pour les activités de l'entreprise, responsables de certaines d'entre elles. Ce n'est pas le cas des autres recours examinés ici, même si dans certaines circonstances, l'effet peut sembler similaire.

1. Extension de responsabilité

26. L'extension de l'obligation au paiement des dettes externes et, dans certains cas, celle de la responsabilité des actions du membre insolvable aux membres solvables et aux dirigeants concernés du groupe est un recours qui est proposé aux créanciers au cas par cas et qui dépend de la relation que le créancier entretient avec le débiteur.

27. De nombreuses lois reconnaissent des circonstances dans lesquelles on peut opposer des exceptions à une responsabilité limitée; c'est ainsi que des sociétés apparentées et leurs dirigeants ont pu être tenus responsables des dettes et actions d'un membre du groupe. Certaines lois adoptent une démarche plus normative et les circonstances sont rigoureusement limitées; d'autres adoptent une démarche plus ouverte et les tribunaux ont une plus large discrétion pour évaluer chaque cas sur la base de directives précises. Dans les deux cas, cependant, l'extension de la responsabilité au-delà de l'entité insolvable se fonde sur la relation qui existe entre le membre insolvable et les membres apparentés du groupe pour ce qui est de la propriété et du contrôle. Un autre facteur qui pourra entrer en ligne de compte est le

⁹ Voir glossaire A/CN.9/WG.V/WP.74.

comportement de la société apparentée vis-à-vis des créanciers de la société insolvable.

28. S'il existe différentes formulations des circonstances dans lesquelles la responsabilité peut 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, elles se chevauchent:

- i) Utilisation abusive, par un membre du groupe (peut-être la société mère), du contrôle qu'il exerce sur un autre membre, y compris l'exploitation constamment à perte d'une filiale dans l'intérêt de la société contrôlante (Argentine, Australie, Afrique du Sud, France, Brésil);
- ii) Conduite frauduleuse de l'actionnaire dominant, notamment le siphonnement frauduleux des actifs d'une filiale ou l'accroissement frauduleux de son passif (France), ou conduite des affaires de la filiale dans l'intention de frauder des créanciers (Liechtenstein);
- iii) Exploitation d'une filiale comme agent, fiduciaire ou partenaire de la société mère (Australie, Royaume-Uni);
- iv) Conduite des affaires du groupe ou d'une filiale d'une manière risquant de porter atteinte à certaines catégories de créanciers (le fait, par exemple, de faire contracter des dettes aux employés d'un membre du groupe) (Pologne);
- v) Fragmentation artificielle d'une entreprise 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, y compris le non-respect de la responsabilité limitée de filiales (États-Unis) ou la confusion d'actifs personnels et sociaux; ou structuration d'une entreprise en groupe qui n'est qu'un leurre ou une façade (Royaume-Uni, France) utilisée pour se soustraire à des obligations légales ou contractuelles;
- vi) Capitalisation insuffisante de la société, qui ne dispose pas des capitaux nécessaires pour mener ses opérations (États-Unis). Cela peut valoir à la création de l'entreprise ou résulter d'un épuisement du capital du fait de remboursements aux actionnaires ou du tirage, par ces derniers, de montants supérieurs aux bénéfices distribuables;
- vii) Représentation trompeuse de la nature réelle du groupe de sociétés conduisant les créanciers à penser qu'ils traitent avec une entreprise unique plutôt qu'avec un membre d'un groupe;
- viii) Faute d'exécution, toute personne, y compris un autre membre du groupe, pouvant être tenue d'indemniser la perte ou le dommage subi par une société du fait d'une fraude, d'un manquement à une obligation ou de toute autre faute d'exécution, comme toute action causant d'importantes lésions ou d'importants dommages pour l'environnement (États-Unis, Royaume-Uni);
- ix) Activité fautive, les administrateurs, y compris les administrateurs occultes¹⁰ d'une société ayant l'obligation de surveiller, par exemple, si la société peut effectivement poursuivre son activité compte tenu de sa situation financière et étant tenus de former une demande d'ouverture de procédure

¹⁰ Administrateur occulte et administrateur de fait: voir glossaire A/CN.9/WG.V/WP.74.

d'insolvabilité dans un délai spécifié une fois la société devenue insolvable (France, Royaume-Uni, Russie). Le fait de permettre ou de prescrire à un membre du groupe de contracter des dettes alors qu'il est ou risque de devenir insolvable tomberait dans cette catégorie; et

x) Non-respect de prescriptions réglementaires, comme l'obligation de tenir des registres comptables réguliers de la filiale (France).

29. Généralement, la seule existence d'un contrôle ou d'une domination d'une filiale par une société mère ou d'une autre forme d'étroite intégration économique au sein d'un groupe de sociétés n'est pas considérée comme justifiant le non-respect de la personnalité juridique distincte de chaque membre et le percement du voile social.

30. Dans plusieurs des exemples où la responsabilité pourrait être étendue à la société mère ou à une autre société qui contrôle une filiale insolvable, cette responsabilité pourra inclure la responsabilité personnelle des membres du conseil d'administration de la société mère ou contrôlante (qui pourront être décrits comme administrateurs occultes ou de fait). Alors que les administrateurs d'une société ont généralement certaines obligations à l'égard de cette société, les administrateurs d'une société membre d'un groupe peuvent avoir à équilibrer ces obligations et les intérêts commerciaux et financiers globaux du groupe. Pour défendre les intérêts généraux du groupe, par exemple, il peut falloir, dans certaines circonstances, sacrifier les intérêts de certains membres. Pour déterminer si les administrateurs d'une société contrôlante seront personnellement responsables des dettes ou actions d'une société contrôlée insolvable, on pourra notamment se fonder sur les éléments suivants: participation active ou non à la gestion de l'entité contrôlée; existence ou non d'une négligence ou d'une fraude grave dans la gestion de la société insolvable; manquement ou non de la société mère à son obligation de diligence, ou abus ou non de pouvoir de gestion; ou existence ou non d'une relation directe entre la gestion de l'entité contrôlée et son insolvabilité. Dans certains pays, les administrateurs peuvent également être pénalement responsables. Pour étendre la responsabilité, dans ces cas, l'une des principales difficultés consiste à prouver le comportement en question pour montrer que la société contrôlante était l'administrateur occulte ou l'administrateur de fait.

31. Il existe également des lois en vertu desquelles les sociétés mères assument la responsabilité des dettes de leurs filiales par contrat, en particulier lorsque les créanciers sont des banques (Belgique, Pays-Bas) ou des mécanismes volontaires de garantie réciproque (Australie). En vertu d'autres lois, qui prévoient différentes formes d'intégration des groupes de sociétés (Allemagne, Portugal), la société mère peut être solidairement responsable vis-à-vis des créanciers des sociétés intégrées, pour des dettes naissant tant avant qu'après l'officialisation de l'intégration.

2. Ordonnances de contribution

32. Un autre recours possible est l'ordonnance de contribution, par laquelle un tribunal peut enjoindre à une société solvable membre d'un groupe de verser une contribution spécifique devant couvrir tout ou partie des dettes d'autres sociétés du groupe qui sont en liquidation. La Nouvelle-Zélande a introduit les ordonnances de

contribution dans sa loi sur les sociétés en 1980¹¹. Cette loi dispose que les sociétés doivent être des sociétés “apparentées” telles qu’elles sont définies¹². Aux termes de cette définition, la société apparentée n’est pas nécessairement la société holding qui chapeaute le membre en liquidation. La loi néo-zélandaise permet à un liquidateur, créancier ou actionnaire d’une société en liquidation de solliciter une ordonnance de contribution, mais le paiement doit s’effectuer au liquidateur et non au demandeur.

33. La loi néo-zélandaise dispose que pour prendre une ordonnance de contribution, le tribunal doit tenir compte de certaines circonstances précises, à savoir la mesure dans laquelle une société apparentée a pris part à la gestion de la société en liquidation; la conduite de la société apparentée vis-à-vis des créanciers de la société en liquidation, même si l’affirmation, par les créanciers, de l’existence d’une relation entre les sociétés ne suffit pas à motiver une telle ordonnance; la mesure dans laquelle les circonstances qui ont abouti à la liquidation sont imputables aux actions de la société apparentée; et tout autre élément que le tribunal juge approprié¹³.

34. En raison de la difficulté de concilier les intérêts des deux ensembles de créanciers chirographaires qui ont traité avec les deux sociétés distinctes, le pouvoir de rendre une ordonnance de contribution n’est pas fréquemment exercé. En outre, les tribunaux estiment qu’une ordonnance de contribution pleine et entière peut être inappropriée si elle a pour effet de compromettre la solvabilité de la société apparentée non encore en liquidation. Cependant, la conduite de la société solvable après l’ouverture de la procédure de liquidation de la société apparentée pourrait être prise en compte si elle portait indirectement ou directement atteinte aux créanciers de la société apparentée en entraînant, par exemple, l’inexécution d’un contrat.

3. Regroupement des patrimoines ou mise en commun

35. Un autre type de recours est le regroupement des patrimoines ou la mise en commun (appelé regroupement dans la présente note). Comme nous l’avons noté plus haut, en cas d’administration conjointe, l’actif et le passif des débiteurs restent distincts, les droits fondamentaux des revendiquants demeurant inchangés. Le regroupement, cependant, permet au tribunal, dans des affaires d’insolvabilité mettant en jeu des membres d’un même groupe, de ne pas tenir compte, dans certaines circonstances, de l’identité distincte des membres de ce groupe, de regrouper leur actif et leur passif et de les traiter comme si l’actif et le passif étaient détenus et contractés par une entité unique. Cela a pour effet de créer une masse unique au profit général des créanciers de toutes les entités regroupées. Ce regroupement pourrait s’étendre à des sociétés solvables appartenant au même groupe et à des individus tels que l’actionnaire contrôlant.

¹¹ New Zealand Companies Act, sect. 271 et 272.

¹² Companies Act 1993, sect. 2(3), qui définit la relation nécessaire comme suit: relation société holding/filiale; propriété directe ou indirecte de plus de la moitié des actions de la société, par l’autre société, des membres de l’autre société ou des sociétés apparentées à l’autre société; opérations des sociétés menées de façon qu’elles ne peuvent être distinguées; ou la société insolvable et la société apparentée ont toutes deux l’une de ces relations avec une société tierce.

¹³ New Zealand Companies Act, sect. 272(1).

36. Ce type de décision est rare et lorsqu'il est envisageable, il est généralement peu utilisé. Peu de pays disposent de lois autorisant les décisions de regroupement¹⁴. Du fait de l'absence de texte juridique précis ou de norme prescrivant les circonstances dans lesquelles de telles décisions peuvent être rendues, les tribunaux de certains pays ont directement contribué à développer ces outils et à définir les circonstances dans lesquelles ils peuvent être utilisés. Comme pour les ordonnances de contribution, ces circonstances sont très limitées et ce moyen n'est généralement utilisé qu'en cas d'intégration poussée des membres d'un groupe de sociétés ou lorsqu'il serait difficile, voire impossible, de démêler l'actif et le passif des différentes entités.

37. Les principales inquiétudes que suscitent ces décisions, outre celle liée au problème fondamental que pose le fait de ne pas respecter le principe de distinction des entités, tiennent à l'injustice qui peut être faite à un groupe de créanciers lorsqu'on le force à partager *pari passu* avec des créanciers d'une autre entité potentiellement moins solvable, et au fait de savoir si pour les créanciers, les économies ou les avantages collectifs l'emportent sur les inconvénients que chacun d'eux doit subir. Une autre question est de savoir dans quelle mesure le regroupement permettrait à des créanciers plus solides et importants de tirer profit d'actifs qui ne devraient normalement pas leur revenir. On peut aussi craindre qu'une décision de regroupement n'incite des créanciers qui la désapprouvent à en demander la révision, au risque de prolonger la procédure d'insolvabilité et de compromettre sa prévisibilité et sa sécurité juridique. En cas de regroupement, les créances intragroupe disparaissent et les créanciers qui possèdent des sûretés sur ces créances perdent leurs droits. Ces craintes ont amené certains commentateurs à préconiser que le regroupement ne soit proposé que lorsque les créanciers sont d'accord ou, dans le cas contraire, sous le contrôle attentif d'un tribunal¹⁵.

38. Dans les pays où les tribunaux ont contribué à développer les décisions de regroupement, on a recensé plusieurs éléments jugés utiles pour déterminer si un regroupement des patrimoines se justifie ou non. Chaque fois, il s'agit d'équilibrer les divers éléments, aucun élément n'est décisif en soi et les éléments n'ont pas besoin d'être tous réunis. Ces éléments sont les suivants: la présence ou l'absence d'états financiers consolidés; l'unité d'intérêts et de propriété des entités; la difficulté d'isoler l'actif et le passif de chaque entité; le partage des frais généraux, de gestion, de comptabilité et autres frais connexes entre différentes entités; l'existence de prêts intragroupe et d'une garantie réciproque des prêts; la mesure dans laquelle des actifs ou des fonds ont été transférés d'une entité vers l'autre sans respecter les formalités appropriées; l'adéquation du capital; amalgamation d'actifs ou d'opérations commerciales; administrateurs ou cadres communs; établissement commun; opérations frauduleuses avec des créanciers; et point de savoir si un regroupement faciliterait un redressement ou servirait les créanciers. Ces éléments conservent toute leur pertinence, mais certains tribunaux ont commencé à se concentrer sur deux facteurs en particulier – le fait de savoir si les créanciers ont traité avec les entités en tant qu'unité économique unique et n'ont pas tenu compte

¹⁴ Voir New Zealand Corporations Act 1980, s272.

¹⁵ Peter, H., *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When and How?* In *Challenges of Insolvency Law in the 21st Century*, eds. H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn, Schulthess 2006, p. 206.

de leur identité distincte pour octroyer des crédits, et si les affaires des entités sont tellement emmêlées qu'un regroupement bénéficierait à tous les créanciers.

39. Dans certains pays où il n'existe aucun texte de loi autorisant le regroupement (Australie), le regroupement volontaire pourra néanmoins être facilité par les dispositions qui visent, par exemple, les mécanismes de garantie réciproque intragroupe, les concordats et les arrangements entre créanciers et sociétés en cours ou en voie de liquidation. Les tribunaux pourront également rendre des décisions de regroupement fondées sur le consentement (Canada). Dans une affaire récente (États-Unis) comprenant une demande de regroupement formée par la société mère, des créanciers de la filiale, qui était en bien meilleure situation financière, s'opposaient au regroupement. Les parties sont parvenues à un accord en vertu duquel les créanciers de la filiale qui étaient opposés au regroupement se sont vu promettre un paiement nettement supérieur à celui promis aux autres créanciers chirographaires de la société mère¹⁶, ce qui revenait à renoncer au principe de répartition équitable. La possibilité d'accorder une telle exception au principe du *pari passu* à des fins de regroupement a été notée ailleurs¹⁷.

40. Dans les pays qui autorisent les décisions de regroupement, celles-ci ont été peu nombreuses. Dans la principale affaire néo-zélandaise¹⁸, le tribunal a pris en compte l'enchevêtrement des pratiques de gestion du groupe de sociétés – tenue de conseils d'administration combinés des différentes sociétés du groupe, utilisation d'un compte bancaire unique pour toutes les sociétés du groupe et politique consistant à utiliser la société du groupe qui convenait le mieux aux diverses opérations commerciales. Outre ces pratiques, les dirigeants avaient incité les créanciers à traiter le groupe comme une entité unique, ce qui avait, d'une part, créé chez les créanciers une confusion quant au fait de savoir avec quelle entité ils traitaient et, d'autre part, brouillé les limites juridiques des sociétés du groupe. Le tribunal a également conclu que compte tenu de ces arrangements, la liquidité de chaque société du groupe influait sur celle des autres. Enfin, en l'absence d'une décision de regroupement, la seule façon de déterminer le statut des diverses dettes intragroupe serait d'engager des procédures distinctes, ce qui accroîtrait inévitablement le coût et la durée de la liquidation et épuiserait, de ce fait, les fonds revenant aux créanciers.

41. Le tribunal néo-zélandais a également examiné les intérêts concurrents des créanciers et des actionnaires et a conclu qu'en cas d'insolvabilité, les droits des créanciers l'emportaient sur ceux des actionnaires, ce qui plaidait en faveur de la décision de regroupement. En outre, sans une telle décision, les actionnaires de certains membres du groupe recevraient un paiement aux dépens de créanciers d'autres membres. Il fallait également examiner les intérêts concurrents des actionnaires des différentes sociétés du groupe et, en particulier, les intérêts de ceux qui étaient actionnaires de certaines sociétés, mais pas d'autres.

¹⁶ WorldCom and MCI – Skeel, D. A., Groups of Companies: Substantive Consolidation in the U.S., in Challenges of Insolvency Law in the 21st Century, eds. H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn, Schulthess 2006, p. 232.

¹⁷ Law Reform Commission of Australia, Report No. 45, General Insolvency Inquiry 1988, par. 856.

¹⁸ *Re Dalhoff and King Holdings Ltd* (1991) 5 NZCLC 66,959.

42. Il fallait également examiner les intérêts concurrents des créanciers garantis et chirographaires et, en particulier, se poser la question de savoir si les droits des créanciers garantis devaient rester inchangés. Le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité examine la position des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité et estime que si, en règle générale, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté doivent être reconnues et la valeur économique des actifs grevés préservée, une loi sur l'insolvabilité peut modifier les droits des créanciers garantis aux fins de politiques commerciales et économiques à condition que soient respectées des garanties appropriées¹⁹.

43. Certains créanciers peuvent également être lésés si le tribunal traite comme invalides des charges, garanties ou autres sûretés intragroupe existant entre les sociétés en liquidation. Dans l'affaire *Dalhoff*, le tribunal néo-zélandais a statué qu'un créancier externe ne pouvait pas réaliser une garantie intragroupe conditionnée par le respect de l'identité distincte des sociétés en liquidation; ce créancier serait traité comme un créancier chirographaire à moins que le tribunal n'estime qu'il devrait conserver une priorité sur d'autres créanciers²⁰.

44. Les décisions de regroupement peuvent également avoir des incidences fiscales lorsque, par exemple, la réglementation se fonde sur l'identification de la source précise des sommes versés aux actionnaires après distribution aux créanciers (Australie).

4. Regroupement des patrimoines ou mise en commun partiels

45. Les tribunaux de certains pays qui autorisent le regroupement (Nouvelle-Zélande) peuvent rendre une décision limitée en exemptant les créances de certains créanciers chirographaires et en les honorant sur les actifs de l'une des sociétés en liquidation lorsqu'il peut le faire équitablement. Un regroupement partiel peut s'effectuer en n'appliquant la décision qu'aux créanciers chirographaires à condition que les créanciers garantis se soient fondés sur le principe de l'entité unique; en n'appliquant la décision qu'au capital net des sociétés solvables du groupe, épargnant ainsi les droits des créanciers de ces entités solvables; en ne rendant la société mère responsable que du capital net négatif du membre insolvable du groupe, épargnant ainsi les actifs de ce membre; et en limitant le regroupement aux éléments d'actif et de passif qui sont enchevêtrés et en excluant ceux dont la propriété est évidente²¹.

5. Annulation

46. Comme le note le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité²², de nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions qui s'appliquent rétroactivement sur une période déterminée (souvent appelée période "suspecte") à partir d'une date particulière (telle que celle de la demande ou de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) et qui visent à annuler des opérations antérieures auxquelles le débiteur insolvable était partie ou qui mettaient en jeu ses

¹⁹ L'annexe I du Guide législatif de la CNUDCI énonce les sections du Guide qui abordent le traitement des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité.

²⁰ Voir note 18.

²¹ H. Peter, note 16, p. 208.

²² Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. II, sect. F, par. 150.

actifs en produisant certains effets, notamment réduire la valeur nette du débiteur ou enfreindre le principe d'une répartition égale entre les créanciers de même rang. Les types d'opérations auxquelles ces dispositions s'appliquent sont généralement les suivantes: opérations visant à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances par les créanciers; opérations à prix sous-évalué; opérations préférentielles; et opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur. Le Guide législatif note qu'il est difficile de satisfaire les critères subjectifs d'annulation que sont l'intention du débiteur lorsqu'il a entrepris l'opération et la connaissance subjective de la contrepartie. Ces critères seront encore plus difficiles à satisfaire dans le contexte d'un groupe de sociétés.

47. Ces dispositions et les types d'opérations qu'elles visent s'appliquent dans le contexte de l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés. Dans ce contexte, elles peuvent viser des opérations financières intragroupe telles que des prêts, des transferts d'actifs et des garanties, ainsi que des hypothèques de tiers ou des garanties offertes à des prêteurs externes. Dans certains pays (Australie), les versements qu'une société a effectués à un créancier d'une société apparentée et une garantie ou une hypothèque qu'une société du groupe a consentie pour appuyer un prêt accordé par une partie extérieure à une autre société du groupe peuvent être annulés si le détriment encouru en engageant l'opération l'emporte sur les avantages qui en découlent pour le garant ou le débiteur hypothécaire. Des opérations intragroupe dans lesquelles un administrateur d'une société manquerait à ses obligations fiduciaires tandis que l'autre société aurait connaissance directe ou indirecte de ce fait, comme l'octroi ou le transfert, par cette première, avant sa liquidation, mais sans qu'il en résulte aucun avantage direct ou indirect, de prêts, d'actifs ou d'hypothèques de tiers, seraient également susceptibles d'annulation.

48. La question qu'il faudra se poser, pour ces types de transactions, est de savoir comment les traiter en cas d'insolvabilité de groupes de sociétés. Par exemple, les dispositions d'annulation applicables à un débiteur entité distincte devraient-elles s'appliquer à des groupes de sociétés ou faudrait-il introduire des dispositions plus larges incluant différentes catégories d'opérations? Enfin, faudrait-il adopter, comme critère applicable aux opérations intragroupe, le fait de savoir si l'opération a présenté ou non, pour la société mère, des avantages dont ne bénéficient normalement pas des entités commerciales non apparentées?

6. Déclassement

49. Dans certains cas où un regroupement pourrait être contre-indiqué, on pourrait envisager d'autres recours tels que le déclassement. Cela pourrait être le cas, par exemple, lorsque des initiés (généralement l'actionnaire contrôlant ou une personne liée à cet actionnaire) se sont comportés d'une manière qui donne à penser qu'ils ne méritent peut-être pas la priorité sur des créanciers externes agissant de bonne foi.

50. Certaines lois prévoient la subordination des dettes de sociétés apparentées à celles de créanciers extérieurs (Espagne, Allemagne, États-Unis). Dans un pays (États-Unis), la loi sur les sociétés permet aux tribunaux d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à une société du groupe devraient être traités comme un apport de capital (ce qui permet de les subordonner aux créances externes) plutôt que comme un prêt intragroupe, ou si des dettes contractées par un membre en liquidation du groupe dans le cadre d'un mécanisme de prêt intragroupe devraient être subordonnées aux

droits de créanciers externes de ce membre. Par exemple, une société mère qui est le créancier garanti d'une société contrôlée en liquidation peut voir ses créances subordonnées à celles de créanciers chirographaires non apparentés, voire d'actionnaires minoritaires de la société contrôlée en fonction de facteurs tels que le niveau de capitalisation de la société contrôlée; la participation de la société mère à la gestion de la société contrôlée; le fait de savoir si la société mère a cherché à manipuler des opérations intragroupe à son propre avantage aux dépens de créanciers externes; ou le fait de savoir si la société mère s'est par ailleurs comportée de manière injuste, au détriment de créanciers ou d'actionnaires de la société contrôlée.

51. Dans un pays (Royaume-Uni) qui ne possède pas de législation autorisant le déclassement, les tribunaux peuvent, dans des cas limités, subordonner, en vertu des principes de l'enrichissement injuste²³, les droits de créanciers intragroupe à ceux de créanciers chirographaires externes. Dans un autre pays (Australie), une société créancière du groupe peut volontairement accepter de subordonner ses créances à celles de créanciers externes²⁴.

F. Questions à examiner – traitement interne des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité

52. Nous avons, ci-dessus, examiné les aspects du traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité qui sont abordés par les lois relatives à l'insolvabilité nationale; nous avons clairement concentré notre attention sur les circonstances dans lesquelles on pourrait reconsidérer le principe de distinction des entités une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. Peu de lois traitent spécifiquement de questions telles que l'ouverture d'une procédure à l'encontre d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés ou des effets d'une telle ouverture. S'il est possible, par conséquent, de conclure que la manière dont les lois sur l'insolvabilité traitent ces questions dans le contexte de sociétés individuelles peut s'appliquer à l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés, il est donné à penser que cela peut ne pas toujours être le cas.

53. Le Groupe de travail pourra également souhaiter s'interroger sur les futurs travaux qu'il pourrait mener sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité compte tenu des possibilités ci-après. Ce faisant, il pourra souhaiter adopter comme hypothèse de travail le fait que les propositions ou recommandations n'ont pour but ni de réduire le nombre et la complexité croissante des groupes de sociétés, ni de créer une gêne ou une incertitude pour les nombreuses opérations commerciales qui sont menées avec des groupes de sociétés (souvent indépendamment de l'absence ou de la présence d'une législation prévoyant la possible insolvabilité d'un groupe ou de l'un de ses membres). Il faudra éviter que les travaux relatifs aux groupes de sociétés n'incitent ces derniers à se réfugier dans des "sanctuaires".

²³ Doctrine juridique qui énonce que si une personne reçoit de l'argent ou d'autres biens sans produire d'effort propre, aux dépens d'une autre personne, le bénéficiaire doit restituer le bien au propriétaire légitime, même si le bien n'a pas été obtenu illégalement. La plupart des tribunaux ordonneront la restitution du bien si la partie qui a subi la perte intente une action.

²⁴ Australie: Corporations Law, s563C.

54. Le Groupe de travail pourra souhaiter examiner les questions ci-après:

- a) La portée des travaux futurs et, en particulier, la façon dont le terme “groupe de sociétés” pourrait être défini à cette fin;
- b) L'accès à la procédure d'insolvabilité en cas d'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés, ce qui pourrait conduire à examiner:
 - i) Les circonstances dans lesquelles il serait approprié d'ouvrir une procédure à l'encontre de tout ou partie d'un groupe de sociétés et le critère d'ouverture qui devrait s'appliquer, en particulier aux membres du groupe qui ne satisferaient pas ce critère, mais devraient être inclus dans la procédure pour d'autres raisons;
 - ii) La personne habilitée à former une demande d'ouverture;
 - iii) Les effets de l'ouverture d'une procédure et la mesure dans laquelle ils devraient différer de ceux examinés dans le Guide législatif de la CNUDCI, par exemple, en ce qui concerne l'utilisation et la disposition des actifs;
- c) Les aménagements qui devraient être offerts dans une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un groupe de sociétés, y compris:
 - i) Les aménagements procéduraux, tels que le fait de savoir si l'on pourrait nommer le même représentant de l'insolvabilité pour chaque membre insolvable du groupe ou la mesure dans laquelle il serait approprié d'administrer conjointement la masse de l'insolvabilité;
 - ii) Les aménagements matériels, tels que la mesure dans laquelle des aménagements, des protections et des recours officiels seraient proposés contre des membres solvables d'un groupe de sociétés; la mesure dans laquelle il serait possible d'enfreindre le principe de responsabilité limitée d'entités distinctes; la mesure dans laquelle deux ou plusieurs membres d'un groupe pourraient être tenus responsables des dettes externes de l'un d'entre eux; la mesure dans laquelle il serait approprié de faciliter le regroupement de l'actif et du passif de sociétés du groupe, le prononcé d'ordonnances de contribution et le déclassement de créances; et
 - iii) D'autres formes d'aménagement qui pourraient être appropriées dans le contexte d'un groupe;
- d) La coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité dans le contexte d'un groupe, en particulier lorsque des représentants différents sont nommés pour différents membres du groupe;
- e) D'autres questions propres aux groupes de sociétés qui pourraient exiger l'adoption de dispositions spéciales, telles que:
 - i) Les pouvoirs d'un représentant de l'insolvabilité nommé dans la procédure ouverte à l'encontre de la société mère d'un groupe et la mesure dans laquelle, par exemple, ce représentant pourrait guider l'action de la filiale (insolvable);
 - ii) Le fait de savoir s'il faudrait introduire des dispositions complétant les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de

l'insolvabilité en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe de sociétés;

iii) La mesure dans laquelle les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité relatives à l'annulation devraient s'appliquer dans le contexte de groupes de sociétés et le fait de savoir s'il faudrait introduire des dispositions plus larges incluant différentes catégories d'opérations, y compris les opérations intragroupe;

iv) La mesure dans laquelle il faudrait introduire des dispositions spéciales dans le cas d'un groupe de sociétés lorsque la direction est autorisée à conserver ses fonctions; et

v) Le fait de savoir s'il faudrait introduire des dispositions complétant les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité en ce qui concerne le redressement de groupes de sociétés, en particulier la négociation, l'approbation et la mise en œuvre d'un plan.

[Le chapitre IV. Questions internationales figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2]
