



Assemblée générale

Distr.: Limitée
16 mai 2001

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité
Vingt-quatrième session
New York, 23 juillet-3 août 2001

Procédures extrajudiciaires d'insolvabilité: différents modes d'approche

Rapport du Secrétaire général

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-5	2
1. Rapport de la Banque asiatique de développement	6	3
2. Groupe de travail de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité	7-8	4
3. Colloque sur l'insolvabilité internationale organisé par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau	9-12	7
4. Déclaration de principes du Groupe de spécialistes du crédit (Lender's Group) d'INSOL International pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers.	13-21	8
5. Proposition tendant à permettre des restructurations dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité contrôlée par un tribunal.	22-24	12
6. Banque mondiale	25-26	16

Introduction

1. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission avait été saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. En examinant cette proposition, la Commission avait noté que divers projets avaient été entrepris par d'autres organisations internationales, telles que le Fonds monétaire international, la Banque mondiale et l'Association internationale du barreau dans le domaine de l'élaboration de normes et de principes pour les régimes d'insolvabilité. Ces projets s'étaient notamment intéressés à l'établissement, dans un certain nombre de pays, de procédures extrajudiciaires d'insolvabilité pouvant se substituer aux procédures judiciaires d'insolvabilité et offrant plus de souplesse ainsi que la possibilité, pour les créanciers, de réagir plus tôt que dans le cadre normal de procédures judiciaires.
2. À sa vingt-deuxième session, en décembre 1999, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a examiné les questions liées aux procédures extrajudiciaires d'insolvabilité en se fondant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.50, par. 157 à 160), qui prenait en considération les travaux entrepris par d'autres organisations internationales sur ce sujet.
3. Le présent rapport vise à faciliter la poursuite des travaux du Groupe de travail sur les procédures extrajudiciaires d'insolvabilité en rappelant les débats qui ont eu lieu tant à la vingt-deuxième session du Groupe de travail en décembre 1999 qu'au cours du Colloque sur l'insolvabilité internationale tenu en décembre 2000, et en présentant un certain nombre de propositions qui ont été élaborées en vue de promouvoir le recours à des procédures extrajudiciaires et de régler certaines des questions que pose le développement de leur utilisation.
4. Le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte de ce contexte et de ces propositions pour examiner s'il est souhaitable ou possible d'élaborer des dispositions législatives sur ce sujet. Il est rappelé qu'à sa trente-troisième session (2000), la Commission a décidé de donner pour mandat au Groupe de travail d'examiner notamment la restructuration extrajudiciaire comme l'un des éléments clefs d'un régime efficace régissant l'insolvabilité et les relations entre débiteurs et créanciers. Si le Groupe de travail estime qu'il convient d'entreprendre l'élaboration de dispositions législatives, il souhaitera peut-être examiner si cet exercice devrait former partie intégrante de la préparation du projet de guide législatif, qui vise essentiellement les procédures judiciaires d'insolvabilité, ou s'il pourrait être mené parallèlement à l'élaboration du guide mais en tant que projet connexe distinct, dès lors que le sujet soulève des questions et des préoccupations différentes et qu'il ne fait pas l'objet d'une reconnaissance ou d'une pratique aussi générales que les procédures judiciaires.
5. Les procédures extrajudiciaires sont souvent désignées par des termes différents, comme "restructuration", "sauvetage", "réorganisation", "reconstruction" et "redressement", parfois associés au mot "volontaire". Pour distinguer ces procédures extrajudiciaires volontaires des procédures judiciaires examinées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2, on désignera autant que possible les procédures envisagées dans le cadre du présent rapport par l'expression "procédures extrajudiciaires". Lorsque seront visés les rapports d'autres organisations, la

terminologie employée dans ces rapports sera conservée, ce qui explique la présence possible de termes différents dans le présent document.

1. Rapport de la Banque asiatique de développement

6. Les questions relatives aux procédures extrajudiciaires d'insolvabilité ont été examinées dans un rapport de la Banque asiatique de développement (le rapport de la BAsD)¹ (p. 25 à 27 du texte anglais) où sont exposées les conditions auxquelles sont subordonnées les procédures extrajudiciaires, ainsi que les principales étapes de celles-ci et les problèmes pratiques qui se posent. La BAsD note aussi (p. 63 du texte anglais) que la culture commerciale de nombreux pays qu'elle a étudiés pour établir son rapport les incitant à privilégier le règlement des litiges par voie de compromis, il existe probablement une base assez solide sur laquelle s'appuyer pour mettre en place les éléments nécessaires à une approche extrajudiciaire négociée des problèmes que connaissent les débiteurs insolvable ou en difficulté financière. Le passage suivant, qui reprend les paragraphes 158 à 160 du document A/CN.9/WG.V/WP.50, a été examiné par le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-deuxième session (décembre 1999):

“158. Le rapport de la BAsD (p. 24 du texte anglais) énonce un certain nombre de conditions bien définies qui doivent être réunies au départ pour assurer l'efficacité des procédures extrajudiciaires. Ces conditions sont les suivantes: sommes importantes exigibles par un certain nombre de créanciers différents, généralement des banques ou d'autres institutions financières; préférence pour la négociation d'un accord de règlement des difficultés financières du débiteur; existence de techniques de financement, garanties, et autres techniques commerciales relativement complexes susceptibles d'être utilisées pour réaménager ou restructurer les dettes; recours obligatoire à la loi sur l'insolvabilité en cas d'échec de la procédure extrajudiciaire; et perspectives pour tous d'une solution plus avantageuse par la négociation que par la procédure judiciaire.

159. La procédure extrajudiciaire se déroule en plusieurs étapes: création d'un centre où débiteur et créanciers peuvent rechercher et négocier un accord de règlement des difficultés financières du premier; nomination d'une banque créancière en qualité de responsable de l'organisation et de la conduite de la procédure; constitution d'un comité “directeur” des créanciers; accord de suspension des actions des créanciers et du débiteur comparable à la suspension des actions et poursuites dans la procédure judiciaire; et communication d'informations sur la situation du débiteur, ses activités, sa position commerciale, etc.

160. Dans son rapport (p. 25 à 27 du texte anglais), la BAsD soulève un certain nombre de questions qu'il faudrait régler pour mettre au point une procédure extrajudiciaire: déterminer la partie qui peut engager la procédure, et les outils susceptibles d'être utilisés pour en assurer le déroulement; savoir dans quelle mesure il faudrait faire intervenir des experts et des conseillers;

¹ Banque asiatique de développement, *Regional Technical Assistance Project, TA No: 5795-REG, Insolvency Law Reform: Preliminary Comparative Report*, 1999 (“le rapport de la BAsD”); voir également *Special Report: Insolvency Law Reform in the Asian and Pacific Region*, Law and Development at the Asian Development Bank, 1999 ed.

définir les moyens de résoudre les litiges entre créanciers, en particulier dans le cas des créances préférentielles concurrentes; prendre en compte les dissidents et les créanciers qu'il peut ne pas être possible de faire intervenir activement dans la procédure tout simplement à cause de leur nombre; assurer le financement régulier de l'entité débitrice; et établir des priorités pour assurer ce financement."

2. Groupe de travail de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

7. Les paragraphes suivants sont extraits du rapport de la vingt-deuxième session (décembre 1999) du Groupe de travail (document A/CN.9/469, par. 105 à 112 et 116 à 121):

"105. À différents stades des débats [relatifs aux procédures informelles d'insolvabilité] a été évoqué le fait qu'un débiteur en situation d'insolvabilité et ses créanciers engageaient souvent des négociations collectives extrajudiciaires afin de trouver une solution amiable aux difficultés financières dudit débiteur. Il a été noté que des négociations de ce type (qui pouvaient comprendre, par exemple, l'apport de nouveaux crédits et une restructuration des opérations du débiteur) devaient, pour réussir, rassembler tous les créanciers ou au moins ceux qui représentaient la part essentielle des obligations du débiteur.

106. On a fait observer que de tels arrangements volontaires extrajudiciaires étaient souvent le moyen le moins coûteux de régler les difficultés financières d'une société insolvable. Ils lui donnaient une occasion importante de poursuivre ses activités, de préserver l'emploi et, en conservant sa valeur d'entreprise en activité, ils maximisaient fréquemment la valeur des actifs dont pourraient disposer toutes les parties intéressées. Les procédures extrajudiciaires permettaient aussi d'éviter nombre des dépenses, des retards et des difficiles problèmes de répartition qu'entraînait une procédure d'insolvabilité judiciaire.

107. On a en outre fait observer que les entreprises à croissance rapide des pays en développement avaient fréquemment de nombreux prêteurs situés dans différents pays. Lorsque ces entreprises étaient confrontées à des difficultés financières, il leur était souvent difficile d'organiser un règlement extrajudiciaire productif avec leurs créanciers multinationaux issus de diverses cultures commerciales. Les arrangements amiables étaient aussi rendus difficiles du fait que chacun des créanciers pouvait demander des mesures d'exécution et qu'il fallait le consentement de tous pour modifier les conditions de remboursement des catégories de créances existantes. Dans le cas de transactions internationales complexes, il était particulièrement difficile d'obtenir l'accord de toutes les parties intéressées. C'est pourquoi, a-t-on déclaré, les mesures non contraignantes adoptées pour faciliter des arrangements amiables n'avaient rencontré qu'un succès limité.

108. Il a été déclaré que, compte tenu de ces considérations, un mécanisme international visant à lier les créanciers pourrait grandement faciliter les arrangements extrajudiciaires. Selon une opinion, la Commission pourrait contribuer à la mise au point d'un mécanisme juridique qui pourrait être utilisé pour ces arrangements volontaires. Il a été proposé de restreindre les travaux

aux affaires importantes d'insolvabilité internationale et à l'endettement auprès d'institutions financières, et de ne pas prendre en compte, par conséquent, des créanciers tels que les fournisseurs de biens ou de services et les salariés. Un tel mécanisme pourrait avoir pour objet d'énoncer les conditions dans lesquelles une solution convenue par une majorité pourrait être imposée à la minorité, de prévoir une suspension des actions et des voies d'exécution par le groupe de créanciers visé et de veiller à ce que le groupe minoritaire soit traité équitablement.

109. On a toutefois fait observer que les prêts financiers étaient parfois consentis par des banques dans le pays du débiteur et que, par conséquent, le mécanisme proposé devrait s'appliquer aux principaux cas d'insolvabilité financière, même si les créanciers appartenaient au même pays que le débiteur.

110. On a fait observer que la plus forte incitation à l'ouverture de négociations extrajudiciaires étaient l'imminence, l'efficacité et la crédibilité des procédures visant l'exécution des créances et des sûretés et des procédures formelles d'insolvabilité judiciaires non volontaires ainsi que le souhait du débiteur et des créanciers d'éviter les effets perturbateurs et contraignants de telles procédures. Lorsqu'une procédure judiciaire n'était ni crédible ni efficace (en raison, par exemple, de sa lenteur ou du manque d'équité dans le traitement des créanciers), le débiteur pourrait ne pas être disposé à entamer des négociations extrajudiciaires. Même la perspective d'un apport d'argent frais lié à une solution négociée à l'amiable pouvait ne pas être une incitation suffisante pour le débiteur dans la mesure où l'inefficacité d'une procédure judiciaire lui permettait de retarder l'exécution de ses obligations. Par ailleurs, l'expérience avait montré qu'il était nécessaire de faire pression sur certains créanciers qui pouvaient tenir bon dans l'espoir d'obtenir le remboursement intégral de leurs créances.

111. Des réserves ont été exprimées concernant la proposition d'élaborer un mécanisme législatif contraignant pour favoriser les procédures extrajudiciaires. On a déclaré que le processus informel des négociations extrajudiciaires pourrait se trouver entravé par le côté formel du mécanisme proposé. On a fait valoir par ailleurs que la proposition risquait de susciter une opposition, en particulier des milieux bancaires et que tous travaux futurs en la matière devraient donc être précédés de consultations avec ces milieux. En outre, tout concept législatif de ce type devrait peut-être être adapté à la situation des diverses régions et il serait difficile, par conséquent, de parvenir à des solutions universelles. On a déclaré que, dans la mesure où il était souhaitable de donner un caractère formel au mécanisme retenu, une institution suscitant et encourageant des procédures extrajudiciaires pourrait être utile, mais de tels arrangements institutionnels ne se prêtaient pas à des solutions internationalement harmonisées. On s'est également inquiété de savoir si les tribunaux étaient des organes appropriés pour se prononcer sur des questions essentiellement commerciales.

112. Toutefois, selon plusieurs membres du Groupe de travail, si un cadre législatif contraignant pour les procédures extrajudiciaires pouvait effectivement présenter des difficultés et des pièges, il n'en fallait pas pour autant abandonner la proposition car un mécanisme bien pensé pourrait offrir d'importants avantages. On a ajouté que, si le rôle d'un tribunal dans les

négociations informelles était limité à l'approbation de l'équité de la solution trouvée, ce mécanisme pourrait être largement acceptable et ne serait pas excessivement gênant. Une autre solution serait d'envisager, dans le cadre du mécanisme extrajudiciaire, la création d'un centre extrajudiciaire qui serait habilité, par accord des parties, à évaluer si l'arrangement négocié entre le débiteur et la majorité des créanciers était équitable et, si tel était le cas, à lier la minorité des créanciers dissidents.

116. En réponse aux questions soulevées, il a été indiqué que le débiteur et les créanciers participeraient aux négociations extrajudiciaires dans leur propre intérêt ou en application de leurs obligations contractuelles et que tout mécanisme législatif qui serait mis au point ne devrait pas prévoir l'obligation pour le débiteur ou les créanciers de participer aux négociations.

117. Répondant à une autre question visant à élucider pourquoi le processus était limité aux créanciers financiers et ne portait pas sur les créanciers qui avaient fourni des biens ou des services au débiteur, plusieurs membres du Groupe de travail ont déclaré que l'expérience montrait que les créanciers financiers partageaient souvent des intérêts identiques ou analogues et qu'ils s'organisaient donc plus facilement entre eux pour des négociations avec le débiteur, ce qui n'était pas le cas pour les créanciers commerciaux. Par ailleurs, les procédures extrajudiciaires visaient précisément à réorganiser la structure du capital du débiteur et à rechercher de nouveaux moyens de financement, question qui pourrait plus être plus facilement réglée par des fournisseurs de moyens de financement que par des créanciers commerciaux. Enfin, les termes de l'accord conclu avec le débiteur permettaient souvent aux créanciers commerciaux de "tenir bon" jusqu'à la fin de la crise du débiteur et d'être réglés en totalité ou de consentir un sacrifice moindre que les fournisseurs de fonds.

118. Plusieurs mises en garde et réserves ont été exprimées au sujet du travail envisagé: risque que les gros créanciers influents utilisent ce mécanisme pour imposer leurs vues sans tenir suffisamment compte des intérêts des petits créanciers ou des créanciers dissidents; manque de transparence du processus proposé, ce qui risquait d'être ennuyeux étant donné que le résultat devait lier les créanciers dissidents; le mécanisme envisagé ne devrait être utilisé que dans la mesure où les négociations ne tombaient pas sous le coup des lois et règlements appliqués dans le pays du débiteur ou de traités internationaux; il était indispensable que le mécanisme envisagé fasse en dernière analyse l'objet de la supervision d'un tribunal; ce mécanisme, en particulier s'il comportait la création d'un centre extrajudiciaire tel qu'une instance arbitrale, risquait d'être plus coûteux que le mécanisme faisant intervenir un tribunal et les négociations pourraient se dérouler en un lieu éloigné du centre d'activité du débiteur ce qui, pour cette raison, pourrait imposer une lourde charge au débiteur et à certains créanciers. En réponse à ces préoccupations, on a fait valoir qu'au vu de l'expérience acquise dans le cadre des procédures extrajudiciaires, celles-ci étaient moins coûteuses et plus efficaces que les procédures judiciaires d'insolvabilité.

119. On a pensé qu'il serait nécessaire d'élaborer des critères et des règles de fond en vertu desquels les créanciers minoritaires pourraient être liés par un arrangement négocié par la majorité des créanciers et qu'un équilibre adéquat

devrait être trouvé entre la nécessité de préserver le caractère confidentiel de certaines catégories de renseignements communiqués au cours des négociations et la nécessité d'assurer la transparence du processus.

120. On a fait valoir, et le Groupe de travail s'est rallié à ce point de vue, que l'essentiel des compétences et de l'expérience en matière de procédures extrajudiciaires appartenait à des organisations telles que le Fonds monétaire international, la Banque mondiale, le Groupe des Trente, l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité (INSOL International) et l'Association internationale du barreau et que tout travail au sein de la Commission devrait être effectué en étroite collaboration avec ces organisations et avec des représentants du secteur financier.

121. À l'issue du débat, il a été décidé qu'il existait un appui suffisant au sein du Groupe de travail pour proposer à la Commission d'inscrire à son ordre du jour la question des arrangements extrajudiciaires entre les titulaires de créances financières et le débiteur, en prévoyant aussi la possibilité de lier les créanciers dissidents."

8. La proposition du Groupe de travail a été acceptée par la Commission à sa trente-troisième session (2000).

3. Colloque sur l'insolvabilité internationale organisé par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau

9. Lors du Colloque sur l'insolvabilité internationale organisé conjointement par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau à Vienne en décembre 2000, la question des procédures extrajudiciaires a été de nouveau examinée (ainsi que 13 autres éléments clefs de la liquidation et du redressement) en tant que sujet susceptible d'être examiné par la CNUDCI dans son projet de guide législatif. Les paragraphes ci-après résument les débats qui ont eu lieu (document A/CN.9/495, par. 27 et 28):

"27. Selon les participants, il serait bon d'avoir un régime qui encourage les parties à éviter de perdre du temps dans une procédure judiciaire longue et prévoient d'autres procédures qui facilitent le sauvetage du capital au plus tôt et qui pourraient être économiquement plus rationnelles qu'une procédure formelle. Un tel régime fonctionnait d'autant mieux dans un système juridique et une infrastructure adaptés pouvant assurer la prévisibilité des résultats, mais était également utile lorsque le cadre institutionnel n'était pas approprié."

10. Les travaux réalisés par un groupe de spécialistes du crédit (Lenders Group) d'INSOL international sur la déclaration de principes pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers ont été présentés (les principes sont examinés plus en détail ci-après). Ont participé à la formulation de ces principes les représentants de plus de 150 institutions, dont des banques, des compagnies d'assurances, des investisseurs institutionnels, des banques d'affaires et des praticiens de l'insolvabilité et de la finance, des représentants des pouvoirs publics et des autorités de réglementation de nombreux pays. L'élaboration de ces principes tend à reconnaître l'extension progressive du recours à des procédures extrajudiciaires d'insolvabilité ainsi que les difficultés croissantes rencontrées pour les mener à bien. Les principes visent à accélérer ces

procédures et, partant, à en améliorer les chances de succès, en donnant des indications aux différents groupes de créanciers quant à la manière de procéder à partir de quelques règles communes convenues. Ils sont de nature à accélérer le processus et à réduire l'incertitude, les délais, les frais, ainsi que les tensions et la méfiance entre créanciers et peuvent ainsi contribuer à sauvegarder la valeur de l'entreprise en appelant plus rapidement l'attention sur les questions liées à la préservation de la valeur économique.

11. Les principes mettent en évidence le fait que, bien que l'on constate une tendance internationale de plus en plus nette à l'élaboration de lois internes sur l'insolvabilité qui visent à faciliter le sauvetage et le redressement des sociétés et des entreprises en difficulté financière, il est incontestable que, en dépit de tout l'intérêt que peuvent porter les régimes internes de l'insolvabilité à la situation du débiteur et aux possibilités de "sauvetage" de l'entreprise, il est souvent plus avantageux tant pour les créanciers que pour les débiteurs d'appliquer rapidement des dispositifs de sauvetage ou de redressement de nature extrajudiciaire ou contractuelle, par rapport aux frais imprévisibles et aux incertitudes d'une procédure judiciaire d'insolvabilité.

12. Les principes ne visent pas à être contraignants et il est souligné qu'ils auront plus de chances de faciliter un redressement s'il existe un cadre législatif, réglementaire et administratif de l'insolvabilité qui soit efficace, prévisible et fiable, les principes intervenant dans "l'ombre de la loi". L'existence d'un droit de l'insolvabilité bien conçu et la perspective d'une application cohérente de celui-ci, en offrant aux créanciers financiers des voies de recours efficaces à l'encontre de débiteurs récalcitrants, encouragent les débiteurs à coopérer avec lesdits créanciers dans le but de négocier un accord en dehors d'une procédure formelle d'insolvabilité dans un délai acceptable:

"28. ... Les participants se sont félicités de l'élaboration de ces principes qui, selon certains toutefois, n'allaient peut-être pas assez loin et devaient sans doute être complétés pour assurer l'exécution des accords extrajudiciaires. Il a été également proposé d'introduire, dans le régime d'insolvabilité, une procédure accélérée permettant d'exécuter un plan de redressement qui n'était pas entièrement consensuel, mais était approuvé par une vaste majorité des créanciers. Ce plan serait mis en œuvre par l'intermédiaire d'un tribunal (chargé des affaires d'insolvabilité) afin qu'il devienne contraignant pour la minorité dissidente, à condition qu'il réponde à un certain nombre de critères objectifs spécifiés dans la législation sur l'insolvabilité. De nombreux participants ont estimé qu'une analyse approfondie serait nécessaire afin de déterminer s'il fallait donner suite à une telle proposition dans le cadre des travaux sur l'insolvabilité que la Commission pourrait entreprendre." La proposition est exposée plus précisément ci-après.

4. Déclaration de principes du Groupe de spécialistes du crédit (Lender's Group) d'INSOL International pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers

13. Le Groupe de spécialistes du crédit d'INSOL international a achevé l'élaboration de ces principes en 2000. Chaque principe est accompagné d'un commentaire, qui en explique la portée et les modalités d'application tout en indiquant les meilleures pratiques et en faisant des suggestions sur un certain

nombre de questions qui ne sont pas expressément traitées dans le texte même du principe. Comme il a été noté ci-dessus au paragraphe 12, l'application de ces principes suppose qu'il existe un système d'insolvabilité efficace, prévisible et fiable. Les huit principes sont présentés ci-dessous avec, pour chacun, un résumé du commentaire élaboré par le secrétariat.

Premier principe

Lorsqu'un débiteur se trouve en difficulté financière, tous les créanciers concernés devraient être disposés à coopérer entre eux pour lui donner un délai suffisant (quoique limité) ("période moratoire") au cours duquel des informations le concernant pourront être recueillies et évaluées et des propositions tendant à résoudre ses difficultés financières élaborées et examinées, sauf si cela est inapproprié dans un cas particulier.

14. D'après le commentaire, ce principe vise à garantir que tous les créanciers dont la coopération est nécessaire à la réussite d'une tentative de sauvetage ou de redressement prendront part à la procédure informelle, laquelle suppose que l'on détermine, d'abord, quelles catégories de créanciers doivent y participer, puis, au sein de ces catégories, quels créanciers sont concernés. L'institution d'une période moratoire se justifie par les avantages que les créanciers dans leur ensemble peuvent tirer d'une réaction coordonnée et mesurée face aux difficultés du débiteur. Bien qu'il ne soit pas spécifié dans le principe, le point de départ de cette période est évoqué dans le commentaire. Celui-ci indique en effet que, bien qu'il s'agisse d'une question délicate, les créanciers concernés choisissent très souvent la date à laquelle les créanciers financiers en tant que catégorie (ou du moins un groupe ou nombre important d'entre eux) ont été avisés en premier lieu par le débiteur ou par un autre créancier financier de la tenue d'une réunion devant permettre au débiteur de leur exposer sa situation. Le commentaire souligne que, si la durée de cette période varie d'un cas à l'autre, selon la complexité des informations à recueillir et la nature de la proposition de restructuration considérée, il s'agit habituellement d'un délai initial de l'ordre de plusieurs semaines ou plusieurs mois, qui peut généralement être prorogé si tous les créanciers concernés sont d'accord ou auquel ces derniers peuvent mettre fin si un nombre prédéterminé d'entre eux en décide ainsi suite à des cas d'inexécution convenus ou à leur gré.

Deuxième principe

Pendant la période moratoire, tous les créanciers concernés devraient convenir de ne prendre aucune mesure pour exécuter leurs créances à l'encontre du débiteur ou pour réduire (par d'autres moyens que la cession de leurs créances à un tiers) leurs engagements envers le débiteur, mais sont en droit de supposer que, pendant cette même période, il ne sera pas porté atteinte à leur situation par rapport à d'autres créanciers ni à leur situation les uns par rapport aux autres.

15. Le commentaire souligne l'importance du moratoire pour assurer la stabilité, élément indispensable à toute tentative de sauvetage ou de redressement. Si la législation de certains pays prévoit effectivement la suspension des actions des créanciers avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les créanciers tout comme le débiteur ont souvent intérêt à adopter une approche informelle ou contractuelle pour éviter les coûts afférents à l'approche formelle. Le commentaire

indique les éléments essentiels d'un tel accord de moratoire, lequel doit notamment comporter des dispositions visant à garantir qu'il ne sera pas porté atteinte à la situation respective de chaque créancier concerné pendant la période moratoire. Des accords plus complexes visent la question plus délicate du maintien de la situation des créanciers les uns par rapport aux autres.

Troisième principe

Pendant la période moratoire, le débiteur ne devrait prendre aucune mesure qui pourrait compromettre les chances de recouvrement des créanciers concernés (soit collectivement soit individuellement) par rapport à leur situation à la date de commencement de cette période.

16. Le commentaire souligne combien il importe que le débiteur s'abstienne de prendre de telles mesures, en citant plusieurs exemples d'actions préjudiciables, telles que la constitution d'une sûreté sous forme de nantissement, d'hypothèque, de privilège, de garantie ou de cautionnement en faveur de créanciers non participants, le transfert d'actifs ou de valeur hors des sociétés contre lesquelles les créanciers participants peuvent se retourner, ou encore la vente d'actifs à des tiers à un prix sous-évalué ou à des créanciers qui, en raison de la dette du débiteur à leur égard, ne les paieront pas.

Quatrième principe

Les intérêts des créanciers concernés sont mieux servis si ceux-ci réagissent de manière coordonnée aux difficultés financières d'un débiteur. Une telle coordination sera facilitée par la constitution d'un ou de plusieurs comités de coordination représentatifs et par la désignation de conseillers professionnels qui seront chargés de conseiller et d'aider ces comités ainsi que, s'il y a lieu, les créanciers concernés participant à toute la procédure.

17. Le commentaire souligne les avantages qui peuvent résulter de l'utilisation de comités de coordination et indique certaines des questions qu'il convient de traiter à cet égard, notamment les modalités de constitution et de fonctionnement de ces comités, les attributions des coordonnateurs et la rémunération de leurs fonctions, ainsi que leurs obligations à l'égard des créanciers et la manière dont ils devraient être choisis.

Cinquième principe

Pendant la période moratoire, le débiteur devrait fournir aux créanciers concernés et/ou à leurs conseillers professionnels un accès raisonnable et rapide à toutes les informations pertinentes concernant son actif, son passif, ses activités et ses perspectives, afin de permettre une évaluation appropriée de sa situation financière et de toute proposition susceptible d'être présentée aux créanciers concernés.

18. Le commentaire souligne l'importance de ce principe pour la réussite du sauvetage, du redressement ou de la réorganisation de l'entreprise. Il faut que les informations puissent être obtenues par des conseillers indépendants agissant pour le compte des créanciers concernés, du moins s'ils exercent une diligence raisonnable, et que le débiteur admette que ces conseillers seront chargés d'examiner l'exactitude

des comptes, projections, prévisions et plans d'activité relatifs à toute proposition de sauvetage ou de réorganisation. Ces conseillers devront également évaluer les conséquences du rejet, par les créanciers concernés, des propositions qui leur sont soumises.

Sixième principe

Les propositions de règlement des difficultés financières du débiteur et, dans la mesure du possible, les arrangements entre créanciers concernés relatifs à tout moratoire devraient tenir compte de la loi applicable et de la situation respective des créanciers à la date de commencement de la période moratoire.

19. Après avoir évalué la situation du débiteur et s'être assurés qu'ils sont traités équitablement par rapport à d'autres créanciers, les créanciers concernés souhaiteront comparer ce qui peut leur être proposé avec ce qu'ils pourraient attendre d'une procédure d'insolvabilité formelle ou d'autres possibilités s'offrant à eux. Pour ce faire, il n'est pas rare que les comptables et d'autres conseillers financiers agissant pour le compte des créanciers concernés fondent leur avis sur des simulations de l'insolvabilité du débiteur établies en fonction de certaines hypothèses comptables et juridiques explicites et sur les informations qu'ils ont obtenues en exerçant la diligence voulue (principe 5). Ces simulations devraient tenir compte de toutes les créances et de tous les droits pertinents qui seraient pris en considération dans une procédure d'insolvabilité du débiteur ainsi que de toutes les lois applicables en matière d'insolvabilité. Le résultat de ces simulations peut servir à recenser les créances que les créanciers concernés peuvent avoir sur le débiteur; à évaluer les sommes qui leur seront vraisemblablement remboursées sur ces créances; et à estimer la part de leurs créances apparemment couverte par les actifs.

Septième principe

Les informations obtenues aux fins de la procédure concernant l'actif, le passif et les activités du débiteur et toute proposition de règlement des difficultés de ce dernier devraient être communiquées à tous les créanciers concernés et, sauf si elles ont déjà été rendues publiques, traitées comme confidentielles.

20. Il est essentiel que tous les créanciers concernés disposent des mêmes informations concernant l'actif, le passif et les activités du débiteur pendant la procédure informelle et qu'ils aient connaissance des propositions présentées par le débiteur. Cela devrait être le cas même lorsque des propositions différentes sont soumises à divers membres du groupe des créanciers concernés et même si les disparités de situation entre les créanciers concernés requièrent un avis professionnel propre pour chacun d'entre eux. Il est noté que la détention d'informations confidentielles par certains groupes de créanciers, comme les banques, ne pose généralement pas de problème. Le commentaire mentionne cependant d'autres groupes tels que des détenteurs de créances qui, soit ne sont pas soumis à une obligation expresse ou tacite de confidentialité, soit ne peuvent accepter des informations confidentielles sans compromettre leur faculté d'échanger des créances, autant de cas dans lesquels il faudra peut-être conclure des arrangements spéciaux. Le commentaire indique que l'échange de créances est un

mécanisme de plus en plus prisé par les institutions financières pour gérer le risque de crédit et mobiliser la valeur de leurs prêts. Le commentaire met également en évidence certaines difficultés qui peuvent surgir en ce qui concerne la protection des informations confidentielles.

Huitième principe

Si des fonds supplémentaires sont octroyés pendant la période moratoire ou comme suite à toute proposition de sauvetage ou de restructuration, le remboursement de ces fonds devrait, dans la mesure du possible, avoir la priorité sur celui d'autres créances ou droits des créanciers concernés.

21. Le commentaire vise les moyens d'obtenir des fonds supplémentaires: il peut s'agir non seulement de prêts supplémentaires mais également d'autres formes d'accroissement du niveau des engagements. Le traitement de ces autres formes devra faire l'objet de négociations entre les créanciers concernés. L'idée est que tous les créanciers concernés participant à la procédure devraient avoir la possibilité de prendre part à l'octroi de fonds supplémentaires et accepter les risques en découlant sur une base proportionnelle.

5. Proposition tendant à permettre des restructurations dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité contrôlée par un tribunal

22. Plusieurs membres de la délégation des États-Unis d'Amérique auprès du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité de la CNUDCI ont élaboré une proposition qui vise à établir un cadre légal permettant une procédure rapide d'insolvabilité en vue d'une restructuration volontaire des dettes découlant d'emprunts (créances et obligations d'établissements de prêt) de sociétés internationales insolvable. Cette procédure reposerait sur l'approbation de la restructuration par une majorité qualifiée de créanciers dans chaque catégorie concernée et sur un examen judiciaire du caractère adéquat de la restructuration qui serait évaluée par rapport à des normes internationales appropriées en la matière.

23. Cette proposition se fonde sur les principes suivants: possibilité de déclarer un bref moratoire pour permettre de mener à bien des discussions sur la restructuration volontaire; soumission de la restructuration à l'approbation des créanciers avant l'ouverture de la procédure judiciaire; approbation par une majorité de 75 % du nombre et de la valeur des créances dans chacune des catégories de créanciers concernées; procédures accélérées d'insolvabilité aux fins d'homologation de la restructuration par un tribunal compétent en la matière afin de lier les créanciers dissidents; et critères juridiques minima pour l'homologation de la restructuration par le tribunal.

24. La proposition est décrite ci-dessous:

“a) Débiteurs pouvant prétendre à une restructuration

1. Les procédures prévues dans la loi type seraient accessibles à toute société insolvable ou défaillante ayant emprunté d'importantes sommes à l'étranger. Des critères concernant le montant des emprunts, la preuve de l'insolvabilité ou de la défaillance de l'entreprise et la détention d'un montant suffisant de créances par des prêteurs étrangers seraient fixés. Certaines catégories de débiteurs sévèrement réglementées, comme les institutions

financières et les compagnies d'assurances, pourraient être exclues du champ d'application de la loi type.

b) Parties concernées

2. En vertu de la loi type, la restructuration devrait être approuvée par un vote à la majorité qualifiée des créanciers dans chaque catégorie concernée. Toutefois, seul l'ajustement des dettes découlant d'emprunts (auprès d'établissements de prêt et d'organismes publics, titulaires ou non d'une sûreté) et d'autres obligations financières similaires pourrait être soumis à ce vote. Les autres créanciers ne seraient pas concernés sauf si chacun d'entre eux accepte un ajustement de sa créance. Les créances notamment commerciales, salariales et fiscales ne seraient pas visées par la proposition. Les actionnaires ordinaires et d'autres détenteurs de parts sociales pourraient toutefois être touchés.

c) Moratoire

3. Dans de nombreux cas, la restructuration peut être réalisée, même suite à une défaillance, parce que les créanciers ont accepté volontairement de différer leurs actions en recouvrement. Toutefois, afin de faciliter les efforts de restructuration, la loi type proposée pourrait prévoir une suspension des actions des créanciers pour une période dûment limitée afin d'éviter que celles-ci ne compromettent ces efforts. Dès lors qu'elle proposerait une restructuration de bonne foi, une société remplissant les conditions requises pour cette restructuration pourrait déclarer un moratoire de courte durée qui permettrait de suspendre toute action en recouvrement de la part des catégories concernées, à savoir les prêteurs, les obligataires et les actionnaires mais non les fournisseurs ou les employés. La société publierait cette déclaration, par exemple, par voie de dépôt auprès du tribunal compétent, d'insertion dans une publication ou par d'autres moyens appropriés, en précisant si tous les créanciers et actionnaires, ou certains d'entre eux seulement, sont soumis au moratoire.

4. Le moratoire s'appliquerait initialement pour une durée relativement courte (15 jours par exemple) mais il pourrait être prorogé avec le consentement des parties détenant une part importante des créances dans les catégories concernées (par exemple, pour 30 à 60 jours supplémentaires avec l'approbation de chaque catégorie concernée de créanciers non titulaires d'une sûreté donnée par écrit à la majorité exprimée en part du principal). En outre, on pourrait prévoir que le moratoire prendrait fin si le débiteur cherchait à effectuer des opérations (par exemple s'il liquidait sa société ou transférait un nombre important d'actifs) en dehors du cours normal des affaires ou s'il cherchait, en dehors d'une restructuration approuvée, à accorder un traitement préférentiel à une sous-catégorie de créanciers.

d) Approbation de la proposition de restructuration négociée

5. Après avoir proposé une restructuration et négocié de manière informelle avec des représentants des créanciers et des actionnaires concernés, la société demanderait aux créanciers et aux détenteurs de parts sociales concernés d'approuver la proposition de restructuration ainsi négociée, conformément au droit normalement applicable.

e) *Vote requis*

6. Les créances et les droits devraient être dûment classés aux fins du vote et il faudrait, pour que la restructuration soit adoptée, obtenir le vote favorable de la majorité légale requise, en valeur et en nombre de créances, pour chaque catégorie de créanciers. Dans la loi type proposée, une forte majorité qualifiée pour chaque catégorie concernée (par exemple 75 % du nombre et de la valeur des créances détenues par les créanciers votant dans chaque catégorie) serait requise pour l'approbation d'une restructuration.

f) *Examen par un tribunal du caractère adéquat de la restructuration au regard de critères internationaux*

7. Étant donné que la minorité dissidente des créanciers dans chaque catégorie serait liée par une restructuration réalisée dans le cadre de la loi type, un tribunal, appliquant des critères de restructuration internationaux appropriés, devrait examiner si la restructuration convient à cette minorité. L'effectivité d'une restructuration dépendrait d'un tel examen. La société débitrice pourrait s'assurer les services d'un expert indépendant pour faciliter cet examen judiciaire, les critères auxquels doivent satisfaire les experts indépendants pour être sélectionnés pouvant être précisés dans la loi. L'expert, qui serait rémunéré par la société débitrice, examinerait la proposition de restructuration, déterminerait si elle satisfait ou non aux critères internationaux de restructuration et publierait un rapport contenant ses conclusions sur la question. La proposition ainsi que le rapport de l'expert seraient ensuite soumis à un tribunal local compétent aux fins d'homologation.

g) *Notification et critères d'homologation*

8. Il faudrait aviser les parties concernées que la procédure de demande d'approbation est terminée et que la restructuration est soumise à l'expert indépendant pour examen avant son homologation définitive par le tribunal. Des procédures rapides de soumission, à l'expert indépendant, d'observations favorables ou opposées à la restructuration seraient également prévues. Copie de ces observations serait déposée auprès du tribunal et il faudrait peut-être aussi fixer un délai pour leur soumission (par exemple, 20 jours après la notification) ainsi qu'un délai pour l'établissement d'un rapport relatif au respect des critères de restructuration (par exemple 30 jours après la soumission des dernières observations à l'expert indépendant).

9. Une fois le rapport établi par l'expert indépendant, une procédure serait ouverte devant un tribunal local compétent (ci-après dénommé "le tribunal") aux fins d'homologation de la restructuration. Pour prononcer cette homologation nonobstant le vote des créanciers dissidents de chaque catégorie concernée, le tribunal serait tenu de faire certaines constatations de fait et de droit pour établir le caractère adéquat de la restructuration au regard de critères internationaux appropriés en la matière. Pour ce faire, il devrait en principe accorder un grand poids au rapport de l'expert indépendant. Suivant ces critères, le tribunal pourrait être tenu de conclure, par exemple, que:

- i) La société peut prétendre à une restructuration conformément à la loi type;

- ii) La restructuration a été proposée, négociée et demandée de bonne foi;
- iii) Chaque catégorie concernée a été dûment informée;
- iv) Les créanciers et les actionnaires dans les catégories concernées ont été dûment classés et la restructuration a été approuvée à la majorité qualifiée requise dans chaque catégorie concernée de créanciers;
- v) Les créances dans chaque catégorie concernée de créanciers ayant le même statut et le même rang de priorité bénéficient d'un traitement comparable dans le cadre de la restructuration (sauf si les créanciers en ont expressément convenu autrement);
- vi) Chaque créancier dissident dans une catégorie concernée recevra, lors de la restructuration, des biens d'une valeur au moins égale à ce qu'il recevrait si la société était liquidée dans le cadre d'une procédure formelle d'insolvabilité en vertu de la législation locale;
- vii) Après la restructuration, la société s'acquittera vraisemblablement de ses obligations à l'échéance; et
- viii) Dans l'hypothèse d'un rejet de la restructuration par une catégorie quelconque de détenteurs de parts sociales concernés, la société a un endettement cumulé supérieur à sa valeur d'exploitation (dettes non comprises), c'est-à-dire qu'elle est insolvable.

h) Déclaration attestant l'effectivité

10. Lorsque la restructuration aurait été homologuée par le tribunal et que toutes les conditions seraient remplies pour que la restructuration produise effet, les créanciers concernés seraient avisés par voie de publication conformément aux procédures prévues et le tribunal délivrerait une "déclaration d'effectivité" (ayant même force exécutoire qu'une décision de justice) donnant effet à la restructuration en vertu de la loi.

i) Remise de dette et caractère exécutoire de la restructuration

11. La déclaration d'effectivité entraînerait la remise de toute dette éteinte conformément aux termes de la restructuration et les tribunaux locaux seraient tenus de faire exécuter celle-ci conformément à ses termes.

j) Formules autres que l'homologation judiciaire

12. Si les systèmes judiciaires de certains États disposent de moyens leur permettant d'appliquer une procédure rapide et peu coûteuse pour l'examen de propositions de restructuration suivant le scénario prévu dans la loi type, dans d'autres États, il serait souhaitable d'éviter le recours à des procédures judiciaires plus lourdes pour améliorer les chances de sauvetage de l'entreprise, préserver la valeur des actifs, empêcher la réduction des effectifs et de la production et atténuer l'impact systémique des défaillances d'entreprises. On pourrait, en s'inspirant de pratiques et de structures établies, envisager des solutions permettant de valider des restructurations sans recourir à un tribunal. De fait, des procédures d'agrément propres à favoriser des restructurations extrajudiciaires volontaires à la fois rapides et équitables sont indispensables pour réduire les risques géographiques et atténuer les risques

financiers systémiques, ainsi que pour faciliter les investissements et la restructuration du capital investi lorsque cela est nécessaire.

k) Effet sur la législation interne

13. Il conviendrait de modifier les législations internes exigeant l'unanimité pour l'approbation d'un aménagement de la dette en dehors d'une procédure d'insolvabilité afin de permettre un tel aménagement dans le cadre d'une restructuration approuvée conformément à la loi type proposée. De même, si la législation interne rend les administrateurs ou dirigeants d'une entreprise responsables des opérations effectuées lorsque cette entreprise est en état d'insolvabilité, il peut être nécessaire de prévoir une forme d'exonération de responsabilité, après toute mesure de publicité appropriée, pour permettre la poursuite des opérations parallèlement aux efforts de restructuration engagés de bonne foi par l'entreprise conformément à la loi type.

l) Reconnaissance internationale

14. Pour qu'une restructuration décidée conformément à la loi type d'un pays ait plus de chances d'être reconnue par des tribunaux tant nationaux qu'étrangers, les parties commerciales pourraient être encouragées à adopter une pratique consistant à mentionner expressément l'application de la loi type parmi les conditions de leurs titres de créances. La loi type pourrait également prévoir que le droit de restructurer la dette après constatation de l'insolvabilité conformément à ses dispositions est une condition tacite de toute obligation contractée par un débiteur local, sauf renonciation expresse.

15. Dans la mesure où des tribunaux étrangers pourraient être saisis de questions concernant l'effet contraignant ou la force exécutoire d'une restructuration conforme à la loi type, ils devraient les traiter en tenant compte des principes de coordination et de coopération consacrés dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Pour faciliter les choses, il peut être souhaitable de prévoir une procédure par laquelle un débiteur ayant bénéficié d'une restructuration en vertu de la loi type peut obtenir la désignation d'un représentant étranger qui serait reconnu comme tel dans d'autres États aux fins de l'exécution de la restructuration.

16. Enfin, la loi type pourrait également contenir des dispositions prévoyant la reconnaissance, par les tribunaux internes, de restructurations de débiteurs étrangers réalisées conformément à la loi type telle qu'adoptée dans d'autres États."

6. Banque mondiale

25. Dans son récent rapport sur les principes et lignes directrices pour des systèmes efficaces d'insolvabilité et de protection des droits des créanciers, la Banque mondiale aborde la question des procédures extrajudiciaires informelles dans les principes 25 et 26, dont la teneur est la suivante:

Principe 25: Cadre législatif favorable. *Les redressements et les restructurations d'entreprises devraient s'inscrire dans un environnement favorable qui encourage les participants à conclure des arrangements contractuels destinés à rétablir la viabilité financière d'une entreprise. Par environnement favorable on entend des lois et des procédures qui requièrent*

que soient rapidement communiquées ou rendues accessibles des informations financières fiables et exactes sur l'entreprise en difficulté; encouragent l'octroi de prêts à des entreprises viables en difficulté financière, l'investissement dans ces entreprises ou leur recapitalisation; favorisent une grande diversité d'opérations de restructuration, telles que la remise de la dette, son rééchelonnement, sa restructuration et sa conversion en prises de participation; et prévoient un régime fiscal favorable ou neutre pour la restructuration.

Principe 26: Procédures informelles de redressement. *Le secteur financier d'un pays (éventuellement avec l'approbation et l'aide officielles de la banque centrale ou du ministère des finances) devrait promouvoir la mise en place d'un code de conduite concernant une procédure extrajudiciaire informelle visant à traiter les cas d'entreprises en difficulté financière auxquelles les banques et d'autres institutions financières ont accordé un volume important de prêts – en particulier sur des marchés où l'insolvabilité de l'entreprise a atteint des niveaux systémiques. Une procédure informelle a beaucoup plus de chances d'être appuyée lorsqu'il existe des lois appropriées régissant les voies de recours des créanciers et l'insolvabilité. La procédure informelle peut aboutir à une procédure formelle de sauvetage qui devrait permettre de traiter rapidement un plan global élaboré dans le cadre de la procédure informelle. La procédure formelle fonctionnera probablement mieux si elle permet aux créanciers et aux débiteurs de recourir à des techniques informelles.*

26. Nombre des questions envisagées ci-dessus sont abordées dans le commentaire de ces deux principes figurant dans le rapport. À propos du principe 26, il est fait état de la mise au point des principes d'INSOL International et des raisons qui expliquent l'utilisation de plus en plus fréquente de procédures extrajudiciaires informelles. Aux postulats bien définis énoncés dans le rapport de la BASD en tant que conditions indispensables à l'efficacité d'une procédure informelle (voir par. 6 ci-dessus), les principes de la Banque mondiale en ajoutent un autre, à savoir que le débiteur n'a pas besoin de bénéficier d'un allègement de sa dette commerciale ni des avantages d'une procédure d'insolvabilité formelle, comme le moratoire automatique ou la possibilité de résilier des contrats trop lourds, et qu'il doit exister un régime fiscal favorable ou neutre pour la restructuration tant dans le pays du débiteur que dans celui des créanciers étrangers. Les principes de la Banque mondiale mettent en évidence l'importance capitale que revêt l'existence de la sanction, à savoir la possibilité de recourir à des procédures formelles en cas d'échec des procédures informelles.