



Assemblée générale

Distr.: Générale
13 août 2001

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-cinquième session
New York, 10-28 juin 2002

Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-quatrième session (New York, 23 juillet-3 août 2001)

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-16	2
II. Délibérations et décisions	17-18	5
III. Examen du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	19-155	5
A. Remarques générales	19	5
B. Principaux objectifs d'un régime rationnel et efficace de l'insolvabilité	20	6
C. Dispositions essentielles d'un régime rationnel efficace de l'insolvabilité	21-155	6
1. Relations entre les procédures de liquidation et les procédures de redressement	21-22	6
2. Engagement et ouverture de la procédure d'insolvabilité	23-44	7
3. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	45-89	12
4. Administration de la procédure	90-143	22
5. Liquidation et répartition	144-155	35
IV. Procédures extrajudiciaires d'insolvabilité	156-161	37

I. Introduction

1. À sa trente-troisième session, la Commission a pris note de la recommandation que le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité avait formulée dans le rapport de sa session exploratoire tenue à Vienne du 6 au 17 décembre 1999 (A/CN.9/469, par. 140) et lui a donné pour mandat de présenter un exposé détaillé des principaux objectifs et des caractéristiques essentielles d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la restructuration extrajudiciaire, ainsi qu'un guide législatif proposant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients.

2. À cette session, la Commission a également recommandé que le Groupe de travail, dans l'accomplissement de sa tâche, tienne dûment compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BAsD), l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau. Il a été noté que, pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat organiserait un colloque avant la prochaine session du Groupe de travail, en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, qui avaient proposé leur aide¹.

3. Ce colloque, organisé avec l'appui financier et logistique d'INSOL International et en collaboration avec l'Association internationale du barreau, s'est tenu à Vienne du 4 au 6 décembre 2000. Il devait permettre de définir et d'examiner les besoins des pays ayant entrepris une réforme de leur législation interne relative à l'insolvabilité et de déterminer comment la Commission et d'autres organisations pourraient faciliter cette réforme.

4. Les participants au colloque se sont déclarés très favorables à la réalisation, par la Commission, de travaux sur les principaux éléments d'un régime d'insolvabilité efficace (voir rapport du colloque sur l'insolvabilité internationale organisé par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau, document A/CN.9/495, par. 34). Ils ont vivement recommandé qu'un délai d'environ six mois soit fixé pour l'élaboration minutieuse des projets devant être soumis au Groupe de travail pour examen. Il a été noté par ailleurs que la Commission avait demandé au Groupe de travail de tenir compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations internationales et de commencer ses travaux après réception des rapports actuellement élaborés par d'autres organisations, telles que la Banque mondiale.

5. À sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001), la Commission a pris note du rapport du colloque avec satisfaction (A/CN.9/495) et s'est félicitée des travaux réalisés à ce jour, en particulier de la tenue du colloque sur l'insolvabilité et des efforts de coordination avec les activités menées par d'autres

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17, A/55/17, par. 408.*

organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Elle a examiné les recommandations formulées lors du colloque, en particulier concernant la forme que pourraient prendre les travaux futurs et l'interprétation du mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session.

6. S'agissant du mandat confié au Groupe de travail, la Commission a généralement estimé que celui-ci devrait être interprété de manière large pour permettre à ce Groupe de fournir un produit qui tiendrait compte des éléments à inclure mentionnés dans ledit mandat (voir par. 1 ci-dessus et document A/CN.9/495, par. 13). Quant à la forme éventuelle des travaux futurs, il a été réaffirmé qu'une loi type sur les caractéristiques essentielles d'un régime d'insolvabilité ne serait ni souhaitable ni possible, étant donné la complexité et la diversité des questions relevant du droit de l'insolvabilité et la disparité des approches adoptées dans les différents systèmes juridiques. Selon une opinion largement partagée, les travaux devraient garantir la plus grande souplesse possible tout en ayant une utilité maximale. On a craint qu'un guide législatif, qui pouvait certes offrir la souplesse nécessaire, ne constitue un produit trop général et trop abstrait pour fournir les lignes directrices requises. De ce fait, il a été estimé que le Groupe de travail devrait veiller à être aussi précis que possible dans ses travaux et, à cet égard, qu'il devrait inclure autant que possible des dispositions législatives types, même si celles-ci ne portaient que sur certaines des questions devant être traitées dans le guide.

7. Selon une opinion largement partagée, les travaux devraient prendre la forme d'un guide législatif. On a fait observer qu'un tel produit final pourrait se révéler très utile non seulement pour les pays qui n'avaient pas de régime d'insolvabilité rationnel et efficace et devaient en créer un, mais aussi pour ceux qui avaient entrepris ou envisageaient de revoir et de moderniser leurs systèmes nationaux. Un autre avis a été que le Groupe de travail devrait être soucieux dans ce guide de favoriser les échanges et de promouvoir le commerce, et non simplement d'harmoniser les lois existantes.

8. On a déclaré que les trois grands volets autour desquels s'articulerait le guide (brièvement présentés aux paragraphes 30 à 33 du document A/CN.9/495) constituaient une structure appropriée pour les éléments essentiels et devraient servir de base pour les travaux envisagés. S'agissant du fond, plusieurs suggestions ont été faites, notamment celles de garder à l'esprit, lors de l'élaboration du guide, un certain nombre de principes et d'objectifs fondamentaux tels que les suivants: prise en compte de l'ordre public et de l'intérêt général; rôle directeur des tribunaux; reconnaissance d'un régime particulier pour les créances publiques; priorité du redressement sur la liquidation; maintien de l'activité et des emplois; système de garantie des salaires; contrôle des mandataires par les tribunaux; égalité de traitement des créanciers; transparence des procédures collectives. On a fait observer que ces principes ne devraient pas être considérés comme une façon de poser des limites au mandat du Groupe de travail, mais que ce dernier pourrait s'en servir utilement comme lignes directrices et éviter ainsi de donner au guide un caractère trop général. Il a été estimé que les travaux ne devaient porter ni sur les banques ni sur les établissements financiers ou qu'un régime spécial devait être maintenu pour ces entités.

9. D'autres suggestions ont également bénéficié d'un certain appui, à savoir la nécessité de tenir compte d'un certain nombre de points qui avaient posé des

problèmes dans l'insolvabilité internationale, tels que la difficulté qu'il y avait à rassembler et diffuser des informations sur les sociétés soumises à une procédure d'insolvabilité, la possibilité donnée aux créanciers étrangers de produire leurs créances, l'égalité de traitement des créanciers étrangers et le traitement des créances tardives, en particulier lorsqu'elles pouvaient émaner de créanciers étrangers. On a aussi signalé que des décisions insuffisamment réfléchies d'accorder un crédit se révélaient être l'une des causes, quoique apparemment lointaine, de l'insolvabilité. On a rappelé que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale traitait déjà un certain nombre de ces problèmes. Il a été noté que si certaines des questions pouvaient être pertinentes également dans le contexte du guide envisagé, l'intention n'était pas que ce dernier modifie de quelque façon que ce soit la Loi type.

10. Après un débat, la Commission a confirmé que le mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session devait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif.

11. Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, qui se composait de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-quatrième session à New York du 23 juillet au 3 août 2001. Ont assisté à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail énumérés ci-après: Allemagne, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Honduras, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Lituanie, Ouganda, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.

12. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Algérie, Arabie saoudite, Australie, Bangladesh, Bélarus, Brunei Darussalam, Bulgarie, Danemark, Équateur, Émirats arabes unis, Guinée, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Pérou, Philippines, Portugal, République de Corée, République démocratique populaire lao, Slovaquie, Suisse, Turquie, Venezuela et Yougoslavie.

13. Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales suivantes: Association du barreau américain, Association internationale du barreau, Association mondiale des anciens stagiaires et boursiers de l'Organisation des Nations Unies, Banque asiatique de développement (BASD), Banque centrale européenne, Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Banque mondiale, Fonds monétaire international, Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRID), International Working Group on European Insolvency Law, Groupe des Trente, INSOL International, Inter Pacific Bar Association et International Insolvency Institute.

14. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Wisit WISITSORA-AT (Thaïlande);

Vice-Président: M. Paul HEATH (Nouvelle-Zélande), élu à titre personnel;

Rapporteur: M. Jorge PINZON SANCHEZ (Colombie).

15. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.53) et deux rapports du Secrétaire général, l'un intitulé "Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité"

(A/CN.9/WG.V/WP.54, A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 et A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2) et l'autre "Procédures extrajudiciaires d'insolvabilité: différents modes d'approche" (A/CN.9/WG.V/WP.55).

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

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

II. Délibérations et décisions

17. À la session en cours, le Groupe de travail a commencé ses travaux d'élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, conformément aux décisions que la Commission avait prises à sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000)² et à sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001)³. Il est rendu compte à la section III ci-après des décisions et délibérations du Groupe de travail au sujet de ce guide.

18. Le secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces décisions et délibérations, une version révisée du guide qui sera présentée au Groupe de travail à sa vingt-cinquième session (Vienne, 3-14 décembre 2001) pour examen et poursuite du débat.

III. Examen du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

A. Remarques générales

19. Au début de la session, certaines organisations internationales ont présenté l'état de leurs travaux dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Le Groupe de travail a été informé que le rapport de la Banque mondiale intitulé "Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems" avait été publié en avril 2001. À cet égard, on a fait observer que l'un des objectifs fondamentaux du rapport était de favoriser et d'améliorer l'offre de crédit en augmentant la sécurité et la prévisibilité des droits des créanciers, pour que ces derniers puissent évaluer avec exactitude les risques et les conséquences des prêts accordés. Si des politiques de rééquilibrage pouvaient se justifier dans certains cas, on a indiqué qu'elles ne devraient cependant pas empiéter sur le régime d'insolvabilité, sauf s'il était possible d'établir un équilibre avec les objectifs de sécurité et de prévisibilité. Il a

² Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n°17, A/55/17, par. 186 à 192.

³ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n°18, A/55/18, par. ... (à finaliser).

été noté que des enquêtes nationales visant à affiner les principes, compte tenu des besoins spécifiques des différents pays, seraient menées dans le cadre de la mise en œuvre du rapport. Diverses organisations internationales ayant entrepris des travaux dans le domaine du droit de l'insolvabilité ont reconnu que des dispositifs capables d'accroître l'offre de crédit et de réduire le coût du crédit étaient nécessaires.

B. Principaux objectifs d'un régime rationnel et efficace de l'insolvabilité

20. Le Groupe de travail a commencé son examen du projet de guide législatif contenu dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.54 et additifs 1 et 2 par les principaux objectifs énoncés dans la première partie, aux paragraphes 16 à 22. Il a été dit que la première partie présentait les principaux objectifs d'un régime rationnel et efficace de l'insolvabilité et qu'il y avait peu de choses à ajouter. Il a été suggéré d'indiquer clairement dans ces objectifs qu'un système d'insolvabilité devait être ancré à la fois dans le régime juridique et le régime commercial d'un pays, la référence aux systèmes commerciaux qui étaient ayant pour but d'englober non seulement le droit commercial, mais aussi les pratiques et usages commerciaux qui étaient reconnus comme faisant partie de la réglementation d'un pays. Il a été suggéré également que les principaux objectifs soient développés à mesure qu'avanceront les discussions du Groupe de travail sur le contenu du projet de guide. En particulier, on a souligné que les mots figurant entre crochets, au paragraphe 19, qui faisaient référence aux sanctions en cas d'ouverture tardive de la procédure d'insolvabilité, posaient des problèmes de fond qu'il faudrait examiner à la lumière des éléments concernant l'engagement et l'ouverture de la procédure contenus dans la deuxième partie du projet de guide. Compte tenu de l'importance, pour un régime rationnel et efficace de l'insolvabilité, de dispositions traitant de questions internationales, on a indiqué qu'il faudrait garder à l'esprit, lors des débats, la relation entre le projet de guide et la Loi type sur l'insolvabilité internationale, afin de déterminer à un stade ultérieur si la Loi type devait faire partie intégrante du produit final.

C. Dispositions essentielles d'un régime rationnel et efficace de l'insolvabilité

1. Relations entre les procédures de liquidation et les procédures de redressement

21. De l'avis général, le projet de guide devait indiquer, à titre complémentaire, les avantages et les inconvénients des différents types de procédures disponibles, pour conférer de la souplesse et pour que le choix de la procédure, dans chaque cas particulier, privilégie la solution la plus efficace. Il a été convenu que la procédure de liquidation comme la procédure de redressement devaient figurer comme options et que le projet de guide devait mentionner à la fois les procédures unitaires (le choix de la procédure la plus appropriée – liquidation ou redressement – étant fait postérieurement à la demande d'ouverture de la procédure, une fois que l'on avait pu évaluer ce qui convenait le mieux à l'entreprise en question) et les procédures duales (le choix entre la liquidation et le redressement étant donné à la partie qui engageait la procédure).

22. Tout en notant que la maximisation de la valeur des actifs était un des principaux objectifs, on a souligné que, dans certains cas qu'il conviendrait de mentionner dans le projet de guide, cet objectif devait être mis en balance avec des intérêts sociaux plus importants qui pouvaient conduire à adopter une approche différente. On a estimé que le projet de guide devrait préciser les conséquences du choix d'une procédure unitaire ou d'une procédure duale pour d'autres éléments du régime d'insolvabilité, au lieu de recommander l'adoption de l'une ou l'autre approche. Par exemple, lorsqu'on optait pour la dualité de procédures, le régime d'insolvabilité devrait prévoir la conversion entre elles et le projet de guide, indiquer dans quels cas une telle conversion avait le plus de chances d'être pertinente, par exemple dans une procédure de redressement engagée par le débiteur ou par les créanciers et dans une procédure de liquidation engagée par les créanciers. L'idée a été avancée qu'il serait peut-être indiqué d'examiner aussi dans le projet de guide quelle partie pouvait demander une telle conversion, que ce soit pour tenir compte des intérêts des créanciers ou pour concilier les intérêts de toutes les parties concernées, mais on a craint que ce sujet n'inclue des points devant être réglés par le droit national. Lorsque c'était une procédure unitaire qui avait la préférence, il fallait, selon certains avis, prévoir une période d'évaluation pendant laquelle les poursuites seraient suspendues pour permettre à l'entité de stabiliser sa situation et de déterminer les moyens les plus efficaces de faire face à ses difficultés financières.

2. Engagement et ouverture de la procédure d'insolvabilité

a) Champ d'application

23. Une préoccupation a été exprimée à propos de la référence, au paragraphe 24, à la présence d'actifs comme condition d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. On a fait valoir que, si ce critère pouvait être suffisant pour l'ouverture d'une procédure de liquidation, il était trop ténu pour l'ouverture d'une procédure de redressement. On s'est inquiété aussi de l'inclusion, dans le régime d'insolvabilité, des entreprises d'État, opérant en qualité d'entité commerciale ou non.

b) Engagement de la procédure d'insolvabilité

24. Le Groupe de travail a examiné la nécessité d'établir un équilibre entre les mesures encourageant le débiteur à engager une procédure à un stade précoce et les sanctions le contraignant à le faire. Il a été estimé que l'imposition de sanctions, comme celles dont font l'objet les dirigeants pour avoir réalisé des opérations alors que l'entreprise était insolvable, s'était révélée efficace dans un certain nombre de pays et avait entraîné une augmentation des demandes de redressement. Dans d'autres pays, toutefois, de telles sanctions existaient mais, du fait qu'elles n'étaient pas systématiquement appliquées, elles ne constituaient pas un moyen efficace d'obliger le débiteur à engager une procédure. Selon un avis, l'imposition de sanctions devrait être soigneusement étudiée afin d'éviter des situations dans lesquelles les dirigeants pourraient prendre des décisions pour éviter que leur responsabilité ne soit engagée ou, dans une procédure extrajudiciaire, il pourrait être nécessaire qu'ils soient exonérés de toute responsabilité pour mener cette procédure à bonne fin. Il a été souligné que la question de la responsabilité était étroitement

liée à la mesure dans laquelle la direction gardait le contrôle de l'entreprise et disposait d'une période exclusive pour élaborer un plan de redressement.

25. À titre de recommandation générale, il a été proposé d'examiner, dans le projet de guide, chaque sujet non seulement sous l'angle des principaux objectifs énoncés dans la première partie, mais également compte tenu de l'impact de chacun d'entre eux sur d'autres sujets et principes.

26. Différentes vues ont été exprimées à propos de l'engagement de la procédure et de la partie qui devrait être habilitée à déposer une demande. De l'avis général, les débiteurs devraient avoir la possibilité d'engager aussi bien une procédure de liquidation qu'une procédure de redressement. S'agissant des créanciers, bien que les opinions aient divergé quant aux critères pertinents, il a été généralement convenu qu'ils devraient être autorisés à engager les deux types de procédure.

27. Dans le cas de l'engagement de la procédure par les créanciers, certains se sont déclarés favorables à ce que la demande soit présentée par un ou plusieurs de ces derniers sans que l'on précise un nombre particulier, d'autres au contraire à ce que l'on indique un chiffre. On a exprimé la crainte que, si un seul créancier était autorisé à former une demande, il n'utilise la procédure d'insolvabilité comme substitut aux procédures usuelles de recouvrement des créances, du fait que celles-ci pourraient être recouvrées de façon plus appropriée ailleurs. Selon un autre avis, un critère pertinent pourrait porter sur la valeur des créances impayées et une demande pourrait alors être présentée par un créancier unique lorsque la valeur de sa créance serait élevée ou par plusieurs créanciers lorsque la valeur de leurs créances globales dépasserait un montant spécifié. On a proposé également que les critères de demande d'ouverture concernent spécifiquement des créanciers non munis de sûretés ayant des créances non contestées. Pour ce qui est des critères d'engagement de la procédure, il fallait, selon un avis, que les mêmes critères s'appliquent à l'engagement par le débiteur et par les créanciers. Selon un autre avis, il fallait des critères différents. Le débiteur pouvait déposer une demande en raison d'une cessation générale des paiements ou de son incapacité future probable à payer ses dettes à l'échéance. Il a été proposé que ce critère soit mentionné dans le projet de guide par une formule indiquant, par exemple, que le débiteur n'a "pas de perspectives raisonnables de pouvoir payer ses dettes".

28. S'agissant des créanciers, l'avis a été exprimé que, comme il est indiqué au paragraphe 51 b) du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, ces derniers devraient être en mesure de démontrer qu'ils détiennent des créances échues et non payées par le débiteur. Une question préliminaire a porté sur la nécessité de définir clairement le terme "échéance", de manière à éviter des litiges. On s'est demandé s'il fallait vraiment que les créances soient échues et exigibles et si l'adoption d'un tel critère ne risquait pas de limiter inutilement l'accès à la procédure d'insolvabilité et d'affecter grandement le coût du crédit et l'offre de crédit. Il en était particulièrement ainsi, a-t-on dit, dans les cas où, bien que la créance ne soit pas échue, il ressortait clairement de la situation du débiteur que celui-ci ne serait pas en mesure de payer sa dette à l'échéance. On a cependant fait valoir que, si l'on n'imposait pas de restriction à l'admissibilité, la procédure d'insolvabilité pourrait être utilisée comme substitut aux mécanismes de recouvrement des créances. Une question connexe était de savoir si les dettes échues devaient être détenues par le créancier présentant la demande, ou s'il serait possible que d'autres créanciers, détenant des créances non échues, puissent présenter une demande au motif que le

débiteur avait des dettes échues impayées. On a indiqué que, lorsque le critère de l'échéance était inclus, il faudrait peut-être une exception pour couvrir les situations telles que celles où le débiteur agissait de manière frauduleuse, ou bien la procédure était ouverte pour mettre en œuvre un redressement préalablement négocié.

29. Pour ce qui est de savoir si les critères d'admissibilité des demandes émanant des créanciers devraient être les mêmes pour la liquidation et pour le redressement, des opinions différentes ont été exprimées. Selon un avis, il fallait, pour atteindre l'objectif d'ouverture rapide, efficace et impartiale de la procédure d'insolvabilité, qui était un des principaux objectifs énoncés dans la première partie du projet de guide, avoir le même critère, qui devrait être formulé de façon générale. Pour tenir compte de cette suggestion et de la nécessité de prendre en compte les procédures unitaires et duales, il a été proposé d'envisager un libellé tel que le suivant:

“Une demande d'ouverture ou d'engagement d'une procédure d'insolvabilité peut être déposée par:

a. Un débiteur, auquel cas celui-ci devrait démontrer qu'il est ou qu'il sera dans l'incapacité de payer ses dettes ou que son passif dépasse la valeur de ses actifs.

b. Un ou plusieurs créanciers détenant une créance échue, auquel cas il(s) devra(en)t démontrer que cette créance est échue et impayée.”

30. Il a été noté que cette proposition visait à établir des critères d'admissibilité convenus minimaux et que le projet de guide pourrait indiquer et examiner des variantes possibles, par exemple qu'il faut un montant minimum de créances ou qu'il n'est pas nécessaire que la créance soit échue. Malgré un accord en faveur de l'adoption de cette approche générale, le critère énonçant que le débiteur “est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à l'échéance” a bénéficié d'un certain appui.

31. On a aussi exprimé l'avis que les critères d'admissibilité des demandes émanant des créanciers devraient être plus restrictifs pour le redressement que pour la liquidation, des critères tels que l'obligation pour les créanciers de pouvoir démontrer que l'entreprise pouvait poursuivre son activité et qu'elle pouvait être redressée avec succès devant être ajoutés. Selon une opinion, si ces critères devaient être inclus, il faudrait donner des indications claires sur ce qui était à démontrer, par exemple l'existence d'une trésorerie pour payer les dettes pour la gestion au jour le jour de l'entreprise, une valeur suffisante des actifs pour le redressement, et un taux de recouvrement des créances plus élevé que dans le cas d'une liquidation. On a exprimé la crainte que des critères supplémentaires ne fassent obstacle à l'admissibilité, et il a été suggéré de les prendre en compte uniquement du point de vue des conséquences de l'ouverture et de la manière dont la procédure se poursuivait. Il a été noté par exemple que dans les systèmes où une suspension s'appliquait automatiquement à l'ouverture, l'aptitude de l'entreprise à poursuivre son activité et à être redressée avec succès pouvait être évaluée après l'ouverture. Dans d'autres systèmes, cette information pouvait être nécessaire avant l'ouverture du redressement, car le choix de cette formule présupposait qu'elle serait plus profitable. On a également fait observer que le choix des critères d'admissibilité du redressement dépendait de l'objectif du régime d'insolvabilité. S'il s'agissait de maximiser la valeur, il n'y aurait pas les mêmes exigences que si l'objectif était de

recycler les actifs. La nécessité d'examiner ces questions de principe dans le projet de guide a été réaffirmée.

32. En ce qui concerne le rôle que devraient jouer les tribunaux dans l'ouverture de la procédure, l'avis a été exprimé que s'ils n'avaient pas nécessairement à jouer un rôle central de supervision (que pourrait peut-être assumer un organisme administratif), les parties devraient toujours avoir recours à eux pour régler leurs différends. Il a été souligné qu'une intervention excessive des tribunaux en tant qu'organes de supervision risquait d'entraîner des retards et de rendre la procédure de redressement inéconomique, en particulier dans le cas des petites et moyennes entreprises. On a également indiqué que dans certains pays, par exemple ceux dans lesquels le système judiciaire est très restreint, il n'était ni efficace ni réaliste d'attendre que les tribunaux jouent un rôle central. Selon un autre avis, le rôle des tribunaux était fondamental pour la supervision de la procédure d'insolvabilité et cette fonction ne pouvait être confiée à un autre organe, quelle que soit la manière dont il serait constitué.

33. Le Groupe de travail a examiné la proposition figurant au paragraphe 51 c) du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, concernant une demande de procédure d'insolvabilité présentée par un organisme public. Un large appui a été exprimé en faveur de l'engagement possible d'une procédure d'insolvabilité par un tel organisme. Une préoccupation commune a toutefois été que le fait de confier à un tel organisme le pouvoir général d'engager une procédure d'insolvabilité risquait d'être une source d'incertitude et par conséquent d'être inapproprié.

34. La proposition de développer la partie explicative du projet de guide pour y mentionner des violations spécifiques du droit autre que le droit pénal (par exemple, le droit administratif ou le droit de l'environnement), qui pourraient déclencher l'engagement d'une procédure par l'organisme public, n'a pas été appuyée. En outre, on a indiqué qu'en étendant de manière excessive les cas permettant à l'organisme public de déposer une demande, on sortirait du champ du droit de l'insolvabilité.

35. En conséquence, le Groupe de travail a convenu qu'il faudrait inclure certains critères donnant des indications sur les cas déclenchant ce pouvoir et la manière dont il serait exercé, afin de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente.

36. Selon un autre avis, le pouvoir de l'organisme public d'engager une procédure devrait s'appliquer non seulement à la liquidation, mais aussi au redressement, de manière que l'intérêt général soit préservé lorsque le redressement était possible mais que le débiteur et les créanciers n'avaient pas fait de demande.

c) Ouverture

37. Le Groupe de travail a examiné un certain nombre de questions relatives à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. En ce qui concerne la nécessité de procéder rapidement à l'examen d'une demande d'ouverture, l'avis général a été qu'une décision devait être prise promptement, de manière à éviter une dilution de la valeur et à garantir certitude et transparence aux créanciers, en particulier lorsque l'ouverture affecterait la faculté de ces derniers d'exercer leurs droits. Il a été noté que des critères d'admissibilité conçus pour permettre un accès précoce et facile à la

procédure faciliteraient aussi l'examen de la demande par le tribunal et que la question de la rapidité était donc étroitement liée à ce qu'il était demandé au tribunal de faire pour prendre cette décision d'ouverture.

38. Selon un avis, la décision d'ouverture devrait découler plus ou moins directement de la simplicité des critères d'admissibilité, et éviter la probabilité de retard et de litige. Il a été noté que, dans certains systèmes, une demande volontaire de la part d'un débiteur était une reconnaissance de son insolvabilité et ferait office d'ouverture automatique, à moins que l'on puisse penser que le débiteur abusait de la procédure pour échapper à ses créanciers. En ce qui concerne le redressement, il a été souligné que l'objectif des critères d'admissibilité était d'obtenir une norme qui pourrait créer une présomption ou un commencement de preuve d'insolvabilité. En pareil cas, à moins que la demande du débiteur ne soit contestée, il faudrait que l'ouverture de la procédure se fasse sans délai; elle ne serait cependant pas automatique et une décision formelle du tribunal serait nécessaire. Selon un autre avis, les critères d'admissibilité ne constituaient que le début de la procédure, et le tribunal était tenu d'examiner attentivement un certain nombre de questions connexes, comme celle de savoir si la procédure demandée était la plus appropriée pour le débiteur, avant de décider son ouverture. À l'encontre de cet avis, on a fait valoir que les questions de l'évaluation du débiteur et de la procédure la plus appropriée pour lui pourraient être abordées par une disposition prévoyant une conversion entre liquidation et redressement. On a soutenu l'idée selon laquelle, si la demande émanant d'un débiteur pouvait faire office d'ouverture quasi automatique, il n'en allait pas de même lorsque la demande était présentée par des créanciers, auquel cas il faudrait prendre une décision promptement.

39. L'avis a été exprimé que, si une décision rapide était souhaitable, la période pendant laquelle elle pouvait être prise dans la pratique différait dans chaque cas et qu'il était donc difficile de fixer des délais. On a indiqué que, lorsque la loi fixait de tels délais, ceux-ci étaient souvent ignorés et il était difficile de mettre en place des sanctions efficaces pour les faire respecter, en particulier lorsque c'était un tribunal (par opposition à une autorité administrative) qui ne les respectait pas. On a fait observer que des sanctions seraient peut-être plus appropriées pour inciter le débiteur ou les créanciers à déposer leur demande promptement. Selon un autre avis, il faudrait fixer un délai dans un souci de certitude et de transparence à la fois pour les créanciers et pour le débiteur.

40. Après un débat, il fallait, de l'avis général, une approche souple insistant sur le fait qu'il était souhaitable d'agir rapidement et donnant des indications sur ce qui était raisonnable, mais reconnaissant aussi que les pays devaient tenir compte, pour leur régime d'insolvabilité, des contraintes et des ressources générales de leur système judiciaire et des besoins locaux pour les priorités.

d) Exigence de notification

41. Le Groupe de travail a examiné la proposition figurant au paragraphe 54 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, selon laquelle la demande devrait être notifiée au débiteur (lorsqu'elle était présentée par les créanciers) et aux créanciers (lorsqu'elle était présentée par le débiteur).

42. Le Groupe de travail a convenu que la notification de la procédure d'insolvabilité était non seulement appropriée, mais aussi fondamentale pour assurer la transparence du système d'insolvabilité, conformément à l'un des principaux

objectifs poursuivis par la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et pour assurer l'égalité d'information des créanciers en cas de procédure volontaire.

43. Pour ce qui est du moment auquel la notification devrait intervenir, il fallait, selon l'avis qui a prévalu, faire une distinction entre notification au débiteur et notification aux créanciers. Il a été largement admis que la notification immédiate au débiteur d'une demande déposée soit par les créanciers soit par un organisme public (c'est-à-dire une demande de procédure involontaire) serait appropriée. En revanche, en cas de demande émanant du débiteur, la notification aux créanciers avant l'ouverture pourrait être contreproductive car elle affecterait inutilement la position du débiteur en cas de rejet de la demande et pourrait encourager des actions de dernière minute des créanciers pour faire exécuter leurs créances. L'argument selon lequel le débiteur ne subirait pas un tel préjudice dans le cas d'une procédure volontaire, parce qu'il aurait déjà fait une évaluation de son insolvabilité, n'a pas été appuyé. Il a été noté que ces questions ne se poseraient pas dans les systèmes juridiques dans lesquels l'ouverture résultait automatiquement de la demande.

44. Après un débat, le Groupe de travail a convenu qu'il ne devrait pas y avoir de notification d'une procédure involontaire avant l'ouverture. Il a été noté que cette solution était également compatible avec l'approche adoptée à l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui fait clairement référence à l'ouverture comme base de la notification. Le Groupe de travail a également accueilli favorablement une proposition selon laquelle le projet de guide devrait fournir des indications concernant à la fois la partie tenue de notifier (par exemple, le débiteur ou le tribunal) et les moyens d'assurer que la notification était efficace.

3. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

a) Masse de l'insolvabilité

45. De l'avis général, il fallait souligner qu'il importait de prévoir dans les législations nationales des règles claires sur les actifs à inclure dans la masse de l'insolvabilité, dans l'intérêt des créanciers tant nationaux qu'étrangers.

46. S'agissant des actifs spécifiques à inclure, on a généralement estimé que la masse devait comprendre tous ceux sur lesquels le débiteur avait un droit à la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient corporels ou incorporels et qu'ils soient ou non effectivement en sa possession. La masse de l'insolvabilité devrait aussi englober, selon certains, tout actif acquis par le représentant de l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure. On a également estimé qu'il était nécessaire de mentionner les arrangements contractuels particuliers, tels que les transferts réalisés à titre de garantie, les arrangements fiduciaires et la consignation de marchandises. On a aussi fait observer qu'il serait utile que le projet de guide explique mieux les notions d'actif corporel et d'actif incorporel.

47. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si les actifs grevés d'une sûreté en faveur d'un créancier devaient également être inclus. Certains se sont déclarés favorables à leur exclusion, d'une manière générale, à moins qu'un ou plusieurs de ces actifs ne s'avèrent essentiels pour que le redressement ait des chances de réussir. Il a été souligné que ce principe augmenterait sensiblement

l'offre de crédit, car les créanciers munis de sûretés craindraient moins que leurs intérêts soient lésés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

48. D'autres, en revanche, se sont déclarés favorables à l'inclusion des actifs grevés. Il a été noté que le fait d'autoriser les créanciers munis de sûretés à faire exécuter leurs droits sur de tels actifs risquait non seulement de porter atteinte au principe de l'égalité de traitement des créanciers, mais aussi de compromettre les chances de réussite d'un redressement. On a expliqué qu'il était indispensable de conserver dans la masse presque tous les actifs appartenant au débiteur au début de la procédure pour parvenir à redresser l'entreprise. À cet égard, il a également été précisé que l'inclusion des actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité ne signifierait pas que les créanciers munis de sûretés seraient privés de moyens adéquats pour préserver leurs droits. L'avis a également été exprimé que l'important ne devait pas tant être de déterminer si un actif devait ou non être inclus dans la masse que de savoir si les actifs grevés seraient soumis ou non à la procédure d'insolvabilité.

49. Une proposition tendant à soumettre les actifs grevés à un régime différent dans le cas d'une liquidation et dans le cas d'un redressement n'a bénéficié d'aucun soutien.

50. Selon un autre avis, tous les actifs appartenant au débiteur devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité quel que soit leur emplacement géographique, ce qui serait conforme à l'approche adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Il a été répondu que le projet de guide n'avait pas pour objet de traiter des questions se rapportant aux aspects internationaux du droit de l'insolvabilité, puisque cela était fait dans la Loi type, que les travaux en cours n'avaient pas pour but de modifier d'une quelconque manière.

51. L'idée que certains actifs pourraient être exclus de la masse de l'insolvabilité lorsque le débiteur était une personne physique a reçu un large soutien. Il a été proposé d'exclure, entre autres, les créances de dommages-intérêts pour préjudice personnel. Après un débat, le Groupe de travail est convenu, étant donné les différentes approches adoptées dans divers systèmes juridiques, qu'il ne serait pas approprié d'inclure trop de détails dans le projet de guide et que le soin d'établir une liste précise d'actifs exclus devrait être laissé aux législateurs nationaux. À cet égard, il est convenu que le projet de guide devrait recommander à ces derniers d'indiquer clairement les actifs exclus et d'en limiter le nombre au minimum nécessaire pour préserver les droits personnels du débiteur. Il a également été suggéré que le texte identifie et examine les diverses options qui pouvaient sous-tendre les différentes approches adoptées dans les pays.

52. La question du traitement des actifs appartenant à des tiers a également été examinée. On a exprimé la crainte que, si ces actifs devaient être exclus de la masse de l'insolvabilité, les chances de réussir le redressement seraient fortement compromises. Il a été noté que, dans la plupart des cas, certains au moins des actifs utilisés pour l'exploitation de l'entreprise appartenaient à une partie autre que le débiteur et étaient en possession de ce dernier en vertu d'accords contractuels, tels que des accords de location et autres accords de ce type. Il a été proposé d'inclure dans le projet de guide le principe selon lequel les actifs appartenant à des tiers n'étaient pas compris dans la masse de l'insolvabilité, sauf s'ils étaient nécessaires pour la poursuite ou le maintien de l'exploitation de l'entreprise et à condition que

des mesures adéquates soient prises pour protéger le bailleur dans la mesure où ils étaient utilisés pendant la procédure d'insolvabilité. Cette proposition a été appuyée.

53. Selon un autre avis, les actifs appartenant à des tiers devraient être traités différemment selon que l'on avait affaire à une procédure de liquidation ou à une procédure de redressement. On a fait observer que, s'il pouvait être essentiel, dans le cas d'un redressement, de conserver les actifs en possession du débiteur pour qu'il y ait une possibilité de sauver l'entreprise, il n'en était pas de même dans le cas de la liquidation. Selon un avis différent, il pouvait être essentiel aussi, dans le contexte d'une liquidation, d'empêcher le démembrement de la masse dès le début de la procédure, afin d'assurer la maximisation de la valeur.

54. Il a été dit aussi que la question du traitement des actifs conservés par le débiteur en vertu d'un accord contractuel devrait être abordée dans le contexte du traitement des contrats plutôt que dans celui de la masse de l'insolvabilité. À cet égard, selon une opinion largement partagée, les droits du propriétaire découlant du contrat devraient être limités de façon que l'actif reste à la disposition de la procédure d'insolvabilité. Il a été précisé à ce propos que le droit de l'insolvabilité n'affecterait pas le droit de propriété sur les actifs, mais limiterait seulement la manière dont il était exercé, pour les besoins d'une procédure de la valeur.

55. Le débat a montré que la notion de masse de l'insolvabilité différait selon les systèmes juridiques: certains semblaient considérer la question des actifs appartenant à des tiers comme relevant du droit de propriété, tandis que d'autres semblaient l'aborder dans le contexte du traitement des contrats. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, le droit de l'insolvabilité devrait prévoir un mécanisme pour faire en sorte que les actifs appartenant à des tiers utilisés pour l'exploitation de l'entreprise restent disponibles pendant la procédure d'insolvabilité, à la fois aux fins du redressement et pour permettre la maximisation de la valeur des actifs, objets de la procédure.

56. L'idée que le représentant de l'insolvabilité devrait avoir le droit de récupérer des biens du débiteur indûment transférés en violation du principe de l'égalité de traitement des créanciers a emporté l'adhésion générale. La proposition d'indiquer clairement dans le projet de guide les raisons de principe qui justifieraient un tel droit a également été accueillie favorablement. Un certain nombre de suggestions ont été faites pour ce qui est du type d'actes qui justifieraient une récupération et des périodes pendant lesquelles une telle récupération serait possible. Selon un avis, alors que le texte proposé semblait adopter une approche fondée sur l'intention de la partie, de nombreux systèmes juridiques retenaient plutôt l'effet préjudiciable de l'opération annulable, et à cet égard une décision de principe était nécessaire. Il a été répondu que, étant donné la diversité des approches adoptées par différents systèmes juridiques dans ce domaine, le projet de guide ne devrait pas trop entrer dans les détails en ce qui concerne les conditions dans lesquelles ce droit de récupération pourrait être exercé. On a aussi fait observer que le type d'opérations aussi bien que les périodes pertinentes faisaient l'objet de distinctions détaillées dans la section du projet de guide spécifiquement consacrée aux actions en annulation. En conséquence, le Groupe de travail est convenu de renvoyer l'examen plus approfondi de cette question à un stade ultérieur.

b) Suspension des poursuites

57. S'agissant de savoir si la suspension des poursuites devrait être automatique ou discrétionnaire et si elle devrait s'appliquer dès l'engagement ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait établir une distinction entre, d'une part, la liquidation et le redressement et, d'autre part, les parties pouvant présenter une demande d'ouverture. Il a été fait observer que, si les motifs d'une application automatique de la suspension étaient clairement énoncés dans le projet de guide, il fallait examiner plus en détail les avantages d'une application discrétionnaire. Il a été rappelé que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale traitait la question de l'application d'une suspension et on a estimé que le projet de guide devrait adopter une approche conforme à cette Loi.

58. S'agissant des créanciers chirographaires, l'avis a été exprimé que la suspension devrait s'appliquer automatiquement à tous dès le dépôt d'une demande – aussi bien de liquidation que de redressement –, qu'elle émane du débiteur ou des créanciers. Dans le cas d'une liquidation, la continuation de la suspension après l'ouverture de la procédure pouvait être discrétionnaire mais, dans le cas d'un redressement, la suspension automatique continuerait de s'appliquer. On a fait observer qu'il faudrait peut-être faire une distinction entre le cas où l'entreprise devait être cédée en tant qu'entité en exploitation dans le cadre d'une procédure de liquidation et celui où elle était purement et simplement liquidée. Selon un autre avis qui a bénéficié d'un certain soutien, la suspension (qui devrait être automatique dans la liquidation comme dans le redressement, que la procédure ait été engagée par le débiteur ou les créanciers) devrait s'appliquer dès l'ouverture. Il a été convenu que des mesures provisoires devraient être prévues pour la période s'écoulant entre l'engagement et l'ouverture de la procédure. Certains se sont également dits favorables à ce que la suspension s'applique automatiquement dès la date de dépôt de la demande, lorsque celle-ci émanait du débiteur, afin d'éviter d'éventuels abus de la part des créanciers. Il a été souligné que cette application automatique revêtait une importance particulière dans les systèmes juridiques où l'engagement de la procédure par le débiteur entraînait son ouverture automatique sans qu'il soit nécessaire qu'un tribunal prenne une décision formelle.

59. Pour ce qui était de l'application de la suspension aux créanciers munis de sûretés, l'avis général a été que, si les sûretés devaient être incluses dans le champ d'application de la suspension, il fallait indiquer clairement dans le projet de guide qu'une telle inclusion ne devrait pas être considérée comme une atteinte à ces droits garantis. Selon un avis, il fallait, dans le cas de la liquidation comme dans celui du redressement, restreindre l'exercice des droits garantis si l'on voulait atteindre les objectifs de ces procédures, mais il fallait aussi maintenir et protéger ces droits. Selon un avis contraire, la suspension ne devrait pas s'appliquer aux créanciers munis de sûretés. Cela risquerait autrement de nuire à l'autonomie des parties et de compromettre l'arrangement négocié entre le débiteur et le créancier muni d'une sûreté. On a fait valoir, à l'appui de cet argument, qu'un système appliquant la suspension aux créanciers munis de sûretés et cherchant à compenser tout impact négatif en protégeant la valeur de la sûreté risquait d'être complexe et coûteux et exigerait du tribunal qu'il puisse prendre des décisions commerciales difficiles sur la question de la protection appropriée. Lorsque la suspension ne s'appliquait pas aux créanciers munis de sûretés, la question était réglée de façon appropriée par voie

de négociation entre les parties intéressées. On a fait observer à cet égard qu'il y avait, dans de nombreux systèmes, un équilibre clair entre la nécessité d'une suspension et la possibilité et l'utilité de négociations avant l'ouverture de la procédure pour permettre au débiteur et aux créanciers de s'entendre sur la marche à suivre. Il a été souligné que dans nombre de ces systèmes, de telles négociations permettaient effectivement au débiteur et à ses créanciers de s'entendre, de sorte qu'une suspension n'était pas nécessaire. Selon une autre approche, qui a bénéficié d'un certain appui, l'application automatique de la suspension pour une courte durée, dès l'ouverture de la procédure, afin de permettre une évaluation de la situation financière du débiteur en vue de déterminer la suite de la procédure, pourrait s'accompagner de la possibilité de faire lever cette suspension sur demande adressée au tribunal lorsqu'il pouvait être démontré que la valeur de la garantie était sérieusement compromise.

60. Pour ce qui est des créanciers privilégiés ou prioritaires, on a fait observer que ces termes étaient employés différemment dans les divers systèmes juridiques et que le projet de guide devrait expliquer clairement ces différences. Par exemple, dans certains systèmes, les créanciers prioritaires étaient des créanciers détenant des sûretés possessoires, tandis que dans d'autres, ils étaient seulement prioritaires dans la distribution. Une question connexe concernait les différents droits pouvant être détenus par ces différents types de créanciers et le point de savoir s'ils faisaient partie ou non des droits visés par la suspension. Selon un avis général, un certain nombre de ces créanciers entreraient dans la catégorie des créanciers chirographaires touchés par la suspension, mais on a estimé que le projet de guide devrait traiter ces questions clairement.

c) Traitement des contrats

61. Le Groupe de travail s'est penché sur les questions de la résiliation, de la continuation et de la cession par le représentant de l'insolvabilité de contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure. S'agissant de la première question, il existait, de l'avis général, un lien direct entre, d'une part, la capacité du représentant de l'insolvabilité de résilier les contrats et, d'autre part, l'offre de crédit. On a fait observer que plus le droit de résiliation du représentant de l'insolvabilité était étendu, plus le crédit serait coûteux et difficilement accessible. Il fallait donc tenir compte de manière équilibrée de ces deux besoins contradictoires.

62. La possibilité d'une résiliation automatique du contrat lorsque le représentant de l'insolvabilité ne choisissait pas de le continuer dans un délai déterminé a été examinée par le Groupe de travail. Selon un avis, une telle possibilité pourrait être utile pour éviter les frais de procédure dans des cas où il était clair que le débiteur n'était pas en mesure d'exécuter le contrat. On a fait observer en outre qu'en l'absence d'un mécanisme de résiliation automatique, le représentant de l'insolvabilité serait contraint de notifier les décisions concernant tous les contrats en cours, ce qui augmenterait inutilement les frais de procédure.

63. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, la disposition contenue dans le résumé (par. 113 b) du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1), aux termes de laquelle la résiliation pourrait avoir automatiquement effet lorsqu'aucune décision de poursuivre les contrats n'a été prise dans un délai déterminé, était trop générale. Plusieurs avis ont été exprimés sur la façon de préciser davantage sa portée. Il a été

notamment proposé d'indiquer dans le texte que la résiliation automatique ne serait possible que si elle était expressément prévue par le contrat. On a fait valoir à cet égard que, si le principe général était d'autoriser la résiliation automatique, le débiteur pourrait être exposé au risque de se voir privé de certaines fournitures pouvant être indispensables à la poursuite de son activité (telles que l'électricité, l'eau et d'autres approvisionnements similaires). En réponse, il a été signalé que la règle ne visait pas à conférer au cocontractant le pouvoir de résilier le contrat, mais plutôt à éviter au représentant de l'insolvabilité d'avoir à notifier la décision de résiliation. On a également précisé que la disposition n'avait pas pour objet de modifier les droits dont jouissait le cocontractant en vertu du contrat. Il a en outre été proposé de spécifier après quel délai la résiliation automatique s'appliquerait.

64. Selon un autre avis, la résiliation automatique devrait être limitée à certaines catégories de contrats, expressément visées par les législations nationales. On a fait observer que, si ce mécanisme se justifiait par des arguments économiques solides, il risquait d'entraîner une trop grande incertitude et compromettre de ce fait l'objectif essentiel de prévisibilité du régime de l'insolvabilité. On a craint également que la résiliation automatique ne crée des incertitudes lorsque le représentant de l'insolvabilité n'était pas suffisamment bien informé sur les contrats en cours.

65. On a souligné que la résiliation automatique visait à assurer la prévisibilité: d'une part, le mécanisme obligeait le représentant de l'insolvabilité à prendre rapidement une décision concernant les contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure; d'autre part, il constituait pour l'autre partie un moyen de lever les incertitudes quant à la continuation du contrat dans un délai raisonnable.

66. Selon un autre avis, il fallait traiter la question de la résiliation automatique différemment dans le cas d'une liquidation et dans le cas d'un redressement, étant donné les principes différents qui sous-tendaient chaque procédure. À cet égard, il a été fait observer que, si l'on pouvait raisonnablement supposer, dans le cas d'une liquidation, que l'absence de décision de la part du représentant de l'insolvabilité impliquait très probablement une décision de résiliation, cette supposition n'était peut-être pas toujours valable dans le cas d'un redressement.

67. Selon l'avis qui a prévalu, le mécanisme de résiliation automatique devrait être maintenu, sous réserve que l'on apporte certaines limites à son champ d'application. L'idée d'énoncer, dans le projet de guide, des critères sur lesquels le représentant de l'insolvabilité se fonderait pour décider s'il doit ou non résilier le contrat a bénéficié d'un appui, étant entendu que ces critères seraient différents pour la liquidation et pour le redressement. En outre, on a fait observer qu'un exposé des motifs pouvant justifier une résiliation automatique serait très utile pour les systèmes juridiques dans lesquels la lésion des droits contractuels devait avoir une justification précise.

68. Outre le droit de résilier un contrat, l'opinion a été émise que le représentant de l'insolvabilité devrait avoir le pouvoir de retirer d'autres biens de la masse de l'insolvabilité, toutes les fois que ces biens se trouvaient grevés de telle façon que leur conservation exigerait des dépenses excessives. Bien que ce point de vue ait bénéficié d'un certain soutien, on a fait observer qu'il faudrait accompagner un tel pouvoir de dispositifs permettant aux biens retirés d'être confiés à une autre personne.

69. L'idée selon laquelle le représentant de l'insolvabilité devait être en mesure d'assurer la continuation des contrats a eu elle aussi des partisans. Le Groupe de travail est cependant convenu qu'il faudrait limiter la portée de ce droit en excluant les contrats dont la continuation serait impossible, à savoir les contrats pour l'exécution desquels les caractéristiques personnelles du débiteur étaient essentielles. Il a été suggéré que des exemples (comme ceux qui sont donnés au paragraphe 106 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1) soient inclus dans le résumé. Selon un autre avis, la référence à l'intervention possible du tribunal (évoquée dans le chapeau du paragraphe 116 et au paragraphe 116 a) du même document) était incompatible avec l'approche adoptée pour la résiliation (où il n'est pas fait référence au tribunal) et était donc inappropriée.

70. Certains se sont dits favorables à ce que l'on mentionne les raisons justifiant le droit du représentant de l'insolvabilité de poursuivre le contrat, comme cela a été proposé pour la résiliation. On a indiqué qu'il faudrait trouver un mécanisme de compensation établissant un équilibre entre ce droit de poursuivre le contrat avec ou sans l'accord de l'autre partie et les intérêts de cette dernière. Il faudrait aussi donner le droit à l'autre partie d'être entendue ou consultée par le représentant de l'insolvabilité avant que celui-ci ait pris sa décision ainsi que des moyens de contester cette décision.

71. En ce qui concerne la question de la cession de contrats, il a été suggéré que la portée de la disposition soit limitée, comme dans le cas de la continuation. À cet égard, on a souligné que la possibilité de céder devrait être exclue lorsque les caractéristiques spécifiques du débiteur étaient essentielles pour l'exécution du contrat. On a fait valoir à ce propos que le représentant de l'insolvabilité ne pouvait être investi de droits plus étendus que ceux dont jouissait le débiteur en vertu du contrat.

72. Après un débat, l'idée qui a prévalu a été que le droit du représentant de l'insolvabilité de céder les contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure devrait être maintenu, à condition que sa portée soit limitée de façon appropriée. À l'appui de ce point de vue, on a également fait observer que, dans certaines circonstances, la résiliation pouvait entraîner un gain exceptionnel pour le cocontractant (par exemple, lorsque le prix de location figurant au contrat était inférieur au prix du marché) et que prévoir la continuation et la cession d'un contrat pouvait permettre à la masse de l'insolvabilité de profiter de la différence entre le prix figurant au contrat et le prix du marché.

73. Pour ce qui est des clauses d'incessibilité, la solution consistant à permettre au représentant de l'insolvabilité de les considérer comme nulles et de nul effet a bénéficié d'un appui, mais le projet de guide devrait indiquer les conséquences d'un tel traitement pour l'autre partie. Il a été noté également que cette solution était compatible avec l'approche adoptée dans le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international. Selon un autre avis, il fallait préciser la référence entre crochets à "toutes les parties", qui est faite au paragraphe 118 b) du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, pour indiquer clairement qu'il s'agissait des parties au contrat initial et non des parties à la cession.

74. De l'avis général, le projet de guide devrait insister sur la nécessité d'exclure les contrats financiers (y compris les swaps de monnaie, les swaps de taux d'intérêt, les produits dérivés et opérations de ce type) du champ des dispositions permettant

au représentant de l'insolvabilité d'intervenir. On a fait observer qu'il était crucial de préserver les droits des investisseurs financiers (en particulier le droit de compenser leurs positions, le droit de résilier l'accord et le droit d'exiger une garantie conformément aux règles et arrangements régissant ces contrats) afin d'assurer la stabilité du marché financier dans son ensemble. Il a également été noté que les particularités de ces contrats semblaient justifier un tel traitement spécial et qu'elles avaient du reste conduit à les exclure du champ d'application du projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international. Bien que ce point de vue ait bénéficié d'un appui, il a été admis aussi que les raisons militent en faveur d'un régime spécial, qui entraînait une exception importante au principe de l'égalité de traitement des créanciers, devraient également être mentionnées dans le projet de guide.

75. L'idée selon laquelle les contrats de travail devraient être soumis à un régime spécial a recueilli un large appui, étant donné les importantes implications sociales de leur traitement dans le contexte de l'insolvabilité. Il a été suggéré que le projet de guide mentionne les considérations de politique sociale sous-jacentes à cette question et les raisons justifiant leur exclusion du champ des règles générales. On a également suggéré que le projet de guide recommande que le pouvoir limité du représentant de l'insolvabilité de résilier ces contrats soit aussi mentionné expressément dans le droit de l'insolvabilité, à des fins de transparence.

76. Selon l'idée qui a prévalu, la question de la compensation devrait être abordée dans le projet de guide. La proposition de ne pas l'aborder dans le contexte du traitement des contrats, au motif que c'était plutôt une question de droit privé général, n'a pas été appuyée.

d) *Actions en annulation*

77. Il a été fait observer au début du débat que les actions en annulation pouvaient être très coûteuses et que le Groupe de travail devrait s'attacher à élaborer des critères permettant de les simplifier. On a signalé que, dans certains systèmes juridiques, une approche individualisée consistant à examiner de manière assez détaillée des questions telles que l'intention des parties à l'opération et ce que pouvait être le cours normal de leurs arrangements commerciaux avait entraîné un recours excessif aux tribunaux. Cette approche subjective avait désormais cédé la place à une approche objective plus simple qui combinait un délai court pour la période suspecte (3 à 4 mois) avec une règle arbitraire selon laquelle toutes les opérations réalisées pendant cette période seraient suspectes sauf si une contrepartie était échangée presque simultanément entre les parties à l'opération.

78. On a fait observer que les dépenses potentielles afférentes aux actions en annulation avaient conduit, dans certains systèmes juridiques, à une réflexion sur leur mode de financement. Les approches possibles étaient notamment les suivantes: autoriser les créanciers à engager l'action lorsque le représentant de l'insolvabilité choisissait de ne pas le faire, à condition que les autres créanciers soient d'accord; permettre au représentant de l'insolvabilité de céder à titre onéreux l'action à un tiers; et autoriser le représentant de l'insolvabilité à demander à un prêteur de lui avancer des fonds pour engager l'action. Il a été noté que certaines de ces approches permettraient au créancier engageant l'action de se payer sur les fonds recouvrés ou du moins sur une partie. On a fait observer que, dans d'autres systèmes, l'État

fournirait des fonds pour que le représentant de l'insolvabilité engage non seulement des actions en annulation pour recouvrer des créances, mais également des actions contre les dirigeants. On a exprimé quelques inquiétudes quant à des approches qui pourraient servir les intérêts de certains créanciers et s'écarter de la nature collective de la procédure d'insolvabilité. On a fait valoir, à l'appui des mécanismes autorisant un financement privé, que la disponibilité de ressources publiques aux fins du financement d'actions en annulation différait considérablement d'un pays à l'autre. Une difficulté supplémentaire pouvait surgir lorsque de telles actions devaient être financées par des actifs de la masse, en particulier parce que cela pouvait avoir pour effet d'empêcher le recouvrement d'actifs qui en avaient été soustraits précisément en vue d'entraver de telles actions. Après un débat, on s'est déclaré favorable à un mécanisme qui autoriserait les créanciers à recouvrer les actifs lorsque le représentant de l'insolvabilité ne voulait pas le faire ou à obtenir un financement externe lorsqu'il n'y avait pas d'autre possibilité.

79. Le Groupe de travail a examiné les types d'opérations pouvant faire l'objet d'une action en annulation, qui sont exposés aux paragraphes 125 à 129 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1. On a noté, à titre préliminaire, que le pouvoir d'engager des actions en annulation devrait exister aussi bien dans le cas d'une liquidation que dans celui d'un redressement. On a souligné que l'une et l'autre procédures supposaient une distribution selon un ordre de priorité. De ce fait, lorsqu'un créancier, peu de temps avant l'ouverture de la procédure, avait obtenu un avantage qui modifierait son rang de priorité, il ne faudrait pas qu'il puisse le conserver.

80. S'agissant de l'étendue des pouvoirs d'annulation, il a été suggéré que le projet de guide se réfère aux opérations et non aux paiements ou aux transferts, ces deux derniers termes étant trop restrictifs. On a estimé aussi que les principales catégories d'opérations annulables devraient être les opérations frauduleuses, les opérations à un prix sous-évalué et les opérations préférentielles; les autres catégories, telles que les sûretés non valables, les libéralités, les compensations, les transferts non autorisés réalisés après l'engagement de la procédure et les opérations gravement incompatibles avec la pratique commerciale, figureraient comme des exemples des trois catégories principales. Le guide devrait indiquer, pour ces différentes catégories d'opérations, celles qui seraient nulles et non suggérer simplement lesquelles pourraient être annulables. On a dit aussi que le projet de guide ne devrait pas se contenter de traiter les types d'opérations ci-dessus, mais devrait également examiner leurs conséquences ainsi que la relation entre les parties concernées. S'agissant des conséquences, on a évoqué l'exemple de dirigeants cherchant à régler tous les engagements qu'ils avaient garantis pendant la période précédant l'insolvabilité. Si ces paiements pouvaient en soi être acceptables, leur effet devait être examiné. S'agissant de la relation entre les parties, il a été noté que des opérations avec des initiés demandaient peut-être une attention particulière. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu d'exclure du champ d'intervention du représentant de l'insolvabilité les contrats concernant des opérations financières, qui ne devaient donc pas être annulables.

81. À titre de remarque générale concernant la période suspecte, il a été dit que celle-ci devait être spécifiée dans la loi et non être déterminée rétrospectivement par les tribunaux, car cette approche ne contribuait pas à la clarté et à la prévisibilité juridiques. Selon un autre avis, on pourrait conférer un peu plus de souplesse à la loi

en autorisant les tribunaux, dans certaines circonstances, à proroger les périodes fixées. On a fait observer que certains pays adoptaient cette formule consistant à combiner des critères objectifs et des critères subjectifs. Il a été rétorqué que cette approche n'allait peut-être pas dans le sens de la prévisibilité et de la certitude, qui figuraient parmi les principaux objectifs énoncés dans la première partie du projet de guide. Il a néanmoins été admis qu'une prorogation de la période suspecte pouvait être indiquée dans certains cas, par exemple, lorsqu'une opération qui avait été dissimulée entraînait une diminution de la masse de l'insolvabilité. On a également signalé que le projet de guide devait préciser quand commençait la période suspecte, à savoir à l'engagement ou à l'ouverture (lorsque cela signifiait la prise de la décision d'insolvabilité) de la procédure.

82. En ce qui concerne les transferts frauduleux, le Groupe de travail est convenu qu'ils devraient être annulables. Pour ce qui est de la période suspecte, l'avis a été exprimé que l'annulation pour cause de fraude ne devrait pas être limitée à une période particulière. Selon un autre avis, une période déterminée était nécessaire mais elle ne devait pas être trop longue.

83. S'agissant de la charge de la preuve, on a indiqué que la question à examiner était de savoir si l'opération avait intentionnellement pour objet ou bien seulement pour effet d'empêcher ou de retarder l'obtention d'une contrepartie par les créanciers ou de les en priver. On a fait observer que, l'élément essentiel de la fraude étant l'intention, il ne suffisait pas que l'opération ait fait échouer ou ait retardé le recouvrement des créances par les créanciers, à moins qu'il n'y ait eu intention. Il fallait en outre que l'intention frauduleuse soit reconnaissable par l'autre partie à l'opération. Sur un plan pratique, on a fait observer que si une partie ne pouvait expliquer l'objectif commercial d'une opération particulière qui soustrayait de la valeur à la masse, il serait particulièrement facile de montrer que l'opération était frauduleuse. L'attention du Groupe de travail a été attirée sur la nécessité de ne pas perdre de vue que de nombreuses opérations, qui étaient parfaitement valables en dehors du droit de l'insolvabilité, étaient potentiellement frauduleuses en vertu de ce droit.

84. Pour ce qui est de savoir si l'opération devrait être automatiquement annulée de plein droit ou annulable à la demande du représentant de l'insolvabilité, il a été noté qu'il fallait faire une distinction entre les opérations frauduleuses, qui ne pouvaient être automatiquement annulées, et les autres types d'opérations qui pouvaient être automatiquement annulées par référence à une période suspecte fixée.

85. Dans le débat sur les opérations à un prix sous-évalué, on a souligné qu'il était nécessaire de faire une distinction entre les opérations impliquant les créanciers et celles qui impliquaient des tiers, car elles pouvaient, dans ce dernier cas, être considérées comme des libéralités. On a émis l'avis qu'une période suspecte longue était nécessaire pour les opérations à un prix sous-évalué.

86. En ce qui concerne les opérations préférentielles, il a été noté que le critère était de savoir s'il y avait un échange simultané de contrepartie et que les exemples pourraient comprendre des paiements irréguliers au titre de dettes non encore échues. Selon un avis, de telles opérations englobaient plus que les seuls paiements aux créanciers et devaient inclure en outre les opérations avec des tiers. Un autre avis a été que le caractère préférentiel de l'opération serait difficile à définir dans le cas de tiers et que les opérations où intervenait une préférence pour des tiers pourraient être

considérées comme des opérations à un prix sous-évalué ou comme une libéralité (bien qu'il ait été noté que certains systèmes juridiques pouvaient autoriser certaines libéralités). Il a été suggéré que les opérations impliquant un paiement en nature soient également incluses. Pour ce qui est de la période suspecte requise, on a estimé qu'elle devrait être plus brève que celle qui était applicable en cas d'opérations frauduleuses ou d'opérations à un prix sous-évalué.

87. Certains se sont inquiétés de savoir à quoi correspondaient les sûretés non valables en tant que catégorie d'opérations annulables. Il a été généralement admis que cette catégorie couvrirait les sûretés constituées sur la base d'une contrepartie antérieure. On a indiqué toutefois qu'elle pourrait aussi comprendre des sûretés telles que des privilèges qui n'avaient pas été correctement parfaits et qui pouvaient être annulés en vertu d'une loi autre qu'une loi sur l'insolvabilité. Le Groupe de travail a ajouté que, d'une manière générale, les questions relatives à la validité ou à l'invalidité des sûretés devraient relever en réalité du droit des opérations garanties applicable et devraient faire l'objet d'une coopération entre le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité et le Groupe de travail qui commencera ses travaux sur les opérations garanties en mai 2002.

88. L'avis a été exprimé que la compensation n'était pas annulable en tant que telle, mais qu'elle pourrait l'être lorsqu'elle avait pour effet de modifier l'équilibre de la dette entre les parties à cette opération de manière à créer une préférence, ou lorsqu'elle se produisait dans des circonstances irrégulières, par exemple lorsqu'il n'y avait pas de contrat.

89. Lorsque des opérations non autorisées avaient lieu après la demande d'ouverture de la procédure et avant cette ouverture, elles devraient être nulles, non annulables afin d'éviter les litiges. En ce qui concerne la catégorie des opérations incompatibles avec la pratique commerciale normale, l'avis a été exprimé qu'elle relevait plus d'un recours contre une allégation d'opération préférentielle lorsqu'il pouvait être démontré que l'opération était compatible avec la pratique normale ou avec le cours normal des transactions avec le créancier en question. Selon un avis contraire, les opérations de ce type devraient être incluses en tant que catégorie distincte. On a cependant fait valoir que le critère d'"opérations incompatibles avec la pratique commerciale normale" serait difficile à déterminer, en particulier lorsque l'opération entrait, en apparence, dans le cours normal des affaires, mais que seul un examen de près montrait que ce n'était pas le cas. Il a également été noté que de tels critères soulevaient la question de savoir qui devrait être chargé de cette détermination.

4. Administration de la procédure

a) Droits et obligations du débiteur

90. Il a généralement été estimé que la question des droits et obligations du débiteur étaient différentes dans la liquidation et dans le redressement. Lorsque l'entreprise devait être continuée (soit pour être vendue comme entité en activité, soit pour être redressée), la participation du débiteur était davantage nécessaire.

91. On s'est généralement déclaré favorable à l'idée d'obliger le débiteur à communiquer dans les meilleurs délais des informations complètes sur la situation

économique et financière de l'entreprise afin de préserver la confiance et de permettre au représentant de l'insolvabilité d'évaluer l'entreprise convenablement. Dans le cas d'un redressement, on a fait valoir que la communication rapide de ces informations pourrait aider à accroître la confiance des créanciers dans l'aptitude du débiteur à continuer de gérer l'entreprise. Selon un avis, cette obligation devait être étendue à toutes les informations pertinentes, y compris les informations relatives aux années antérieures à l'engagement de la procédure.

92. Dans le cas d'un redressement, il était souhaitable et indiqué, de l'avis du Groupe de travail, que le débiteur continue de participer à la gestion de l'entreprise. Les avantages possibles de cette approche, en particulier dans le cas des entreprises individuelles ou des petits partenariats, ont été mis en avant. Lorsque le débiteur conservait un rôle important dans la gestion de l'entreprise, comme dans la formule dite du "débiteur en possession", la supervision d'un tribunal était nécessaire (et pouvait passer par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité). Il a été estimé dans l'ensemble que les pouvoirs conférés au débiteur dans le cadre d'un redressement devaient être contrebalancés par des mécanismes efficaces permettant aux créanciers de prendre les mesures appropriées. À cet égard, on a fait observer que le débiteur, après l'ouverture de la procédure, serait responsable au premier chef devant les créanciers et non devant les actionnaires. Il a en outre été souligné que la faculté pour le tribunal de nommer un médiateur permettrait de remédier aux situations dans lesquelles l'inertie des créanciers pourrait empêcher l'élaboration et l'approbation du plan de redressement. Il a également été suggéré que l'on prévoie des différences de traitement des droits et obligations du débiteur selon la taille de l'entreprise.

93. L'approche consistant à répartir les droits et obligations entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité nommé par le tribunal a bénéficié d'un certain appui. Le débiteur continuerait à gérer l'entreprise au jour le jour tandis que le représentant de l'insolvabilité superviserait les opérations importantes et serait chargé d'exécuter le plan.

94. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il serait souhaitable de faire une distinction entre, d'une part, la période s'écoulant entre l'engagement de la procédure et l'approbation du plan de redressement et, de l'autre, la période postérieure à cette approbation. On a estimé que, pour la première, il serait approprié que la législation énonce des règles précises et prévoie l'intervention d'un représentant indépendant, mais qu'une formule plus souple, faisant une place plus large à l'autonomie des parties, serait peut-être souhaitable pour la deuxième et pendant toute la durée d'exécution du plan de manière à accroître les chances de réussite.

95. Le Groupe de travail a débattu de la question du droit du débiteur d'être entendu. On a exprimé la crainte que si ce droit était posé comme principe général, il n'entraîne des formalités et des dépenses qui feraient inutilement obstacle au déroulement de la procédure, en particulier dans le cadre d'une liquidation. On a donc proposé que ce droit soit limité aux cas dans lesquels le débiteur se trouvait affecté tant dans sa situation financière que dans ses droits personnels. Il a été répondu que certains systèmes considéraient le droit d'être entendu comme un droit fondamental de nature constitutionnelle, si bien que le fait de le restreindre pourrait rendre plus difficile la reconnaissance de procédures menées dans des systèmes autorisant de telles restrictions. Il a en outre été avancé que si la participation du

débiteur aux décisions était posée comme règle générale, le système d'insolvabilité pourrait finalement inspirer davantage confiance. Il a toutefois été convenu que le projet de guide devait insister sur la nécessité d'éviter un exercice abusif de ce droit qui compromettrait le déroulement rapide de la procédure.

96. Il a été proposé par ailleurs que des questions telles que la levée des restrictions imposées à un débiteur suite à l'ouverture de la procédure ainsi que l'acquittement de tout ou partie des dettes après la clôture de la procédure soient abordées dans le projet de guide.

b) Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité

97. S'agissant de la question de savoir qui devait nommer le représentant de l'insolvabilité, il a été estimé que, quelle que soit la solution choisie, il faudrait favoriser la sélection d'une personne indépendante et impartiale; une nomination par le tribunal ou par les créanciers était généralement considérée comme plus propice à l'indépendance et à l'impartialité qu'une nomination par le débiteur, qui pouvait conduire à des différends importants concernant les créances des créanciers et à une discrimination à l'égard de ces derniers. Il a été noté en outre que la tendance était à la nomination du représentant de l'insolvabilité par une autorité de nomination indépendante qui pouvait faire appel à des professionnels ayant une connaissance et une expérience des secteurs pertinents.

98. Des déclarations ont été faites concernant les procédures qui régissaient la sélection des représentants de l'insolvabilité dans divers pays, soit pour information, soit pour qu'il en soit tenu compte dans la formulation des recommandations devant figurer dans le projet de guide. Par exemple, le futur représentant de l'insolvabilité devrait être tenu de dévoiler des circonstances pouvant indiquer un conflit d'intérêt ou un manque d'indépendance; les candidats à la fonction devaient recevoir une formation dans des établissements spécifiés et détenir une licence; les représentants étaient choisis sur un registre dans les systèmes qui voulaient être justes envers eux (en répartissant les affaires dans lesquelles les actifs ne permettaient pas une rémunération complète du représentant), mais qui ne garantissaient pas nécessairement le choix de la personne la plus appropriée dans chaque cas. On a fait observer que, lors de l'établissement de telles procédures et conditions, il ne fallait pas perdre de vue que des conditions trop strictes avaient pour inconvénient d'accroître le coût de la procédure, alors que des conditions trop souples ne garantissaient pas la qualité du service requis.

99. En ce qui concerne les qualifications exigées d'un représentant de l'insolvabilité, il a été estimé que le paragraphe 145 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 exposait de façon satisfaisante les questions à examiner. Il a été suggéré d'ajouter une référence au fait que le représentant de l'insolvabilité devait être une personne "compétente et capable" et qu'il avait différents rôles fiduciaires. Il a été estimé par ailleurs que le projet de guide pourrait mentionner la nécessité de nommer un agent de l'État dans les cas où une affaire d'insolvabilité ne pouvait être assignée à un représentant de l'insolvabilité privé, par exemple lorsqu'il n'y avait aucun actif permettant de financer l'administration de l'insolvabilité.

100. Il a été reconnu que le représentant de l'insolvabilité devait être soumis à des normes de responsabilité, mais que celles-ci devraient correspondre aux

circonstances dans lesquelles il prenait des décisions; il a donc été proposé de prévoir une norme de responsabilité qui ne soit pas plus stricte que pour un dirigeant de société, qui corresponde à la norme attendue d'une personne prudente dans cette fonction, et qu'elle soit basée sur le respect de la bonne foi à des fins légitimes; il a été déclaré que le critère de diligence ne devrait pas être trop rigoureux (et ne devrait pas, en particulier, être celui qui était appliqué aux quasi-délits) de façon à ne pas encourager les actions en justice contre le représentant et accroître ainsi le coût du service.

101. On a estimé que les dispositions relatives au remplacement ou à la révocation du représentant devraient être motivées par l'incapacité de ce dernier à agir conformément à la norme requise, étant entendu qu'il pourrait être approprié de laisser les créanciers libres de révoquer le représentant sans avoir à donner de justification, selon leur rôle et leurs prérogatives dans la procédure. À cet égard, il a été suggéré que lorsque le projet de guide traitait de la révocation, motivée ou non, il examine aussi la nécessité de prévoir dans la loi sur l'insolvabilité le remplacement et la succession en ce qui concerne la propriété des actifs de la masse. Il a été noté que, dans certains pays, les représentants de l'insolvabilité étaient considérés comme des officiers de justice, ce qui déterminait leur niveau de responsabilité et les motifs de leur révocation.

102. Quant à la nécessité pour les praticiens de l'insolvabilité de contracter une assurance responsabilité ou l'obligation qui leur serait faite de fournir une garantie couvrant tout manquement à leurs obligations (telle qu'un cautionnement donné par une société de cautionnement), il a été déclaré que ces obligations devraient correspondre à la répartition adéquate des risques entre les participants à la procédure d'insolvabilité et être mises en balance avec la nécessité de maîtriser les coûts du service.

c) *Créances des créanciers*

103. Le Groupe de travail a examiné la question de la déclaration des créances par les créanciers. Selon un avis, il était souhaitable, pour garantir la sécurité, de spécifier un délai dans lequel ces créances devaient être déclarées. À cet égard, on a estimé qu'il fallait prévoir des sanctions en cas de déclaration tardive. Toutefois, on a craint que la fixation d'un tel délai n'entraîne une discrimination à l'égard des créanciers étrangers, qui dans de nombreux cas ne seraient peut-être pas en mesure de le respecter. Il a été fait remarquer qu'il y aurait alors violation du principe de l'égalité de traitement des créanciers nationaux et étrangers, tel qu'énoncé à l'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. On irait en outre à l'encontre de la tendance internationale dans laquelle s'inscrivait la réforme du droit de l'insolvabilité, qui visait clairement à abolir toute discrimination fondée sur la nationalité du créancier. Il a également été précisé que l'absence de délai ne serait pas préjudiciable à la masse de l'insolvabilité, à condition que la créance soit produite avant la répartition des actifs et que tout frais découlant de cette production tardive soit supporté par le créancier. Selon un autre avis, si un délai devait être fixé, il ne devait pas entraîner de forclusion.

104. Il a été répondu qu'on pouvait résoudre cette difficulté soit en fixant des délais plus longs, soit en prévoyant un délai particulier pour les créanciers étrangers, comme cela était déjà le cas dans certains systèmes juridiques, soit encore en

autorisant le tribunal à proroger le délai sur présentation de preuves attestant un empêchement sérieux. Il a également été estimé que cette possibilité devrait aussi être offerte aux créanciers nationaux. On a noté en outre que la question de la déclaration tardive des créances par les créanciers étrangers était étroitement liée à l'envoi d'une notification appropriée à ces derniers et que le projet de guide devrait mentionner l'obligation faite dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale d'informer dûment les créanciers étrangers. On a également fait remarquer que la création d'une base de données internationale contenant des informations tirées des registres du commerce nationaux serait utile pour informer les créanciers en temps voulu et leur assurer l'égalité de traitement.

105. S'agissant des créanciers étrangers, on s'est demandé si les créances pouvaient être produites dans une langue autre que celle du pays où se déroulait la procédure d'insolvabilité. De l'avis du Groupe de travail, en autorisant un créancier à produire ses créances dans sa propre langue on pourrait faciliter considérablement l'accès des créanciers étrangers à la procédure. En conséquence, il a été proposé de recommander, dans le projet de guide, que les législations nationales réduisent les contraintes découlant de l'obligation faite aux créanciers de présenter des documents dans une langue déterminée ou se soumettre à des formalités particulières telles que la traduction et la légalisation.

106. On a souligné que l'égalité de traitement des créanciers étrangers était liée à la question de la conversion des créances libellées en une devise autre que celle du pays où avait lieu la procédure d'insolvabilité, et plus précisément à la date à laquelle il fallait effectuer cette conversion. Il a été noté qu'en raison de la fluctuation constante des taux de change, le montant de la créance pouvait varier considérablement selon que la conversion était effectuée à l'ouverture de la procédure ou au moment de la déclaration des créances ou encore de la distribution des actifs. L'avis selon lequel la conversion devrait être faite au moment où les intérêts sur les créances cessaient de courir, autrement dit au moment de l'ouverture de la procédure, n'a reçu aucun appui. Le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devrait appeler l'attention sur cette question, en indiquant les différentes options possibles, sans toutefois suggérer une approche particulière.

107. L'idée selon laquelle le relevé des créances devrait être établi par le représentant de l'insolvabilité et non par le tribunal a bénéficié d'un large soutien, car on a estimé que cela était conforme à l'objectif souhaitable de réduction des formalités alourdissant la procédure de vérification des créances. Il a été indiqué qu'un moyen de réduire encore ces formalités pourrait être d'autoriser l'admission des créances sur présentation d'une déclaration appropriée (telle qu'une déclaration sous serment) assortie de sanctions pénales en cas de fraude, ainsi que l'inclusion des créances attestées par des registres comptables dûment tenus. S'il fallait, de l'avis général, assurer l'efficacité et la simplicité, on a souligné que le projet de guide devait toutefois préciser que la décision du représentant de l'insolvabilité d'admettre ou de rejeter une créance serait susceptible d'appel devant le tribunal.

108. On s'est inquiété du fait que cette solution reposait largement sur les pouvoirs discrétionnaires du représentant de l'insolvabilité, et qu'elle risquait par conséquent de facilement donner lieu à des retards, voire à une collusion avec le débiteur, ce qui nuirait à la prévisibilité du système. Aussi a-t-il été suggéré que les créances impayées à la date de l'ouverture de la procédure soient admises automatiquement, sans préjudice de la possibilité de saisir un tribunal afin de contester l'admission ou

le rejet d'une créance donnée. Il a été souligné qu'un tel système devrait être assorti d'un mécanisme garantissant que des informations appropriées concernant les créances admises automatiquement soient accessibles à toutes les parties intéressées.

109. Le Groupe de travail a reconnu les avantages d'un système prévoyant l'admission automatique des créances. Il a été fait observer que cela éviterait la plupart des difficultés qui se posaient lorsque le représentant de l'insolvabilité devait évaluer avec précision la situation dès l'ouverture de la procédure pour permettre aux créanciers de participer et de voter aux réunions tenues au début de cette procédure. Après un débat, il a été convenu que les deux options devaient être maintenues dans le projet de guide et présentées comme deux variantes possibles entre lesquelles choisir.

110. Divers avis ont été exprimés au sujet des types de créances devant être exclus. Il a été noté que, si de nombreux pays appliquaient actuellement le principe de l'exclusion des créances fiscales étrangères, il n'y avait aucune raison que les législateurs nationaux ne puissent pas les admettre s'ils le souhaitaient. Si, pour certains, les créances fiscales étrangères devaient être traitées de la même manière que les créances fiscales nationales, le projet de guide devrait, selon l'avis qui a prévalu, exposer les différentes solutions qui s'offraient aux législateurs nationaux sans recommander une approche particulière. On a souligné aussi que le projet de guide devrait demeurer conforme au principe énoncé dans la note 2 se rapportant à l'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, à savoir que l'égalité de traitement des créanciers étrangers ne portait pas atteinte à l'exclusion de la procédure des créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers.

111. Pour ce qui est de l'exclusion des amendes et des pénalités, on a estimé qu'il fallait prévoir un traitement différent selon qu'il s'agissait d'amendes et de pénalités de nature strictement administrative ou punitive (telles que les amendes infligées en cas d'infraction administrative ou pénale) ou d'amendes et de pénalités compensatoires. Si, de l'avis général, l'exclusion des créances de la première catégorie se justifiait, on a estimé qu'il n'y aurait aucune raison d'exclure les créances relevant de la seconde. Selon un autre avis, il n'y avait aucun motif valable d'exclure les amendes et les pénalités, puisque, à moins qu'elles puissent être prouvées, elles ne pouvaient être recouvrées, sauf si elles n'étaient pas soumises à la suspension des poursuites. On a répondu à cet argument en faisant observer que cette exclusion pouvait se justifier en vue d'accroître les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires.

112. Pour les dettes de jeu, il a été souligné que les raisons pour lesquelles la plupart des systèmes ne les admettaient pas étaient qu'elles résultaient d'activités non autorisées par la loi. En conséquence, il a été convenu que le projet de guide devrait plutôt mettre l'accent sur le principe général selon lequel les créances découlant d'activités considérées comme illégales par le droit national, et de ce fait non exigibles, ne pouvaient être admises. On a en outre fait observer que les exclusions fondées sur des considérations d'ordre public ne devraient pas non plus être affectées par le droit de l'insolvabilité.

113. Étant donné les principes différents qui pouvaient justifier chacune de ces exclusions, il a été suggéré que le projet de guide donne des exemples des types de

créances que le droit national pourrait souhaiter exclure et les différentes approches qui pourraient être adoptées du point de vue du droit de l'insolvabilité.

114. Selon un avis, les créances détenues par des personnes liées au débiteur devraient faire l'objet d'un régime spécial, en vertu duquel elles seraient subordonnées à toutes les autres créances et exclues du vote. Selon un autre avis, le projet de guide ne devrait pas proposer de traitement particulier de ces créances, mais seulement rappeler aux législateurs nationaux la nécessité de les mentionner.

115. S'agissant de la déclaration de créances par les créanciers munis de sûretés, il a été suggéré qu'elles soient admises à titre provisoire, en raison de la difficulté de faire une évaluation précise de la valeur de la garantie au début de la procédure. À cet égard, on a fait valoir que le fait de prévoir la déclaration de créances garanties, même à titre provisoire, serait utile car cela permettrait d'informer le représentant de l'insolvabilité de leur existence.

116. La proposition selon laquelle le projet de guide devrait indiquer clairement l'existence de différentes catégories de créanciers, dont chacune se caractérisait par des droits et des prérogatives spécifiques, a reçu un soutien général. Bien que l'on ait estimé qu'il serait inapproprié de mentionner dans le projet de guide quelles catégories devraient être prioritaires ou quel traitement devrait être réservé à chacune d'elles, l'avis qui a prévalu a été qu'il faudrait recommander aux législateurs nationaux d'identifier clairement les catégories admises ainsi que les prérogatives attachées à chacune d'elles. On a également estimé que les lois nationales devraient indiquer clairement aussi toute différence de traitement, selon que l'on avait affaire à une liquidation ou à un redressement. Selon un avis partagé, le principe général devrait être que le projet de guide recommande l'égalité de traitement des créanciers et que toute exception devrait être justifiée par des raisons de principe clairement identifiées. La suggestion d'inclure dans le projet de guide une référence à l'impact financier et économique des diverses approches pouvant être adoptées au niveau législatif a également bénéficié d'un appui.

117. En ce qui concerne les prêts consentis par des actionnaires, l'avis a été exprimé qu'ils méritaient un régime tenant compte des raisons spécifiques présidant généralement à leur émission, et qui ne seraient pas nécessairement les mêmes que dans le cas de prêts octroyés par d'autres entités. À titre de remarque générale, on a souligné que le projet de guide devrait sensibiliser les législateurs nationaux aux implications possibles des choix législatifs au niveau de l'administration des entreprises.

118. La proposition d'aborder dans le projet de guide la question du traitement des obligations solidaires dans le cadre du droit de l'insolvabilité a été fortement appuyée. Il a été suggéré, en particulier, que le guide examine la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité affecterait le droit d'un créancier de faire exécuter la créance contre un ou plusieurs débiteurs solidaires autres que le débiteur faisant l'objet de la procédure. À cet égard, il a été suggéré aussi que le projet de guide aborde le traitement des garants ainsi que le cas où le garant était lui aussi insolvable.

119. On a également exprimé l'avis que le projet de guide devrait recommander d'aborder spécifiquement la question du traitement des créances non garanties acquises après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en exposant les différentes approches adoptées dans divers systèmes juridiques. Selon un autre avis, la question

de la compensation était essentielle pour l'égalité de traitement des créanciers et elle devrait donc être traitée par la loi comme une question particulière afférente aux créances des créanciers.

120. Enfin, le Groupe de travail a débattu de la question de savoir si le droit de l'insolvabilité devrait prévoir un mécanisme de ce que certains systèmes juridiques appellent "subordination équitable". Il a été souligné que, dans les systèmes qui l'autorisaient, ce mécanisme visait à assurer l'égalité de traitement des créanciers en effaçant ou en corrigeant une iniquité concernant une créance particulière qui entraînerait, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, un traitement injuste ou inéquitable des autres créanciers. Il a été précisé que ce mécanisme était considéré comme exceptionnel par nature, et qu'il ne s'appliquait donc que dans des cas particuliers et sur demande adressée par la partie intéressée au tribunal uniquement. Il a été précisé que pour qu'il soit fait droit à cette demande il fallait que la conduite inéquitable de celui qui revendiquait la créance ait porté préjudice aux autres créanciers ou lui ait conféré un avantage indu et que l'octroi du recours ne soit pas contraire au droit de l'insolvabilité. Certains exemples ont été mentionnés: un fiduciaire du débiteur abusant de sa position au détriment d'autres créanciers; un tiers contrôlant le débiteur au détriment d'autres créanciers (par exemple, en menaçant de retirer son financement pour obliger l'entreprise à fermer); ou un tiers fraudant d'autres créanciers (par exemple, en communiquant des informations inexacts). Enfin, il a été noté que la subordination équitable ne serait accordée que jusqu'à concurrence du préjudice résultant de la conduite inéquitable et qu'elle ne serait pas disponible pour l'exercice des droits normaux conférés au créancier soit par la loi, soit par contrat, sauf si une faute était démontrée.

d) *Comités de créanciers*

121. Différents points de vue ont été exprimés quant au rôle d'un comité des créanciers. Selon une opinion, un tel comité pouvait jouer un rôle consultatif utile en aidant le représentant de l'insolvabilité à examiner des questions difficiles et en donnant des avis, sans participer toutefois directement à la prise de décisions. Il pourrait aussi contrôler le représentant de l'insolvabilité ou la direction de l'entreprise débitrice lorsqu'elle conservait un rôle important dans la gestion quotidienne de l'entreprise. Selon une autre opinion, le comité des créanciers pourrait jouer un rôle plus actif dans la prise de décisions. S'agissant de ses modalités de fonctionnement, on a dit qu'il était nécessaire d'énoncer clairement ses pouvoirs et, pour éviter tout litige et assurer, en particulier, la confidentialité, de faire en sorte qu'il suive des règles acceptées par tous.

122. Il a été déclaré que la nécessité d'avoir un comité pourrait dépendre de la nature et de l'importance de l'insolvabilité et de la procédure (liquidation ou redressement). Dans une liquidation, un comité n'était pas toujours nécessaire, mais il pouvait y avoir des exceptions, comme dans le cas de la vente de l'entreprise, où le comité pouvait apporter des avis d'experts. Il devrait alors avoir un rôle consultatif. Dans un redressement, la contribution d'un comité des créanciers était généralement utile et nécessaire, mais il faudrait adopter une approche souple en ce qui concerne ses fonctions. On a proposé que, d'une manière générale, il ait une fonction consultative, sauf dans quelques cas clairement définis. Par exemple, il jouerait un rôle central dans l'élaboration du plan de redressement, dans la vente d'actifs importants, et sur demande du représentant de l'insolvabilité ou décision du

tribunal. Il a été estimé que le comité devrait avoir la faculté de nommer des conseillers financiers, juridiques et autres, selon les besoins, dans ces quatre cas, mais non lorsque sa fonction était uniquement consultative.

123. S'agissant de la composition du comité, un avis a été que seuls devraient y être représentés les créanciers chirographaires les plus importants et que les créanciers privilégiés ou munis de sûretés devraient en être exclus. Selon un autre avis, la composition devrait être déterminée en fonction de la taille et du type de créance, ce dernier élément devant être déterminé par des critères autres que le caractère garanti ou non garanti de la créance. Selon un autre avis encore, le régime d'insolvabilité n'avait pas à spécifier les créanciers devant être représentés, mais devait prévoir une approche suffisamment souple pour permettre aux créanciers de choisir leurs propres représentants sur la base du consentement et prévoir l'élargissement ou la réduction dudit comité, selon les besoins. On a déclaré que, lorsque les types de créanciers devant être représentés étaient trop nombreux, différents comités pourraient être établis pour représenter les différents intérêts, mais uniquement pour les créanciers ayant des intérêts spéciaux, par exemple ceux qui détenaient des créances fondées sur la responsabilité quasi délictueuse ou les actionnaires. Il a été suggéré par ailleurs que la loi sur l'insolvabilité précise quelles parties ne pouvaient être membres du comité, telles que le débiteur ou une partie liée à ce dernier.

124. S'agissant de la responsabilité des comités de créanciers, on a fait observer que le fait que leurs membres n'étaient pas rémunérés en cette qualité laisserait à penser qu'ils avaient un niveau de responsabilité moindre. Bien que l'on ait noté que l'établissement d'une responsabilité des comités de créanciers favoriserait probablement l'apathie de ces derniers, on a soutenu une approche fondée sur la bonne foi permettant l'immunité des membres pour les actes qu'ils accomplissaient en cette qualité, sauf s'il était prouvé qu'ils avaient agi indûment ou avaient manqué à leurs obligations fiduciaires.

e) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

125. On a noté dans l'ensemble qu'il était essentiel qu'une entreprise en redressement ait accès à des ressources de trésorerie pour être en mesure de poursuivre ses activités et de se redresser avec succès. On a fait observer que lorsque la loi l'y autorisait, le débiteur pouvait faire jouer sa garantie en liquidités pour obtenir un financement, mais que lorsqu'il n'en avait pas, il lui faudrait trouver un autre moyen pour obtenir un financement postérieur à l'ouverture. On a donné des exemples de "superpriorité" (l'emportant sur les dépenses d'administration) et de "superprivilège" (l'emportant sur les sûretés existantes, mais rarement accordé sans le consentement du créancier muni d'une sûreté). On a indiqué que le financement postérieur à l'ouverture de la procédure avait toutes les chances d'être accordé par deux types de prêteurs. Les premiers étaient ceux d'avant l'insolvabilité, qui étaient en relation continue avec l'entreprise et avanceraient probablement d'autres fonds pour protéger leurs créances existantes et peut-être obtenir une valeur supplémentaire du fait des taux supérieurs appliqués aux nouveaux prêts. Il a été noté que cette source de financement postérieur à l'ouverture de la procédure était la plus courante. Les seconds n'étaient pas en relation avec l'entreprise avant l'insolvabilité et auraient sans doute pour seule motivation la possibilité de rendements élevés. On a fait observer que l'incitation, pour les deux types de prêteurs, était la prévisibilité de la reconnaissance accordée

aux prêts postérieurs à la demande d'ouverture de la procédure et, pour les prêteurs existants, la conviction que leur relation avec le débiteur et les conditions des prêts consentis avant l'ouverture de la procédure ne seraient pas changées.

126. Certaines craintes ont été exprimées à propos des deux formes de priorités mentionnées. On a indiqué que la possibilité d'établir des superprivilèges risquait d'avoir des effets négatifs sur l'offre de crédit pour les entreprises en général. Seuls les créanciers munis de sûretés qui seraient touchés par le superprivilège pourraient accepter d'être dessaisis par des sûretés de ce type. La décision d'obtenir un tel financement ne pouvait donc pas être prise uniquement par le tribunal, le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers généraux. On s'est demandé aussi comment une telle priorité serait traitée en cas d'échec du redressement et de conversion de la procédure en liquidation, en particulier par rapport à la priorité établie pour les dépenses d'administration. On a estimé qu'il fallait faire une distinction, du point de vue de l'octroi d'un financement, entre les différentes étapes de la procédure de redressement, telles que période postérieure à la demande, période antérieure au plan et période postérieure au plan, seule cette dernière étant mentionnée dans le plan. Il a été demandé si la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure pourrait aussi être valable dans le cas de la vente de l'entreprise en liquidation.

f) *Redressement*

127. Il a été suggéré au début du débat que le projet de guide examine les raisons pour lesquelles un redressement était souhaitable et pourquoi il fallait, dans certains pays, lever les obstacles juridiques à la mise en place de procédures de redressement souples pouvant tenir compte des avantages et des inconvénients de différentes procédures utilisées en association pour pouvoir atteindre l'objectif de maximisation de la valeur des actifs.

128. Le Groupe de travail a discuté du développement des marchés secondaires de créances, dont l'expansion avait eu une incidence sur la manière dont les parties prenantes envisageaient les procédures de redressement. On a fait observer que la pratique bancaire avait beaucoup évolué dans certains pays au cours des vingt dernières années, et les banques vendaient de plus en plus souvent leurs créances pour mieux gérer leurs risques et créer des liquidités au lieu d'attendre pendant de longues périodes de recevoir un dividende d'une procédure d'insolvabilité. On a fait observer que cette tendance était de nature à compliquer considérablement ladite procédure, parce que les parties négociant un arrangement de redressement pouvaient changer tout au long des négociations, et que les objectifs et les intérêts de ces acquéreurs secondaires pouvaient différer de ceux des créanciers initiaux. En particulier, ils se souciaient plus de tirer un bénéfice de leur créance acquise que du sauvetage de l'entreprise, de la poursuite de son activité et des relations commerciales.

129. Même s'il était évident que l'on n'avait pas nécessairement à modifier le droit de l'insolvabilité pour tenir compte de cette tendance (aucun exemple d'une telle modification n'a d'ailleurs été cité), on a fait observer que celle-ci avait des incidences sur la procédure d'insolvabilité, notamment sur la composition des comités de créanciers et la relation entre les parties pouvant acheter les dettes au débiteur. Pour ce qui est des comités de créanciers, le fait d'autoriser la participation des intermédiaires en créances risquait, selon certains, de poser le problème de

l'accès à des informations sensibles pouvant faciliter leurs opérations. Il y avait aussi le risque que ces intermédiaires communiquent des chiffres inexacts concernant la valeur probable des dividendes pour inciter les créanciers à vendre au-dessous du pair à un stade précoce de la procédure. On s'est par ailleurs demandé si les parties liées au débiteur pouvaient acheter des créances et, dans l'affirmative, quels mécanismes il faudrait peut-être adopter pour faire face aux éventuels problèmes. On a proposé, par exemple, qu'un acquéreur de ce type ne puisse faire valoir sa créance sur la masse qu'à hauteur du montant effectivement payé pour l'acquérir et non à hauteur de la valeur nominale, lorsqu'un tiers, sans lien avec le débiteur, pouvait réclamer la valeur nominale de la créance. Un autre mécanisme consisterait à ne pas prendre en compte les voix des parties liées au débiteur lors du vote sur un plan de redressement.

130. Le Groupe de travail a examiné les différences, au niveau de la structure, entre les systèmes d'insolvabilité traitant du redressement. Bien que l'on ait souligné que certaines questions faisaient l'objet d'un traitement similaire dans les différents modèles, deux modèles principaux ont été identifiés. Le premier mettait en avant la nécessité d'assurer une protection adéquate des créanciers munis de sûretés. Dans ce cas, les tribunaux devaient intervenir davantage dans les questions de gestion; l'application d'une suspension était exigée, différentes approches étant adoptées quant à sa durée et quant à la période au cours de laquelle pouvait être dressé le bilan économique de l'entreprise; et il était aussi prévu que les créanciers opposants seraient liés par le plan lorsque la créance garantie était assurée de façon satisfaisante et que cela était dans l'intérêt de tous les participants à la procédure (clause dite de "cram-down").

131. L'autre modèle, utilisé dans les systèmes ayant une tradition bien établie en matière de protection des créanciers munis de sûretés, n'appliquait généralement pas la suspension des poursuites, ou bien ne l'appliquait que de façon limitée, en la mettant à profit pour déterminer si un redressement rapporterait davantage qu'une liquidation. Les questions de gestion étaient, normalement, du ressort du représentant de l'insolvabilité; le tribunal intervenait moins que dans le premier modèle, car le problème de la protection adéquate des créanciers munis de sûretés ne se posait pas, et il y avait en outre une réticence à imposer le plan à ceux d'entre eux qui s'y opposaient. L'un des postulats de ce modèle était qu'il y aurait consentement des créanciers lorsqu'il serait démontré que le redressement serait plus profitable qu'une liquidation.

132. On a demandé comment devrait être traitée la vente d'une entreprise en tant qu'entité en exploitation et, en particulier, si elle devrait être traitée dans le contexte de la liquidation ou dans celui du redressement (cette question faisait partie de celles qui étaient posées au Groupe de travail à la page 46 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1). Selon un avis, la vente d'une entreprise en tant qu'entité en exploitation n'était pas incompatible avec la liquidation et serait également une option valable en cas de redressement. Il a été convenu que pour les besoins de la discussion on ne devrait pas établir de délimitation stricte entre les deux procédures et qu'il ne fallait écarter aucune procédure susceptible de maximiser la valeur.

i) Élaboration d'un plan

133. Un certain nombre d'options ont été examinées pour l'élaboration du plan de redressement. Selon un avis, elle pouvait être entreprise par le représentant de

l'insolvabilité, qui était généralement indépendant et aurait un point de vue objectif, non dicté nécessairement par le débiteur ou par les créanciers. On a fait observer toutefois que l'élaboration du plan par le représentant de l'insolvabilité se ferait rarement sans consultation des parties intéressées. Selon un autre avis, il fallait faire une distinction entre le modèle des créanciers munis de sûretés, où un représentant de l'insolvabilité était nommé et pouvait élaborer le plan, et le modèle du débiteur en possession, où la responsabilité serait répartie entre ce dernier et les créanciers. L'important, a-t-on dit, était de trouver un équilibre entre la liberté accordée aux parties d'élaborer le plan et les limites accompagnant nécessairement le processus sous la forme de conditions de vote, délais d'élaboration du plan, modification du plan et autres considérations de procédure.

134. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que la question de savoir qui devrait élaborer le plan devrait être abordée avec souplesse. Dans certains cas, il pourrait être approprié que ce soit le débiteur ou son représentant, une période d'exclusivité lui étant accordée pour le faire, de manière à l'inciter à demander l'ouverture de la procédure suffisamment tôt. Il faudrait mettre en balance cette incitation et la nécessité de faire en sorte que le créancier ait confiance dans le débiteur et dans sa proposition. Dans d'autres cas, le plan pourrait être élaboré par le comité des créanciers ou par un créancier individuel, et une troisième possibilité serait d'autoriser le représentant de l'insolvabilité à le faire.

135. En ce qui concerne le moment auquel le plan devait être élaboré, on a estimé que cela ne devrait pas être à l'ouverture de la procédure, car on n'aurait alors probablement pas un plan solide, et on risquait de préjuger de l'orientation de la procédure et d'entraîner des retards. Selon un autre avis, l'élaboration du plan devrait avoir lieu pendant la période d'observation, une fois la procédure ouverte, et un autre avis encore a été qu'elle pourrait peut-être intervenir avant la demande d'insolvabilité. Après un débat, il a été convenu que le Guide devrait suivre une approche dans laquelle il n'était pas exigé que le plan soit élaboré avant l'ouverture, sans que cette option soit pour autant exclue.

ii) Contenu du plan

136. De l'avis général, le plan devait, à des fins de transparence et pour donner confiance dans le processus, fournir certains renseignements minimaux. On a fait valoir qu'il était nécessaire de concilier l'objectif de transparence et les préoccupations relatives à la confidentialité que suscitait l'accès des créanciers à des informations commerciales potentiellement sensibles; on a fait observer que, dans les cas où le plan était homologué par le tribunal, ces informations seraient généralement rendues publiques à un stade ou à un autre de la procédure, mais qu'il faudrait que le tribunal envisage de protéger les renseignements confidentiels. Il a été suggéré que les renseignements à faire figurer dans le plan comprennent des états de la situation financière du débiteur, y compris un état de l'actif et du passif et des tableaux des flux de trésorerie; le détail des propositions précises incluses dans le plan; le détail des sommes que recevraient les créanciers et les raisons pour lesquelles elles seraient plus élevées qu'en cas de liquidation; et les raisons pour lesquelles l'entreprise serait capable de continuer son activité et pourrait être redressée avec succès. On a fait observer que le plan ne pouvait prévoir des actes qui seraient illégaux ou contraires à la loi, comme il est indiqué au paragraphe 176 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, un exemple supplémentaire étant donné avec les lois fiscales. Il a toutefois été signalé que des lois, éventuellement, pouvaient empêcher la mise en œuvre des propositions susceptibles d'être contenues

dans le plan, par exemple des lois sur l'investissement étranger direct ou les restrictions de change. Comme certaines lois sur l'insolvabilité permettaient de passer outre à ces dispositions dans certaines circonstances, ou prévoyaient des approbations accélérées, il a été suggéré que le Guide soulève cette question pour qu'elle soit examinée. Il a été suggéré aussi qu'un certain nombre des questions de procédures énoncées en italique à la page 46 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 soient abordées dans le plan pour que les procédures à suivre en vue de l'approbation et de l'exécution de ce dernier soient claires.

137. Il a été noté que le fait de permettre que les droits des créanciers munis de sûretés soient affectés par le plan pouvaient avoir un effet négatif sur l'offre et que cet effet devrait être clairement indiqué dans le projet de guide.

138. En ce qui concerne la protection des intérêts minoritaires, il a été demandé si ce point devrait être abordé dans le plan ou dans la loi sur l'insolvabilité. On a indiqué que pour que la procédure soit respectée, il était important que les créanciers majoritaires ne puissent porter injustement atteinte aux droits de la minorité.

iii) Approbation et effet du plan

139. S'agissant du vote sur le plan, l'avis a été exprimé que pour encourager les flux transfrontières de capitaux, il fallait établir des règles claires quant aux droits des différentes catégories de créanciers, en particulier quant à la possibilité qui leur était donnée de voter sur un plan et s'y opposer. On a estimé que ce vote devrait être fondé uniquement sur l'intérêt économique dans l'issue de la procédure et que seules les parties ayant un tel intérêt devraient être autorisées à voter. D'autres options ont également bénéficié d'un appui, à savoir le vote fondé sur la valeur des créances et le nombre des créanciers, ainsi que l'imposition de la condition d'une supermajorité pour garantir que le plan bénéficierait d'un appui suffisant pour être appliqué, ce qui était particulièrement important lorsqu'il s'imposait aussi aux créanciers opposants.

140. Pour ce qui est des raisons que des créanciers pouvaient avancer pour contester un plan, il fallait, a-t-il été noté, qu'ils invoquent un préjudice supérieur à celui que supportaient les autres créanciers ou catégories de créanciers, dans la mesure où la procédure était préjudiciable à tous.

141. En ce qui concerne la répartition des créanciers en plusieurs catégories et les critères à retenir à cet égard, il a été estimé que, sauf raison impérieuse justifiant la création de catégories spéciales, tous les créanciers chirographaires généraux devraient être mis dans une seule catégorie. On a noté toutefois que dans un pays la loi prévoyait des critères pour l'inclusion des créances assorties d'une sûreté dans la même catégorie si les droits des créanciers qui les détenaient étaient suffisamment proches pour qu'ils constituent une communauté d'intérêt, compte tenu de certains facteurs comprenant: la nature des créances, la nature et la priorité de la sûreté dont étaient assorties les créances, les actions et moyens dont disposaient les créanciers en l'absence de proposition et la mesure dans laquelle ils pouvaient recouvrer leurs créances en mettant en œuvre ces moyens, le traitement des créances dans la proposition et la mesure dans laquelle elles seraient payées en vertu de cette proposition, et d'autres critères pouvant être prescrits.

142. On a estimé que le projet de guide devrait traiter les conséquences de la non-approbation d'un plan, notamment la possibilité pour d'autres parties de proposer un

autre plan, l'ouverture automatique d'une procédure de liquidation, l'engagement de poursuites individuelles par des créanciers ou d'autres conséquences. Selon un avis, une liquidation automatique aurait pour effet de décourager le débiteur de proposer un plan, ce qui allait à l'encontre de l'un des objectifs clefs d'un régime d'insolvabilité. Selon une autre opinion, en autorisant les créanciers à engager individuellement des poursuites, on risquait de provoquer une course aux actifs, ce que l'ouverture d'une procédure collective visait à éviter et ce qui était incompatible avec l'objectif de maximisation de la valeur. Selon un avis différent, une fois que le plan était rejeté, toute mesure autre que la liquidation automatique risquait uniquement d'entraîner des retards, de diminuer encore la valeur et prolonger indéfiniment la procédure. La liquidation automatique permettrait l'égalité dans la répartition, conformément au régime d'insolvabilité. Il a été estimé que l'on pourrait, à titre de compromis, autoriser la présentation d'une proposition de plan différent par les créanciers dans un délai spécifié et uniquement dans les cas où aucun plan ne pourrait être établi si l'on devait en arriver à la liquidation.

143. S'agissant de la procédure d'homologation, il a été noté que la confirmation par le tribunal d'un plan approuvé par les créanciers n'était pas obligatoire dans tous les pays; certains régimes d'insolvabilité prévoyaient que, lorsque la majorité requise des créanciers avait approuvé le plan, aucune démarche supplémentaire n'était nécessaire. Il a été noté par ailleurs que dans certains pays, c'était une autorité administrative qui jouait le rôle du tribunal. On pouvait protéger les créanciers minoritaires en les autorisant à contester le plan devant un tribunal, certaines lois établissant des critères pour juger l'opposition de ces créanciers.

5. Liquidation et répartition

Priorités en matière de répartition

144. De l'avis général, le projet de guide devrait recommander que les priorités en matière de répartition soient non seulement clairement fixées mais également réduites au minimum, en vue, d'une part, de préserver la prévisibilité et l'efficacité du système d'insolvabilité et, d'autre part, de favoriser la disponibilité du crédit. On a fait observer que plus le nombre de priorités reconnues par la loi était important, plus s'élargissait le champ des débats susceptibles d'être soulevés à propos de l'évaluation des privilèges associés aux différentes catégories de créanciers privilégiés. Mais on a aussi estimé qu'il faudrait, dans le cadre du traitement des priorités, faire une distinction entre celles qui pourraient être fixées, pour les créanciers munis de sûretés, en raison d'un marché qui aurait été conclu ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (comme dans le cas de l'octroi d'un financement après cette ouverture) et celles qui étaient liées aux créanciers chirographaires généraux.

145. Le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devrait recommander que toute priorité soit expressément mentionnée dans la loi sur l'insolvabilité, que le principe sur lequel elle reposait se trouve dans le système d'insolvabilité ou dans une autre partie de la législation. Il a été convenu par ailleurs qu'il serait inapproprié de suggérer dans le projet de guide les priorités à retenir ou à exclure. Il a été convenu enfin qu'il faudrait mentionner expressément l'impact financier et

économique de ces priorités (à savoir la réduction du montant de la masse de l'insolvabilité dont pourraient bénéficier les créanciers non munis de sûretés).

146. S'agissant de l'octroi d'un superprivilège général, qui donnerait priorité à la fois sur les créanciers chirographaires et sur les créanciers munis de sûretés, les membres du Groupe de travail ont été d'avis qu'une telle priorité porterait gravement atteinte aux droits des créanciers munis de sûretés et qu'il fallait donc la justifier par de solides considérations d'ordre public.

147. Le Groupe de travail a examiné le traitement des dépenses encourues au cours de la procédure d'insolvabilité. On a fait observer que la plupart des systèmes juridiques plaçaient ces créances au premier rang des priorités en les considérant comme des créances d'administration, ce qui avait souvent des incidences importantes sur la masse de l'insolvabilité. Si l'on a reconnu que le traitement particulier de cette question avait des liens avec l'infrastructure sous-jacente du système, diverses vues ont été exprimées en faveur d'une réduction de cet impact sur la masse de l'insolvabilité. Une proposition tendant à plafonner le montant de ces dépenses n'a bénéficié d'aucun appui. L'avis général a été en revanche qu'il fallait esquisser des critères précis, quoique souples, concernant ces dépenses. Il a été proposé en particulier de subordonner leur engagement à leur utilité pour l'augmentation de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt général de toutes les parties prenantes. Une proposition voisine a été de n'autoriser ces dépenses que lorsqu'elles semblaient non seulement raisonnables et nécessaires, mais aussi compatibles avec les objectifs de la procédure. Il a enfin été proposé d'évaluer le bien-fondé des dépenses par rapport au montant des ressources disponibles et à l'effet qu'elles pourraient avoir sur la procédure.

148. Quant à l'autorité qui devrait être chargée d'évaluer l'adéquation et le bien-fondé des dépenses, une délégation a estimé que ces dernières devaient être préalablement autorisées par le tribunal. Selon une opinion allant dans le même sens, une telle autorisation devrait être exigée pour les actes sortant du cours ordinaire des affaires. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, c'était aux créanciers qu'il incombait de procéder à l'évaluation, de façon également à garantir la transparence de la procédure, à condition toutefois que la décision des créanciers puisse faire l'objet d'un recours devant le tribunal.

149. En réponse à ces suggestions, on a précisé qu'il fallait établir une distinction entre les honoraires du représentant de l'insolvabilité et d'autres professionnels participant à la procédure, d'une part, et les dépenses encourues pour exploiter l'entreprise et mener à bien la procédure, d'autre part.

150. On a noté, à titre de remarque générale, que le projet de guide devrait aborder également le traitement des cas où les actifs étaient limités ou inexistantes. On a fait observer qu'il y avait en la matière différentes approches. Certains systèmes prévoyaient l'annulation immédiate de la procédure après le constat de l'absence d'actif par le tribunal, alors que d'autres ne prévoyaient aucune mesure, et d'autres encore prévoyaient la nomination d'un liquidateur de l'État. Il a été proposé que, dans de tels cas, les honoraires du représentant de l'insolvabilité soient payés par voie d'une déduction sur ses impôts personnels, à quoi on a objecté que ces honoraires seraient alors payés par l'État au lieu d'être prélevés sur la masse de l'insolvabilité. L'avis selon lequel, lorsqu'un crédit d'impôt était en jeu, les autorités

fiscales se verraient confier la tâche d'administrer la procédure d'insolvabilité, n'a pas non plus reçu d'appui.

151. S'agissant de l'ordre dans lequel les questions étaient traitées dans le projet de guide, on a estimé que les créances d'administration devraient être abordées avant celles des créanciers munis de sûretés, étant donné la priorité que l'on reconnaissait largement à ces créances. En réponse, on a fait observer que certains systèmes juridiques pouvaient avoir un avis différent sur la question et qu'il ne faudrait donc pas changer l'ordre actuel.

152. Selon une autre proposition, il faudrait remplacer le terme "propriétaires", apparaissant au paragraphe 195 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, par le terme "actionnaires", à quoi on a objecté que ces derniers termes refléteraient uniquement la situation d'un débiteur dont l'entreprise aurait la forme d'une société à responsabilité limitée et qu'il fallait donc un terme plus large et plus neutre pour englober tous les cas de financement accordé par des personnes faisant partie de l'entreprise.

153. Quant au privilège accordé aux salaires et droits des employés, on a fait observer qu'un système de garantie sociale profiterait à la masse de l'insolvabilité, dans la mesure où ces créances se trouveraient exclues de la répartition des actifs. On a précisé toutefois qu'il faudrait alors que l'organisme social qui garantissait ces créances ne puisse bénéficier de la même priorité que les employés à l'égard de la masse de l'insolvabilité. Selon un autre avis, le projet de guide devrait attirer l'attention sur les solutions que proposaient différents systèmes juridiques.

154. Selon un avis, la priorité accordée aux créanciers munis de sûretés, quoiqu'établie par le droit matériel, devrait être mentionnée dans la section de la loi sur l'insolvabilité traitant des questions de priorité, qui apporterait ainsi une clarification pour les systèmes juridiques où il était nécessaire de renforcer la stabilité et la confiance du secteur du crédit.

155. La proposition tendant à ce que le projet de guide traite expressément la clôture de la procédure, à savoir la détermination tant du moment que des effets de cette clôture, a été unanimement appuyée.

IV. Procédures extrajudiciaires d'insolvabilité

156. Le Groupe de travail a examiné le document A/CN.9/WG.V/WP.55 ainsi que les travaux futurs qu'il pourrait entreprendre dans le domaine des procédures extrajudiciaires d'insolvabilité en tenant compte des travaux d'autres organisations sur ce sujet et des tendances internationales concernant l'établissement de procédures extrajudiciaires qui se substituaient aux procédures judiciaires et étaient particulièrement utiles dans les cas d'insolvabilité internationale.

157. Le Groupe de travail est généralement convenu qu'il était souhaitable d'entreprendre des travaux sur les procédures extrajudiciaires d'insolvabilité. Il a noté que celles-ci, tout en s'appuyant sur les procédures judiciaires d'insolvabilité, pouvaient être un moyen de conférer de la souplesse aux systèmes d'insolvabilité, de limiter le recours à l'infrastructure judiciaire, d'inciter les créanciers à réagir plus rapidement qu'ils ne le pourraient normalement dans le cadre de régimes judiciaires et d'éviter l'opprobre qui était souvent associé à l'insolvabilité. Il a été fait observer

qu'avec la mondialisation croissante des marchés et le développement de l'échange de créances, il y avait une plus grande diversité de créanciers participant à des redressements internationaux. Ils avaient, dans l'insolvabilité du débiteur, des intérêts et des objectifs différents qui ne coïncidaient pas toujours avec ceux des autres principaux fournisseurs de crédit ou qui ne concouraient pas toujours à la réussite du redressement.

158. Le Groupe de travail a passé en revue les différentes formes que pouvaient prendre ces procédures extrajudiciaires. On a souligné que celles-ci formaient un continuum, allant de principes non contraignants visant à favoriser une négociation collective en dehors du système judiciaire (mais bien que s'appuyant sur l'existence d'un système judiciaire efficace et bien conçu pour inciter les parties à négocier) à l'utilisation d'un mécanisme judiciaire pour faire exécuter un plan arrêté par voie de négociations informelles et pour y lier les créanciers. Il a été suggéré que, lorsque les négociations se déroulaient dans un cadre extrajudiciaire et que le débiteur et la majorité des créanciers approuvaient le plan, une procédure accélérée puisse être utilisée pour l'homologuer.

159. S'agissant des procédures tout à fait informelles, il a été suggéré que le Groupe de travail tienne compte des travaux entrepris par d'autres organisations, notamment de la Déclaration de principes du Groupe de spécialistes du crédit (Lenders Group) d'INSOL International pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers (présentée dans le document A/CN.9/WG.V/WP.55) et d'autres principes directeurs similaires. Quant aux procédures combinant des éléments judiciaires et extrajudiciaires, le Groupe de travail pourrait examiner comment celles-ci avaient été mises en place dans le monde et, en particulier, quel rôle jouaient les autorités judiciaires et administratives et à quel stade elles intervenaient.

160. S'agissant des procédures administratives, trois types d'approches ont été évoqués et il a été suggéré que le Guide analyse les exemples correspondants et examine les circonstances dans lesquelles ces approches s'étaient révélées utiles et dans quels cas il pourrait être indiqué de les suivre dans l'avenir. On a souligné en particulier qu'elles avaient facilité les choses lorsque les tribunaux n'avaient pas toutes les compétences pour traiter la question ou étaient simplement dépassés par l'ampleur de l'échec du système.

161. On a noté qu'il y avait un recoupement entre certaines de ces considérations et l'élaboration, par le Groupe de travail, d'un guide législatif sur les procédures judiciaires d'insolvabilité et qu'il faudrait examiner comment le tout pouvait s'articuler. Il a été proposé, en particulier, que le projet de guide passe en revue les différentes options, en examinant les avantages et les inconvénients de chacune et en indiquant comment elles pourraient être intégrées dans un régime de redressement. On a signalé à cet égard qu'il existait une corrélation entre le degré de difficulté financière du débiteur et la complexité de la solution appropriée. Par exemple, lorsque des banques étaient concernées, le débiteur pouvait probablement négocier de manière informelle avec elles et résoudre ses difficultés sans faire intervenir les créanciers commerciaux. Lorsque la situation financière était plus complexe et nécessitait l'intervention de nombreuses catégories différentes de créanciers, un plus grand formalisme pouvait s'imposer. On a avancé que cette approche pouvait constituer un moyen de présenter les différentes procédures aux législateurs. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait tenir compte de ces considérations lors de l'examen des sections du projet de guide consacrées au redressement, et en particulier que le thème des procédures accélérées de redressement pour mettre en

œuvre des restructurations comme celles dont il est question dans le document A/CN.9/WG.V/WP.55 (y compris les mécanismes internationaux et nationaux) devrait être abordé dans le projet de guide.
