



Assemblée générale

Distr.: Limitée
23 septembre 2002

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Vingt-septième session
Vienne, 9-13 décembre 2002

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Note du secrétariat

Table des matières

[L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A à C du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 7; les sections E et F du chapitre III et les chapitres IV à VII dans les additifs suivants]

	Paragraphes	Page
Deuxième partie (<i>suite</i>)		
III. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité		2
D. Traitement des contrats	118-150	2
1. Introduction	118-122	2
2. Continuation	123-135	3
3. Rejet	136-142	7
4. Contrats de location	143	9
5. Cession	144-146	9
6. Exceptions générales au pouvoir de poursuivre, de rejeter et de céder des contrats	147-149	10
7. Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure	150	11
Recommandations	(52)-(68)	11



Les numéros de paragraphe entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du Guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1 et auxquelles des ajouts – indiqués par un soulignement dans le présent document – ont été apportés.

Deuxième partie (suite)

III. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

D. Traitement des contrats

1. Introduction

118. [86] À mesure qu'une économie se développe, une part croissante de sa richesse tend à reposer sur des contrats, plus que sur des biens immeubles. C'est pourquoi le traitement des contrats dans la procédure d'insolvabilité revêt une importance capitale. Deux difficultés majeures se posent dans l'élaboration de principes juridiques en la matière. La première tient au fait que les contrats diffèrent de tous les autres biens de la masse en ce qu'ils sont généralement attachés à des engagements ou à des droits, à savoir que le débiteur doit souvent s'acquitter d'une obligation ou effectuer un paiement pour bénéficier de droits qui constituent des biens potentiellement précieux. De ce fait, des décisions délicates doivent être prises concernant le traitement qui sera le plus rentable pour la masse. [89] La deuxième difficulté tient à l'extrême diversité des types de contrats: simples contrats de vente de marchandises; contrats de location à court ou à long terme de biens meubles ou immeubles; contrats extrêmement complexes de franchise ou de construction et d'exploitation de grandes installations, etc. De plus, le débiteur peut être acheteur ou vendeur, bailleur ou locataire, donneur ou preneur de licence, prestataire ou utilisateur dans le cadre d'un contrat, si bien que les problèmes se posant dans l'insolvabilité risquent d'être très différents selon le côté où l'on se place.

119. [87] Afin de maximiser la valeur des biens de la masse, de réduire les engagements et, dans le cas d'un redressement, de permettre à l'entité de survivre et de poursuivre son activité dans toute la mesure possible sans interruption, il peut être nécessaire de tirer parti des contrats qui sont avantageux et augmentent la valeur de la masse et de dénoncer ceux qui sont trop lourds à gérer ou qui coûtent plus qu'ils ne rapportent. Par exemple, dans le cas d'un contrat prévoyant l'achat par le débiteur de marchandises particulières à un prix égal à la moitié du prix du marché au moment de l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité aurait évidemment avantage à continuer à acheter à ce prix inférieur et à vendre au prix du marché. Le cocontractant souhaiterait naturellement se délier de ce qui est devenu un contrat non rentable, mais, dans de nombreux systèmes, il n'y sera pas autorisé, bien qu'il puisse être fondé à recevoir l'assurance que le prix du contrat lui sera payé intégralement. Dans de nombreux cas, la continuation du contrat sera avantageuse pour les deux parties contractantes, et non uniquement pour le débiteur.

120. [88] Avant de décider du traitement à accorder aux contrats dans la procédure d'insolvabilité, il faut déterminer l'importance relative qu'on attribue, d'une part, au respect du droit général des contrats dans la procédure et, de l'autre, aux facteurs qui justifient une dérogation à ces principes contractuels établis. Plusieurs éléments devront sans doute être pris en compte, tels que la mesure dans laquelle les objectifs d'ordre public l'emportent sur le besoin de prévisibilité; les préoccupations sociales particulières liées à certains types de contrats, comme les contrats de travail (voir ci-dessous); l'effet de la modification des clauses des contrats non exécutés sur la prévisibilité des relations commerciales et financières et sur le coût du crédit et l'offre de crédits (plus le pouvoir de poursuivre ou de rejeter des contrats dans la procédure d'insolvabilité est étendu, plus le crédit risque d'être onéreux et difficile à obtenir); ainsi que la mesure dans laquelle le fait de décider de l'avenir des contrats favorisera la réutilisation des biens économiques.

121. [88] Lorsque la législation sur l'insolvabilité permet qu'on déroge aux principes contractuels généraux, il faut en outre déterminer la portée de cette dérogation ainsi que les catégories de contrats concernées. [84] À l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le débiteur sera presque inévitablement partie à au moins un contrat dans lequel le cocontractant et lui-même doivent encore s'acquitter d'obligations autres que le paiement d'une somme d'argent, par exemple le prix convenu pour les marchandises livrées. [85] Aucune règle spéciale n'est nécessaire dans le cas où seule une partie ne s'est pas pleinement acquittée de ses obligations: s'il s'agit du débiteur, le cocontractant pourra présenter une demande d'exécution ou de dommages-intérêts dans le cadre de la procédure d'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. VI.A); s'il s'agit du cocontractant, le représentant de l'insolvabilité pourra lui demander l'exécution ou le versement de dommages-intérêts. En revanche, lorsque les deux parties n'ont pas pleinement exécuté leurs obligations, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient, dans des cas précis, la continuation du contrat ou la possibilité de le rejeter (ou éventuellement de le céder, cette option n'étant toutefois pas fréquemment autorisée). En règle générale, c'est au représentant de l'insolvabilité qu'incombent ces décisions. Dans certaines législations, l'approbation d'un tribunal est également requise.

122. [88] Pour ce qui est des catégories de contrats concernées, une solution fréquente consiste à énoncer, dans les lois sur l'insolvabilité, des règles générales pour toutes les catégories de contrats, puis des exceptions pour certains contrats particuliers. Il peut être nécessaire de limiter la faculté de rejeter les contrats de travail, par exemple, si l'on craint que la liquidation ne soit utilisée dans le but précis d'éliminer la protection offerte aux salariés par ces contrats. D'autres catégories de contrats peuvent exiger un traitement particulier comme les opérations sur les marchés financiers (voir deuxième partie, chap. III.F) et les contrats pour services personnels, dans lesquels l'identité de la partie exécutante, que ce soit le débiteur lui-même ou un employé du débiteur, revêt une importance particulière.

2. Continuation

123. [95] Dans le cas d'un redressement, dont l'objectif est de permettre à l'entité de survivre et de poursuivre ses activités dans la mesure du possible, la faculté de poursuivre des contrats qui sont rentables ou essentiels pour l'entreprise et augmentent la valeur de la masse peut être cruciale pour le succès de la procédure.

124. [100] La continuation des contrats après l'ouverture de la procédure est peut-être moins nécessaire dans le cas d'une liquidation que dans celui d'un redressement, sauf lorsque le contrat est susceptible d'accroître la valeur de l'entreprise ou d'un bien particulier ou de faciliter la cession de cette dernière en vue de la poursuite de l'activité. Un contrat de location, par exemple, dans lequel le loyer est inférieur au prix du marché et dont l'expiration est encore lointaine, peut s'avérer essentiel dans tout projet de vente de l'entreprise ou peut être cédé pour accroître la valeur de la masse au profit des créanciers.

a) Clauses de résiliation automatique

125. [96] De nombreux contrats contiennent une clause prévoyant que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou d'autres signes de difficultés financières constituent un défaut d'exécution donnant au cocontractant un droit inconditionnel, par exemple, de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée, ou quelque autre droit. Certaines législations reconnaissent la validité de telles clauses au profit de la masse: lorsque le représentant de l'insolvabilité veut poursuivre un contrat après l'ouverture de la procédure, il pourra le faire uniquement si le cocontractant ne choisit pas, ou peut être convaincu de ne pas choisir, de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée. Dans ce cas, si le cocontractant a la faculté de résilier le contrat, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir un mécanisme susceptible d'être utilisé pour le convaincre de permettre la continuation du contrat, par exemple en disposant qu'il sera payé en priorité pour les services fournis après l'ouverture de la procédure (dans certaines législations, il peut s'agir d'une disposition générale qui considère les frais occasionnés après l'ouverture de la procédure comme une créance de premier rang).

126. [97] L'approche consistant à faire respecter ce type de clauses de résiliation trouve plusieurs justifications: le fait qu'il est souhaitable d'honorer les engagements commerciaux; la nécessité d'empêcher le débiteur d'exécuter exclusivement les contrats rentables et d'annuler les autres (avantage dont ne dispose pas le cocontractant innocent); l'effet sur la compensation globale des contrats financiers de la non-application d'une clause de résiliation automatique; l'idée qu'une entreprise insolvable ne sera généralement pas en mesure de payer, si bien que le fait de retarder la résiliation des contrats risque seulement d'accroître l'encours de ses dettes; la nécessité pour les créateurs de propriété intellectuelle de contrôler l'utilisation de cette dernière; et l'effet sur les activités du cocontractant de la résiliation d'un contrat en ce qui concerne un bien incorporel.

127. [98] Une autre approche consiste à autoriser le représentant de l'insolvabilité à poursuivre un contrat malgré les objections du cocontractant. En d'autres termes, toute clause prévoyant qu'un quelconque défaut d'exécution, tel que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ouvre au cocontractant le droit de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée est annulée par le seul effet de la loi sur l'insolvabilité. L'annulation des clauses de résiliation et d'exécution anticipée dans une procédure de redressement peut être essentielle au succès de cette dernière lorsque, par exemple, le contrat porte sur la location de biens indispensables ou sur l'utilisation de droits de propriété intellectuelle associés à un produit clef. Elle peut également permettre d'accroître le potentiel de gains de l'entreprise; de réduire le pouvoir de négociation d'un fournisseur essentiel; de tirer parti, pour les créanciers, de la valeur des contrats du débiteur et d'impliquer tous les créanciers dans le

redressement. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit la possibilité d'annuler les clauses de résiliation, les créanciers risquent d'être tentés, pour se prémunir contre une telle annulation, de résilier le contrat pour un autre motif avant que soit demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (en invoquant un défaut d'exécution du débiteur autre que l'ouverture de la procédure). On peut, pour atténuer ce risque, habiliter le représentant de l'insolvabilité à rétablir ces contrats, à condition que les obligations antérieures et postérieures à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité soient remplies.

128. [101] On peut invoquer, en faveur de l'annulation des clauses de résiliation dans le cadre de la liquidation, la nécessité de maintenir l'entreprise intacte pour maximiser sa valeur vénale ou accroître son potentiel de bénéfices; le besoin de tirer parti, au profit de tous les créanciers, de la valeur du contrat au lieu d'y renoncer au profit du cocontractant; et l'opportunité d'impliquer toutes les parties dans la liquidation définitive de l'entreprise.

129. [99] Si certains pays ont introduit des dispositions autorisant l'annulation des clauses de résiliation, ce type de dispositions n'est pas encore fréquent dans les lois sur l'insolvabilité. Il y a inévitablement des tensions entre le désir de favoriser la survie de l'entreprise débitrice, ce qui peut exiger de préserver les contrats, et la crainte de générer de l'incertitude et des frais supplémentaires dans les opérations commerciales en créant de multiples exceptions aux règles générales. Même si la question mérite que l'on pèse soigneusement le pour et le contre, il est des cas où la faculté pour le représentant de l'insolvabilité d'assurer la continuation d'un contrat sera essentielle à la conduite et au succès de la procédure de redressement et, dans une moindre mesure peut-être, de la procédure de liquidation lorsque l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. On peut contrebalancer les effets négatifs de l'annulation des clauses de résiliation en prévoyant le dédommagement des créanciers pouvant démontrer qu'ils ont subi un préjudice ou une perte en raison de la continuation du contrat après l'ouverture de la procédure.

b) Procédure pour la continuation des contrats

130. [92] Les lois sur l'insolvabilité adoptent des règles différentes concernant la continuation des contrats. Certaines disposent que l'ouverture de la procédure est sans incidence sur les contrats de sorte que les obligations contractuelles lient toujours les parties et les règles générales du droit des contrats continuent de s'appliquer à moins que l'application d'autres règles ne soit expressément prévue, comme dans le cas des clauses de résiliation automatique (voir plus haut). [91] D'autres exigent que le représentant de l'insolvabilité décide dans un délai déterminé si le contrat est nécessaire et sera poursuivi, faute de quoi celui-ci sera considéré comme rejeté. Si on adopte cette approche, on devra sans doute faire une distinction entre liquidation et redressement. Dans la liquidation, on peut prévoir la résiliation automatique des contrats sauf si le représentant de l'insolvabilité prend des dispositions dans un délai spécifié pour préserver un contrat. Dans le redressement, en revanche, une plus grande souplesse sera peut-être nécessaire pour éviter que l'absence de décision dans le délai prévu ne prive la masse d'un contrat qui pourrait être essentiel pour la procédure. Cette approche a néanmoins un inconvénient: dans la pratique, le représentant risque souvent de ne pas être en mesure de se prononcer sur un contrat, faute pour celui-ci de pouvoir être exécuté,

et le fait d'exiger un choix explicite pour chaque contrat pourrait donner lieu à une procédure excessivement lourde et coûteuse.

131. [91] Quelles que soient les règles adoptées en ce qui concerne la continuation des contrats, il est souhaitable que les droits du représentant de l'insolvabilité soient limités au contrat dans son ensemble, de sorte que celui-ci ne puisse choisir de poursuivre certaines parties du contrat et d'en rejeter d'autres. Il est également souhaitable que ces droits soient limités aux contrats dont le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal ont connaissance (lorsque ce dernier participe aux décisions concernant les contrats), faute de quoi l'absence de décision concernant un contrat dont le représentant de l'insolvabilité ignore l'existence risque de donner lieu à des demandes de dommages-intérêts et éventuellement d'engager sa responsabilité professionnelle.

c) Continuation de contrats en cas de défaut d'exécution du débiteur

132. [93] En cas d'inexécution du contrat par le débiteur au moment où est demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la question est de savoir s'il est équitable d'obliger le cocontractant à continuer de traiter avec un débiteur insolvable lorsqu'il y a déjà eu manquement avant l'insolvabilité. Certaines législations sur l'insolvabilité prévoient que les contrats peuvent être poursuivis à condition que le représentant de l'insolvabilité répare tout défaut d'exécution et donne l'assurance que le contrat sera exécuté à l'avenir en fournissant, par exemple, un cautionnement ou une garantie. D'autres n'exigent pas la réparation des défauts d'exécution antérieurs mais peuvent limiter cette approche à quelques catégories de contrats comme les contrats divisibles (par exemple, fourniture de services essentiels). Le représentant de l'insolvabilité peut être tenu de donner l'assurance que le contrat sera exécuté à l'avenir et, dans certains cas, d'engager sa responsabilité personnelle en cas d'inexécution future.

d) Créances nées de la continuation de contrats

133. [94] Les contrats poursuivis sont traités comme des obligations courantes postérieures à l'ouverture de la procédure dont le débiteur doit s'acquitter. Les créances nées de l'exécution du contrat après l'ouverture de la procédure sont considérées, dans un certain nombre de législations sur l'insolvabilité, comme des frais d'administration (voir deuxième partie, chap. VI.A) et non comme des créances chirographaires, et se voient accorder la priorité au moment de la répartition. L'octroi d'une telle priorité constituant un risque potentiel pour les autres créanciers (qui seront payés après les créanciers prioritaires), il est souhaitable de ne continuer que les contrats qui seront rentables ou essentiels à la poursuite des activités du débiteur. D'autres lois sur l'insolvabilité n'accordent pas la priorité à ces créances, qui occupent le même rang que les autres créances non garanties.

e) Modification des contrats poursuivis

134. [88] Une autre question à examiner est de savoir dans quels cas un représentant de l'insolvabilité peut modifier les clauses des contrats qui sont poursuivis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. En cas de continuation, les clauses du contrat doivent être respectées. En règle générale, le représentant de l'insolvabilité n'aura pas plus de droits en matière de modification des contrats que

n'en aurait normalement le débiteur. Il devra donc négocier chaque modification avec l'autre partie et toute modification apportée sans le consentement de celle-ci constituera une contravention au contrat pour laquelle elle peut demander des dommages-intérêts.

f) Exceptions au pouvoir de poursuivre des contrats

135. [102] On distingue généralement deux catégories d'exceptions au pouvoir du représentant de l'insolvabilité de décider de la continuation d'un contrat. D'une part, lorsque que le représentant de l'insolvabilité est habilité à annuler des clauses de résiliation automatique, des exceptions spécifiques peuvent être prévues pour certains types de contrats, notamment des contrats financiers à court terme (par exemple, des accords d'échange et des contrats à terme – voir deuxième partie, chap. III.F). D'autre part, des exceptions peuvent être prévues pour les contrats qui, indépendamment du traitement accordé aux clauses de résiliation automatique par la loi sur l'insolvabilité ne peuvent être poursuivis parce qu'ils stipulent la fourniture par le débiteur ou par un employé du débiteur de services personnels non substituables (le contrat peut porter, par exemple, sur des droits de propriété intellectuelle particuliers, des services exigeant un accord de partenariat, la prestation de services par une personne ayant des connaissances très spécialisées ou par une personne nommément désignée ayant une compétence particulière).

3. Rejet

136. [103] Pour les raisons examinées dans l'introduction ci-dessus, il est souhaitable qu'un représentant de l'insolvabilité ait le pouvoir de rejeter un contrat dans lequel les deux parties n'ont pas intégralement exécuté leurs obligations. [91] Il est également souhaitable que tout droit de rejeter un contrat soit limité au contrat dans son ensemble, de manière à éviter que le représentant de l'insolvabilité puisse choisir de poursuivre certaines parties du contrat et pas d'autres.

137. [107] Dans le cas d'un redressement, on peut accroître les chances de réussite en autorisant le représentant de l'insolvabilité à rejeter des contrats trop lourds à gérer, notamment lorsque le coût d'exécution est supérieur aux bénéfices escomptés ou lorsque, dans un contrat de location en cours, par exemple, le loyer est supérieur au prix du marché.

a) Procédure de rejet

138. [104] Comme pour la continuation, différents mécanismes peuvent être utilisés pour rejeter des contrats. De nombreuses législations prévoient une procédure commune, dans laquelle, par exemple, le représentant de l'insolvabilité est tenu de prendre des dispositions à l'égard d'un contrat, telles qu'aviser le cocontractant de sa continuation ou de son rejet. Certaines lois exigent que cette notification soit faite dans un délai déterminé. En l'absence de délai, cette approche risque de ne pas assurer à la procédure la sécurité, la prévisibilité et l'efficacité voulues, si le représentant de l'insolvabilité n'agit pas rapidement et s'il laisse la question en suspens pendant un certain temps. Lorsque le contrat en question implique une prestation continue, l'inaction du représentant de l'insolvabilité risque aussi d'entraîner l'accumulation de dépenses inutiles (par exemple, la location de biens meubles ou immeubles par le débiteur peut entraîner des frais d'administration

considérables si le bail n'est pas rapidement résilié) ou de mettre un terme à la fourniture d'un service essentiel (lorsque le représentant de l'insolvabilité est tenu de décider rapidement de la continuation d'un contrat).

139. [105] Suivant une deuxième approche, le contrat peut être considéré comme automatiquement rejeté si le représentant de l'insolvabilité ne décide pas dans un délai déterminé qu'il devrait être poursuivi. Ce délai peut être plus long dans le cas du redressement que dans celui de la liquidation. Cette approche vise à assurer la sécurité aux deux parties. Elle exige que le représentant de l'insolvabilité prenne rapidement des dispositions concernant les contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure et offre, à l'autre partie, un certain degré de certitude quant à la continuation du contrat dans un délai raisonnable après l'ouverture de ladite procédure. Certaines législations prévoient également que le cocontractant peut demander au représentant de l'insolvabilité de prendre une décision concernant un contrat particulier dans un délai déterminé ou saisir le tribunal pour obliger celui-ci à se prononcer; en l'absence de décision, le contrat peut être considéré comme rejeté.

140. [108] Comme mentionné plus haut pour la continuation, il peut être indiqué d'établir une distinction entre liquidation et redressement pour prévoir une disposition supplétive concernant le rejet des contrats. Si l'on peut raisonnablement supposer, dans le cas d'une liquidation, que l'absence de décision de la part du représentant de l'insolvabilité implique très probablement une décision de rejeter le contrat, cette supposition n'est peut-être pas toujours valable dans le cas d'un redressement. Il est peut-être indiqué, dans ce dernier cas, que le représentant de l'insolvabilité ait la possibilité de se prononcer sur le rejet d'un contrat jusqu'à l'approbation du plan de redressement, à condition que toute prestation reçue au titre de ce contrat soit payée jusqu'au moment de son rejet comme s'il s'agissait d'une dépense d'administration et que le cocontractant ait la possibilité d'exiger une décision anticipée si celle-ci est nécessaire ou souhaitée. Il est bon d'indiquer clairement dans le plan le traitement accordé à certains contrats, en y insérant éventuellement une disposition selon laquelle les contrats pour lesquels rien n'est précisé devraient être considérés comme automatiquement rejetés lors de l'approbation du plan.

b) Effet du rejet sur le cocontractant

141. [106] Il est souhaitable que le représentant de l'insolvabilité soit tenu de payer sur la masse toute prestation reçue au titre du contrat jusqu'à ce que soit décidé la continuation ou le rejet de ce dernier. En cas de rejet, le cocontractant est dispensé d'exécuter le reste du contrat, le seul problème délicat étant de calculer le montant du préjudice subi. Il devient un créancier chirographaire titulaire d'une créance égale au montant de ce préjudice. Lorsqu'un contrat a été exécuté durant la procédure avant d'être rejeté, le cocontractant peut détenir à la fois des créances nées de l'exécution pendant la période antérieure au rejet (qui seront éventuellement considérées comme des frais d'administration)¹ et des créances indemnitaires pour le préjudice découlant du rejet. Si le contrat est poursuivi, la masse comme le cocontractant seront tenus d'en exécuter les clauses.

¹ Voir deuxième partie, chapitre VI.C, sur le classement des créances.

c) Exceptions au pouvoir de rejeter des contrats

142. [109] Quelle que soit l'étendue des pouvoirs de rejet conférés au représentant de l'insolvabilité, des exceptions peuvent être nécessaires pour certains contrats. Les contrats de travail (voir deuxième partie, chap. III.D.6) et certains contrats financiers (voir deuxième partie, chap. III.F) constituent une exception majeure. Il pourrait être indiqué d'appliquer une exception similaire aux contrats dans lesquels le débiteur est bailleur ou franchiseur ou octroie une licence en propriété intellectuelle et dont la résiliation mettrait fin ou nuirait gravement aux activités du cocontractant, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes.

4. Contrats de location

143. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions particulières pour les contrats de location en cours. Certaines autorisent le rejet d'un contrat de location dans lequel le débiteur est locataire indépendamment de sa date d'expiration, sous réserve que les délais de notification prévus par la loi ou le contrat soient respectés. Le rejet donnerait lieu à une demande de dédommagement de la part du bailleur pour résiliation anticipée. Lorsque le débiteur est locataire et que son contrat de location est poursuivi, il peut être indiqué d'imposer certaines conditions au représentant de l'insolvabilité, telles que l'obligation de réparer tout défaut d'exécution, de verser des dommages-intérêts pour tout préjudice résultant d'un tel défaut et de donner l'assurance que les obligations prévues dans le contrat seront exécutées à l'avenir. [109] Il peut en outre être souhaitable de fixer un plafond pour les dommages-intérêts exigés par le bailleur (soit en indiquant une somme d'argent, soit en précisant la période pour laquelle les dommages-intérêts peuvent être demandés) de sorte que la créance au titre d'un contrat de location à long terme ne soit pas disproportionnée par rapport à celles des autres créanciers. Les bailleurs auront généralement la possibilité de compenser leurs pertes en relouant le bien.

5. Cession

144. [110] La faculté qu'a le représentant de l'insolvabilité de céder des contrats en dépit de clauses de résiliation en cas d'insolvabilité ou de restrictions concernant les transferts prévues dans le contrat peut être très avantageuse pour la masse et, partant, pour les bénéficiaires du produit réparti après la liquidation ou dans le cadre d'un redressement. [111] Alors que la faculté de céder revêt, pour certains pays, une importance cruciale dans la procédure de liquidation, pour d'autres pays, elle est totalement étrangère et interdite. [110] Il peut aussi exister des cas, par exemple lorsque le prix contractuel est inférieur au prix du marché, où le rejet du contrat peut entraîner un gain exceptionnel pour le cocontractant. Si le contrat peut être cédé, c'est la masse de l'insolvabilité, et non le cocontractant, qui bénéficiera de la différence entre le prix du contrat et le prix du marché.

145. [111] Toutefois, permettre la cession d'un contrat alors que les clauses de celui-ci l'interdisent peut porter atteinte aux droits du cocontractant et soulever des questions de préjudice, surtout lorsque le cocontractant n'intervient que peu ou pas du tout dans le choix du cessionnaire, [97] outre le fait qu'il est inopportun de contraindre le cocontractant à accepter le transfert du contrat à un tiers qu'il ne

connaît peut-être pas ou avec lequel il ne souhaite peut-être pas traiter. Cette question est traitée différemment selon les législations. Certaines lois sur l'insolvabilité spécifient que l'ouverture d'une procédure rend les clauses d'incessibilité nulles et non avenues. D'autres renvoient la question au droit général des contrats; si le contrat contient une clause de non-cession, il ne peut être cédé sans l'accord du cocontractant ou de toutes les parties au contrat initial. Parmi ces lois, certaines ménagent, si le cocontractant n'accepte pas la cession, la possibilité pour le représentant de l'insolvabilité de céder le contrat avec l'autorisation du tribunal lorsqu'il peut être démontré que le cocontractant refuse de donner son consentement sans raison valable ou lorsque le représentant de l'insolvabilité peut démontrer au cocontractant que le cessionnaire peut exécuter le contrat de façon satisfaisante. Le représentant de l'insolvabilité est alors libre de céder le contrat au profit de la masse².

146. [112] Quels que soient les pouvoirs conférés au représentant de l'insolvabilité pour céder les contrats, certains ne peuvent être cédés parce qu'ils exigent l'exécution de services personnels irremplaçables ou parce que la cession est interdite par la loi. Ainsi, certains pays interdisent la cession de contrats de marché public.

6. Exceptions générales au pouvoir de poursuivre, de rejeter et de céder des contrats

147. [112] Un certain nombre d'exceptions spécifiques aux pouvoirs examinés dans la présente section ont été mentionnées plus haut. Cependant, une loi sur l'insolvabilité devra peut-être envisager, pour certaines catégories de contrats, des exceptions générales non seulement à ces pouvoirs, mais aussi à l'application de certaines de ses autres dispositions. Les exceptions concernant les contrats financiers, la compensation et la compensation globale sont examinées dans la deuxième partie, chapitre III.F.

– Contrats de travail

148. [113] Les contrats de travail constituent une exception majeure aux pouvoirs examinés dans la présente section. S'ils sont particulièrement importants dans le redressement, ils le sont aussi dans la liquidation lorsque le représentant de l'insolvabilité tente de céder l'entité en vue de la poursuite de l'activité. Il pourra obtenir un meilleur prix de vente s'il est en mesure de résilier des contrats de travail onéreux ou d'opérer les compressions d'effectifs nécessaires. Toutefois, la relation entre salariés et employeur soulève certains des problèmes les plus difficiles du droit de l'insolvabilité. N'entrent pas en jeu simplement le contrat lui-même, qui est fondamentalement un contrat en cours comme n'importe quel autre, mais aussi les dispositions généralement contraignantes des autres branches du droit qui protègent les salariés. Ces dispositions peuvent porter, par exemple, sur les points suivants: licenciement abusif; salaire minimum; congés payés; temps de travail maximum; congé de maternité; égalité de traitement et non-discrimination. Le problème est généralement de savoir dans quelle mesure ces dispositions auront un impact sur la

² Cette approche va dans le sens, par exemple, de celle qui a été adoptée à l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001).

procédure d'insolvabilité, dès lors qu'elles soulèvent des questions beaucoup plus larges que la résiliation du contrat et la priorité des créances monétaires sous forme de salaires et indemnités non versés (voir deuxième partie, chap. VI.A et C). C'est pourquoi un certain nombre de pays ont adopté des régimes spéciaux pour la protection des créances salariales en cas d'insolvabilité et, afin d'éviter que la procédure d'insolvabilité ne soit utilisée pour supprimer la protection accordée aux salariés, limitent expressément la faculté du représentant de l'insolvabilité de rejeter les contrats de travail, par exemple à des cas bien déterminés, comme celui d'une rémunération excessive des salariés par rapport à celle qui serait normalement versée pour le même travail. Dans certains pays, la loi prévoit le maintien des salariés en cas de cession de l'entreprise en vue de la poursuite de son exploitation, à la fois dans l'hypothèse d'une liquidation et dans celle d'un redressement, ou uniquement dans l'hypothèse d'un redressement.

149. [114] Pour une plus grande transparence du régime d'insolvabilité, il est souhaitable d'énoncer clairement dans la loi les limites imposées aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité concernant ces types de contrat

7. Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure

150. [114] Aux contrats en cours s'ajoute une deuxième catégorie de contrats, à savoir ceux conclus après l'ouverture de la procédure. Dans la procédure de redressement et lorsque l'entreprise en liquidation doit être cédée en vue de la poursuite de son exploitation, il sera souvent nécessaire de conclure des contrats (tant dans le cours normal des activités qu'en dehors) pour que l'entreprise puisse continuer à tourner et à réaliser des gains qui profiteront finalement aux créanciers. Ces contrats sont généralement considérés comme des obligations de la masse postérieures à l'ouverture de la procédure et [90] leur inexécution donne habituellement lieu à une créance de premier rang sur les fonds disponibles, qui de ce fait est payée dans son intégralité en tant que frais d'administration de la procédure (voir deuxième partie, chap. VI.C).

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant le traitement des contrats est:

- a) d'établir la façon dont les contrats, ~~que le débiteur ou son cocontractant n'ont pas exécutés ou pas entièrement exécutés, dans lesquels tant le débiteur que son cocontractant n'ont pas encore entièrement exécuté leurs obligations respectives,~~ devraient être traités dans la législation sur l'insolvabilité, y compris le rapport entre la législation sur l'insolvabilité et le droit général des contrats, dans le but de maximiser la valeur de l'actif et de réduire le passif de la masse;
- b) d'indiquer l'étendue des pouvoirs concernant ces contrats et dans quels cas [et par qui] ces pouvoirs peuvent être exercés;
- c) d'identifier les catégories de contrats qui devraient être exclues de l'exercice de ces pouvoirs.

Contenu des dispositions législatives

52) [41]] La législation sur l'insolvabilité devrait régler la question du traitement des contrats ~~que le débiteur ou son cocontractant n'ont pas exécutés ou pas entièrement exécutés~~ dans lesquels tant le débiteur que son cocontractant n'ont pas encore entièrement exécuté leurs obligations respectives.

Clauses de résiliation automatique

53) [42]] La législation sur l'insolvabilité [peut] [devrait] rendre inopposable [au représentant de l'insolvabilité] toute disposition d'un contrat prévoyant le droit de résilier le contrat dans les cas suivants ou assimilant l'un des cas suivants à un défaut d'exécution:

- a) demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité;
- b) nomination d'un représentant de l'insolvabilité;
- c) débiteur satisfaisant aux critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; ou
- d) signes indiquant que le débiteur est dans une situation financière précaire.

Continuation

54) [43]] La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut [décider de] poursuivre un contrat lorsque la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité³.

Défaut d'exécution d'un contrat poursuivi

55) [45]] Lorsqu'un contrat est poursuivi après l'ouverture de la procédure, la législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que toutes les chances de ce contrat sont opposables (à l'exception, comme le prévoit la recommandation 53), des clauses de résiliation automatique) et que les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution ultérieure du contrat par le représentant de l'insolvabilité sont assimilables à une dépense liée à l'administration de la masse.

Continuation de contrats en cas d'inexécution du débiteur

56) [46]] Lorsque le débiteur manque à ses obligations au titre d'un contrat au moment de l'ouverture de la procédure, et que le représentant de l'insolvabilité cherche à poursuivre ce contrat, la législation sur l'insolvabilité peut adopter différentes approches sur le point de savoir s'il doit ou non être remédié au manquement. Elle pourrait prévoir:

³ Sous réserve que l'interdiction automatique des poursuites permette d'éviter la résiliation (consécutive à une clause de résiliation automatique) des contrats avec le débiteur, tous les contrats devraient être maintenus pour que le représentant de l'insolvabilité puisse examiner la possibilité de les poursuivre.

a) que le représentant de l'insolvabilité peut [décider de] poursuivre ce contrat, à condition qu'il [soit] [puisse être] remédié au manquement de sorte que le cocontractant qui n'est pas en défaut retrouve la situation qui était la sienne avant le manquement, et que le représentant de l'insolvabilité donne des assurances appropriées quant à la capacité [du débiteur] [de la masse de l'insolvabilité] de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi;

[b) que le représentant de l'insolvabilité peut [décider de] poursuivre certains contrats [par exemple, ceux qui sont divisibles, tels que les contrats de fourniture de services essentiels] sans avoir à remédier au manquement, à condition qu'il donne des assurances quant à la satisfaction des créances nées de ce contrat postérieurement à l'ouverture de la procédure. Le cocontractant [devrait déclarer] [délièvrera] au titre du manquement une créance antérieure à l'ouverture de la procédure.]

Rejet

57) [47)] La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut [décider de] rejeter un contrat trop lourd⁴ à gérer pour la masse de l'insolvabilité.

58) [44)] Pendant la période postérieure à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, et avant que le contrat soit rejeté, la législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le cocontractant s'est exécuté au profit de la masse de l'insolvabilité, la somme correspondant aux avantages tirés de l'exécution du contrat par la masse de l'insolvabilité est assimilable à une dépense liée à l'administration de la masse⁵.

(59) Lorsqu'un contrat est rejeté, la législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que le cocontractant doit être avisé de son rejet et de ses droits à déclarer ses créances (en particulier du délai dans lequel cette déclaration doit être faite).

60) [48)] Lorsqu'un contrat est rejeté, la législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que le rejet donne naissance à une créance [ordinaire non garantie] [antérieure à l'ouverture de la procédure] au titre des dommages-intérêts auxquels elle ouvre droit, lesquels seraient déterminés conformément aux règles générales régissant les dommages-intérêts. La législation sur l'insolvabilité peut limiter les créances liées au rejet d'un contrat de longue durée.

61) [49)] Lorsque le représentant de l'insolvabilité décide de rejeter un contrat, la législation sur l'insolvabilité devrait indiquer le moment auquel le rejet prendra effet.

⁴ La législation sur l'insolvabilité peut prévoir les cas dans lesquels les biens peuvent être considérés comme trop lourds à gérer, notamment [51] lorsqu'ils ont une valeur négative ou insignifiante; lorsqu'ils ne sont pas essentiels au redressement; lorsqu'ils sont grevés de telle façon que leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives supérieures à leur valeur de réalisation ou engendrerait une obligation onéreuse ou une obligation de paiement; ou lorsqu'ils sont invendables ou difficilement vendables.

⁵ Voir deuxième partie, chapitre VI.C.

Délai concernant la continuation ou le rejet d'un contrat

62) [50]] La législation sur l'insolvabilité peut prévoir un délai avant l'expiration duquel le représentant de l'insolvabilité devra décider s'il poursuit (lorsque la législation sur l'insolvabilité exige une décision expresse pour la continuation du contrat) ou s'il rejette un contrat, lequel délai peut être prorogé par le tribunal. La législation sur l'insolvabilité peut spécifier les conséquences d'une absence de décision de la part du représentant de l'insolvabilité.

63) [Nonobstant la recommandation 62),] la législation sur l'insolvabilité devrait autoriser un cocontractant à demander au représentant de l'insolvabilité de prendre rapidement une décision concernant un contrat lorsqu'il peut démontrer que tout retard lui causerait un préjudice.

Cession des contrats

~~Variante A~~

[64] [51]] La législation sur l'insolvabilité n'a pas à prévoir de règles relatives à la cession des contrats si cette question fait l'objet de dispositions dans d'autres branches du droit, telles que le droit général des contrats, et si l'on estime qu'elle devrait être régie par ces dispositions.]

65) [52]] Lorsqu'il est jugé souhaitable de prévoir dans la législation sur l'insolvabilité des dispositions spéciales concernant la cession des contrats, celle-ci pourrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut [décider de] céder un contrat, nonobstant les restrictions énoncées dans celui-ci.

66) [53]] Lorsque le cocontractant est opposé à la cession d'un contrat, la législation sur l'insolvabilité peut néanmoins habiliter le tribunal à approuver la cession [si] [à condition que]:

- a) le cessionnaire [peut] [puisse] s'acquitter des obligations contractuelles;
- b) le cocontractant [ne subit] [subisse] pas un préjudice déraisonnable en raison de] [[n'est] [ne soit] pas désavantagé par] la cession; [et]
- c) la cession [est] [soit] nécessaire au [ou bénéfique pour le] redressement du débiteur ou à la cession de l'entreprise débitrice en liquidation en vue de la poursuite de l'activité.

~~Variante B~~

~~51) La législation de l'insolvabilité [pourrait] [devrait] prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut [choisir de] céder un contrat qui a été poursuivi.~~

~~52) Lorsque le cocontractant est opposé à la cession d'un contrat, la législation de l'insolvabilité pourrait habiliter le tribunal à approuver néanmoins la cession [si] [à condition que]:~~

- ~~a) le cessionnaire [peut] [puisse] s'acquitter des obligations contractuelles;~~

- b) ~~le cocontractant [ne [subit] [subisse] pas un préjudice déraisonnable en raison de] [[n'est] [ne soit] pas désavantagé par] la cession;~~
- e) ~~la cession [est] soit nécessaire au redressement du débiteur.~~

Traitement spécial de certains contrats

67) [54)] La législation sur l'insolvabilité peut prévoir des règles spéciales concernant le traitement des contrats de travail, des contrats financiers, des contrats de propriété intellectuelle et [...]⁶.

~~Contrôle des décisions concernant le traitement des contrats~~

~~55) La législation de l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées de soumettre au contrôle du tribunal les décisions prises par le représentant de l'insolvabilité concernant la continuation et la résiliation de contrats. Les motifs justifiant un tel contrôle pourraient être les suivants: [...]⁷.~~

Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

68) La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que les contrats conclus dans le cours normal des activités après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité seront considérés comme des obligations de la masse de l'insolvabilité postérieures à l'ouverture de la procédure. Les créances nées de ces contrats devraient être considérées comme des frais d'administration.

⁶ Pour le traitement des contrats financiers et contrats similaires, voir deuxième partie, chapitre III.F.

⁷ NOTE À L'INTENTION DU GROUPE DE TRAVAIL: Le Groupe de travail souhaitera peut-être décider si une disposition de ce type devrait figurer sous chaque rubrique (voir par exemple les recommandations 64 et 83) ou en tant que disposition générale, éventuellement à la section B relative au "représentant de l'insolvabilité" du chapitre IV. On pourrait adopter un libellé du type:

La législation de l'insolvabilité n'a pas à prévoir de règles concernant le droit des parties intéressées de demander que soient soumises à un contrôle les décisions prises par le représentant de l'insolvabilité dans le cadre de l'administration de la procédure si ce droit est déjà prévu par d'autres textes législatifs et si l'on considère que la question devrait être régie par ces textes. Lorsqu'il est jugé opportun, pour des raisons de clarté et de transparence, d'inclure des dispositions spéciales dans la législation de l'insolvabilité, celles-ci pourraient aussi prévoir les motifs justifiant la demande d'un tel contrôle.