Nations Unies A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9

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; la deuxième partie et le chapitre premier sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; le chapitre II.A et B est publié sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; le chapitre III.A à D est publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 8; les chapitres IV à VII sont publiés dans des additifs postérieurs au présent additif]

		Paragraphes	*Page*
Deuxième partie (*suite*)			
III.	Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité		2
	E. Procédure d'annulation	151-189	2
	1. Introduction	151-157	2
	2. Critères d'annulation	158-161	4
	3. Catégories d'opérations susceptibles d'annulation	162-174	5
	4. Opérations exemptées d'actions en annulation	175	10
	5. Établissement de la période suspecte	176-178	10
	6. Ouverture de la procédure d'annulation	179-187	11
	7. Responsabilité des autres parties à une opération annulée	188	13
	8. Contrats postérieurs à la demande d'ouverture de la procédure et à l'ouverture de la procédure	189	14
Recommandations		(69)-(81)	14

V.02-57965 (F) 221002 231002

	Paragraphes	*Page*
F. Compensation, compensation globale et contrats financiers	190-201	17
1. Droit général à compensation	190-195	17
2. Compensation globale et compensation dans le contexte des opérations financières	196-198	19
3. Exception pour les contrats financiers	199-202	20
Recommandations	(82)-(88)	21

Les numéros de paragraphe figurant entre crochets renvoient au paragraphe pertinent de la version précédente du projet de guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.
Les numéros de recommandation figurant entre crochets renvoient aux recommandations pertinentes de la version précédente des recommandations publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Les soulignements qui apparaissent dans le présent document dans le texte des recommandations indiquent qu'il s'agit de passages nouveaux.

Deuxième partie (*suite*)

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

E. Procédure d'annulation

1. Introduction

151. [124] Il peut s'écouler beaucoup de temps entre le moment où un débiteur se rend compte qu'il ne peut éviter une procédure d'insolvabilité (qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement) et celui où une telle procédure est ouverte. Pendant cette période, il existe de nombreuses possibilités, d'une part, pour le débiteur de tenter de dissimuler des actifs à ses créanciers, de souscrire des engagements fictifs, de consentir des libéralités à des parents et à des amis ou de payer certains créanciers à l'exclusion d'autres, d'autre part, pour les créanciers, de prendre des mesures stratégiques pour occuper une position avantageuse. Dans la perspective de la procédure d'insolvabilité qui s'ouvrira en définitive, de tels actes ont pour résultat de défavoriser les créanciers chirographaires ordinaires, qui n'ont pas été parties et ne bénéficient pas d'une sûreté, et de compromettre l'objectif de traitement égal de tous les créanciers se trouvant dans une situation analogue.

152. [131] Le terme "opération" est employé dans la présente section pour désigner généralement les nombreux actes juridiques permettant de disposer d'actifs ou de contracter des obligations, notamment le transfert, le paiement, la constitution d'une sûreté ou d'une garantie, la conclusion d'un prêt ou la renonciation d'un droit.

153. [125] De nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions qui s'appliquent rétrospectivement et qui visent à annuler les opérations passées auxquelles le débiteur insolvable était partie ou qui mettaient en jeu les biens du

débiteur en produisant certains effets, notamment les suivants: réduire la valeur nette de l'entreprise (par exemple, le don d'actifs ou leur transfert ou leur vente à un prix inférieur à leur juste valeur marchande) ou enfreindre le principe d'une juste répartition entre les créanciers de la même catégorie (par exemple, le paiement d'une créance à un créancier non garanti ou l'octroi d'une sûreté à un créancier n'en étant pas muni par ailleurs alors que les autres créanciers chirographaires ne sont pas payés et restent chirographaires). De nombreuses lois en dehors du droit de l'insolvabilité abordent également ces catégories d'opérations qui sont préjudiciables aux créanciers en dehors du contexte de l'insolvabilité, mais elles peuvent aussi s'appliquer à l'insolvabilité. Dans certaines circonstances, le représentant de l'insolvabilité pourra mettre à profit ces lois étrangères au droit de l'insolvabilité, outre les dispositions relevant de ce droit.

154. [133] En matière d'insolvabilité, les opérations sont en général susceptibles d'annulation pour plusieurs raisons, à savoir: pour empêcher la fraude (par exemple, les opérations visant à dissimuler des actifs au profit ultérieur du débiteur ou encore des responsables, propriétaires ou dirigeants de l'entreprise débitrice); pour faire respecter l'application, d'une manière générale, des droits des créanciers; pour garantir à tous les créanciers un traitement équitable en empêchant le favoritisme, lorsque le débiteur souhaite avantager certains créanciers aux dépens des autres; pour empêcher une baisse subite de la valeur de l'entité commerciale immédiatement avant qu'elle soit placée sous contrôle judiciaire; et, dans certains pays, pour définir un cadre favorable au règlement amiable – les créanciers sauront que les opérations ou les saisies d'actifs réalisées à la dernière minute peuvent être annulées et seront donc plus enclins à collaborer avec un débiteur pour parvenir à un règlement efficace sans l'intervention d'un tribunal.

155. [125] Les principaux objectifs des pouvoirs d'annulation sont de faire en sorte que soit préservée l'intégrité de la masse de l'insolvabilité et que les créanciers reçoivent une juste part des actifs du débiteur insolvable conformément aux priorités établies pour les paiements. Nonobstant cet objectif, il est important de garder à l'esprit que de nombreuses opérations pouvant faire l'objet d'une annulation sont parfaitement normales et acceptables lorsqu'elles sont effectuées en dehors du contexte d'une insolvabilité, mais deviennent suspectes quand elles coïncident avec l'imminence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Les pouvoirs d'annulation n'ont pas pour objet de remplacer ou de modifier d'une autre manière d'autres mécanismes de protection des intérêts des créanciers qui seraient disponibles en vertu du droit civil ou du droit commercial en général.

156. [126] Les règles en matière d'annulation font l'objet de nombreux débats, portant principalement sur leur efficacité dans la pratique et sur les règles quelque peu arbitraires qui sont nécessaires pour définir, par exemple, les délais pertinents et la nature des opérations à inclure. Toutefois, les dispositions relatives à l'annulation peuvent être importantes pour une loi sur l'insolvabilité non seulement parce que le principe général sur lequel elles sont fondées est rationnel mais aussi parce qu'elles peuvent permettre un recouvrement d'actifs ou de leur valeur au profit de l'ensemble des créanciers, et que des clauses de cette nature contribuent à créer un code de conduite commerciale équitable et s'inscrivent dans le cadre d'un corpus de normes de nature à assurer la bonne gestion des entités commerciales.

157. [127] Comme cela est le cas pour un certain nombre de dispositions essentielles d'une loi sur l'insolvabilité, l'élaboration de dispositions concernant

l'annulation doit établir un équilibre entre des intérêts sociaux concurrents tels que, d'une part, la nécessité de pouvoirs forts pour maximiser la valeur des actifs de la masse au profit de tous les créanciers et, d'autre part, le risque de compromettre la prévisibilité et la sécurité contractuelles. Même lorsqu'une loi sur l'insolvabilité adopte de larges pouvoirs d'annulation, l'exercice de ces pouvoirs peut être subordonné à des critères précis qui peuvent contribuer à la sécurité et à la prévisibilité commerciales.

2. Critères d'annulation

158. [128] Les approches retenues pour définir les critères applicables aux actions en annulation varient sensiblement entre les différentes lois sur l'insolvabilité, qu'il s'agisse des critères proprement dits ou de la manière dont ils sont associés dans chaque loi. S'agissant des critères applicables, on peut les regrouper *grosso modo* en critères objectifs et critères subjectifs.

159. [128] L'une des approches adoptées privilégie le recours à des critères objectifs généraux permettant de déterminer si les opérations sont annulables. Il s'agit par exemple de savoir si l'opération a été effectuée pendant une période déterminée antérieure à la demande d'ouverture ou à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (souvent appelée "période suspecte") ou si l'opération a fait apparaître l'une quelconque d'un certain nombre de caractéristiques générales prévues par la loi (par exemple, l'apport d'une contrepartie appropriée pour les actifs transférés ou l'obligation contractée, le fait de savoir si la créance était venue à échéance ou si l'obligation était exigible, ou la nature de la relation entre les parties à l'opération). Des critères généraux peuvent être simples à appliquer, mais ils peuvent aussi, si l'on s'en remet exclusivement à eux, aboutir à des résultats arbitraires, si bien que des opérations légitimes et utiles effectuées pendant la période spécifiée risqueront d'être annulées tandis que des opérations frauduleuses ou préférentielles non comprises dans cette période pourront être sauvegardées.

160. [129] Une autre approche met l'accent sur l'application de critères subjectifs au cas par cas. Par exemple, a-t-on la preuve que le débiteur avait l'intention de dissimuler des actifs aux créanciers? Avait-il cessé ses paiements au moment où l'opération a eu lieu, ou n'était-il plus en mesure d'effectuer ses paiements suite à l'opération? L'opération était-elle injuste à l'égard de certains créanciers? Le cocontractant savait-il que le débiteur avait cessé ses paiements? Il pourrait être nécessaire, si l'on adopte cette approche, d'examiner de façon assez détaillée l'intention des parties à l'opération ainsi que d'autres facteurs tels que la situation financière du débiteur et ce qui constitue le cours normal des affaires entre le débiteur et certains créanciers.

161. Très peu de lois sur l'insolvabilité se fondent uniquement sur des critères subjectifs pour établir les dispositions relatives à l'annulation. En général, sont également pris en compte les délais dans lesquels les opérations doivent avoir été effectuées. [129] Dans certains pays, le poids accordé à des critères subjectifs a abouti à un grand nombre de litiges et entraîné des coûts importants pour la masse de l'insolvabilité. Afin d'éviter de tels coûts, certaines lois ont adopté une approche strictement objective de ce qu'on entend par période suspecte de courte durée, par exemple trois à quatre mois. Dans certains cas, cette période suspecte de courte durée a été associée à une règle arbitraire qui veut que toutes les opérations effectuées pendant cette période soient suspectes, sauf si une contrepartie a été

échangée presque simultanément entre les parties à l'opération. Certaines lois sur l'insolvabilité combinent ces différentes approches pour traiter différents types d'opérations. Par exemple, les opérations préférentielles et les opérations à un prix sous-évalué peuvent être définies en fonction de critères objectifs, alors que les opérations visant à faire échouer ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers seront définies en fonction d'éléments plus subjectifs faisant intervenir les questions d'intention. Une loi sur l'insolvabilité qui adopte à la fois des éléments objectifs et subjectifs dispose, par exemple, que les opérations telles que les dons, les sûretés pour les créances existantes et les paiements extraordinaires (ceux qui n'ont pas été effectués à l'aide de moyens de paiements habituels ou qui ont été effectués avant le délai fixé) peuvent être annulées lorsqu'elles sont réalisées dans les trois mois qui précèdent l'ouverture d'une procédure. D'autres opérations peuvent être annulées si le débiteur a cessé ses paiements, si l'opération est injuste ou abusive à l'égard d'un groupe de créanciers et si le cocontractant savait que le débiteur avait cessé ses paiements au moment où les opérations sont intervenues.

3. Catégories d'opérations susceptibles d'annulation

162. [132] Bien qu'elles renvoient à des définitions différentes, on distingue pour l'essentiel, dans la plupart des systèmes juridiques, trois catégories courantes d'opérations annulables, qui serviront dans le présent Guide de base aux discussions: les opérations visant à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances par les créanciers (souvent désignées opérations frauduleuses), les opérations à un prix sous-évalué et les opérations avec certains créanciers qui pourraient être considérés comme préférentielles. Certaines opérations peuvent revêtir les caractéristiques de plusieurs de ces catégories, selon les circonstances particulières de chaque opération. Par exemple, des opérations qui semblent préférentielles peuvent relever davantage de la catégorie des opérations visant à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances lorsqu'elles ont pour objet de soustraire des actifs à un créancier ou à un créancier potentiel ou de porter autrement préjudice aux intérêts de ce créancier et qu'elles ont lieu alors que le débiteur est dans une situation financière difficile et ne sera pas en mesure de rembourser ses dettes à l'échéance ou qu'elles ne laissent pas au débiteur suffisamment d'actifs pour mener ses activités. De même, les opérations à un prix sous-évalué peuvent aussi être préférentielles lorsqu'elles sont conclues avec des créanciers, mais non lorsqu'elles le sont avec des tiers, et lorsqu'il y a intention manifeste d'entraver, de faire échouer ou de retarder le recouvrement des créances, elles s'inscriront dans la première catégorie d'opérations. Pour ces raisons, il est souhaitable que toute loi sur l'insolvabilité précise les caractéristiques particulières qui sont essentielles pour annuler des opérations et s'abstienne d'employer des formules plus générales telles que "opérations frauduleuses" ou "opérations préférentielles".

a) Opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances

163.[134] Ces catégories d'opérations supposent que le débiteur soustrait des actifs et les transfère à un tiers dans l'intention de favoriser certains créanciers, et en général impliquent que le tiers a connaissance de cette intention ou que, dans certains cas, il aurait dû en avoir connaissance. En général, on ne peut annuler automatiquement ces opérations en se référant, en tant que critère objectif, à une

période déterminée durant laquelle les opérations sont effectuées, car il faut prouver l'intention du débiteur. On peut rarement prouver cette intention au moyen de preuves directes et l'on y parviendra davantage en recensant des circonstances communes qui sont présentes durant ces types de transferts. Ces circonstances diffèrent d'un État à l'autre, mais un certain nombre d'indicateurs communs peuvent être relevés, notamment:

i) les relations entre les parties à l'opération ou à l'obligation, lorsqu'un transfert a été opéré directement en faveur d'une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, ou qu'une obligation a été contractée directement avec cette personne, ou par l'intermédiaire d'un tiers auprès d'une telle personne;

ii) l'absence ou l'insuffisance de la contrepartie reçue pour le transfert ou l'obligation contractée;

iii) la situation financière du débiteur avant et après que le transfert a été opéré ou l'obligation contractée, en particulier alors que le débiteur est déjà dans l'incapacité de rembourser ses dettes ou n'est plus en mesure de les rembourser peu après que le transfert a été opéré ou l'obligation contractée;

iv) l'existence d'un mode ou d'une série d'opérations consistant à transférer certains actifs ou la quasi-totalité des actifs du débiteur alors que des difficultés financières viennent de surgir ou que les créanciers ont menacé d'engager une action;

v) la chronologie générale des événements et des opérations faisant l'objet d'une enquête, lorsque, par exemple, le transfert est intervenu peu après qu'une dette importante a été contractée;

vi) le transfert ou l'obligation sont dissimulés par le débiteur, en particulier lorsque ces deux opérations n'interviennent pas dans le cours normal des affaires ou que des parties fictives sont en cause; ou

vii) le débiteur prend la fuite.

164. Certaines lois précisent également les circonstances dans lesquelles il peut y avoir présomption d'intention ou spécifient les opérations où l'on peut estimer qu'il y a intention ou mauvaise foi, par exemple, les opérations impliquant des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, qui interviennent dans une certaine période avant l'ouverture de la procédure (pour plus de détails, voir ci-dessous). En vertu d'autres lois, il peut suffire pour qu'une opération soit annulée d'établir que le débiteur pouvait et donc aurait dû réaliser que l'effet d'une opération, sinon l'intention, était de défavoriser des créanciers et que le bénéficiaire pouvait et donc aurait dû réaliser que l'action du débiteur pouvait produire cet effet. Diverses lois disposent également que certains transferts, comme la translation de biens immeubles, échappent à l'annulation dans cette catégorie d'opération si le transfert a été effectué de bonne foi pour une juste valeur, et que le bénéficiaire n'avait pas remarqué une intention de fraude ou n'en était pas conscient.

165. [134] S'agissant de prouver l'intention dans la pratique, si le débiteur ne peut expliquer l'objectif commercial d'une opération particulière qui réduit la valeur de la masse, il peut être possible de montrer que ladite opération relève de cette catégorie. Lors de l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité, il peut être bon, comme

cela est indiqué ci-dessus, de ne pas perdre de vue que les opérations de ce type, potentiellement annulables au regard du droit de l'insolvabilité, sont souvent parfaitement valables en dehors de ce droit.

b) Opérations à un prix sous-évalué

166. [135] De nombreuses lois sur l'insolvabilité disposent que des opérations sont en général susceptibles d'annulation lorsque la contrepartie reçue par le débiteur à l'occasion du transfert d'un actif à un tiers ou de la contraction d'une obligation a été soit symbolique, par exemple un don, soit nettement inférieure à la valeur réelle ou au prix du marché de l'actif transféré ou de l'obligation contractée, et lorsque l'opération a été effectuée pendant une période déterminée avant une date donnée (la période suspecte). Selon certaines lois, il faut aussi avoir constaté que le débiteur avait cessé ses paiements au moment où l'opération a eu lieu ou qu'il n'était plus en mesure d'effectuer ses paiements en raison de l'opération. Entrent dans cette catégorie les opérations tant avec des créanciers qu'avec des tiers. Certains lois sur l'insolvabilité disposent que ces catégories d'opérations ne sont pas susceptibles d'annulation si certaines conditions sont réunies, notamment si le bénéficiaire a agi de bonne foi, si l'opération avait pour objet de permettre au débiteur de poursuivre ses activités, s'il existait des raisons raisonnables de croire que l'opération serait profitable au cours normal des affaires du débiteur et, lorsque la cessation des paiements est un critère pertinent, si l'actif du débiteur dépassait la valeur de son passif au moment de l'opération.

c) Opérations préférentielles

167. [136] Les opérations préférentielles sont susceptibles d'annulation lorsque i) elles ont été réalisées au cours d'une période déterminée généralement courte précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (la période suspecte), ii) elles supposent un transfert à un créancier au titre d'une créance antérieure, iii) à leur issue, le créancier reçoit des actifs du débiteur une part de sa créance plus importante que celle d'autres créanciers de même rang (en d'autres termes, il s'agit d'une préférence). De nombreuses lois sur l'insolvabilité prescrivent également que le débiteur avait cessé ses paiements ou était prêt de se trouver dans une situation où il aurait été dans l'incapacité de payer lorsque l'opération a eu lieu. L'application des dispositions sur l'annulation à ces catégories d'opérations s'explique par le fait que, lorsque de telles opérations sont réalisées à une date très rapprochée de l'ouverture d'une procédure, il est probable que le débiteur soit insolvable. Celles-ci portent en outre atteinte au principe essentiel du traitement équitable des créanciers.

168. [137] Peuvent entrer dans cette catégorie les paiements ou compensations de créances non encore exigibles; l'exécution d'actes que le débiteur n'était pas dans l'obligation d'exécuter; la constitution de sûretés pour garantir des créances existantes; des méthodes inhabituelles de paiement, autres qu'en numéraire, de dettes qui sont exigibles; le paiement d'une dette d'un montant très important par rapport aux actifs du débiteur; et le paiement de dettes face à des pressions extrêmes exercées par un créditeur, notamment procès ou saisie. Une compensation, bien que n'étant pas annulable en tant que telle, peut être considérée comme préjudiciable lorsqu'elle intervient peu de temps avant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qu'elle a pour effet de modifier le solde des créances entre les

parties en créant ainsi une préférence ou encore lorsqu'elle implique le transfert ou la cession de créances entre créanciers pour accumuler les compensations. Une compensation est également susceptible d'annulation lorsqu'elle est réalisée dans des circonstances irrégulières, par exemple, en l'absence de contrat entre les parties à l'opération.

169. [138] En réponse à une allégation d'opération préférentielle, il peut être démontré que l'opération, bien que renfermant les éléments d'une opération préférentielle, était en fait compatible avec la pratique commerciale normale et, en particulier, avec le cours normal des affaires entre les parties. Par exemple, un paiement effectué à la réception de marchandises qui sont livrées et réglées régulièrement ne sera probablement pas préférentiel même s'il intervient à une date proche de l'ouverture de la procédure, alors que le paiement d'une créance échue depuis longtemps pourrait l'être. Ce principe encourage les fournisseurs de marchandises et de services à continuer de traiter avec un débiteur qui peut rencontrer des difficultés financières, mais dont l'entreprise reste potentiellement viable. D'autres moyens de défense prévus dans les lois sur l'insolvabilité sont notamment les suivants: le bénéficiaire a accordé un crédit au débiteur après que l'opération a été effectuée et ce crédit n'a pas été remboursé (ce moyen de défense est limité au montant du nouveau crédit); le bénéficiaire peut démontrer qu'il ne savait pas qu'une préférence serait créée; le bénéficiaire ne savait pas ou ne pouvait pas savoir que le débiteur avait d'une manière générale cessé ses paiements; ou, lorsque la cessation des paiements est un critère pertinent, l'actif du débiteur était supérieur à la valeur de son passif au moment de l'opération.

d) Sûretés

170. [139] Les sûretés valables en vertu des lois autorisant l'octroi d'une sûreté aux créanciers devraient généralement être considérées comme valables en vertu du droit de l'insolvabilité, mais elles peuvent néanmoins être annulées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pour les mêmes motifs que ceux invoqués pour contester et annuler toute autre opération en tant qu'opération frauduleuse, préférentielle ou à un prix sous-évalué. Par exemple, la constitution d'une sûreté peu de temps avant l'ouverture de la procédure, bien que valable par ailleurs, peut être considérée comme ayant favorisé injustement un créancier au détriment des autres. Lorsque la sûreté est constituée pour garantir une dette antérieure ou sur la base d'une contrepartie antérieure (ce que certains systèmes juridiques autorisent et d'autres non), elle peut également être frappée de nullité au motif qu'elle favorise injustement le créancier. Les paiements reçus par un créancier garanti peuvent être considérés comme préférentiels (du moins en partie) si un créancier qui n'est pas entièrement garanti est remboursé en totalité pendant la période suspecte. Les mêmes considérations vaudraient pour une sûreté qui n'était pas parfaite en vertu de la loi pertinente sur les opérations garanties et, en vertu de certaines lois, pour une sûreté rendue parfaite peu de temps avant l'ouverture de la procédure.

e) Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

171. [146] Comme mentionné plus haut, l'un des critères qui intervient dans l'annulation de certaines opérations est la relation entre le débiteur et le cocontractant. Lorsque les catégories d'opérations susceptibles d'annulation mettent en jeu une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur (celle-ci étant

parfois appelée “initié”), les lois sur l’insolvabilité prévoient souvent des règles plus strictes, en particulier en ce qui concerne la longueur des périodes suspectes et le traitement de toute créance par la personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur (voir la deuxième partie, chap. VI.A). [130] Un régime plus strict peut se justifier par le fait que ces parties ont plus de chances d’être favorisées ou sont souvent les premières à savoir quand le débiteur est effectivement en difficulté financière.

172. Les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur se définissent en général par divers niveaux de relations avec ce dernier. La plupart des États regroupent dans cette catégorie les personnes entretenant, sous une forme ou une autre, des relations professionnelles ou familiales avec le débiteur. Le législateur adopte en général, mais pas toujours, une approche directive. S’agissant des personnes qui ont une relation d’affaires avec le débiteur, une approche restrictive viserait les directeurs ou le personnel d’encadrement du débiteur, alors qu’une définition plus large pourrait englober non seulement les personnes qui exercent un contrôle effectif sur le débiteur mais aussi tous les salariés employés par ce dernier et les garants des dettes de toute personne ayant une relation d’affaires avec le débiteur. De même, une relation familiale peut englober les parents par le sang ou par le mariage et même, en vertu de certaines lois, les personnes vivant dans le même foyer que le débiteur, ainsi que les fiduciaires administrant tout patrimoine dont le débiteur ou une personne ayant un lien avec lui est bénéficiaire. Les parents des personnes qui entretiennent une relation d’affaires avec le débiteur sont aussi habituellement considérés comme des personnes ayant des liens privilégiés avec ce dernier. Dans de nombreux États, et c’est là un élément important, sont également considérées comme des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur celles qui ont eu une relation précise avec ce dernier dans le passé ou qui pourraient avoir une relation précise à l’avenir.

f) Opérations nulles et annulables

173. [147] Lorsqu’une opération entre dans l’une quelconque des catégories d’opérations susceptibles d’annulation, elle sera, en vertu des lois relatives à l’insolvabilité, soit nulle de plein droit, soit annulable, en fonction du critère adopté pour chaque catégorie. Par exemple, les lois qui ne visent que les opérations ayant lieu pendant une période déterminée sans fixer de critère subjectif, prévoient parfois que les opérations pertinentes seront nulles. Toutefois, même si cette approche est adoptée, il se peut que le représentant de l’insolvabilité doive ouvrir une procédure pour récupérer les actifs ou leur valeur équivalente auprès du cocontractant.

174. [148] Dans les lois où l’opération est annulable, le représentant de l’insolvabilité sera tenu de déterminer si l’annulation profitera à la masse, compte tenu des éléments de chaque catégorie d’opération annulable ainsi que du délai nécessaire pour récupérer les actifs concernés ou leur valeur et des éventuels frais de justice. Ce pouvoir d’appréciation serait généralement soumis à l’obligation de maximiser la valeur des actifs de la masse, la responsabilité du représentant de l’insolvabilité pouvant être engagée s’il ne le fait pas.

4. Opérations exemptées d'actions en annulation

175. Diverses lois sur l'insolvabilité disposent que certaines opérations sont exemptées des dispositions régissant l'annulation. Il peut s'agir d'opérations intervenant soit entre la demande d'ouverture de la procédure et l'ouverture de la procédure, soit après l'ouverture de la procédure, sous réserve qu'elles s'inscrivent dans le champ des activités courantes du débiteur, qu'elles soient effectuées de bonne foi par le représentant de l'insolvabilité ou avec son consentement ou celui du tribunal et qu'elles soient réalisées pour favoriser la conduite de la procédure. D'autres opérations qu'il peut être souhaitable d'exclure du champ d'application des dispositions régissant l'annulation sont les opérations qui interviennent lors de la mise en œuvre d'un plan de redressement, lorsque cette démarche échoue et que la procédure est ultérieurement convertie en liquidation, Enfin, certaines opérations essentielles au fonctionnement des marchés financiers (par exemple, compensation avec déchéance du terme de sûretés et de contrats sur dérivés), peuvent être exemptées des actions en annulation (voir deuxième partie, chap. III.F).

5. Établissement de la période suspecte

176. [140] La plupart des lois sur l'insolvabilité spécifient expressément la durée de la période suspecte pour les différentes opérations devant être annulées et indiquent la date à partir de laquelle la période est calculée rétrospectivement (par exemple, tant de jours ou de mois, avant un événement donné comme le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la décision du tribunal concernant la date à laquelle le débiteur a cessé de payer ses dettes normalement ("cessation des paiements"). À cet égard, il s'agit de savoir si la période suspecte spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité peut être prorogée par le tribunal dans certains cas, par exemple lorsque les opérations réalisées en dehors de la période suspecte spécifiée, dans des circonstances douteuses, ont entraîné une diminution de la masse. Si un tel pouvoir d'appréciation introduit une certaine souplesse dans la détermination des opérations devant entrer dans le champ d'application des dispositions relatives à l'annulation, il peut aussi retarder la procédure et ne permet pas aux créanciers de savoir de manière prévisible et claire quelles opérations sont susceptibles d'annulation. Si des opérations peuvent être dénouées à la discrétion du tribunal lorsqu'elles ont lieu à n'importe quel moment avant l'ouverture de la procédure, la sécurité dans les opérations commerciales et financières risque de s'en trouver réduite. Pour ces différentes raisons, il est souhaitable que ce pouvoir d'appréciation se limite aux opérations frauduleuses, où les questions de sécurité commerciale présentent un moindre intérêt.

177. [141] Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient une période suspecte unique pour toutes les catégories d'opérations annulables, tandis que d'autres ont des périodes différentes selon que le motif de l'annulation est un transfert frauduleux ou une préférence et en fonction également de facteurs tels que le caractère intentionnel du préjudice causé aux créanciers et le fait que le bénéficiaire est une personne ayant ou non des liens privilégiés avec le débiteur, comme mentionné plus haut. Du fait que certaines opérations supposent une conduite intentionnellement illicite, de nombreuses lois sur l'insolvabilité ne limitent pas la période pendant laquelle ces catégories d'opérations doivent avoir eu lieu pour être annulées. D'autres prévoient une période suspecte très longue (de un à dix ans par exemple), à compter, en général, de la date d'ouverture de la procédure.

178. [142] Lorsque des opérations préférentielles ou à un prix sous-évalué mettent en cause des créanciers qui ne sont pas des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, la période suspecte peut être relativement brève et ne pas dépasser quelques mois (trois à six mois comme il ressort de certains exemples). Toutefois, lorsque des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur sont en cause, de nombreux pays appliquent des règles plus strictes, qui peuvent prévoir notamment la fixation de périodes suspectes plus longues (par exemple deux ans contre trois à six mois lorsque les opérations ne mettent pas en jeu une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur), un renversement de la charge de preuve (voir 6 d) ci-dessous) et la suppression de la condition selon laquelle le débiteur doit avoir cessé ses paiements au moment de l'opération, ou s'est trouvé dans l'incapacité d'effectuer ses paiements à la suite de cette dernière.

6. Ouverture de la procédure d'annulation

a) Parties habilitées à ouvrir la procédure

179. L'annulation d'une opération donnée implique en général qu'une demande soit déposée auprès du tribunal pour qu'il déclare l'opération nulle. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité disposent que la procédure d'annulation de certaines opérations devrait être engagée par le représentant de l'insolvabilité, alors que d'autres attribuent également ce pouvoir aux créanciers et, dans certains cas, au comité des créanciers. Comme indiqué au paragraphe 174, avant de prendre la décision d'engager une telle procédure, il faudra mettre en balance diverses considérations, selon que l'annulation doit profiter à la masse de l'insolvabilité ou, dans le cas d'un créancier, à ce créancier[1]. Les éléments pertinents à prendre en considération se rattachent généralement aux coûts et aux avantages potentiels. Dans le cas d'une action visant à rétablir des actifs dans la masse de l'insolvabilité, il s'agira notamment de savoir si l'annulation de l'opération profitera à la masse, quel sera le coût probable pour la masse, s'il sera possible de récupérer des actifs, quel sera le délai de recouvrement et quelle sera la nature des difficultés à surmonter pour prouver les éléments nécessaires à l'annulation d'une opération donnée.

180. [149] Dans certaines lois où le représentant de l'insolvabilité a le pouvoir d'ouvrir la procédure d'annulation et, compte tenu des différentes considérations exposées ci-dessus (à savoir pour des raisons autres que la négligence ou la mauvaise foi ou sans raison justifiable[2]), décide de ne pas l'ouvrir pour faire annuler certaines opérations, les lois relatives à l'insolvabilité adoptent différentes solutions concernant la conduite et le financement de cette procédure. Les modalités possibles de financement peuvent être particulièrement importantes lorsque les actifs de la masse sont insuffisants. S'agissant de la conduite de la procédure, certaines lois autorisent un créancier ou le comité des créanciers à obliger le représentant de l'insolvabilité à engager une procédure d'annulation lorsqu'il apparaît que cette dernière profiterait à la masse. D'autres lois autorisent également un créancier ou le comité des créanciers à engager cette procédure, lorsque les

---

[1] Certaines lois disposent qu'un créancier a le droit de contester telle ou telle opération du débiteur et qu'il peut en tirer un avantage personnel lorsque la procédure aboutit. Certaines lois précisent également que seuls les créanciers dont la créance précède l'opération contestée peuvent engager une telle procédure. D'autres lois limitent le droit de poursuivre une action en annulation au représentant de l'insolvabilité lorsque la procédure d'insolvabilité a été ouverte.

[2] Voir chapitre IV.B sur les droits et obligations du représentant de l'insolvabilité.

autres créanciers sont d'accord. Quand ce type d'action est autorisé, certaines lois disposent que les actifs ou la valeur récupérés par le créancier entrent dans la masse; d'autres prévoient que tout ce qui est récupéré peut être utilisé tout d'abord pour désintéresser les créanciers ayant engagé l'action.

b) Financement de la procédure d'annulation

181. [150] En ce qui concerne les modalités possibles de financement, certains pays allouent des fonds publics au représentant de l'insolvabilité pour qu'il engage la procédure d'annulation. Dans d'autres pays, cette procédure doit être financée sur la masse de l'insolvabilité, ce qui peut être indiqué lorsque les fonds sont suffisants bien que, dans certains cas, cela pourrait avoir pour effet d'empêcher la récupération des actifs qui ont été soustraits précisément pour qu'il n'en reste pas suffisamment pour financer une telle procédure. Certaines lois autorisent le représentant de l'insolvabilité à habiliter un tiers à titre onéreux à ouvrir la procédure ou à demander à un prêteur de lui avancer des fonds pour ouvrir ladite procédure. Le recours à ces mécanismes se justifie par le fait que la disponibilité de ressources publiques aux fins du financement d'une procédure d'annulation diffère considérablement d'un pays à un autre. En outre, lorsqu'une telle procédure ne peut être financée par des actifs de la masse, ces mécanismes peuvent constituer, dans des cas appropriés, un moyen efficace de rétablir la valeur de ladite masse.

c) Délai fixé pour l'ouverture de la procédure

182. Certaines lois sur l'insolvabilité définissent des délais particuliers pour l'ouverture de la procédure, alors que d'autres n'abordent pas la question. Les lois qui fixent des délais disposent, par exemple, que la procédure doit être ouverte dans un laps de temps déterminé après la date de la demande d'ouverture (par exemple, 3 ou 12 mois) ou en fonction d'une date limite (par exemple, dans les 6 mois) après que le représentant de l'insolvabilité aura été en mesure d'évaluer la situation et d'engager une action. Si la loi sur l'insolvabilité établit des délais précis en dehors de ceux prévus en vertu du droit commun, il serait souhaitable de retenir différentes limites, notamment une période déterminée après l'ouverture de la procédure et une autre période après que le représentant de l'insolvabilité aura découvert une opération donnée. Une telle approche offrirait suffisamment de souplesse pour tenir compte des opérations qui sont dissimulées au représentant de l'insolvabilité et découvertes seulement après l'expiration du délai fixé après l'ouverture de la procédure.

d) Questions relatives à la charge de la preuve

183. [151] Les lois sur l'insolvabilité énoncent des règles différentes en ce qui concerne l'établissement des éléments nécessaires à une action en annulation. Certaines font obligation au débiteur de prouver que l'opération n'entre dans aucune catégorie d'opérations annulables.

184. [151] Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que le représentant de l'insolvabilité ou toute autre personne autorisée à contester l'opération, par exemple un créancier, est tenu de prouver l'existence de chaque élément justifiant une action en annulation. Lorsque l'intention figure au nombre de ces éléments, certaines lois autorisent le renversement de la charge de la preuve à l'encontre du cocontractant, par exemple lorsqu'il est difficile pour le représentant de l'insolvabilité d'établir

que le débiteur avait effectivement l'intention de frauder les créanciers, sauf à recourir à des indices extérieurs, des faits objectifs ou d'autres éléments de preuve indirecte. La loi peut prévoir qu'il y a là présomption que l'opération a été effectuée pour porter préjudice aux créanciers, et il revient alors à l'autre partie de prouver le contraire.

185. Selon une autre approche, l'intention ou la mauvaise foi requise est réputée ou présumée exister lorsque certaines catégories d'opérations sont entreprises, par exemple, dans un délai déterminé avant la demande d'ouverture de la procédure ou pendant un certain nombre d'années avant l'ouverture de la procédure. Il peut s'agir, par exemple, d'opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, de paiements de créances non échues, et du paiement d'opérations gratuites ou onéreuses. Dans un ordre d'idées un peu différent, on peut citer le cas où une opération est réputée annulable lorsqu'elle intervient dans une courte période déterminée et a pour effet de conférer une préférence.

186. Lorsque la connaissance de la cessation des paiements est un élément requis de l'annulation, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'il y a présomption que le créancier était au courant des difficultés financières du débiteur si celui-ci avait effectué certaines opérations avec ce créancier, notamment remboursement de créances non échues ou remboursement sous une forme inhabituelle, ou si l'opération avait eu lieu peu de temps avant la demande d'ouverture de la procédure ou avant l'ouverture de la procédure.

187. Selon une autre approche encore, lorsqu'une certaine catégorie d'opération est effectuée dans une période donnée et a pour effet de conférer une préférence, il y a, sauf preuve contraire, présomption d'intention d'accorder un traitement préférentiel. À moins que le créancier ne puisse réfuter la présomption, l'opération est annulée et le représentant de l'insolvabilité peut recouvrer les actifs mis en jeu dans l'opération ou obtenir une décision judiciaire pour la valeur des actifs en cause.

7. Responsabilité des autres parties à une opération annulée

188. [143] Lorsqu'une opération est annulée, se pose la question de savoir quel est l'effet de l'annulation sur le cocontractant. Dans la plupart des lois sur l'insolvabilité, lorsqu'une opération est annulée, cela signifie en général qu'elle sera infirmée et que le cocontractant sera tenu de restituer les actifs obtenus ou de faire un versement en espèces équivalent à la valeur de l'opération en faveur de la masse de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que le représentant de l'insolvabilité peut obtenir par jugement la valeur du bien en cause. Certaines lois sur l'insolvabilité précisent en outre que le cocontractant qui a restitué à la masse des actifs ou une certaine valeur peut déclarer une créance en tant que créancier chirographaire dans la cadre de l'insolvabilité à hauteur des actifs restitués. Lorsque le cocontractant ne restitue pas les avoirs ou une certaine valeur à la masse de l'insolvabilité, la plupart des recours disponibles ne relèvent alors pas du droit de l'insolvabilité. Toutefois, certaines lois sur l'insolvabilité disposent qu'une créance du cocontractant (pour des montants dus en plus de ceux intervenant dans l'opération annulable) ne peut être admise dans le cadre de l'insolvabilité.

8. Contrats postérieurs à la demande d'ouverture de la procédure et à l'ouverture de la procédure

189. Comme indiqué plus haut (deuxième partie, chap. III.B.6), s'agissant des contrats conclus et des opérations effectuées entre la demande d'ouverture de la procédure et l'ouverture de la procédure et après l'ouverture de cette dernière, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions relatives à l'annulation lorsque ces contrats ou opérations ne sont pas autorisés en vertu du droit de l'insolvabilité ou approuvés, selon qu'il convient, par les tribunaux, le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers. Certaines lois sur l'insolvabilité précisent les catégories d'opérations qui peuvent être annulées, telles que l'exécution d'obligations nées avant l'ouverture de la procédure, le paiement de créances antérieures à la demande d'ouverture de la procédure, la constitution de sûretés sur des biens faisant partie de la masse et la disposition de tout droit ou bien entrant dans la masse. D'autres lois prévoient l'annulation de toute opération non agréée effectuée par le débiteur à ces moments-là, à moins que le cocontractant puisse montrer que l'opération ne portait pas préjudice aux droits du créancier.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant l'annulation est:

a) de ~~préserver~~ [reconstituer] [reconstruire] l'intégrité de la masse et de veiller au [juste] traitement [équitable] des créanciers;

b) d'assurer une sécurité au tiers en établissant des règles claires applicables aux circonstances dans lesquelles les opérations [ayant pris naissance avant] antérieures à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité [ou les opérations non agréées ayant pris naissance après [la demande de] l'ouverture de la procédure] mettant en cause le débiteur ou les biens du débiteur, peuvent être considérées comme préjudiciables et donc susceptibles d'être annulées;

c) de permettre ~~au représentant de l'insolvabilité d'engager une action~~ l'ouverture de la procédure pour faire annuler ces opérations;

d) de faciliter le recouvrement de sommes d'argent auprès de personnes parties à des opérations qui ont été annulées ou l'obtention de la restitution de biens par ces personnes.

Contenu des dispositions législatives

(69) [(56)] La législation sur l'insolvabilité devrait comporter des dispositions qui s'appliquent rétrospectivement et qui visent à défaire les opérations passées[3] [ou les

[3] [131] Le terme "opération" est employé dans la présente section pour désigner généralement les nombreux actes juridiques mis à profit pour disposer d'actifs ou contracter des obligations, notamment le transfert, le paiement, la constitution d'une sûreté ou d'une garantie, la conclusion d'un prêt ou la renonciation d'un droit.

opérations non agréées, ayant pris naissance après [la demande d'ouverture] l'ouverture de la procédure] auxquelles le débiteur était partie [ou qui mettaient en jeu les biens du débiteur] et qui ont pour effet soit de réduire la valeur nette de l'entreprise, soit d'enfreindre le principe du [juste] traitement [équitable] des créanciers.

Opérations pouvant faire l'objet d'une annulation

(70) [(57)] La législation sur l'insolvabilité devrait disposer que les catégories d'opérations ci-après sont susceptibles d'annulation ~~habiliter le représentant de l'insolvabilité à engager une action en justice pour faire annuler les types d'opération suivants~~:

a) les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers, par exemple, en transférant des biens à un tiers lorsque l'objet de l'opération était de soustraire des actifs au créancier ou à un créancier potentiel ou à léser d'une autre manière les intérêts de ce créancier et lorsque le tiers connaissait l'intention du débiteur; (~~opérations frauduleuses~~)

b) les opérations dans lesquelles un droit sur un bien a été transféré ou une obligation a été souscrite par le débiteur en échange d'une contrepartie symbolique ou inférieure à la valeur équivalente (opérations à un prix sous-évalué), qui sont intervenues à un moment où le débiteur [était insolvable] [avait cessé ses paiements] ou qui l'ont [rendu insolvable] [mis dans l'incapacité de payer]; et

c) les opérations dans lesquelles un créancier a obtenu une part des biens du débiteur supérieure à la proportion de la masse qui lui revient (opérations préférentielles), qui sont intervenues à un moment où le débiteur avait cessé ses paiements [~~était insolvable~~].

Sûretés

(71) La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que si les sûretés qui sont valables en vertu des lois autorisant l'octroi d'une sûreté à des créanciers sont généralement valables en vertu de la législation sur l'insolvabilité, elles sont susceptibles d'annulation pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

(72) [(61)] S'agissant des opérations relevant de la catégorie mentionnée dans la recommandation 70, qui mettent en cause des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, la législation sur l'insolvabilité devraient prévoir que ~~habiliter le représentant de l'insolvabilité à engager une action en justice pour faire annuler les opérations à un prix sous-évalué et les opérations préférentielles~~:

a) ces opérations sont susceptibles d'annulation;

b) la période suspecte pour ces opérations peut être plus longue que pour les opérations effectuées avec des personnes n'ayant pas de liens privilégiés avec les débiteurs;

c) il peut y avoir des présomptions ou un renversement de la charge de la preuve qui soient favorables à la masse de l'insolvabilité.

(73) La législation sur l'insolvabilité devrait définir précisément les catégories de personnes considérées comme ayant des liens suffisamment privilégiés avec le débiteur aux fins de la recommandation 72.

~~(62) La législation de l'insolvabilité devrait clairement établir la période suspecte pour les types d'opérations visées dans la recommandation 61, laquelle devrait généralement être plus longue que les périodes applicables aux opérations à un prix sous-évalué et aux opérations préférentielles auxquelles ne sont pas parties des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.~~

Opérations exemptées d'actions en annulation

(74) La législation sur l'insolvabilité devrait spécifier les opérations qui sont exemptées d'une action en annulation. Ces opérations peuvent englober les opérations effectuées dans le cours normal des affaires avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les opérations effectuées au cours d'une procédure de redressement, ultérieurement convertie en liquidation et certaines opérations réalisées sur les marchés financiers.

Établissement de la période suspecte

(75) [(58)] La législation sur l'insolvabilité devrait établir que des opérations présentant les caractéristiques décrites dans la recommandation 70 pourront être annulées si elles sont intervenues au cours d'une certaine période (la période suspecte) [antérieure à] [calculées rétrospectivement à partir de] [la demande d'ouverture] [l'ouverture] de la procédure d'insolvabilité. La législation sur l'insolvabilité pourrait spécifier différentes périodes suspectes pour différents types d'opérations, mais en général, les périodes suspectes pour les opérations mentionnées dans la recommandation 70 a) et les opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (recommandation 72) devraient être plus longues que celles retenues pour d'autres types d'opérations et pour les opérations ne mettant pas en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

Ouverture de la procédure d'annulation

(76) La législation sur l'insolvabilité devrait préciser que le représentant de l'insolvabilité [et ...] peut ouvrir la procédure d'annulation[4].

---

[4] Des questions concernant l'annulation peuvent aussi surgir dans le cadre d'une procédure ouverte par une personne autre que le représentant de l'insolvabilité, lorsque celui-ci invoque l'annulation comme moyen de défense contre l'exécution forcée.

Délai pour l'ouverture de la procédure d'annulation

(77) [(59)] Après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le délai dans lequel le représentant de l'insolvabilité peut ouvrir une procédure d'annulation d'une opération dont il a connaissance pourrait être fixé par la législation sur l'insolvabilité ou le droit procédural applicable.

Financement de la procédure d'annulation

(78) [(64)] La législation sur l'insolvabilité pourrait prévoir diverses approches pour le financement de la procédure d'annulation lorsque le représentant de l'insolvabilité n'engage pas la procédure d'annulation de certaines opérations, soit parce qu'il estime que ces opérations ne sont pas susceptibles d'être annulées, soit parce que l'ouverture d'une procédure contre ces opérations imposerait des frais [injustifiables] [excessifs] à la masse de l'insolvabilité. Ces approches pourraient notamment permettre à certains créanciers ou au comité des créanciers de poursuivre la procédure d'annulation, et prévoir a) d'autoriser le ou les créanciers à conserver pour la satisfaction de leur créance une partie de toute somme recouvrée, b) si la procédure aboutit, d'obtenir le remboursement par la masse de l'insolvabilité des frais de la procédure d'annulation ou c) de reclasser la créance du ou des créanciers ayant engagé la procédure d'annulation.

Questions de preuve

79. [(60)] La législation sur l'insolvabilité devrait spécifier les éléments devant être prouvés pour annuler une transaction donnée ainsi que les moyens de défense possibles contre l'annulation.

80. [(63)] La législation sur l'insolvabilité pourrait établir des présomptions spéciales applicables à l'annulation de certaines opérations effectuées dans des délais déterminés et mettant en cause certaines personnes clairement identifiées [comme les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur] ou des catégories de personnes.

Responsabilité des cocontractants dans le cas d'opérations annulées

81. La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un cocontractant partie à une opération qui a été annulée est tenu de restituer à la masse tous les avantages matériels tirés de cette opération. Lorsque le cocontractant refuse de restituer ces avantages, la législation sur l'insolvabilité peut disposer qu'il ne peut déclarer une créance dans le cadre de la procédure d'insolvabilité.

~~*Contrôle des décisions concernant l'annulation*~~

~~*(65) La législation de l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées de soumettre à un contrôle judiciaire les décisions prises par le représentant de l'insolvabilité en matière d'annulation. Les motifs justifiant un contrôle judiciaire pourraient être: [...].*~~

F. Compensation, compensation globale et contrats financiers

1. Droit général à compensation

190. [116] L'une des questions importantes qui se posent lorsqu'est rédigée une législation sur l'insolvabilité est de savoir comment traiter un créancier qui, à la date de la demande d'ouverture de la procédure, se trouve également être débiteur de la masse. Si le principe fondamental de l'égalité de traitement des créanciers qui se trouvent dans une situation analogue est appliqué, la solution est relativement simple: le représentant de l'insolvabilité pourra recevoir la totalité des sommes dues par le créancier, qui sera désintéressé lors de la liquidation de la masse ou du redressement. Cependant, une autre solution est de permettre au créancier, dans ces circonstances, de faire valoir ses droits à compensation à l'encontre de la masse après l'ouverture de la procédure, de sorte que, selon le montant de sa dette envers la masse, il sera ou non complètement désintéressé. Le principal effet en sera qu'un créancier ayant un droit à compensation est en substance "garanti" car la contre-créance du débiteur peut être remboursée ou éteinte par compensation avec la créance du créancier. La compensation ne joue pas un grand rôle tant qu'il n'y a pas insolvabilité, car si un cocontractant peut continuer à payer, il n'est pas nécessaire d'y recourir.

191. Dans la mesure où les créances constituent une catégorie importante de biens dans les économies modernes et que les créanciers sont également souvent des débiteurs envers le même cocontractant, la législation relative à la compensation est importante pour les entreprises et les marchés financiers (voir ci-dessous). La compensation est particulièrement répandue dans les opérations entre entreprises, car chaque fois qu'une série de contrats est passée entre les mêmes parties, il existe une possibilité de compensation. Cela vaut également pour les opérations commerciales réciproques.

192. [119] La position internationale concernant la compensation dans le cadre de l'insolvabilité fait apparaître une très grande diversité de situations. Dans certains pays, la compensation est limitée aux parties solvables, mais elle est obligatoire en cas d'insolvabilité, tandis que dans d'autres c'est la position inverse qui est adoptée et la compensation est autorisée entre débiteurs solvables mais interdite en cas d'insolvabilité.

193. [117] Il peut être indiqué de prévoir un droit de compensation dans la législation sur l'insolvabilité pour plusieurs raisons. La première tient à l'équité: nonobstant l'importance que revêt l'égalité de traitement des créanciers, on peut considérer injuste qu'un débiteur refuse de payer un créancier alors même qu'il insiste pour que ce créancier le paie. En outre, nombre de cocontractants étant des banques, le droit à compensation est particulièrement avantageux pour le secteur bancaire, et est donc considéré, en raison du grand rôle qu'elles jouent dans la création du crédit, comme présentant un intérêt général pour l'économie. En raison de leurs fonctions essentielles (accorder des prêts et recevoir des dépôts), les banques qui ont consenti des prêts à un débiteur insolvable constatent souvent qu'elles ont envers ce débiteur des obligations financières sous forme de dépôts. La possibilité d'exercer un droit à compensation une fois la procédure ouverte doit permettre aux banques de compenser leurs créances non acquittées avec les dépôts du débiteur, même si ces créances réciproques ne sont pas encore exigibles. La

compensation permet au créancier d'échapper aux difficultés que provoque l'insolvabilité du débiteur et contribue ainsi à éviter les effets en cascade de la faillite, ainsi qu'à réduire les risques et les coûts des opérations et, par voie de conséquence, le coût du crédit. La compensation permet également d'éviter la circularité des paiements et des coûts connexes.

194. [118] L'autorisation de la compensation présente certes des avantages, mais il peut être nécessaire de tenir compte également de certains des arguments avancés à son encontre. Dans le cadre de l'insolvabilité, la compensation est une violation du principe *pari passu* car un créancier ayant un droit à compensation reçoit l'intégralité de sa créance alors que l'existence de créances réciproques n'est pas généralement connue, contrairement aux sûretés qui font l'objet d'une publicité. La compensation peut réduire les actifs d'un débiteur et empêcher le redressement en particulier lorsque le débiteur perd l'accès à ses comptes bancaires ou aux liquidités se trouvant sur ses comptes bancaires.

195. [120] Sur un certain nombre de points importants, il existe une interaction entre le droit à compensation et d'autres règles de l'insolvabilité. Par exemple, le droit qu'a un créancier de demander une compensation peut être soumis aux dispositions régissant l'annulation (voir chap. III E.3 c)). Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise de manière générale une dérogation aux clauses de résiliation, permettant ainsi au représentant de l'insolvabilité de poursuivre des contrats non exécutés, le créancier pourra exercer des droits à compensation sur les créances monétaires réciproques si le droit de passer outre à la clause de résiliation renferme une exception qui autorise expressément un créancier à résilier le contrat et à compenser ces créances. Ceci est particulièrement important dans le contexte des opérations financières à court terme.

2. Compensation globale et compensation dans le contexte des opérations financières

196. Outre son importance pour les entreprises en général, la compensation joue aussi un rôle majeur sur les marchés financiers. Parmi les cas courants de compensation on citera les compensations opérées par des banques de prêts sur dépôts; les compensations entre institutions sur les marchés financiers comme le marché des dépôts interbancaires; les compensations globales de devises, d'accords de swaps, de contrats à terme, de sûretés et de conventions de rachat; et les compensations dans les systèmes de paiement centralisés. Les montants en cause sont souvent très élevés et, parallèlement, la réduction des risques induite par la compensation, qui s'accompagne d'une réduction du coût du crédit, et des effets de cascade qui menacent l'intégrité du système financier, est également importante.

197. La compensation globale diffère de la compensation en ce sens qu'il peut s'agir, sous une forme, de la compensation de choses fongibles non monétaires (comme des titres ou des marchandises livrables le même jour valant règlement) et, sous une forme plus importante, de la réalisation par un cocontractant de contrats ouverts avec un débiteur insolvable, suivie d'une compensation des pertes et gains respectifs (compensation avec déchéance du terme).

198. La position internationale concernant la compensation et la compensation globale est complexe. Une minorité de pays qui habituellement n'acceptaient pas la compensation dans le cadre de l'insolvabilité, [119] sauf pour certaines opérations

et pour les compensations sur compte courant, maintiennent pour l'essentiel cette position encore que quelques-uns aient élargi les compensations d'opérations et que certains aient adopté une législation sur la compensation globale qui s'applique uniquement à certains contrats. Parmi les pays qui autorisent traditionnellement la compensation en matière d'insolvabilité, un petit nombre impose une suspension de la procédure de redressement, tout en permettant une exemption pour les contrats financiers. D'autres législations sur l'insolvabilité ne traitent pas la question de la compensation.

3. Exception pour les contrats financiers

199. [121] Le point de savoir s'il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité prévoit des dispositions concernant certains types de contrats financiers à court terme, dont les contrats sur dérivés (swaps de monnaies ou de taux d'intérêt, par exemple) dépendra de la manière dont les questions relatives au traitement des contrats et des droits à compensation sont abordées. Les contrats-cadres, de plus en plus normalisés, qui régissent ces opérations particulières contiennent normalement des dispositions qui permettent une compensation avec déchéance du terme. De telles dispositions, qui visent toutes les obligations de paiement indépendantes, ne sont d'ordinaire valables en cas d'insolvabilité de l'une des parties que si la législation sur l'insolvabilité permet, d'une part, la résiliation (ou "liquidation") de toutes les opérations en cours dans le cadre du contrat en cas d'insolvabilité d'une partie et, d'autre part, la compensation par la partie solvable de ses créances avec les obligations de la partie insolvable.

200. [122] De nombreuses lois sur l'insolvabilité ne cumulent pas ces deux règles. Comme noté plus haut à propos du traitement des contrats, certains pays autorisent le représentant de l'insolvabilité à continuer le contrat en dépit des clauses de résiliation qu'il contient. S'agissant de la compensation, un certain nombre de pays n'autorisent pas celle des créances financières indépendantes non encore échues à l'ouverture de la procédure.

201. [123] De nombreux pays où il n'existe pas de règles générales autorisant à la fois la résiliation et la compensation ont néanmoins prévu des exceptions aux règles normalement applicables en matière d'insolvabilité afin spécifiquement de permettre la compensation globale avec déchéance du terme pour certains contrats financiers à prendre en considération, dont les sûretés, les conventions de rachat et les titrisations. Ces exceptions sont justifiées par l'importance croissante de ce type d'opérations sur le marché financier mondial, par la nécessité d'assurer la sécurité sur les marchés, par la complexité de ces arrangements financiers et par le fait que la possibilité de recourir à de telles opérations se trouverait restreinte en l'absence de sécurité concernant la possibilité de compensation globale en cas d'insolvabilité de l'une des parties. Nonobstant ces importants avantages, on doit reconnaître que de telles exceptions rendent la loi plus complexe et aboutissent à accorder un traitement préférentiel à certaines catégories de créanciers.

202. Outre l'exception examinée ci-dessus, d'autres exceptions peuvent être requises pour les contrats financiers en ce qui concerne l'application de la suspension (mentionnée au chapitre III.B.3), la mise en œuvre des dispositions relatives à l'annulation (mentionnée au chapitre III.D.6) et le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de continuer ou de rejeter les contrats en vertu desquels le débiteur et son cocontractant ne se sont pas encore pleinement acquittés

de leurs obligations respectives (mentionné au chapitre III.E.4). *[Note: le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'étendue de ces exceptions et se demander si des recommandations supplémentaires concernant ces questions devraient être ajoutées à la présente section – voir note sur les recommandations 86 à 88 ci-dessous.]*

Recommandations

Objet des dispositions législatives

[Clause relative à l'objet des dispositions]

Contenu des dispositions législatives

Droit général à compensation

[(82)][(67)] La loi sur l'insolvabilité devrait protéger un droit à compensation né en vertu du droit général avant l'ouverture d'une procédure de liquidation ~~devrait être protégé pendant la procédure et devrait en général pouvoir être exercé à la fois par des créanciers et par la masse de l'insolvabilité. La législation de l'insolvabilité devrait en outre~~

[(83) La législation sur l'insolvabilité devrait autoriser la compensation postérieure à l'ouverture de la procédure si lorsque les créances réciproques trouvent leur origine dans le même accord.] ~~De plus, les pays pourraient aussi souhaiter envisager de permettre la compensation postérieure à l'ouverture de la procédure dans d'autres circonstances, en particulier s'agissant d'obligations financières réciproques trouvant leur origine dans des contrats financiers définis par la loi.]~~

Compensation globale et contrats financiers[5]

(84) [(66) Dans le contexte des [contrats][contrats-cadres] financiers, la législation sur l'insolvabilité devrait disposer que les arrangements de compensation globale et de compensation avec déchéance du terme sont protégés par la loi et, dans toute la mesure du possible, devraient être irrévocables dans la procédure d'insolvabilité.]

---

[5] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'expression "contrats financiers" devrait être définie et, dans l'affirmative, envisager une définition appropriée. On pourrait par exemple se référer à la définition figurant à l'article 5 k) de la Convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international qui se lit comme suit: le terme "contrat financier" désigne toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d'échange portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuées sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus.
À la vingt-sixième session du Groupe de travail (mai 2002), on a fait observer que cette définition était trop large et qu'il faudrait la circonscrire davantage en la limitant aux opérations qui entraient dans un contrat-cadre de plus vaste portée (A/CN.9/511, par. 71). Aucun libellé particulier n'a été proposé.

Exception à l'inexécutabilité de clauses automatiques de résiliation des contrats[6]

(85) [68] Lorsque la législation sur l'insolvabilité n'autorise pas la compensation postérieure à l'ouverture de la procédure pour les obligations financières réciproques ou rend 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) désignation 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, il pourrait être nécessaire que la loi sur l'insolvabilité prévoit une exception pour les [contrats][contrats-cadres] de sorte que les dispositions concernant la compensation avec déchéance du terme figurant dans ces [contrats][contrats-cadres] entre le débiteur et une autre partie puissent être appliquées avec certitude.

Autres recommandations éventuelles concernant les contrats financiers

(86) *[Exception à l'application de la suspension: chapitre III.B.3]*

(87) *[Exception à l'application des dispositions relatives à l'annulation: chapitre III.D.6]*

(88) *[Exception aux pouvoirs de continuer et de rejeter des contrats: chapitre III.E.4]*

---

[6] Voir la deuxième partie du chapitre III. D, Traitement des contrats, recommandation 53.