



Assemblée générale

Distr.: Limitée
13 janvier 2003*

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Vingt-huitième session
New York, 24-28 février 2003

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Note du secrétariat

[Le Glossaire du Guide est publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1, et la deuxième partie du Guide sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 à Add.17]

Les numéros de paragraphe entre crochets renvoient aux paragraphes pertinents de la précédente version de ce chapitre d'introduction, publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.57.

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Première partie: Établir la structure et les principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel		
I. Introduction aux procédures d'insolvabilité	1-21	2
A. Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel	3-13	3
1. Maximiser la valeur des biens	4	3
2. Établir un équilibre entre liquidation et redressement	5	4
3. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation	6	4
4. Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité	7-8	5

* Le présent document a été soumis tardivement car il a fallu attendre la fin de la vingt-septième session du Groupe de travail (9-13 décembre 2002) et finaliser la révision du document.



5.	Prévenir le démembrement prématuré des biens du débiteur	9	5
6.	Prévoir une procédure transparente et prévisible qui encourage, par des mesures d'incitation, la collecte et la diffusion d'informations	10-11	5
7.	Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires	12	6
8.	Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale	13	6
B.	Équilibrer les principaux objectifs	14-18	7
C.	Caractéristiques générales d'un régime d'insolvabilité.	19-21	8
II.	Types de procédures d'insolvabilité	22-64	9
A.	Liquidation	26-29	10
B.	Redressement	30-55	12
1.	Procédures de redressement formelles	31-36	12
2.	Processus de redressement informels	37-52	14
a)	Conditions nécessaires	40	15
b)	Principaux éléments	41-51	16
c)	Règles et lignes directrices pour un redressement informel	52	19
3.	Procédures de redressement qui comprennent des éléments informels et formels	53-55	19
C.	Procédures administratives	56-57	20
D.	Structure du régime d'insolvabilité	58-64	20

Première partie

Établir la structure et les principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

I. Introduction aux procédures d'insolvabilité

1. [23] Lorsqu'un débiteur ne peut faire face à ses dettes et engagements exigibles, la plupart des systèmes juridiques prévoient un mécanisme juridique permettant de régler collectivement les créances en cours au moyen de tous ses actifs (corporels ou incorporels). Toute une gamme d'intérêts doit être prise en compte par ce mécanisme juridique: en premier lieu ceux des parties, à savoir le débiteur, les propriétaires et la direction de l'entreprise débitrice, les créanciers qui peuvent être munis de sûretés à des degrés variables (y compris l'administration fiscale et d'autres créanciers publics), les salariés, les garants et les fournisseurs de biens et services; entrent aussi en ligne de compte les organismes juridiques, commerciaux et sociaux et les pratiques ayant un rapport avec la conception de la législation sur l'insolvabilité, y compris le cadre

institutionnel nécessaire à son fonctionnement. En général, ce mécanisme doit concilier non seulement les différents intérêts de ces parties prenantes, mais aussi ces intérêts et les considérations pertinentes d'ordre social, politique et public qui ont une incidence sur les objectifs économiques et juridiques de l'insolvabilité.

2. [23] La plupart des systèmes juridiques prévoient différents types de procédures (désignées dans le présent Guide sous le terme générique de “procédures d'insolvabilité”) qui peuvent être engagées pour résoudre les difficultés financières d'un débiteur. Bien qu'elles aient toutes ce même objectif, ces procédures peuvent revêtir différentes formes pour lesquelles la terminologie employée n'est pas toujours uniforme et comporter des éléments “formels” et “informels”. Les procédures d'insolvabilité formelles sont ouvertes en vertu de la législation sur l'insolvabilité et régies par celle-ci. Elles comprennent en général une procédure de liquidation et une procédure de redressement. Les processus d'insolvabilité informels ne sont pas régis par la législation sur l'insolvabilité et prévoient en général une négociation entre le débiteur et certains ou la totalité de ses créanciers. Ils ont souvent été élaborés par l'intermédiaire des secteurs bancaire et commercial et prévoient normalement une forme quelconque de redressement du débiteur insolvable. Même s'ils ne sont pas régis par une loi sur l'insolvabilité, leur efficacité est fonction de l'existence d'une telle loi, celle-ci pouvant prévoir des incitations indirectes ou d'autres moyens de persuasion en faveur d'un redressement (pour plus de détails, voir ci-dessous).

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

3. Bien que les approches des pays diffèrent, il est largement admis que des régimes de l'insolvabilité efficaces et rationnels devraient viser à atteindre les principaux objectifs définis ci-dessous. Quelle que soit la façon dont une législation sur l'insolvabilité sera structurée pour atteindre ces objectifs, elle devra être complémentaire du système juridique et du système de valeurs de la société sur lesquels elle se fonde et qu'elle doit en fin de compte conforter, et être compatible avec eux. Bien que la législation sur l'insolvabilité constitue en général un régime distinct, ses effets ne devraient pas être fondamentalement en contradiction avec les principes sur lesquels se fonde le droit commun. Lorsqu'elle cherche effectivement à produire un effet différent ou fondamentalement divergent du droit commun (par exemple pour ce qui est du traitement des contrats, de l'annulation des actes et des opérations antérieures à l'ouverture de la procédure ou du traitement des droits des créanciers garantis), il est très souhaitable que cet effet soit le fruit d'une réflexion approfondie et d'une politique délibérée.

1. Maximiser la valeur des biens

4. Les participants au processus d'insolvabilité devraient être fortement incités à maximiser la valeur des biens, car cela permettra de répartir un montant plus important entre l'ensemble des créanciers et de réduire la charge de l'insolvabilité. La réalisation de cet objectif est souvent facilitée par une juste répartition des risques entre les parties concernées. Ainsi, la manière dont sont traitées les opérations antérieures à l'engagement du processus peut garantir un traitement équitable des créanciers et augmenter la valeur des biens du débiteur grâce à la récupération de valeur au profit de

tous les créanciers. Mais en même temps, le traitement appliqué à ces opérations risque de nuire à la prévisibilité des relations contractuelles, qui est cruciale pour les décisions d'investissement, et, partant, de rompre l'équilibre entre les différents objectifs d'un régime de l'insolvabilité. De même, il faut parvenir à un équilibre entre une liquidation rapide et des efforts à plus long terme visant à redresser l'entreprise, qui peuvent générer davantage de valeur pour les créanciers, entre la nécessité de réaliser de nouveaux investissements afin de préserver ou d'augmenter la valeur des biens et les conséquences et les coûts de ces nouveaux investissements pour les différentes parties intéressées, et entre les différents rôles impartis à celles-ci, en particulier le pouvoir discrétionnaire que peut exercer le représentant de l'insolvabilité et la mesure dans laquelle les créanciers peuvent contrôler l'exercice de ce pouvoir pour assurer le bon déroulement du processus.

2. Établir un équilibre entre liquidation et redressement

5. Le premier objectif de la maximisation de la valeur est étroitement lié à l'équilibre à établir entre liquidation et redressement dans le régime de l'insolvabilité. [16] Un régime d'insolvabilité doit concilier les avantages que présente le recouvrement des créances à court terme par voie de liquidation (solution souvent préférée par les créanciers garantis) et ceux qu'offre le maintien du débiteur en tant qu'entreprise viable par voie de redressement (solution souvent préférée par les créanciers chirographaires). Pour parvenir à cet équilibre, il faudra peut-être prendre en compte d'autres considérations d'ordre social, comme l'encouragement du développement d'une classe d'entrepreneurs et la préservation des emplois. [15] La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir, comme alternative à la liquidation de l'entreprise débitrice, la possibilité d'un redressement, dans le cadre duquel les créanciers ne recevraient pas moins, à leur corps défendant, que dans la liquidation, et où la poursuite de l'activité permettrait de maximiser la valeur de l'entreprise pour la société et pour les créanciers. Cette option se fonde sur la théorie économique selon laquelle il peut être plus intéressant de conserver en bloc les activités essentielles d'une entreprise plutôt que de les fragmenter et de procéder à une "vente par appartement". Pour éviter que ni les créanciers ni le débiteur ne recourent abusivement au processus d'insolvabilité et garantir la possibilité d'opter pour la méthode la mieux à même de résoudre les difficultés financières du débiteur, la législation sur l'insolvabilité devrait également prévoir la conversion entre les différents types de procédures quand les circonstances le justifient.

3. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation

6. Cet objectif est fondé sur le principe selon lequel, dans une procédure collective, les créanciers ayant les mêmes droits devraient être sur un pied d'égalité, leurs créances étant remboursées en fonction de leur rang et de leurs droits réels. [17] Traiter équitablement ne signifie pas traiter tous les créanciers de la même façon, mais d'une manière qui tienne compte des différents accords qu'ils ont passés avec le débiteur, ce facteur devenant toutefois moins déterminant lorsqu'il n'existe pas d'engagement de paiement particulier avec le débiteur, comme dans le cas des demandes de dommages-intérêts (par exemple, pour dégradation de l'environnement). Même si le traitement équitable est subordonné à la politique sociale relative à la priorité des créances et doit céder le pas aux prérogatives conférées, notamment par la loi, à certains détenteurs de créances ou de droits réels, ce principe demeure pertinent puisqu'il garantit que la

priorité accordée aux créances d'une même catégorie s'applique de la même manière à tous les détenteurs de cette catégorie de créances. Le principe du traitement équitable se retrouve dans de nombreux aspects d'une législation sur l'insolvabilité, y compris en ce qui concerne l'arrêt ou la suspension des poursuites, les dispositions permettant d'annuler des actes et des opérations et de récupérer de la valeur pour la masse de l'insolvabilité, le classement des créances, les procédures de vote dans le redressement et les mécanismes de répartition. [17] Le régime de l'insolvabilité devrait traiter les problèmes de fraude et de favoritisme qui peuvent surgir en cas de difficultés financières, en prévoyant, par exemple, la possibilité de faire annuler les actes et les opérations portant atteinte au principe du traitement équitable des créanciers.

4. Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité

7. [18] Il convient de traiter et de régler l'insolvabilité d'une manière ordonnée, rapide et efficace, afin de ne pas perturber inutilement les affaires et les activités du débiteur et de réduire au minimum le coût de la procédure. Une administration rapide et efficace contribuera à maximiser la valeur des biens, tandis que l'impartialité contribuera à assurer l'équité du traitement. Tout le processus doit être soigneusement pensé afin de garantir une efficacité maximum sans sacrifier la souplesse. Il devrait en même temps viser à liquider les entreprises non viables et inefficaces et à assurer la survie de celles qui sont efficaces et potentiellement viables.

8. [18] La résolution rapide et ordonnée des difficultés financières d'un débiteur peut être favorisée par une loi sur l'insolvabilité qui facilite l'accès au processus d'insolvabilité en soumettant des critères clairs et objectifs, prévoit un moyen commode de recenser, de regrouper, de préserver et de recouvrer des biens et des droits devant servir à apurer les dettes, permet au débiteur et à ses créanciers de participer de la manière la plus rapide et la plus économique possible, prévoit une structure appropriée pour la supervision et l'administration du processus (comprenant à la fois des professionnels et les institutions concernées) et aboutit finalement à l'extinction effective des obligations financières du débiteur.

5. Prévenir le démembrement prématuré des biens du débiteur

9. [19] Un régime d'insolvabilité devrait prévenir le démembrement prématuré des biens du débiteur par les créanciers engageant des poursuites individuelles pour recouvrer leurs créances. Ces actions réduisent souvent la valeur totale des biens disponibles pour payer toutes les créances opposables au débiteur et peuvent empêcher le redressement de l'entreprise ou sa cession en vue de la poursuite de l'activité. Une suspension des poursuites des créanciers laisse un répit au débiteur, permet d'examiner soigneusement sa situation financière et facilite à la fois la maximisation de la valeur de la masse et le traitement équitable des créanciers. Il faudra peut-être prévoir un mécanisme pour éviter qu'une suspension ne porte atteinte aux droits des créanciers garantis.

6. Prévoir une procédure transparente et prévisible qui encourage, par des mesures d'incitation, la collecte et la diffusion d'informations

10. [20] La législation sur l'insolvabilité devrait être transparente et prévisible. Cela permettra aux créanciers et prêteurs potentiels de comprendre le déroulement du

processus et de mesurer les risques liés à leur statut de créanciers en cas d'insolvabilité, renforcera la stabilité des relations commerciales et favorisera la baisse des primes de risque associées aux prêts et aux investissements. La transparence et la prévisibilité permettront aussi aux créanciers de clarifier les priorités, contribueront à prévenir les conflits en permettant la détermination des droits et des risques relatifs et aideront à définir les limites de tout pouvoir discrétionnaire. Une application imprévisible de la législation sur l'insolvabilité risque par contre, non seulement d'ébranler la confiance de tous les participants dans la procédure, mais aussi de freiner leurs décisions en matière de crédit et d'investissement. [20] Dans la mesure du possible, une loi sur l'insolvabilité devrait clairement indiquer toutes les dispositions des autres lois pouvant avoir une incidence sur la conduite de la procédure (par exemple, droit du travail; droit commercial et droit des contrats; droit fiscal; lois relatives aux devises, aux compensations et aux compensations globales, à la conversion de créances en prises de participation, voire droit de la famille et droit matrimonial).

11. [20] La législation sur l'insolvabilité devrait assurer l'accès à des informations suffisantes sur la situation du débiteur, en prévoyant des mesures d'incitation pour encourager celui-ci à divulguer ses positions ou, au besoin, des sanctions s'il ne le fait pas. L'accès à ces informations permettra à ceux qui sont chargés d'administrer et de superviser la procédure d'insolvabilité (tribunaux, organes administratifs, représentant de l'insolvabilité) et aux créanciers d'évaluer la situation financière du débiteur et de déterminer la solution la plus appropriée.

7. Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires

12. [21] Le fait de reconnaître et de faire exécuter, dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, les droits différents que les créanciers ont en dehors de l'insolvabilité apportera une sécurité sur le marché et facilitera l'octroi de crédits, en particulier pour ce qui est des droits et priorités des créanciers garantis. Pour classer les créances existantes et les créances postérieures à l'ouverture de la procédure, il importe d'énoncer des règles claires, afin qu'elles soient applicables de façon cohérente, que les prêteurs sachent à quoi s'en tenir, que la procédure inspire confiance, et que tous les participants puissent adopter des mesures appropriées pour gérer le risque. Dans toute la mesure possible, ces priorités devraient être fixées en fonction des accords commerciaux existants et ne pas refléter des préoccupations d'ordre social et politique susceptibles de fausser l'issue de la procédure. Il faudrait éviter d'accorder la priorité à des créances qui ne sont pas fondées sur des accords commerciaux.

8. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale

13. [22] Pour favoriser la coordination entre les pays et faciliter la fourniture d'une aide dans l'administration d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger, les lois sur l'insolvabilité devraient contenir des règles sur l'insolvabilité internationale, notamment sur la reconnaissance des procédures étrangères, en incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

B. Équilibrer les principaux objectifs

14. Étant donné qu'un régime de l'insolvabilité ne peut protéger entièrement les intérêts de toutes les parties, certains des choix fondamentaux qu'il convient de faire lorsqu'on élabore une législation sur l'insolvabilité ont trait à la définition des buts généraux de ladite législation et à la réalisation de l'équilibre souhaité entre les objectifs définis plus haut. Les lois sur l'insolvabilité parviennent à établir cet équilibre en modifiant la répartition des risques de l'insolvabilité d'une façon qui soit compatible avec les objectifs économiques, sociaux et politiques d'un pays. De ce fait, les régimes de l'insolvabilité peuvent avoir des incidences très importantes sur l'ensemble de l'économie.

15. La première tâche de tout système d'insolvabilité consiste à établir un cadre de principes qui détermine la manière dont les biens du débiteur insolvable doivent être administrés au profit de toutes les parties concernées. La création de ce cadre et son incorporation dans la procédure légale générale sont indispensables pour maintenir l'ordre social et la stabilité. Toutes les parties doivent être en mesure de prévoir leurs droits si un débiteur se révèle incapable de payer une partie ou l'intégralité de ce qu'il leur doit. Ainsi, les créanciers comme les investisseurs en fonds propres peuvent calculer les incidences économiques du défaut du débiteur et, par voie de conséquence, évaluer leurs risques.

16. Il n'existe pas de formule universelle pour élaborer un régime de l'insolvabilité car les besoins des pays sont sensiblement différents, de même que leurs lois régissant d'autres questions d'une importance fondamentale pour l'insolvabilité, telles que les sûretés, les droits réels et contractuels et les procédures de recours et de recouvrement. Cela étant, la plupart des systèmes d'insolvabilité traitent l'ensemble des questions soulevées par les objectifs principaux, même si l'accent ne porte pas sur les mêmes éléments. Si certaines lois (parfois qualifiées de régimes "favorables au créancier") privilégient la reconnaissance et l'exécution des droits des créanciers et des accords commerciaux et donnent aux créanciers plus de pouvoirs qu'au débiteur dans la procédure d'insolvabilité, d'autres (qualifiées de régimes "favorables au débiteur") tendent au contraire à laisser davantage de contrôle au débiteur. Certaines lois privilégient la liquidation de l'entreprise débitrice afin d'éliminer du marché les acteurs inefficaces et incompétents, alors que d'autres favorisent le redressement. Cette dernière option peut permettre d'atteindre plusieurs objectifs: donner une deuxième chance aux actionnaires et à la direction de l'entreprise débitrice en augmentant la valeur des créances des créanciers du fait de la poursuite de l'activité, inciter fortement les entrepreneurs et les gestionnaires à adopter une attitude appropriée à l'égard du risque; ou protéger des groupes vulnérables, tels que les salariés de l'entreprise débitrice, des conséquences d'une faillite¹.

¹ Il n'y a pas nécessairement de corrélation directe entre le fait qu'un régime d'insolvabilité soit favorable au débiteur ou au créancier et que l'accent soit mis sur la liquidation ou sur le redressement, et le succès ou l'échec du redressement. Ces questions, même si leur examen détaillé n'entre pas dans le cadre du présent Guide, sont importantes pour l'élaboration d'un régime d'insolvabilité et méritent d'être prises en considération. Bien que le taux de réussite des redressements varie considérablement dans les régimes considérés comme favorables aux créanciers, des études semblent infirmer l'hypothèse selon laquelle les redressements seraient moins nombreux ou leurs succès moins fréquents dans ces régimes que dans ceux qui sont favorables au débiteur.

17. Cependant, il ne faudrait pas que l'adoption d'une approche favorable au redressement ait pour effet d'offrir une planche de salut à des entreprises moribondes – celles qu'il n'est plus possible de sauver devraient être liquidées aussi rapidement et efficacement que possible. Dans la mesure où certains intérêts peuvent être considérés comme moins prioritaires que d'autres, la mise en place de mécanismes en dehors du régime d'insolvabilité peut être une meilleure solution que la prise en compte de ces intérêts dans le cadre dudit régime. Ainsi, lorsque la législation sur l'insolvabilité accorde un rang moins élevé aux salariés qu'aux créanciers garantis et prioritaires, des mécanismes d'assurance peuvent être utilisés pour protéger les droits de ces salariés (voir deuxième partie, chapitre ...).

18. Parce que la société évolue sans cesse, le droit de l'insolvabilité ne peut être statique, il convient au contraire de le réexaminer à intervalles réguliers pour s'assurer qu'il répond aux besoins sociaux du moment. Pour répondre au changement social tel qu'il est perçu, il faut une réflexion qui peut être nourrie par les meilleures pratiques internationales, lesquelles peuvent être ensuite transposées dans les régimes nationaux d'insolvabilité, compte tenu des réalités du système et des ressources humaines et matérielles disponibles.

C. Caractéristiques générales d'un régime d'insolvabilité

19. [24] Pour élaborer un régime d'insolvabilité efficace et rationnel, il faut examiner une série de questions ayant trait à la fois au cadre juridique (droits et obligations des parties, tant sur le fond que sur le plan de la procédure) et au cadre institutionnel (pour exécuter ces droits et obligations) requis. Les questions de fond, qui sont examinées en détail aux chapitres [...] de la deuxième partie du présent Guide, sont les suivantes:

- a) identification des débiteurs qui peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité, y compris ceux auxquels il peut être nécessaire d'appliquer un régime d'insolvabilité spécial;
- b) détermination du moment où la procédure d'insolvabilité peut être ouverte et du type de procédure qui peut être ouverte, de la partie qui peut en demander l'ouverture et du point de savoir si les critères d'ouverture devraient différer en fonction de la partie qui demande l'ouverture;
- c) mesure dans laquelle le débiteur devrait être autorisé à conserver le contrôle de l'entreprise après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou être dessaisi et une partie indépendante (appelée dans le présent Guide le représentant de l'insolvabilité) nommée pour superviser et gérer l'entreprise débitrice, et distinction à opérer à cet égard entre liquidation et redressement;
- d) protection des biens du débiteur contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité, et, lorsque des mesures de protection s'appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur de leurs sûretés est protégée pendant la procédure d'insolvabilité;
- e) manière dont le représentant de l'insolvabilité peut traiter les contrats conclus par le débiteur avant l'ouverture de la procédure et dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont entièrement acquittés de leurs obligations respectives;

- f) mesure dans laquelle les droits à compensation ou à compensation globale seront suspendus du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;
- g) manière dont le représentant de l'insolvabilité peut utiliser les biens de la masse de l'insolvabilité ou en disposer;
- h) mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité peut annuler certains types d'opérations qui lèsent les intérêts des créanciers;
- i) dans le cas d'un redressement, élaboration du plan de redressement et restrictions éventuelles à imposer au contenu du plan, partie habilitée à élaborer ce dernier et conditions requises pour son approbation et son exécution;
- j) classement des créanciers aux fins de la répartition du produit de la liquidation; et
- k) mise en œuvre du plan de redressement, répartition du produit de la liquidation, libération du débiteur ou dissolution de l'entreprise débitrice et clôture de la procédure.

20. [25] Outre ces questions spécifiques, il faut examiner de façon plus générale comment la loi sur l'insolvabilité s'articulera avec d'autres lois et si elle l'emportera sur ces lois. Les textes en question peuvent être les dispositions du droit du travail qui prévoient certaines protections en faveur des salariés, les lois qui restreignent les possibilités de recours à la compensation et à la compensation globale, les lois qui restreignent les conversions de créances en prises de participation et les lois qui imposent un contrôle des changes ou un contrôle des investissements étrangers lorsque celles-ci peuvent avoir une incidence sur le contenu du plan de redressement (voir Contrats de travail et salariés [chapitre ... de la deuxième partie]; Compensation et compensation globale [chapitre ... de la deuxième partie]; et Contenu du plan de redressement [chapitre ... de la deuxième partie]).

21. Bien que le présent Guide n'examine pas en détail le cadre institutionnel, certaines de ces questions sont abordées au chapitre ... de la deuxième partie. Nonobstant la diversité des questions de fond qui doivent être résolues, les lois sur l'insolvabilité revêtent un caractère très procédural. L'élaboration des règles de procédure joue un rôle crucial dans la détermination de la répartition des rôles entre les divers participants, en particulier en ce qui concerne la prise de décisions. Dans la mesure où la législation sur l'insolvabilité confère en grande partie à l'infrastructure institutionnelle la responsabilité de prendre des décisions essentielles, il est indispensable que cette infrastructure soit suffisamment développée pour s'acquitter des fonctions qui lui sont dévolues.

II. Types de procédures d'insolvabilité

22. [26] Deux principaux types de procédures se retrouvent dans la plupart des régimes d'insolvabilité – la liquidation (qui est généralement une procédure formelle) et le redressement (qui peut être une procédure formelle, un processus informel ou, dans certains cas, un processus qui combine des éléments formels et informels).

23. [26] La distinction traditionnelle entre ces deux types de processus peut être quelque peu artificielle et risque de susciter une polarisation excessive et d'introduire des rigidités. Elle ne permet pas de prendre en compte, par exemple, les cas qu'il est difficile de ranger dans l'un ou l'autre type, c'est-à-dire ceux dans lesquels une approche souple à l'égard de la situation financière du débiteur a des chances de donner le meilleur résultat, tant pour le débiteur que pour les créanciers, pour ce qui est de la maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité. Par exemple, on qualifie parfois de "redressement" un mode particulier de sauvegarde, voire d'augmentation de la valeur de la masse dans le cadre d'une procédure de liquidation, notamment lorsque la loi prévoit un mode de liquidation par voie de cession de l'entreprise à un repreneur. Dans une telle situation, le terme "redressement" indique simplement qu'on a recours à une technique autre que la liquidation traditionnelle (c'est-à-dire la vente pure et simple et séparée des biens) afin de tirer de la masse de l'insolvabilité la valeur la plus élevée possible. De même, le redressement peut exiger la vente d'éléments importants de l'entreprise du débiteur ou [27] déboucher sur la liquidation ou la vente de l'entreprise à un repreneur et sur la dissolution de l'entreprise débitrice existante.

24. [27] Pour ces raisons, il est souhaitable que le législateur ne se contente pas de prévoir le choix entre une procédure de liquidation strictement traditionnelle et un seul type de procédure de redressement strictement défini. La notion de redressement pouvant recouvrir divers types d'arrangements, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité adopte une approche non normative et autorise des arrangements qui permettront de créer davantage de valeur pour les créanciers que la liquidation de l'entreprise débitrice.

25. [28] Dans son analyse des éléments essentiels d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel, le présent Guide se focalise sur une procédure de liquidation, d'une part, et une procédure de redressement, d'autre part. Il ne s'agit pas de faire d'indiquer une préférence pour des types particuliers de procédures ni une préférence pour telle ou telle modalité d'intégration des différentes procédures dans la loi sur l'insolvabilité. Au contraire, le Guide cherche à faire ressortir et comparer les éléments essentiels des différents types de procédures et à promouvoir une approche axée sur la maximisation du résultat pour les parties impliquées dans une procédure d'insolvabilité. Le législateur peut atteindre cet objectif en incorporant dans la loi sur l'insolvabilité les éléments formels traditionnels d'une façon qui assure le maximum de souplesse et permette le recours à des procédures informelles lorsque celles-ci ont des chances d'être les plus efficaces.

A. Liquidation

26. [29] Le type de procédure qualifié de "liquidation" est régi par la législation sur l'insolvabilité et prévoit généralement la prise en charge des biens du débiteur par une autorité publique (généralement, mais pas nécessairement, un tribunal agissant par l'intermédiaire d'une personne nommée à cette fin), en vue de mettre un terme à l'activité commerciale du débiteur, de réaliser les actifs non monétaires et de répartir le produit de la vente des biens au prorata entre les créanciers. Les biens peuvent être vendus séparément ou l'entreprise cédée par unités de production ou en bloc en vue de la poursuite de son activité, et cette procédure aboutit généralement à la dissolution de l'entreprise ou de la disparition du débiteur en tant

qu'entité commerciale. D'autres termes tels que *bankruptcy*, *winding-up*, faillite, *quiebra*, *Konkursverfahren* sont utilisés pour désigner ce type de procédure.

27. [30] Les procédures de liquidation tendent à avoir dans leur conception, leur acceptation et leur application un caractère quasi "universel", et se déroulent normalement suivant le schéma ci-après:

- a) saisine d'un tribunal ou d'un autre organe compétent soit par le débiteur soit par un ou plusieurs créanciers;
- b) décision par un tribunal, de liquidation de l'entreprise débitrice;
- c) nomination d'une personne indépendante chargée de conduire et d'administrer la liquidation;
- d) cessation de l'activité de l'entreprise débitrice;
- e) dessaisissement des propriétaires et des dirigeants et licenciement des salariés;
- f) vente des actifs de l'entreprise débitrice, séparément ou en vue de la poursuite des activités;
- g) décisions sur les créances;
- h) répartition des fonds disponibles entre les créanciers (suivant un certain ordre de priorité); et
- i) dissolution de l'entreprise débitrice, lorsqu'il s'agit d'une société ou d'un autre type de personne morale, ou libération, dans le cas d'une personne physique.

28. [31] Un certain nombre de considérations juridiques et économiques justifient la liquidation. En gros, on peut considérer qu'une entreprise commerciale qui n'est pas compétitive dans une économie de marché devrait être éliminée. L'un des principaux signes du manque de compétitivité d'une entreprise est le fait qu'elle satisfait à un des critères d'insolvabilité, à savoir qu'elle est dans l'incapacité de payer ses créances à leur échéance ou que son passif dépasse son actif. Plus précisément, le recours à une procédure de liquidation peut être considéré comme une façon de régler les problèmes entre créanciers (lorsque les actifs d'un débiteur insolvable ne sont pas suffisants pour désintéresser tous les créanciers, chacun d'eux aura intérêt à essayer de récupérer sa créance avant que d'autres créanciers ne fassent de même) et d'imposer une discipline qui est un élément essentiel d'une relation débiteur-créanciers durable. Une procédure de liquidation ordonnée et efficace cherche à régler les problèmes entre créanciers en mettant en branle une procédure collective qui vise à éviter les actions qui, tout en étant considérée par les différents créanciers comme servant au mieux leurs intérêts, aboutissent en fait à une perte de valeur pour l'ensemble des créanciers. Une procédure collective est conçue de façon à assurer un traitement équitable aux créanciers, en traitant de la même manière les créanciers se trouvant dans une situation similaire, et à maximiser la valeur des actifs du débiteur dans l'intérêt de tous les créanciers. On parvient normalement à ce résultat en imposant une suspension à la faculté des créanciers d'opposer leurs droits individuels au débiteur et en nommant une personne indépendante qui a essentiellement pour mission de maximiser la valeur des actifs du débiteur avant distribution aux créanciers.

29. [32] Un mécanisme ordonné et relativement prévisible d'exécution des droits collectifs des créanciers peut également apporter aux créanciers un élément de prévisibilité au moment où ils décident d'octroyer des crédits et, d'une manière plus générale, favoriser les intérêts de tous les acteurs économiques en facilitant l'offre de crédit et le développement des marchés financiers. Cela signifie qu'un régime d'insolvabilité devrait faire fonction de mécanisme d'exécution des droits de créanciers individuels, encore qu'il y ait entre les deux types de processus un lien manifeste et important. L'efficacité et l'efficacités des procédures d'exécution individuelle des droits des créanciers éviteront à ces derniers d'être contraints de recourir à la procédure d'insolvabilité, d'autant qu'en général, le niveau de preuve, le coût et la complexité de cette procédure n'en font pas un instrument approprié à cette fin. Cela étant, un processus d'insolvabilité efficace garantira, en cas d'échec des mécanismes de recouvrement des créances, que les créanciers disposeront d'une ultime voie de recours susceptible d'inciter un débiteur récalcitrant à payer tel ou tel créancier.

B. Redressement

30. [33] Au lieu de la liquidation, on peut envisager une procédure qui vise à sauver l'entreprise au lieu de céder ses biens et mettre fin à ses activités. Cette procédure, qui peut revêtir plusieurs formes et qui est sans doute moins universelle dans sa conception, son acceptation et son application que la liquidation, est désignée par un certain nombre de termes différents: redressement (*reorganization*), *rescue*, *restructuring*, *turnaround*, *rehabilitation*, *arrangement*, *composition*, concordat préventif de faillite, *suspensión de pagos*, *administración judicial de empresas* et *Vergleichsverfahren*. Par souci de simplicité, le terme "redressement" est utilisé dans le projet de guide dans un sens large pour renvoyer au type de procédures dont l'objectif ultime est de permettre au débiteur de surmonter ses difficultés financières et de reprendre ou de continuer des activités commerciales normales (même si elles peuvent, dans certains cas, déboucher sur une réduction des activités de l'entreprise, sa vente à un repreneur en vue de la poursuite de l'activité ou sa liquidation).

1. Procédures de redressement formelles

31. [34] Ainsi qu'il est indiqué plus haut, les procédures de redressement peuvent être couvertes par la législation sur l'insolvabilité ou être un processus informel ou un processus qui combine des éléments formels et informels. L'une des raisons pour lesquelles il convient d'inclure une procédure de redressement formelle dans une loi sur l'insolvabilité est que toutes les entreprises débitrices qui donnent des signes de faiblesse ou connaissent de graves difficultés financières sur un marché concurrentiel ne doivent pas nécessairement être liquidées; une entreprise débitrice qui a des perspectives raisonnables de survie (c'est-à-dire qui exerce une activité potentiellement rentable) devrait se voir redonner une chance, lorsque l'on peut démontrer qu'il est plus intéressant, et par conséquent plus avantageux à long terme pour les créanciers, de maintenir son activité essentielle et d'autres de ses composantes. Les procédures de redressement visent à accorder un répit à l'entreprise débitrice pour lui permettre de surmonter ses problèmes temporaires de liquidités ou un problème plus permanent de surendettement et à lui donner, si

nécessaire, la possibilité de restructurer ses opérations et ses relations avec les créanciers. Lorsque le redressement est possible, il a généralement la préférence des créanciers si la valeur tirée de la poursuite des activités de l'entreprise débitrice a des chances d'améliorer les perspectives de recouvrement de leurs créances. Le redressement, toutefois, n'implique pas que toutes les parties intéressées doivent être entièrement protégées ni qu'elles devraient être rétablies dans la position financière ou commerciale qui aurait été la leur si l'entreprise n'était pas devenue insolvable. Il ne signifie pas que l'entreprise débitrice sera complètement remise sur pied ou que ses créanciers seront totalement désintéressés, ni que les propriétaires et la direction de l'entreprise insolvable maintiendront et préserveront leurs positions respectives. Les dirigeants peuvent être démis et remplacés, les fonds propres réduits à néant, une partie des salariés licenciés et les fournisseurs perdre un de leurs débouchés. En général, cependant, le redressement implique que, quel que soit le type de plan, de dispositif ou d'arrangement convenu, les créanciers recevront au bout du compte un montant plus élevé que si l'entreprise débitrice devait être liquidée.

32. Parmi les autres facteurs qui justifient le recours au redressement figure le fait que [38] l'économie moderne a considérablement réduit la mesure dans laquelle la valeur des biens du débiteur peut être maximisée par voie de liquidation. Dans les cas où le savoir-faire technique et la clientèle sont plus importants que les actifs corporels, la préservation des ressources humaines et des relations d'affaires sont des éléments essentiels de la valeur qui ne peuvent être réalisés par voie de liquidation. En outre, les procédures de redressement ont plus de chance de servir l'intérêt économique à long terme, puisqu'elles encouragent les débiteurs à y recourir avant que leurs difficultés financières ne deviennent trop graves. Enfin, des considérations sociales et politiques militent en faveur de l'existence de procédures de redressement qui protègent, par exemple, les salariés d'une entreprise débitrice en difficulté.

33. [35] Les procédures de redressement peuvent prendre différentes formes. Il peut s'agir d'un simple accord concernant les créances (désigné sous le nom de concordat) par lequel, par exemple, les créanciers conviennent de recevoir un certain pourcentage de leurs créances et de se considérer ainsi pleinement, complètement et définitivement désintéressés. Les créances se trouvent ainsi réduites et le débiteur, redevenu solvable, peut poursuivre ses activités. Il peut aussi s'agir d'une procédure complexe prévoyant, par exemple, la restructuration des dettes (extension de la durée du prêt et du délai de remboursement, report du paiement des intérêts ou changement de l'identité des prêteurs); une partie des créances peut être convertie en prises de participation moyennant une réduction (ou même la disparition) des participations existantes; les actifs non essentiels peuvent être vendus; et il peut être mis fin aux activités non rentables. Le choix du mode de redressement est généralement fonction de la taille de l'entreprise et de la complexité de la situation du débiteur.

34. [36] Bien que le redressement ne soit pas aussi universel que la liquidation et risque de ce fait de ne pas suivre un modèle commun, un certain nombre d'éléments clefs ou essentiels peuvent être dégagés:

- a) soumission du débiteur au processus (volontairement ou à la demande des créanciers), lequel peut comporter ou non un contrôle ou une surveillance judiciaire;

- b) interdiction ou suspension automatique et obligatoire des actions et des poursuites contre le patrimoine du débiteur, opposable à tous les créanciers pendant une période limitée;
- c) continuation de l'activité du débiteur, par la direction en place, par un administrateur indépendant ou par les deux à la fois;
- d) élaboration d'un plan contenant des propositions quant au traitement des créanciers, des actionnaires ou associés et du débiteur lui-même;
- e) examen, mise aux voix et acceptation du plan par les créanciers;
- f) éventuellement, approbation ou confirmation judiciaire du plan accepté; et
- g) exécution du plan.

35. [37] Les avantages du redressement sont de plus en plus acceptés, et de nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions relatives aux procédures de redressement formelles. La mesure dans laquelle on a recours, pour atteindre ses objectifs, à une procédure formelle plutôt qu'à un processus informel, varie selon les pays. Il est généralement reconnu que l'existence d'une procédure de liquidation peut faciliter le redressement d'une entreprise débitrice, soit par la voie d'une procédure de redressement formelle, soit par des moyens informels dans le cadre d'une procédure extrajudiciaire (en incitant à la fois les créanciers et les débiteurs à rechercher un accord approprié). En fait, dans de nombreux pays, le redressement est en grande partie opéré de façon informelle "dans l'ombre" du régime d'insolvabilité formel.

36. [37] Il y a toutefois souvent une corrélation entre la gravité des difficultés financières que connaît le débiteur, l'intrication de ses arrangements commerciaux et la complexité de la solution appropriée. Si, par exemple, une seule banque est impliquée, il est préférable que le débiteur pourra négocier avec elle de façon informelle et résoudre ses difficultés sans faire intervenir ses créanciers commerciaux et sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir une procédure formelle. Lorsque la situation financière est plus complexe et exige la participation d'un grand nombre de créanciers de types différents, un plus grand formalisme peut être nécessaire pour trouver une solution qui satisfasse les intérêts et objectifs de ces créanciers [38] puisque dans un redressement extrajudiciaire, il faut l'unanimité. Une procédure formelle peut aider à atteindre l'objectif souhaité en ce qu'elle permet au débiteur et à une majorité de créanciers d'imposer un plan à une minorité de créanciers qui n'y est pas favorable, en particulier lorsque des créanciers campent sur leurs positions pendant les négociations informelles.

2. Processus de redressement informels [à coordonner avec les paragraphes 363 à 366 du document A/CN.9/WP.63/Add.12]

37. [39] Des processus informels ont été imaginés il y a quelques années par le secteur bancaire comme alternative aux procédures formelles de redressement. Mené et influencé par des banques et des établissements financiers opérant internationalement, le processus informel s'est progressivement étendu, bien qu'à des degrés divers, à un nombre considérable de pays – si certains y recourent rarement, dans d'autres la plupart des redressements seraient opérés de manière

informelle. Cette situation peut, jusqu'à un certain point, refléter l'existence (ou l'absence) de ce qui est parfois qualifié de "culture du sauvetage" – à savoir la mesure dans laquelle les participants estiment que les processus informels sont susceptibles de réussir, indépendamment de l'absence de caractéristiques de la procédure prévue par la loi sur l'insolvabilité, telles qu'un moratoire – et de la nécessité d'un consensus des créanciers pour parvenir à un accord informel.

38. [39] L'application du processus informel s'est généralement limitée aux entreprises en situation financière difficile ou insolvable ayant des dettes importantes envers des banques et des établissements financiers. L'objectif est de parvenir à un accord à la fois entre les prêteurs et entre ceux-ci et le débiteur en vue du redressement de l'entreprise débitrice, avec ou sans réorganisation du financement. Le redressement informel peut être un moyen de conférer de la souplesse aux systèmes d'insolvabilité, de limiter le recours à l'infrastructure judiciaire, d'inciter les créanciers à réagir plus rapidement qu'ils ne pourraient le faire normalement dans le cadre de régimes judiciaires et d'éviter l'opprobre qui est souvent associée à l'insolvabilité. Bien qu'il ne se fonde ni ne s'appuie sur les dispositions de la législation sur l'insolvabilité, le redressement informel s'appuie néanmoins sur l'existence et l'accessibilité du système judiciaire pour appliquer des sanctions qui peuvent contribuer à son succès. À moins que le débiteur, sa banque et les créanciers financiers saisissent l'occasion pour se regrouper et ouvrir le processus informel, le débiteur ou les créanciers peuvent invoquer la loi sur l'insolvabilité formelle, avec les inconvénients que cela peut comporter pour l'un comme pour les autres en termes de retards, du coût et de résultat.

39. De nombreux systèmes juridiques envisagent la possibilité pour un débiteur de conclure avec certains ou l'ensemble de ses créanciers un accord ou un arrangement qui ne sera pas régi par le droit de l'insolvabilité mais peut l'être, par exemple, par le droit des contrats, le droit des sociétés ou le droit commercial, le droit de la procédure civile ou encore, dans certains cas, par la réglementation bancaire pertinente. Cependant, quelques pays n'autorisent pas le redressement extrajudiciaire ou hors du cadre de la législation sur l'insolvabilité, ou considèrent que les mesures associées à ce redressement informel sont suffisantes pour que les tribunaux fassent une déclaration d'insolvabilité. De même, un certain nombre de pays, du fait qu'ils imposent au débiteur l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité formelle dans un certain délai après la survenue d'un événement caractéristique de l'insolvabilité, limitent le recours aux processus informels aux cas dans lesquels les conditions formelles pour l'ouverture de la procédure ne sont pas remplies. [Il semble néanmoins que dans ces pays, les banques et autres créanciers aient souvent recours à diverses techniques pour parvenir à une forme ou une autre de redressement des débiteurs.]

a) Conditions nécessaires

40. Un certain nombre de conditions bien définies doivent être réunies au départ pour assurer l'efficacité des redressements informels. Ces conditions peuvent être les suivantes:

- a) sommes importantes exigibles par un certain nombre de grandes banques ou autres institutions financières;
- b) incapacité du débiteur de payer ces dettes;

- c) acceptation de l'idée qu'il peut être préférable de négocier un accord entre l'entreprise débitrice et les bailleurs de fonds comme entre ces derniers eux-mêmes, afin de résoudre les difficultés financières de l'entreprise débitrice;
- d) recours à des techniques de refinancement, garanties, et autres techniques commerciales relativement complexes susceptibles d'être utilisées pour modifier, réaménager ou restructurer les dettes ou l'entreprise débitrice elle-même;
- e) mise en œuvre obligatoire et rapide de la loi sur l'insolvabilité si le processus de négociation ne peut être engagé ou échoue;
- f) perspective pour toutes les parties d'une solution plus avantageuse par la négociation que par le recours direct et immédiat à la loi sur l'insolvabilité (en partie parce que le résultat de la négociation est soumis au contrôle des parties prenantes et que le processus est moins onéreux et peut être mené à bien rapidement sans perturber l'activité de l'entreprise débitrice);
- g) le débiteur n'a pas besoin d'un allègement de ses dettes commerciales ou des avantages d'une procédure d'insolvabilité formelle, tels que l'arrêt automatique des poursuites ou la possibilité de rejeter des créances trop lourdes; et
- h) conditions fiscales avantageuses ou neutres s'appliquant au redressement tant dans le pays du débiteur que dans les pays des créanciers étrangers.

b) Principaux éléments

41. Pour qu'un processus de redressement informel soit efficace, il faut suivre un certain nombre d'étapes et faire appel à diverses compétences. Les principaux éléments de ce processus sont examinés ci-dessous.

i) Engager le processus

42. Le processus informel consiste essentiellement à réunir le débiteur et les créanciers, ou du moins les principaux créanciers, l'un ou plusieurs d'entre eux devant engager le processus (car ils ne peuvent s'appuyer sur une loi ni sur un facilitateur pour engager ou imposer ce processus ou y contribuer). Un débiteur peut être réticent à entamer un dialogue avec les créanciers, ou du moins avec l'ensemble de ceux-ci, et les créanciers, soucieux de leur propre situation, peuvent montrer peu d'intérêt pour un processus collectif. C'est alors que peuvent être invoquées la possibilité et l'efficacité de recours individuels par les créanciers ou d'une procédure d'insolvabilité formelle pour encourager la mise en route et la bonne progression d'un processus informel. En effet, un débiteur qui reste réticent à participer à ce processus peut faire l'objet de procédures individuelles de recouvrement de créances ou d'exécution de sûretés, voire d'une procédure d'insolvabilité, qu'il ne pourra empêcher d'aboutir ni retarder. Les créanciers, de leur côté, peuvent également se trouver soumis à une procédure d'insolvabilité formelle qui les empêchera de faire exécuter leurs droits individuels et ne sera peut-être pas le meilleur moyen de recouvrer leurs créances. Il est donc capital, dans ce type de processus, de créer un cadre dans lequel le débiteur et ses créanciers

peuvent rechercher et négocier un accord de règlement des difficultés financières du premier.

ii) *Coordonner les participants – désigner un créancier chef de file et constituer un comité directeur*

43. Le redressement devrait faire intervenir toutes les parties principales; en général, la participation du groupe des prêteurs et parfois des principaux créanciers qui peuvent être concernés par le redressement est essentielle pour le processus. Pour mieux coordonner les négociations, il faudrait désigner un créancier principal responsable de l'orientation, de l'organisation, de la gestion et de l'administration du processus. Ce créancier fait en général rapport à un comité représentatif des créanciers (comité directeur) et peut apporter une aide et répercuter les propositions concernant le débiteur.

iii) *Convenir d'une "trêve"*

44. Pour permettre la poursuite de l'activité du débiteur, disposer de suffisamment de temps pour obtenir et analyser les informations sur sa situation, et formuler et évaluer des propositions visant à résoudre ses difficultés financières, il peut être nécessaire de parvenir à un accord contractuel de suspension des actions préjudiciables tant du débiteur que des principaux créanciers. Cet accord devra porter en général sur une période définie, le plus souvent courte, à moins que cela ne convienne pas dans un cas particulier.

iv) *Faire intervenir des conseillers*

45. Un redressement informel se déroule rarement, sinon jamais, sans l'intervention d'experts et de conseillers indépendants de diverses branches professionnelles (droit, comptabilité, réglementation financière et commerciale, marketing). Si l'on peut penser que ces interventions entraîneront des coûts inutiles et constitueront une ingérence dans les affaires du débiteur et des créanciers ainsi qu'une perte de contrôle, il n'en est par moins nécessaire en général de disposer d'informations vérifiées par des experts indépendants ainsi que de plans de refinancement, de restructuration, de gestion et d'exploitation élaborés par des professionnels, qui sont essentiels pour assurer la réussite du processus.

v) *Assurer des liquidités et un flux de trésorerie appropriés*

46. Un débiteur qui devient candidat à un éventuel redressement informel aura souvent besoin de conserver l'accès à ses lignes de crédit existantes ou de bénéficier de nouveaux crédits. Il se peut que l'octroi de crédits par les créanciers garantis existants ne présente aucun problème. Dans le cas contraire, toutefois, et si de nouveaux crédits sont nécessaires, il sera peut-être difficile d'en garantir le remboursement si le redressement échoue. Mais alors que la loi sur l'insolvabilité permettra de régler cette question en attribuant une forme ou une autre de priorité à ces prêts en cours (voir chap. VI.B. de la deuxième partie), elle ne s'étendra généralement pas à ce type d'arrangement dans le cadre d'un processus informel.

47. Les créanciers qui participent à une tentative de redressement peuvent néanmoins convenir que si l'un ou plusieurs d'entre eux octroient de nouveaux crédits, les autres seront subrogés dans leurs créances afin que les nouveaux prêts

soient remboursés avant celles-ci. Ainsi, si le redressement réussit, il y aura entre ces créanciers un accord contractuel pour le remboursement des nouveaux prêts. Mais si le redressement échoue et que l'entreprise débitrice est liquidée, le créancier qui a consenti un nouveau crédit peut se retrouver avec une créance chirographaire (à moins qu'une sûreté n'ait été constituée) et n'être que partiellement remboursé au même titre que les autres créanciers chirographaires.

vi) Accès à des informations complètes et exactes sur le débiteur

48. Cet élément est essentiel pour permettre une évaluation correcte de la situation financière du débiteur et soumettre des propositions aux créanciers concernés. Les informations sur l'actif, le passif et les affaires du débiteur devraient être mises à la disposition de tous les créanciers concernés, mais devront peut-être rester confidentielles, sauf si elles sont déjà publiques.

vii) Traiter avec les créanciers

49. La complexité des intérêts des créanciers pose souvent des problèmes très délicats dans les processus informels. On ne peut prendre en compte ces intérêts divergents et persuader les créanciers qui ont déjà engagé à l'encontre du débiteur une action en recouvrement ou en exécution forcée de participer au processus informel que si celui-ci a des chances de parvenir à un meilleur résultat ou si la menace d'une procédure d'insolvabilité formelle dissuade les créanciers de faire valoir leurs droits individuellement.

50. Dans de nombreux cas, cependant, il sera impossible (voire inutile) de faire participer tous les créanciers au processus informel, soit en raison de leur nombre et de leurs intérêts divergents, soit parce qu'il sera contre-productif d'associer audit processus des créanciers auxquels le débiteur ne doit que de petites sommes ou qui n'ont ni les connaissances ni les compétences commerciales nécessaires pour y prendre une part active ou encore qui ne le souhaitent pas. Si les créanciers qui relèvent de ces catégories peuvent souvent être tenus à l'écart, on ne peut pour autant les ignorer, car ils peuvent être importants pour la poursuite de l'activité de l'entreprise (en tant que fournisseurs de biens ou services essentiels ou parce qu'ils participent à des parties essentielles du processus de production de l'entreprise débitrice) et qu'aucune règle ne peut les contraindre à accepter la décision de la majorité.

51. Dans un redressement informel, les créanciers commerciaux et les petits créanciers sont souvent intégralement remboursés. Si cette situation semble révéler une inégalité de traitement, elle peut être jugée économiquement rationnelle par le groupe des principaux créanciers. Une autre solution est de faire accepter par les principaux créanciers un plan de redressement qui servira ensuite de base pour une procédure de redressement formelle supervisée par un tribunal à laquelle participeront d'autres créanciers (on parle parfois à ce propos de plan "préparé" – voir chapitre V.B. de la deuxième partie). Ce plan peut ensuite lier les autres créanciers. Mais l'obtention d'un tel résultat suppose l'existence d'un régime d'insolvabilité formel efficace.

c) Règles et lignes directrices pour un redressement informel

52. [43] Pour aider à mener à bien un redressement informel, et en particulier pour traiter les problèmes mentionnés plus haut dans le cas d'entreprises multinationales complexes, un certain nombre d'organisations ont élaboré des principes et des lignes directrices non contraignants. L'une de ces méthodes, dite "de Londres", tire son nom des principes directeurs non contraignants adressés par la Banque d'Angleterre aux banques commerciales, qui sont instamment invitées à soutenir leurs débiteurs en situation financière difficile. Les décisions relatives à l'avenir à long terme des débiteurs ne devraient être prises que sur la base d'informations complètes, partagées entre toutes les banques et les autres parties qui participeraient à un accord sur ce point. Des moratoires et accords de cession de rang facilitent l'obtention de moyens temporaires de trésorerie, et les banques et les autres créanciers essaient de s'entendre pour décider collectivement si un ballon d'oxygène devrait être donné à la société débitrice et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Des principes analogues ont été élaborés par les banques centrales d'autres pays [A/CN.9/WP.63/Add.12, par. 365]. Une des organisations internationales ayant entrepris des travaux dans ce domaine est la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL), qui a élaboré des Principes pour une approche globale des accords de règlement amiable faisant intervenir plusieurs créanciers. Ces principes ont pour but d'accélérer les processus informels et d'accroître leurs chances de réussite en expliquant aux diverses catégories de créanciers comment procéder sur la base de règles convenues d'un commun accord.

3. Procédures de redressement qui comprennent des éléments informels et formels

53. [47] Certains pays ont adopté ce que l'on peut appeler des procédures antérieures à l'insolvabilité ou "préparées", qui sont en fait une combinaison de processus informels de redressement et de procédures judiciaires de redressement. Dans un pays, par exemple, des règlements ont été publiés qui permettent au tribunal d'approuver formellement un plan de redressement négocié de manière informelle et adopté par les créanciers par un vote qui a eu lieu avant l'ouverture de la procédure formelle. De tels processus visent à réduire au minimum le coût et la durée du redressement formel tout en donnant la possibilité d'approuver un plan de redressement négocié de manière informelle et qui n'a pas l'appui unanime des créanciers. Ce processus permet de tirer parti des efforts entrepris dans le cadre des négociations informelles pour mener à bien un redressement qui liera tous les créanciers, tout en garantissant aux créanciers concernés les protections prévues par la loi sur l'insolvabilité.

54. [48] Dans un autre pays, la loi dispose que pour faciliter la conclusion d'un règlement amiable avec ses créanciers, un débiteur peut demander au tribunal de nommer un conciliateur. Le conciliateur n'a pas de pouvoir particulier, mais il peut demander au tribunal d'imposer une suspension des poursuites à tous les créanciers s'il estime qu'une telle mesure est de nature à faciliter la conclusion d'un accord de règlement. Pendant la période de suspension, le débiteur ne peut faire aucun paiement pour s'acquitter de créances antérieures (à l'exception des salaires) ou acte de disposition étranger à la gestion normale de l'entreprise. La procédure se termine lorsqu'un accord est conclu soit avec tous les créanciers soit (sous réserve de

l'approbation du tribunal) avec les principaux d'entre eux; dans ce dernier cas, le tribunal peut maintenir la suspension pour tous les créanciers non participants en accordant au débiteur une période de grâce qui peut atteindre jusqu'à deux ans.

55. Ces types de procédures sont examinés plus en détail au chapitre V.B. de la deuxième partie.

C. Procédures administratives

56. [44] Ces dernières années, un certain nombre de pays touchés par la crise ont mis au point des formes "structurées" semi-officielles de procédures informelles, largement inspirées par l'État ou les banques centrales, pour traiter les problèmes financiers systémiques au sein du système bancaire. Ces procédures ont été élaborées selon un modèle similaire. Premièrement, chacune prévoit un organe qui est chargé d'encourager et, en partie, de coordonner et d'administrer une réorganisation informelle afin de fournir l'incitation et la motivation nécessaires à la mise en place des procédures informelles. Deuxièmement, chaque procédure s'appuie sur un accord entre banques commerciales en vertu duquel les participants acceptent de suivre une série de "règles" concernant les entreprises débitrices qui ont des dettes envers une ou plusieurs des banques et qui peuvent participer à la procédure. Les règles indiquent les procédures à suivre et les conditions à imposer en cas de tentative de redressement de l'entreprise. Dans certains des pays, une entreprise débitrice qui cherche à négocier un redressement informel est tenue d'accepter que ces règles s'appliquent. Troisièmement, des délais sont fixés pour diverses parties de la procédure et, dans certains cas, des accords de principe peuvent être soumis au tribunal compétent en vue d'un redressement formel prévu par la loi. De plus, un pays a créé un organisme spécial qui, en vertu de la loi le régissant, a des pouvoirs extrêmement étendus lui permettant d'acquiescer des prêts improductifs auprès du secteur bancaire et financier puis d'imposer des procédures extrajudiciaires à une entreprise débitrice défailante, y compris un redressement forcé ou imposé.

57. Ces procédures ne sont pas examinées en détail dans le Guide, car d'une part, elles sont relativement complexes et supposent l'élaboration de règles et de règlements particuliers, et d'autre part, elles concernent des situations particulières d'échec du système.

D. Structure du régime d'insolvabilité

58. [52] Bien que de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient à la fois une procédure de liquidation et une procédure de redressement, la structure du processus conduisant au choix de l'une ou de l'autre peut être très différente. Certaines lois prévoient une procédure d'insolvabilité souple et unitaire avec une seule condition d'ouverture pouvant aboutir soit à la liquidation soit au redressement, selon les particularités d'espèces. D'autres prévoient deux procédures distinctes, comportant chacune des conditions d'accès et d'ouverture, ainsi que différentes possibilités de conversion de l'une en l'autre.

59. [53] Les législations qui traitent la liquidation et le redressement comme deux procédures distinctes se fondent sur diverses considérations de principe en matière

sociale et commerciale et visent différents objectifs. Toutefois, un nombre important de questions étant communes à ces deux procédures, il y a entre elles de nombreux liens et chevauchements, aussi bien sous l'angle procédural qu'en ce qui concerne les questions de fond, comme le montrera la discussion dans la deuxième partie.

60. [54] Lorsque deux procédures distinctes sont prévues, le choix de celle qui sera utilisée devrait, au moins en théorie, dépendre de la question de savoir si l'entreprise du débiteur insolvable est ou non viable. Mais dans la pratique, il est souvent impossible, à l'ouverture de l'une ou l'autre procédure, d'évaluer de manière définitive la viabilité financière de l'entreprise. Outre que cette approche risque, entre autres inconvénients, de susciter une polarisation excessive entre liquidation et redressement, elle peut entraîner des retards et une augmentation des coûts et se révéler inefficace, en particulier lorsque le redressement échoue et qu'une nouvelle demande distincte de liquidation doit être formulée. On peut pallier cet inconvénient en établissant des liens entre les deux procédures, pour permettre la conversion de l'une en l'autre dans des cas particuliers, et en prévoyant des dispositifs destinés à prévenir tout recours abusif à la procédure d'insolvabilité, par exemple l'ouverture d'une procédure de redressement dans le but d'éviter ou de retarder la liquidation (voir ...).

61. [55] Pour ce qui est du choix de la procédure, certains pays prévoient que la partie qui demande l'ouverture de la procédure d'insolvabilité a le choix au départ entre la liquidation et le redressement. Lorsqu'une procédure de liquidation est engagée par un ou plusieurs créanciers, la loi prévoit souvent un mécanisme permettant au débiteur d'en demander la conversion en redressement quand cela est possible. Lorsque le débiteur demande l'ouverture d'une procédure de redressement, de sa propre initiative ou par suite de l'assignation en liquidation d'un créancier, il devrait, logiquement, être statué d'abord sur la demande de redressement. Pour protéger les créanciers, certaines législations relatives à l'insolvabilité prévoient toutefois la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation dès lors qu'il est constaté, soit au début de la procédure soit plus tard, que le redressement a peu de chances d'aboutir ou est voué à l'échec, un autre mécanisme de protection des créanciers peut être de fixer la durée maximale d'une procédure de redressement lorsqu'elle est accordée contre le gré des créanciers.

62. [56] En règle générale, bien qu'elles soient couramment présentées comme distinctes, les procédures de liquidation et de redressement sont normalement utilisées l'une à la suite de l'autre. En d'autres termes, une procédure de liquidation ne sera engagée que si le redressement a peu de chances de réussir ou si les efforts de redressement ont échoué. Certains régimes d'insolvabilité reposent sur le postulat général qu'une entreprise devrait être redressée et que la procédure de liquidation ne peut être ouverte qu'en cas d'échec de toutes les tentatives de redressement. Dans les régimes d'insolvabilité qui prévoient la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation, une demande à cette fin peut être présentée par le débiteur, par les créanciers ou par le représentant de l'insolvabilité, suivant les conditions fixées par la loi. Il peut s'agir notamment de l'impossibilité pour le débiteur d'acquitter à l'échéance les dettes nées après l'engagement de la procédure; du rejet du plan de redressement par les créanciers ou le tribunal; d'un manquement du débiteur aux obligations résultant d'un plan approuvé; ou d'une tentative du débiteur de frauder ses créanciers (voir chapitre ... de la deuxième partie). S'il est souvent possible de convertir une

procédure de redressement en procédure de liquidation, la plupart des régimes d'insolvabilité ne permettent pas de reconverter ensuite celle-ci en redressement.

63. [57] Étant donné la difficulté de décider d'emblée si le débiteur devrait faire l'objet d'une procédure de liquidation plutôt que de redressement, certains pays ont été conduits à revoir leur législation relative à l'insolvabilité et à remplacer les procédures distinctes par une procédure "unitaire"². Selon cette conception, il y a une période initiale (généralement appelée "période d'observation" qui, dans les législations en vigueur, peut durer jusqu'à trois mois), pendant laquelle il n'existe aucune présomption quant à la décision qui sera prise en définitive – redresser l'entreprise ou la liquider. Le choix entre ces deux éventualités n'intervient qu'une fois qu'il a été décidé si le redressement est possible ou non. Les avantages fondamentaux de cette solution sont sa simplicité sur le plan procédural, sa souplesse et sa rentabilité potentielle. Une procédure unitaire simple, permettant d'envisager une réorganisation et un redressement, peut également encourager les débiteurs à y recourir dès qu'ils connaissent des difficultés financières, augmentant ainsi les chances de succès d'un redressement. Elle peut aussi avoir un inconvénient, à savoir comporter, entre le moment où la décision d'ouvrir une procédure est prise et celui où le choix de la procédure est fait, un laps de temps susceptible d'avoir des incidences sur l'entreprise du débiteur et la valeur de ses biens.

64. Quelle que soit la façon dont la loi sur l'insolvabilité est formulée en ce qui concerne la liquidation et le redressement, elle devrait faire en sorte qu'un débiteur, une fois dans le système, ne puisse en sortir sans que son avenir ait été déterminé d'une manière ou d'une autre.

² Si l'on opte pour un système unitaire, il faut procéder à certaines modifications des éléments fondamentaux de la loi sur l'insolvabilité. Celles-ci sont indiquées à l'annexe ...