Nations Unies A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II)

Assemblée générale

Distr.: Limitée
30 septembre 2003

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trentième session
Vienne, 29 mars-2 avril 2004

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Table des matières

	Paragraphes	*Page*
Deuxième partie		
Dispositions essentielles d'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité	80-669	45
I. Demande d'ouverture et ouverture	82-152	45
A. Admissibilité et compétence	82-99	45
1. Admissibilité: débiteurs auxquels doit s'appliquer une loi sur l'insolvabilité	82-91	45
a) Personnes physiques exerçant une activité commerciale	84-87	46
b) Entreprises publiques	88-90	47
c) Débiteurs exigeant un traitement particulier	91	48
2. Compétence	92-99	48
a) Centre des intérêts principaux	93-94	49
b) Établissement	95-96	49
c) Présence d'actifs	97-98	50
d) Tribunaux compétents	99	50
Recommandations 1) à 6)		51
B. Ouverture de la procédure	100-152	52
1. Introduction	100-102	52

V.03-87997 (F) 171203 181203

2.	Critères d'ouverture	103-111	53
a)	Critère de la liquidité, du flux de trésorerie ou de la cessation générale des paiements	103-104	53
b)	Critère du bilan	105-106	53
c)	Définition du critère d'ouverture	107-111	54
3.	Liquidation	112-122	56
a)	Parties pouvant présenter une demande	112	56
b)	Demande présentée par le débiteur	113-115	56
c)	Demande présentée par les créanciers	116-119	57
d)	Demande présentée par une autorité publique	120-122	59
4.	Redressement	123-131	60
a)	Parties pouvant présenter une demande	123	60
b)	Demande présentée par le débiteur	124-125	60
c)	Demande présentée par les créanciers	126-131	61
5.	Questions procédurales	132-146	63
a)	Dépôt d'une demande d'ouverture de la procédure	132	63
b)	Décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité	133-135	63
c)	Fixation d'un délai pour la décision d'ouverture	136-137	64
d)	Rejet de la demande d'ouverture	138-140	65
e)	Notification de demande d'ouverture et d'ouverture	141-146	65
6.	Débiteurs dont les actifs sont insuffisants	147-149	67
7.	Droits à acquitter pour la procédure d'insolvabilité	150-151	68
8.	Abandon de la procédure après ouverture	152	69
	Recommandations 7) à 23)		69
II.	Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	153-360	73
A.	Actifs constituant la masse de l'insolvabilité	153-175	73
1.	Introduction	153-155	73
2.	Actifs entrant dans la masse de l'insolvabilité	156-168	74
a)	Définition générale de la masse de l'insolvabilité	156-158	74
b)	Actifs grevés	159-161	75
c)	Actifs appartenant à des tiers	162-164	76
d)	Actifs étrangers	165-166	76
e)	Actifs récupérés	167-168	77

	3. Actifs exclus de la masse de l'insolvabilité	169-172	78
	a) Exclusions générales	169	78
	b) Lorsque le débiteur est une personne physique	170-172	78
	4. Date de constitution de la masse de l'insolvabilité et regroupement des actifs	173-175	79
	Recommandations 24) à 26)		79
B.	Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité	176-219	80
	1. Introduction	176	80
	2. Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites	177-180	80
	3. Portée de l'arrêt des poursuites	181-189	82
	a) Poursuites arrêtées	181-183	82
	b) Poursuites auxquelles ne s'applique pas l'arrêt	184	83
	c) Créanciers garantis	185-189	83
	4. Application discrétionnaire ou automatique de l'arrêt des poursuites	190	85
	5. Moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites	191-200	86
	a) Spécification du moment exact à partir duquel l'arrêt des poursuites prend effet	192	86
	b) Application de l'arrêt des poursuites à partir du dépôt d'une demande d'ouverture	193	86
	c) Application de l'arrêt des poursuites à partir de l'ouverture de la procédure	194-200	86
	6. Durée de l'arrêt des poursuites	201-204	89
	a) Créanciers chirographaires	201-202	89
	b) Créanciers garantis	203-204	89
	7. Prorogation de l'arrêt des poursuites	205	90
	8. Protection des créanciers garantis	206-215	90
	a) Aménagement de l'arrêt des poursuites	207-209	91
	b) Protection de la valeur	210-215	91
	9. Restrictions à la disposition des actifs par le débiteur	216-219	93
	Recommandations 27) à 39)		94
C.	Utilisation et disposition des actifs	220-239	98
	1. Introduction	220	98
	2. Actifs de la masse de l'insolvabilité	221-235	99
	a) Cours normal des affaires	221-224	99

	b) Méthodes de vente	225-228	100
	c) Utilisation ou disposition d'actifs grevés	229-230	101
	d) Faculté donnée au représentant de l'insolvabilité de vendre les actifs libres de tout droit réel	231-232	102
	e) Actifs communs	233	102
	f) Actifs constituant une charge, actifs sans valeur et actifs difficilement réalisables	234	103
	g) Créances de sommes d'argent	235	103
	3. Actifs appartenant à des tiers	236-237	104
	4. Traitement du produit en espèces	238-239	105
	Recommandations 40) à 48)		105
D.	Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	240-253	107
	1. Besoin de financement postérieur à l'ouverture de la procédure	240-244	107
	2. Sources du financement postérieur à l'ouverture de la procédure	245	108
	3. Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure – octroi d'une sûreté ou d'une priorité	246-250	109
	a) Constitution d'une sûreté	247	109
	b) Établissement d'une priorité	248-250	109
	4. Autorisation d'un financement postérieur à l'ouverture	251-252	110
	5. Effets de la conversion	253	111
	Recommandations 49) à 54)		111
E.	Traitement des contrats	254-294	113
	1. Introduction	254-259	113
	2. Clauses de résiliation automatique	260-265	115
	3. Continuation ou rejet des contrats	266-283	116
	a) Procédure pour la continuation ou le rejet des contrats	266-273	116
	b) Date et notification de la continuation et du rejet	274-275	119
	c) Continuation de contrats en cas de défaut d'exécution du débiteur	276	119
	d) Effets de la continuation ou du rejet sur le cocontractant	277-282	119
	e) Modification des contrats poursuivis	283	121
	4. Contrats de location de terrains et de locaux	284-285	121
	5. Cession	286-289	122
	6. Exceptions générales au pouvoir de poursuivre, de rejeter et de céder des contrats	290-293	123

	a) Contrats de travail	291	123
	b) Contrats de services non substituables et de services personnels	292-293	124
	7. Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure	294	124
	Recommandations 55) à 72)		124
F.	Procédure d'annulation	295-348	128
	1. Introduction	295-302	128
	2. Critères d'annulation	303-313	130
	a) Critères objectifs	304	130
	b) Critères subjectifs	305	130
	c) Combinaison des éléments	306-307	131
	d) Cours normal des affaires	308-312	131
	e) Moyens de défense	313	132
	3. Types d'opérations susceptibles d'annulation	314-328	133
	a) Opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances	316-317	133
	b) Opérations à un prix sous-évalué	318-320	134
	c) Opérations préférentielles	321-323	135
	d) Sûretés	324-325	136
	e) Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur	326-328	137
	4. Opérations exemptées d'actions en annulation	329	138
	5. Effet de l'annulation – opérations nulles ou annulables	330-331	138
	6. Établissement de la période suspecte	332-335	139
	7. Conduite de la procédure d'annulation	336-346	140
	a) Parties habilitées à ouvrir la procédure	336-339	140
	b) Financement de la procédure d'annulation	340	141
	c) Délai fixé pour l'ouverture de la procédure	341	142
	d) Respect des critères d'annulation	342-346	142
	8. Responsabilité des autres parties à une opération annulée	347	143
	9. Conversion d'une procédure de redressement en procédure de liquidation	348	143
	Recommandations 73) à 84)		144
G.	Droits de compensation	349-352	147
	Recommandation 85)		147

H. Contrats financiers et compensation globale 353-360 148

Recommandations 86) à 92). 150

III. Participants 361-480 151

A. Débiteur 361-393 151

1. Introduction. 361 151

2. Poursuite de l'exploitation de l'entreprise débitrice et rôle du débiteur 362-377 152

a) Liquidation 362-363 152

b) Redressement 364-377 152

3. Droits du débiteur. 378-380 156

4. Obligations du débiteur 381-392 157

a) Coopération et assistance 382 157

b) Communication de renseignements 383-386 158

c) Confidentialité 387 159

d) Obligations secondaires. 388 159

e) Recours à des professionnels pour aider le débiteur 390 160

f) Inexécution des obligations. 391-392 160

5. Responsabilité du débiteur. 393 161

Recommandations 93) à 98). 161

B. Représentant de l'insolvabilité. 394-433 163

1. Introduction. 394 163

2. Qualifications 395-402 164

a) Représentant provisoire de l'insolvabilité 397 164

b) Connaissances et expérience 398 164

c) Faire en sorte que le représentant de l'insolvabilité ait les qualifications appropriées 399 165

d) Qualités personnelles. 400 165

e) Conflits d'intérêts. 401-402 165

3. Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité 403-406 166

a) Sélection et nomination par le tribunal. 404 166

b) Autorités de nomination indépendantes 405 167

c) Rôle des créanciers 406 167

4. Supervision du représentant de l'insolvabilité 407 167

5. Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité. 408 168

6. Confidentialité 411 169

7. Rémunération du représentant de l'insolvabilité 412-418 170

a) Détermination du montant de la valeur du service rendu 412-416 170

b) Moyen de paiement 417 171

c) Révision de la rémunération 418 172

8. Responsabilité du représentant de l'insolvabilité. 419-424 172

9. Mandataires et employés du représentant de l'insolvabilité 425-427 174

a) Responsabilité pour actes ou omissions 426 174

b) Rémunération 427 174

10. Contestation des actes d' administration du représentant de l'insolvabilité 428-431 175

11. Révocation du représentant de l'insolvabilité 432 175

12. Remplacement du représentant de l'insolvabilité 433 176

Recommandations 99) à 109). 176

C. Créanciers – participation à la procédure d'insolvabilité 434-475 178

1. Introduction. 434 178

2. Degré de participation des créanciers au processus de décision 436-444 179

a) Degrés de participation 436-437 179

b) Participation à la liquidation et au redressement 438 180

c) Mécanismes pour faciliter la participation. 439-441 180

d) Encourager la participation des créanciers. 442 181

e) Nécessité d'informer et d'aviser les créanciers 443 182

f) Créanciers garantis. 444 182

3. Fonctions devant être exercées par les créanciers 445-450 182

4. Réunions des créanciers. 451-454 184

5. Comité des créanciers 455-470 185

a) Créanciers pouvant être nommés à un comité 457-462 185

b) Constitution d'un comité des créanciers. 463-465 187

c) Fonctions d'un comité des créanciers. 466-468 188

d) Responsabilité du comité des créanciers 469 189

e) Révocation et remplacement des membres du comité. 470 189

6. Questions devant être soumises au vote des créanciers. 471-474 189

7. Confidentialité 475 190

	Recommandations 110) à 120)		190
D.	Droit des parties intéressées d'être entendues et de faire appel	476-480	193
1.	Droit d'être entendu	476	193
2.	Procédures de recours	477-479	193
3.	Droit de faire appel	480	194
	Recommandations 121) et 122)		194
IV.	Redressement	481-565	195
A.	Le plan de redressement	481-550	195
1.	Introduction	481-482	195
2.	Nature ou forme du plan	483-485	195
3.	Proposition d'un plan de redressement	486-496	196
a)	Choix du moment pour la proposition	487	196
b)	Parties autorisées à proposer le plan	488-494	197
c)	Délais de proposition d'un plan	495-496	199
4.	Le plan	497-505	200
a)	Contenu du plan	498-502	200
b)	Informations devant accompagner le plan	503-505	202
5.	Approbation du plan	506-529	203
a)	Procédures d'approbation	509-511	204
b)	Approbation par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires	512-517	205
c)	Approbation par les créanciers chirographaires ordinaires	518-521	206
d)	Approbation par les actionnaires	522-523	207
e)	Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur	524	208
f)	Conditions exigées pour l'approbation du plan	525-529	208
6.	Lorsque le plan proposé ne peut être approuvé	530-531	210
a)	Modification du plan proposé	530	210
b)	Échec de l'approbation du plan	531	210
7.	Lier les catégories de créanciers opposantes	532	210
8.	Homologation du plan par le tribunal	533-539	211
a)	Contestation de l'approbation du plan	534-536	211
b)	Mesures nécessaires pour l'homologation par le tribunal	537-539	212
9.	Effets d'un plan approuvé [et homologué]	540	213

10. Contestation d'un plan après son homologation par le tribunal 541 213

11. Modification d'un plan après approbation par les créanciers 542-544 214

12. Exécution d'un plan 545 215

13. Échec de l'exécution 546-547 215

14. Conversion en liquidation 548-550 216

Recommandations 123) à 145)..... 217

B. Procédure de redressement accélérée 551-565 222

1. Introduction..... 551-553 222

2. Créanciers participant généralement aux négociations volontaires de redressement 554-555 223

3. Procédure d'exécution d'un accord volontaire de redressement..... 556-565 224

a) Débiteurs pouvant bénéficier de la procédure 557-558 224

b) Obligations visées 559 224

c) Application de la loi sur l'insolvabilité 560-562 225

d) Accélération de la procédure..... 563-565 226

Recommandations 146) à 153)..... 226

V. Administration de la procédure 566-652 230

A. Le traitement des créances 566-612 230

1. Introduction..... 566 230

2. Déclaration des créances 567-589 230

a) Créanciers qui peuvent être tenus de déclarer leurs créances..... 567-570 230

b) Restrictions en ce qui concerne les créances qui peuvent être déclarées 571-576 231

c) Procédure de déclaration des créances 577-585 233

d) Défaut de déclaration des créances..... 586-589 236

3. Vérification et admission des créances..... 590-611 236

a) Liste des créances déclarées 590 236

b) Procédure de vérification et d'admission..... 591-602 237

c) Créances contestées 603-604 240

d) Effet de l'admission d'une créance..... 605 241

e) Compensation des créances réciproques 606 241

f) Créances appelant un traitement spécial..... 607-611 241

4. Créances non admises 612 243

Recommandations 154) à 169)..... 243

B. Priorités et répartition [du produit de la liquidation] 613-642 246
1. Priorités 613-640 246
a) Introduction 613-616 246
b) Déclassement des créances 617-623 247
c) Classement des créances 624-640 248
2. Répartition. 641-642 253
a) Liquidation 641 253
b) Redressement 642 253
Recommandations 170) à 178). 254
C. Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité. 643-652 255
1. Introduction. 643-645 255
2. Responsabilité du groupe pour les dettes externes. 646-651 256
3. Dettes intragroupe 652 258
D. Loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité. 258
Recommandations 179) à 183). 258
VI. Clôture de la procédure. 653-669 260
A. Décharge 653-666 260
1. Décharge du débiteur dans la procédure de liquidation. 653-664 260
2. Remise des dettes dans la procédure de redressement. 665-666 263
Recommandations 184) et 185) 263
B. Clôture de la procédure 667-669 264
1. Liquidation 668 264
2. Redressement 669 264
Recommandations 186) et 187) 265

Deuxième partie
Dispositions essentielles d'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité

80. La deuxième partie du Guide s'attache au contenu de la loi sur l'insolvabilité et sur les éléments essentiels qui sont considérés comme nécessaires pour que la procédure d'insolvabilité menée en vertu de cette loi soit efficace et effective. Dans la mesure du possible, le Guide traite de ces éléments dans un ordre qui suit le déroulement de la procédure.

81. Le chapitre premier analyse les critères de demande d'ouverture et d'ouverture. Le chapitre II étudie les effets de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur le débiteur et ses actifs, y compris la constitution d'une masse de l'insolvabilité, la protection et la préservation de cette masse, l'utilisation et la disposition des actifs, le financement postérieur à l'ouverture, le traitement des contrats, l'exercice de clauses d'annulation, les droits à compensation, les contrats financiers et la compensation globale. Le chapitre III examine les rôles du débiteur et du représentant de l'insolvabilité et leurs diverses obligations et fonctions, ainsi que les mécanismes destinés à faciliter la participation des créanciers. Bien que les questions liées au redressement soient abordées tout au long du Guide, le chapitre IV examine, en particulier, celles qui sont liées au plan de redressement et aux procédures de redressement accélérées. Le chapitre V est consacré aux différentes catégories de créances des créanciers et à leur traitement, ainsi qu'à l'établissement de priorités pour la répartition. Le chapitre VI traite des questions liées au règlement de la procédure d'insolvabilité, y compris à la décharge et à la clôture. [Le chapitre VII présente la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le guide pour son incorporation.]

I. Demande d'ouverture et ouverture

A. Admissibilité et compétence

1. Admissibilité: débiteurs auxquels doit s'appliquer une loi sur l'insolvabilité

82. Avant d'élaborer une loi visant les débiteurs engagés dans des activités commerciales (avec ou sans but lucratif), il importe de déterminer et de définir clairement ceux auxquels elle s'appliquera, en sachant que ceux qui en seront exclus ne bénéficieront pas des protections qu'elle offre mais ne seront pas non plus soumis à la discipline qu'elle impose. D'où l'intérêt de concevoir une législation prévoyant peu d'exceptions. L'élaboration de dispositions sur l'admissibilité, pour une loi sur l'insolvabilité, soulève deux questions fondamentales. Il faut d'une part déterminer si cette loi devrait établir une distinction entre les débiteurs qui sont des personnes physiques et les débiteurs prenant la forme d'entreprises ou de sociétés avec responsabilité limitée des associés ou d'autres personnes morales, car pour chacune de ces catégories l'insolvabilité est associée non seulement à des considérations de politique générale mais aussi à des comportements sociaux et autres différents. Il faut d'autre part déterminer quelles catégories de débiteurs

(qu'il s'agisse de personnes morales ou physiques) devront éventuellement être exclues.

83. Les pays adoptent différentes approches quant au champ d'application de leur loi sur l'insolvabilité. Certains choisissent d'appliquer la même loi à l'ensemble des débiteurs, à certaines exceptions près, telles que celles examinées ci-dessous. D'autres distinguent entre personnes physiques et personnes morales et prévoient une législation différente pour chaque catégorie. D'autres encore font une distinction entre personnes morales et personnes physiques selon qu'elles ont une activité de commerce ou de consommation. Parmi ces derniers, certains ont une loi sur l'insolvabilité des "commerçants", définis comme des personnes exerçant une activité commerciale à titre professionnel ou des sociétés constituées conformément à la législation commerciale et d'autres entités exerçant régulièrement une activité commerciale. Enfin, des pays prévoient aussi dans leur loi des procédures différentes selon le montant des dettes et plusieurs ont élaboré des régimes d'insolvabilité spéciaux pour différents secteurs économiques, en particulier l'agriculture.

a) Personnes physiques exerçant une activité commerciale

84. Les politiques applicables à l'endettement et à l'insolvabilité des particuliers dénotent souvent des comportements culturels qui ne jouent pas autant lorsqu'il s'agit de commerçants. On peut citer, par exemple, la façon dont l'endettement personnel est perçu; la possibilité de bénéficier d'une aide en cas de surendettement; les effets sur le statut social des particuliers faillis; la nécessité de conseiller et d'éduquer les particuliers endettés; et le fait de leur accorder l'effacement des dettes pour permettre un nouveau départ. En revanche, les politiques applicables à l'insolvabilité des commerçants se limitent généralement à des considérations économiques et commerciales, telles que l'importance du rôle joué par l'entreprise dans l'économie; le besoin de préserver et d'encourager l'activité commerciale et entrepreneuriale; et la nécessité de favoriser l'offre de crédits et de protéger les créanciers.

85. Les intérêts des personnes physiques exerçant une activité commerciale (y compris, par exemple, les sociétés en participation et les entreprises individuelles) commerçants diffèrent de ceux des consommateurs, du moins en ce qui concerne certains aspects de leur endettement. Cependant, il est souvent difficile de distinguer entre endettement privé et endettement commercial d'une personne physique pour déterminer le régime à lui appliquer en cas d'insolvabilité. Pour faciliter la distinction, on peut se fonder sur différents critères par exemple sur la nature de l'activité exercée, le montant des dettes et le lien entre ces dernières et l'activité commerciale. Certains éléments dénotent une activité commerciale, comme par exemple l'immatriculation en tant que commerçant ou autre forme d'entité commerciale; le type de personne morale conformément à la législation commerciale; la nature des activités habituelles; et les informations concernant le chiffre d'affaires ainsi que l'actif et le passif.

86. De nombreux pays appliquent leur loi sur l'insolvabilité commerciale aux personnes physiques exerçant une activité commerciale. L'expérience d'autres pays montre que, si les activités commerciales des personnes physiques font partie intégrante de l'activité commerciale, il est souvent préférable de les soumettre au régime de l'insolvabilité des personnes physiques car, en définitive, le dirigeant

d'une entreprise individuelle exercera son activité sans aucune limitation de responsabilité, ce qui le laissera personnellement et indéfiniment tenu des dettes de son entreprise. Dans ces cas se posent également de délicates questions concernant l'extinction des dettes (effacement de tout ou partie de certaines dettes après la clôture de la procédure – voir chap. VI), notamment celle du délai d'attente exigé pour la libération du débiteur et celle des obligations pouvant ou non être éteintes. Les dettes inextinguibles sont généralement liées à des problèmes personnels, tels que des règlements dans des procédures de divorce ou des obligations d'entretien vis-à-vis d'enfants. En outre, le fait de soumettre les personnes physiques au régime d'insolvabilité commerciale risque, dans certains pays, d'en gêner l'application en raison de la façon dont la société perçoit l'insolvabilité personnelle, qu'elle ait ou non un rapport avec une activité commerciale. Il est donc souhaitable, lors de l'élaboration d'une loi traitant de l'insolvabilité commerciale, de prendre ces différents points en considération, en tenant compte de la manière dont l'activité commerciale est généralement exercée dans un pays donné, ainsi que de l'existence et de l'efficacité des lois sur l'insolvabilité traitant des personnes physiques. Dans de nombreux pays, par exemple, l'activité commerciale est exercée presque exclusivement par des personnes physiques, et les exclure de la loi sur l'insolvabilité limiterait considérablement le fonctionnement et l'efficacité de cette dernière. Dans d'autres pays, c'est la loi sur l'insolvabilité personnelle qui traite spécifiquement de l'insolvabilité des personnes physiques exerçant une activité commerciale, qui sont exclues du régime commercial.

87. Le présent Guide se concentre sur la conduite d'activités commerciales[1], exercées par des personnes tant morales que physiques, quel que soit le cadre juridique choisi à cette fin, et que ce soit avec ou sans but lucratif[2]. Il indique les cas dans lesquels des dispositions supplémentaires ou différentes seront nécessaires si la loi sur l'insolvabilité doit s'appliquer aux personnes physiques.

b) Entreprises publiques

88. Une loi sur l'insolvabilité peut s'appliquer à toutes les catégories de débiteurs exerçant une activité commerciale, qu'ils relèvent du droit privé ou du droit public, en particulier aux entreprises publiques qui mènent sur le marché des opérations commerciales distinctes et ont par ailleurs les mêmes intérêts commerciaux et économiques que les entreprises privées. Ne sont pas visés ici les États, les collectivités territoriales, communes et autres organisations ou autorités publiques analogues, sauf s'il s'agit d'entreprises publiques fonctionnant comme des entreprises commerciales.

---

[1] Il n'est pas prévu de définir dans le *Guide* les termes "activités commerciales". Toutefois, si une définition était nécessaire, d'autres textes de la CNUDCI dans laquelle ils apparaissent ont adopté une définition large de manière à couvrir les questions découlant de toutes les relations de nature commerciale, qu'elles soient ou non contractuelles. Les relations de nature commerciale comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes: fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage, crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs, ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance, accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route.

[2] Seraient incluses, par exemple, les activités commerciales menées à des fins charitables.

89. Le fait qu'une entreprise appartient à l'État ne saurait en soi être un motif suffisant pour justifier son exclusion du champ d'application de la loi sur l'insolvabilité, bien qu'un certain nombre de pays adoptent effectivement cette approche. Lorsque l'État joue différents rôles à l'égard de l'entreprise, non seulement en tant que propriétaire, mais aussi en tant que prêteur et principal créancier, les incitations commerciales normales ne joueront pas, les solutions de compromis seront sans doute difficiles à trouver et la probabilité d'un conflit d'intérêts est très forte. L'application du régime d'insolvabilité à ces entreprises a donc l'avantage de les soumettre à la discipline de ce régime, de montrer clairement que le soutien financier de l'État ne sera pas illimité et de contribuer à réduire les conflits d'intérêts au minimum.

90. Des exceptions à la règle générale consistant à appliquer une loi générale sur l'insolvabilité à de telles entreprises sont parfois nécessaires lorsque l'État a adopté une politique visant à garantir explicitement les engagements de ces entreprises, lorsque le traitement des entreprises publiques s'inscrit dans le cadre d'un changement de politique macroéconomique, par exemple l'instauration d'un vaste programme de privatisation ou lorsque des entreprises publiques interviennent dans des secteurs sensibles de l'économie, comme la fourniture de services clés ou de fournitures essentielles (telles que l'eau et l'électricité). Dans ces cas, une loi indépendante régissant les questions pertinentes, y compris l'insolvabilité, peut se justifier. Le Guide n'aborde pas les questions se rapportant spécifiquement à ce type de loi.

c) Débiteurs exigeant un traitement particulier

91. Bien qu'il puisse être souhaitable d'étendre la protection et la discipline d'une loi sur l'insolvabilité au plus grand nombre possible de débiteurs, un traitement distinct peut être accordé à certains d'entre eux qui ont un caractère spécialisé, comme les banques et les compagnies d'assurance, les entreprises de distribution de fournitures essentielles et les sociétés de courtage en valeurs mobilières ou en produits de base. Ces catégories de débiteurs font très fréquemment l'objet, dans les lois sur l'insolvabilité, d'exceptions qui se justifient généralement par la réglementation détaillée à laquelle ces entreprises sont souvent soumises en dehors du contexte de l'insolvabilité. Pour traiter de l'insolvabilité de ces débiteurs, les régimes réglementaires peuvent contenir des dispositions particulières pour le type d'entreprise réglementée, ou des règles spéciales peuvent être incluses dans la loi générale sur l'insolvabilité. Le Guide n'examine pas expressément les considérations particulières associées à l'insolvabilité de ces débiteurs ni à celle des consommateurs.

2. Compétence

92. Le débiteur doit non seulement avoir les attributs d'un commerçant, mais aussi un lien suffisant avec l'État pour être soumis à sa loi sur l'insolvabilité. La plupart du temps le problème de l'applicabilité de celle-ci ne se posera pas, car le débiteur sera un national ou un résident de l'État et y exercera son activité commerciale par le biais d'une structure juridique immatriculée ou incorporée sur son territoire. Mais lorsque le lien entre le débiteur et l'État doit être établi, les lois sur l'insolvabilité prévoient différents critères, dont la présence, sur le territoire, du centre des intérêts principaux d'un établissement ou d'actifs du débiteur.

a) Centre des intérêts principaux

93. Bien que certaines lois sur l'insolvabilité appliquent des critères tels que l'établissement principal, la CNUDCI a adopté, dans sa Loi type sur l'insolvabilité internationale (ci-après la "Loi type de la CNUDCI"), celui de "centre des intérêts principaux" du débiteur pour déterminer où doit avoir lieu l'ouverture de la "procédure principale" pour ce débiteur. Ce critère est aussi employé dans le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après le "règlement de la CE"). La Loi type de la CNUDCI ne définit pas le terme; le Règlement de la CE (13e considérant) indique qu'il devrait correspondre au "lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers". Un critère approprié serait celui qui est retenu au paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI et à l'article 3 du règlement de la CE, à savoir que, sauf si la preuve contraire peut être apportée, le siège statutaire ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux. Un débiteur ayant le centre de ses intérêts principaux dans un État devrait être soumis à la loi sur l'insolvabilité de cet État.

94. Nonobstant l'adoption du critère du "centre des intérêts principaux", il peut arriver qu'un débiteur ayant des actifs dans plus d'un État satisfasse aux conditions requises pour être soumis à la loi sur l'insolvabilité de plusieurs États, en raison des différents critères d'admissibilité ou des différentes interprétations du même critère, d'où la possibilité de procédures d'insolvabilité dans chacun de ces États. Il serait alors indiqué d'avoir une loi fondée sur la Loi type de la CNUDCI pour régler les questions de coordination et de coopération[3]. Pour ce qui est de l'application des différents critères, la Loi type met l'accent sur la primauté du centre des intérêts principaux et de la procédure principale, mais reconnaît que d'autres critères, tels que la présence d'actifs, peuvent être retenus pour commencer une procédure "non principale" afin de traiter des actifs locaux lorsque la procédure concernant les actifs étrangers a été reconnue[4].

b) Établissement

95. Certaines lois disposent qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement. Le terme "établissement" est défini à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI comme désignant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services". L'article 2 du règlement de la CE contient une définition similaire, qui ne fait toutefois pas référence aux "services". En substance donc, un établissement est un lieu où s'exerce une activité sans être nécessairement le centre des intérêts principaux. Cette définition, tout comme celle du "centre des intérêts principaux", est importante pour la structure générale de la Loi type de la CNUDCI et pour le traitement des cas d'insolvabilité internationale car elle sert de critère pour la reconnaissance des procédures étrangères et l'application des mesures disponibles. Dans de nombreux pays, les dirigeants d'un établissement insolvable seront personnellement responsables envers les créanciers

---

[3] La Loi type et le *Guide* pour son incorporation dans le droit interne sont reproduits au chapitre VII du *Guide*.

[4] Loi type de la CNUDCI, article 28.

à moins qu'ils n'engagent une procédure d'insolvabilité. L'établissement est donc un critère nécessaire pour un régime d'insolvabilité national et le traitement des actifs de ce débiteur dans un État particulier.

96. Le règlement de la CE dispose également qu'une procédure d'insolvabilité (dite "procédure secondaire") peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement. En règle générale, cette procédure se limitera à la liquidation des actifs du débiteur qui sont situés sur le territoire de cet État. Selon la nature de l'activité du débiteur et les actifs concernés, l'établissement pourrait, dans un nombre limité de cas, servir de critère pour l'ouverture d'une procédure de redressement.

c) Présence d'actifs

97. Certaines lois prévoient qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte par ou contre un débiteur qui a ou a eu des actifs sur le territoire d'un État sans exiger que ce débiteur y ait un établissement ou le centre de ses intérêts principaux. La Loi type de la CNUDCI ne prévoit pas la reconnaissance des procédures étrangères ouvertes dans ce cas, mais elle prévoit l'ouverture d'une procédure locale fondée sur la présence d'actifs dans un État reconnaissant la procédure étrangère principale pour les actifs en question[5].

98. On peut sans doute faire une distinction entre une procédure de liquidation et une procédure de redressement ouverte dans un État où le débiteur a des actifs; si la présence d'actifs peut être un motif approprié pour ouvrir une procédure de liquidation de certains actifs situés dans un État, elle n'est peut-être pas suffisante pour justifier l'ouverture d'une procédure de redressement, en particulier lorsque la procédure entamée dans le centre des intérêts principaux du débiteur vise la liquidation ou que les actifs en question sont limités. S'il est vrai qu'un pays prévoit effectivement que la présence d'actifs est un motif suffisant pour ouvrir une procédure de redressement (applicable aux actifs du débiteur où qu'ils se trouvent), cette option n'est pas souvent disponible. Si une procédure est ouverte en raison de la présence d'actifs contre un débiteur multinational, une coordination sera généralement nécessaire entre ce pays et d'autres États où le débiteur aura le centre de ses intérêts principaux et, éventuellement, des établissements. En tant que critère, la présence d'actifs risque par conséquent de poser des problèmes de conflit de juridictions, notamment l'éventualité de l'ouverture de procédures multiples, et des questions de coordination entre ces procédures et de coopération entre les États qui pourraient faire entrer en jeu la Loi type de la CNUDCI.

d) Tribunaux compétents

99. Une question supplémentaire, en ce qui concerne la compétence, est de savoir quel tribunal est compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité et régler les questions qui surgissent dans le cours de cette procédure. Il se peut que le même tribunal d'un État donné soit compétent pour ces deux aspects ou que des tribunaux différents soient compétents pour différentes questions. Pour accroître la transparence et faciliter le recours à la loi sur l'insolvabilité dans l'intérêt des débiteurs, les créanciers et les tiers (en particulier lorsqu'ils sont d'un pays

[5] Loi type de la CNUDCI, article 28 et *Guide* pour son incorporation, par. 184 à 187; voir chap. VII.

étranger), il faudrait indiquer clairement dans la loi quels tribunaux sont compétents pour quelles fonctions. Bien que la loi sur l'insolvabilité ne comporte peut-être pas toujours de dispositions précisant quels tribunaux sont compétents pour les procédures d'insolvabilité, il pourrait être utile d'y faire figurer une référence aux dispositions d'une autre loi spécifiant la compétence des tribunaux.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant l'admissibilité et la compétence est de déterminer:

a) les catégories de débiteurs qui sont soumis à la loi;

b) les catégories de débiteurs qui peuvent être exclus de la loi;

c) les débiteurs qui ont un lien suffisant avec un État pour être soumis à la loi; et

d) les tribunaux compétents pour connaître de l'ouverture et de la conduite de la procédure d'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

Admissibilité

1) La législation sur l'insolvabilité devrait régir les procédures d'insolvabilité contre tous les débiteurs, personnes physiques ou morales, y compris les entreprises publiques[6], exerçant une activité commerciale, avec ou sans but lucratif.

2) Les exclusions du champ d'application de la loi devraient être limitées et clairement indiquées dans cette dernière[7].

Compétence

3) La loi devrait spécifier quels débiteurs ont un lien suffisant avec un État pour être soumis à son application. Différentes approches peuvent être adoptées quant aux facteurs de rattachement à appliquer, mais les motifs pour lesquels un débiteur peut être soumis à la loi devraient être les suivants"[8]:

---

[6] Le Guide législatif n'est pas censé s'appliquer aux États, aux collectivités territoriales et autres entités analogues, sauf dans la mesure où ce sont des "entreprises publiques".

[7] Il se peut que des organisations étroitement réglementées, comme les banques et les compagnies d'assurance, nécessitent un traitement particulier qu'on pourrait leur accorder en les faisant relever d'un régime d'insolvabilité distinct ou de dispositions spéciales insérées dans la loi générale sur l'insolvabilité. Certaines entreprises publiques, comme celles qui interviennent dans des secteurs sensibles, pourraient également être exclues.

[8] La présente recommandation est censée indiquer les motifs minimums et non exclusifs de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Il peut être fait état d'autres motifs, tels que la présence d'actifs, dans certaines pays: voir l'analyse au chapitre I.A.2 c) et aux paragraphes 184 à 187 du *Guide* pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, figurant au chapitre VII.

a) le centre de ses intérêts principaux est situé dans cet État; ou

b) il a un établissement dans cet État.

4) La loi devrait établir la présomption que, sauf preuve contraire, le centre des intérêts principaux est réputé se situer, dans le cas d'une personne morale, dans l'État dans lequel celle-ci a son siège statutaire, et, dans celui d'une personne physique, dans l'État dans lequel celle-ci a sa résidence habituelle.

5) La loi devrait définir le terme "établissement" comme désignant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services"[9].

6) La loi devrait indiquer clairement (ou inclure une référence à la loi applicable qui détermine) quel tribunal est compétent pour ouvrir et conduire de la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions liées au déroulement de celle-ci.

B. Ouverture de la procédure

1. Introduction

100. Le critère d'ouverture tient une place centrale dans l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité. Du fait qu'il indique sur quelle base une procédure d'insolvabilité peut être ouverte, il permet de déterminer à quels débiteurs peuvent s'appliquer les mécanismes de protection et de discipline de la loi et qui – débiteur, créanciers ou autres parties – peut former une demande d'ouverture.

101. En principe, il est souhaitable que le critère d'ouverture soit transparent et certain, qu'il rende l'accès à la procédure d'insolvabilité commode, économique et rapide, pour inciter les entreprises en difficulté financière ou insolvables à l'engager volontairement. Il est également souhaitable d'assurer une certaine souplesse en proposant différents types de procédures (redressement et liquidation), en facilitant l'accès à la procédure la plus adaptée à un débiteur particulier et en permettant la conversion entre les différentes procédures. Un accès restrictif peut décourager tant les débiteurs que les créanciers, tandis qu'un retard peut avoir un effet préjudiciable sur la valeur des actifs et les chances de succès de la procédure d'insolvabilité, en particulier dans les cas de redressement. La facilité d'accès doit être contrebalancée par des mesures appropriées visant à prévenir tout abus de la procédure. Comme exemples d'abus on peut citer les demandes présentées par des débiteurs qui n'ont pas de difficultés financières mais cherchent à tirer parti des mesures de protection prévues par la loi, telles que l'arrêt automatique des poursuites, à retarder le remboursement de ses créanciers ou à y échapper, et les demandes présentées par des créanciers concurrents du débiteur, dans le but de déstabiliser l'entreprise de ce dernier et d'obtenir ainsi un avantage compétitif[10].

102. Le critère spécifique à remplir avant qu'une procédure d'insolvabilité puisse être ouverte diffère selon les lois. Un certain nombre d'entre elles en prévoient

---

[9] Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, art. 2 f).

[10] Ce point est examiné plus avant dans la partie consacrée au rejet de la demande d'ouverture et à l'abandon de la procédure, chap. I.B.5 d) et 8.

plusieurs et font une distinction entre liquidation et redressement, de même qu'entre les demandes présentées par un débiteur et celles présentées par les créanciers.

2. Critères d'ouverture

a) Critère de la liquidité, du flux de trésorerie ou de la cessation générale des paiements

103. Un critère fréquemment retenu pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est le critère de la liquidité, du flux de trésorerie ou de la cessation générale des paiements, qui suppose que le débiteur ne paie plus ses créanciers et qu'il n'aura pas suffisamment de trésorerie pour honorer ses obligations à leur échéance dans le cours normal de ses activités. Les indicateurs de la cessation générale des paiements d'un débiteur peuvent être le fait qu'il ne paie pas son loyer, ses taxes, les salaires, les avantages sociaux, les comptes fournisseurs et autres dépenses essentielles de l'entreprise. En tant que tel, ce critère met les facteurs déterminants à la portée des créanciers. Il vise à déclencher la procédure d'insolvabilité à un stade suffisamment précoce des difficultés financières du débiteur pour limiter autant que possible la dispersion de ses actifs et éviter une course aux actifs entre les créanciers qui provoquerait le démembrement de son entreprise au détriment de l'ensemble des créanciers. Le fait d'autoriser l'ouverture de la procédure seulement lorsque le débiteur peut apporter la preuve d'une insolvabilité sur la base du bilan (ce lui-ci faisant apparaître un passif supérieur à l'actif – voir ci-dessous), ne fera que retarder l'inévitable et diminuer les sommes recouvrées.

104. A propos du critère de la cessation générale des paiements, il faut se demander si l'incapacité de payer des dettes à leur échéance n'est pas due simplement à un problème passager de trésorerie ou de liquidités dans une entreprise par ailleurs viable. Sur les marchés compétitifs actuels, la concurrence peut contraindre les intervenants à accepter temporairement des bénéfices toujours plus bas, voire des pertes, pour devenir plus compétitifs et conserver ou gagner des parts de marché. Il faudra dans chaque cas examiner les faits, mais il serait souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité donne des orientations au tribunal pour l'aider à déterminer si le critère d'ouverture a ou non été rempli, de manière à éviter un constat prématuré d'insolvabilité.

b) Critère du bilan

105. Un autre critère que celui de la cessation générale des paiements serait le critère du bilan, un excédent du passif sur l'actif étant le signe de difficultés financières. Mais ce critère a un inconvénient pratique: comme il repose sur des informations détenues par le débiteur, les autres parties peuvent rarement établir la situation financière réelle de ce dernier avant que ces difficultés ne soient devenues bien réelles et souvent insurmontables. Aussi les créanciers ne peuvent-ils pas y recourir aisément pour former leur demande. En outre, cette méthode peut donner une idée inexacte de la situation financière du débiteur, car elle met l'accent sur un aspect essentiellement comptable de la manière dont les actifs devraient être évalués (par exemple valeur de liquidation par opposition à valeur d'exploitation) et conduit à se demander si le bilan du débiteur est fiable et s'il donne une indication exacte de l'aptitude de ce dernier à payer, en particulier lorsque les normes comptables et les techniques d'évaluation aboutissent à des résultats qui ne reflètent pas la juste

valeur marchande[11] des actifs du débiteur ou lorsque les marchés ne sont pas suffisamment développés ou stables pour établir cette valeur – le même problème pouvant se poser en particulier avec les entreprises de service qui, selon cette méthode, peuvent paraître techniquement insolvables en raison d'une insuffisance d'actifs, même si en fait elles sont viables. Inversement, une entreprise peut avoir un bilan positif sans disposer du flux de trésorerie nécessaire pour son exploitation.

106. Ce critère peut également entraîner des retards et des difficultés en matière de preuve, car elle exigerait généralement qu'un expert examine les livres, pièces comptables et données financières[12] pour déterminer la juste valeur marchande de l'entité, ce qui sera particulièrement difficile lorsque la comptabilité n'est pas dûment tenue ou facilement accessible. Le critère du bilan conduit donc souvent à ouvrir une procédure une fois qu'un redressement n'est plus possible et peut priver le débiteur de la possibilité qu'il aurait de désintéresser collectivement ses créanciers s'il poursuivait son activité, ce qui peut compromettre l'objectif de maximisation de la valeur des actifs. Il ne sera donc peut-être pas suffisamment fiable pour la définir à elle seule, et il peut être souhaitable de l'appliquer en même temps que le critère de la cessation des paiements. Dans ce cas, il peut aider à définir l'insolvabilité en mettant l'accent sur le point de savoir si les actifs, quelle que soit la manière dont ils sont évalués, seront suffisants pour honorer les engagements du débiteurs, y compris les obligations qui ne sont pas encore venues à échéance.

c) Définition du critère d'ouverture

107. Les lois sur l'insolvabilité combinent de différentes manières le critère de la cessation générale des paiements et le critère du bilan pour établir un critère d'ouverture. Certaines appliquent le critère de la cessation générale des paiements pur et simple, à savoir l'incapacité du débiteur d'honorer ses obligations à leur échéance. D'autres y ajoutent des exigences supplémentaires: par exemple, que la cessation des paiements traduise des difficultés financières durables, que la

---

[11] La juste valeur marchande désigne généralement la valeur que l'on peut raisonnablement espérer obtenir d'une vente aux conditions du marché, dans laquelle le vendeur n'est pas contraint de vendre ni l'acheteur d'acheter. En l'absence de vente effective, la valeur sera quelque peu spéculative car établie à partir de suppositions concernant les conditions de vente des actifs en question. Pour réduire la spéculation, on a mis au point des techniques consistant à déterminer approximativement cette valeur par référence au montant tiré de la vente d'entreprises et d'actifs comparables ou à partir d'un multiple de la capacité bénéficiaire des entreprises. Lorsque les actifs ne peuvent être facilement vendus, faute de marché ou en raison de la saturation du marché existant, cette valeur est difficile à déterminer.

[12] La valeur comptable d'un actif est le montant qui lui est attribué à des fins comptables. Elle est généralement calculée à partir de la valeur d'acquisition ajustée en fonction de différents facteurs (dépréciation, l'amortissement réévaluation à la baisse pour tenir compte du prix courant du marché ou, éventuellement, à la hausse conformément aux principes comptables). Bien qu'il existe des Principes comptables généralement reconnus ("PCGR") exposés par l'International Accounting Standards Board, il est important de noter qu'il n'y a pas de lignes directrices comptables universellement acceptées indiquant sur quelle base les actifs devraient être évalués à des fins comptables. En outre, il se peut que la valeur comptable des actifs aux fins de la comptabilité de gestion diffère de la valeur figurant dans les états financiers vérifiés de fin d'exercice. Autrement dit, la valeur comptable des actifs peut n'avoir que peu de rapport ou être sans rapport avec la valeur pour laquelle ils pourraient être réalisés pour satisfaire les créanciers.

solvabilité du débiteur soit menacée et qu'il soit juste et équitable de liquider son entreprise. Plus les éléments ajoutés au critère d'ouverture sont nombreux, plus il sera difficile d'y satisfaire, en particulier lorsqu'il s'agit d'éléments subjectifs. Le risque est que des demandes soient contestées, entraînent des retards, des incertitudes et des dépenses. De leur côté, les critères qui sont relativement simples et directs peuvent avoir tendance à inclure des cas plus nombreux, mais cela peut être compensé par la facilité accrue de la demande qu'ils permettent.

108. Une autre approche combine le critère de la cessation des paiements et le critère du bilan. Une loi, par exemple, exige non seulement que le débiteur doit avoir cessé de payer, mais aussi qu'il soit surendetté, le surendettement étant déterminé, par exemple, par son incapacité à rembourser ses dettes à échéance du fait que son passif est supérieur à son actif. Une approche combinant les deux critères peut militer en faveur de l'ouverture lorsque l'on manque d'informations quant à l'existence d'une défaillance générale et donner un tableau plus complet de la situation actuelle et future du débiteur. Par exemple, le critère du bilan peut faciliter la prise en considération des dettes non échues, que le critère de la cessation des paiements ne prendrait pas en compte, alors qu'elles jouent un rôle très important, par exemple, pour les chances de succès d'un redressement.

109. Une loi sur l'insolvabilité peut adopter un critère unique pour l'insolvabilité, auquel cas le critère de la cessation des paiements est efficace pour l'accès à la procédure d'insolvabilité; le critère du bilan, ainsi qu'il a été noté plus haut, présente un certain nombre d'inconvénients et ne devrait pas être adopté comme critère unique. Une loi sur l'insolvabilité peut aussi combiner ces deux critères. La procédure peut alors être ouverte si l'un ou l'autre des deux est rempli.

i) Insolvabilité imminente (pénurie prévisible de liquidités)

110. Certaines lois qui retiennent uniquement un critère de cessation des paiements prévoient également qu'un débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure en cas d'insolvabilité imminente ou d'impossibilité prévisible de paiement, s'il prévoit qu'il ne sera pas en mesure d'honorer ses obligations futures à leur échéance. Il peut s'agir, dans certains cas, d'une impossibilité dans un futur proche mais également, parfois, dans un avenir bien plus lointain selon la nature de l'obligation à remplir. Cette impossibilité prévisible pourrait être établie à partir d'éléments concrets comme le fait pour le débiteur d'avoir à rembourser sur le long terme une obligation dont il sait qu'il ne pourra pas assurer le paiement ou d'être assigné dans une action collective en responsabilité civile tout en sachant qu'il n'aura pas gain de cause et qu'il sera dans l'incapacité de payer les dommages-intérêts demandés.

ii) Types de procédures pouvant être ouverts

111. Un deuxième aspect du critère d'ouverture est le type de procédure susceptible d'être ouvert (voir aussi première partie, chap. II). Dans certaines lois, le critère d'ouverture retenu, qu'il s'agisse de la cessation générale des paiements ou du critère du bilan, est le point de départ d'une procédure, soit de liquidation, soit de redressement. Lorsque la procédure de liquidation est demandée par un créancier, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser le débiteur à demander qu'elle soit convertie en procédure en redressement. Dans d'autres lois privilégiant le redressement, ce type de procédure doit être obligatoirement ouvert mais peut être converti en liquidation si l'impossibilité de redresser l'entreprise du débiteur est établie. Dans d'autres lois

encore, l'effet de la demande est neutre et le choix entre liquidation et redressement ne sera fait qu'après une période d'évaluation de la situation financière du débiteur.

3. Liquidation

a) Parties pouvant présenter une demande

112. Les lois sur l'insolvabilité permettent généralement qu'une procédure de liquidation soit demandée par le débiteur, par un ou plusieurs créanciers, par une autorité publique, ou encore de plein droit lorsque l'inexécution par le débiteur d'une obligation légale (telle que le maintien d'un certain montant d'actif) déclenche automatiquement une telle procédure.

b) Demande présentée par le débiteur

113. De nombreuses lois sur l'insolvabilité appliquent un critère de cessation générale des paiements à la demande de liquidation formée par le débiteur. Du fait que, dans la pratique, un débiteur présentera généralement une demande en dernier recours en cas de difficultés financières graves, certaines lois autorisent le débiteur à former une demande soit en cas de cessation du remboursement de ses dettes à leur échéance soit sur simple déclaration de sa situation financière indiquant par exemple qu'il n'est pas en mesure ou n'a pas l'intention de rembourser ses dettes (dans le cas d'une personne morale, cette déclaration peut être faite par les administrateurs ou d'autres membres d'un organe directeur). Au moins une loi sur l'insolvabilité dispense le débiteur de présenter une déclaration de sa situation financière. Dans de pareils cas, quelle que soit la charge de la preuve incombant au débiteur, la loi sur l'insolvabilité devrait distinguer et prévoir, d'une part, les situations dans lesquelles l'acceptation de la déclaration de la situation financière du débiteur peut être présumée à condition que les créanciers ne soulèvent pas d'objections et, d'autre part, les situations dans lesquelles il faudrait interroger le débiteur sur sa situation financière parce que celle-ci suscite des doutes ou que les créanciers ont soulevé des objections. Dans une certaine mesure, ces questions peuvent être examinées à ce moment-là. Lorsque le tribunal est tenu de prendre la décision d'ouverture, par exemple, il aura la possibilité d'examiner la demande, et les créanciers pourront élever des objections à l'occasion de cette audition. Lorsque la demande a pour effet d'entraîner l'ouverture automatique de la procédure, les créanciers et les autres parties intéressées auront encore la possibilité d'élever des objections, mais après l'ouverture de la procédure (voir plus loin, points 5 b) et 8). Dans un cas comme dans l'autre, les tentatives de faire un usage abusif de la procédure peuvent être examinées.

i) Imposition au débiteur de l'obligation de présenter une demande

114. Lorsque c'est le débiteur qui demande l'ouverture d'une procédure, se pose la question de savoir s'il doit ou non être tenu de le faire à un stade déterminé de ses difficultés financières. Il n'y a pas d'accord unanime sur ce point. Certaines lois sur l'insolvabilité ou sur la gouvernance d'entreprise comportent des dispositions obligeant le débiteur à présenter une demande dans un certain délai (allant de deux semaines à 60 jours) à compter du moment où il n'est plus en mesure de payer ses dettes à l'échéance ou après avoir constaté son surendettement à la lecture de son bilan. Certaines lois précisent comment établir la cessation des paiements – par exemple, sur la base de documents bancaires montrant qu'un pourcentage donné du

montant total des dettes reste impayé depuis un certain temps (deux mois par exemple). L'imposition d'une telle obligation peut permettre, dans le cas d'une liquidation, de protéger les intérêts des créanciers en empêchant que les actifs du débiteur soient davantage dispersés et, dans le cas d'un redressement, d'accroître les chances de réussite en favorisant des mesures précoces. Elle peut être importante dans les pays qui ne peuvent compter sur un groupe actif de créanciers pour présenter une demande. L'expérience, dans certains pays, montre toutefois que l'imposition au débiteur de l'obligation de former une demande après un certain nombre de jours ou de semaines d'incapacité ou de cessation de paiement ne fait qu'inciter les débiteurs à former des demandes alors qu'ils ne sont pas vraiment insolvables (et donc qu'une liquidation ou un redressement ne sont pas véritablement nécessaires). Dans plusieurs pays, une telle contrainte a également alourdi la charge de travail des autorités chargées du traitement de l'insolvabilité alors qu'elles n'étaient peut-être pas suffisamment développées pour faire face à un nombre important de demandes à la suite de l'imposition d'une telle obligation.

115. Elle peut aussi poser des problèmes pratiques difficiles à résoudre, à savoir quand et comment l'obligation doit s'appliquer, en particulier lorsqu'un retard dans le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure formelle pourrait engager la responsabilité personnelle de membres de l'entreprise débitrice, de ses administrateurs ou des membres de son organe directeur. Le débiteur risque alors d'être découragé de chercher des solutions informelles à ses difficultés financières, telles qu'un accord de redressement amiable, qui serait peut-être plus approprié dans certains cas[13]. En outre, une obligation de présenter une demande sera sans effet si elle n'est pas assortie de sanctions applicables (et appliquées) en cas d'inexécution. L'adoption de mesures incitatives (telles que l'arrêt des poursuites pour protéger le débiteur contre des actions en recouvrement et autres – voir chap. II.B) peut être un moyen plus efficace d'encourager les débiteurs à engager rapidement une procédure que l'imposition de sanctions pour défaut d'exécution de l'obligation de présenter une demande.

c) Demande présentée par les créanciers

116. De nombreuses lois sur l'insolvabilité adoptent également un critère de cessation des paiements aux demandes de liquidation d'une entreprise débitrice présentées par les créanciers, mais exigent souvent aussi qu'une fraction importante de la dette ne soit pas contestée ni susceptible de compensation. Quelques-unes prévoient que la dette doit être établie par une décision judiciaire. L'application d'un critère de cessation générale des paiements aux demandes d'ouverture formées par les créanciers risque de poser des problèmes en matière de preuve. Si les créanciers individuels seront sans doute en mesure de montrer que le débiteur n'a pas payé une ou plusieurs de leurs créances, il ne leur sera peut-être pas aussi facile d'apporter la preuve d'une cessation générale des paiements. Pratiquement, il faut qu'ils soient en mesure d'apporter une preuve, sous une forme relativement simple, établissant une présomption d'insolvabilité du débiteur, mais il ne faut pas leur imposer une charge de la preuve déraisonnablement lourde. Un critère raisonnablement commode et objectif, qui permettrait de préciser celui de cessation générale des paiements pour établir des exigences minimales en matière de preuve

[13] Cette question est examinée plus avant dans le contexte des procédures de redressement accélérées et des critères d'ouverture applicables, voir deuxième partie, chap. IV.B.

auxquelles les créanciers pourraient satisfaire, serait peut-être le défaut de paiement par un débiteur d'une créance échue dans un délai spécifié après présentation d'une demande écrite de paiement ou après échéance de ladite créance. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions dans ce sens, le délai allant, dans les cas où une demande formelle est exigée, de 8 jours à 24 semaines. D'autres prévoient que la demande ne peut être déposée qu'à l'expiration d'un délai donné – par exemple trois mois – après l'engagement d'une action en recouvrement infructueuse. Lorsque des délais doivent être indiqués dans la loi, il peut être souhaitable, pour satisfaire aux objectifs clés de rapidité d'accès à la procédure d'insolvabilité et de préservation de la valeur, de spécifier des périodes relativement courtes.

117. Les créanciers détenant des créances non échues ont eux aussi un intérêt légitime dans l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Mais un problème particulier peut se poser dans leur cas, par exemple lorsqu'ils ont des créances à long terme. En effet, si le critère retenu est l'échéance de la dette, ils ne pourront peut-être jamais prétendre à l'ouverture d'une telle procédure, même s'il est évident que le débiteur ne pourra pas s'acquitter de l'obligation concernée le moment venu. Une solution pourrait être de prévoir dans la loi sur l'insolvabilité que le non-remboursement d'une échéance, dans le cas d'une dette à long terme, pourrait justifier une demande d'ouverture de la part d'un créancier. Néanmoins, l'établissement d'un critère qui permettrait de présenter une demande d'ouverture dans de telles circonstances peut poser de difficiles problèmes de preuves, en particulier pour établir un lien entre le non-paiement d'une seule échéance et la situation financière du débiteur. Si une loi sur l'insolvabilité devait autoriser les créanciers détenant des créances non échues à demander l'ouverture d'une procédure, il faudrait trouver un compromis entre ces problèmes de preuve et la nécessité d'assurer un accès commode, économique et rapide à la procédure d'insolvabilité. Pour s'attaquer à ces problèmes, on pourrait appliquer un critère combinant ceux de la cessation des paiements et du bilan.

118. Outre la cessation des paiements, l'échéance de la dette et l'absence de contestation, certaines lois sur l'insolvabilité exigent aussi, par exemple, que la demande soit présentée par plusieurs créanciers (voire parfois par des créanciers chirographaires détenant des créances non contestées) et que ces derniers à la fois détiennent des créances échues et représentent un certain montant de créances (ou qu'il y ait à la fois un nombre spécifié de créanciers et un montant déterminé de créances).

119. Ces exigences sont souvent motivées par le souci de réduire au minimum le risque d'abus de la part d'un créancier unique qui chercherait à utiliser la procédure d'insolvabilité en guise de mécanisme de recouvrement de créances, en particulier lorsque les montants en jeu sont peu élevés, ou de la part d'un petit nombre de créanciers dont la dette ne représente qu'une fraction de la dette totale du débiteur. Mais il faudra peut-être concilier les arguments en faveur d'une telle approche avec la nécessité d'assurer un accès rapide et commode à la procédure. Pour répondre aux préoccupations concernant le risque d'abus, on pourrait tenir compte du montant de la créance du créancier unique (bien que le fait de spécifier un montant particulier de créances ne soit peut-être pas toujours une technique de rédaction optimale, en raison des variations du cours des monnaies qui peuvent rendre nécessaire une modification de la loi) ou en adoptant une solution exigeant que le débiteur

fournisse au tribunal des informations permettant à ce dernier d'établir si le défaut de paiement résulte d'un litige avec un créancier particulier ou est la preuve d'une pénurie de liquidités. On pourrait aussi mettre l'accent sur des mesures visant à décourager l'abus au lieu d'élaborer un critère complexe d'ouverture qui pourrait jouer contre tous les créanciers habilités à présenter une demande, et prévoir certaines conséquences, comme le versement de dommages-intérêts pour le préjudice causé au débiteur – non seulement pour les frais et dépenses supportés par celui-ci, mais également pour la désorganisation de son entreprise.

d) Demande présentée par une autorité publique

120. Lorsque l'État est un des créanciers, il devrait avoir le même droit que n'importe quel autre créancier d'engager une procédure de liquidation. Ce droit est généralement accordé à une autorité publique particulière (normalement le ministère public ou l'équivalent) ou à une autre autorité de contrôle, et l'on devrait généralement appliquer le même critère d'ouverture que dans le cas de demandes présentées par d'autres créanciers.

121. Certains pays octroient à l'État ou à d'autres autorités de contrôle un droit supplémentaire plus large d'utiliser le régime d'insolvabilité pour fermer une entreprise dans des cas où l'autorité n'est pas nécessairement un créancier mais où la fermeture de l'entreprise est jugée d'intérêt général. Dans ce cas, la preuve de la pénurie de liquidités n'est pas toujours nécessaire, ce qui permet à l'État de mettre fin à l'activité d'entreprises qui se sont livrées à certaines opérations, généralement de nature frauduleuse ou criminelle ou comportant de graves manquements à des obligations réglementaires ou une combinaison de ces éléments. Étant donné le risque d'abus d'un tel droit dans des circonstances sans rapport avec l'insolvabilité et d'une définition très large des motifs d'intérêt général, il est éminemment souhaitable que de tels pouvoirs ne soient disponibles que dans des cas très limités et qu'ils soient exercés uniquement en dernier ressort, lorsque aucune mesure appropriée n'est prévue dans d'autres lois. Ces cas limités peuvent comprendre l'utilisation de ce droit concurremment avec l'application des lois, par exemple celles qui concernent le blanchiment d'argent ou la réglementation des valeurs mobilières, lorsqu'il n'est peut-être pas nécessaire de prouver l'insolvabilité. Il peut s'agir aussi de cas dans lesquels il y a des indices réels d'insolvabilité, par exemple lorsque l'autorité agit dans l'intérêt d'un grand nombre de petits créanciers, dont aucun n'a une dette suffisamment importante pour justifier une demande de procédure, mais qui sont néanmoins lésés par les activités du débiteur.

122. Certaines mesures de protection peuvent également être exigées lorsque le régime d'insolvabilité doit être utilisé ainsi. Par exemple, il se peut qu'un examen préliminaire des affaires du débiteur soit exigé et que des mesures provisoires, telles que l'arrêt des poursuites et la nomination d'un représentant provisoire de l'insolvabilité, soient prises pour empêcher la possibilité d'abus en attendant que le tribunal décide quelles mesures supplémentaires devraient être prises à l'égard de l'entreprise. En règle générale, les pouvoirs supplémentaires dont il a été question ci-dessus ne seraient conférés que pour engager une procédure de liquidation, bien que, dans des cas exceptionnels, cette dernière puisse être convertie en procédure de redressement, sous certaines conditions, par exemple que l'activité commerciale soit licite et que la gestion de l'entreprise du débiteur soit reprise par un représentant de l'insolvabilité ou un organisme public.

4. Redressement

a) Parties pouvant présenter une demande

123. Dans une plus large mesure que pour les demandes d'ouverture d'une procédure de liquidation, les lois sur l'insolvabilité adoptent des approches différentes quant à la qualité du demandeur de l'ouverture d'une procédure de redressement, et un certain nombre d'entre elles ne permettent que les demandes émanant du débiteur.

b) Demande présentée par le débiteur

124. L'un des objectifs de la procédure de redressement est de créer un cadre qui encourage les débiteurs à s'attaquer à leurs difficultés financières à un stade précoce de façon à permettre à l'entreprise de poursuivre son activité dans l'intérêt du débiteur aussi bien que des créanciers. Dans cette optique, il faudrait peut-être établir un critère d'ouverture qui soit plus souple que celui qui s'applique à la liquidation et qui n'oblige pas le débiteur à attendre d'être en cessation générale des paiements pour présenter une demande, mais l'autorise à le faire lorsque sa situation financière est telle qu'il deviendra insolvable si rien n'est fait pour y remédier. Les lois sur l'insolvabilité traitent diversement les demandes de redressement présentées par les débiteurs. Certaines ne subordonnent pas l'ouverture de la procédure à un critère de fond. En d'autres termes, le débiteur peut présenter une demande quand il le souhaite, à condition seulement de déposer une simple requête auprès du tribunal compétent. D'autres, y compris celles qui adoptent une approche unitaire (voir première partie, chap. II.D), disposent que le débiteur peut former une demande s'il estime qu'il ne sera pas en mesure, dans l'avenir, de payer ses dettes à l'échéance (insolvabilité imminente ou pénurie prévisible de liquidités). Un certain nombre de lois sur le redressement exigent également la preuve que le débiteur a des chances réelles ou raisonnables de survie ou que son entreprise est économiquement viable.

125. On pourrait penser que l'assouplissement du critère d'ouverture risque d'inciter les débiteurs à abuser de la procédure d'insolvabilité. Par exemple, un débiteur qui n'est pas en difficulté financière pourrait engager une procédure et présenter un plan de redressement dans le but de s'affranchir d'obligations onéreuses, telles que celles découlant de contrats de travail, de renégocier sa dette ou encore de temporiser et de priver les créanciers du paiement rapide de l'intégralité de leurs créances. Il faudrait distinguer cette situation de celles dans lesquelles le débiteur serait encouragé à présenter une demande parce que, par exemple, le paiement de dettes échues a entraîné des difficultés financières risquant de conduire à l'insolvabilité et qu'il satisferait à un critère d'insolvabilité imminente ou de pénurie prévisible de liquidités (voir chap. I.B.2 c) i) ci-dessus), même s'il n'était pas insolvable au moment de la présentation de la demande. En d'autres termes, la demande est justifiée pour des raisons financières. Le risque de tels abus dépend de la manière dont sont conçus les éléments de la procédure de redressement, comme le critère d'ouverture, les modalités requises pour l'élaboration du plan de redressement, le contrôle que le débiteur exerce sur son entreprise une fois la procédure ouverte et les sanctions prévues en cas d'abus. Comme il a été indiqué plus haut, il peut être souhaitable que la loi sur l'insolvabilité s'attache à décourager l'abus au lieu de rendre l'ouverture plus difficile et de risquer ainsi de porter préjudice à tous ceux qui sont habiliter à présenter une demande. Pour se prémunir contre le risque d'abus de la part du

débiteur, on pourrait par exemple prévoir des dispositions autorisant le tribunal compétent à rejeter la demande et rendant, dans ce cas, le débiteur responsable envers les créanciers des frais liés à la contestation de la demande et de tout préjudice causé par cette dernière.

c) Demande présentée par les créanciers

126. Si, dans l'ensemble, les lois sur l'insolvabilité prévoient qu'une procédure de liquidation peut être engagée par un créancier ou par un débiteur, il n'y a pas de consensus en ce qui concerne la possibilité pour un créancier de demander l'ouverture d'une procédure de redressement et, comme cela a été indiqué, un certain nombre de lois n'accordent cette possibilité qu'au débiteur. Étant donné qu'une telle procédure a notamment pour objectif d'accroître la valeur des actifs et, ce faisant, le taux de recouvrement des créances par les créanciers grâce à la poursuite de l'activité et au redressement de l'entreprise du débiteur, il est souhaitable de ne pas donner au seul débiteur le pouvoir de l'engager. Une autre raison d'autoriser les créanciers à faire une demande est qu'il y aura des cas dans lesquels le débiteur ne présentera pas de demande d'ouverture ou ne pourra pas le faire parce que, par exemple, la direction aura démissionné. La possibilité pour les créanciers de prendre l'initiative est également étroitement liée à la question de savoir s'ils peuvent proposer un plan de redressement (voir chap. IV). Un certain nombre de pays considèrent que, les créanciers étant souvent les premiers bénéficiaires d'un redressement mené avec succès, ils devraient avoir la possibilité de proposer un tel plan. Si l'on suit ce raisonnement, il semble raisonnable de prévoir que les créanciers puissent eux aussi présenter une demande d'ouverture d'une procédure de redressement.

127. Dans les lois sur l'insolvabilité qui autorisent les créanciers à demander le redressement d'une entreprise débitrice, les approches diffèrent quant au critère d'ouverture. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité appliquent le même critère, y compris la pénurie prévisible de liquidités, que pour les demandes de redressement émanant des débiteurs. Selon une autre approche, l'adoption du même critère est difficile à justifier, car non seulement les créanciers auront du mal à prouver que le débiteur y satisfait, mais il semblerait également déraisonnable, d'une manière générale, d'ouvrir une quelconque forme de procédure d'insolvabilité contre la volonté du débiteur, à moins que les créanciers ne puissent démontrer que leurs droits ont déjà été lésés.

128. Pour régler les questions liées à l'ouverture par les créanciers d'une procédure de redressement, certaines lois adoptent un critère d'ouverture exigeant que les créanciers apportent la preuve de certains éléments en plus de l'insolvabilité. Par exemple, que des liquidités seront disponibles pour financer la gestion de l'entreprise au jour le jour, que la valeur des actifs sera suffisante pour son redressement et que le taux de recouvrement des créances sera probablement plus élevé que dans le cas d'une liquidation. Un inconvénient manifeste des solutions de ce type est qu'elles obligent les créanciers à procéder, ou à être en mesure de procéder, à une évaluation approfondie de l'entreprise avant de présenter leur demande. Cette évaluation peut dépendre à son tour de l'obtention auprès du débiteur d'informations pertinentes et suffisamment fiables pour faciliter l'opération. Afin de remédier aux difficultés que cela peut poser, il peut être prévu, par exemple, que lorsqu'une demande est présentée par les créanciers, la situation

financière du débiteur sera évaluée par un organisme indépendant. Une telle disposition aurait peut-être l'avantage de garantir qu'une procédure ne sera ouverte que dans les cas appropriés. Il faudra peut-être toutefois veiller à ce que ces exigences supplémentaires n'aient pas pour effet de compliquer la procédure de demande, de dissuader les créanciers de proposer un redressement, et de promouvoir la liquidation comme solution plus facile ou de retarder l'ouverture de la procédure, ce qui compromettrait la maximisation de la valeur des actifs et les chances de succès du redressement. Il faudrait veiller également à ce qu'un concurrent du débiteur ne profite pas du contexte de l'insolvabilité pour obtenir des informations sensibles ou confidentielles sur le plan commercial ou désorganiser son entreprise en imposant des exigences injustifiables en ce qui concerne l'évaluation de sa position financière.

129. Certaines lois sur l'insolvabilité appliquent une variante du critère de la cessation des paiements et exigent que la demande soit introduite par un nombre spécifié de créanciers ou par des créanciers détenant un montant total spécifié de créances échues, ou les deux. D'autres exigent que les créanciers, lorsqu'ils présentent leur demande, versent une caution ou une somme pour couvrir les frais d'ouverture de la procédure[14]. On pourrait dire que ces exigences présentent les mêmes inconvénients que ceux qui ont été indiqués plus haut pour celles selon lesquelles il faudrait des moyens suffisants pour qu'un redressement soit mené avec succès.

130. La complexité ou la simplicité des critères d'ouverture est étroitement liée aux conséquences de l'ouverture et à la conduite de la procédure d'insolvabilité. Dans les lois sur l'insolvabilité qui appliquent automatiquement un arrêt des poursuites lors de l'ouverture, par exemple, l'aptitude de l'entreprise à poursuivre son activité et à être redressée avec succès peut être évaluée après l'ouverture (et, lorsque la loi le permet, la procédure peut être convertie en liquidation si le redressement est jugé inapproprié). Dans d'autres systèmes, cette évaluation peut être nécessaire avant le dépôt d'une demande, car le choix de la procédure de redressement présuppose qu'elle sera plus profitable aux créanciers que la liquidation.

131. Pour les raisons mentionnées dans les paragraphes ci-dessus, il serait peut-être indiqué d'appliquer le même critère d'ouverture aux demandes de liquidation et à celles de redressement présentées par les créanciers (à savoir, un critère de cessation générale des paiements). Ce critère semblerait convenir aussi bien dans les cas de dualité des procédures que de procédure unitaire (voir première partie, chap. II.D), car l'application d'un critère différent ne dépend pas tant du type de procédure engagé que de l'auteur de la demande (débiteur ou créancier). Il y aurait exception dans les systèmes où le redressement est privilégié et où tant le débiteur que les créanciers ne seraient autorisés à engager une procédure de liquidation qu'une fois établie l'impossibilité du redressement. Dans ce cas, le critère d'ouverture de la procédure de liquidation ne serait pas une cessation générale des paiements, mais la constatation qu'un redressement ne peut être mené à bien.

---

[14] Cette somme peut également servir à financer la rémunération du représentant de l'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. III.B, ainsi que les développements sur le coût de la procédure d'insolvabilité, deuxième partie, chap. I.B.6).

5. Questions procédurales

a) Dépôt d'une demande d'ouverture de la procédure

132. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les modalités d'ouverture d'une demande d'insolvabilité. De nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que la demande soit déposée auprès d'un tribunal déterminé. Il existe toutefois d'autres approches. Par exemple, une loi exige que le débiteur engage la procédure en déposant une déclaration auprès de l'organisme de réglementation des entreprises. Se pose dans ce cas la question de la participation du tribunal à la procédure d'insolvabilité, qui est examinée dans la première partie. Un autre droit que le droit de l'insolvabilité peut aussi influer sur la manière dont la procédure d'insolvabilité est ouverte, telle que le droit constitutionnel (par exemple pour le rôle des tribunaux et des organes administratifs, ainsi que les questions de compétence), le droit procédural (y compris les règles de pratique) ou le droit des sociétés.

b) Décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité

133. Une première question de procédure a trait aux modalités d'ouverture de la procédure d'insolvabilité une fois la demande déposée. Dans de nombreux pays, c'est normalement à un tribunal compétent qu'il appartient de déterminer, au vu de la demande, si les conditions requises pour l'ouverture ont été remplies. Dans certains, cette décision peut également être prise par l'organisme administratif ou le tribunal approprié, lorsque celui-ci joue un rôle central de supervision dans la procédure d'insolvabilité. La question fondamentale, cependant, n'est pas tant de savoir qui prend la décision que ce qu'il faut faire pour approuver une demande et pour que la procédure soit ouverte. Des conditions d'admissibilité conçues pour faciliter un accès précoce et facile à la procédure d'insolvabilité, non seulement faciliteront l'examen par le tribunal ou un autre organisme de la demande en simplifiant les choses et, le cas échéant, en l'aidant à prendre une décision en temps voulu, mais seront également de nature à réduire le coût de la procédure et à accroître la transparence et la prévisibilité. De telles conditions sont également moins susceptibles de peser sur les systèmes qui peuvent ne pas avoir la capacité institutionnelle ou la compétence nécessaires pour entreprendre des enquêtes complexes exigeant une vaste expertise dans le domaine du commerce et des affaires. La question des coûts et des frais associés à l'accès à la procédure d'insolvabilité peut revêtir une importance particulière dans le cas des petites et moyennes entreprises. Un autre élément à noter en ce qui concerne la procédure d'ouverture est une tendance récente, dans plusieurs lois sur l'insolvabilité, a reconnaître que le débiteur a un droit fondamental à être entendu par le tribunal ou l'organisme qui se prononcerait sur une demande d'ouverture de la procédure, que cette demande ait été présentée par un débiteur ou par un créancier.

134. Dans les conditions à remplir pour l'ouverture d'une procédure, plusieurs lois sur l'insolvabilité font une distinction entre demande présentée par un débiteur et demande présentée par un créancier. Selon certaines, une demande émanant d'un débiteur fait office de reconnaissance de l'insolvabilité et conduit à l'ouverture automatique de la procédure, à moins qu'il puisse être démontré que le débiteur abuse de la loi sur l'insolvabilité, alors que si la demande émane d'un créancier, un tribunal est tenu d'examiner si les critères d'ouverture ont été respectés avant de prendre une décision. L'une des principales raisons de cette différence est d'éviter les abus de la part des créanciers ou d'autres parties intéressées. Dans d'autres lois,

le tribunal est tenu, que la demande émane d'un débiteur ou d'un créancier, non seulement d'établir si les conditions d'admissibilité ont été remplies, mais aussi de déterminer si le type de procédure demandé est approprié en l'espèce.

135. Si l'évaluation que doit effectuer le tribunal est complexe, il y a un risque, non seulement qu'un certain laps de temps s'écoule entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure, mais aussi que de nouvelles dettes soient contractées entre-temps – du fait que le débiteur poursuit son activité et laisse les dettes commerciales s'accumuler pour préserver sa trésorerie – et que les actifs soient dissipés par les créanciers. Lorsque le tribunal est tenu d'évaluer diverses question avant que la procédure puisse s'ouvrir, un moyen de réduire la complexité potentielle de la tâche est, premièrement, d'exiger que l'évaluation soit faite après l'ouverture, le tribunal pouvant alors bénéficier de l'assistance du représentant de l'insolvabilité et d'autres experts et, deuxièmement, de prévoir la possibilité d'une conversion entre liquidation et redressement. En outre, la loi sur l'insolvabilité devra peut-être énoncer des règles claires concernant l'application de la suspension (voir chap. II.B), l'ordre de remboursement des créances nées (voir chap. V.C.1 b)) et le droit du débiteur de disposer d'actifs durant cette période (voir chap. II.A.2), ainsi que le traitement des opérations non autorisées effectuées à ce moment-là (voir chap. II.F).

c) Fixation d'un délai pour la décision d'ouverture

136. Lorsqu'un tribunal est tenu de prendre une décision concernant l'ouverture, il est souhaitable qu'il le fasse rapidement pour assurer à la fois la certitude et la prévisibilité du processus de décision et la conduite efficace de la procédure sans retard. Cela sera particulièrement important dans le cas d'un redressement, pour éviter que les actifs continuent de diminuer et pour améliorer les chances de réussite du redressement. Certaines lois sur l'insolvabilité fixent des délais précis à compter du dépôt d'une demande dans lesquels doit être prise la décision d'ouverture. Elles font souvent une distinction entre les demandes, selon qu'elles émanent du débiteur ou d'un créancier, la décision concernant les premières ayant tendance à être prise plus rapidement. Des délais supplémentaires sont prévus pour les secondes afin que le débiteur puisse être avisé rapidement et ait la possibilité de répondre à la demande.

137. Bien que la fixation de délais puisse apporter certitude et transparence tant au débiteur qu'aux créanciers, elle peut également comporter des inconvénients. Par exemple, il se peut qu'un délai imposé ne soit pas suffisamment souple pour prendre en considération les circonstances de l'espèce, qu'il soit fixé arbitrairement, sans tenir compte des ressources dont dispose l'organe de contrôle de la procédure d'insolvabilité ou de ses priorités locales (en particulier lorsque les procédures d'insolvabilité ne représentent qu'une partie de son travail) et qu'il soit difficile de le faire respecter par l'organe de décision et de prévoir des conséquences appropriées en cas de non-respect. Le délai entre le dépôt d'une demande et la décision d'ouverture doit aussi tenir compte du type de procédure demandé, des formalités à remplir pour présenter la demande et des conséquences de l'ouverture dans un régime particulier. Par exemple, des délais différents devront être prévus d'un régime à l'autre selon que la notification des parties intéressées et la collecte d'informations doivent être effectuées ou non avant l'ouverture. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité adopte une approche souple insistant

sur les avantages d'une décision rapide et donnant des indications sur ce qui est raisonnable, tout en reconnaissant les contraintes et les priorités locales.

d) Rejet de la demande d'ouverture

138. Les paragraphes qui précèdent indiquent un certain nombre de cas – comportant à la fois des demandes émanant du débiteur et de créanciers – où il sera souhaitable, lorsque le tribunal est tenu de prendre la décision d'ouverture, qu'il ait le pouvoir de rejeter la demande d'ouverture, soit pour des questions d'abus de la loi sur l'insolvabilité, soit pour des raisons techniques liées au respect du critère d'ouverture. Les principaux motifs de rejet pour des raisons techniques pourraient être les suivants: le débiteur ne satisfait pas au critère d'ouverture; la dette fait l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal; la procédure sera inutile parce que, par exemple, le montant de la dette garantie est supérieur à la valeur des actifs; et le débiteur n'a pas suffisamment d'actifs pour payer l'administration de l'insolvabilité et la loi ne comporte pas d'autres dispositions pour l'administration de la masse en pareil cas.

139. Comme exemples d'abus de la procédure on pourraient citer notamment les cas dans lesquels le débiteur utilise une demande d'insolvabilité pour temporiser et priver de manière injustifiée les créanciers du paiement rapide de leurs créances ou pour être libéré d'obligations onéreuses, comme celles découlant des contrats de travail. S'agissant des demandes émanant des créanciers, on pourrait citer notamment les cas dans lesquels un créancier utilise abusivement la procédure d'insolvabilité au lieu d'une procédure de recouvrement de créances (ce type de procédure n'étant peut-être pas très développé); pour tenter d'exclure une entreprise viable du marché; ou pour essayer d'obtenir des paiements préférentiels en contraignant le débiteur (lorsque de tels paiement préférentiels ont été effectués et que le débiteur est insolvable, l'enquête jouerait un rôle clé dans la procédure d'insolvabilité).

140. Ainsi qu'il a été noté plus haut, s'il est prouvé que le débiteur ou des créanciers ont abusé de la procédure d'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir, outre le rejet de la demande, des sanctions à l'encontre de la partie qui abuse de la procédure ou lui imposer l'obligation de payer des frais et éventuellement des dommages-intérêts à l'autre partie pour tout préjudice causé. Des mesures peuvent également être prévues dans d'autres lois.

e) Notification de demande d'ouverture et d'ouverture

141. La notification d'une demande d'ouverture et de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est fondamentale pour plusieurs des principaux objectifs d'un régime d'insolvabilité. Elle assure la transparence de la procédure et l'égalité d'information de toutes les parties concernées – les créanciers en cas de demande émanant du débiteur, et le débiteur en cas de demande émanant de créanciers.

i) Demandes émanant du débiteur – notification aux créanciers

142. Dans le cas d'une demande émanant d'un débiteur –, les créanciers et autres parties concernées ont un intérêt direct à recevoir notification de la procédure et à se voir donner la possibilité de contester les présomptions d'admissibilité (éventuellement dans un délai déterminé pour éviter que la procédure ne se prolonge

inutilement). La question se pose toutefois de savoir à quel moment les créanciers devraient être avisés – lorsque la demande est déposée ou à l'ouverture. Dans certaines circonstances, il peut être nécessaire de considérer, à côté de l'intérêt pour les créanciers de savoir que la demande a été faite, le risque, s'il y a notification, qu'il soit inutilement porté préjudice à la position commerciale du débiteur lorsque la demande, en définitive, est rejetée, ou que les créanciers ne soient tentés de prendre des mesures de dernière minute pour recouvrer leurs créances. Pour répondre à ces préoccupations, on pourrait prévoir d'une façon générale que les créanciers seront avisés uniquement de l'ouverture de la procédure. Un autre motif d'inquiétude pourrait être lié aux conséquences pour les créanciers d'un retard entre le moment où la demande est déposée par un débiteur et l'ouverture de la procédure lorsqu'ils sont avisés de l'ouverture uniquement. Pendant cette période intérimaire, les créanciers auront intérêt à être avisés de la demande afin de pouvoir prendre une décision motivée concernant la poursuite de la fourniture de biens et de services au débiteur, de manière à éviter que viennent s'ajouter d'autres dettes. Bien qu'il soit possible d'adopter une disposition souple qui permettrait, en de telles circonstances, au tribunal d'adresser une notification, il serait peut-être préférable de faire référence dans la loi sur l'insolvabilité au moment de la décision d'ouverture et à la nécessité d'éviter des retards.

ii) Demandes émanant de créanciers – notification au débiteur

143. Dans le cas d'une demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité émanant d'un créancier, il est de plus en plus reconnu que le débiteur devrait avoir le droit fondamental d'être avisé immédiatement et d'avoir la possibilité d'être entendu et de contester les allégations des demandeurs quant à sa situation financière (voir chap. III.A.3). Lorsque le débiteur a disparu ou évite de recevoir une notification personnelle, il peut suffire de satisfaire aux exigences d'une signification publique, ou la notification pourrait être faite à la dernière adresse connue du débiteur. Il peut toutefois y avoir des circonstances exceptionnelles dans lesquelles il peut être prévu, avec l'accord du tribunal, de se passer de notification personnelle au débiteur au motif qu'elle risquerait d'aller à l'encontre de l'objet d'une demande particulière. Ces circonstances peuvent notamment être les cas où une notification risque d'inciter le débiteur à mettre ses actifs hors de portée des créanciers ou du représentant de l'insolvabilité. Le contre-argument est que lorsque le débiteur n'est pas avisé, il pourrait sans le savoir continuer d'agir en portant atteinte à la valeur de ses actifs et par conséquent en causant un préjudice aux créanciers. Il est peut-être préférable de répondre à cette préoccupation en prenant des mesures provisoires telles que l'imposition d'un arrêt des poursuites qu'en se passant de notification. Toutefois, lorsque la loi permet au tribunal de ne pas notifier la demande, le débiteur devrait néanmoins être avisé aussi rapidement que possible de l'ouverture de la procédure.

iii) Notification d'ouverture aux parties autres que les créanciers

144. Il faudra peut-être aviser un certain nombre de parties autres que les créanciers de l'ouverture de la procédure, à savoir la poste (en particulier si la loi exige que le courrier destiné au débiteur doive être remis au représentant de l'insolvabilité), l'administration fiscale, les services de sécurité sociale et les organismes de réglementation des entreprises.

iv) Modalités de la notification

145. Outre la question du moment auquel doit être faite la notification, il peut être nécessaire, pour assurer son efficacité, qu'une loi sur l'insolvabilité traite de ses modalités et des informations à y faire figurer. Les modalités pourraient porter à la fois sur la partie tenue de faire la notification (par exemple, le tribunal ou la partie qui présente la demande d'ouverture) et sur la manière dont les informations peuvent être communiquées, la considération la plus importante étant la remise ou la publication sous une forme généralement susceptible d'attirer l'attention des parties intéressées. Par exemple, s'il est possible d'adresser directement une notification individuelle aux créanciers connus[15] (même si, dans certains cas, l'efficacité de cette méthode dépende de l'état des dossiers du débiteur), la nécessité d'informer les créanciers non connus a conduit le législateur à adopter des exigences générales, comme la parution dans une publication officielle de l'État ou dans un journal à caractère commercial ou à grand tirage. Il peut s'agir d'un journal régional, national ou local (par référence à l'emplacement de l'entreprise du débiteur), selon les circonstances de l'espère et ce qui se révélera le plus économique. il n'est peut-être pas toujours nécessaire, par exemple, d'exiger la publication, moyennant un coût très élevé, dans un journal national lorsque l'entreprise du débiteur a son siège et est gérée localement. Pour éviter que le processus de notification ne devienne trop lourd et n'exige dans chaque cas que l'on étudie quel sera le moyen le plus efficace de donner notification, l'obligation devrait faire référence à des formalités types, avec une certaine souplesse pour tenir compte des conditions locales. Les autres moyens possibles d'assurer une notification efficace peuvent comprendre diverses formes de communication électronique et l'utilisation des registres publics appropriés.

v) Contenu de la notification

146. Les informations à faire figurer dans la notification peuvent être les suivantes: l'effet de l'ouverture de la procédure (en ce qui concerne tout particulièrement l'application de l'arrêt des poursuites, voir chap. II); quand, comment et où les créanciers doivent déclarer leurs créances; la procédure et toute formalité requise pour déclarer les créances; quels créanciers doivent déclarer leurs créances (la question étant de savoir si les créanciers garantis ont besoin de faire une telle déclaration – voir chap. V.A); les conséquences d'un défaut de déclaration ou d'une déclaration non faite conformément aux prescriptions; et des informations concernant la vérification des déclarations et les réunions de créanciers.

6. Débiteurs dont les actifs sont insuffisants

147. Nombre de débiteurs qui satisferaient aux critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne font jamais l'objet d'une liquidation formelle, soit parce que les créanciers répugnent à engager une procédure lorsqu'il apparaît que le débiteur n'a pas d'actifs, ou n'en a pas assez, pour financer l'administration d'une procédure d'insolvabilité, soit parce qu'ils font rarement eux-mêmes le nécessaire, lorsqu'ils se trouvent dans cette situation, pour demander l'ouverture d'une procédure.

[15] Grâce à la liste des créanciers que doit fournir le débiteur en coopération avec le représentant de l'insolvabilité; voir chapitres III.A.4 b) et III.B.4. Voir également l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que lorsqu'une demande d'ouverture est faite dans ces circonstances, elle sera rejetée si le tribunal constate l'insuffisance d'actifs, tandis que d'autres prévoient un mécanisme de nomination et de rémunération d'un représentant de l'insolvabilité (voir chap. III.B.3). D'autres encore prévoient l'imposition de frais supplémentaires aux créanciers pour le financement de l'administration de la masse (voir Frais ci-dessous).

148. La conception d'un mécanisme permettant d'administrer, dans le cadre d'une procédure formelle, des entreprises débitrices qui, apparemment, ont peu d'actifs ou n'en ont pas, se justifie pour plusieurs raisons, notamment d'intérêt général. Lorsqu'elle ne prévoit pas d'enquête sur les sociétés insolvables qui ont peu d'actifs ou n'en ont pas, une loi sur l'insolvabilité ne contribue guère à la promotion d'une conduite commerciale équitable ni au respect des règles de bonne gouvernance des entités commerciales. Des actifs peuvent être soustraits d'une société ou être transférés dans des sociétés ayant un lien avec celle-ci avant la liquidation sans que le débiteur ait à craindre une enquête ou l'application de mesures d'annulation ou d'autres dispositions législatives de nature civile ou pénale. Un mécanisme d'administration aidera à dissiper le sentiment d'impunité, peut permettre aux créanciers de recouvrer leurs créances lorsque des opérations antérieures sont susceptibles d'annulation, constituer un moyen d'enquêter sur le comportement des dirigeants de telles entreprises débitrices et encourager l'activité entrepreneuriale et une prise de risque économique responsable en accordant une décharge aux entrepreneurs et autres personnes exerçant une activité commerciale et en leur permettant de prendre un nouveau départ – les aspects répressifs et dissuasifs des lois sur l'insolvabilité seront moins de mise lorsque le débiteur est honnête.

149. Les mécanismes permettant de continuer à administrer de telles entreprises peuvent prendre diverses formes telles que, comme indiqué ci-dessus, l'imposition de frais supplémentaires aux créanciers pour financer les dépenses d'administration; la création d'un service public ou l'utilisation d'un service existant pour l'administration des débiteurs insolvables; la constitution d'un fonds à partir duquel les frais pourront être financés; la nomination, d'après une liste, d'un professionnel de l'insolvabilité choisi sur une liste ou par roulement, ceci afin d'assurer une répartition équitable et ordonnée de toutes les affaires d'insolvabilité, qu'il y ait ou non des actifs insuffisants, auquel cas le représentant de l'insolvabilité recevra de l'État une rémunération déterminée ou supportera directement les frais qu'il répercutera ensuite sur l'ensemble de ses clients (puisque, lorsqu'il s'agit d'un professionnel, ses tarifs peuvent être adaptés compte tenu du travail non rémunérateur – méthode qui ne peut être retenue lorsque le représentant de l'insolvabilité est un agent public). Lorsqu'un mécanisme de ce type est prévu dans une loi sur l'insolvabilité, il faut peut-être aussi envisager de déterminer à quels débiteurs il s'appliquera, par exemple aux débiteurs ayant moins d'un certain montant d'actifs non grevés et aucune source régulière de revenus permettant normalement de procéder à la liquidation.

7. Droits à acquitter pour la procédure d'insolvabilité

150. Le coût constitue, à côté de la rapidité et de l'efficacité, un aspect important d'un régime d'insolvabilité performant, qui a des répercussions sur toutes les étapes de la procédure. Il est donc indispensable, lorsqu'on élabore un tel régime, d'éviter que la procédure n'entraîne des dépenses trop lourdes qui dissuaderont les

créanciers, décourageront l'ouverture et iront à l'encontre des principaux buts recherchés, tout particulièrement quand il s'agit de petites et moyennes entreprises, mais également, par exemple, lorsque le débiteur a peu d'actifs ou a contracté une dette importante auprès de plusieurs petits créanciers dont les créances respectives ne suffiront probablement pas à financer les frais de demande.

151. Les demandes d'ouverture émanant tant des débiteurs que des créanciers peuvent donner lieu au paiement de droits. Différentes approches peuvent être adoptées pour ce qui est de leur montant, comme celle consistant, par exemple, à fixer un montant pouvant servir à couvrir une partie des dépenses de fonctionnement du système d'insolvabilité. Toutefois, lorsque ce montant est trop élevé, il peut avoir un effet dissuasif et aller à l'encontre de l'objectif de l'accès commode, économique et rapide à la procédure d'insolvabilité. En revanche, s'il est très faible, il risque d'être insuffisant pour dissuader les demandes abusives. Il est donc souhaitable de trouver un équilibre entre ces objectifs. Plusieurs lois sur l'insolvabilité exigent que les créanciers présentant une demande garantissent le paiement des frais de procédure jusqu'à un montant donné ou encore qu'ils versent, à titre de garantie, un certain pourcentage du total des créances ou une somme déterminée. Dans certaines lois exigeant un paiement à titre de garantie, celui-ci peut être remboursé sur la masse si les actifs sont suffisants et certains créanciers, comme les salariés, en sont dispensés. D'autres lois exigent, pour l'ouverture d'une procédure, que le débiteur ait suffisamment d'actifs non grevés pour couvrir les frais. S'il n'y en a pas suffisamment, la loi sur l'insolvabilité prévoit généralement que la demande sera rejetée ou traitée conformément aux dispositions applicables aux cas où les actifs sont peu nombreux ou inexistants (voir ci-dessus). Dans une autre approche, les droits qui peuvent être prélevés représentent un pourcentage fixe de la valeur des actifs entrant dans la masse. Dans les affaires importantes, cela peut aboutir au paiement de droits élevés par la masse, ce qui décourage les demandes émanant tant de créanciers que du débiteur.

8. Abandon de la procédure après ouverture

152. Outre les cas dans lesquelles la demande d'ouverture d'une procédure peut être rejetée, ainsi qu'on l'a vu plus haut (chap. II.B.5 d)), il y aura aussi des cas où une loi sur l'insolvabilité devrait permettre l'abandon d'une procédure déjà ouverte, et ce, indépendamment du fait qu'une demande émanant du débiteur ait pour effet d'ouvrir automatiquement la procédure et qu'elle ne puisse être contestée par les créanciers et d'autres parties intéressées au moment de ladite ouverture, ou que la décision d'ouverture soit prise par le tribunal. Les motifs d'abandon seront pour l'essentiel les mêmes les motifs de rejet, à savoir: abus de la loi sur l'insolvabilité, par le débiteur ou par des créanciers, ou bien non respect par le débiteur des critères d'ouvertures au moment de l'ouverture.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est:

a) de faciliter l'accès des débiteurs et des créanciers aux mesures prévues par la loi;

b) d'établir des critères d'ouverture qui soient transparents et sûrs;

c) de permettre aux demandes de procédure d'insolvabilité d'être déposées et traitées de manière rapide, efficace et économique;

d) d'établir des garanties pour protéger aussi bien les débiteurs que les créanciers contre un recours abusif à la procédure de demande d'ouverture;

e) d'établir des conditions pour la notification effective de l'ouverture d'une procédure.

Contenu des dispositions législatives

7) La loi devrait comprendre des dispositions concernant à la fois le redressement et la liquidation d'une entreprise débitrice.

Critère d'ouverture

– *Personnes autorisées à déposer une demande d'ouverture*

8) La loi devrait spécifier quelles parties sont autorisées à déposer une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité – à savoir, entre autres, le débiteur et l'un quelconque de ses créanciers[16].

– *Demandes émanant du débiteur*

9) La loi devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte sur demande émanant d'un débiteur si ce dernier peut démontrer:

a) qu'il est ou sera de façon générale dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance; ou

b) que son passif dépasse la valeur de son actif[17].

– *Demandes émanant de créanciers*

10) La loi devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte sur demande émanant d'un créancier s'il peut être démontré:

a) que le débiteur est de façon générale dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance; ou

b) que le passif du débiteur dépasse la valeur de son actif.

---

[16] Y compris un organisme public qui est créancier du débiteur.

[17] L'objet de cette recommandation et de la recommandation relative aux demandes présentées par des créanciers est de permettre au législateur d'avoir une certaine souplesse, en adoptant une approche fondée elle-même sur un ou sur deux critères. Lorsque la loi adopte un seul critère, celui-ci devrait être fondé sur l'incapacité du débiteur de payer ses dettes échues (critère de la cessation des paiements). Lorsqu'elle contient les deux critères (critère de la cessation des paiement et critère du bilan), la procédure peut être ouverte si l'un des deux critères est rempli.

Présomption de l'incapacité de payer du débiteur

11) La loi peut établir une présomption que, s'il ne paie pas une ou plusieurs de ses dettes échues et si la totalité de la dette ne fait pas l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal au montant de la dette réclamée, le débiteur est de façon générale dans l'incapacité de payer ses dettes[18].

Ouverture sur demande émanant du débiteur

12) Lorsque la demande d'ouverture émane du débiteur, la loi devrait spécifier:

a) que la procédure d'insolvabilité sera automatiquement ouverte par la demande; ou

b) que le tribunal se prononcera sans retard sur sa compétence et déterminera si le débiteur remplit les conditions requises et si le critère d'ouverture a été rempli, et dans l'affirmative, ouvrira une procédure d'insolvabilité.

Ouverture sur demande émanant d'un créancier

13) Lorsque la demande d'ouverture émane d'un créancier, la loi devrait spécifier:

a) qu'elle est notifiée sans retard au débiteur[19];

b) que la possibilité est au débiteur d'y répondre; et

c) que le tribunal se prononce sans retard sur sa compétence et détermine si le débiteur remplit les conditions requises et si le critère d'ouverture est rempli et, dans l'affirmative, ouvre une procédure d'insolvabilité[20].

Rejet d'une demande d'ouverture

14) La loi devrait spécifier que, lorsque la décision d'ouvrir une procédure est prise par le tribunal, celui-ci peut rejeter la demande d'ouverture et, le cas échéant, imposer des frais ou des sanctions au demandeur, s'il détermine:

a) qu'il n'est pas compétent, que le débiteur ne remplit pas les conditions requises ou ne satisfait pas au critère d'ouverture; ou

b) que la demande représente un recours abusif à la loi.

15) Lorsque la demande a été présentée par un créancier, la loi devrait spécifier que le débiteur doit être avisé sans tarder de la décision de rejet.

---

[18] Lorsque le débiteur n'a pas payé une dette échue et que le créancier a obtenu contre lui un jugement la concernant, une telle présomption ne serait pas nécessaire pour établir que le débiteur est dans l'incapacité de payer ses dettes. Le débiteur pourrait réfuter cette présomption en démontrant, par exemple, qu'il était en mesure de payer; que les dettes faisaient l'objet d'une contestation légitime; ou qu'elles n'étaient pas échues. Les recommandations concernant la notification de l'ouverture prévoient la protection du débiteur en exigeant que la demande d'ouverture lui soit notifiée et en lui donnant la possibilité de réfuter cette présomption

[19] Lorsque l'on ignore où se trouve le débiteur et qu'il ne peut être contacté, le droit général peut prévoir des règles appropriées pour lui donner notification en de telles circonstances.

[20] Pour déterminer si le critère d'ouverture est rempli, le tribunal peut examiner si la dette fait l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal au montant de la dette réclamée (voir aussi chap. II.B.5 d)).

Notification de l'ouverture d'une procédure

16) La loi devrait prévoir une procédure de notification de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

– *Notification générale*

17) La loi devrait spécifier que les moyens de notifier l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doivent être appropriés[21] pour garantir que l'information a des chances de retenir l'attention des parties intéressées[22]. La loi devrait spécifier quelle partie est chargée de cette notification.

– *Notification aux créanciers*

18) La loi devrait spécifier que la notification de l'ouverture de la procédure doit être adressée aux créanciers individuellement, sauf si le tribunal considère qu'en l'espèce une autre forme de notification serait plus appropriée[23].

– *Contenu de la notification*

19) La loi devrait spécifier que la notification de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité doit comprendre:

a) des informations concernant la déclaration des créances, notamment le moment et le lieu de la déclaration;

b) la procédure et les conditions de forme à observer pour la déclaration de créances;

c) les conséquences d'un défaut de déclaration conformément aux paragraphes a) et b); et

d) des informations concernant la vérification des créances, l'application de l'arrêt des poursuites et ses effets, et les réunions des créanciers.

Débiteurs ayant des actifs insuffisants

20) La loi devrait spécifier le traitement des débiteurs dont les actifs et les sources régulière de revenus. sont insuffisants pour couvrir les coûts d'administration de la procédure d'insolvabilité. Différentes approches peuvent être adoptées, telles que:

a) le rejet de la demande, sauf si le débiteur est une personne physique qui pourrait prétendre à une remise de dettes; ou

b) l'ouverture de la procédure, auquel cas différents mécanismes de nomination et de rémunération de ce représentant peuvent être prévus[24].

---

[21] La question de savoir ce qui est approprié dans un cas particulier impliquera également des considérations d'efficacité par rapport au coût et la loi sur l'insolvabilité ne devrait pas exiger, par exemple, une publication coûteuse dans un journal national quand la publication dans un journal local serait suffisante.

[22] La notification générale consistera le plus souvent à porter l'information à la connaissance du grand public par une publication telle qu'un journal officiel ou un journal national, régional ou local largement diffusé, par des moyens électroniques, ou par l'intermédiaire des registres publics pertinents.

[23] L'obligation d'établir la liste des créanciers auxquels la notification doit être adressée est traitée dans le cadre des obligations du représentant de l'insolvabilité et du débiteur (voir chap. III).

Abandon d'une procédure d'insolvabilité

21) La loi devrait permettre au tribunal d'abandonner une procédure si, après l'ouverture, il détermine, par exemple:

a) que la procédure représente un recours abusif à la loi sur l'insolvabilité; ou

b) que le débiteur ne remplissait pas les conditions requises ou ne satisfaisait pas au critère d'ouverture au moment de l'ouverture.

22) La loi devrait spécifier que lorsque la procédure est abandonnée, le tribunal peut imposer des frais ou des sanctions, le cas échéant, au demandeur de l'ouverture de la procédure.

23) La loi devrait exiger qu'une décision d'abandonner la procédure donne lieu à notification.

II. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

1. Introduction

153. Une étape fondamentale dans la procédure d'insolvabilité est l'identification, le recouvrement, la préservation et la disposition des actifs appartenant au débiteur. De nombreux systèmes d'insolvabilité soumettent ces actifs à un régime spécial, parfois appelé "masse de l'insolvabilité", sur laquelle le représentant de l'insolvabilité aura des pouvoirs biens définis, sous réserve de certaines exceptions.

154. Dans le présent *Guide*, le terme "masse" est employé dans son sens fonctionnel pour désigner les actifs du débiteur qui sont placés sous le contrôle du représentant de l'insolvabilité et soumis à la procédure d'insolvabilité. La constitution de la masse de l'insolvabilité a des conséquences très différentes selon les pays. Dans certains, la loi sur l'insolvabilité prévoit que la propriété légale des actifs est transférée à la personne désignée pour administrer la procédure (généralement le représentant de l'insolvabilité). Dans d'autres, le débiteur reste propriétaire en droit, mais ses pouvoirs d'administration et de disposition sont limités, parce que le représentant de l'insolvabilité contrôlera entièrement les actifs ou que le débiteur ne pourra s'en servir que dans le cours normal des affaires et que l'utilisation ou la disposition des actifs en dehors de ce cours normal, y compris la constitution de sûretés réelles, sera soumise à l'approbation du représentant de l'insolvabilité ou, dans certains cas, du tribunal.

155. Quelle que soit la tradition juridique applicable, une loi sur l'insolvabilité devra désigner clairement les actifs qui seront soumis à la procédure d'insolvabilité et, partant, inclus dans la "masse" et indiquer quelles seront sur eux les incidences de cette procédure; elle devra notamment préciser les pouvoirs des divers participants. Le type d'actifs visés et leur traitement détermineront la portée et la

[24] Voir chap. III.B.

conduite de la procédure et, en particulier dans un redressement, influeront considérablement sur les chances de succès de ce dernier. L'insertion dans une loi sur l'insolvabilité de dispositions claires et détaillées sur ces questions assurera transparence et prévisibilité à la fois aux créanciers et au débiteur.

2. Actifs entrant dans la masse de l'insolvabilité

a) Définition générale de la masse de l'insolvabilité

156. La masse devrait en principe comprendre tous les actifs du débiteur, notamment ses divers droits sur des biens, quel que soit leur lieu de situation et qu'ils soient ou non en sa possession au moment de l'ouverture, ainsi que tous les actifs corporels (meubles ou immeubles) et incorporels. Elle comprendrait également les divers droits du débiteur sur des actifs grevés d'une sûreté réelle et sur des actifs appartenant à des tiers (auquel cas leur utilisation continue par la masse peut être soumise à d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité (voir chap. II.C)). En général, les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité par le débiteur ou par le représentant de l'insolvabilité (sous réserve de certaines exceptions qui s'appliqueraient dans le cas des débiteurs personnes physiques (voir ci-dessous)) et les actifs récupérés par voie d'actions notamment en annulation seraient également inclus. Certains de ces actifs peuvent être vendus ou échangés librement tandis que d'autres peuvent faire l'objet de restrictions découlant du droit des contrats notamment (par exemple, une licence non cessible accordée par les pouvoirs publics ou une liste de clients soumise à des règles de confidentialité) ou exiger de régler certains problèmes susceptibles de se poser avec d'autres droits qui leur sont attachés. En dépit de ces restrictions, il est souhaitable que ces actifs entrent dans la masse.

157. Les actifs corporels, tels que la caisse, le matériel, les stocks, l'encours, les comptes bancaires, les comptes clients et les biens immobiliers, devraient être aisément identifiés sur le bilan du débiteur. Les actifs incorporels, quant à eux, varieront d'un État à l'autre, en fonction de la législation interne, mais peuvent comprendre les droits de propriété intellectuelle, les valeurs mobilières et les instruments financiers, les polices d'assurance, les droits contractuels (y compris ceux portant sur des actifs appartenant à des tiers) et les droits d'action en réparation d'une faute non contractuelle[25] si cela est dans l'intérêt du débiteur. L'inclusion de certains actifs incorporels dans la masse peut créer des conflits avec d'autres lois, telles que les lois restreignant la transférabilité ou les lois relatives à la protection de la vie privée. Dans le cas des personnes physiques, la masse peut également comprendre, par exemple, les droits successoraux qui reviennent au débiteur ou auxquels le débiteur peut prétendre à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou encore qui naissent pendant cette procédure, ainsi que les droits du débiteur sur des actifs dont il partage la propriété avec une autre personne, notamment son conjoint.

---

[25] Lorsque le débiteur est une personne physique, certaines lois excluent les préjudices personnels tels que les dommages pour diffamation, les atteintes au crédit ou à la réputation ou les lésions corporelles, le débiteur conservant personnellement le droit d'agir et de garder les dommages-intérêts accordés, faute de quoi il serait moins enclin à demander réparation. En revanche, il ne sera peut-être pas autorisé à demander réparation pour toute perte de rémunération résultant de ces actions.

158. S'il est souhaitable que la masse soit définie de manière large, l'inclusion de certains types d'actifs peut prêter à controverse. Certains actifs peuvent entrer dans la masse sans difficulté, tels que les actifs non grevés appartenant au débiteur, les actifs qui ne sont pas revendiqués par un tiers et les actifs récupérés par le représentant de l'insolvabilité, au moyen d'actions contre un tiers ou d'actions en annulation. D'autres actifs peuvent être exclus de la masse sans problème, tels que les actifs appartenant à un tiers sur lesquels le débiteur n'a aucun droit et les actifs appartenant en pleine propriété au conjoint du débiteur. En revanche, des actifs tels que les actifs grevés, les actifs communs, les actifs se trouvant à l'étranger, certains actifs incorporels et les actifs appartenant à des tiers sur lesquels le débiteur a un droit, peuvent créer des difficultés. Ils sont examinés ci-après.

b) Actifs grevés

159. Une question importante est de savoir si la loi sur l'insolvabilité considère les actifs grevés comme faisant partie de la masse. Le traitement accordé aux actifs grevés de sûretés réelles diffère d'une loi à l'autre. De nombreuses lois prévoient que ces actifs entrent dans la masse et que l'ouverture de la procédure produit différents effets. Par exemple, la réalisation des sûretés détenues par des créanciers ou par des tiers sera limitée par l'arrêt des poursuites. L'inclusion des actifs grevés dans la masse et, partant, l'imposition de restrictions aux créanciers garantis dans l'exercice de leurs droits peuvent non seulement contribuer à assurer l'égalité de traitement aux créanciers, mais aussi être déterminantes pour la procédure lorsque l'actif grevé est essentiel à l'entreprise. Par exemple, lorsque du matériel de fabrication ou un bâtiment industriel pris à bail sont indispensables aux activités de l'entreprise du débiteur, cette dernière ne pourra être redressée ou cédée en vue de la poursuite de l'activité que si le matériel ou le bail peuvent être conservés aux fins de la procédure. Le fait d'inclure tous les actifs du débiteur dans la masse de l'insolvabilité dès l'ouverture de la procédure présente des avantages, notamment en cas de redressement et lorsque l'entreprise en liquidation doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité.

160. Lorsqu'ils sont inclus dans la masse, les actifs grevés peuvent aussi faire l'objet de certaines mesures de protection, telles que celles visant à maintenir leur valeur ou la valeur de la fraction garantie de la créance d'un créancier ou celles consistant, dans certaines situations, à les distraire de la masse (voir, par exemple, chap. II.C). Une loi sur l'insolvabilité devrait préciser que l'inclusion des actifs grevés ne privera pas les créanciers garantis de leurs droits réels sur ces actifs, même si l'exercice de ces droits s'en trouvera limité (par exemple, en étant retardé par un arrêt des poursuites).

161. Dans d'autres lois, la procédure d'insolvabilité est sans incidence sur les sûretés et les créanciers garantis peuvent agir pour obtenir l'exécution de leurs droits légaux et contractuels. Reconnaissant que les actifs grevés peuvent dans certains cas être indispensables à la procédure, certaines lois prévoient que, même si l'insolvabilité est sans conséquence pour ces actifs, le débiteur, avec l'assentiment du représentant de l'insolvabilité, peut demander au tribunal d'empêcher la réalisation des sûretés lorsque les actifs sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise. Exclure de la masse les actifs grevés peut avoir pour effet d'accroître en général l'offre de crédit, car les créanciers garantis auraient l'assurance que leurs droits réels ne seraient pas lésés par l'ouverture d'une

procédure d'insolvabilité. On admet toutefois de plus en plus que s'il est généralement avantageux pour l'économie d'exclure les actifs grevés, il est encore plus avantageux de les inclure et de limiter l'exercice des droits des créanciers garantis comme indiqué ci-dessus.

c) Actifs appartenant à des tiers

162. Dans certains pays, les actifs dont un créancier conserve la propriété légale (par exemple, en cas de réserve de propriété ou de contrat de louage) peuvent être distraits de la masse de l'insolvabilité, le principe étant que la loi sur l'insolvabilité devrait respecter le droit de propriété du créancier. Dans quelques-uns de ces pays, la distraction d'un actif peut être soumise aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives au traitement des contrats. En règle générale toutefois, la masse comprendra, comme indiqué plus haut dans la définition générale de ce concept, tous droits que le débiteur pourrait avoir sur les actifs appartenant à des tiers. Il arrive que ces actifs, à l'instar des actifs grevés, soient indispensables à la poursuite de l'exploitation de l'entreprise, que ce soit pour son redressement ou pour sa cession dans le cadre d'une liquidation en vue de la poursuite de l'activité. Dans ces cas, il sera avantageux que la loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme qui permette de soumettre à la procédure d'insolvabilité les actifs appartenant à des tiers, sous réserve de protéger les droits réels du tiers propriétaire et le droit du tiers de contester cette inclusion. Ces questions sont examinées plus en détail au chapitre II.C.

163. S'il ressort des conditions économiques de l'opération que celle-ci est un moyen de financer l'acquisition d'un actif, même si elle prend la forme, par exemple, d'un contrat de louage, certaines lois considèrent cet arrangement comme un prêt assorti d'une sûreté et, en cas d'insolvabilité, le bailleur recevra le même traitement que les autres créanciers garantis. Une opération constituera un moyen de financement lorsqu'à l'expiration du contrat de louage, soit le débiteur pourra conserver l'actif moyennant le versement d'une somme symbolique, soit la valeur résiduelle de l'actif sera négligeable. La loi sur l'insolvabilité peut considérer les droits du débiteur comme faisant partie de la masse et autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser l'actif sous certaines conditions, comme décrit au chapitre II.C.

164. Lorsque le droit réel sur des actifs revendiqué par le débiteur est contesté par un tiers, il sera souhaitable que la loi sur l'insolvabilité permette que ces actifs soient provisoirement protégés afin d'en assurer la préservation en attendant que le tribunal détermine qui en est propriétaire. Si celui-ci décide finalement que les actifs n'entrent pas dans la masse, la loi peut aussi traiter la question du préjudice subi par le tiers du fait de la rétention des actifs par le débiteur. Cette question peut également se poser quand un tiers retient des actifs considérés comme entrant dans la masse.

d) Actifs étrangers

165. La question de savoir si les actifs du débiteur situés en dehors du pays où se déroule la procédure entreront ou non dans la masse relève de l'insolvabilité internationale. Elle peut revêtir une importance particulière en cas de redressement, lorsque l'exclusion d'actifs étrangers risque de compromettre sérieusement les chances de réussite de la procédure. Une première approche consiste à considérer

qu'il ne devrait y avoir qu'une seule procédure d'insolvabilité basée dans le pays où le débiteur a son siège social ou son lieu d'immatriculation ou d'incorporation (centre des intérêts principaux), laquelle procédure s'appliquerait à tous les actifs du débiteur où qu'ils se situent (approche universelle). L'idée est que l'État appliquant cette approche acceptera une créance déclarée conformément à la loi sur l'insolvabilité d'un autre État. Une autre approche consiste à limiter le champ d'application de la loi sur l'insolvabilité au territoire de l'État qui l'a adoptée (approche territoriale), ce qui oblige à ouvrir autant de procédures qu'il y a de pays où le débiteur a des actifs ou encore des filiales ou des établissements. Une approche un peu différente consiste à déclarer sa propre loi universellement applicable sans toutefois reconnaître le même caractère universel aux lois des autres États.

166. La diversité des approches crée beaucoup d'incertitude et compromet l'efficacité des lois nationales sur l'insolvabilité. Toutefois, à mesure que les différences entre lois sur l'insolvabilité s'estompent et que l'uniformisation progresse, l'approche territoriale se justifie de moins en moins. Il est de plus en plus souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie l'inclusion dans la masse de tous les actifs du débiteur où qu'ils se trouvent. Or, comme les divergences risquent de subsister pendant quelques temps, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale établit un régime pour une coopération efficace dans les affaires d'insolvabilité internationale grâce à la reconnaissance des décisions étrangères et à l'accès des représentants étrangers de l'insolvabilité aux procédures judiciaires locales. Le régime a été conçu de façon à être compatible avec tous les systèmes juridiques. Il est examiné plus en détail au chapitre VII.

e) Actifs récupérés

i) Actions en annulation

167. Sera soumis à la procédure un actif ou la valeur d'un actif que le représentant de l'insolvabilité aura récupéré par voie d'action en annulation, lorsque l'opération a permis à certains créanciers de bénéficier d'un traitement préférentiel, était préjudiciable à la masse de l'insolvabilité ou avait pour objectif d'empêcher des créanciers d'exercer leurs droits collectifs (voir chap. II.F).

ii) Opérations effectuées sans agrément après le dépôt de la demande d'ouverture et après l'ouverture de la procédure

168. De nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions qui restreignent la liberté d'un débiteur soumis à une procédure d'insolvabilité de se servir de ses actifs, grevés ou non, sans l'agrément du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité (voir chap. II.B.8 b) et 9). Ces restrictions s'appliqueront généralement après l'ouverture de la procédure mais le peuvent aussi après le dépôt d'une demande d'ouverture, dans les cas où les pouvoirs sur les actifs de la masse sont confiés à un représentant provisoire de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité considèrent les opérations non agréées comme nulles et inopposables à la masse de l'insolvabilité et autorisent la récupération des actifs transférés, sauf dans certains cas lorsque le cocontractant a donné une contrepartie ou peut prouver que l'opération n'a pas porté atteinte aux droits des créanciers. D'autres lois sur l'insolvabilité parviennent au même résultat en appliquant des dispositions

d'annulation aux contrats non agréés, en fonction de la manière dont est calculée la période suspecte (voir chap. II.F.3).

3. Actifs exclus de la masse de l'insolvabilité

a) Exclusions générales

169. La loi sur l'insolvabilité peut prescrire que certains actifs seront exclus de la masse. Les approches adoptées sur ce point diffèrent suivant les lois. Peuvent être exclus, par exemple, certains actifs appartenant à un tiers qui se trouvent en possession du débiteur à l'ouverture de la procédure, tels que des actifs placés en fiducie et des actifs soumis à un arrangement (contractuel ou autre) qui n'implique pas de transfert de propriété, mais plutôt l'utilisation de ces actifs et leur restitution au propriétaire une fois atteint l'objectif pour lequel ils ont été mis en possession du débiteur[26]. Peuvent aussi être exclus des actifs susceptibles, dans certaines lois, d'être revendiqués, tels que des marchandises qui ont été fournies au débiteur avant l'ouverture de la procédure mais qui n'ont pas été payées et peuvent être récupérées par le fournisseur (sous réserve d'identification et d'autres conditions applicables).

b) Lorsque le débiteur est une personne physique

170. En cas d'insolvabilité d'une personne physique, la loi sur l'insolvabilité peut exclure de la masse certains actifs tels que les gains tirés, postérieurement à la demande d'ouverture, de la prestation de services personnels par le débiteur, les actifs nécessaires au débiteur pour gagner sa vie et les actifs personnels et actifs du ménage, comme le mobilier, les biens d'équipement ménager, la literie, les vêtements et autres actifs nécessaires à la satisfaction des besoins élémentaires du débiteur et de sa famille. De telles exclusions ne seraient généralement pas prévues pour les personnes morales débitrices. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit des exclusions concernant les actifs d'une personne physique, ceux-ci devraient être clairement identifiés et leur nombre et valeur limités au minimum nécessaire pour sauvegarder les droits de nature personnelle du débiteur et permettre à celui-ci de mener une vie productive. Pour déterminer ces exclusions, il faudrait probablement prendre en considération les obligations applicables en matière de droits de l'homme, y compris les obligations internationales, qui visent à protéger le débiteur et sa famille et peuvent avoir une incidence sur les exclusions à prévoir[27]. Il faut peut-être aussi tenir compte des effets économiques des exclusions: certaines études montrent que l'exclusion de la totalité ou d'une grande partie des actifs personnels peut favoriser l'entreprenariat et la prise de risque.

Actifs communs

171. Lorsque le débiteur est une personne physique et qu'il est copropriétaire avec son conjoint d'actifs personnels, des approches différentes concernant le traitement de ces actifs sont adoptées par la loi sur l'insolvabilité ou d'autres lois relatives, par exemple, au patrimoine des époux ou à la propriété. Dans certains États fédéraux, cette question peut relever à la fois du droit étatique et du droit fédéral. La relation entre ces autres lois et la loi sur l'insolvabilité peut déterminer la manière dont

---

[26] Arrangement parfois appelé dépôt ou consignation.

[27] En Europe, par exemple, la Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

s'appliqueront certaines dispositions de cette dernière, telles que les dispositions d'annulation.

172. Une approche consiste à exclure totalement les actifs communs de la masse. Une autre consiste, lorsque la procédure est ouverte contre les actifs de l'un des époux, à inclure dans la masse la part des actifs communs appartenant à cet époux si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité autorise la division des actifs aux fins d'exécution (dans ce cas, celle-ci ne sera pas régie par la loi sur l'insolvabilité et se fera en dehors de la procédure). Le choix entre l'une ou l'autre approche peut donc dépendre de l'application des lois autres que la loi sur l'insolvabilité et de facteurs tels que la facilité avec laquelle les actifs peuvent être divisés (voir chap. II.C.2).

4. Date de constitution de la masse de l'insolvabilité et regroupement des actifs

173. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle les actifs seront réputés faire partie de la masse afin qu'il n'y ait sur ce point aucun doute, ni pour le débiteur ni pour les créanciers. Certaines lois prennent comme référence la date d'ouverture de la procédure, d'autres la date de dépôt de la demande d'ouverture ou encore un événement caractéristique de l'insolvabilité motivant la demande. La différence entre ces dates est importante pour le traitement (et surtout la protection) des actifs du débiteur pendant la période comprise entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. C'est pourquoi, dans certaines lois, la masse est constituée à partir de la date du dépôt de la demande. Dans d'autres, pour des motifs de clarté et de sécurité, elle est constituée à compter de la date d'ouverture, mais le droit du débiteur de disposer de biens pendant la période qui suit le dépôt de la demande est restreint. Les actifs dont le débiteur a disposé pendant cette période peuvent être récupérés par le représentant de l'insolvabilité. Un autre élément à prendre en compte pour la protection des actifs entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure est l'application de dispositions d'annulation et la date à partir de laquelle est calculée la période suspecte (voir chap. II.F.6).

174. Quelle que soit la date choisie, la masse devrait en principe inclure les actifs du débiteur à cette date ainsi que les actifs acquis par le représentant de l'insolvabilité et le débiteur après cette date, que ce soit dans l'exercice de pouvoirs d'annulation (voir chap. II.F) ou dans le cours normal des activités de l'entreprise débitrice.

175. Une fois que les actifs devant entrer dans la masse ont été identifiés, il faut les récupérer. La loi sur l'insolvabilité peut, à cette fin, conférer au représentant de l'insolvabilité des pouvoirs lui permettant de prendre le contrôle de ces actifs et imposer l'obligation au débiteur et à d'autres parties intéressées d'aider le représentant de l'insolvabilité et de coopérer avec lui sur ce point. Lorsque les actifs se trouvent à l'étranger, des mesures supplémentaires seront nécessaires, telles que celles prévues dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la masse de l'insolvabilité est:

a) de déterminer les actifs qui seront inclus dans la masse constituée à l'ouverture de la procédure, y compris les droits du débiteur sur les actifs grevés d'une sûreté réelle et sur les actifs appartenant à des tiers;

b) de déterminer les actifs qui seront éventuellement exclus de la masse.

Contenu des dispositions législatives

Actifs constituant la masse

24) La loi devrait indiquer les actifs qui constitueront la masse. Pourraient notamment être inclus:

a) les actifs du débiteur [appartenant[28] au débiteur], y compris les droits du débiteur sur les actifs grevés de sûretés réelles ou sur les actifs appartenant à des tiers [au moment du dépôt de la demande d'ouverture] [à l'ouverture] de la procédure d'insolvabilité;

b) les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et

c) les actifs récupérés au moyen d'une action en annulation ou autre.

25) Dans le cas d'une procédure d'insolvabilité ouverte au lieu du centre des intérêts principaux du débiteur, la loi devrait spécifier que la masse englobe tous les actifs du débiteur où qu'ils se trouvent[29].

Actifs exclus de la masse lorsque le débiteur est une personne physique[30]

26) La loi devrait spécifier les actifs qui sont éventuellement exclus de la masse lorsque le débiteur est une personne physique.

B. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

1. Introduction

176. Un objectif essentiel d'un système d'insolvabilité efficace est la mise en place d'un mécanisme de protection garantissant que les actions des diverses parties n'amoindriront pas la valeur de la masse de l'insolvabilité et permettant que la procédure soit administrée d'une manière équitable et ordonnée. La masse doit surtout être protégée contre le débiteur et ses créanciers.

2. Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites

177. En ce qui concerne les créanciers, l'un des principes fondamentaux de la loi sur l'insolvabilité est le caractère collectif de la procédure d'insolvabilité, qui exige de protéger les intérêts de tous les créanciers contre l'action individuelle de l'un d'entre eux. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient l'imposition d'un mécanisme qui non seulement empêche les créanciers de faire exécuter leurs droits

---

[28] Le droit de propriété serait déterminé conformément à la loi applicable.

[29] Lorsque la loi suit une approche universelle, comme cela est recommandé dans le présent *Guide*, elle devrait également traiter la question de la reconnaissance des procédures étrangères; voir Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (chap. VII).

[30] Il n'est généralement pas prévu d'exclusions pour les personnes morales débitrices. S'agissant des actifs pouvant être exclus dans le cas de personnes physiques, voir chap. II.3 b).

en se prévalant des moyens prévus par la loi pendant tout ou partie de la procédure de liquidation ou de redressement, mais qui suspend également les actions déjà engagées contre le débiteur et interdit l'introduction de nouvelles actions. Selon l'effet qu'il produit, ce mécanisme est appelé moratoire, suspension ou arrêt. Le présent *Guide* emploie le terme "arrêt des poursuites" dans une acception large, pour désigner à la fois une suspension des poursuites et un moratoire visant à retarder l'engagement de poursuites.

i) Liquidation

178. En règle générale, la liquidation consiste essentiellement à vendre tout ou partie des actifs afin que les créanciers puissent être remboursés sur le produit de la réalisation de la masse le plus rapidement possible. La maximisation de la valeur est un objectif prioritaire. L'arrêt des poursuites peut assurer une administration équitable et ordonnée de la procédure de liquidation, car il donne au représentant de l'insolvabilité un délai suffisant pour éviter une vente forcée qui ne permet pas de maximiser la valeur des actifs à liquider ainsi que la possibilité de voir si l'entreprise peut être cédée en vue de la poursuite de l'activité, les actifs pouvant rapporter davantage s'ils sont vendus collectivement que s'ils le sont séparément. L'arrêt des poursuites permet aussi au représentant de l'insolvabilité de faire le point de la situation du débiteur, notamment des poursuites déjà engagées, et laisse le temps d'examiner pleinement toutes les actions, ce qui augmente les chances d'obtenir un résultat qui ne soit préjudiciable ni pour le débiteur ni pour les créanciers. La difficulté dans une procédure de liquidation est de concilier les intérêts des créanciers garantis, qui détiennent souvent une sûreté sur certains des principaux actifs de l'entreprise, et les intérêts des créanciers chirographaires.

ii) Redressement

179. Dans une procédure de redressement, l'arrêt des poursuites facilite la continuation de l'exploitation de l'entreprise et laisse au débiteur un répit pour organiser ses affaires et du temps pour la préparation et l'approbation d'un plan de redressement ainsi que pour l'adoption d'autres mesures, par exemple, se défaire d'activités non rentables et de contrats onéreux, lorsque cela est nécessaire. Comme dans la liquidation, il permet également d'examiner les actions déjà engagées contre le débiteur. Compte tenu des objectifs du redressement, l'arrêt des poursuites a un impact plus grand et, par conséquent, plus important que dans la liquidation et peut inciter fortement les débiteurs à demander l'ouverture d'une telle procédure. D'un autre côté, l'ouverture de la procédure et l'arrêt des poursuites avertissent tous ceux qui traitent avec le débiteur que l'avenir de l'entreprise est incertain, ce qui peut provoquer une crise de confiance et susciter des incertitudes quant aux conséquences que la procédure d'insolvabilité aura pour eux, en tant que fournisseurs, clients et salariés de l'entreprise.

180. Il faudra mettre en balance, d'une part, les avantages immédiats que le débiteur tire d'un arrêt rapide et général des poursuites visant à restreindre les actions des créanciers et, d'autre part, les avantages qu'apporte à plus long terme le fait de limiter l'incidence d'un tel arrêt sur les relations contractuelles entre débiteurs et créanciers, en particulier les créanciers garantis.

3. Portée de l'arrêt des poursuites

a) Poursuites arrêtées

181. Certains pays adoptent le principe selon lequel, pour être efficace, l'arrêt des poursuites doit avoir une portée très large, c'est-à-dire s'appliquer à toutes les voies de droit et actions contre le débiteur et ses actifs, qu'elles soient administratives, judiciaires ou extrajudiciaires, et empêcher les créanciers chirographaires comme les créanciers garantis de faire exécuter leurs droits et les pouvoirs publics d'exercer des droits de priorité. L'arrêt pourrait notamment s'appliquer aux actions ou poursuites contre le débiteur ou en rapport avec ses actifs; aux procédures d'exécution concernant ses actifs, y compris l'exécution d'une décision de justice et les actions visant à rendre opposable ou à réaliser une sûreté réelle; à la récupération, par tout propriétaire ou bailleur, de biens qui sont utilisés par le débiteur, occupés par celui-ci ou en sa possession; au paiement d'une dette contractée par le débiteur avant la date d'ouverture de la procédure ou à la constitution d'une sûreté en garantie de cette dette; au droit du débiteur de transférer des actifs, de les grever ou d'en disposer de toute autre manière (ou éventuellement à l'accomplissement de tels actes en dehors du cours normal des affaires en cas de redressement); au droit d'un cocontractant de mettre fin à un contrat conclu avec le débiteur (sauf lorsque le contrat doit expirer à une date postérieure à celle de l'ouverture)[31]; et à la cessation, à la suspension ou à l'interruption de la fourniture de services essentiels au débiteur (par exemple, eau, gaz, électricité et téléphone). L'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (voir chap. VII) prévoit, par exemple, que "l'ouverture des actions ou des procédures individuelles visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur est interdite et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue" et que "les mesures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites ou suspendues". L'arrêt devrait s'appliquer aux types d'actions individuelles mentionnées ci-dessus, que celles-ci soient engagées devant une juridiction étatique ou un tribunal arbitral[32].

182. La suspension des actions en cours se justifie notamment par le fait que la nécessité pour le représentant de l'insolvabilité de s'impliquer dans ces actions (lorsque le débiteur est dessaisi) risque d'accaparer les ressources dont il a besoin pour administrer la masse. Un jugement par défaut, par exemple, pourrait être rendu contre le débiteur et servir de fondement à un créancier pour faire valoir une créance dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, alors que, si le débiteur avait été représenté, l'action aurait pu être abandonnée ou un jugement aurait pu être rendu pour un montant inférieur. Comme la plupart des lois sur l'insolvabilité prévoient un mécanisme de traitement des créances (déclaration, vérification et admission) et de répartition, la plupart des poursuites engagées en rapport avec ces créances en dehors de la procédure d'insolvabilité deviennent superflues. Néanmoins, certaines lois disposent qu'en cas d'arrêt (autrement dit d'interdiction et de suspension) des poursuites contre le débiteur, celles-ci peuvent néanmoins être engagées ou reprises

---

[31] Afin de laisser au représentant de l'insolvabilité le temps d'évaluer l'importance du contrat pour la procédure et déterminer si celui-ci doit être poursuivi ou rejeté. Voir chap. II.E.

[32] Il ne sera pas toujours possible, cependant, d'arrêter automatiquement une procédure arbitrale, par exemple lorsque l'arbitrage a lieu dans un autre État et non dans l'État où la procédure d'insolvabilité a été ouverte.

sur décision du tribunal si cela est jugé nécessaire pour préserver une créance ou pour en établir le montant[33].

183. D'autres lois sur l'insolvabilité autorisent l'ouverture ou la reprise des poursuites (sans l'autorisation du tribunal) mais l'application de l'arrêt empêche l'exécution de toute décision en découlant. Certaines lois prévoient que seules certaines actions, comme celles des salariés contre le débiteur, peuvent être engagées ou reprises, mais interdisent toute procédure d'exécution en découlant. Quelques lois font une distinction entre les actions visant à obtenir l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte (telles que les actions qui visent non pas à obtenir le versement d'une somme d'argent au profit de la masse mais à protéger des intérêts généraux vitaux et urgents ou à empêcher des activités préjudiciables pour l'environnement ou pour la santé et la sécurité publiques) et les actions pécuniaires. Certaines autorisent la poursuite des deux types d'actions, d'autres uniquement la poursuite des premières.

b) Poursuites auxquelles ne s'applique pas l'arrêt

184. À des fins de transparence et de prévisibilité, il est très souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité indique clairement les poursuites qui devront être arrêtées et celles qui ne devront pas l'être, que celles-ci puissent être engagées par des créanciers chirographaires (y compris des créanciers ayant un droit de préférence, tels que les salariés, les titulaires de privilèges par effet de la loi ou les organismes publics), des tiers (tels qu'un bailleur ou un propriétaire de biens en possession du débiteur, ou encore utilisés ou occupés par ce dernier), des créanciers garantis ou d'autres. L'arrêt des poursuites pourrait ne pas s'appliquer notamment: aux droits à compensation et à compensation globale de contrats financiers (voir chap. II.G); aux actions visant à protéger l'intérêt général (par exemple, empêcher la dégradation de l'environnement ou des activités préjudiciables pour la santé et la sécurité publiques); aux actions visant à prévenir les abus, tels que le recours à une procédure d'insolvabilité pour masquer des activités illégales; aux actions intentées pour préserver une créance contre le débiteur; et aux actions contre le débiteur pour préjudice corporel ou aux actions dans le cadre du droit de la famille[34]. Pour ce qui est des actions contre le débiteur pouvant aboutir à l'octroi de dommages-intérêts très élevés, telles que les actions collectives en responsabilité extracontractuelle, il est souhaitable qu'elles soient arrêtées.

c) Créanciers garantis

185. Les droits qui sont touchés par l'arrêt des poursuites varient considérablement selon les lois sur l'insolvabilité. La nécessité de suspendre ou d'interdire les actions des créanciers chirographaires contre le débiteur ou ses actifs n'est guère contestée. L'arrêt des poursuites des créanciers garantis, en revanche, peut être plus délicat et

---

[33] Le paragraphe 3 de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par exemple, dispose que l'interdiction ou la suspension d'actions ou de procédures individuelles contre le débiteur "n'affecte pas le droit d'engager des actions ou des procédures individuelles, dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur".

[34] Certaines lois, par exemple, n'appliquent pas l'arrêt des poursuites à l'exécution par le débiteur d'obligations qui sont sans conséquence pour la masse, par exemple l'octroi d'un droit de visite dans une affaire relevant du droit de la famille.

exige de concilier des objectifs concurrents, par exemple, respecter le droit de priorité détenu par les créanciers garantis avant la procédure d'insolvabilité sur les actifs grevés; réduire au minimum l'effet de l'arrêt sur la valeur des actifs grevés; et, le cas échéant, faire en sorte que tous les actifs nécessaires au redressement d'une entreprise débitrice viable soient disponibles pour la procédure.

186. Les créanciers demandent généralement une sûreté afin de protéger leurs intérêts en cas de défaillance du débiteur. Logiquement donc, pour que la sûreté remplisse cet objectif, il ne faudrait pas que l'exécution immédiate par le créancier de ses droits sur l'actif grevé soit retardée ou empêchée une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. Le créancier garanti, après tout, a négocié l'obtention d'une sûreté correspondant à une certaine valeur en garantie de sa créance. C'est pourquoi l'adoption de toute mesure susceptible de rendre incertaines les possibilités de recouvrement par le créancier garanti ou de réduire la valeur des sûretés réelles, telle que l'arrêt des poursuites, devra sans doute être soigneusement examinée. Une telle mesure risque, en définitive, non seulement de nuire à l'autonomie des parties dans leurs opérations commerciales et à la nécessité d'honorer les engagements commerciaux, mais aussi de compromettre l'offre de crédit à des taux abordables: les sûretés réelles offrant une protection moindre, il peut être nécessaire d'accroître le prix du crédit pour compenser l'augmentation du risque. Certaines des lois sur l'insolvabilité qui n'appliquent pas l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis s'attachent, à la place, à encourager le débiteur et les créanciers à engager des négociations avant l'ouverture de la procédure pour s'entendre sur la marche à suivre.

i) Redressement

187. De plus en plus de lois sur l'insolvabilité reconnaissent toutefois que, dans de nombreux cas, le fait d'autoriser les créanciers garantis à exécuter librement leurs droits contre l'actif grevé peut aller à l'encontre des principaux objectifs de la procédure d'insolvabilité, en particulier en cas de redressement. C'est pourquoi l'arrêt des poursuites s'applique à eux, sous réserve de certaines protections. On notera que l'acceptation de plus en plus fréquente par les banques et d'autres institutions financières de moratoires dans les négociations volontaires de restructuration menées suivant la "méthode de Londres" par exemple (voir première partie, chap. II) peut expliquer en partie le fait que les créanciers garantis acceptent de plus en plus de se soumettre à l'arrêt des poursuites lors de procédures régies par la loi sur l'insolvabilité.

188. Les modalités d'application de l'arrêt des poursuites des créanciers garantis dans la procédure de liquidation varient d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre. En règle générale, lorsque le représentant de l'insolvabilité a pour mission de récupérer et de réaliser les actifs et d'en répartir le produit entre les créanciers sous forme de dividende, le créancier garanti peut être autorisé à exécuter librement ses droits sur l'actif grevé pour se rembourser sans nuire à la liquidation des autres actifs. Certaines lois sur l'insolvabilité n'appliquent donc pas l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis, au motif que, lorsque les actifs doivent être liquidés, la préférence sera donnée à l'exécution des droits de ces créanciers. Lorsque cette approche est adoptée, une certaine souplesse peut néanmoins être nécessaire dans les cas où l'application de l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis permettrait au représentant de l'insolvabilité d'obtenir davantage de la liquidation et donc de

maximiser la valeur des actifs pour l'ensemble des créanciers. Ce sera tout particulièrement le cas lorsque l'entreprise en liquidation peut être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Cela peut également être vrai dans certains cas où, même si les actifs doivent être vendus séparément, un certain délai est nécessaire pour organiser une vente permettant d'en obtenir le maximum pour l'ensemble des créanciers chirographaires.

189. Lorsque l'arrêt des poursuites s'étend aux créanciers garantis, une loi sur l'insolvabilité peut comporter des mesures garantissant qu'il ne sera pas porté atteinte à leurs intérêts. Ces mesures peuvent avoir trait à la durée de l'arrêt, à la protection de la valeur des actifs grevés, au paiement d'intérêts et à l'aménagement de l'arrêt lorsque les actifs grevés ne sont pas suffisamment protégés ou qu'ils ne sont pas nécessaires à la cession de la totalité de l'entreprise ou d'une partie de ses unités de production[35].

4. Application discrétionnaire ou automatique de l'arrêt des poursuites

190. Il faut se demander tout d'abord si les poursuites devraient être arrêtées automatiquement (par effet de la loi sur l'insolvabilité) ou à la discrétion du tribunal. Des considérations de politique locale et des facteurs tels que l'existence d'informations financières fiables ou la possibilité pour le débiteur et les créanciers d'accéder à un organe judiciaire indépendant ayant l'expérience des procédures d'insolvabilité peuvent faire pencher dans un sens ou dans l'autre. Une application discrétionnaire peut permettre d'adapter l'arrêt des poursuites aux besoins de l'espèce (en ce qui concerne le débiteur, ses actifs et ses créanciers et le moment à partir duquel s'applique l'arrêt) et éviter à la fois d'arrêter inutilement les poursuites et de porter inutilement atteinte aux droits des créanciers garantis. Toutefois, cette approche risque de retarder les choses puisqu'il faut attendre que le tribunal examine la question; rend la situation imprévisible pour les créanciers et les tiers dont les poursuites sont susceptibles d'être finalement arrêtées; et peut exiger l'application d'un mécanisme, par exemple de mesures provisoires, pendant la période précédant la décision du tribunal ainsi que l'envoi d'une notification de l'arrêt des poursuites. Une autre approche qui limite les retards, permettra de maximiser la valeur des actifs et garantira le caractère non seulement équitable et ordonné, mais également transparent et prévisible de la procédure d'insolvabilité, serait de prévoir l'arrêt automatique de poursuites spécifiées (au moment soit du dépôt de la demande d'ouverture soit de l'ouverture de la procédure) ainsi que la possibilité pour le tribunal d'arrêter d'autres actions à sa discrétion. C'est cette approche qui a été retenue dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: l'article 20 indique les types de poursuites qui sont arrêtées automatiquement dès la reconnaissance d'une procédure étrangère principale, tandis que l'article 21 donne des exemples de mesures supplémentaires que le tribunal peut ordonner de manière discrétionnaire dès la reconnaissance de cette procédure. L'arrêt automatique des poursuites est une caractéristique de nombreuses lois

[35] Lorsqu'un régime s'appliquant aux opérations garanties prévoit un délai de grâce pour l'accomplissement des formalités visant à rendre une sûreté réelle opposable, il faudra aussi examiner si la loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître ce délai et ne pas soumettre les créanciers garantis à l'arrêt des poursuites pour qu'ils puissent accomplir lesdites formalités dans les cas applicables (voir Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties).

modernes sur l'insolvabilité et peut être combiné avec des dispositions permettant de l'aménager dans des cas spécifiés.

5. Moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites

191. Une autre question liée à l'arrêt des poursuites est de savoir à partir de quand il s'appliquera dans le cas tant de la liquidation que du redressement. Il existe essentiellement deux solutions: arrêter les poursuites à compter du dépôt d'une demande d'ouverture ou les arrêter à compter de l'ouverture de la procédure, des mesures provisoires pouvant dans ce cas être appliquées entre le dépôt de la demande et l'ouverture.

a) Spécification du moment exact à partir duquel l'arrêt des poursuites prend effet

192. Tout d'abord, que les poursuites doivent être arrêtées automatiquement dès le dépôt de la demande ou dès l'ouverture de la procédure, il importe qu'une loi sur l'insolvabilité indique le moment exact auquel l'arrêt prendra effet pour assurer la protection de la masse, en ce qui concerne en particulier les paiements. Plusieurs solutions existent. Dans certaines lois, l'arrêt prend effet à compter du moment où le tribunal décide d'ouvrir la procédure et, dans d'autres, au moment de la publication de cette décision. Dans d'autres lois encore, l'arrêt produit ses effets rétroactivement à compter de la première heure du jour où la décision d'ouverture est prise. Des solutions tout aussi diverses sont adoptées lorsque l'arrêt a effet à partir du dépôt de la demande. Quelle que soit la solution retenue, la loi sur l'insolvabilité devrait énoncer une règle claire.

b) Application de l'arrêt des poursuites à partir du dépôt d'une demande d'ouverture

193. S'agissant de savoir à partir de quand l'arrêt devrait prendre effet, une approche consiste à arrêter les poursuites dès le dépôt d'une demande de liquidation ou de redressement, que cette demande soit formée par un débiteur ou un créancier. Si cette approche peut éviter d'avoir à examiner la possibilité d'appliquer des mesures provisoires ou conservatoires entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure, elle exige cependant que les poursuites soient arrêtées alors que certains éléments de fait – en particulier le point de savoir si le débiteur satisfera aux critères d'ouverture – ne sont pas nécessairement clairs. Pour compenser les risques d'abus, il est souhaitable, si cette approche est adoptée, que la loi sur l'insolvabilité prévoie des procédures claires pour obtenir rapidement un aménagement de l'arrêt des poursuites.

c) Application de l'arrêt des poursuites à partir de l'ouverture de la procédure

194. L'approche la plus courante consiste à arrêter les poursuites dès l'ouverture de la procédure, lorsque les questions d'admissibilité, de compétence et de respect des critères d'ouverture ont été résolues et qu'il est clair que la demande ne doit pas être rejetée et que la procédure devrait donc être ouverte.

i) Mesures provisoires

195. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, l'arrêt des poursuites dès l'ouverture de la procédure s'accompagne de mesures provisoires qui s'appliquent entre le dépôt

de la demande et l'ouverture de la procédure pour protéger les actifs du débiteur et les intérêts collectifs des créanciers. Même si la décision d'ouverture est prise rapidement, il se peut que, pendant ce lapse de temps, la situation de l'entreprise débitrice change et que les actifs du débiteur soient dispersés – celui-ci peut être tenté de transférer des actifs hors de l'entreprise et les créanciers, en prenant connaissance de la demande, peuvent intenter une action contre le débiteur pour devancer l'effet de tout arrêt des poursuites susceptible d'être imposé dès l'ouverture de la procédure. L'absence de mesures provisoires dans ces circonstances pourrait compromettre les objectifs de la procédure d'insolvabilité. Ici, comme dans la plupart des cas, les mesures provisoires doivent généralement répondre à un besoin urgent qui doit l'emporter sur le préjudice qu'elles peuvent causer.

196. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise l'octroi de mesures provisoires, elle devra prévoir aussi leur réexamen périodique et, si nécessaire, leur renouvellement par le tribunal et indiquer ce qu'il advient d'elles une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. Dans de nombreux cas, il ne sera pas nécessaire de continuer à les appliquer après l'ouverture de la procédure, car les mesures automatiquement applicables dès l'ouverture s'y substitueront. Si, toutefois, ces dernières ne comportent pas de disposition provisoire particulière et que ce type de disposition reste nécessaire après l'ouverture, le tribunal peut dans les cas appropriés proroger les mesures provisoires appliquées avant l'ouverture.

ii) Types de mesures provisoires

197. Des mesures provisoires peuvent être accordées à la demande du débiteur, des créanciers ou de tiers ou être ordonnées d'office par le tribunal. Elles peuvent consister notamment: à nommer un représentant provisoire de l'insolvabilité ou une autre personne (à l'exclusion du débiteur) chargée d'administrer ou de superviser l'entreprise du débiteur et de protéger les actifs et les intérêts des créanciers; à interdire au débiteur de disposer des actifs; à prendre le contrôle de tout ou partie de ses actifs; à suspendre la réalisation par les créanciers des sûretés contre le débiteur; à arrêter toute action des créanciers – par exemple d'un créancier garanti ou du bénéficiaire d'une réserve de propriété – contre les actifs du débiteur; ou encore à empêcher les créanciers d'engager ou de poursuivre des actions individuelles pour recouvrer leurs créances. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à titre de mesure provisoire, il n'aura probablement pas autant de pouvoirs qu'un représentant de l'insolvabilité nommé à l'ouverture de la procédure et sa tâche se limitera sans doute à protéger les actifs et les intérêts des créanciers. Il peut, par exemple, être habilité à utiliser les actifs du débiteur et à en disposer dans le cours normal des affaires et à réaliser tout ou partie des actifs qui, de par leur nature ou d'autres circonstances, sont périssables, susceptibles de se déprécier ou menacés d'une autre manière afin de protéger et de préserver leur valeur. En tout état de cause, on devra peut-être déterminer comment les tâches liées à l'exploitation de l'entreprise se répartissent entre le représentant de l'insolvabilité et le débiteur, en tenant compte du fait qu'à ce stade il n'a pas encore été décidé si une procédure d'insolvabilité devait ou non être ouverte. Lorsque aucune procédure n'est ouverte, il peut en résulter un préjudice énorme pour l'entreprise du débiteur ou les droits des créanciers. En règle générale, le débiteur continuerait d'exploiter son entreprise ainsi que d'utiliser les actifs et d'en disposer dans le cours normal des affaires, sauf restrictions imposées par le tribunal.

iii) Exigences en matière de preuve

198. Du fait que ces mesures sont provisoires par nature et sont accordées avant que le tribunal ait déterminé si les critères d'ouverture ont été satisfaits, la loi peut exiger que le tribunal ait la conviction que le débiteur a des chances de remplir lesdits critères. Lorsque la mesure provisoire est demandée par une partie autre que le débiteur, celle-ci peut être tenue par le tribunal de prouver que la mesure est nécessaire pour préserver la valeur ou éviter la dispersion des actifs du débiteur. En l'espèce, une garantie, sous une forme ou une autre (par exemple sous forme de caution) pour les dépenses, frais ou dommages-intérêts, peut aussi être exigée dans le cas où la procédure ne serait pas ouverte par la suite ou dans celui où la mesure demandée serait préjudiciable à l'entreprise du débiteur. Lorsque les mesures provisoires sont indûment obtenues, il peut être bon d'autoriser le tribunal à imputer les dépenses, frais et dommages-intérêts à la partie ayant demandé les mesures.

iv) Notification de la demande de mesures provisoires et de la décision d'accorder ces mesures

199. La loi sur l'insolvabilité devra peut-être aussi déterminer si une demande de mesures provisoires et une décision d'accorder de telles mesures (y compris le moment auquel ces mesures deviennent applicables) doivent être notifiées et à quelles parties. En règle générale, le débiteur devrait être avisé d'une demande de mesures provisoires et se voir accorder la possibilité de contester cette demande. Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il est souhaitable de ne pas aviser le débiteur et d'examiner la demande sans débat contradictoire. De nombreuses lois autorisent l'introduction de demandes de mesures provisoires par voie de requête mais le font généralement à condition que le requérant fournisse une garantie pour les dépenses et dommages-intérêts et qu'il puisse démontrer l'urgence des mesures requises, à savoir qu'un dommage irréparable sera causé si le requérant est tenu de demander lesdites mesures en suivant la procédure habituelle qui exige l'envoi d'une notification longtemps à l'avance[36]. Cependant, une fois que les mesures provisoires ont été ordonnées sans débat contradictoire, le débiteur aurait généralement le droit d'être avisé de la décision et la possibilité d'être entendu. Compte tenu de la nécessité de ne pas porter inutilement préjudice à un débiteur qui ne fait pas ensuite l'objet d'une procédure d'insolvabilité, une décision d'accorder des mesures provisoires devra sans doute être notifiée uniquement aux parties directement concernées par elle.

v) Aménagement des mesures provisoires

200. Un aménagement des mesures provisoires, par exemple leur modification ou leur mainlevée, peut être nécessaire lorsque les intérêts des personnes auxquelles celles-ci s'appliquent sont lésés. Les cas suivants notamment peuvent exiger un aménagement: marchandises périssables, actions visant à préserver ou à quantifier une créance contre le débiteur et créanciers garantis (voir par. 206 ci-dessous). Cet aménagement ne devra pas pour autant porter préjudice aux intérêts des créanciers dans leur ensemble ou aux actifs du débiteur. Il pourrait être décidé sur demande de la partie lésée ou du représentant de l'insolvabilité ou encore par le tribunal agissant

[36] Voir les travaux de la CNUDCI sur les mesures provisoires ordonnées à l'appui d'un arbitrage: document A/CN.9/WG.II/WP.119 (Annuaire 2001, Deuxième partie).

d'office. D'une manière générale, la modification ou la mainlevée des mesures provisoires devrait être notifiée à la personne ou aux personnes concernées et pouvoir être contestée.

6. Durée de l'arrêt des poursuites

a) Créanciers chirographaires

201. De nombreuses lois sur l'insolvabilité appliquent l'arrêt des poursuites aux créanciers chirographaires pendant toute la procédure qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement. En d'autres termes, dans le premier cas, l'arrêt s'appliquerait généralement jusqu'à la liquidation complète des actifs et la clôture de la procédure. Dans le second, certaines lois prévoient l'application de l'arrêt jusqu'à ce que le plan de redressement ait été approuvé et prenne effet, et d'autres jusqu'à complète exécution du plan. Il sera peut-être inutile d'appliquer l'arrêt des poursuites jusqu'à complète exécution du plan car ce dernier devrait prendre en compte les créances des créanciers chirographaires qui seraient liés par lui.

202. Les créanciers chirographaires peuvent bénéficier d'un aménagement de l'arrêt des poursuites dans des cas particuliers, tels que ceux notés plus haut en ce qui concerne la quantification ou la préservation d'une créance (voir chap. II.B.3 a) ci-dessus).

b) Créanciers garantis

i) Redressement

203. Il peut être souhaitable d'appliquer l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis pour une durée suffisante afin d'assurer le bon déroulement du redressement sans que les actifs puissent être dissociés avant la fin de la procédure. Pour éviter les retards et favoriser une conclusion rapide de la procédure, il peut être avantageux de limiter l'application de l'arrêt à la durée qui serait raisonnablement nécessaire pour qu'un plan de redressement prenne effet de manière à ne pas arrêter les poursuites pour une période indéterminée ou inutilement longue, à condition que celles-ci ne puissent être arrêtées pendant des années sans qu'un plan ne soit proposé et approuvé. Une telle limitation peut en outre avoir l'avantage d'offrir aux créanciers garantis un certain degré de sécurité et de prévisibilité quant à la durée pendant laquelle l'exercice de leurs droits sera restreint et au traitement de ces droits dans le plan. Une autre possibilité serait de spécifier une période fixe, ce qui a toutefois un inconvénient: cette période ne sera peut-être pas toujours suffisamment longue, selon l'importance et la complexité du redressement et du plan requis, et risque d'être difficile à appliquer. Il y a plusieurs solutions, notamment: fixer une durée limite claire, susceptible de prorogation (voir ci-dessous), ou prévoir un aménagement de l'arrêt des poursuites dans certains cas (voir ci-dessous). Il importe que la loi sur l'insolvabilité soit globalement conçue de manière à favoriser le déroulement rapide et efficace de la procédure et à réduire au minimum la durée pendant laquelle l'arrêt des poursuites sera appliqué aux créanciers garantis, en particulier dans un redressement.

ii) Liquidation

204. En ce qui concerne l'application de l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis dans la liquidation, les approches diffèrent d'une loi sur l'insolvabilité à

l'autre. Parmi les lois qui appliquent l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis, certaines appliquent cet arrêt automatiquement dès l'ouverture de la procédure de liquidation, mais seulement pour une courte période, par exemple 30 ou 60 jours, afin que le représentant de l'insolvabilité puisse accomplir ses tâches et évaluer l'actif et le passif de la masse et déterminer le meilleur moyen de liquider les actifs. Lorsque l'actif grevé est essentiel à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, certaines lois prévoient la possibilité de proroger l'arrêt au-delà de la période spécifiée. En revanche, lorsque l'actif grevé n'est pas nécessaire à la cession de l'entreprise, l'arrêt peut être levé (voir ci-dessous). Une autre approche consiste à appliquer l'arrêt aux créanciers garantis pour la durée de la procédure, sauf si un tribunal ordonne un aménagement lorsqu'il peut être démontré que la valeur de l'actif grevé diminue et ne peut être maintenue.

7. Prorogation de l'arrêt des poursuites

205. Lorsque l'arrêt s'applique pendant une durée spécifiée, la loi peut prévoir sa prorogation. Dans certains pays, la prorogation de l'arrêt a été une pratique courante si bien que les poursuites ont été arrêtées pendant plusieurs années, ce qui a finalement ôté toute raison d'être à la procédure et détruit toute valeur qui aurait pu être disponible au début pour les créanciers. Pour éviter cette situation, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce des règles claires sur les possibilités de prorogation, en limitant les parties autorisées à la demander et les motifs pour lesquels elle devrait être accordée. Une prorogation peut être accordée, par exemple, à la demande du représentant de l'insolvabilité s'il peut être démontré qu'elle est nécessaire pour maximiser la valeur (par exemple l'entreprise débitrice ou certaines de ses unités ont des chances raisonnables d'être cédées en vue de la poursuite de l'activité) à condition de ne pas nuire aux intérêts des créanciers garantis. Afin d'offrir une protection supplémentaire et d'éviter que l'arrêt ne soit appliqué pour une période indéterminée ou inutilement longue, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité limite la durée de la prorogation et, éventuellement, le nombre de fois que l'arrêt peut être prorogé.

8. Protection des créanciers garantis

206. Comme indiqué ci-dessus, lorsque l'arrêt des poursuites s'applique aux créanciers garantis, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir certaines mesures pour protéger leurs intérêts, notamment: limiter la durée de l'arrêt, mais aussi prévoir la mainlevée de l'arrêt et faire en sorte, lorsque le montant de la créance garantie est supérieur ou presque égal à la valeur de l'actif grevé, que cette dernière soit protégée contre toute dépréciation due à l'utilisation de l'actif ou à l'application de l'arrêt. Ces mesures étant liées entre elles, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité adopte une approche cohérente. Lorsque l'arrêt des poursuites s'applique pendant une courte durée, par exemple, il ne sera probablement pas nécessaire que la loi exige la protection de la valeur des actifs grevés. Lorsque l'arrêt s'applique pendant une longue durée, en revanche, la mainlevée de cet arrêt sera sans doute un moyen plus économique que la protection de la valeur de l'actif, à condition que ce dernier ne soit pas nécessaire à la procédure. On peut aussi, bien entendu, protéger plus généralement les intérêts des créanciers garantis, en demandant leur avis sur l'utilisation et la vente des actifs grevés; en versant des intérêts dans la mesure où le produit tiré de l'actif le permet; et en reprenant l'actif lorsque sa valeur est inférieure au montant de la créance garantie. Ces mesures sont

examinées dans les sections qui suivent. L'opportunité de mesures visant à protéger la valeur de l'actif grevé devra sans doute être mise en balance avec leur complexité et coût potentiels, et la nécessité pour le tribunal d'être capable de prendre des décisions commerciales difficiles à propos de cette protection. Lorsqu'une telle protection est prévue, il peut être souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce des principes directeurs permettant de déterminer quand et comment les créanciers détenant une sûreté réelle sous une forme ou une autre sur les actifs du débiteur seraient fondés à bénéficier des types de mesures décrits ci-dessous.

a) Aménagement de l'arrêt des poursuites

207. Dans la procédure de liquidation comme dans celle de redressement, il peut être indiqué d'aménager l'arrêt des poursuites dans certains cas – notamment lorsque le montant de la créance garantie dépasse la valeur de l'actif grevé; que le créancier garanti n'est pas protégé contre une dépréciation de l'actif grevé; qu'une telle protection n'est pas possible ou serait trop lourde pour la masse; que l'actif grevé n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en liquidation en vue de la poursuite de l'activité; qu'il faut protéger ou préserver la valeur de certains actifs, comme les marchandises périssables; ou que, dans le cadre d'un redressement, un plan n'est pas approuvé dans tout délai applicable. Le créancier garanti peut être autorisé à demander un tel aménagement au tribunal ou le représentant de l'insolvabilité (sans l'approbation du tribunal) peut être autorisé à libérer l'actif grevé.

208. Lorsqu'un aménagement de l'arrêt des poursuites est accordé, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir la remise de l'actif grevé au créancier garanti, auquel cas cet actif ne fera plus partie de la masse et le créancier sera libre d'exercer ses droits. Dans certaines lois, le représentant de l'insolvabilité est parfois tenu de décider si l'actif devrait être remis au créancier garanti ou s'il peut être abandonné. Selon l'option choisie, le coût n'est pas le même pour la masse. Par exemple, dans le cas d'un gros équipement, sa remise au créancier peut entraîner des frais de transport pour la masse, alors que son abandon oblige le créancier à payer les frais d'enlèvement.

209. Si les dispositions relatives à l'aménagement de l'arrêt des poursuites visent principalement les intérêts des créanciers garantis, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'un créancier chirographaire peut lui aussi en bénéficier. Par exemple, lorsque les marchandises sont périssables et dans les cas où la loi sur l'insolvabilité n'autorise ni l'introduction ni la poursuite d'actions individuelles, il peut être nécessaire d'assouplir l'arrêt pour qu'une décision puisse être rendue dans un autre for lorsque la procédure judiciaire y est déjà bien avancée et qu'il serait utile de la mener à terme ou encore pour qu'une action contre un assureur du débiteur puisse être poursuivie.

b) Protection de la valeur

210. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions visant spécifiquement à remédier à l'effet négatif de l'arrêt des poursuites sur les créanciers garantis en maintenant la valeur économique des créances garanties pendant la durée de l'arrêt (certaines lois parlent de "protection adéquate").

i) Protection de la valeur de l'actif grevé

211. Il y a plusieurs moyens de maintenir la valeur d'actifs grevés. Une méthode consiste à protéger la valeur de l'actif grevé lui-même, étant entendu que, lors de la liquidation, le produit de la vente de cet actif sera réparti directement entre créanciers à hauteur de la fraction garantie de leur créance. Cette méthode peut exiger l'adoption d'un certain nombre de mesures.

212. Pendant la durée de l'arrêt, il est possible que la valeur de l'actif grevé diminue. Étant donné qu'au moment de la répartition finale le créancier garanti n'exercera son droit de priorité que sur la valeur de l'actif grevé, cette diminution risque de nuire à ses intérêts. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité devrait protéger les créanciers garantis contre toute dépréciation soit en leur offrant des actifs supplémentaires ou des actifs de remplacement, soit en leur versant périodiquement une somme correspondant au montant de la dépréciation. Cette solution n'est nécessaire que si la valeur de l'actif grevé est inférieure au montant de la créance garantie. Si la valeur est supérieure, le créancier garanti ne sera lésé par la dépréciation que lorsque cette valeur deviendra insuffisante pour couvrir la créance garantie. Certains pays qui préservent la valeur de l'actif grevé suivant les modalités décrites ci-dessus autorisent également le versement d'intérêts pendant la durée de l'arrêt pour compenser le retard imposé par la procédure. Ces intérêts ne seront néanmoins versés que si la valeur de l'actif grevé dépasse le montant de la créance garantie, faute de quoi la compensation pour retard risque de réduire les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires. Cette solution peut encourager les prêteurs à demander des sûretés qui protègent suffisamment le montant de leurs créances.

Évaluation des actifs grevés

213. Au centre de la protection se trouve le mécanisme d'évaluation des actifs grevés qui permet au tribunal de décider si et dans quelle mesure les créanciers garantis doivent être protégés contre toute dépréciation pendant la procédure. Cet aspect potentiellement complexe soulève un certain nombre de questions: sur quelle base évaluer les actifs (par exemple valeur d'exploitation ou valeur de liquidation), qui doit les évaluer et en référence à quelle date (par exemple, la date d'ouverture), avec la possibilité de les réévaluer en permanence. Selon une première méthode, l'évaluation se fait, du moins dans un premier temps, d'un commun accord entre les parties (le débiteur ou le représentant de l'insolvabilité et le créancier garanti). D'autres lois prévoient différentes méthodes judiciaires. Par exemple, au lieu d'évaluer lui-même les actifs, le tribunal peut indiquer un mode d'évaluation et confier la tâche à des experts compétents. Cette évaluation pourrait s'appuyer sur des principes clairs énoncés dans la loi sur l'insolvabilité. Le tribunal peut aussi, éventuellement après une première estimation du représentant de l'insolvabilité, déterminer la valeur des actifs en se fondant sur certains éléments de preuve (notamment étude des marchés, situation du marché et témoignages d'experts). Certaines lois exigent une évaluation marchande de l'actif par voie de vente, le prix le plus élevé sur le marché étant obtenu par un appel d'offres ou une vente aux enchères. Cette technique d'évaluation s'applique moins à la protection de la valeur de l'actif grevé ou du montant de la créance garantie (voir ci-dessous) qu'à la disposition des actifs de la masse par le représentant de l'insolvabilité. L'évaluation est également utile pour l'opération consistant, à l'ouverture de la procédure, à

enregistrer tous les actifs et les passifs et à établir le solde net de la position du débiteur (voir chap. V.A.3 b) iii)).

214. Dans certaines procédures de liquidation, le représentant de l'insolvabilité peut juger nécessaire d'utiliser ou de vendre des actifs grevés (voir chap. II.C) afin de maximiser la valeur de la masse. Par exemple, dans la mesure où il estime que la valeur de la masse peut être maximisée si l'entreprise continue d'être temporairement exploitée, il souhaitera peut-être vendre des stocks qui sont partiellement grevés. De même, dans une procédure de redressement, il peut avoir tout intérêt à vendre des actifs grevés de même nature pour obtenir les fonds de roulement nécessaires. Ainsi, lorsque la valeur de l'actif grevé est préservée pour protéger les créanciers garantis, il peut être souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité donne au représentant de l'insolvabilité la possibilité de fournir au créancier une sûreté de remplacement équivalente, par exemple un privilège sur un autre actif ou sur le produit de la vente de l'actif grevé, ou de verser l'intégralité de la valeur des actifs servant à garantir la créance soit immédiatement soit selon un plan de versement convenu. D'autres approches ont essentiellement trait à l'utilisation du produit de la vente des actifs grevés (voir chap. II.C). Certaines lois prévoient que le tribunal peut interdire au représentant de l'insolvabilité d'utiliser ce produit dans l'immédiat ou dans l'avenir. D'autres lois accordent aux créanciers garantis un aménagement de l'arrêt des poursuites afin qu'ils exercent leurs voies de droit individuelles en ce qui concerne ce produit, ou lorsque le créancier garanti ou le tribunal n'autorise pas l'utilisation du produit, tiennent l'entreprise débitrice, sa direction ou encore le représentant de l'insolvabilité personnellement responsables du montant du produit, ou considèrent ce dernier comme une dette non susceptible de remise.

ii) Protection du montant de la fraction garantie de la créance

215. Un deuxième moyen de protéger les intérêts des créanciers garantis est de protéger le montant de la fraction garantie de la créance. Dès l'ouverture de la procédure, l'actif grevé fait l'objet d'une évaluation, sur la base de laquelle est déterminé le montant de la fraction garantie de la créance du créancier. Ce montant reste fixe pendant toute la procédure et, lors de la répartition consécutive à la liquidation, le créancier garanti bénéficie d'une créance de premier rang à hauteur de ce montant. Durant la procédure, le créancier garanti pourrait également recevoir le taux d'intérêt contractuel sur la fraction garantie en compensation des retards imposés par la procédure.

9. Restrictions à la disposition des actifs par le débiteur

216. Outre les mesures visant à protéger la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers et des tiers, les lois sur l'insolvabilité (comme indiqué ci-dessus, voir chap. II.A.2 e)) prévoient généralement des dispositions destinées à limiter le droit du débiteur de se servir des actifs de la masse. Ces dispositions s'appliqueront généralement après l'ouverture de la procédure mais peuvent, dans certains cas, également s'appliquer entre le dépôt d'une demande d'ouverture et l'ouverture elle-même. Par exemple, lorsqu'un représentant provisoire de l'insolvabilité est nommé avant l'ouverture de la procédure à titre de mesure provisoire, le débiteur sera probablement supervisé ou contrôlé par celui-ci et aura généralement des pouvoirs limités sur ses actifs. Dans certaines lois sur

l'insolvabilité, les dispositions ne s'appliqueront entre le dépôt et l'ouverture que lorsque la demande émane des créanciers, car une demande formée par le débiteur entraînera automatiquement l'ouverture de la procédure.

217. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à l'ouverture de la procédure, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que le débiteur soit sera totalement dessaisi de la masse et sera dans l'incapacité de conclure des opérations après l'ouverture, soit conservera un pouvoir, quoique limité, d'exploiter son entreprise au jour le jour et ne pourra conclure des opérations que dans le cours normal des affaires. Les opérations n'entrant pas dans cette catégorie, comme la vente d'actifs importants, peuvent être soumises à autorisation du représentant de l'insolvabilité, du tribunal ou, dans certains cas, des créanciers[37].

218. Lorsque le débiteur réalise une opération non agréée entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure ou après l'ouverture, tout bien transféré devrait, en règle générale, être restitué au représentant de l'insolvabilité et toute obligation créée serait inopposable à la masse. Des problèmes peuvent toutefois se poser en ce qui concerne le cocontractant, en particulier lorsque celui-ci a conclu l'opération de bonne foi et a donné une contrepartie en échange de ce qu'il a reçu. C'est pourquoi certaines lois sur l'insolvabilité considèrent ces opérations comme valables dans certains cas, par exemple, lorsqu'un bien immeuble a été transféré avant que l'ouverture de la procédure n'ait été notifiée par inscription sur le registre approprié ou lorsqu'un tiers détenant certains actifs du débiteur les a transférés à une autre partie de bonne foi sans savoir qu'une procédure d'insolvabilité avait été ouverte. Tout en servant à protéger un tiers de bonne foi, une telle disposition aura pour effet de réduire les actifs potentiellement disponibles pour les créanciers. Aussi est-il souhaitable que, si une telle disposition est insérée dans une loi sur l'insolvabilité, elle soit étroitement limitée. Le délai entre l'ouverture de la procédure et sa notification pouvant être un facteur déterminant dans la réalisation de tels transferts, il est essentiel que l'obligation de notifier l'ouverture se traduise par une notification rapide et effective (voir chap. I.B).

219. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions d'annulation (voir chap. II.F) pour les contrats conclus et les opérations réalisées par le débiteur entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure sans que la loi sur l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou les créanciers (selon le cas) l'y autorisent et appliquent la période suspecte rétroactivement depuis l'ouverture de la procédure.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la protection et la préservation de la masse est:

a) d'établir des mesures garantissant que la valeur de la masse ne sera pas réduite par les actions du débiteur, de créanciers ou de tiers;

[37] D'autres aspects de ces opérations sont examinés au chapitre II.A.2 e), C et E.7.

b) de déterminer la portée de ces mesures et les parties auxquelles elles s'appliquent;

c) d'établir comment, quand et combien de temps ces mesures s'appliqueront;

d) d'établir les motifs justifiant leur aménagement.

Contenu des dispositions législatives

Mesures provisoires[38]

27) La loi devrait spécifier que le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur[39] ou les intérêts des créanciers, ces mesures s'appliquant entre le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure[40]. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris [les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers] ou la réalisation de sûretés réelles;

b) confier l'administration ou la supervision de l'entreprise du débiteur, y compris éventuellement le pouvoir d'utiliser des actifs et d'en disposer dans le cours normal des affaires, à un représentant de l'insolvabilité ou à une autre personne[41] nommée par le tribunal;

c) confier la réalisation de tout ou partie des actifs du débiteur à un représentant de l'insolvabilité ou à une autre personne nommée par le tribunal, afin de protéger et préserver la valeur de ces actifs lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, ils sont périssables, susceptibles de se déprécier ou autrement menacés; et

d) prononcer toute autre mesure du même type que les mesures applicables automatiquement à l'ouverture de la procédure.

Indemnisation en rapport avec les mesures provisoires

28) La loi peut habiliter le tribunal:

a) à exiger de la personne demandant les mesures provisoires qu'elle verse une indemnité et, s'il y lieu, qu'elle paie les coûts ou frais; ou

b) à imposer des sanctions en rapport avec une demande de mesures provisoires.

---

[38] Le présent texte suit les articles correspondants de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, voir l'article 19 de cette loi.

[39] Les actifs visés aux alinéas a) à c) sont uniquement ceux qui entreraient dans la masse de l'insolvabilité.

[40] La loi devrait indiquer à partir de quand prend effet une décision d'accorder des mesures provisoires, par exemple au moment où la décision est rendue, rétroactivement à partir du début du jour où la décision a été rendue ou à un autre moment spécifié.

[41] Les mots "autre personne" figurant aux alinéas b) et c) de la recommandation 27) n'englobent pas le débiteur.

Répartition des droits entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité

29) La loi devrait indiquer clairement comment les droits et obligations se répartissent entre le débiteur et tout représentant de l'insolvabilité nommé à titre de mesure provisoire. Entre le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure, le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter son entreprise ainsi qu'à utiliser les actifs et à en disposer dans le cours normal des affaires, sauf restrictions imposées par le tribunal.

Notification

30) La loi devrait spécifier que, sauf si le tribunal en limite ou en exclut la nécessité, une notification appropriée sera adressée aux parties intéressées qui sont concernées:

a) par une demande de mesures provisoires ou une décision judiciaire d'accorder des mesures provisoires (y compris une demande de réexamen et de modification ou de mainlevée); et

b) par une décision judiciaire d'accorder des mesures supplémentaires applicables dès l'ouverture.

31) La loi devrait spécifier que, s'ils ne sont pas avisés de la demande de mesure provisoire, le débiteur ou une autre partie intéressée touchée par cette mesure ont le droit d'être entendus sur le maintien ou non de la mesure [dans un nombre spécifié de jours] [s'il ou elle en fait la demande d'urgence] [dans un délai raisonnable] [sans tarder][42].

Modification ou fin des mesures provisoires

32) La loi devrait spécifier que le tribunal, agissant d'office ou à la demande du représentant de l'insolvabilité, du débiteur, d'un créancier ou de toute autre personne touchée par les mesures provisoires, peut réexaminer et modifier ou lever ces mesures.

Fin des mesures provisoires à l'ouverture de la procédure

33) La loi devrait spécifier que les mesures provisoires prennent fin lorsque les mesures applicables à l'ouverture de la procédure prennent effet, sauf si elles sont maintenues par le tribunal.

Mesures applicables à l'ouverture de la procédure

34) La loi devrait spécifier que, à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[43]:

a) l'ouverture des actions ou des procédures individuelles[44] visant les actifs, les droits ou les obligations du débiteur, est interdite et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

---

[42] Tout délai fixé dans la loi devrait être bref pour éviter la dépréciation de l'entreprise débitrice.

[43] Ces mesures prendraient généralement effet au moment où est rendue la décision d'ouverture.

[44] Voir l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Les actions et procédures individuelles mentionnées à l'alinéa a) de la recommandation 34) sont censées englober également les actions devant un tribunal arbitral. Il ne sera pas toujours possible,

b) [les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers] ou la réalisation de sûretés réelles sont interdites ou suspendues[45];

c) les mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs de la masse sont interdites ou suspendues;

d) le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur est suspendu[46]; et

e) le droit de transférer tout actif de la masse, de le grever ou d'en disposer autrement est suspendu[47].

Exceptions à l'application de l'arrêt des poursuites

35) La loi peut autoriser des exceptions à l'application des interdictions ou suspensions prévues dans la recommandation 34), auquel cas ces exceptions devraient être clairement indiquées. L'alinéa a) de la recommandation 34) ne devrait pas affecter le droit d'engager des actions ou procédures individuelles, dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur[48].

Mesures supplémentaires pouvant être prononcées à l'ouverture de la procédure

36) La loi devrait spécifier que le tribunal peut prononcer des mesures en sus des mesures applicables à l'ouverture de la procédure[49].

Durée des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure

37) La loi devrait spécifier que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité auront effet pendant toute la procédure d'insolvabilité:

a) jusqu'au prononcé de leur aménagement par le tribunal[50];

---

toutefois, d'arrêter automatiquement une procédure arbitrale, par exemple lorsque celle-ci se déroule à l'étranger.

45 Lorsque le régime s'appliquant aux opérations garanties prévoit un délai de grâce pour l'accomplissement des formalités visant à rendre une sûreté réelle opposable, il faudra examiner si la loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître ce délai et ne pas appliquer l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis pour qu'ils puissent accomplir ces formalités dans les cas applicables (voir Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties).

46 Voir chap. II.D 2) a). La présente recommandation ne vise pas à interdire qu'il soit mis fin à un contrat si celui-ci prévoit qu'il doit arriver à expiration à une date postérieure à celle de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

47 S'agissant de la limitation du droit de transférer des actifs de la masse, de les grever ou d'en disposer autrement, une exception peut être prévue dans les cas où le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter l'entreprise et peut transférer des actifs, les grever ou en disposer autrement dans le cours normal des affaires.

48 Voir le paragraphe 3 de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et les paragraphes 151 et 152 du *Guide* pour son incorporation dans le droit interne. En cas de problème concernant la quantification d'une créance, il peut être demandé au tribunal d'examiner si l'arrêt des poursuites peut être aménagé afin qu'une action ou une procédure puisse être engagée pour trancher la question.

49 Les mesures supplémentaires pouvant être prononcées seront fonction des types de mesures prévues dans une législation particulière et des mesures, en sus de celles applicables à l'ouverture, qui pourraient être appropriées dans une procédure d'insolvabilité donnée.

50 L' aménagement devrait être prononcé pour les motifs indiqués dans la recommandation 38).

b) dans une procédure de redressement, jusqu'à la prise d'effet d'un plan de redressement[51];

c) s'agissant des créanciers garantis dans une procédure de liquidation, jusqu'à expiration d'une période fixe spécifiée par la loi[52], à moins que le tribunal ne proroge cette période s'il est montré que:

i) une prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers; et

ii) les créanciers garantis seront protégés contre une dépréciation de l'actif grevé.

Aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure

38) La loi devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de prononcer un aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure pour certains motifs, dont notamment les suivants:

a) l'actif grevé n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice;

b) [lorsque le montant de la créance garantie dépasse la valeur de l'actif grevé,] l'actif grevé se déprécie et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette dépréciation;

c) dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable.

Protection contre la dépréciation de l'actif grevé

39) La loi devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de bénéficier d'une protection. Lorsque la valeur de l'actif grevé n'excède pas le montant de la créance garantie ou sera insuffisante pour rembourser cette créance si celui-ci se déprécie durant l'imposition des mesures applicables à l'ouverture de la procédure, cette protection peut notamment prendre la forme:

a) de versements en espèces effectués par la masse;

b) de la constitution de sûretés supplémentaires; ou

c) d'autres moyens déterminés par le tribunal.

C. Utilisation et disposition des actifs

1. Introduction

220. Bien qu'en règle générale il soit souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne lèse pas indûment les droits de propriété des tiers ou les droits réels des créanciers garantis, il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure puisse être

---

[51] Un plan peut prendre effet dès son approbation par les créanciers ou après sa confirmation par le tribunal, selon les conditions posées par la loi (voir les recommandations du chapitre V.A).

[52] L'arrêt des poursuites ne devrait s'appliquer aux créanciers garantis que pendant une courte période, de l'ordre de 30 à 60 jours, et cette période devrait être clairement spécifiée dans la loi.

atteint, de continuer à utiliser des actifs de la masse et des actifs en possession du débiteur dont se sert l'entreprise ou à en disposer (y compris en les grevant). Cela vaudra tout particulièrement pour les procédures de redressement, mais aussi pour les procédures de liquidation lorsque l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité ou encore lorsque l'entreprise à liquider doit être maintenue pendant une brève période afin de maximiser la valeur des actifs, même si ceux-ci doivent être vendus séparément. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité contienne des dispositions sur l'utilisation ou la disposition des actifs (y compris grevés) de la masse et des actifs appartenant à des tiers, fixe les conditions d'utilisation ou de disposition de ces actifs et prévoie la protection des intérêts des tiers propriétaires et des créanciers garantis. Il faudra peut-être tenir compte du fait, lorsqu'on élabore de telles dispositions, que d'autres lois peuvent avoir une incidence sur l'utilisation de ces pouvoirs en cas d'insolvabilité. En particulier, les lois qui refusent aux étrangers le droit de propriété dans certains secteurs de l'économie ou limitent ce droit peuvent avoir pour effet de réduire le prix susceptible d'être obtenu de certains actifs et, partant, les sommes à répartir entre créanciers.

2. Actifs de la masse de l'insolvabilité

a) Cours normal des affaires

221. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les personnes habilitées à utiliser les actifs de la masse et à en disposer et les protections exigées varient selon que l'utilisation et la disposition s'inscrivent ou non dans le cours normal des affaires de l'entreprise débitrice. Par exemple, les décisions concernant l'utilisation et la disposition de biens dans le cours normal des affaires peuvent être prises par le représentant de l'insolvabilité[53] sans qu'il soit nécessaire d'en aviser les créanciers ou d'en référer au tribunal, alors que l'utilisation et la disposition en dehors du cours normal des affaires peuvent être soumises à l'approbation du tribunal ou des créanciers. Certaines lois accordent le droit d'utilisation et de disposition à un débiteur sous la supervision ou le contrôle d'un représentant de l'insolvabilité ou à un débiteur non dessaisi.

222. Pour traiter tout problème lié à l'exercice par le représentant de l'insolvabilité des pouvoirs d'utilisation et de disposition et parer au risque d'abus ou de détournements, il est possible d'énoncer des critères de désignation et d'exiger le versement d'une caution en garantie, solution que de nombreuses lois sur l'insolvabilité ont adoptée (voir aussi chap. III.B), mais également de prendre d'autres mesures relatives à la responsabilité du représentant de l'insolvabilité.

223. La distinction, dans la loi sur l'insolvabilité, entre les actes de disposition réalisés dans le cours normal des affaires et ceux réalisés en dehors peut faciliter la continuation de l'exploitation de l'entreprise au jour le jour tant dans une procédure de redressement que dans une procédure de liquidation où celle-ci doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité, sans l'inconvénient d'avoir à soumettre la conduite

---

[53] L'exercice de ces droits par le représentant de l'insolvabilité dépend des fonctions que lui confère la loi sur l'insolvabilité et peut être limité, par exemple, lorsque le représentant joue le rôle de fiduciaire ou de superviseur. Il dépend aussi de la façon dont les tâches sont réparties entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité (voir chap. III.A et B) après l'ouverture de la procédure, en particulier de redressement.

des activités courantes à l'approbation du tribunal. L'obligation de faire approuver les actes de disposition sortant du cadre normal des affaires peut être un moyen de prévenir les abus, tels que les actes de disposition en faveur de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur. La loi sur l'insolvabilité doit toutefois indiquer clairement ce qu'il faut entendre par "opérations dans le cours normal des affaires" pour éviter les litiges et garantir le déroulement rapide et efficace de la procédure (pour un examen de ce qui peut constituer une opération réalisée dans le cours normal des affaires, voir chap. II.F.2).

224. Certaines lois sur l'insolvabilité établissent également une distinction entre divers types d'actifs et prévoient, pour chacun de ces types, des modalités d'utilisation et des conditions différentes. Des dispositions spéciales peuvent s'appliquer, par exemple, aux actifs périssables ou autres actifs qui se déprécieront s'ils ne sont pas vendus rapidement, aux liquidités ou aux biens possédés conjointement par le débiteur et une autre personne ou aux biens grevés d'une sûreté réelle détenus par le débiteur.

b) Méthodes de vente

225. Lorsque des actifs de la masse doivent être vendus, il importe que, indépendamment de la partie qui sera tenue de superviser la vente, la méthode de vente choisie maximise la valeur de la masse et que les créanciers soient dûment avisés de la vente, de sorte qu'ils puissent contester celle-ci devant le tribunal s'il s'y opposent. Différentes approches sont adoptées pour atteindre ces objectifs. De nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que les actifs soient vendus aux enchères, certaines laissant au comité des créanciers ou à un autre représentant des créanciers ou encore au représentant de l'insolvabilité la faculté d'approuver une autre méthode de vente, par exemple par contrat de gré à gré, si elle rapporte plus.

226. Comme indiqué plus haut, certaines lois sur l'insolvabilité donnent le pouvoir de vendre les actifs dans le cours normal des affaires au représentant de l'insolvabilité qui est tenu d'en tirer le meilleur prix pouvant raisonnablement être obtenu au moment de la vente. Certaines de ces lois limitent également le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de choisir librement la méthode de vente. Lorsque le représentant de l'insolvabilité opte pour une vente de gré à gré au lieu d'une vente aux enchères publiques, la loi peut exiger que la vente soit supervisée de manière adéquate par le tribunal ou qu'elle soit expressément approuvée par les créanciers. D'autres lois sur l'insolvabilité attribuent au tribunal un rôle important dans la vente des actifs, celui-ci fixant la date, la forme et les conditions de la vente; le représentant de l'insolvabilité joue un rôle subsidiaire en recueillant les offres et en prenant l'avis des créanciers. Certaines lois sur l'insolvabilité traitent aussi de questions telles que la vente d'actifs à un créancier pour compenser sa créance et la vente d'actifs du débiteur se trouvant en la possession d'un tiers à ce tiers, à un prix raisonnable compte tenu du marché. Lorsque les actifs risquent de perdre rapidement leur valeur, par exemple lorsqu'ils sont périssables, susceptibles de dépréciation ou menacés d'une autre manière, il peut s'avérer difficile d'aviser les créanciers ou d'obtenir leur approbation et celle du tribunal dans de brefs délais. Dans ce cas, il peut être souhaitable de prévoir dans la loi que l'approbation préalable n'est pas nécessaire. La vente pourrait être confirmée une fois réalisée mais il ne serait pas possible de l'annuler ou de la modifier (sauf en cas de fraude ou

de collusion) en raison de l'insécurité qui en résulterait sur le plan contractuel et de la nature même des actifs qui peut réduire les chances de revente.

227. Même si l'on peut penser qu'une loi sur l'insolvabilité devrait, pour éviter la collusion, expressément interdire une vente à des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, il n'est sans doute pas nécessaire d'interdire absolument ce type de vente, dès lors que celle-ci est convenablement supervisée et soigneusement examinée avant d'être autorisée, pour éviter la fraude et la collusion. Pour cette supervision ou cet examen, il faudra peut-être prévoir des règles plus strictes concernant l'évaluation des actifs et la révélation des relations d'affaires.

228. Lorsqu'il est probable que la vente des actifs dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité rapportera moins que la vente d'actifs similaires aux conditions normales du marché, une loi sur l'insolvabilité peut prévoir un certain nombre de mesures procédurales de protection pour assurer l'équité, la maximisation du prix de vente ainsi que la transparence et une large publicité des actes de disposition. Ces mesures de protection peuvent consister notamment: à aviser les créanciers et les acheteurs potentiels de sorte que l'information ait des chances de parvenir aux parties intéressées; à autoriser les créanciers à soumettre leurs objections ou leurs problèmes (soit au représentant de l'insolvabilité soit au tribunal, selon qu'il convient); à exiger que les actifs soient évalués par des professionnels objectifs et indépendants (en particulier dans le cas de biens immeubles et de biens spécialisés); et, en cas de vente aux enchères, à exiger une présélection des enchérisseurs et des prix minimums, s'il y a lieu, et à prévenir et sanctionner la collusion entre enchérisseurs.

c) Utilisation ou disposition d'actifs grevés

229. Une loi sur l'insolvabilité devra traiter la question de l'utilisation ou de la disposition (autre que par constitution d'une nouvelle sûreté) des actifs grevés et, en particulier, indiquer si c'est le représentant de l'insolvabilité ou le créancier garanti qui sera habilité à vendre ces actifs. Dans une large mesure, l'approche adoptée diffère selon que la loi sur l'insolvabilité inclut ou non les actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité: dans la négative, le créancier garanti sera généralement libre de réaliser sa sûreté réelle; dans l'affirmative, l'approche varie d'une loi à l'autre. Dans certains cas, elle dépend de l'application d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité ainsi que d'autres lois, telles que celles relatives à l'arrêt des poursuites (pendant l'arrêt seul le représentant de l'insolvabilité peut disposer des actifs) et de la possibilité ou non de vendre des actifs grevés libres de tout droit réel. L'approche retenue peut aussi dépendre de la nature de la vente proposée: vente séparée ou vente s'inscrivant dans la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité. Certaines lois sur l'insolvabilité, par exemple, prévoient que seul le représentant de l'insolvabilité sera habilité à disposer des actifs grevés tant en cas de liquidation qu'en cas de redressement. D'autres comportent des dispositions différentes selon qu'il s'agit d'une liquidation ou d'un redressement; le représentant de l'insolvabilité sera habilité à disposer des actifs en cas de redressement, mais en cas de liquidation, ce pouvoir sera limité dans le temps et à l'expiration de la période d'exclusivité du représentant de l'insolvabilité, le créancier garanti pourra exercer ses droits. Quelle que soit l'approche adoptée, une loi sur l'insolvabilité devrait contenir des dispositions exigeant la notification des créanciers garantis et leur donnant la possibilité de contester. Toutefois, lorsque le montant de la créance

est supérieur à la valeur de l'actif ou que l'actif n'est pas nécessaire pour la procédure, le représentant de l'insolvabilité peut être autorisé à renoncer à l'actif grevé en faveur du créancier garanti sans l'en aviser.

230. Une loi sur l'insolvabilité devrait aussi énoncer les conditions pour la constitution d'une nouvelle sûreté, sous réserve des sûretés réelles existantes, la plus courante d'entre elles étant que le créancier garanti existant ait la priorité sur tout nouveau créancier garanti pour la fraction garantie de sa créance (voir chap. II.D.3).

d) Faculté donnée au représentant de l'insolvabilité de vendre les actifs libres de tout droit réel

231. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut vendre les actifs de la masse libres de tout droit réel, y compris de sûretés réelles, sous certaines conditions. Il faudra, par exemple, que la vente soit autorisée par les lois autres que la loi sur l'insolvabilité; que le titulaire du droit réel soit avisé de la vente proposée et y consente; que le prix de vente soit supérieur à la valeur de la sûreté réelle; que le titulaire de la sûreté réelle puisse être contraint (à l'issue d'une autre procédure judiciaire) d'accepter des espèces ou une sûreté de remplacement équivalente à titre de désintéressement; et que la priorité des droits réels sur le produit de la vente soit préservée. Certaines lois prévoient également que si le titulaire de la sûreté réelle ne consent pas à la vente, le représentant de l'insolvabilité pourra s'adresser au tribunal pour demander l'autorisation de vendre. Cette autorisation sera accordée à condition que le tribunal soit convaincu, par exemple, que le représentant de l'insolvabilité a raisonnablement fait diligence pour obtenir le consentement, que la vente est dans l'intérêt du débiteur et de ses créanciers et qu'elle ne portera pas gravement préjudice au titulaire du droit réel. Même si le tribunal approuve la vente, si le prix proposé pour l'actif était insuffisant, la loi pourrait donner au titulaire de la sûreté réelle le droit de compenser ce prix pour protéger son droit réel.

232. Autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs libres de tout droit réel présente certains avantages: la vente d'actifs grevés risque de rapporter bien moins et d'apporter beaucoup d'incertitude à l'acheteur. Lorsque les actifs grevés sont revendiqués par plusieurs parties à la fois (par exemple propriétaire, bailleur ou titulaire d'un privilège), cette possibilité donnée au représentant permet de vendre des actifs (lorsqu'ils ne sont pas uniques) sans attendre que le litige entre les revendiquants soit réglé, ceux-ci pouvant ensuite contester la répartition du produit de la vente.

e) Actifs communs

233. Lorsque des actifs appartiennent, sous une forme quelconque de propriété conjointe ou de copropriété, au débiteur et à une autre personne, différentes approches peuvent être adoptées concernant la disposition du droit réel du débiteur. Si le droit commun permet la division des actifs entre le débiteur et le copropriétaire aux fins d'exécution, le droit réel revenant à la masse de l'insolvabilité peut être vendu sans que cela ait d'incidence pour le copropriétaire. Certaines lois sur l'insolvabilité, toutefois, autorisent le représentant de l'insolvabilité à vendre à la fois le droit réel revenant à la masse et celui du copropriétaire lorsque certaines conditions sont remplies. Ces conditions peuvent être, notamment, que la division

des biens entre la masse et le copropriétaire soit impossible, que la vente séparée rapporte beaucoup moins à la masse qu'une vente globale des biens libres des droits réels du copropriétaire, et que les avantages pour la masse d'une telle vente l'emportent sur le préjudice que pourrait subir le copropriétaire. La loi sur l'insolvabilité peut également donner au copropriétaire une possibilité ou un droit d'acheter le droit réel du débiteur avant que la vente à une autre partie ne soit menée à terme. Comme noté plus haut (chap. II.A.2), la disposition de ces actifs dans le cadre de l'insolvabilité peut dépendre de l'application d'autres lois.

f) Actifs constituant une charge, actifs sans valeur et actifs difficilement réalisables

234. Il peut être conforme à l'objectif de maximisation de la valeur et de réduction des coûts de la procédure d'autoriser le représentant de l'insolvabilité à abandonner le droit réel de la masse sur certains actifs, y compris des terrains, actions, actifs grevés de sûretés réelles valables, contrats, etc., lorsque celui-ci estime que l'abandon est dans l'intérêt de la masse, et qu'en outre un créancier garanti obtient un aménagement de l'arrêt des poursuites. L'exercice de ce pouvoir peut être soumis à l'approbation du tribunal et à certaines conditions, à savoir, notamment que cet abandon ne porte pas atteinte à des intérêts généraux supérieurs, par exemple lorsque l'actif est dangereux pour l'environnement ou pour la santé et la sécurité publiques. Cette approche peut se justifier notamment dans les situations suivantes: lorsque les actifs n'ont pas de valeur ou ont une valeur insignifiante pour la masse; lorsqu'ils sont grevés de telle sorte que leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives qui excéderaient leur valeur de réalisation ou engendrerait une obligation lourde ou une obligation de paiement; ou lorsque les actifs sont invendables ou difficilement vendables par le représentant de l'insolvabilité, du fait par exemple qu'ils sont uniques ou n'ont pas de marché ou de valeur marchande évidents. Les créanciers devraient être avisés de toute proposition du représentant de l'insolvabilité de renoncer à des actifs et pouvoir s'y opposer.

g) Créances de sommes d'argent

235. Lorsque la masse comprend des créances de sommes d'argent (le droit contractuel du débiteur au paiement d'une certaine somme), il peut être avantageux que le représentant de l'insolvabilité soit habilité à céder ce droit afin d'obtenir, par exemple, une contrepartie pour la masse ou un crédit. Différentes approches de la question de la cession de créances dans le contexte de l'insolvabilité sont adoptées (voir chap. II.D). Certaines lois sur l'insolvabilité spécifient que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité rend les clauses d'incessibilité nulles et non avenues. D'autres renvoient la question au droit commun des contrats. Si le contrat comporte une clause d'incessibilité, il ne peut être cédé sans l'accord des parties au contrat initial. Certaines lois prévoient également que si la partie au contrat initial ne donne pas son consentement à la cession, le représentant de l'insolvabilité pourra céder le contrat avec l'autorisation du tribunal s'il peut être démontré que cette partie refuse son consentement sans raison valable. Le représentant de l'insolvabilité est alors libre de céder le contrat au profit de la masse. Cette approche va dans le sens de

celle qui a été adoptée à l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001)[54].

3. Actifs appartenant à des tiers

236. Dans certains cas d'insolvabilité, des actifs appartenant à des tiers, à l'instar des actifs grevés, peuvent être indispensables au maintien de l'entreprise, en particulier dans le cadre d'un redressement mais aussi, dans une moindre mesure, dans certaines procédures de liquidation où l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Dans ces cas, il sera avantageux qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme qui permette l'utilisation continue de ces actifs dans la procédure d'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité traitent cette question dans le cadre des dispositions indiquant les types d'actifs devant entrer dans la masse de l'insolvabilité (voir chap. II.A.2 c) et 3 a)). D'autres l'abordent dans le cadre des dispositions relatives au traitement des contrats (voir chap. II.E), lorsque le débiteur est en possession de l'actif en vertu d'un arrangement contractuel. Elles peuvent, par exemple, limiter le droit de mettre fin audit arrangement (voir chap. II.E.2 a)) ou encore empêcher le propriétaire de récupérer ses actifs en cas d'insolvabilité (du moins sans l'approbation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité) pendant une durée limitée après l'ouverture de la procédure en imposant un arrêt des poursuites.

237. Lorsque des actifs appartenant à des tiers sont utilisés dans la procédure d'insolvabilité, une loi sur l'insolvabilité devra envisager de protéger les droits réels du propriétaire contre toute dépréciation des actifs, de la même manière que les créanciers garantis sont protégés contre toute diminution de la valeur des actifs grevés (voir chap. II.B.3 b)). Il est souhaitable que la masse paie une certaine somme en contrepartie des avantages qu'elle tire de la poursuite de l'utilisation de l'actif et que cette somme soit considérée comme une dépense d'administration de la masse (voir chap. II.E).

---

[54] Article 9. Limitations contractuelles de la cession:

1. La cession d'une créance a effet nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation d'une telle convention, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.

3. Le présent article s'applique uniquement aux cessions de créances:

a) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

b) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

c) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit; ou

d) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

4. Traitement du produit en espèces

238. Lorsque des actifs grevés “liquides”, autrement dit des actifs, tels que les stocks, aisément convertibles en espèces, sont vendus pendant la procédure d’insolvabilité, la plupart des lois prévoient qu’un créancier garanti ayant un droit réel sur un actif grevé conserve un droit réel équivalent sur toutes espèces obtenues de la disposition dudit actif.

239. Ce produit en espèces peut constituer pour la masse de l’insolvabilité une source importante de financement durant la procédure d’insolvabilité, en particulier en cas de redressement, et peut être utilisé à diverses fins liées à l’exploitation de l’entreprise, telles que payer l’électricité et d’autres services. Deux possibilités s’offrent généralement au représentant de l’insolvabilité: soit le produit en espèces peut être utilisé avec le consentement du créancier garanti concerné suivant les modalités convenues entre les parties soit, après notification des créanciers concernés, le débiteur peut demander au tribunal de l’autoriser à utiliser le produit. En général, le tribunal se renseignera sur trois éléments avant de donner son autorisation: la sûreté réelle constituée et la valeur du bien grevé; le risque couru par le créancier garanti; et l’existence de mesures suffisantes pour protéger la valeur économique de la créance garantie (voir chap. II.B.8 b)).

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L’objet de dispositions concernant l’utilisation et la disposition d’actifs est:

a) d’autoriser l’utilisation d’actifs, y compris d’actifs grevés et d’actifs appartenant à un tiers, dans la procédure d’insolvabilité et de spécifier les conditions de leur disposition;

b) de fixer les limites des pouvoirs d’utilisation et de disposition;

c) de prévoir la notification aux créanciers de l’acte de disposition proposé, s’il y a lieu;

d) de prévoir le traitement des actifs constituant une charge.

Contenu des dispositions législatives

Pouvoir d’utiliser les actifs de la masse et d’en disposer

40) La loi devrait autoriser:

a) l’utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés de sûretés réelles) dans le cours normal des affaires;

b) l’utilisation ou la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés de sûretés réelles) en dehors du cours normal des affaires, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 41) et 44).

Notification et publicité des actes de disposition

41) La loi devrait spécifier que les créanciers[55] reçoivent dûment notification de tout acte de disposition effectué en dehors du cours normal des affaires et qu'ils ont la possibilité de s'y opposer.

42) La loi devrait spécifier que les enchères publiques font l'objet d'une publicité telle qu'il soit probable que les parties intéressées soient informées.

Faculté de vendre des actifs de la masse libres de toutes charges et autres droits réels

– *Vente dans le cours normal des affaires*

43) La loi peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs de la masse libres de toutes charges et autres droits réels dans le cours normal des affaires, à condition:

a) qu'il notifie la vente proposée aux titulaires de charges ou d'autres droits réels;

b) que les titulaires aient la possibilité de s'opposer à la vente proposée;

c) que l'arrêt des poursuites soit maintenu;

d) que l'ordre de priorité des droits réels sur le produit de la vente de l'actif soit préservé.

– *Vente en dehors du cours normal des affaires*

[44) La loi peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs de la masse libres de toutes charges et autres droits réels en dehors du cours normal des affaires dès lors que les conditions énoncées dans les recommandations 41) et 43) sont remplies.]

Méthodes générales de vente

45) La loi devrait spécifier des méthodes de vente en dehors du cours normal des affaires qui permettront de tirer le meilleur prix des actifs vendus dans le cadre de la procédure d'insolvabilité et autoriser à la fois les enchères publiques et les ventes de gré à gré.

Ventes d'urgence

46) La loi devrait autoriser les ventes d'urgence en dehors du cours normal des affaires, lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, les actifs sont périssables, susceptibles de se déprécier ou autrement menacés. La loi peut prévoir que l'approbation préalable du tribunal ou des créanciers n'est pas nécessaire dans ce cas.

---

[55] Lorsque les actifs utilisés dans la procédure d'insolvabilité sont grevés, cette utilisation sera également soumise à la recommandation 43).

Disposition d'actifs en faveur de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

47) La loi devrait exiger que tout acte de disposition qu'il est proposé d'effectuer en faveur de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur soit attentivement examiné avant d'être autorisé.

Actifs constituant une charge

48) La loi devrait permettre au représentant de l'insolvabilité de décider comment traiter les actifs constituant une charge pour la masse. En particulier, elle peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à renoncer aux actifs constituant une charge après que les créanciers en ont été avisés et ont eu la possibilité de s'opposer à l'action proposée, sauf lorsque le montant d'une créance garantie excède la valeur de l'actif grevé, et que l'actif n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, auquel cas la loi peut permettre au représentant de l'insolvabilité de renoncer à l'actif en faveur du créancier garanti sans en aviser les autres créanciers.

D. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Besoin de financement postérieur à l'ouverture de la procédure

240. La poursuite de l'exploitation de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle dans le cas d'un redressement et, dans une moindre mesure, dans le cas d'une liquidation où l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de ses activités. Pour maintenir son activité, il faut que le débiteur dispose de fonds pour continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, y compris les coûts de main-d'œuvre, l'assurance, le loyer, la continuation des contrats et autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs. Dans certains cas, il peut déjà disposer d'actifs liquides suffisants, sous forme de disponibilités ou d'autres actifs pouvant être convertis en liquidités (tels que le produit attendu de créances de sommes d'argent), pour couvrir les dépenses courantes. Dans d'autres, ces dépenses peuvent être couvertes par la trésorerie dont il dispose grâce à l'arrêt des poursuites et à la cessation des paiements concernant les créances antérieures à l'ouverture de la procédure. Lorsqu'il n'a pas de fonds disponibles pour faire face à ses besoins immédiats de trésorerie, il devra chercher un financement auprès de tiers. Ce financement peut prendre la forme d'un crédit fournisseur consenti par des vendeurs de biens et de services, de prêts ou d'autres formes de financement accordés par des prêteurs.

241. Pour assurer la continuité de l'entreprise, lorsque tel est l'objectif de la procédure, il est éminemment souhaitable que les besoins de nouveau financement soient déterminés à un stade précoce, voire, dans certains cas, pendant la période entre la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure. Au-delà de cette période initiale, en particulier dans une procédure de redressement, la disponibilité d'un nouveau financement sera également importante après l'ouverture de la procédure et avant l'examen du plan; en règle générale, la question de l'obtention d'un financement après l'approbation du plan devrait être traitée par celui-ci, en

particulier lorsque la loi interdit de contracter de nouveaux emprunts à moins que le plan n'en reconnaisse la nécessité.

242. Bien qu'il puisse être souhaitable pour la procédure que le débiteur soit en mesure d'obtenir de nouveaux prêts, un certain nombre de pays limitent la fourniture d'argent frais lorsqu'il y a insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement, ce qui est une source d'incertitude. En vertu de certaines lois, par exemple, un nouveau financement ne peut être accordé que sur la base d'une sûreté, car il est interdit d'appliquer un traitement préférentiel à un nouveau financement. Faute d'actifs non grevés que le débiteur pourrait proposer comme sûreté ou de valeur excédentaire sur des actifs déjà grevés, il n'y aura pas de nouveau financement, à moins que le prêteur ne soit disposé à prendre le risque d'octroyer un prêt sans garantie ou qu'un tel prêt puisse être obtenu de sources telles que la famille du débiteur ou de sociétés du groupe. Un financement avant l'ouverture de la procédure peut aussi soulever des questions délicates concernant l'application de pouvoirs d'annulation et la responsabilité tant du prêteur que du débiteur. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que lorsqu'un prêteur avance des fonds à un débiteur insolvable, il peut être responsable de toute augmentation des créances des autres créanciers ou que l'avance pourra être susceptible d'annulation dans toute procédure d'insolvabilité qui s'ensuit. Dans d'autres lois, le représentant de l'insolvabilité est tenu d'emprunter l'argent, ce qui peut poser des questions de responsabilité personnelle concernant le remboursement.

243. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité encourage le recours à une procédure d'insolvabilité qui impose à l'entreprise insolvable de poursuivre ses activités, qu'il s'agisse d'un redressement ou d'une cession de l'entreprise en liquidation en vue de la poursuite de l'activité, il est indispensable d'aborder la question d'un nouveau financement et d'examiner les limitations telles que celles qui sont exposées ci-dessus. Une loi sur l'insolvabilité peut admettre la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, l'autoriser et prévoir le remboursement du prêteur à titre prioritaire. La question majeure réside dans la portée d'une telle faculté, et notamment les incitations qui peuvent être offertes à un créancier potentiel pour l'inciter à prêter. Il importe également d'examiner l'impact sur les créanciers garantis qui peuvent voir les actifs non garantis restants disparaître pour constituer une sûreté en vue d'un nouveau financement, ce qui ne laisserait rien à distribuer, en particulier si le redressement devait échouer.

244. Outre les questions de disponibilité et de sûreté ou de priorité pour ce qui est des nouveaux prêts, il faudra que la loi sur l'insolvabilité examine l'autorisation nécessaire pour obtenir ce nouveau financement (voir l'analyse plus approfondie ci-dessous) et, lorsque le redressement échoue et que la procédure est convertie en liquidation, le sort des fonds qui ont pu être avancés avant la conversion (voir plus loin).

2. Sources du financement postérieur à l'ouverture de la procédure

245. Quelques catégories seulement de prêteurs sont susceptibles d'accorder un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. La première est celle des prêteurs ou des vendeurs de biens d'avant l'insolvabilité qui sont en relation continue avec le débiteur et son entreprise et peuvent avancer d'autres fonds ou accorder un crédit fournisseur pour accroître les chances de recouvrement de leurs

créances existantes et éventuellement obtenir une valeur supplémentaire du fait des taux supérieurs appliqués aux nouveaux prêts. La seconde est celle des prêteurs qui n'avaient pas de relations avec l'entreprise avant l'insolvabilité et ont sans doute pour seule motivation la possibilité de rendements élevés. L'incitation pour les deux types de prêteurs est la certitude qu'un traitement spécial sera accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Pour les prêteurs antérieurs, il existe d'autres incitations, comme la continuité de la relation avec le débiteur et son entreprise, l'assurance que les conditions des prêts consentis avant l'ouverture de la procédure ne seront pas changées, et, en vertu de certaines lois, le risque, s'ils ne fournissent pas de financement postérieur à l'ouverture, que leur priorité soit rétrogradée au profit du prêteur qui, lui, le fournit.

3. Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure – octroi d'une sûreté ou d'une priorité

246. Il y a différents moyens d'attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et d'en garantir le remboursement, dont la constitution d'une sûreté sur des actifs non grevés ou partiellement grevés ou bien, lorsque cela n'est pas possible, l'établissement d'une priorité.

a) Constitution d'une sûreté

247. Lorsque le prêteur exige une sûreté, celle-ci peut être constituée sur un bien non grevé ou être une sûreté de rang inférieur sur un bien déjà grevé, lorsque la valeur de ce dernier est nettement supérieure au montant de l'obligation garantie préexistante. Dans ce cas, le créancier garanti antérieur n'a en général besoin d'aucune protection particulière, car ses droits ne seront pas lésés, sauf si les circonstances changent par la suite (par exemple si la valeur des actifs grevés commence à s'éroder) et il conservera son rang de priorité antérieur à l'ouverture, à moins qu'il n'en convienne autrement. Les seuls actifs non grevés pouvant être disponibles pour garantir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure seront souvent des actifs récupérés par le biais d'une procédure d'annulation.

b) Établissement d'une priorité

248. Lorsque les solutions dont il vient d'être question ne sont pas suffisantes ou ne peuvent être proposées, par exemple parce qu'il n'y a pas d'actifs non grevés ou que ceux qui le sont déjà n'ont pas une valeur supérieure au montant de l'obligation garantie, les lois sur l'insolvabilité adoptent diverses approches pour encourager l'octroi d'un nouveau financement.

249. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'un nouveau prêt bénéficiera d'une certaine priorité de remboursement sur les autres créanciers, y compris dans certains cas sur les créanciers garantis antérieurs. Il peut s'agir d'un privilège d'administration (voir chap. V.B), qui accordera une priorité de remboursement sur les créanciers chirographaires ordinaires, mais non sur un créancier garanti par rapport à la valeur de sa garantie. Dans certains cas, cette priorité est donnée au motif que le nouveau financement est accordé au représentant de l'insolvabilité plutôt qu'au débiteur, et devient une dépense de la masse de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent alors l'approbation du tribunal ou des créanciers, tandis que d'autres prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut obtenir le financement nécessaire sans cette approbation, bien que sa responsabilité

personnelle puisse alors être engagée dans une certaine mesure, ce qui ne l'incite guère, lorsque c'est le cas, à rechercher de nouveaux financements.

250. D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient un "superprivilège" d'administration, autrement dit une priorité sur les créanciers titulaires de créances d'administration, ou donnent une priorité sur tous les créanciers, y compris les créanciers garantis (on parle parfois de "privilège"). Dans les pays qui autorisent ce dernier type de priorité, les tribunaux de l'insolvabilité tiennent compte du risque qu'il représente pour les créanciers garantis antérieurs et ne l'autorisent qu'avec réticence et en dernier recours. L'octroi de cette priorité peut être soumis à certaines conditions: les créanciers garantis concernés doivent en être informés et ont le droit d'être entendus par le tribunal, le débiteur doit prouver qu'il ne peut obtenir le financement nécessaire si cette priorité n'est pas accordée, les créanciers garantis concernés doivent bénéficier d'une protection contre toute diminution de la valeur économique des actifs grevés, y compris par une valeur suffisante de la fraction non grevée de l'actif, de manière que les créanciers garantis antérieurs ne soient pas exposés à un risque déraisonnable de voir leur position affectée au-delà du "superprivilège". Dans certains systèmes juridiques, toutes ces options visant à attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure sont disponibles. En règle générale, la valeur économique des droits des créanciers garantis antérieurs devraient être protégés, afin qu'ils ne subissent pas de préjudice excessif. Si nécessaire (et comme cela a déjà été dit à propos de la protection de la masse de l'insolvabilité, voir chap. II.B.8), un moyen peut être d'effectuer des versements périodiques ou de constituer des sûretés sur d'autres actifs se substituant à tous actifs susceptibles d'être utilisés par le débiteur ou grevés pour obtenir un nouveau financement.

4. Autorisation d'un financement postérieur à l'ouverture

251. Il peut être souhaitable de lier la question de l'autorisation au préjudice qui risque de résulter, ou à l'avantage susceptible de découler, d'un nouveau financement. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité permettent au représentant de l'insolvabilité de déterminer qu'un nouveau financement est nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise, ou pour la préservation ou l'augmentation de la valeur de la masse, et indiquent que le représentant de l'insolvabilité (ou un débiteur en possession lorsque cette approche est adoptée) peut obtenir un crédit non garanti sans l'approbation du tribunal ou des créanciers, alors que d'autres exigent une telle approbation dans certaines circonstances. Étant donné qu'un nouveau financement peut être nécessaire de façon assez urgente pour assurer la continuité de l'entreprise, il est souhaitable que le nombre d'autorisations exigées soit maintenu au minimum, encore qu'une loi sur l'insolvabilité puisse naturellement adopter une approche hiérarchique, selon la sûreté ou la priorité à fournir. Bien qu'en général le fait d'exiger l'intervention du tribunal puisse contribuer à promouvoir la transparence et à donner des assurances supplémentaires aux prêteurs, le représentant de l'insolvabilité sera souvent mieux à même d'évaluer la nécessité d'un nouveau financement. En tout état de cause, le tribunal ne pourra en général fonder sa décision sur des avis ou des informations autres que ceux fournis par le représentant de l'insolvabilité.

252. La question de la constitution d'une sûreté sur des actifs non grevés ou sur des actifs qui ne sont pas entièrement grevés ne devrait pas, en général, exiger

l'approbation du tribunal. Lorsque la loi sur l'insolvabilité établit le niveau de priorité qui peut généralement être donné, par exemple un privilège d'administration, l'approbation du tribunal peut ne pas être requise. Si elle devait être considérée comme nécessaire, une solution intermédiaire pourrait consister à fixer un seuil au-delà duquel elle l'est. Toutefois, lorsque la sûreté ou la priorité à accorder a une incidence sur les intérêts, par exemple, des créanciers garantis antérieurs, et que ces derniers n'appuient pas ce qui est proposé, l'approbation du tribunal devrait être requise. Lorsque les créanciers garantis consentent à ce que le traitement de leurs sûretés soit revu, elle peut ne pas l'être.

5. Effets de la conversion

253. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que toute sûreté constituée à l'occasion d'un nouveau prêt peut être annulée dans une liquidation ultérieure et peut entraîner une responsabilité pour retard de l'ouverture de la liquidation ou risque d'atteinte aux intérêts des créanciers. L'inconvénient de cette approche est qu'elle est susceptible de dissuader d'engager un redressement. Une approche plus souhaitable peut être de prévoir que les créanciers auxquels priorité est donnée en échange de l'obtention d'un nouveau financement la conserveront dans toute liquidation ultérieure. Selon une autre approche encore, la priorité sera reconnue dans une liquidation ultérieure, mais ne se verra peut-être pas accorder le même rang et peut venir, par exemple, après les créances afférentes à l'administration de la liquidation ou être au même rang que les dépenses afférentes à l'administration de la procédure.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions relatives au financement postérieur à l'ouverture de la procédure est:

a) de faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur des actifs entrant dans la masse;

b) d'assurer une protection appropriée à ceux qui fournissent un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure;

c) d'assurer une protection appropriée aux parties dont les droits peuvent être lésés par l'octroi d'un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure.

Contenu des dispositions législatives

49) La loi devrait faciliter l'obtention par le représentant de l'insolvabilité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il considère qu'un tel financement est nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur des actifs entrant dans la masse. La loi peut exiger une autorisation du tribunal ou des créanciers (ou du comité des créanciers).

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

50) La loi devrait permettre la constitution d'une sûreté en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur constituée sur des actifs déjà grevés de la masse.

51) La loi[56] devrait spécifier qu'une sûreté constituée sur les actifs entrant dans la masse pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient l'accord du (des) créancier(s) garantis(s) antérieur(s) ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 52).

52) La loi devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté primant les sûretés antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;

b) que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par un autre moyen;

c) que les intérêts du créancier garanti antérieur soient protégés[57], notamment que la valeur de la fraction non grevée de l'actif soit suffisante pour que le créancier garanti antérieur ne soit pas exposé à un risque déraisonnable de préjudice.

Droit de préférence accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

53) La loi devrait établir la priorité pouvant être accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure, de sorte, au moins, que la personne fournissant ce financement soit remboursée avant les créanciers chirographaires ordinaires, y compris les créanciers chirographaires qui bénéficient d'un privilège d'administration.

Effet de la conversion sur le financement postérieur à l'ouverture de la procédure

54) Lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que toute priorité accordée à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation[58].

---

[56] Cette règle peut figurer dans une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, auquel cas cette dernière devrait noter l'existence de la disposition.

[57] Voir chap. II.B.8

[58] Il n'est pas nécessaire que soit reconnu le même ordre de priorité. Par exemple, dans certaines lois, le financement postérieur à l'ouverture peut être primé par les créances afférentes aux frais d'administration de la liquidation.

E. Traitement des contrats

1. Introduction

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

255. Afin de maximiser la valeur des actifs de la masse, de réduire les engagements et, dans le cas d'un redressement, de permettre au débiteur de survivre et de poursuivre son activité dans toute la mesure possible sans interruption, il peut être nécessaire de tirer parti des contrats qui sont avantageux et augmentent la valeur de la masse (y compris ceux qui permettront de continuer d'utiliser des biens essentiels qui peuvent appartenir à un tiers) et de dénoncer ceux qui sont trop lourds à gérer ou dont l'exécution coûte plus qu'ils ne rapportent. Par exemple, dans le cas d'un contrat prévoyant l'achat par le débiteur de marchandises particulières à un prix égal à la moitié du prix du marché au moment de l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité aurait évidemment avantage à pouvoir continuer à acheter à ce prix inférieur et à vendre au prix du marché. Le cocontractant souhaiterait naturellement se délier de ce qui est devenu un contrat non rentable, mais si l'on exige de lui qu'il exécute le contrat, il lui suffira de respecter les engagements contractés avant l'insolvabilité. Dans de nombreux systèmes, il ne sera pas autorisé à se soustraire à l'exécution du contrat, bien qu'il puisse être fondé à recevoir l'assurance que le prix du contrat lui sera payé intégralement. Dans de nombreux cas, la continuation du contrat sera avantageuse pour les deux parties contractantes, et non uniquement pour le débiteur.

256. Avant de décider du traitement à accorder aux contrats dans la procédure d'insolvabilité, il faut déterminer l'importance relative à attribuer, d'une part, au respect du droit général des contrats dans la procédure et, de l'autre, aux facteurs qui justifient une dérogation à ces principes contractuels établis. Il peut être nécessaire de prendre en compte un certain nombre d'intérêts concurrents afin de trouver un équilibre approprié entre les objectifs généraux d'ordre, les objectifs de l'insolvabilité et le besoin de prévisibilité dans les relations commerciales. Ces intérêts comprennent notamment l'importance relative du redressement et la participation des créanciers garantis à l'insolvabilité; les préoccupations sociales particulières liées à certains types de contrats, comme les contrats de travail (voir

ci-dessous); l'effet de l'autorisation d'intervenir dans la poursuite de l'exécution des contrats à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur la prévisibilité des relations commerciales et financières et sur le coût du crédit et l'offre de crédits (plus le pouvoir de poursuivre ou de rejeter des contrats dans la procédure d'insolvabilité est étendu, plus le crédit risque de coûter cher et d'être difficile à obtenir); ainsi que la mesure dans laquelle les pouvoirs d'influer sur l'exécution des contrats favorisera la réutilisation des actifs.

257. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet d'influer sur l'exécution des contrats dans des cas qui peuvent contredire les principes contractuels généraux, il faut en outre examiner l'étendue de ces pouvoirs ainsi que les catégories de contrats concernées. À l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le débiteur sera presque inévitablement partie à au moins un contrat dans lequel le cocontractant et lui-même doivent encore s'acquitter d'obligations autres que le paiement d'une somme d'argent pour les marchandises livrées. Aucune règle spéciale n'est nécessaire dans le cas où une seule partie ne s'est pas pleinement acquittée de ses obligations: s'il s'agit du débiteur, le cocontractant pourra présenter une demande d'exécution ou de dommages-intérêts dans le cadre de la procédure d'insolvabilité (voir chap. V.A); s'il s'agit du cocontractant, le représentant de l'insolvabilité pourra lui demander l'exécution ou le versement de dommages-intérêts. En revanche, lorsque les deux parties n'ont pas pleinement exécuté leurs obligations, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient, dans des cas précis, que ces contrats peuvent être soumis à l'arrêt des poursuites d'une manière qui empêche le cocontractant d'exercer un droit de résiliation et être continués ou rejetés (ou éventuellement cédés, cette option n'étant toutefois pas fréquemment autorisée). En règle générale, c'est au représentant de l'insolvabilité qu'il revient de décider comment le contrat devrait être traité. Les législations diffèrent toutefois sur le point de savoir si l'approbation d'un tribunal est également requise.

258. Dans le cas d'un redressement, dont l'objectif est de permettre au débiteur de survivre et de poursuivre ses activités dans la mesure du possible, la continuation des contrats qui sont rentables ou essentiels pour l'entreprise du débiteur et augmentent la valeur de la masse peut être cruciale pour le succès de la procédure. Il peut s'agir notamment de contrats portant sur la fourniture de marchandises et de services essentiels ou des contrats concernant l'utilisation de biens indispensables pour la poursuite de l'exploitation de l'entreprise, y compris des biens appartenant à des tiers. De même, on peut accroître les chances de réussite en autorisant le représentant de l'insolvabilité à rejeter des contrats trop lourds à gérer, notamment lorsque le coût d'exécution est supérieur aux bénéfices escomptés ou lorsque, dans un contrat de location en cours, par exemple, le loyer est supérieur au prix du marché. Dans le cas d'une liquidation, la continuation des contrats après l'ouverture de la procédure est peut-être moins nécessaire que dans celui d'un redressement, sauf lorsque le contrat est susceptible d'accroître la valeur de l'entreprise du débiteur ou d'un actif particulier ou de faciliter la cession de cette dernière en vue de la poursuite de l'activité. Un contrat de location, par exemple, dans lequel le loyer est inférieur au prix du marché et dont l'expiration est encore lointaine, peut s'avérer essentiel dans tout projet de vente de l'entreprise ou peut être cédé pour accroître la valeur de la masse au profit des créanciers.

259. Pour ce qui est des catégories de contrats concernées, une solution fréquente consiste à énoncer, dans les lois sur l'insolvabilité, des règles générales pour toutes

les catégories de contrats, puis des exceptions pour certains contrats particuliers. Il peut être nécessaire de limiter la faculté de rejeter les contrats de travail, par exemple, si l'on craint que l'insolvabilité ne soit utilisée dans le but précis d'éliminer expressément la protection que ces contrats offrent aux salariés. Les autres catégories de contrats pouvant exiger un traitement particulier comprennent les contrats financiers (voir chap. II.H), les contrats pour services personnels, dans lesquels l'identité de la partie exécutante, que ce soit le débiteur lui-même ou un employé du débiteur, revêt une importance particulière, ainsi que les contrats de prêt et les contrats d'assurance.

2. Clauses de résiliation automatique

260. De nombreux contrats contiennent une clause qui définit les cas de défaut d'exécution donnant au cocontractant un droit inconditionnel, par exemple, de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée (clauses parfois dites "ipso facto"). Ces cas de défaut d'exécution comprennent généralement le dépôt d'une demande d'ouverture ou l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; la nomination d'un représentant de l'insolvabilité; le fait que le débiteur satisfait aux critères d'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et même des indices selon lesquels le débiteur est dans une position financière affaiblie. Certaines lois reconnaissent la validité de telles clauses. Dans les cas où il est souhaitable qu'un contrat continue d'être exécuté après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, cela ne sera possible que si le cocontractant ne choisit pas, ou peut être convaincu de ne pas choisir, d'exercer ses droits découlant du contrat ou si la loi sur l'insolvabilité comprend un mécanisme susceptible d'être utilisé pour le convaincre de permettre la continuation du contrat. Un tel mécanisme peut consister par exemple à disposer qu'il sera payé en priorité pour des services fournis après l'ouverture de la procédure (dans certaines lois sur l'insolvabilité, il peut s'agir d'une disposition générale qui considère les frais occasionnés après l'ouverture de la procédure comme une créance de premier rang).

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

262. Une approche différente consiste à reconnaître qu'une clause autorisant la résiliation ou l'exécution anticipée d'un contrat quand survient un cas de défaut d'exécution défini, comme ceux qui sont indiqués ci-dessus, est annulée par le seul effet de la loi sur l'insolvabilité, et le contrat continue malgré l'objection du cocontractant. Dans un premier temps, le droit de résiliation du cocontractant sera soumis à l'arrêt des poursuites, ce qui donnera au représentant de l'insolvabilité le temps d'examiner le contrat et de décider quelle mesure devrait être prise. Bien que l'on puisse considérer que l'approche permettant d'annuler des clauses de résiliation

porte atteinte aux principes généraux du droit des contrats, cela est essentiel au succès de la procédure. Dans un redressement, où, par exemple, le contrat portera sur la location de biens indispensables ou sur l'utilisation de droits de propriété intellectuelle associés à un produit clef, la continuation du contrat peut également permettre d'accroître le potentiel de gains de l'entreprise; de réduire le pouvoir de négociation d'un fournisseur essentiel; de tirer parti, au profit de tous les créanciers, de la valeur des contrats du débiteur et d'impliquer tous les créanciers dans un redressement.

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

264. Bien que certaines lois sur l'insolvabilité autorisent effectivement l'annulation des clauses de résiliation si la procédure d'insolvabilité est ouverte, ce type de clauses ne s'est pas encore généralisé. Il y a inévitablement des tensions entre le désir de favoriser la survie de l'entreprise débitrice, ce qui peut exiger de préserver les contrats, et la crainte de générer de l'incertitude et des frais supplémentaires dans les opérations commerciales en créant de multiples exceptions aux règles générales des contrats. Même si la question, à l'évidence, mérite que l'on pèse soigneusement le pour et le contre, il est des cas où la faculté pour le représentant de l'insolvabilité d'assurer la continuation d'un contrat sera essentielle au succès de la procédure de redressement et aussi, mais dans une moindre mesure peut-être, de la procédure de liquidation lorsque l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité autorise la possibilité d'annuler de telles clauses. On peut contrebalancer les effets négatifs de l'annulation des clauses de résiliation en prévoyant le dédommagement des créanciers pouvant démontrer qu'ils ont subi un préjudice ou une perte en raison de la continuation du contrat après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou inclure des exceptions à une annulation générale de clauses de résiliation automatique pour certains types de contrats, tels que les contrats de prêt d'argent et, en particulier, les contrats financiers (voir chap. II.H).

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

3. Continuation ou rejet des contrats

a) Procédure pour la continuation ou le rejet des contrats

266. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des règles différentes concernant la continuation et le rejet des contrats. Certaines disposent que l'ouverture de la procédure est sans incidence sur les contrats, de sorte que les obligations

contractuelles lient toujours les parties et les règles générales du droit des contrats continuent de s'appliquer à moins que l'application d'autres règles ne soit expressément prévue, comme le pouvoir exprès d'annuler des clauses de résiliation automatique (voir plus haut) ou de rejeter un contrat.

267. D'autres lois lient la continuation et le rejet dans une procédure commune, dans laquelle, par exemple, le représentant de l'insolvabilité est tenu de prendre des décisions explicites à l'égard d'un contrat, telles qu'aviser le cocontractant que le contrat doit être continué (et dans certains cas adoptés par la masse de l'insolvabilité) ou rejeté. En vertu des lois qui adoptent cette approche, l'arrêt des poursuites devrait s'appliquer au droit du cocontractant de résilier, de manière à laisser le temps au représentant de l'insolvabilité d'examiner quelle mesure devrait être prise à l'égard du contrat (voir chap. II.B). Cette approche a néanmoins un inconvénient: dans la pratique, le représentant risque souvent de ne pas être en mesure de se prononcer sur un contrat, faute pour celui-ci de pouvoir être exécuté. Le fait d'exiger un choix explicite pour chaque contrat risque aussi d'être excessivement lourd et coûteux. Une autre difficulté tient à la question de savoir si le représentant de l'insolvabilité est ou non bien informé de tous les contrats auxquels le débiteur est partie, et s'il est en mesure, par conséquent, de se prononcer sur chacun d'eux. La manière dont la loi traite des contrats dont le représentant de l'insolvabilité n'a pas connaissance, en particulier pour ce qui des règles par défaut, est donc importante.

i) Fixation de délais

268. Certaines lois exigeant une décision explicite fixent aussi un délai (avec une possibilité de prorogation dans certaines circonstances), qui serait généralement plus long dans le cas du redressement que dans celui de la liquidation, et qui, dans la pratique, va de 28 à 60 jours. D'autres lois prévoient que le délai sera fixé par le tribunal. Cette approche vise à assurer la sécurité juridique aux deux parties. Elle exige que le représentant de l'insolvabilité prenne rapidement des dispositions concernant les contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure et offre, à l'autre partie, un certain degré de certitude quant à la poursuite de l'exécution du contrat dans un délai raisonnable après l'ouverture de ladite procédure.

ii) Règles par défaut

269. Un certain nombre de lois adoptent une règle par défaut selon laquelle l'absence de décision du représentant de l'insolvabilité dans le délai spécifié conduit à ce que le contrat soit considéré, par exemple, comme étant rejeté ou inexécutable. Lorsqu'une telle règle est adoptée, il pourra être nécessaire de faire une distinction entre liquidation et redressement, ainsi qu'entre les contrats dont le représentant de l'insolvabilité a connaissance et ceux dont il ne connaît pas l'existence. Dans la liquidation, du fait que l'on peut raisonnablement supposer que l'absence de décision de la part du représentant de l'insolvabilité implique très probablement une décision de rejeter le contrat, les contrats pourraient être automatiquement rejetés sauf si est prise la décision de les préserver. Ce résultat serait dans la logique de l'objectif de la liquidation lorsqu'il est nécessaire de vendre les actifs séparément.

270. La même hypothèse ne serait peut-être pas appropriée dans le cas d'un redressement ou de la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, et une plus grande souplesse sera peut-être nécessaire pour éviter que l'absence de

décision dans le délai prévu ne prive la masse d'un contrat qui pourrait être essentiel pour la procédure. En conséquence, il est peut-être indiqué que le représentant de l'insolvabilité ait la possibilité de se prononcer sur le rejet d'un contrat jusqu'à l'approbation du plan de redressement, à condition que toute prestation reçue au titre de ce contrat soit payée jusqu'au moment de son rejet comme s'il s'agissait d'une dépense d'administration et que le cocontractant ait la possibilité d'exiger une décision anticipée si celle-ci est nécessaire ou souhaitée. Il est bon d'indiquer clairement dans le plan le traitement accordé à certains contrats, en y insérant éventuellement une disposition selon laquelle les contrats pour lesquels rien n'est précisé devraient être considérés comme automatiquement rejetés lors de l'approbation du plan.

iii) Droit du cocontractant de demander une décision

271. Certaines lois prévoient que le cocontractant a un droit inconditionnel de demander au représentant de l'insolvabilité de prendre une décision concernant un contrat particulier dans un délai spécifié. Une telle règle peut s'appliquer même quand la loi sur l'insolvabilité fixe au représentant de l'insolvabilité un délai pour prendre une décision, car elle permettra au cocontractant de demander une décision sans attendre que ce délai ait expiré. Cela peut être particulièrement important lorsque le contrat en question implique une prestation continue et que l'inaction du représentant de l'insolvabilité risque d'entraîner l'accumulation de dépenses inutiles (par exemple, la location de biens par le débiteur peut entraîner des frais d'administration considérables si le bail n'est pas rapidement résilié) ou de mettre un terme à la fourniture d'un service essentiel (lorsque le représentant de l'insolvabilité est tenu de décider rapidement de la continuation d'un contrat). Lorsque aucune décision n'est prise par le représentant de l'insolvabilité dans le délai spécifié, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser le cocontractant soit à saisir le tribunal pour exiger qu'une décision soit prise soit appliquer une règle par défaut selon laquelle le contrat est considéré comme continué ou rejeté.

iv) Continuation du contrat dans son ensemble

272. Quelles que soient les règles adoptées en ce qui concerne la continuation ou le rejet des contrats, il est souhaitable que les droits du représentant de l'insolvabilité soient limités au contrat dans son ensemble, de sorte que celui-ci ne puisse choisir de poursuivre certaines parties du contrat et d'en rejeter d'autres.

v) Contrats dont le représentant de l'insolvabilité a connaissance

273. Il est également souhaitable que les droits du représentant de l'insolvabilité à l'égard des contrats soient limités à ceux dont lui-même ou le tribunal ont connaissance (lorsque la loi sur l'insolvabilité exige que le tribunal prenne des décisions concernant les contrats), faute de quoi l'absence de décision concernant un contrat dont le représentant de l'insolvabilité ignore l'existence risque de donner lieu à des demandes de dommages-intérêts et éventuellement d'engager sa responsabilité professionnelle. Lorsque le représentant de l'insolvabilité ignore l'existence d'un contrat particulier, il n'est peut-être pas souhaitable non plus que la loi applique une règle par défaut qui conduira à la continuation ou au rejet avant que le représentant de l'insolvabilité ait eu la possibilité d'évaluer le contrat. Une solution (dans la mesure ou le débiteur y consent) consisterait à prescrire dans la loi

que le débiteur est tenu de fournir au représentant de l'insolvabilité une liste des contrats qui n'ont pas été entièrement exécutés (voir chap. III.A.4.b)).

b) Date et notification de la continuation et du rejet

274. Lorsque la loi autorise le représentant de l'insolvabilité à rejeter un contrat, il sera souhaitable d'établir à partir de quand le rejet prendra effet, à savoir la date de la prise de décision ou rétroactivement. Une approche consiste à appliquer le rejet rétroactivement à partir de la date de la demande, de sorte qu'il n'y aura pas de responsabilité découlant du contrat postérieurement à la demande, sauf pour les biens et services fournis après la demande au profit de la masse.

275. Lorsque la loi exige que le représentant de l'insolvabilité prenne une décision quant à la continuation ou au rejet d'un contrat, il est souhaitable qu'elle exige également la notification de cette décision au(x) cocontractant(s). La notification devrait informer le cocontractant de ses droits, y compris le droit de contester la décision du représentant de l'insolvabilité et de déclarer une créance dans le cadre de la procédure d'insolvabilité (pour défaut d'exécution avant l'ouverture ou découlant de la décision concernant le contrat), y compris les formalités y afférentes.

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

276. En cas d'inexécution du contrat par le débiteur au moment où est demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, se pose la question de savoir s'il est équitable d'obliger le cocontractant à continuer, dans ces circonstances, de traiter avec un débiteur insolvable. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que l'exécution d'un tel contrat peut être poursuivie pour le reste du contrat à condition que le représentant de l'insolvabilité répare tout défaut d'exécution de la part du débiteur (rétablir le cocontractant dans la situation économique qui était la sienne avant l'inexécution) et garantisse l'exécution future en fournissant, par exemple, un cautionnement ou une garantie. D'autres n'exigent pas la réparation des défauts d'exécution antérieurs, mais peuvent limiter les cas dans lesquels l'exécution peut être continuée, par exemple contrats divisibles, tels que la fourniture de services essentiels, facturés mensuellement. Les lois sur l'insolvabilité autorisent souvent expressément la continuation de ces contrats, qui peuvent comprendre le téléphone, l'eau, le gaz, l'électricité et la collecte des déchets. Il y a une certaine justification à assurer l'accès du débiteur à ces services sans exiger la réparation du défaut d'exécution, en particulier lorsque la demande d'ouverture émane d'un créancier et, partant du principe que le débiteur pourrait exécuter ses obligations antérieures à l'ouverture, à prévoir la continuation du service. Le représentant de l'insolvabilité peut être tenu de garantir que le contrat sera exécuté à l'avenir et, dans certains cas, d'engager sa responsabilité personnelle en cas d'inexécution future.

d) Effets de la continuation ou du rejet sur le cocontractant

i) Continuation

277. Lorsqu'un contrat continue d'être exécuté après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, en attendant que soit prise une décision sur la manière dont il sera traité, il est souhaitable que la masse de l'insolvabilité serve à payer toute exécution du contrat postérieure à l'ouverture, en particulier lorsque le contrat est en fin de

compte rejeté. Cette approche repose sur l'idée qu'il est raisonnable de supposer que l'exécution d'un contrat après l'ouverture ou la poursuite de l'utilisation des actifs d'un tiers profite à la masse, sinon le représentant de l'insolvabilité aurait rejeté le contrat.

278. Bien que cela soit rarement le cas dans les lois sur l'insolvabilité, il peut aussi être souhaitable d'aborder la question de l'obligation du cocontractant pendant la période entre l'ouverture de la procédure et une décision concernant le traitement d'un contrat particulier (lorsqu'une telle décision est requise), notamment lorsque le cocontractant est tenu de commencer ou de continuer son exécution.

279. En vertu des lois qui exigent une décision explicite du représentant de l'insolvabilité, les contrats que celui-ci choisit de continuer d'exécuter après l'ouverture sont traités comme des obligations courantes postérieures à l'ouverture de la procédure qui doivent être acquittées à la fois par la masse et par le cocontractant. Les créances nées de l'exécution de ces contrats sont considérées, dans un certain nombre de lois sur l'insolvabilité, comme des frais d'administration (voir chap. V.A) (et non comme des créances chirographaires), et se voient accorder la priorité au moment de la répartition. L'octroi d'une telle priorité constituant un risque potentiel pour les autres créanciers (qui seront payés après les créanciers prioritaires), il est souhaitable, si cette approche est adoptée, de ne continuer que les contrats qui seront rentables ou essentiels à la poursuite de l'exploitation de l'entreprise débitrice. Dans les pays où les règles générales du droit des contrats s'appliqueront et où le représentant de l'insolvabilité n'est pas tenu de prendre de décision concernant la continuation, la loi sur l'insolvabilité peut disposer que ces créances ne seront pas prioritaires et occuperont le même rang que les autres créances non garanties.

280. Du fait que la continuation d'un contrat avec une partie faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité peut, pour le cocontractant, comporter un élément de risque, comme le non-paiement, qui autrement n'aurait pas existé, il serait indiqué d'examiner dans la loi sur l'insolvabilité s'il faudrait accorder des mesures de protection au cocontractant. Un certain nombre de facteurs devront être pris en compte, parmi lesquels l'importance du contrat pour la procédure; le coût pour la procédure des mesures de protection; la capacité ou l'incapacité du débiteur ou de la masse de s'acquitter effectivement les obligations en cours découlant du contrat, et l'impact sur la conclusion de contrats commerciaux de l'obligation faite au cocontractant d'assumer le risque de non-paiement. Si le contrat dispose, par exemple, que le vendeur doit accorder un crédit au débiteur pendant un certain temps avant de demander à être payé, ou prévoit le paiement à la livraison, le vendeur risque de supporter des coûts substantiels et de subir un préjudice si, au moment du paiement ou de la livraison, le représentant de l'insolvabilité n'est plus en mesure de payer. Certaines lois abordent ces questions en exigeant que le représentant de l'insolvabilité garantisse au cocontractant le paiement ou l'exécution, par exemple par une garantie bancaire ou une lettre de crédit. Dans d'autres lois, le représentant de l'insolvabilité peut être personnellement responsable de l'exécution, mais cette approche est susceptible de dissuader de continuer les contrats s'il y a un risque d'inexécution et, par conséquent, d'avoir une incidence sur le redressement. La responsabilité personnelle peut être particulièrement coûteuse dans le cas de contrats tels que des contrats de travail. Selon une autre approche, le cocontractant est tenu d'assumer le risque de non-

paiement au motif qu'il s'agit d'un risque usuel des opérations commerciales. L'octroi d'un privilège d'administration pour les créances et les paiements liés à l'exécution postérieure à l'ouverture dans le cadre de la continuation d'un contrat peut constituer une mesure de protection pour le cocontractant (encore qu'elle puisse être limitée si les actifs disponibles pour le paiement de telles dépenses sont limités).

ii) Rejet

281. En cas de rejet, le cocontractant est généralement dispensé d'exécuter le reste du contrat, et le principal problème est de déterminer les recours dont dispose le cocontractant. Dans de nombreuses lois, il ne peut réclamer que des dommages-intérêts, même si d'autres recours auraient été disponibles en dehors de l'insolvabilité. Cette approche s'explique par le fait qu'autoriser d'autres recours, comme la livraison de marchandises fabriquées mais non livrées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, reviendrait à payer la totalité de la créance du cocontractant, solution dont ne peuvent bénéficier les autres créanciers non garantis, et qui constitue une entorse au principe de l'égalité de traitement. Certaines lois permettent néanmoins une telle mesure pour la livraison de marchandises, tandis que d'autres autorisent l'exécution dans le cas de contrats de vente de terrains.

282. En cas de dommages-intérêts, le calcul du préjudice subi du fait du rejet du contrat pourrait être effectué conformément au droit général applicable et le cocontractant devient un créancier chirographaire titulaire d'une créance égale au montant calculé. Outre des dommages-intérêts, le cocontractant peut avoir une créance concernant l'exécution du contrat pendant la période antérieure au rejet (qui peut avoir même rang qu'une créance afférente à l'administration de la procédure)[59].

e) Modification des contrats poursuivis

283. Une autre question à examiner en ce qui concerne les contrats poursuivis est de savoir dans quels cas un représentant de l'insolvabilité peut modifier les clauses de ces contrats. Comme on l'a noté plus haut, les clauses du contrat doivent être respectées et, en règle générale, le représentant de l'insolvabilité n'aura pas plus de droits en matière de modification des contrats que n'en aurait normalement le débiteur en vertu du contrat. Il sera généralement tenu de négocier chaque modification avec l'autre partie et toute modification apportée sans le consentement de celle-ci constituera une contravention au contrat pour laquelle elle peut demander des dommages-intérêts.

4. Contrats de location de terrains et de locaux

284. Certaines lois sur l'insolvabilité comportent des dispositions particulières pour les contrats de location en cours de terrains et de locaux, et font une distinction entre baux d'habitation et baux commerciaux. Ces derniers en particulier ont souvent de l'importance dans les cas de redressement. Par exemple, les baux dont le loyer est inférieur au prix du marché représentent un actif qui pourrait être vendu et procurer un avantage à la masse. La capacité de sortir du contrat de bail d'un

[59] Voir chap. V.C, sur le classement des créances.

emplacement qui perd de l'argent peut être un avantage lorsque le débiteur a besoin de réduire la taille de son entreprise pour assurer la réussite du redressement.

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

5. Cession

286. La faculté qu'a le représentant de l'insolvabilité de céder un contrat en dépit de clauses de résiliation en cas d'insolvabilité ou de restrictions concernant les transferts qu'il contient peut être très avantageuse pour la masse et, partant, pour les bénéficiaires du produit réparti après la liquidation ou dans le cadre d'un redressement. Il peut aussi exister des cas, par exemple lorsque le prix contractuel est inférieur au prix du marché, où le rejet du contrat peut entraîner un gain exceptionnel pour le cocontractant. Si le contrat peut être cédé, c'est la masse de l'insolvabilité, et non le cocontractant, qui bénéficiera de la différence entre le prix du contrat et le prix du marché.

287. Toutefois, permettre la cession d'un contrat alors que les clauses de celui-ci l'interdisent peut porter atteinte aux droits du cocontractant et soulever des questions de préjudice, surtout lorsque le cocontractant n'intervient que peu ou pas du tout dans le choix du cessionnaire. Il peut aussi être inopportun de contraindre le cocontractant à accepter le transfert du contrat à un tiers qu'il ne connaît peut-être pas ou avec lequel il ne souhaite peut-être pas traiter. La question de la cession est traitée de diverses façons. Certaines lois sur l'insolvabilité spécifient que l'ouverture d'une procédure rend les clauses d'incessibilité nulles et non avenues. D'autres renvoient la question au droit général des contrats; si le contrat contient une clause de non-cession, il ne peut être cédé à moins que le cocontractant ou toutes les parties au contrat initial n'y consentent. Parmi ces lois, certaines ménagent, si le cocontractant n'accepte pas la cession, la possibilité pour le tribunal d'approuver celle-ci lorsque certaines conditions sont remplies, par exemple lorsqu'il peut être démontré que le cocontractant refuse de donner son consentement sans raison valable, qu'il ne sera pas désavantagé de façon substantielle par la cession, ou lorsque le représentant de l'insolvabilité peut démontrer au cocontractant que le cessionnaire peut exécuter le contrat de façon satisfaisante. Le

représentant de l'insolvabilité est alors libre de céder le contrat au profit de la masse[60].

288. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise la cession des contrats, il serait hautement souhaitable aussi d'exiger du débiteur qu'il répare tout défaut d'exécution antérieur à la cession d'un contrat. Cela faciliterait la substitution au débiteur d'un cessionnaire en tant que partie contractante.

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

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

290. On distingue généralement deux catégories d'exceptions aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité concernant le traitement des contrats. D'une part, lorsque le représentant de l'insolvabilité est habilité à annuler des clauses de résiliation automatique, des exceptions spécifiques peuvent être souhaitables pour certains types de contrats, notamment des contrats financiers à court terme (par exemple, des accords d'échange et des contrats à terme – voir chap. II.H). Cette catégorie pourrait inclure aussi les contrats d'assurance et les contrats relatifs à l'octroi de prêts. Il pourrait être indiqué de limiter le pouvoir de rejet des contrats dans le cas de conventions collectives et d'accords dans lesquels le débiteur est bailleur ou franchiseur ou octroie une licence en propriété intellectuelle et dont la résiliation mettrait fin ou nuirait gravement aux activités du cocontractant, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes. Des limites pourraient également être prévues dans le cas de contrats avec l'État, tels que les contrats de licence et les marchés publics.

a) Contrats de travail

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

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

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

b) Contrats de services non substituables et de services personnels

292. Une autre catégorie d'exceptions peut être prévue pour les contrats qui, indépendamment du traitement accordé aux clauses de résiliation automatique par la loi sur l'insolvabilité, ne peuvent être poursuivis parce qu'ils stipulent la fourniture par le débiteur ou par un employé du débiteur de services personnels non substituables (le contrat peut porter, par exemple, sur des droits de propriété intellectuelle particuliers, des services exigeant un accord de partenariat, la prestation de services par une personne ayant des connaissances très spécialisées ou par une personne nommément désignée ayant une compétence particulière).

293. Pour une plus grande transparence du régime d'insolvabilité, il est souhaitable d'énoncer clairement dans la loi les limites imposées aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité concernant les types de contrat examinés dans la présente section.

7. Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure

294. Une autre catégorie de contrats, en plus de ceux qui ne sont pas entièrement exécutés, est celle des contrats conclus après l'ouverture de la procédure. Dans la procédure de redressement et lorsque l'entreprise en liquidation doit être cédée en vue de la poursuite de son exploitation, il sera souvent nécessaire de conclure des contrats (tant dans le cours normal des activités qu'en dehors) pour que l'entreprise puisse continuer à tourner et à réaliser des gains qui profiteront finalement aux créanciers. Ces contrats sont généralement considérés comme des obligations de la masse postérieures à l'ouverture de la procédure et les dépenses et frais encourus lors de leur exécution sont payés dans leur intégralité en tant que frais d'administration de la procédure (voir chap. V.C).

Recommandations

Objet des dispositions législatives

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

a) d'établir la façon dont les contrats, dans lesquels tant le débiteur que son cocontractant n'ont pas encore entièrement exécuté leurs obligations respectives, devraient être traités dans la loi, y compris le rapport entre la loi et le droit général

applicable, dans le but de maximiser la valeur de l'actif et de réduire le passif de la masse;

b) de définir l'étendue des pouvoirs à l'égard de ces contrats et dans quels cas et par qui ces pouvoirs peuvent être exercés;

c) d'identifier les types de contrats qui devraient être exclus de l'exercice de ces pouvoirs;

d) d'identifier les types de protection qui seront disponibles aux cocontractants dans le cas de contrats poursuivis.

Contenu des dispositions législatives

55) La loi devrait spécifier le traitement des contrats dans lesquels tant le débiteur que son cocontractant n'ont pas encore entièrement exécuté leurs obligations respectives.

Clauses de résiliation automatique

56) La loi devrait spécifier que toute disposition contractuelle prévoyant la résiliation automatique du contrat dans l'un quelconque des cas suivants est inopposable, à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, au représentant de l'insolvabilité et au débiteur:

a) demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

b) nomination d'un représentant de l'insolvabilité[61].

57) La loi devrait spécifier les contrats qui sont exemptés de l'application de la recommandation 56), comme les contrats financiers, ou soumis à des règles spéciales, comme les contrats de travail.

Continuation ou rejet

58) La loi devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre l'exécution d'un contrat dont il sait que la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité[62]. La loi devrait spécifier que le droit de continuer s'applique au contrat dans son ensemble et que la continuation a pour effet de rendre toutes les clauses du contrat opposables.

---

[61] Cette recommandation ne s'appliquerait qu'aux contrats dans lesquels de telles clauses pourraient être annulées (voir commentaire au chapitre II.E.6 sur les exceptions) et n'entend pas être exclusive, mais établir un minimum: le tribunal devrait être en mesure d'examiner d'autres clauses contractuelles qui auraient pour effet de résilier un contrat lorsque surviennent des événements similaires.

[62] Sous réserve que l'arrêt automatique des poursuites s'applique pour éviter la résiliation (consécutive à une clause de résiliation automatique) des contrats avec le débiteur, tous les contrats devraient être maintenus pour que le représentant de l'insolvabilité puisse examiner la possibilité de les poursuivre, à moins que le contrat ait une date d'expiration tombant après la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

59) La loi peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider de rejeter un contrat[63]. Elle devrait spécifier que le droit de rejeter un contrat s'applique au contrat dans son ensemble.

Date et notification de la décision de continuer ou de rejeter un contrat

60) La loi devrait spécifier un délai pendant lequel le représentant de l'insolvabilité est tenu de prendre la décision de poursuivre ou de rejeter un contrat, lequel délai peut être prorogé par le tribunal.

61) La loi devrait spécifier la date à laquelle le rejet prendra effet.

62) Lorsqu'un contrat est continué ou rejeté, la loi devrait spécifier que le cocontractant doit être avisé de la continuation ou du rejet, y compris de ses droits pour ce qui est de la déclaration d'une créance (en particulier du délai dans lequel cette déclaration doit être faite) et autoriser le cocontractant à s'opposer à cette décision [devant le tribunal].

Droit du cocontractant de demander que soit prise une décision

63) Nonobstant la recommandation 60), la loi devrait autoriser un cocontractant à demander au représentant de l'insolvabilité (dans un délai spécifié) de prendre rapidement une décision et, en cas d'inaction de ce dernier, à demander au tribunal de lui ordonner de prendre la décision de continuer ou de rejeter le contrat.

Conséquences d'une absence de décision

64) La loi devrait spécifier les conséquences d'une absence de décision de la part du représentant de l'insolvabilité dans le délai spécifié en ce qui concerne les contrats dont il a connaissance. L'absence de décision du représentant de l'insolvabilité dans le délai spécifié ne devrait pas avoir pour effet de poursuivre un contrat dont il n'avait pas connaissance[64].

Continuation de contrats en cas d'inexécution du débiteur

65) a) La loi devrait spécifier que lorsque le débiteur manque à ses obligations au titre d'un contrat, le représentant de l'insolvabilité peut chercher à poursuivre l'exécution de ce contrat, à condition qu'il soit remédié au manquement, que le cocontractant qui n'est pas en défaut retrouve pour l'essentiel la situation économique qui était la sienne avant le manquement, et que la masse soit en mesure de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi;

b) La loi devrait spécifier que lorsque le débiteur manque à ses obligations au titre d'un contrat de fourniture de services essentiels[65], la poursuite de la fourniture de ces services au débiteur devrait être assurée, sans qu'il soit exigé qu'il

---

[63] Une autre solution que celle qui consiste à prévoir la faculté de rejeter les contrats est l'approche des pays qui prévoient que l'exécution d'un contrat cesse purement et simplement sauf si le représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre son exécution.

[64] Voir chap. III.A.4b) qui renvoie à l'obligation pour le débiteur de fournir des informations, y compris une liste des contrats non entièrement exécutés.

[65] Les services essentiels pourraient comprendre le téléphone, le gaz, l'eau, l'électricité, la collecte des déchets: voir chap. II.E.3 c).

soit remédié au manquement, à condition que la masse de l'insolvabilité soit en mesure de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi.

Créances liées à des contrats continués ou rejetés

66) La loi devrait spécifier que lorsque est prise une décision de poursuivre l'exécution d'un contrat, les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution ultérieure du contrat devraient être assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

67) Pendant la période postérieure à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, et avant qu'un contrat soit rejeté, la loi devrait spécifier:

a) que, si le cocontractant a exécuté le contrat au profit de la masse, les avantages qui en découlent pour celle-ci, conformément aux clauses du contrat, sont assimilables à une dépense afférente à l'administration de la procédure[66];

b) que si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre l'érosion de la valeur de ces actifs et les avantages découlant pour la masse de leur utilisation devraient être traités conformément au paragraphe a).

68) La loi devrait spécifier que tous dommages-intérêts résultant du rejet d'un contrat antérieur à l'ouverture seraient déterminés conformément au droit général applicable et devraient être traités comme une créance ordinaire non garantie. La loi peut limiter les créances liées au rejet d'un contrat de longue durée.

Cession des contrats

69) La loi peut spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de céder un contrat, nonobstant les restrictions énoncées dans celui-ci, à condition que la cession soit bénéfique pour la masse.

70) Lorsque le cocontractant est opposé à la cession d'un contrat, la loi peut néanmoins habiliter le tribunal à approuver la cession à condition que:

a) le représentant de l'insolvabilité continue le contrat;

b) le cessionnaire puisse s'acquitter des obligations contractuelles cédées;

c) le cocontractant ne soit pas désavantagé de façon substantielle par la cession.

71) La loi peut spécifier que lorsque le contrat est cédé, le cessionnaire se substituera au débiteur comme partie contractante avec effet à compter de la date de la cession.

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

72) La loi devrait spécifier que les contrats conclus après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sont considérés comme des obligations de la masse postérieures à l'ouverture de la procédure. Les créances nées de ces contrats devraient être assimilées à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure.

---

[66] Voir chap. V.C.

F. Procédure d'annulation

1. Introduction

295. 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 pour le débiteur de tenter de dissimuler des actifs à ses créanciers, de souscrire des engagements fictifs, de consentir des libéralités ou des dons à des parents et à des amis ou de payer certains créanciers à l'exclusion d'autres. Il peut y avoir aussi des possibilités 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 généralement pour résultat de défavoriser les créanciers chirographaires ordinaires, qui n'ont pas été parties et ne bénéficient pas d'une sûreté.

296. 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, et peut comprendre une série composite de ces opérations.

297. De nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions qui s'appliquent rétroactivement à partir d'une date particulière (telles que celle de la demande ou de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité) 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 du même rang (par exemple, le paiement d'une créance à un créancier non garanti particulier 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 considèrent également que ces types d'opérations sont préjudiciables aux créanciers en dehors du contexte de 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.

298. Un principe généralement accepté du droit de l'insolvabilité est qu'une action collective réussit plus efficacement à maximiser les actifs disponibles pour les créanciers qu'un système qui laisse ces derniers libres d'exercer des voies de droits individuelles, et qu'elle exige que tous les créanciers soient traités de la même façon. Les dispositions d'annulation ont pour but d'appuyer ces buts collectifs, de faire en sorte que les créanciers reçoivent une juste part des actifs du débiteur insolvable conformément aux priorités établies pour les paiements et de préserver l'intégrité de la masse de l'insolvabilité. Elles peuvent aussi avoir un effet dissuasif et décourager les créanciers d'exercer leurs voies de droit individuelles dans la période aboutissant à l'insolvabilité s'ils savent qu'elles peuvent être annulées ou leurs effets annulés à l'ouverture. Pour ces raisons, les opérations sont en général

susceptibles d'annulation dans l'insolvabilité 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.

299. Nonobstant la logique des dispositions d'annulation, 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 de l'insolvabilité, mais ne deviennent suspectes que lorsqu'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 général.

300. 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 pouvant être annulées. Toutefois, les dispositions d'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 dispositions de cette nature contribuent à créer un code de conduite commerciale équitable s'inscrivant dans le cadre d'un corpus de normes de nature à assurer la bonne gestion des entités commerciales. Il faudrait noter que dans le contexte international, les pays dont les lois sur l'insolvabilité ne prévoient pas que certains types d'opérations sont susceptibles d'annulation risquent de se heurter à des difficultés pour ce qui est de la reconnaissance de la procédure et la coopération avec les tribunaux et les professionnels de l'insolvabilité des pays dans lesquelles ces opérations sont susceptibles d'être annulées.

301. Comme cela est le cas pour un certain nombre de dispositions essentielles d'une loi sur l'insolvabilité, l'élaboration de dispositions d'annulation doit établir un équilibre entre des intérêts sociaux concurrents tels que, d'une part, la nécessité de pouvoirs forts pour maximiser la valeur de la masse au profit de tous les créanciers et, d'autre part, le risque de compromettre la prévisibilité et la sécurité contractuelles. Elle peut aussi exiger que l'on établisse un équilibre entre les critères d'annulation qui sont faciles à prouver et entraîneront l'annulation d'un certain nombre d'opérations, et les critères d'annulation plus étroits qui sont difficiles à prouver mais plus limités quant au nombre d'opérations qui seront annulées avec succès. Pour limiter au minimum les effets potentiellement négatifs des pouvoirs d'annulation sur la prévisibilité et la sécurité contractuelles, il est souhaitable que les catégories d'opérations pouvant être annulées (qu'elles soient définies de façon

large ou étroite) et l'exercice des pouvoirs d'annulation soient, autant que possible, soumis à des critères précis qui permettront d'évaluer les risques commerciaux.

302. La décision d'engager ou non une procédure d'annulation exige que l'on mette en balance diverses considérations. Celles-ci auront généralement trait 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 ou lui sera préjudiciable (par exemple lorsque l'action peut être engagée par les créanciers sans le consentement du représentant de l'insolvabilité); 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.

2. Critères d'annulation

303. 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.

a) Critères objectifs

304. 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 la période suspecte ou si elle a fait apparaître l'une quelconque d'un certain nombre de caractéristiques générales prévues par la loi (par exemple, le fait de savoir si une contrepartie appropriée a été donnée pour les actifs transférés ou l'obligation contractée, si la créance était venue à échéance ou si l'obligation était exigible, ou s'il y avait une relation spéciale entre les parties à l'opération). Bien que de tels critères généraux puissent être plus faciles à appliquer que des critères fondés sur la preuve, par exemple, de l'intention, 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.

b) Critères subjectifs

305. 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? Était-il insolvable au moment où l'opération a eu lieu, ou l'est-il devenu à la suite de cette dernière ? L'opération était-elle injuste à l'égard de certains créanciers? Le cocontractant savait-il que le débiteur était insolvable au moment où l'opération a eu lieu ou qu'il le deviendrait à la suite de l'opération? Il peut être nécessaire, si l'on adopte cette approche, d'examiner dans le détail l'intention des parties à l'opération ainsi que d'autres facteurs tels que la situation financière du débiteur au moment où l'opération a eu lieu, l'effet financier de l'opération sur les actifs du débiteur et ce qui pourrait constituer le cours normal des affaires entre le débiteur et certains créanciers.

c) Combinaison des éléments

306. Très peu de lois sur l'insolvabilité se fondent uniquement sur des critères subjectifs pour établir des dispositions d'annulation. En général, sont également pris en compte les délais dans lesquels les opérations doivent avoir été effectuées. Dans certains pays, le poids accordé à des critères subjectifs a abouti à un grand nombre de litiges et à l'imposition de coûts importants à la masse de l'insolvabilité. Afin d'éviter de tels coûts, certaines lois ont adopté récemment une approche strictement objective de ce qu'on entend par période suspecte de courte durée, par exemple trois à quatre mois, ce qui, dans certains cas, a été associé 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. En outre, la période suspecte de courte durée peut servir à créer une présomption que l'intention ou la connaissance, notamment de l'insolvabilité, par le débiteur ou la personne qui reçoit le transfert, ou bien les deux, est nécessaire. Certaines lois adoptent une double approche, comportant à la fois une période de courte durée, pendant laquelle toutes les opérations sont annulées, et une période plus longue, pendant laquelle certains éléments supplémentaires doivent être prouvés. Ainsi, la loi peut spécifier qu'un certain type d'opération effectuée, par exemple, dans les six mois qui suivent l'ouverture, est annulée, le représentant de l'insolvabilité étant seulement tenu de démontrer qu'il s'agit d'une opération définie aux fins de la législation et qu'elle a eu lieu dans le délai, et que le cocontractant ne dispose d'aucun moyen de défense. Pour les opérations effectuées, par exemple, dans une période d'un an, le représentant de l'insolvabilité est tenu de démontrer qu'elles n'ont pas eu lieu dans le cours normal des affaires et qu'elles ont eu pour effet, par exemple, d'accorder un traitement préférentiel. Pour faire échec à cette action, le cocontractant doit montrer qu'il a un moyen de défense pertinent.

307. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité combinent aussi 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 seront définies en fonction d'éléments plus subjectifs faisant intervenir les questions d'intention tant du débiteur que du cocontractant. Une loi sur l'insolvabilité qui adopte une combinaison de ces éléments 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 était insolvable au moment où elles ont eu lieu, si elles étaient injustes ou abusives à l'égard d'un groupe de créanciers et si le cocontractant savait que le débiteur était insolvable au moment où elles sont intervenues.

d) Cours normal des affaires

308. Il convient de noter que de nombreuses lois sur l'insolvabilité utilisent le concept de "cours normal des affaires" pour définir leurs critères d'annulation, de sorte qu'un paiement extraordinaire, comme on l'a indiqué plus haut, peut être susceptible d'annulation. Ce concept présente un intérêt plus général pour un régime d'insolvabilité, car il peut servir, par exemple, à établir une distinction entre

l'exercice de pouvoirs concernant l'utilisation et la disposition d'actifs pendant la procédure d'insolvabilité dans le "cours normal des affaires" et dans d'autres circonstances, aussi bien pour ce qui est de savoir qui peut exercer ces pouvoirs que des protections nécessaires.

309. Les définitions du "cours normal des affaires" adoptées par les États mettent l'accent sur des éléments différents. Dans la plupart des cas, toutefois, la définition a pour objet de permettre à une entreprise d'avoir fait ou de continuer de faire des paiements courants dans le cadre de son activité, sans soumettre ces opérations à une annulation éventuelle. Pourraient être autorisés, par exemple, le paiement du loyer, de services essentiels tels que l'électricité et le téléphone, et peut-être aussi le paiement de fournitures commerciales.

310. Certaines lois mettent l'accent sur le comportement antérieur des parties, en particulier sur la méthode, la quantité, et la régularité de la fourniture ou du paiement. Dans ce cas, tout écart par rapport au contrat, à l'usage ou à ce qui peut être considéré comme une pratique régulière entre les parties, par exemple un paiement par des moyens anormaux, sera considéré comme sortant du "cours normal des affaires". Une autre approche consiste à privilégier l'intention d'une partie ou des deux, en demandant si le créancier avait connaissance, ou aurait dû avoir connaissance de la situation financière du débiteur, ou du fait que le débiteur avait l'intention de donner la préférence à un créancier sur les autres.

311. Une autre approche encore consiste à appliquer des normes fondées sur l'activité usuelle, voire la pratique commerciale générale, aux conditions de l'opération et aux circonstances dans lesquelles elle a été conclue. D'autres lois considèrent que tout paiement dépassant un certain pourcentage de la valeur des actifs du débiteur est extraordinaire.

312. Il est important qu'un critère du "cours normal des affaires" mette en balance la souplesse, de manière à ne pas limiter indûment les nouveautés de la pratique commerciale, et l'exigence prioritaire de certitude.

e) Moyens de défense

313. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit des moyens de défense contre les dispositions d'annulation, ces moyens risquent de diluer l'efficacité de l'objet principal des dispositions. Les moyens de défense qui comportent des éléments pouvant donner lieu à litige, par exemple invoquer le fait que l'opération a eu lieu dans le cours normal des affaires ou que le cocontractant a agi de bonne foi, peuvent créer des incertitudes pour toutes les parties et exiger une décision du tribunal. La probabilité d'une telle incertitude sera soutenue par les tribunaux qui adoptent une interprétation large de ces moyens de défense en faveur des cocontractants, et par l'incapacité ou la réticence du représentant de l'insolvabilité à utiliser les dispositions d'annulation comme outil efficace dans l'insolvabilité, soit en raison des coûts qu'elles entraînent, soit parce que les procédures sont inefficaces et imprévisibles. Ces difficultés potentielles montrent qu'il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité adopte des critères d'annulation clairs et prévisibles et des moyens de défense qui permettront à toutes les parties d'évaluer les risques potentiels et d'éviter les conflits, par exemple des critères objectifs mettant l'accent sur l'effet ou le résultat des opérations plutôt que sur l'intention des parties. Lorsque

des éléments tels que le “cours normal des affaires” sont inclus, ils devraient être clairement définis et circonscrits par la loi sur l’insolvabilité.

3. Types d’opérations susceptibles d’annulation

314. Bien qu’elles renvoient à des définitions différentes, on distingue pour l’essentiel, dans la plupart des systèmes juridiques, trois types courants 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, 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 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. En de pareils cas, le représentant de l’insolvabilité peut être en mesure de choisir la catégorie en vertu de laquelle une opération donnée doit être annulée et tirer parti, ce faisant, des exigences différentes concernant la preuve et les périodes suspectes qui s’appliquent généralement.

315. Pour assurer le maximum de clarté et de sécurité juridique et éviter des chevauchements inutiles, il est souhaitable qu’en déterminant les catégories d’opérations devant faire l’objet de dispositions d’annulation, une loi sur l’insolvabilité précise les caractéristiques particulières d’une opération (y compris l’effet de ladite opération) qui sont essentielles pour qu’elle soit annulée 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

316. Ces types d’opérations supposent que le débiteur transfère des actifs à un tiers dans l’intention de les mettre hors de portée de certains créanciers, et en général impliquent que le tiers a connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l’intention du débiteur lorsqu’il a effectué ce transfert. De tels transferts, en général, désavantageront tous les créanciers chirographaires. On ne peut annuler automatiquement ces opérations en se référant, en tant que critère objectif, à une période déterminée durant laquelle elles 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 qui sont communes à ces types d’opérations. 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, lorsque celle-ci a été effectuée directement avec une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, ou par l'intermédiaire d'un tiers auprès d'une telle personne;

ii) l'absence ou l'insuffisance de la contrepartie reçue pour l'opération;

iii) la situation financière du débiteur avant et après la conclusion de l'opération a été conclue, en particulier alors que le débiteur était déjà insolvable ou est devenu insolvable après la réalisation de l'opération;

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, l'opération est intervenue peu après qu'une dette importante a été contractée;

vi) l'opération est dissimulée par le débiteur, en particulier lorsqu'elle n'intervient pas dans le cours normal des affaires ou que des parties fictives sont en cause; ou

vii) le débiteur prend la fuite.

317. 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, dans le cas d'opérations impliquant des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, qui interviennent dans une période spécifiée 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, se rendre compte que l'effet d'une opération, sinon l'intention, était de défavoriser des créanciers et que le bénéficiaire pouvait, et donc aurait dû, se rendre compte 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'opérations si le transfert a été effectué de bonne foi pour une juste valeur à une personne qui n'avait pas remarqué une intention de frauder les créanciers.

b) Opérations à un prix sous-évalué

i) Critères

318. Un débiteur qui a besoin de liquidités peut vendre des actifs rapidement à un prix sensiblement inférieur à leur valeur réelle afin de réaliser une vente rapide, sans jamais avoir eu l'intention de faire échouer ou de retarder le recouvrement des créances. Il risque cependant d'en résulter une nette réduction des actifs disponibles pour les créanciers en cas d'insolvabilité. Pour ces raisons, de nombreuses lois sur l'insolvabilité mettent l'accent sur l'échange d'une contrepartie dans une opération en rendant généralement les opérations susceptibles d'annulation lorsque la contrepartie reçue par le débiteur à l'occasion de l'opération avec un tiers a été soit symbolique ou inexistante, par exemple un don, soit nettement inférieure à la valeur réelle ou au prix du marché de l'actif transféré, à condition que l'opération ait été

effectuée pendant la période suspecte. Selon d'autres lois, il faut aussi avoir constaté que l'opération a eu un effet désastreux sur le débiteur, par exemple qu'elle l'a laissé avec un capital beaucoup trop faible, qu'il était insolvable au moment de l'opération où qu'il l'est devenu à la suite de cette dernière. Entrent dans cette catégorie les opérations tant avec des créanciers qu'avec des tiers.

319. Une question importante à propos de ce type d'opérations est de savoir ce qui constitue un prix suffisamment "sous-évalué" aux fins de l'annulation et comment il peut être déterminé. Dans de nombreux pays, c'est aux tribunaux qu'il appartient de le faire par référence à des critères tels que le prix du marché en vigueur au moment où l'opération a eu lieu, sur la base d'un témoignage d'expert. Lorsque l'on n'est pas certain des montants concernés dans une opération, un moyen d'aider le tribunal peut être de demander au représentant de l'insolvabilité de lui fournir une estimation de ces montants, qui pourrait être contestée sur présentation d'autres preuves par l'autre partie à l'opération. Le tribunal pourrait aussi se voir conférer le pouvoir de préciser un mode de détermination du prix au lieu d'être tenu de le déterminer lui-même. Étant donné la difficulté de prouver que le prix est sous-évalué, il peut être plus facile, dans certains pays, d'annuler une opération au motif qu'elle a eu pour effet d'accorder une préférence si elle a été conclue à un moment où la société était dans l'incapacité de payer ses dettes exigibles. En outre, certaines lois considèrent qu'une contrepartie insuffisamment équitable ou l'absence de contrepartie est une preuve d'opération visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances.

ii) Moyens de défense

320. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que ces types 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'est-à-dire si le débiteur était solvable).

c) Opérations préférentielles

i) Critères

321. Les opérations préférentielles sont susceptibles d'annulation lorsque: i) elles ont été réalisées au cours de 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 du même rang ou de la même catégorie (en d'autres termes, il s'agit d'une préférence). De nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent également qu'il fallait que le débiteur soit insolvable ou près d'être insolvable lorsque l'opération a eu lieu, et certaines, en outre, qu'il avait l'intention de créer une préférence. L'application des dispositions d'annulation à ces types d'opérations s'explique par le fait que, lorsque ces dernières sont réalisées à une date très rapprochée de l'ouverture d'une procédure, il est probable que le débiteur soit insolvable. En outre, elles portent atteinte au principe essentiel du traitement équitable des créanciers se

trouvant dans une situation similaire, en donnant à un membre d'une classe plus que ce qu'il aurait légalement le droit de recevoir.

322. 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 non garanties; 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, dans certaines circonstances, le paiement de dettes face à des pressions extrêmes exercées par un créditeur, notamment procès ou saisie, lorsque de telles pressions ont une motivation douteuse. 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.

ii) Moyens de défense

323. 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. 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 (selon les critères d'annulation applicables) 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 a donné une nouvelle contrepartie pour laquelle il n'a pas reçu de sûreté; 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 était insolvable au moment de l'opération; ou l'actif du débiteur était supérieur à la valeur de son passif au moment de l'opération.

d) Sûretés

324. Les sûretés efficaces et opposables 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. L'objectif d'une telle approche est d'empêcher un débiteur qui est dans l'incapacité de payer ses dettes de grever des actifs, sauf si la sûreté octroyée correspond à de nouveaux fonds qui lui sont avancés. Autrement les actifs grevés ne seront pas disponibles pour les créanciers en

général et leur utilisation par le débiteur sera limitée. La constitution d'une sûreté pourrait être annulée au motif qu'il s'agit d'une opération visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances, ou encore d'une opération à un prix sous-évalué. Il s'agira souvent d'une opération préférentielle, car elle implique un créancier antérieur. 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 garanti qui n'est pas entièrement garanti est remboursé en totalité pendant la période suspecte. Lorsque la sûreté est octroyée à un nouveau créancier, il se peut que l'opération ne soit pas préférentielle au sens de cette catégorie d'opérations, mais qu'elle puisse être couverte par une autre catégorie. Il existe des lois qui comportent des dispositions traitant spécifiquement de l'annulation de telles opérations, en particulier dans le contexte des sûretés en faveur des dirigeants (qui pourraient aussi être couvertes par des dispositions relatives aux opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur), auxquelles s'appliquent des critères différents concernant la fourniture d'une contrepartie et la période suspecte.

325. Des dispositions d'annulation peuvent aussi s'appliquer à une sûreté qui n'a pas été rendue opposable en vertu de la loi pertinente sur les opérations garanties et, en vertu de certaines lois, pour une sûreté rendue opposable peu de temps avant l'ouverture de la procédure, ainsi qu'à des transferts à un créancier garanti par prélèvement sur le produit d'un actif grevé, lorsque l'opération créant la sûreté était viciée.

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

326. 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 (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 chap. V.A) ainsi que les présomptions ou un renversement de la charge de preuve (voir ci-dessous) pour faciliter la procédure d'annulation et la suppression de la condition selon laquelle le débiteur était insolvable au moment de l'opération, ou l'est devenu à la suite de celle-ci. 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.

327. 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.

328. Lorsque le débiteur est une personne physique, d'autres lois (par exemple celle qui traite des biens des époux) peuvent être pertinentes et influer sur l'application de la loi sur l'insolvabilité en ce qui concerne les opérations pouvant être annulées, par exemple en complétant ou en limitant les dispositions d'annulation qui y sont prévues. Il est souhaitable que ces lois soient alignées et que tout effet sur la loi sur l'insolvabilité soit indiqué clairement dans cette dernière.

4. Opérations exemptées d'actions en annulation

329. Il peut être souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie expressément d'exempter certaines opérations de l'application des pouvoirs d'annulation. Il pourrait s'agir d'opérations intervenant lors de la mise en œuvre d'un plan de redressement, y compris celles qui sont liées à un financement postérieur à l'ouverture, les paiements effectués conformément au plan approuvé par le tribunal dans le cadre d'une procédure de redressement accélérée ou les paiements effectués conformément à un accord volontaire de restructuration (approuvé par le débiteur et au moins une majorité des créanciers chirographaires), lorsque la mise en œuvre du plan ou de l'accord échoue et que la procédure est ultérieurement convertie en liquidation ou, dans le cas de l'arrangement négocié, lorsque la procédure de liquidation est engagée. Les opérations essentielles au fonctionnement des marchés financiers, par exemple la compensation avec déchéance du terme de sûretés et de contrats sur dérivés (voir chap. II.G et H), devraient être exemptées de l'application des dispositions d'annulation.

5. Effet de l'annulation – opérations nulles ou annulables

330. 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 lorsque ce dernier ne les restitue pas.

331. 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 de la masse, la responsabilité du représentant de l'insolvabilité pouvant être engagée s'il ne le fait pas.

6. Établissement de la période suspecte

332. 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 cette période est calculée rétroactivement (par exemple, tant de jours ou de mois, avant un événement ou une date donnés, comme le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, l'ouverture de la procédure ou la date fixée par décision du tribunal comme étant la date à laquelle le débiteur a cessé de payer ses dettes normalement ("cessation des paiements"). L'événement ou la date spécifiés par la loi dépendront d'autres caractéristiques du régime d'insolvabilité, telles que les critères d'ouverture et la question de savoir si un laps de temps risque de s'écouler entre la date de la demande et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Par exemple, si plusieurs mois séparent la date de la demande de celle de l'ouverture et que la période suspecte est une période fixée qui commence antérieurement à cette dernière, on utilisera plusieurs mois de cette période pour couvrir cet intervalle, ce qui limitera l'efficacité potentielle des pouvoirs d'annulation. En revanche, si la demande a pour effet d'ouvrir automatiquement la procédure, il n'y aura pas le même décalage. Pour traiter des cas dans lesquels il y a un risque de décalage entre la demande et l'ouverture, une loi sur l'insolvabilité pourrait disposer que la période suspecte s'applique rétroactivement à compter de la date de la demande et aborder différemment les opérations effectuées entre la date de la demande et celle de l'ouverture, par exemple en examinant si elles étaient frauduleuses ou si elles ont été réalisées dans le cours normal des affaires ou, lorsqu'un représentant provisoire de provisoire est nommé, si elles étaient ou non autorisées (voir chap. II.B). Lorsque l'ouverture a lieu peu de temps après la demande, la période suspecte pourrait s'appliquer rétroactivement à compter de l'ouverture.

333. Une question connexe est 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 la prorogation de la période suspecte soit limitée aux opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances, où les questions de sécurité commerciale présentent un moindre intérêt.

334. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient une période suspecte unique pour tous les types d'opérations annulables, tandis que d'autres ont des périodes différentes suivant le type d'opération et selon que le bénéficiaire était une personne ayant ou non des liens privilégiés avec le débiteur. Comme il a été indiqué plus haut, il y a aussi des lois qui combinent une période suspecte de courte durée pendant laquelle certains types d'opérations sont automatiquement annulés (et où il n'y pas de moyens de défense) et une période plus longue où des éléments supplémentaires doivent être prouvés. 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.

335. 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 et fixent des périodes suspectes plus longues (par exemple des périodes de deux ans, contre trois à six mois lorsque les opérations ne mettent pas en jeu une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, ne sont pas rares).

7. Conduite de la procédure d'annulation

a) Parties habilitées à ouvrir la procédure

336. L'annulation d'une opération donnée implique en général qu'une demande soit déposée auprès du tribunal pour qu'il déclare l'opération nulle, et les lois sur l'insolvabilité adoptent diverses approches en ce qui concerne la partie habilitée à ouvrir une telle procédure. Reconnaissant le rôle central du représentant de l'insolvabilité dans l'administration de la masse, de nombreuses lois sur l'insolvabilité disposent que la procédure d'annulation de certaines opérations devrait être engagée par lui, encore que certaines exigent qu'il obtienne l'accord des créanciers, ou d'une majorité de créanciers avant que toute procédure puisse être ouverte. Il est aussi des lois qui permettent l'ouverture de la procédure d'annulation par les créanciers et, dans certains cas, le comité des créanciers, certaines d'entre elles limitant cette faculté à ceux dont la dette précède dans le temps l'opération contestée. Certaines des lois qui permettent aux créanciers d'ouvrir une telle procédure exigent le consentement du représentant de l'insolvabilité. Si l'on considère qu'il est souhaitable d'autoriser les créanciers à exercer l'action en nullité, le fait d'exiger le consentement du représentant de l'insolvabilité garantit que ce dernier est informé de ce qu'ils proposent et lui donne la possibilité de refuser, et d'éviter ainsi tout effet négatif d'une procédure d'annulation sur l'administration de la masse.

337. Lorsque le consentement du représentant de l'insolvabilité est exigé, mais qu'elle n'est pas obtenue, certaines lois sur l'insolvabilité autorisent le(s) créancier(s) à s'adresser au tribunal pour être autorisé(s) à ouvrir la procédure d'annulation. Le représentant de l'insolvabilité a le droit d'être entendu dans toute audience pour expliquer pourquoi il estime que la procédure ne devrait pas être engagée. À cette audience, le tribunal peut autoriser l'ouverture de la procédure

d'annulation, ou décider de se prononcer sur le fond. Une telle approche peut contribuer à réduire la probabilité de toute entente entre les diverses parties. Lorsque les actions en nullité peuvent être engagées par les créanciers, certaines lois exigent que ceux-ci paient les frais de toute action ou permettent que des sanctions leur soient imposées pour décourager tout abus potentiel de leur part de la procédure d'annulation.

338. Lorsque le représentant de l'insolvabilité a seul le pouvoir d'ouvrir la procédure d'annulation et, compte tenu des différentes considérations examinées ci-dessus (à savoir pour des raisons autres que la négligence, la mauvaise foi ou une omission[67]), décide de ne pas l'ouvrir pour certaines opérations, les lois sur 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 (le financement est examiné plus loin). 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 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.

339. Lorsque les créanciers sont autorisés à ouvrir une procédure d'annulation, soit sur un pied d'égalité avec le représentant de l'insolvabilité, soit parce que ce dernier décide de ne pas l'ouvrir, les lois sur l'insolvabilité adoptent des approches différentes concernant les actifs ou la valeur à récupérer. La plus courante consiste à considérer que les actifs ou la valeur récupérés par le créancier font partie de la masse du fait que la principale justification de la procédure d'annulation est de restituer de la valeur ou des actifs à la masse au profit de tous les créanciers, et non de procurer un avantage aux créanciers individuels. D'autres lois disposent que tout ce qui est récupéré peut être utilisé tout d'abord pour désintéresser le créancier qui engage l'action, ou que le rang de priorité de la créance du créancier poursuivant l'action peut être modifié.

b) Financement de la procédure d'annulation

340. La restriction la plus importante, dans un certain nombre de pays, à l'efficacité des dispositions d'annulation, a été l'absence de fonds pour contester des opérations potentiellement annulables. Différentes approches ont été adoptées à l'égard de la question du financement. Certains pays allouent des fonds publics au représentant de l'insolvabilité pour qu'il engage la procédure d'annulation, tandis que d'autres exigent que cette procédure soit financée sur la masse de l'insolvabilité, ce qui peut être indiqué lorsque les fonds sont suffisants mais pourrait, dans certains cas, empêcher la récupération d'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

[67] Voir chap. III.B sur les droits et obligations du représentant de l'insolvabilité.

procédure. La disponibilité de ressources publiques aux fins du financement d'une procédure d'annulation diffère considérablement d'un pays à un autre, ce qui peut justifier le recours à certains de ces autres mécanismes. 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, d'éviter l'abus, d'enquêter sur les comportements déloyaux et de promouvoir la bonne gouvernance.

c) Délai fixé pour l'ouverture de la procédure

341. Certaines lois sur l'insolvabilité fixent des délais spécifiques pour l'ouverture de la procédure, alors que d'autres n'abordent pas la question. Celles qui fixent des délais disposent, par exemple, que la procédure doit être ouverte dans un laps de temps déterminé après la date de l'ouverture (par exemple, 3 ou 12 mois) ou en fonction d'une date spécifiée (par exemple, dans les 6 mois) après que le représentant de l'insolvabilité aura été en mesure de découvrir, d'évaluer la situation et d'engager une action. Si une loi sur l'insolvabilité doit fixer des délais spécifiques, au lieu de ceux qui sont applicables en droit commun, il serait souhaitable qu'elle en prévoie de différents délais, tels un après l'ouverture de la procédure et un après la découverte de l'opération par le représentant de l'insolvabilité. Une telle approche offre suffisamment de souplesse pour tenir compte des opérations qui sont dissimulées au représentant de l'insolvabilité et découvertes seulement après l'expiration du délai spécifié.

d) Respect des critères d'annulation

342. Les lois sur l'insolvabilité énoncent des règles différentes en ce qui concerne l'établissement des éléments qu'il faut prouver pour annuler une opération particulière. L'approche adoptée dépend de la manière dont l'équilibre est établi entre, d'une part, l'annulation d'opérations qui sont déloyales ou financièrement préjudiciables pour la masse de l'insolvabilité et, d'autre part, la protection des opérations commerciales qui ne sont pas considérées comme telles en dehors de l'insolvabilité.

343. Dans certaines lois, c'est au débiteur qu'incombe la charge de prouver que l'opération n'entre dans aucune catégorie d'opérations annulables. D'autres 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 que l'opération satisfait aux conditions requises pour l'annulation. Lorsque l'intention figure au nombre de ces éléments, il sera souvent très difficile de la prouver et la partie à laquelle incombe la charge de la preuve perdra dans la plupart des cas. Pour surmonter cette difficulté, 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, encore que, pratiquement, l'incapacité du débiteur d'expliquer de façon satisfaisante le but commercial d'une opération particulière qui a soustrait de la valeur à la masse puisse être un indice de l'intention requise.

344. Selon une autre approche, l'intention ou la mauvaise foi requise est réputée ou présumée exister lorsque certains types d'opérations sont entreprises pendant la

période suspecte et que le cocontractant aura la charge de prouver qu'il en est autrement. Il peut s'agir, par exemple, d'opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, du paiement de créances non échues, et du paiement d'opérations gratuites ou onéreuses. Selon une autre approche encore, lorsqu'un certain type d'opération est effectué pendant la période suspecte et a eu un certain effet, par exemple conférer une préférence, il y a présomption réfragable de l'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.

345. 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 cocontractant était au courant des difficultés financières du débiteur si l'opération effectuée avec cette personne avait certaines caractéristiques, comme le remboursement de créances non échues ou le remboursement sous une forme inhabituelle, ou si elle avait eu lieu peu de temps avant une demande d'ouverture ou avant l'ouverture d'une procédure.

346 Quelle que soit l'approche qu'elle adopte pour satisfaire aux critères d'annulation, il est hautement souhaitable qu' une loi sur l'insolvabilité énonce avec précision quels éléments des critères doivent être prouvés par quelle partie, de manière qu'apparaisse clairement ce qui est exigé du représentant de l'insolvabilité qui essaie d'annuler une opération particulière et ce qui est exigé du cocontractant cherchant à soustraire une opération à l'annulation.

8. Responsabilité des autres parties à une opération annulée

347. 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 le cadre de l'insolvabilité à hauteur des actifs restitués dans le cas d'une opération préférentielle et du montant versé dans le cas d'une opération à un prix sous-évalué. 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'en plus de l'annulation de l'opération, 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.

9. Conversion d'une procédure de redressement en procédure de liquidation

348. Lorsqu'une procédure de redressement est convertie en procédure de liquidation, il peut être nécessaire d'examiner quelque peu l'effet de cette conversion sur l'exercice des pouvoirs d'annulation pour les paiements effectués dans le courant de la procédure de redressement et la fixation de la période suspecte.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant l'annulation est:

a) de reconstituer l'intégrité de la masse et de veiller au traitement équitable des créanciers;

b) d'assurer une sécurité aux tiers en établissant des règles claires applicables aux circonstances dans lesquelles les opérations mettant en cause le débiteur ou les biens du débiteur peuvent être considérées comme préjudiciables et donc susceptibles d'être annulées;

c) de permettre à 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

Opérations annulables

73) La loi devrait comporter des dispositions qui s'appliquent rétroactivement et qui visent à défaire les opérations[68] impliquant les actifs du débiteur ou la masse et qui ont pour effet soit de réduire la valeur de la masse, soit d'enfreindre le principe du traitement équitable des créanciers. La loi devrait spécifier que les types d'opérations ci-après sont annulables:

a) les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers lorsque l'objet de l'opération était de soustraire des actifs à un créancier ou à un créancier potentiel ou à léser d'une autre manière les intérêts de ce créancier et lorsque le cocontractant connaissait ou aurait dû connaître l'intention du débiteur;

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 ou d'une contrepartie inadéquate qui sont intervenues à un moment où le débiteur était insolvable ou qui l'ont rendu insolvable (opérations à un prix sous-évalué); et

c) les opérations intervenues à un moment où le débiteur était insolvable, dans lesquelles un créancier a obtenu une part des actifs du débiteur supérieure à la proportion qui lui revient, ou en a reçu le bénéfice (opérations préférentielles).

---

[68] 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 [ou une action visant à rendre la sûreté opposable à des tiers] et peut recouvrir une série composite d'opérations.

Sûretés

74) La loi devrait spécifier:

a) que si une sûreté est efficace et opposable en vertu d'une autre loi, cette efficacité et cette opposabilité seront reconnues dans la procédure d'insolvabilité;

b) que nonobstant le fait qu'une sûreté est efficace et opposable en vertu d'une autre loi, elle peut faire l'objet des dispositions d'annulation de la loi pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Établissement de la période suspecte

75) La loi devrait spécifier que des opérations décrites dans la recommandation 73) a) à c) peuvent être annulées si elles sont intervenues au cours d'une période spécifiée (la période suspecte) calculée rétroactivement à partir d'une date spécifiée, soit la date de la demande d'ouverture, soit la date de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Elle peut spécifier des périodes suspectes différentes pour des types d'opérations différentes.

Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

76) S'agissant des opérations annulables qui mettent en cause des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, la loi peut:

a) spécifier que la période suspecte pour ces opérations est plus longue que pour les opérations effectuées avec des personnes n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur;

b) établir des présomptions [probante] [réfragable] pour faciliter la procédure d'annulation; et

c) autoriser le renversement de la charge de la preuve pour faciliter la procédure d'annulation.

77) La loi devrait spécifier les catégories de personnes ayant une relation suffisante avec le débiteur pour être traitées comme des personnes ayant des liens privilégiés avec lui[69].

Opérations exemptées d'actions en annulation

78) La loi devrait spécifier les opérations qui sont exemptées d'action en annulation, dont les contrats financiers.

Conduite de la procédure d'annulation

79) La loi devrait spécifier:

a) que le représentant de l'insolvabilité a la responsabilité principale d'ouvrir la procédure d'annulation[70];

---

[69] Le terme "personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur" est défini dans le glossaire.

[70] 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.

b) que des créanciers peuvent ouvrir la procédure d'annulation avec l'accord du représentant de l'insolvabilité; ou

c) que lorsque le représentant de l'insolvabilité ne donne pas son accord, les créanciers peuvent demander l'autorisation du tribunal.

– *Financement de la procédure d'annulation*

80) La loi peut prévoir diverses approches pour le financement de la procédure d'annulation lorsque le représentant de l'insolvabilité choisit de ne pas poursuivre l'annulation de certaines opérations, parce qu'il estime par exemple que ces opérations ne sont pas susceptibles d'être annulées ou que l'ouverture d'une procédure contre ces opérations imposerait des frais excessifs[71] à la masse de l'insolvabilité.

– *Délai pour l'ouverture de la procédure d'annulation*

81) La loi ou le droit procédural applicable devrait spécifier le délai dans lequel une procédure d'annulation peut être ouverte. Ce délai devrait commencer à courir à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. [Pour les opérations mentionnées dans la recommandation 73a] qui ont été dissimulées et dont on ne pouvait pas attendre du représentant de l'insolvabilité qu'il les découvre, la loi peut prévoir que le délai commence à courir à la date à laquelle elles ont été découvertes.]

Éléments d'annulation et moyens de défense

82) La loi devrait spécifier les éléments devant être prouvés pour annuler une opération donnée, la partie responsable de les prouver, ainsi que les moyens de défense possibles contre l'annulation. Ces moyens de défense peuvent comprendre le fait que l'opération a été conclue dans le cours normal des affaires avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou bien dans le cours d'une procédure de redressement convertie ensuite en liquidation.

Responsabilité des cocontractants dans le cas d'opérations annulées

83) La loi devrait spécifier qu'un cocontractant partie à une opération qui a été annulée doit restituer à la masse les actifs qu'il a obtenus ou, si le tribunal l'ordonne, faire à la masse un paiement en espèces correspondant à la valeur de l'opération. [Le tribunal devrait déterminer si le cocontractant partie à une opération annulée aurait une créance chirographaire ordinaire.]

84) La loi peut spécifier que lorsque le cocontractant ne se conforme pas à la décision du tribunal annulant l'opération, il se peut, en plus de l'annulation et de toute autre mesure, qu'une créance qu'il déclare ne soit pas admise.

---

[71] Ceci renvoie à une évaluation des coûts et des avantages d'une action en nullité, et à une règle implicite qui veut que si les frais de la procédure dépassaient les avantages à récupérer pour la masse, cette procédure ne devrait pas être poursuivie.

G. Droits de compensation

349. L'exercice, en vertu de la loi sur l'insolvabilité, de droits de compensation d'obligations réciproques découlant d'opérations ou d'activités du débiteur antérieures à l'ouverture d'une procédure est important non seulement pour la prévisibilité commerciale et la disponibilité de crédit, mais aussi parce qu'il évite l'usage abusif à des fins stratégiques de la procédure d'insolvabilité. Pour ces raisons, il est hautement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité protège ces droits.

350. Dans la majorité des systèmes juridiques, les droits de compensation ne sont pas affectés par l'arrêt des poursuites et peuvent être exercés après l'ouverture de la procédure, que les obligations réciproques soient nées d'un seul ou de plusieurs contrats, et qu'elles arrivent à échéance avant ou après l'ouverture de la procédure. Certains systèmes font une distinction et admettent la compensation d'obligations venant à échéance avant l'ouverture, mais limitent ou refusent celle d'obligations venant à échéance après l'ouverture.

351. Une autre approche consiste à préserver les droits de compensation, que les obligations réciproques viennent à échéance avant ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais à en suspendre l'exercice, tout comme est suspendu l'exercice des droits des créanciers garantis. Dans les systèmes qui adoptent cette approche, le créancier est traité comme un créancier garanti à concurrence de ses propres droits de compensation valables mais non exercés et ces droits sont protégés de la même façon que les sûretés[72].

352. Pratiquement toutes les lois sur l'insolvabilité comportent des dispositions qui permettent au représentant de l'insolvabilité de chercher à annuler les effets de certaines mesures prises par les créanciers avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans le but d'accroître leurs droits de compensation (par exemple, achat de créances au rabais afin d'accumuler des droits de compensation). La nature et la portée de ces dispositions varient.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions législatives concernant la compensation est:

a) D'assurer la sécurité quant à l'effet de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur l'exercice de droits de compensation;

b) De spécifier les types d'obligations qui peuvent être compensées après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

c) De spécifier l'effet d'autres dispositions de la loi (par exemple, dispositions concernant l'annulation et la suspension) sur l'exercice des droits de compensation.

---

[72] Voir chap. II.B.8.

Contenu des dispositions législatives

85) La législation devrait protéger un droit général de compensation né du droit commun qui a pris naissance avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sous réserve de l'application des dispositions d'annulation.

H. Contrats financiers et compensation globale

353. Les contrats financiers sont devenus un élément important des marchés des capitaux internationaux. Entre autres choses, ils accroissent la disponibilité des crédits et constituent un moyen important de se prémunir contre les fluctuations des taux de change, des taux d'intérêt et les autres fluctuations du marché. Étant donné la façon dont ces opérations sont structurées et réattestées, il est impératif de savoir avec certitude ce qui se passera en cas de défaillance – y compris pour cause d'insolvabilité – d'une des parties.

354. Les contrats financiers comprennent, entre autres, les contrats sur valeurs mobilières, les contrats sur produits de base, les contrats à terme, les contrats d'option, les contrats d'échanges financiers, les accords de prise en pension, les conventions-cadres de compensation globale et autres contrats analogues. Un débiteur conclut souvent dans le cadre d'une seule et même opération plusieurs contrats financiers avec un cocontractant, et la disponibilité de crédits augmente si les droits découlant de ces contrats sont pleinement exécutoires conformément à leurs clauses, ce qui permet aux cocontractants de consentir des crédits sur la base de leur exposition nette périodiquement recalculée, compte tenu de la valeur de tous les contrats "ouverts".

355. À l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les cocontractants cherchent à "dénouer" les positions ouvertes et à faire la compensation de l'ensemble des obligations découlant de contrats financiers avec le débiteur. Une telle démarche comprend deux phases: premièrement, la résiliation de tous les contrats ouverts ("dénouement"); deuxièmement, la compensation de l'ensemble des obligations découlant des opérations résiliées ("compensation globale").

356. Autoriser ce type de compensation après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité contribue fortement à atténuer les risques systémiques qui pourraient menacer la stabilité des marchés financiers. La valeur d'un contrat financier ou l'exposition qu'il implique peuvent varier considérablement d'un jour à l'autre (et parfois d'une heure à l'autre) en fonction des conditions sur les marchés financiers. Autrement dit, la valeur de tels contrats peut être extrêmement instable. Il est courant que les cocontractants atténuent les risques qui leur sont liés, ou se prémunissent contre eux, en concluant avec des tiers un ou plusieurs contrats symétriques ou de couverture, dont la valeur fluctue en sens inverse de celle du contrat avec le débiteur[73].

357. Que le débiteur exécute ou non son contrat avec le cocontractant, ce dernier doit exécuter le contrat de couverture qu'il a conclu avec des tiers. Si le débiteur devient insolvable et ne peut exécuter son contrat avec le cocontractant, ce dernier se trouve exposé à l'instabilité du marché, car ses positions de couverture ne sont

[73] Lorsque l'on parle d'un "contrat" dans la présente section, il peut s'agir d'un seul ou de plusieurs contrats.

plus “couvertes” par son contrat avec le débiteur. En général, il cherche alors à “couvrir” les contrats de couverture en passant un ou plusieurs nouveaux contrats de façon à limiter son exposition aux fluctuations futures du marché. Il ne peut toutefois le faire tant qu’il n’a pas la certitude qu’il ne sera pas tenu d’exécuter son contrat avec le débiteur. C’est la faculté de dénouer ce contrat qui lui permet de se “couvrir” une fois ouverte la procédure d’insolvabilité.

358. En l’absence de la faculté de dénouer les positions ouvertes et de procéder à la compensation de l’ensemble des obligations découlant de contrats non exécutés, comme décrit ci-dessus, rapidement après l’ouverture de la procédure, le défaut d’exécution de son contrat par le débiteur (ou la décision de ce dernier d’exécuter les contrats rentables et de ne pas exécuter ceux qui ne le sont pas) pourrait rendre le cocontractant incapable d’exécuter les contrats financiers connexes qu’il a passés avec d’autres opérateurs. L’insolvabilité d’un gros opérateur pourrait entraîner une série de défaillances dans des opérations couplées, ce qui pourrait mettre d’autres opérateurs en difficultés financières et, dans le pire des cas, entraîner l’effondrement financier d’autres cocontractants, y compris des établissements financiers réglementés. Cet effet domino est souvent appelé “risque systémique”, et est souvent invoqué comme argument de poids pour autoriser les participants à dénouer et à procéder à la compensation globale ou simple des obligations d’une manière qui ne serait normalement pas autorisée par la loi sur l’insolvabilité.

359. Des risques systémiques peuvent aussi découler de préoccupations quant au caractère définitif des paiements et règlements de contrats financiers qui ont lieu dans les systèmes centraux de paiement et de règlement. Ces systèmes appliquent des arrangements de compensation globale bilatérale ou multilatérale. Pour prévenir un risque systémique, il faudrait reconnaître et protéger la compensation globale des contrats financiers et le caractère définitif du clearing et du règlement qui s’effectuent par leur intermédiaire en cas d’insolvabilité d’un des participants au système.

360. Dans de nombreux pays, l’application des règles générales relatives à l’insolvabilité permettra l’exécution des contrats financiers conformément à leurs clauses après l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité en donnant effet aux clauses de résiliation des contrats déclenchées par l’insolvabilité (voir chap. II.2 et recommandations 53) et 57)) et en permettant la compensation des obligations, que l’action pour rupture de contrat soit fondée sur une clause de résiliation automatique ou qu’elle soit engagée avant l’ouverture de la procédure. Dans d’autres pays, où les dispositions relatives à l’insolvabilité limitent l’effet des clauses de résiliation automatique ou arrêtent ou limitent l’exercice des droits de compensation et autres voies de droit des créanciers, il faudra que la loi sur l’insolvabilité prévoie des exceptions pour permettre le plein exercice des voies de droit concernant les contrats financiers. Il est souhaitable aussi d’étendre les exceptions aux dispositions concernant l’annulation qui pourraient s’appliquer aux contrats financiers ainsi qu’à toutes restrictions qui limiteraient la possibilité de faire jouer une sûreté pour des obligations découlant de contrats financiers qui demeurent non exécutés une fois toutes les compensations effectuées.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions législatives concernant la compensation globale et la compensation simple dans le contexte des opérations financières est de réduire la possibilité de risques systémiques qui pourraient menacer la stabilité des marchés financiers en assurant la sécurité quant aux droits des parties à un contrat financier en cas de défaillance de l'une d'entre elles pour cause d'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

86) La loi devrait reconnaître les droits de résiliation contractuels associés à des contrats financiers qui permettent la résiliation de ces derniers et la compensation globale ou simple des obligations non acquittées qui en découlent rapidement après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Lorsque la loi interdit la résiliation des contrats ou limite l'applicabilité des clauses de résiliation automatique dès lors qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, les contrats financiers devraient être exempts de ces restrictions[74].

87) Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés par un cocontractant, la loi devrait autoriser ce dernier à procéder à la compensation globale ou simple des obligations découlant de ces contrats de manière à déterminer son exposition nette par rapport au débiteur. Cela devrait être autorisé, que la résiliation des contrats intervienne avant ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Lorsque la loi limite ou interdit l'exercice des droits de compensation dès lors qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, la compensation globale ou simple des contrats financiers devrait être exempte de ces restrictions.

88) [85)] Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés, la loi devrait permettre aux cocontractants de réaliser leurs sûretés pour s'acquitter des obligations découlant de contrats financiers. Les contrats financiers devraient être exempts de toute interdiction de la réalisation des sûretés prévue par la loi sur l'insolvabilité.

89) [86)] La loi devrait spécifier que les transferts de routine effectués avant faillite selon la pratique du marché, tels que la fourniture d'un dépôt de garantie pour les contrats financiers[75] et les transferts effectués pour régler des obligations financières contractuelles[76], devraient être exempts d'annulation.

---

[74] Cela permettra aux opérateurs de consentir des crédits sur la base de positions "nettes" et empêchera le débiteur de choisir d'exécuter les contrats qui lui conviennent et de rompre les autres, ce qui est particulièrement important dans le cas des contrats financiers à cause du risque systémique.

[75] Fourniture d'une somme ou de titres supplémentaires pour garantir les opérations conformément à une formule contractuelle qui tient compte des fluctuations de la valeur marchande du contrat et de la garantie existante. Par exemple, dans un contrat d'échange financier, un dépôt représentant 105 % de la valeur du contrat peut être exigé pour maintenir la valeur de liquidation du contrat. Si la garantie tombe à 100 %, un dépôt supplémentaire peut être exigé.

[76] Dans certains cas, on peut considérer qu'un règlement relève d'un traitement préférentiel. Dans l'exemple d'un contrat d'échange financier, les règlements doivent être effectués chaque mois ou bien à la résiliation du contrat sur la base de la valeur marchande de ce dernier. Ces règlements ne sont pas des transferts d'une valeur correspondant à la valeur actuelle du contrat

90) [87)] La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître et protéger le caractère définitif de la compensation, du clearing et du règlement des contrats financiers effectués par l'intermédiaire de systèmes de paiements et de règlement en cas d'insolvabilité d'un participant au système.

91) [88)] Les recommandations 86) à 90) devraient s'appliquer à toutes les opérations qui sont considérées comme des "contrats financiers", qu'un établissement financier fasse ou non partie des cocontractants[77].

92) [89)] Les contrats financiers devraient être définis de façon suffisamment large pour englober les divers types de contrats financiers existants ainsi que les nouveaux, à mesure qu'ils apparaîtront. [Ces recommandations ne sont pas censées s'appliquer aux opérations qui ne sont pas des contrats financiers et qui resteraient soumis au droit commun applicable à la compensation globale et à la compensation simple.]

III. Participants

A. Débiteur[78]

1. Introduction

361. S'agissant du rôle dévolu au débiteur après l'ouverture de la procédure, les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes approches, faisant généralement une distinction entre liquidation et redressement. Une participation du débiteur – sous une forme ou une autre – aux activités de gestion sera d'autant plus nécessaire que l'entreprise doit être maintenue (soit pour être cédée dans le cadre d'une liquidation en vue de la poursuite de l'activité, soit pour être redressée). Le débiteur aura aussi un rôle à jouer en aidant le représentant de l'insolvabilité à remplir ses propres fonctions et en fournissant à ce dernier ou au tribunal des informations sur son entreprise. Il aura non seulement des obligations mais également certains droits en ce qui concerne la procédure, tels que le droit d'être entendu pendant celle-ci, d'être informé et de conserver des biens personnels. Pour garantir le bon déroulement de la procédure et apporter une certaine sécurité à toutes les parties intéressées, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité définisse clairement l'étendue des droits et obligations du débiteur.

---

au moment où ils sont effectués, mais au règlement d'une dette accumulée arrivée à échéance. Dans les pays qui ont fixé une période suspecte pour toutes les opérations intervenant avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, un tel paiement pourrait aussi être annulable.

77 Même si un contrat financier donné ne fait pas intervenir d'organisme financier, l'impact de l'insolvabilité d'un cocontractant pourrait entraîner un risque systémique.

78 Étant donné que la loi sur l'insolvabilité visera différents types d'entreprises, qu'il s'agisse d'entreprises individuelles, de sociétés en participation ou d'une forme ou une autre société dotée de la personnalité morale, il convient de se demander à propos du maintien du débiteur dans ses fonctions quel sera le rôle des dirigeants ou des propriétaires de l'entreprise débitrice selon les circonstances. Pour plus de commodité, le Guide parle uniquement du "débiteur" ou de l'"entreprise débitrice", ces termes étant toutefois censés englober les dirigeants et les propriétaires de l'entreprise, le cas échéant.

2. Poursuite de l'exploitation de l'entreprise débitrice et rôle du débiteur

a) Liquidation

362. Une fois la procédure de liquidation ouverte, la conservation de la masse nécessite des mesures globales visant à protéger celle-ci non seulement contre les actions des créanciers (voir chap. II.B) mais également contre le débiteur. C'est pourquoi de nombreuses lois sur l'insolvabilité dessaisissent le débiteur de tous droits de contrôler les actifs ainsi que de gérer et d'exploiter l'entreprise en liquidation et prévoient la nomination d'un représentant de l'insolvabilité chargé d'assumer toutes les attributions qui sont retirées au débiteur, à savoir, notamment, les pouvoirs liés à l'utilisation et à la disposition des actifs mais également le droit d'agir en demande ou en défense au nom de la masse et le droit de recevoir tous paiements lui étant destinés. Après l'ouverture de la procédure de liquidation, toute opération sur des actifs de la masse, y compris tout transfert de ces actifs, effectuée sans l'autorisation du représentant de l'insolvabilité, du tribunal ou des créanciers (selon ce que prévoit la loi sur l'insolvabilité) sera généralement nulle (ou, dans certaines lois, annulable) et les actifs transférés (ou leur valeur) susceptibles d'être recouvrés au profit de la masse de l'insolvabilité (voir chap. II.E.7 et F.8).

363. Lorsqu'il est établi que le moyen le plus efficace de liquider la masse est de céder l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, certaines lois prévoient que le représentant de l'insolvabilité devra superviser et contrôler l'ensemble des activités du débiteur, lequel est autorisé à accroître la valeur de la masse et à faciliter la vente des actifs en continuant de l'aider et de le conseiller. Cette solution peut se justifier par le fait que le débiteur connaît bien son entreprise, ainsi que le marché ou le secteur d'activité correspondant et qu'il entretient une relation suivie avec les créanciers, les fournisseurs et les clients.

b) Redressement

364. S'agissant de la procédure de redressement, les avis sont partagés sur la question de savoir dans quelle mesure le dessaisissement du débiteur est la solution la plus appropriée et, en cas de dessaisissement partiel, quel rôle celui-ci peut encore jouer et comment ce rôle s'articule avec celui des autres participants. Le rôle du débiteur peut dépendre en grande partie de sa bonne foi durant la procédure et sera donc d'une utilité discutable en cas de mauvaise foi. Il peut aussi dépendre de l'existence d'un système de gouvernance efficace et indépendant permettant de lutter contre l'incompétence ou les comportements intéressés. Le maintien du débiteur pourra aussi être plus ou moins avantageux selon que l'ouverture de la procédure a été demandée par ce dernier ou par les créanciers. Dans ce dernier cas, le débiteur risque de se montrer peu coopératif voire hostile au point que sa participation devienne inutile. Le choix du rôle à attribuer au débiteur peut dépendre d'un certain nombre de facteurs, tels que la culture d'entreprise au niveau local; le rôle des banques; l'existence de systèmes de gouvernement d'entreprise et leur efficacité; l'efficacité des institutions s'occupant d'insolvabilité; le degré de supervision exercé par les tribunaux ou exigé d'eux; l'efficacité et l'accessibilité des tribunaux; et la mesure dans laquelle les incitations au dépôt de demandes d'ouverture sont considérées comme importantes pour l'élaboration du régime de l'insolvabilité.

i) Avantages et inconvénients d'une participation du débiteur

365. Une participation du débiteur peut présenter un certain nombre d'avantages. Le débiteur aura souvent une connaissance directe et intime de son entreprise et du secteur d'activité dans lequel elle opère. Cette connaissance est particulièrement importante dans le cas des entreprises individuelles et des sociétés en participation de petite taille et peut, si l'activité doit être poursuivie, justifier qu'on laisse le débiteur intervenir dans la prise des décisions de gestion à court terme et au jour le jour. Elle peut également aider le représentant de l'insolvabilité à exercer ses fonctions avec une compréhension plus directe et plus complète du fonctionnement de l'entreprise débitrice. Pour des raisons analogues, le débiteur est souvent bien placé pour proposer un plan de redressement. En pareils cas, son dessaisissement total, indépendamment de sa part de responsabilité dans les difficultés financières de l'entreprise, non seulement peut décourager l'esprit d'entreprise et la prise de risque en général et dissuader les débiteurs de demander l'ouverture d'une procédure de redressement à un stade précoce mais risque également de compromettre les chances de succès de ce type de procédure.

366. S'il est souhaitable que le débiteur continue de jouer un rôle, on doit peut-être aussi tenir compte d'un certain nombre d'inconvénients éventuels. Il est possible que les créanciers ne lui fassent pas confiance en raison des difficultés financières de l'entreprise (et de la part de responsabilité qu'il peut avoir dans ces difficultés), confiance qui devra être rétablie pour que l'entreprise soit redressée avec succès. Le fait de permettre au débiteur de continuer à exploiter l'entreprise sans contrôle suffisant sur ses pouvoirs risque d'exacerber non seulement la méfiance mais également l'hostilité des créanciers. Un facteur susceptible de faire changer d'avis les créanciers sur ce point est l'existence d'un système efficace de gouvernement d'entreprise et son application par le débiteur. Lorsqu'un tel système fait défaut, les créanciers préféreront sans doute que soit nommé un représentant de l'insolvabilité qui remplacera le débiteur ou le supervisera étroitement.

367. Un système perçu comme étant trop favorable au débiteur peut amener les créanciers à se désintéresser de la procédure et à refuser d'y participer, ce qui risque alors de rendre difficile la surveillance de la conduite du débiteur lorsque la loi sur l'insolvabilité exige que cette surveillance soit exercée par les créanciers. Il peut aussi favoriser les conflits dans la procédure d'insolvabilité, ce qui ne ferait qu'accroître les dépenses et les retards. Un débiteur peut avoir ses propres projets, qui sont incompatibles avec les objectifs du régime de l'insolvabilité et, en particulier, avec l'objectif de maximisation des sommes recouvrées au profit des créanciers. Son but prioritaire peut être, par exemple, de faire le nécessaire pour ne pas perdre le contrôle de son entreprise et non de maximiser la valeur de ses actifs au profit des créanciers. En outre, pour réussir, la procédure de redressement peut exiger non seulement que l'on apporte des changements auxquels le débiteur n'est peut-être pas favorable mais également que celui-ci ait les connaissances et l'expérience lui permettant d'utiliser la loi sur l'insolvabilité pour remédier à ses difficultés financières. Un autre facteur dont il faut tenir compte est la manière dont la procédure a été ouverte, à savoir à la demande du débiteur ou des créanciers (le débiteur pouvant se montrer dans le second cas hostile envers les créanciers).

368. S'agissant du rôle joué par le débiteur, plusieurs lois sur l'insolvabilité font une distinction entre, d'une part, la période allant de l'ouverture de la procédure à l'approbation du plan de redressement et, d'autre part, la période postérieure à cette

approbation. Pour ce qui est de la première, ces lois énoncent des règles précises concernant la possibilité pour le débiteur de gérer et de contrôler l'activité de l'entreprise au jour le jour et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité indépendant. Pour la seconde, les restrictions applicables à la gestion et au contrôle de l'entreprise par le débiteur peuvent être levées et ce dernier se chargera de l'exécution du plan approuvé.

369. Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes solutions pour concilier les avantages et les inconvénients décrits plus haut. Ces solutions vont du dessaisissement du débiteur, qui est remplacé par un représentant de l'insolvabilité, à son maintien à la tête de l'entreprise avec une supervision minimale, en passant par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité exerçant une supervision plus ou moins stricte et par le maintien des dirigeants existants. La solution retenue a des incidences sur la structure du régime de l'insolvabilité et, en particulier, sur l'équilibre à assurer entre les différents participants et la mesure dans laquelle les mécanismes correcteurs, qu'ils soient prévus par le tribunal ou par les créanciers, seront appliqués.

ii) Solutions concernant le rôle du débiteur

– *Dessaisissement total du débiteur*

370. Cette solution consiste, comme dans la liquidation, à retirer tout contrôle de l'entreprise au débiteur et à nommer un représentant de l'insolvabilité chargé d'exercer les fonctions de gestion de l'entreprise à sa place. Comme on l'a vu plus haut, toutefois, un dessaisissement total peut désorganiser l'entreprise et nuire à la poursuite de son exploitation à un stade critique de sa survie.

– *Supervision du débiteur par le représentant de l'insolvabilité*

371. Une solution intermédiaire consiste à répartir le contrôle de l'entreprise de différentes manières entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, ce qui implique généralement une supervision plus ou moins stricte du premier par le second. Le représentant de l'insolvabilité peut, par exemple, superviser dans l'ensemble les activités du débiteur et approuver les opérations importantes, tandis que le débiteur continue d'exploiter l'entreprise et de prendre les décisions au jour le jour. Cette solution devra sans doute être étayée par des règles relativement précises pour que la division des tâches entre le représentant de l'insolvabilité et le débiteur soit claire et que l'on sache avec certitude la façon dont le redressement sera opéré. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent, par exemple, que certaines opérations – comme contracter de nouvelles dettes, transférer ou nantir des actifs et octroyer des droits d'utilisation des biens de la masse – peuvent être réalisées sans l'autorisation du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal à condition qu'elles entrent dans le cours normal des affaires, une autorisation étant requise dans le cas contraire. La surveillance de la trésorerie de l'entreprise peut être un moyen supplémentaire de superviser le débiteur et ses opérations.

372. Si le débiteur ne respecte pas les restrictions prévues et conclut des contrats sans obtenir d'abord l'autorisation requise, il faudra peut-être que la loi sur l'insolvabilité aborde la question de la validité de telles opérations et prévoie des sanctions appropriées. Une loi sur l'insolvabilité, par exemple, autorise dans ce cas le tribunal à mettre purement et simplement fin à la procédure. L'opportunité d'une

telle mesure dépendra non seulement de la manière dont la procédure a été ouverte – à savoir à la demande du débiteur ou des créanciers (il ne faudrait pas que le débiteur puisse faire échouer la procédure ouverte à la demande des créanciers en refusant de se soumettre à la loi sur l'insolvabilité ou aux décisions du tribunal) – mais également de l'intérêt que la mesure présentera de toutes les parties impliquées dans la procédure et de l'existence dans la loi sur l'insolvabilité d'autres mécanismes permettant de remédier à ce genre de comportement de la part du débiteur (notamment la possibilité de convertir le redressement en liquidation).

373. Les lois sur l'insolvabilité qui énumèrent les opérations soumises à autorisation tracent une ligne de partage relativement claire entre les tâches du débiteur et celles du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal. Un certain nombre d'entre elles autorisent en outre le représentant de l'insolvabilité à exercer un contrôle accru sur la masse de l'insolvabilité et la gestion de l'entreprise au jour le jour si cela est nécessaire pour protéger la masse dans un cas particulier, par exemple lorsqu'il est démontré que le débiteur se soustrait à l'obligation de rendre des comptes ou lorsque celui-ci a mal géré ou détourné des actifs. Dans ces cas, il peut être souhaitable d'autoriser le dessaisissement du débiteur par le tribunal, agissant d'office ou sur l'initiative du représentant de l'insolvabilité, voire éventuellement des créanciers ou du comité des créanciers.

374. Les créanciers peuvent avoir un rôle à jouer dans la tâche consistant à surveiller les activités de gestion du débiteur et à s'assurer de leur bonne exécution par ce dernier. Dans ce cas, il peut être nécessaire de prévoir des mesures pour prévenir les abus éventuels de créanciers cherchant à faire échouer la procédure de redressement ou à exercer une influence indue. On pourrait assurer la protection voulue en exigeant, par exemple, que les créanciers votent à une majorité appropriée avant d'être autorisés à prendre des dispositions pour dessaisir le débiteur ou renforcer les pouvoirs de supervision du représentant de l'insolvabilité.

375. Une autre façon de répartir les pouvoirs entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité est de ne pas indiquer, dans la loi sur l'insolvabilité, les opérations pouvant être effectuées par le débiteur mais d'autoriser le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité à déterminer les actes juridiques que la direction peut accomplir sous condition d'approbation et ceux qui lui sont interdits. Tout en offrant une certaine souplesse, cette solution risque de dissuader les débiteurs de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité faute de savoir quel effet celle-ci aura sur leur pouvoir de gérer et de contrôler l'entreprise.

– *Maintien du débiteur à la tête de l'entreprise*

376. S'agissant toujours du rôle dévolu au débiteur, une autre solution est de permettre à ce dernier de garder les rênes de son entreprise, le tribunal n'ayant donc pas à nommer de représentant indépendant lors de l'ouverture de la procédure (formule souvent dite du "débiteur non dessaisi"). Cette solution aurait l'avantage d'accroître les chances de réussite du redressement, si l'on peut s'en remettre au débiteur pour qu'il poursuive ses activités en toute honnêteté et obtienne la confiance et la coopération des créanciers.

377. Elle peut toutefois comporter des inconvénients, à savoir notamment le fait qu'elle soit utilisée dans des cas où le résultat risque manifestement d'être infructueux; qu'elle retarde l'inévitable en conséquence de quoi les actifs continuent

d'être dispersés; que le débiteur risque d'agir de façon irresponsable, voire frauduleuse, pendant la période où il reste en place, compromettant les chances de redressement et portant atteinte à la confiance des créanciers; et que les entreprises en difficulté puissent bénéficier d'un avantage compétitif si elles sont en mesure d'obtenir un financement bon marché, une réduction des intérêts à payer et d'autres facilités qui ont pour effet d'abaisser leurs coûts par rapport à ceux de leurs concurrents. On peut aplanir certaines de ces difficultés en adoptant des mesures de protection, par exemple en faisant obligation au débiteur de rendre régulièrement compte au tribunal du déroulement de la procédure; en autorisant le tribunal, dans certains cas, à nommer un représentant de l'insolvabilité pour superviser le débiteur; en confiant aux créanciers un rôle important dans la supervision ou la surveillance du débiteur; ou en prévoyant la conversion de la procédure de redressement en liquidation. Il est à noter que, lorsque cette approche est retenue, les dirigeants en place au moment de l'ouverture de la procédure ne sont généralement pas les mêmes que ceux chargés d'exécuter un plan approuvé et certains des problèmes mentionnés ci-dessus ne se poseront pas avec la même acuité que lorsque la direction de l'entreprise demeure inchangée pendant toute la procédure. Cela étant, le non-déssaisissement du débiteur est une solution complexe qui nécessite un examen approfondi non seulement parce qu'elle exige des règles de gouvernement d'entreprise strictes et des moyens institutionnels considérables, mais aussi parce qu'elle a une incidence sur le contenu de plusieurs autres dispositions du régime de l'insolvabilité (relatives par exemple, à l'élaboration du plan de redressement, à l'exercice des pouvoirs d'annulation, au traitement des contrats, à l'obtention d'un financement après l'ouverture de la procédure) qui ne sont pas examinées en détail dans le présent Guide.

3. Droits du débiteur

378. Afin de préserver ce que certains pays considèrent comme des droits fondamentaux du débiteur et d'assurer à ce dernier un traitement équitable et impartial, mais aussi et peut-être surtout pour faire en sorte qu'il ait confiance dans le régime de l'insolvabilité, il est souhaitable d'indiquer clairement dans la loi sur l'insolvabilité le rôle qu'il sera amené à jouer dans la procédure et les droits qu'il pourra exercer concernant son déroulement. Dans de nombreux pays, les obligations énoncées dans des traités internationaux et régionaux tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1976) et la Convention européenne des droits de l'homme (1950), peuvent avoir une incidence sur les droits des débiteurs personnes physiques dans le cadre d'une telle procédure.

– *Droit d'être entendu, d'avoir accès à des informations et de conserver des biens personnels*

379. Il est souhaitable, pour les raisons exposées ci-dessus, que le débiteur ait le droit d'être entendu au cours de la procédure et de participer à la prise de toutes les décisions nécessaires dans le cadre de cette dernière, surtout lorsqu'il s'agit d'un redressement. En particulier, il faudrait que le débiteur puisse accéder à des informations sur l'état d'avancement de la procédure dans tous les cas, mais surtout lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit de lui retirer une partie de ses pouvoirs de gestion et de contrôle (que ce soit dans une liquidation ou un redressement). Ce droit d'accès peut être particulièrement important dans une procédure de redressement lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit le dessaisissement partiel du

débiteur avant l'approbation du plan mais lui impose l'obligation d'exécuter ledit plan. Il serait également bon, lorsque le débiteur n'intervient pas dans l'élaboration du plan, de lui donner la possibilité d'exprimer un avis sur ledit plan avant qu'il soit proposé pour approbation. Comme cela est indiqué plus haut (chap. II.A.3), lorsque le débiteur est une personne physique, certains actifs sont généralement exclus de la masse de l'insolvabilité pour permettre à celui-ci de préserver ses droits personnels et ceux de sa famille et il est souhaitable que le droit de conserver ces actifs soit clairement énoncé dans la loi sur l'insolvabilité.

380. Dans certains cas, toutefois, l'exercice ou le respect de ces droits risque d'entraîner des formalités et des frais entravant le déroulement de la procédure sans être directement bénéfique au débiteur. Il se peut, par exemple, que lorsque le débiteur ne se trouve plus dans le pays où a lieu la procédure et qu'il ne donne pas suite ou refuse de donner suite à toutes les tentatives raisonnables du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal pour entrer en contact avec lui, l'obligation absolue de l'entendre entrave sérieusement le déroulement de la procédure, voire la rende impossible. De même, lorsque l'entreprise du débiteur ne fonctionne plus et que ce dernier ne peut pas être entendu en tant que tel ou lorsque les actionnaires et les propriétaires de l'entreprise ne souhaitent participer à aucune répartition dans le cadre de la procédure, cette obligation absolue n'aura sans doute aucune utilité. C'est pourquoi, s'il est souhaitable d'exiger que tous les efforts raisonnables soient faits pour permettre au débiteur d'être entendu, il faut peut-être aussi que la loi sur l'insolvabilité offre une certaine souplesse dans des cas exceptionnels pour éviter que l'obligation de respecter ce droit ne compromette le déroulement de la procédure.

4. Obligations du débiteur

381. Il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité énonce clairement – outre les droits – les obligations du débiteur en rapport avec la procédure d'insolvabilité en précisant autant que possible le contenu de chaque obligation et la partie à qui elle est due. Les obligations devraient naître à l'ouverture de la procédure et continuer de s'appliquer pendant toute la durée de cette dernière. Il faudra les adapter en fonction du rôle qui sera confié au débiteur tant dans la liquidation que dans le redressement et surtout en fonction de son rôle dans la gestion et le contrôle de l'entreprise dans le deuxième type de procédure. Par exemple, si le débiteur garde les rênes de son entreprise dans un redressement, l'obligation de renoncer au contrôle des actifs de la masse ne sera pas applicable.

a) Coopération et assistance

382. Pour assurer le bon déroulement de la procédure, certaines lois sur l'insolvabilité qui prévoient une forme ou une autre de dessaisissement ou de supervision du débiteur font obligation à celui-ci de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider dans l'exercice de ses fonctions ou encore de s'abstenir de toute conduite pouvant compromettre le succès de la procédure. L'obligation de coopérer impliquera essentiellement que le débiteur laisse le représentant de l'insolvabilité prendre le contrôle effectif de la masse de l'insolvabilité en lui remettant le contrôle des actifs, des documents commerciaux et des pièces comptables de l'entreprise. Lorsque ses actifs se trouvent à l'étranger, le débiteur ne pourra sans doute pas en remettre le contrôle mais il devrait être tenu d'apporter son

aide et sa coopération au représentant de l'insolvabilité en vue de leur récupération (voir chap. VII concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale). L'obligation de coopérer peut également impliquer que le débiteur aide le représentant de l'insolvabilité à dresser une liste des créanciers et de leurs créances, ainsi qu'une liste de ses débiteurs (voir chap. III.B.4).

b) Communication de renseignements

383. Pour faciliter une évaluation détaillée et objective des activités du débiteur, en particulier de ses besoins immédiats de trésorerie, de l'opportunité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, de la viabilité à long terme de l'entreprise et des compétences de la direction pour déterminer si elle peut continuer à diriger l'entreprise, on aura généralement besoin de renseignements sur le débiteur, son actif et son passif, sa situation financière et ses affaires. Tant dans la procédure de liquidation que dans celle de redressement, mais plus particulièrement dans cette dernière et dans le cas d'une entreprise en liquidation devant être cédée en vue de la poursuite de l'activité, il est souhaitable, pour permettre cette évaluation, que le débiteur reste tenu de divulguer pendant une période relativement longue, et pas seulement pendant la période qui suit immédiatement l'ouverture de la procédure, des renseignements détaillés sur ses affaires commerciales et financières, à savoir notamment: son actif et son passif; ses bénéfices et décaissements; ses clients; ses prévisions de pertes et de profits; ses flux de trésorerie; sa stratégie commerciale; les tendances de son secteur d'activité; les causes ou raisons de sa situation financière; les opérations antérieures le concernant ou portant sur ses actifs, y compris les opérations susceptibles d'être annulées conformément aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à l'annulation; mais aussi les contrats en cours, les opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec lui et les procédures judiciaires, arbitrales ou administratives intentées contre lui ou auxquelles il est partie. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité font également obligation au débiteur de fournir des renseignements concernant ses créanciers et, comme indiqué plus haut, de préparer, généralement en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité, une liste des créanciers à partir de laquelle vérifier les créances, ainsi qu'une liste de ses débiteurs. Le débiteur peut aussi être tenu d'actualiser cette liste à mesure que les créances sont vérifiées et admises ou rejetées.

384. Bien qu'il ne soit sans doute pas nécessaire de fournir, dans une loi sur l'insolvabilité, une liste exhaustive des renseignements devant être communiqués par le débiteur, cette solution permettrait de donner des indications sur le type de renseignements souhaité. À cet égard, certaines lois prévoient des formulaires normalisés énumérant les différents éléments d'information requis. Ces formulaires doivent être remplis par le débiteur (des sanctions étant prises s'il fournit des informations fallacieuses ou mensongères) ou par une personne ou un administrateur indépendant.

385. Pour que les renseignements fournis puissent être utilisés aux différentes fins mentionnées ci-dessus, il faut qu'ils soient à jour, complets, exacts et fiables et qu'ils soient communiqués dès que possible après l'ouverture de la procédure, à condition que le débiteur se voit accorder le temps nécessaire pour les réunir. Si celui-ci peut respecter cette obligation, la confiance des créanciers dans son aptitude à continuer de gérer l'entreprise s'en trouvera renforcée.

386. L'utilité des renseignements mentionnés ci-dessus peut dépendre en grande partie des moyens prévus pour les obtenir. Si, par exemple, des membres de la direction sont responsables de la situation financière actuelle de l'entreprise, ils refuseront probablement de faire des révélations complètes et franches ou de divulguer des informations pouvant être compromettantes (bien que de nombreuses lois pénales n'autorisent pas l'utilisation de preuves compromettantes dans des procédures pénales ultérieures afin d'encourager la franchise). Par conséquent, outre l'obligation du débiteur de communiquer des renseignements, il sera sans doute souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité donne au représentant de l'insolvabilité et aux créanciers ou au comité des créanciers le droit correspondant d'exiger et de recevoir des renseignements du débiteur, des sanctions appropriées étant prises lorsque les renseignements demandés ne sont pas fournis. L'obligation du débiteur peut être complétée par d'autres mesures pouvant notamment consister à nommer une personne indépendante chargée d'auditionner celui-ci ou à exiger que le débiteur lui-même (lorsqu'il s'agit d'une personne physique) ou qu'un ou plusieurs administrateurs de l'entreprise débitrice se fassent représenter ou assistent à une réunion générale des créanciers pour répondre aux questions (sauf dans les cas où cela n'est matériellement pas possible, pour des raisons géographiques).

c) Confidentialité

387. Les renseignements devant être fournis par le débiteur sont souvent commercialement sensibles, confidentiels ou soumis à des obligations dues à d'autres personnes (comme les secrets professionnels, les listes de clients et de fournisseurs, les informations sur la recherche-développement) et peuvent soit appartenir au débiteur, soit appartenir à un tiers mais être en sa possession. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité comporte des dispositions permettant de protéger ce type de renseignements pour éviter qu'ils ne soient utilisés de manière abusive par les créanciers ou d'autres parties qui sont en mesure de les exploiter dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. Afin de concilier l'obligation de protection incombant au débiteur et son obligation de fournir des renseignements au représentant de l'insolvabilité, au tribunal ou aux créanciers, on devra peut-être aussi appliquer l'obligation de confidentialité et de protection aux parties ayant un lien avec le débiteur, au représentant de l'insolvabilité, à l'ensemble des créanciers, au comité des créanciers et aux tiers.

d) Obligations secondaires

388. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité imposent au débiteur d'autres obligations qui sont secondaires à son obligation de prêter coopération et assistance. Ce peut être, par exemple, l'obligation (faite soit à un débiteur personne physique soit aux dirigeants et aux membres du conseil d'administration d'une personne morale débitrice) de ne pas quitter leur résidence habituelle sans l'autorisation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité ou de notifier au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité qu'ils ont l'intention ou sont contraints de quitter cette résidence, de divulguer l'ensemble de leur correspondance au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal, ainsi que d'autres obligations restreignant la liberté personnelle. Lorsque le débiteur est une personne morale, des restrictions peuvent aussi s'appliquer au transfert du siège social de l'entreprise, la loi sur l'insolvabilité pouvant soumettre ce transfert à l'approbation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité. Ces restrictions peuvent être indispensables pour éviter que la

procédure ne soit perturbée par la pratique courante consistant, pour les débiteurs, à quitter l'établissement et, pour les membres du conseil d'administration et les dirigeants de l'entreprise, à démissionner dès l'ouverture de la procédure. Si une loi sur l'insolvabilité impose de telles obligations secondaires, il est souhaitable que celles-ci soient proportionnées au but visé par elles ainsi qu'à l'objectif général de l'obligation de coopération. Ces obligations peuvent en outre être limitées par l'application des conventions et accords relatifs aux droits de l'homme mentionnés plus haut.

389. Certaines lois sur l'insolvabilité considèrent ces obligations comme automatiquement applicables, tandis que d'autres laissent au tribunal la possibilité de les appliquer à sa discrétion si elles sont jugées nécessaires pour l'administration de la masse. Certaines lois font également une distinction entre personnes physiques et personnes morales; dans le premier cas, les obligations ne s'appliqueront que sur décision du tribunal, alors que, dans le second, certaines obligations peuvent s'appliquer automatiquement, par exemple celle de divulguer la correspondance.

e) Recours à des professionnels pour aider le débiteur

390. Pour aider le débiteur à s'acquitter de ses obligations en rapport avec la procédure dans son ensemble, certaines lois sur l'insolvabilité l'autorisent à faire appel aux professionnels dont il peut avoir besoin (comptables, avocats, experts, etc.), sous réserve d'une autorisation. Selon les lois, celle-ci est accordée soit par le représentant de l'insolvabilité, soit par le tribunal ou les créanciers.

f) Inexécution des obligations

391. Il faudra peut-être que la loi sur l'insolvabilité examine les dispositions à prendre en cas de manquement de la part du débiteur, compte tenu de la nature différente des obligations et des sanctions appropriées. Comme on l'a vu plus haut, en cas de rétention d'information par le débiteur, un mécanisme qui l'oblige à communiquer les renseignements requis, tels que son "audition publique" par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, peut être nécessaire. Dans des cas plus graves de rétention de l'information, un certain nombre de pays appliquent des sanctions pénales. Des approches similaires conviendraient sans doute pour l'inexécution d'autres obligations. Dans un redressement, la conversion de cette procédure en liquidation (voir chap. IV.A.14) peut être une sanction appropriée à condition qu'elle soit dans l'intérêt des créanciers; dans certains cas, ces derniers auront tout à gagner de la poursuite du redressement, malgré le refus du débiteur de coopérer ou plus généralement de s'acquitter de ses obligations.

392. Il faudra peut-être aussi que la loi sur l'insolvabilité examine quelles sont les conséquences des actes accomplis en violation des obligations et si de tels actes devraient ou non être invalidés. Par exemple, les contrats conclus par le débiteur après l'ouverture de la procédure pourraient faire l'objet d'actions en annulation ou être considérés comme des opérations non agréées. Il faudra peut-être aussi examiner à quelles parties devraient s'appliquer les sanctions lorsque le débiteur est une personne morale par exemple, à toute personne qui pourrait généralement être décrite comme se trouvant à la tête de l'entreprise, notamment les membres du conseil d'administration et les dirigeants.

5. Responsabilité du débiteur

393. Lorsque l'entreprise est solvable, le débiteur est généralement comptable en premier lieu aux propriétaires de l'entreprise et ses relations avec les créanciers seront régies par les arrangements contractuels conclus entre eux. Mais lorsque l'entreprise devient insolvable, la situation change et les créanciers y deviennent financièrement les véritables parties prenantes, supportant tout risque de perte découlant de la poursuite des activités par le débiteur. Malgré ce changement de situation, la conduite des propriétaires et des dirigeants d'une entreprise est avant tout une question de droit et de politique générale extérieure au régime de l'insolvabilité. Il n'est pas souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité serve à combler des lacunes dans ce domaine de la réglementation ou à veiller à l'application des principes de gouvernement d'entreprise, bien que certaines lois sur l'insolvabilité puissent exiger que la procédure d'insolvabilité soit ouverte à un stade précoce des difficultés financières (voir chap. I.B). Si les actes antérieurs de personnes ayant un lien avec un débiteur insolvable ont causé un préjudice ou une perte aux créanciers de ce débiteur (par exemple, en raison d'une fraude ou d'un comportement irresponsable), il peut être indiqué, selon les régimes de responsabilité applicables respectivement à la fraude et à la négligence, de prévoir, dans une loi sur l'insolvabilité, la possibilité d'une réparation par les responsables du préjudice ou de la perte causée.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant le débiteur est:

a) d'établir les droits et obligations du débiteur pendant la procédure d'insolvabilité;

b) de prévoir des mesures en cas d'inexécution par le débiteur des obligations qui lui incombent;

c) de régler les questions concernant la gestion de l'entreprise débitrice dans la procédure d'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

Droits

– *Droit d'être entendu (voir recommandation 121)*

– *Droit de participer et de demander des informations*

93) La loi devrait spécifier que le débiteur a le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et d'obtenir du représentant de l'insolvabilité et du tribunal des informations concernant cette procédure.

– *Droit du débiteur de conserver des biens pour préserver ses droits de nature personnelle*

94) Lorsque le débiteur est une personne physique, la loi devrait spécifier que le débiteur a le droit de conserver les actifs qu'elle exclut de la masse[79].

Obligations

95) La loi devrait indiquer clairement les obligations du débiteur en ce qui concerne la procédure d'insolvabilité, lesquelles devraient naître à l'ouverture de cette procédure et continuer de s'appliquer pendant toute sa durée. Ces obligations devraient être notamment les suivantes:

a) obligation de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider dans l'exercice de ses fonctions;

b) obligation de fournir au tribunal, au représentant de l'insolvabilité, aux créanciers et/ou au comité des créanciers les renseignements exacts, fiables et complets que ceux-ci pourraient [raisonnablement] lui demander sur sa situation financière et ses affaires, notamment des listes[80]:

i) des opérations réalisées avant l'ouverture qui concernent le débiteur ou ses actifs;

ii) des procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours, y compris les procédures d'exécution;

iii) des éléments d'actif et de passif, des bénéfices et des décaissements;

iv) des débiteurs et de leurs obligations;

v) des créanciers et de leurs créances, cette liste étant établie en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité et revue et modifiée à mesure que les créances sont vérifiées et admises ou rejetées;

c) [lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé] obligation de permettre à celui-ci de prendre le contrôle effectif de la masse et de lui apporter son aide ou sa coopération pour qu'il recouvre les actifs de la masse où qu'ils se trouvent[81] ou en reprenne le contrôle et pour qu'il récupère les documents commerciaux;

d) lorsque le débiteur est une personne physique, obligation de notifier au tribunal qu'il a l'intention ou qu'il est contraint de quitter sa résidence habituelle et, lorsque le débiteur est une personne morale, obligation d'obtenir l'autorisation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité pour transférer son siège social.

---

[79] Voir chap. II.A.

[80] À condition de laisser au débiteur le temps nécessaire pour réunir les renseignements en question.

[81] Voir chap. VII – Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et nomination d'un représentant étranger.

Confidentialité

96) La loi devrait spécifier les mesures visant à protéger les renseignements fournis par le débiteur[82] qui sont commercialement sensibles ou confidentiels.

Rôle du débiteur dans la continuation de l'entreprise

97) La loi devrait spécifier le rôle dévolu au débiteur dans la poursuite de l'exploitation de l'entreprise pendant la procédure d'insolvabilité. Différentes approches peuvent être adoptées, notamment:

a) le maintien du débiteur à la tête de l'entreprise (débiteur non dessaisi), moyennant des mesures de protection appropriées, y compris un contrôle plus ou moins strict du débiteur ainsi que la possibilité de le dessaisir dans des cas spécifiés[83];

b) le dessaisissement partiel du débiteur, qui peut continuer à exploiter l'entreprise au jour le jour, tout en étant supervisé par un représentant de l'insolvabilité, auquel cas la répartition des tâches entre le premier et le second devrait être spécifiée dans la loi; ou

c) le dessaisissement total du débiteur, qui ne joue plus aucun rôle dans l'entreprise, et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité.

Sanctions en cas d'inexécution

98) La loi devrait autoriser l'application de sanctions en cas d'inexécution par le débiteur des obligations qu'elle lui impose.

B. Représentant de l'insolvabilité

1. Introduction

394. Les lois sur l'insolvabilité utilisent différents termes pour désigner la personne chargée d'administrer la procédure d'insolvabilité, notamment administrateur judiciaire, syndic de faillite, liquidateur, mandataire liquidateur, mandataire de justice, administrateur-séquestre, curateur ou encore commissaire. Dans le présent Guide, le terme "représentant de l'insolvabilité" est employé pour désigner la personne qui assume les diverses fonctions pouvant être exercées d'une manière générale sans distinction entre elles selon le type de procédure. Le représentant de l'insolvabilité peut être une personne physique ou, dans certains pays, une société ou autre type de personne morale distincte. Quelle que soit la façon dont il est nommé, il joue un rôle central dans l'application effective et efficace de la loi sur l'insolvabilité, se voyant conférer certains pouvoirs sur le débiteur et ses actifs et ayant pour mission de protéger lesdits actifs et leur valeur, ainsi que les intérêts des créanciers et des salariés, et de veiller à ce que la loi soit appliquée avec efficacité et en toute impartialité. Il est donc indispensable que le représentant de l'insolvabilité

---

[82] Le débiteur peut fournir des renseignements qu'il détient, qui lui appartiennent ou qui appartiennent à un tiers.

[83] Il est à noter que cette solution repose sur une structure judiciaire bien développée et sur l'application de mesures de protection qui ont pour effet de dessaisir le débiteur dans certains cas. Pour des explications plus détaillées, voir chap. III.A.2 b) ii).

possède les qualifications appropriées ainsi que les connaissances, l'expérience et les qualités personnelles qui non seulement assureront le bon déroulement de la procédure mais inspireront également confiance dans le système d'insolvabilité.

2. Qualifications

395. Les qualifications requises d'une personne susceptible d'être nommée représentant de l'insolvabilité peuvent varier en fonction du rôle du représentant de l'insolvabilité (y compris du type de procédure – liquidation ou redressement) et du niveau de supervision exercé sur lui (et sur la procédure d'insolvabilité en général) par le tribunal. Elles peuvent également varier en fonction de la procédure de nomination (voir ci-après). Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit la nomination d'un agent public à cette fonction, les qualifications examinées ci-après ne s'appliqueront généralement pas à cette nomination (même si elles peuvent s'appliquer au recrutement de cet agent par l'organisme public intéressé).

396. Lorsqu'on détermine les qualifications requises pour être nommé représentant de l'insolvabilité, il est souhaitable de trouver le juste milieu entre des exigences trop strictes, qui conduisent à désigner une personne hautement qualifiée mais risquent de limiter considérablement le nombre de professionnels considérés comme suffisamment qualifiés et d'accroître le coût de la procédure, et des exigences trop faibles pour garantir la qualité du service requis. En cas de pénurie de professionnels suffisamment qualifiés, le rôle assigné au tribunal en matière de nomination et de supervision du représentant de l'insolvabilité pourra fortement aider à trouver ce juste milieu.

a) Représentant provisoire de l'insolvabilité

397. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à titre provisoire par le tribunal avant que la procédure d'insolvabilité ne soit ouverte, les pouvoirs et fonctions de cette personne sont généralement déterminés par le tribunal. Dans la mesure où ses pouvoirs et fonctions sont les mêmes que ceux d'un représentant de l'insolvabilité nommé après l'ouverture de la procédure, le représentant provisoire de l'insolvabilité devrait avoir les mêmes qualifications, ainsi que les mêmes responsabilités et le même taux de rémunération qu'un représentant nommé après l'ouverture.

b) Connaissances et expérience

398. En raison de la complexité de nombreuses procédures d'insolvabilité, il est vivement souhaitable que le représentant de l'insolvabilité ait les qualifications adéquates et qu'il connaisse le droit (non seulement le droit de l'insolvabilité, mais aussi le droit commercial, le droit financier et le droit des affaires) et ait une expérience appropriée des questions commerciales et financières, y compris de la comptabilité. Le représentant de l'insolvabilité devra faire preuve de compétence dans l'exercice des fonctions qui lui incombent dans différents cas et circonstances pouvant être litigieux, aussi bien dans une procédure de liquidation que dans une procédure de redressement, où des délais peuvent être imposés par la loi sur l'insolvabilité, où les exigences commerciales doivent être conciliées avec les considérations juridiques et où il faut servir les intérêts d'autres personnes, telles que les créanciers, mais aussi peut-être l'intérêt général. Dans le cas où des connaissances plus approfondies ou plus spécialisées seraient nécessaires, celles-ci

peuvent toujours être apportées par des experts recrutés à cette fin. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent également qu'une personne devant être nommée représentant de l'insolvabilité dans une affaire particulière ait des connaissances et des compétences adaptées à cette affaire, par exemple une connaissance de l'activité du débiteur, de ses actifs et du type de marché sur lequel il opère.

c) Faire en sorte que le représentant de l'insolvabilité ait les qualifications appropriées

399. Différentes solutions sont adoptées pour faire en sorte que le représentant de l'insolvabilité ait les qualifications appropriées. Celui-ci peut notamment être tenu de posséder certaines qualifications et certains diplômes professionnels; d'obtenir une licence, délivrée par une autorité publique ou un organisme professionnel; de suivre des stages de formation spécialisée et de passer des examens d'aptitude; d'avoir une certaine expérience (généralement spécifiée en nombre d'années) des domaines pertinents, par exemple la finance, le commerce, la comptabilité et le droit, ainsi que de la conduite des procédures d'insolvabilité. Il peut également être tenu de suivre une formation professionnelle continue pour se tenir bien informé des changements récents dans les domaines pertinents du droit et de la pratique. Les systèmes qui exigent une forme quelconque de licence ou de qualification professionnelle et l'appartenance à des associations professionnelles traitent aussi, souvent, des questions de supervision et de discipline; un représentant de l'insolvabilité peut être sous la tutelle d'un tribunal, d'une association professionnelle ou d'un organisme de réglementation des entreprises ou autre, dans le cadre d'une législation autre que la loi sur l'insolvabilité. Plusieurs de ces systèmes sont relativement complexes et leur analyse approfondie déborde le cadre du présent Guide.

d) Qualités personnelles

400. Outre les connaissances et l'expérience requises, il peut également être souhaitable que le représentant de l'insolvabilité possède certaines qualités personnelles, telles que l'intégrité, l'impartialité et de bonnes aptitudes de gestionnaire. L'intégrité impliquerait que le représentant de l'insolvabilité ait une bonne réputation et qu'il n'ait pas commis d'infraction pénale ni de fraude financière ou, dans certains pays, qu'il n'ait pas été insolvable ou qu'il n'ait pas été révoqué d'un poste dans l'administration publique. De tels faits suffiraient généralement pour empêcher une nomination.

e) Conflits d'intérêts

401. Un élément essentiel de ces qualités est que le représentant de l'insolvabilité sache faire preuve d'indépendance vis-à-vis d'intérêts particuliers, qu'ils soient économiques, familiaux ou autres. À cette fin, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité impose une obligation de déclarer les conflits d'intérêts existants ou potentiels, obligation qui s'appliquerait à une personne dont la nomination est proposée à l'ouverture de la procédure et à la personne nommée à cette fonction pendant toute la durée de la procédure. La loi devrait indiquer clairement la personne à qui la déclaration doit être faite, celle-ci pouvant varier selon la procédure de sélection et de nomination du représentant de l'insolvabilité. Les situations donnant lieu à un conflit d'intérêts, de même que les conséquences d'un

conflit déclaré à l'ouverture de la procédure ou découvert par la suite, varient selon les lois.

402. Un conflit d'intérêts peut naître, par exemple, de relations antérieures ou existantes avec le débiteur. Il suffira parfois d'avoir été propriétaire de l'entreprise débitrice, de traiter ou d'avoir traité avec le débiteur (notamment d'être partie à une opération conclue avec lui susceptible de faire l'objet d'une enquête pendant la procédure d'insolvabilité ou d'être un de ses créanciers ou débiteurs), d'être en relation avec un créancier du débiteur, d'avoir été représentant du débiteur ou avoir exercé une fonction de direction dans son entreprise ou d'avoir un lien avec un concurrent du débiteur. Dans certains pays, un conflit d'intérêts empêchera la nomination de la personne à la fonction de représentant de l'insolvabilité ou entraînera la révocation de la personne nommée à cette fonction. Dans d'autres, la personne pourra malgré tout être nommée à condition que le conflit d'intérêts soit déclaré, l'idée étant que cette déclaration confirme son intégrité et que toute impartialité ou tout manque d'indépendance peut être apprécié au regard des faits révélés. Pour accroître la transparence, la prévisibilité et l'intégrité du système d'insolvabilité, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité précise le degré de relation qui pourra donner lieu à un conflit d'intérêts. Il revient généralement aux tribunaux de déterminer s'il existe ou non, dans une affaire particulière, un conflit d'intérêts ou des éléments indiquant un manque d'indépendance.

3. Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité

403. Les lois sur l'insolvabilité prévoient des modalités différentes de sélection et de nomination d'un représentant de l'insolvabilité. Ce dernier peut provenir de différents milieux, tels que le monde des affaires, un organisme public spécialisé ou un groupe privé de personnes qualifiées (souvent des avocats, des comptables ou d'autres professionnels). Dans certains pays, la loi sur l'insolvabilité prévoit la nomination automatique d'un agent public particulier (diversement appelé administrateur judiciaire, curateur ou liquidateur) dans tous les cas ou dans certaines types d'affaires. Dans de nombreux pays, le représentant de l'insolvabilité doit être une personne physique. Toutefois, certains pays, autorisent aussi la nomination d'une personne morale sous certaines conditions, notamment que les individus chargés de faire le travail pour le compte de la personne morale soient dûment qualifiés et que cette dernière soit elle-même soumise à une réglementation.

a) Sélection et nomination par le tribunal

404. Dans de nombreux pays, c'est le tribunal qui sélectionne, nomme et supervise le représentant de l'insolvabilité. La sélection peut s'effectuer à la discrétion du tribunal parmi une liste de professionnels dûment qualifiés. Elle peut également se faire par un système de roulement – par exemple à partir d'une liste – ou par d'autres moyens, par exemple sur recommandation des créanciers ou du débiteur. Le système de roulement à partir d'une liste garantit une répartition équitable et impartiale des affaires, mais peut avoir l'inconvénient de ne pas garantir la nomination de la personne la plus qualifiée pour l'affaire considérée. Tout dépendra bien entendu de la manière dont la liste est établie ainsi que des qualifications requises pour que les professionnels de l'insolvabilité y figurent. Cet inconvénient ne semblera sans doute pas important lorsqu'il n'y a pas d'actifs suffisants pour financer les frais d'administration.

b) Autorités de nomination indépendantes

405. Dans certains pays, un organe ou une institution distincts assumant la tutelle de tous les représentants de l'insolvabilité sélectionne l'intéressé sur instruction du tribunal. Cette approche peut avoir un avantage, à savoir permettre à l'autorité de nomination indépendante de faire appel à des professionnels qui auront les compétences et les connaissances nécessaires pour examiner les circonstances de chaque cas, notamment la nature des activités commerciales ou autres du débiteur; le type d'actifs; le marché sur lequel l'entreprise débitrice exerce ou a exercé ses activités; les connaissances spéciales nécessaires pour comprendre les affaires du débiteur; ou d'autres aspects particuliers. Le recours à une autorité de nomination indépendante dépendra de l'existence d'une institution ou d'un organe approprié disposant des ressources et de l'infrastructure nécessaires pour exercer les fonctions requises; à défaut, il faudra créer une institution ou un organe approprié.

c) Rôle des créanciers

406. Une autre approche consiste à laisser les créanciers intervenir en recommandant et en sélectionnant le représentant de l'insolvabilité à nommer, à condition que cette personne ait les qualifications requises pour remplir cette fonction dans le cas considéré. Le recours à une autorité de nomination indépendante ou au comité des créanciers peut aider à éviter toute impression de partialité et contribuer à alléger le lourd travail de supervision qui incombe aux tribunaux. Une approche différente permet au débiteur, lorsqu'il demande l'ouverture d'une procédure de redressement, de nommer lui-même le représentant de l'insolvabilité. Dans ce cas, le débiteur et d'autres parties telles que les créanciers garantis peuvent, avant l'ouverture de la procédure, avoir des discussions qui permettront au futur représentant de se familiariser avec l'entreprise, et le débiteur peut sélectionner le représentant de l'insolvabilité qu'il juge le mieux à même de conduire le redressement. On pourra s'interroger, cependant, sur l'indépendance du représentant de l'insolvabilité. Ces interrogations pourront être levées si l'on permet aux créanciers, dans les cas appropriés, de remplacer un représentant de l'insolvabilité nommé par le débiteur.

4. Supervision du représentant de l'insolvabilité

407. Outre le fait d'exiger certaines qualifications et qualités personnelles pour sa nomination, il est possible de vérifier que le représentant de l'insolvabilité s'acquitte de ses fonctions (et fait preuve des qualités susmentionnées) dans chaque cas suivant les dispositions de la loi sur l'insolvabilité et selon les rôles attribués à chaque participant. Les lois sur l'insolvabilité conçoivent de diverses façons, par exemple, les rapports entre le représentant de l'insolvabilité et le tribunal et, en particulier, la délimitation de leurs pouvoirs respectifs, ainsi que le rôle pouvant être joué par les créanciers dans la supervision de certaines décisions du représentant et sur d'autres questions, telles que sa rémunération ou sa révocation. Étant en principe celui qui a le plus de renseignements sur la situation du débiteur, le représentant de l'insolvabilité est souvent le mieux placé pour prendre des décisions en connaissance de cause sur la conduite de la procédure. Cela ne veut pas dire, pour autant, qu'il peut se substituer au tribunal: il peut être tenu d'aviser ce dernier ou les créanciers avant de prendre certaines décisions, de faire rapport régulièrement à l'un et aux autres. Le tribunal quant à lui serait généralement tenu de trancher les litiges

nés de la conduite de la procédure et, souvent, d'approuver plusieurs étapes de la procédure. Même dans les pays où le tribunal joue un rôle plus restreint dans les procédures d'insolvabilité, l'étendue des pouvoirs qui seraient normalement confiés au représentant de l'insolvabilité est limitée.

5. Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité

408. Les lois sur l'insolvabilité spécifient souvent les obligations et fonctions que le représentant de l'insolvabilité devra remplir dans le cadre de la procédure, et il importe que la loi sur l'insolvabilité accorde au représentant de l'insolvabilité les pouvoirs lui permettant de s'acquitter effectivement et efficacement de ces fonctions et obligations. Les obligations et fonctions qui incombent généralement au représentant de l'insolvabilité en ce qui concerne l'administration de la procédure ainsi que la préservation et la protection de la masse sont énumérées ci-après – certaines d'entre elles peuvent cependant relever davantage de la liquidation que du redressement. La liste ci-après ne prétend pas à l'exhaustivité et, dans certains cas, les fonctions se chevaucheront ou ne seront pas pertinentes en raison des dispositions de la loi sur l'insolvabilité.

i) prendre le contrôle immédiat des actifs composant la masse de l'insolvabilité et des documents commerciaux du débiteur;

ii) représenter la masse de l'insolvabilité;

iii) obtenir un financement après l'ouverture de la procédure;

iv) exercer des droits au profit de la masse de l'insolvabilité dans le cadre de procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours;

v) prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger et préserver les actifs de la masse de l'insolvabilité et l'entreprise du débiteur, notamment en empêchant les actes de disposition non agréés de ces actifs et en exerçant des pouvoirs d'annulation pour recouvrer les actifs dont il a été indûment disposé au détriment des créanciers;

vi) inscrire les droits de la masse (lorsque l'inscription est nécessaire pour rendre ces droits opposables aux acquéreurs de bonne foi);

vii) nommer et rémunérer les comptables, avocats et autres professionnels dont il peut avoir besoin pour l'aider à s'acquitter de ses fonctions;

viii) obtenir des informations concernant le débiteur, son actif, son passif et ses opérations antérieures (en particulier celles survenues pendant la période suspecte), notamment en entendant le débiteur et toute personne ayant traité avec lui;

ix) examiner les contrats qui ne sont pas pleinement exécutés afin de décider s'il faut en poursuivre l'exécution ou les rejeter;

x) prendre des mesures concernant les salariés et leurs droits, y compris de leurs droits à pension;

xi) en cas de liquidation, réaliser les actifs de la masse de l'insolvabilité;

xii) vérifier et admettre les créances et tenir à jour une liste des créances vérifiées et admises;

xiii) fournir périodiquement au tribunal et aux créanciers des informations décrivant en détail la conduite de la procédure. Les informations devraient inclure, par exemple, des précisions sur les actifs vendus pendant la période considérée, les prix obtenus, les frais de vente, ainsi que les renseignements que le tribunal pourra demander ou que le comité des créanciers pourra raisonnablement demander; les recettes et les décaissements; les actifs restant à administrer;

xiv) assister aux réunions des créanciers;

xv) gérer l'entreprise en redressement et en liquidation lorsqu'elle doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité;

xvi) en cas de redressement, établir ou aider à établir un plan de redressement ou un rapport expliquant pourquoi un redressement n'est pas possible (lorsque cette fonction doit être exercée par le représentant de l'insolvabilité);

xvii) superviser l'approbation du plan de redressement et, au besoin, son exécution;

xviii) liquider la masse de manière rapide, efficace et au mieux des intérêts des différentes parties concernées et en répartir le produit;

xix) présenter au tribunal ou aux créanciers, selon le cas, un rapport et un compte finals concernant l'administration de la masse de l'insolvabilité;

xx) traiter toute autre question dont il pourrait être saisi par les créanciers ou qui pourrait être déterminée par le tribunal.

409. Outre ces obligations et fonctions spécifiques, les lois sur l'insolvabilité imposent souvent au représentant de l'insolvabilité certaines obligations générales. Il peut s'agir d'une obligation de protéger la masse de l'insolvabilité et d'en maximiser la valeur et d'une obligation d'obtenir le meilleur prix qu'il sera raisonnablement possible de demander lors de la vente d'actifs de la masse.

410. Dans une procédure de redressement où le débiteur n'est pas dessaisi et où aucun représentant de l'insolvabilité n'est nommé, nombre des fonctions énumérées ci-dessus seront exercées par le débiteur, sous la supervision plus ou moins stricte du tribunal ou des créanciers.

6. Confidentialité

411. La nécessité d'imposer au débiteur une obligation de confidentialité a été notée plus haut. Il pourrait également être utile que la loi sur l'insolvabilité impose une telle obligation au représentant de l'insolvabilité, car une grande partie des informations qui seront obtenues concernant les affaires du débiteur seront commercialement sensibles, confidentielles ou soumises à des obligations dues à d'autres personnes (secrets commerciaux, données de recherche-développement et renseignements sur les clients, par exemple) et ne devraient pas être révélées à des tiers qui pourraient être en mesure d'en tirer indûment profit. Lorsque les informations doivent être révélées aux créanciers, ceux-ci devraient être tenus de la même obligation de confidentialité que le représentant de l'insolvabilité. Le respect de la confidentialité peut revêtir une importance particulière lorsque le représentant de l'insolvabilité est habilité à exiger la révélation d'informations et de documents lors d'une audition du débiteur. Certaines de ces informations peuvent provenir de

tiers et être soumises à des dispositions relatives à la protection de la vie privée et au secret, telles celles applicables aux banques. Il est souhaitable que le représentant de l'insolvabilité soit autorisé à utiliser ces informations uniquement aux fins de la procédure d'insolvabilité dans le cadre de laquelle l'audition a été autorisée, à moins que le tribunal n'en décide autrement. Ces considérations peuvent également valoir pour la fourniture et l'obtention d'informations dans le cadre de procédures pénales engagées contre le débiteur. Une obligation de confidentialité analogue devrait s'appliquer aux mandataires et employés du représentant de l'insolvabilité (voir sect. 8 ci-après) et à d'autres parties sur décision du tribunal.

7. Rémunération du représentant de l'insolvabilité

a) Détermination du montant de la valeur du service rendu

412. Outre le remboursement des dépenses engagées par lui-même dans le cadre de l'administration de la masse, le représentant de l'insolvabilité aura droit à une rémunération pour ses services. Cette rémunération devrait être proportionnelle aux qualifications du représentant de l'insolvabilité et aux tâches qui lui incombent et compenser la prise de risque afin d'attirer des professionnels dûment qualifiés. La rémunération est calculée suivant différentes méthodes. Elle peut être fixée par rapport à un barème d'honoraires approuvé, établi par un organisme public ou une association professionnelle; déterminée dans chaque cas par l'ensemble des créanciers, le tribunal ou tout autre organe ou tribunal administratif; fondée sur le temps effectivement consacré à l'administration de la masse de l'insolvabilité par le représentant de l'insolvabilité (et les diverses catégories de personne susceptibles de travailler à l'administration de la masse, depuis le personnel administratif jusqu'au représentant lui-même); ou fondée sur un pourcentage de la valeur des actifs de la masse qui sont réalisés ou distribués ou une combinaison des deux (calculée à la fin de la procédure, une fois les actifs vendus et leur valeur déterminée). Il peut s'agir d'un pourcentage fixe pouvant augmenter ou diminuer en fonction de l'affaire traitée. Dans chacun de ces cas, la loi sur l'insolvabilité prévoit généralement la possibilité d'un examen plus poussé à la demande d'une partie, d'un tiers ou du représentant de l'insolvabilité lui-même, suivant la méthode de calcul employée. Cette approche est importante pour assurer la transparence. Il faut cependant éviter que la partie à qui incombe la décision finale puisse ainsi influer sur la conduite de la procédure.

i) Systèmes fondés sur le temps passé

413. Un des avantages d'une méthode de calcul fondée sur le temps passé est que, souvent, il est difficile d'évaluer au début de la procédure la complexité d'une administration particulière et les moyens qu'elle nécessitera, du moins tant que certains travaux préliminaires n'ont pas été exécutés. Un inconvénient est que s'il peut encourager une administration très rigoureuse, un système fondé sur le temps passé peut aussi, dans certains cas, inciter à maximiser le temps consacré à l'administration sans que cela n'accroisse nécessairement de manière proportionnelle la valeur de la masse.

ii) Systèmes de commissions

414. Un avantage du système de commissions, du moins du point de vue des créanciers, est qu'au moins une partie, sinon une proportion importante, des actifs

recouvrés leur sera distribuée. Du point de vue du représentant de l'insolvabilité, en revanche, cette méthode de calcul peut se révéler incertaine, car la quantité de travail nécessaire à l'administration n'est pas nécessairement proportionnelle à la valeur des actifs distribuables. Elle risque également d'encourager une démarche de "rendement maximum pour un coût minimum" et incite peu à exercer des fonctions qui ne visent pas directement à accroître les sommes à répartir entre les créanciers, qu'il s'agisse, par exemple, de faire rapport au tribunal et aux créanciers et d'aider les organismes de réglementation à enquêter sur les affaires et d'éventuelles fautes du débiteur. Cette méthode de calcul peut aussi, dans de très nombreux cas, aboutir au paiement d'honoraires importants prélevés sur la masse, ce qui risque de décourager tant les créanciers que le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure.

iii) Participation des créanciers

415. Dans certains pays, il peut être demandé aux créanciers (ou au comité des créanciers) de participer à la fixation ou à l'approbation de la rémunération, compte tenu de facteurs tels que la complexité de l'affaire, la nature et le niveau des responsabilités du représentant de l'insolvabilité et l'efficacité avec laquelle ce dernier s'en est acquitté, ainsi que la valeur et la nature des actifs de la masse. L'intervention des créanciers peut permettre de surmonter certaines des difficultés examinées plus haut, car les créanciers connaîtraient mieux les problèmes en jeu et auraient la possibilité de participer à la fixation et à l'approbation de la rémunération. Celle-ci pourrait également être revue périodiquement au cours de la procédure, tout problème éventuel étant alors examiné et résolu, peut-être par voie d'arbitrage ou par un autre mode de règlement des litiges entre le représentant de l'insolvabilité et les créanciers.

416. Il est vivement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité crée un mécanisme clair et transparent de fixation de la rémunération du représentant de l'insolvabilité permettant d'éviter les litiges et de savoir avec un certain degré de certitude ce que coûtera la procédure d'insolvabilité. Quel que soit le mode de calcul, il est également souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité reconnaisse qu'il importe d'accorder la priorité au versement de la rémunération du représentant de l'insolvabilité.

b) Moyen de paiement

417. Le versement de la rémunération du représentant de l'insolvabilité est souvent source de contestation de la part des créanciers chirographaires; cette rémunération est le plus souvent prélevée sur les actifs non grevés, si bien qu'une fois celle-ci versée, il ne reste parfois rien à distribuer à ces créanciers. Il serait certes injuste de conclure que les dépenses d'administration sont excessives simplement parce que leur montant est supérieur à celui des actifs non grevés disponibles pour régler les créanciers chirographaires, mais le fait que ces derniers voient la plupart sinon la totalité des actifs disponibles utilisés pour couvrir les dépenses d'administration et que la comparaison des dépenses totales d'administration avec la valeur des actifs recouvrés fasse naître un sentiment d'injustice montre qu'il est nécessaire d'étudier attentivement cette question. On peut adopter différentes méthodes pour payer le représentant de l'insolvabilité. Par exemple, lorsque la masse comprend des actifs non grevés, la rémunération pourrait être prélevée sur ces actifs; des frais

supplémentaires pourraient être prélevés sur les actifs pour financer leur administration ou leur vente lorsque cette administration ou cette vente profite aux créanciers; des frais supplémentaires pourraient également être perçus sur les créanciers ayant déposé une demande d'ouverture pour financer au moins les dépenses initiales et l'accomplissement des fonctions essentielles; une part proportionnelle ou définie de la rémunération pourrait être prélevée sur des actifs grevés (voir chap. VI, priorités). Une autre méthode est de rémunérer le représentant de l'insolvabilité à partir d'un fonds constitué par l'État. Cette méthode peut être particulièrement utile lorsque le débiteur n'a pas suffisamment d'actifs pour financer l'administration de la masse (voir chap. I.B.6)[84].

c) Révision de la rémunération

418. Suivant les modalités de fixation de la rémunération du représentant de l'insolvabilité, il peut être souhaitable de prévoir un mécanisme de révision en cas de mécontentement du représentant lui-même ou des créanciers. Lorsque la rémunération est fixée par une réunion de créanciers, le tribunal sera généralement habilité à réviser ce montant sur demande du représentant de l'insolvabilité ou d'un pourcentage ou nombre spécifié de créanciers, par exemple de créanciers représentant 10 % des actions émises ou au moins 10 ou 25 % du passif total. Lorsque la rémunération est fixée en premier lieu par le tribunal, différentes solutions existent. Certaines lois autorisent le représentant de l'insolvabilité à appeler de cette décision; d'autres non. Certaines lois disposent aussi que le débiteur ne peut solliciter de révision. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est tenu d'appartenir à une organisation professionnelle ou d'avoir une licence, l'organisation professionnelle ou l'autorité qui délivre les licences peut également exercer certains pouvoirs en matière de révision des honoraires perçus et servir de structure informelle de règlement des litiges.

8. Responsabilité du représentant de l'insolvabilité

419. Le degré de prudence dont le représentant de l'insolvabilité doit faire preuve et sa responsabilité personnelle sont des éléments importants pour la conduite de la procédure d'insolvabilité. Afin de déterminer le degré de prudence, de diligence et de compétence avec lequel le représentant de l'insolvabilité doit s'acquitter de ses obligations et fonctions, on doit tenir compte des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de ses tâches mais également de la rémunération à verser en conséquence et de la nécessité d'attirer des personnes qualifiées dans cette profession. Il est également souhaitable que les exigences applicables au représentant de l'insolvabilité garantissent l'exercice de ses fonctions avec compétence, sans pour autant être strictes au point d'encourager des actions en justice contre lui et d'augmenter le coût de ses services. La loi sur l'insolvabilité devra aussi tenir compte du fait que la responsabilité du représentant de l'insolvabilité supposera souvent l'application de lois autres que celle sur

[84] Ce fonds peut être financé par différents moyens, par exemple: par des versements effectués par les membres des conseils d'administration des entreprises débitrices en liquidation, le prélèvement de frais plus élevés pour le dépôt des demandes d'ouverture, le dépôt obligatoire du produit de la liquidation sur un compte commun, les intérêts étant crédités sur le fonds, ou encore la taxation des bénéfices annuels des sociétés.

l'insolvabilité ou, lorsque le représentant de l'insolvabilité est membre d'une organisation professionnelle, des normes professionnelles de cette organisation.

420. Dans de nombreux systèmes juridiques, le représentant de l'insolvabilité engagera sa responsabilité civile en cas d'exécution défectueuse d'un acte licite ou d'accomplissement d'un acte illicite. Les exigences appliquées varient toutefois. Elles dépendront dans une certaine mesure des modalités de nomination et de la qualité du représentant de l'insolvabilité (par exemple, s'il est un praticien privé ou un agent de l'État). Une solution peut consister à ne pas imposer au représentant de l'insolvabilité d'exigence plus stricte que celle à laquelle le débiteur solvable devrait en principe satisfaire dans le cours normal de ses activités, à savoir faire preuve de la prudence que l'on attend d'une personne à cette fonction. Certains pays peuvent toutefois exiger dans ce cas un degré de prudence supérieur car le représentant de l'insolvabilité s'occupe des actifs d'un tiers et non des siens. Une autre solution consiste à partir du principe que le représentant de l'insolvabilité est censé agir de bonne foi à des fins légitimes. Une troisième possibilité serait de fixer un seuil en deçà duquel il y aurait négligence.

421. Une façon de régler la question de la responsabilité en cas de préjudice serait d'exiger que le représentant de l'insolvabilité dépose une caution ou prenne une assurance pour couvrir la perte d'actifs de la masse ou les dommages-intérêts auxquels il pourrait être tenu en cas de manquement à ses obligations. Plusieurs lois sur l'insolvabilité exigent à la fois une caution et une assurance, chacune couvrant un type différent de dommage, tandis que d'autres n'exigent qu'une assurance. Dans certains cas, le montant de la caution exigée correspond à la valeur comptable des actifs de la masse, alors que dans d'autres, tant le montant de la caution que celui de l'assurance sont fixés dans les règles de l'association professionnelle ou de l'organisme de réglementation intéressé, voire dans la loi sur l'insolvabilité. On peut également prévoir une procédure en réparation différente selon que c'est la caution ou l'assurance qui est mise en œuvre. Il ne sera cependant pas possible de verser une caution ou de prendre une assurance en responsabilité civile personnelle dans tous les pays, si bien que d'autres solutions seront nécessaires. Il peut être souhaitable de trouver une solution permettant à la fois de maîtriser le coût du service fourni par le représentant de l'insolvabilité et de répartir les risques liés à la procédure entre les participants sans les faire retomber entièrement sur le représentant de l'insolvabilité au motif qu'il a une assurance responsabilité civile personnelle.

422. Une autre question pouvant se poser est celle de la responsabilité personnelle du représentant de l'insolvabilité pour les obligations contractées dans le cours normal de la procédure, notamment de redressement, telles que celles liées à la poursuite de l'exploitation de l'entreprise. Le fait de tenir le représentant de l'insolvabilité personnellement responsable aurait l'avantage de rassurer les fournisseurs du débiteur et d'empêcher l'endettement. D'un autre côté, cette solution peut aussi avoir un effet démotivant si le risque d'être personnellement responsable dépasse de loin les honoraires susceptibles d'être perçus. Une solution est que le représentant de l'insolvabilité soit responsable sur les actifs de la masse et non sur ses actifs personnels.

423. La question de la responsabilité du représentant de l'insolvabilité pour les actes illicites commis par le débiteur se pose également suivant l'étendue du contrôle que le premier exerce sur les activités du second. Dans certaines lois, le

représentant de l'insolvabilité peut être tenu responsable des actes illicites commis par le débiteur pendant la période où il exerce ce contrôle. Il n'est cependant pas souhaitable que le représentant de l'insolvabilité soit responsable des actes du débiteur, tels que des dommages causés à l'environnement, commis avant sa nomination.

424. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est assigné dans l'exercice de ses fonctions officielles, il faudra sans doute déterminer quel tribunal sera compétent pour connaître de l'affaire. Pour éviter toute incertitude et confusion, il peut être souhaitable de faire en sorte que le tribunal ayant nommé le représentant de l'insolvabilité, lorsqu'il joue un rôle dans cette nomination, soit aussi chargé de l'affaire.

9. Mandataires et employés du représentant de l'insolvabilité

425. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le tribunal doit autoriser le représentant de l'insolvabilité à faire appel aux comptables, avocats, experts et autres professionnels dont il peut avoir besoin pour l'aider à s'acquitter de ses fonctions. Dans d'autres, une telle autorisation n'est pas requise. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité fixe des critères pour le recrutement de ces professionnels en définissant le niveau d'expérience, de connaissance et de renommée requis, et en exigeant que leurs services soient bénéfiques pour la masse. L'obligation faite au représentant de l'insolvabilité de déclarer un conflit d'intérêts ou une circonstance portant atteinte à son indépendance, de même que l'obligation de confidentialité, valent aussi pour les professionnels que celui-ci emploie ou a l'intention d'employer.

a) Responsabilité pour actes ou omissions

426. Lorsque la masse subit des pertes en raison d'actes commis par les employés ou mandataires du représentant de l'insolvabilité, une loi sur l'insolvabilité devra peut-être aborder le problème de la responsabilité de ce dernier dans pareil cas. Certaines lois prévoient que le représentant de l'insolvabilité n'est pas personnellement responsable, sauf s'il n'a pas exercé une supervision suffisante dans l'exercice de ses fonctions.

b) Rémunération

427. En ce qui concerne la rémunération des professionnels employés par le représentant de l'insolvabilité, différentes solutions peuvent être adoptées. Certaines lois exigent que le montant de la rémunération soit soumis au tribunal pour qu'il l'approuve; une autre approche consisterait à demander l'approbation de l'ensemble des créanciers. Les professionnels peuvent être rémunérés à intervalles périodiques pendant la procédure, ou être tenus d'attendre l'achèvement de celle-ci. S'agissant des modalités de paiement, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité règlera le professionnel et se fera rembourser sur la masse, tandis que dans d'autres lois, le professionnel bénéficiera d'une créance afférente à l'administration de la masse.

10. Contestation des actes d'administration du représentant de l'insolvabilité

428. Une loi sur l'insolvabilité devrait expressément indiquer les motifs pour lesquels les créanciers peuvent contester les décisions ou l'administration du représentant de l'insolvabilité ainsi que les décisions pouvant faire l'objet d'une telle contestation. Sur ce point, on distingue dans les lois actuelles deux grandes catégories.

429. Appartiennent à la première catégorie les lois qui confèrent aux créanciers certains droits lorsqu'il peut être prouvé que le représentant de l'insolvabilité a commis une quelconque irrégularité. Il peut s'agir d'une véritable infraction, telle que le détournement de fonds ou d'actifs ou l'obtention de l'approbation des créanciers par des moyens frauduleux; d'erreurs de procédure, comme le fait de ne pas avoir demandé l'approbation des créanciers ou du comité des créanciers alors que cela était nécessaire ou d'avoir omis un autre acte exigé par la loi; ou encore d'une négligence de la part du représentant de l'insolvabilité dans l'exercice de ses fonctions. Dans certains pays, les créanciers ne peuvent attaquer le représentant de l'insolvabilité que dans certaines de ces situations, sinon dans toutes.

430. Entrent dans la seconde catégorie les lois qui prévoient, généralement en sus des motifs liés à des infractions spécifiques, la possibilité pour les créanciers de contester (normalement devant les tribunaux) tout acte, omission ou décision du représentant de l'insolvabilité auquel ils sont individuellement ou collectivement opposés ou qu'ils désapprouvent. Pour que les créanciers obtiennent gain de cause, il faudra normalement qu'ils invoquent des motifs analogues à ceux déjà mentionnés ci-dessus, mais peut-être aussi qu'ils apportent la preuve que la décision, l'acte ou l'omission était contraire à leurs intérêts. Afin d'empêcher que l'administration de la masse ne soit déraisonnablement perturbée, une loi sur l'insolvabilité peut introduire des restrictions, par exemple en aménageant le niveau de preuve exigé pour que le tribunal puisse donner gain de cause aux créanciers ou en protégeant certains aspects de l'administration, par exemple en excluant les actions concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

431. Dans la plupart des lois, les tribunaux appelés à examiner l'administration de la masse de l'insolvabilité et à faire respecter des droits essentiels des créanciers disposent d'un certain nombre de pouvoirs. Ainsi, un tribunal peut ordonner au représentant de l'insolvabilité d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un certain acte lié à l'objection soulevée par le créancier. Il peut aussi être habilité à confirmer, infirmer ou modifier les décisions du représentant de l'insolvabilité ou à révoquer ce dernier à la demande directe du créancier opposant ou d'office (voir chap. IV.B.9). De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité est personnellement responsable des dommages causés aux créanciers de manière intentionnelle ou par négligence dans l'exercice de ses fonctions. Certaines lois prévoient également que, dans de tels cas, le tribunal peut imposer une sanction pécuniaire au représentant de l'insolvabilité.

11. Révocation du représentant de l'insolvabilité

432. Certaines lois autorisent la révocation du représentant de l'insolvabilité dans certains cas, notamment s'il a manqué ou s'est soustrait aux obligations légales qui lui incombent en vertu de la loi sur l'insolvabilité; a fait preuve d'incompétence grave ou a commis une faute lourde; n'a pas déclaré un conflit d'intérêts; a commis

des actes illicites. Il peut aussi être révoqué pour des motifs moins graves, par exemple, lorsque la procédure exige une compétence particulière ou différente que le représentant nommé ne possède pas, ce qui peut se produire, notamment, lorsque la procédure de liquidation est convertie en procédure de redressement, laquelle nécessite des compétences que le représentant n'a peut-être pas ou, si le débiteur n'est pas dessaisi, n'exige pas la nomination d'un tel représentant. En fonction de l'approche retenue, la révocation peut intervenir sur décision du tribunal, agissant d'office ou à la demande d'une partie intéressée, ou sur décision prise par une majorité appropriée de créanciers chirographaires. Quelle que soit la solution adoptée, la révocation constitue une sanction contre le représentant de l'insolvabilité. Il convient donc que ce dernier ait le droit d'être entendu et de faire valoir ses arguments. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est supervisé par une organisation professionnelle ou un organisme de réglementation, il peut être révoqué suite à une enquête et un examen, qui peuvent également entraîner le retrait d'une licence ou de toute autre autorisation.

12. Remplacement du représentant de l'insolvabilité

433. En cas de démission ou de révocation du représentant de l'insolvabilité ou de survenue de tout autre événement qui pourrait empêcher le représentant de l'insolvabilité d'exercer ses fonctions, tel que son décès ou une maladie grave, on peut éviter des perturbations éventuelles dans la procédure et les contretemps pouvant être occasionnés par l'incapacité de trouver un remplaçant en prévoyant la nomination d'un successeur soit par le tribunal, soit par les créanciers. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent que la démission du représentant de l'insolvabilité soit approuvée par le tribunal, d'autres non. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit le remplacement du représentant de l'insolvabilité, elle doit peut-être aussi régler les questions liées au remplacement et à la succession en ce qui concerne soit la propriété soit le contrôle (selon le cas) des actifs de la masse (voir chap. II.A), et à la remise au successeur des livres, registres et autres informations concernant l'entreprise débitrice. Une loi sur l'insolvabilité devra peut-être aussi aborder la question de la validité des actes accomplis dans le cadre de la procédure par le représentant de l'insolvabilité qui a été remplacé.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant le représentant de l'insolvabilité est:

a) de spécifier les qualifications requises pour sa nomination;

b) d'établir un mécanisme pour sa sélection et sa nomination;

c) de spécifier ses pouvoirs et ses fonctions;

d) de prévoir sa rémunération, sa responsabilité, sa révocation et son remplacement.

Contenu des dispositions législatives

Qualifications

99) La loi devrait spécifier les qualifications et les qualités requises pour être nommé représentant de l'insolvabilité, à savoir notamment être intègre, indépendant et impartial, avoir les connaissances nécessaires en droit commercial et avoir l'expérience des questions liées au commerce et aux entreprises. La loi devrait également spécifier les motifs pour lesquels une personne dont la nomination est proposée ne peut être nommée représentant de l'insolvabilité.

Conflit d'intérêts

100) La loi devrait faire obligation:

a) à une personne qu'il est proposé de nommer représentant de l'insolvabilité;

b) aux personnes, notamment aux professionnels, dont le recrutement est proposé par le représentant de l'insolvabilité ou la masse,

de révéler un conflit d'intérêts ou une atteinte à leur indépendance ou des circonstances pouvant entraîner un conflit d'intérêts ou porter atteinte à leur indépendance.

101) La loi devrait spécifier que l'obligation énoncée dans la recommandation 100) devrait continuer de s'appliquer pendant toute la durée de la procédure d'insolvabilité. Elle devrait spécifier les conséquences d'un conflit d'intérêts ou d'une atteinte à l'indépendance.

Nomination

102) La loi devrait établir un mécanisme de sélection et de nomination du représentant de l'insolvabilité. Différentes solutions peuvent être adoptées, telles que la nomination du représentant de l'insolvabilité par le tribunal; par une autorité de nomination indépendante; sur la recommandation des créanciers ou du comité des créanciers; par le débiteur; ou de plein droit, lorsque le représentant de l'insolvabilité est un organisme ou un agent public ou administratif.

Rémunération

103) La loi devrait établir un mécanisme de fixation de la rémunération du représentant de l'insolvabilité et accorder la priorité au paiement de cette rémunération.

Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité

104) La loi devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité a une obligation de protéger et de préserver les actifs de la masse. Elle devrait spécifier les obligations et les fonctions du représentant de l'insolvabilité en ce qui concerne l'administration de la procédure ainsi que la préservation et la protection de la masse.

Droit d'être entendu (voir recommandation 121))

Responsabilité

105) La loi devrait spécifier les conséquences d'une inexécution ou d'une exécution défectueuse par le représentant de l'insolvabilité des obligations et fonctions qu'elle lui confère ainsi que la responsabilité pouvant en découler dans chaque cas.

Révocation et remplacement

106) La loi devrait établir les motifs et la procédure de révocation du représentant de l'insolvabilité. Ces motifs peuvent notamment être les suivants:

a) incompétence, défaut d'exécution ou absence de la prudence voulue dans l'exercice de ses pouvoirs et de ses fonctions;

b) impossibilité d'exercer;

c) défaut d'une qualification particulière ou spécialisée requise par une affaire spécifique;

d) accomplissement d'actes illégaux;

e) conflit d'intérêts ou manque d'indépendance qui justifieraient la révocation; ou

f) modification de la fonction du représentant de l'insolvabilité[85].

107) La loi devrait établir un mécanisme de révocation du représentant de l'insolvabilité qui reflète la manière dont celui-ci a été nommé et lui donne le droit d'être entendu.

108) En cas de décès, de démission ou de révocation du représentant de l'insolvabilité, la loi devrait établir un mécanisme de nomination d'un successeur et spécifier si cette nomination doit ou non être approuvée par tribunal.

Masses ne comportant pas suffisamment d'actifs pour financer les frais d'administration de la procédure d'insolvabilité

109) Lorsque la loi prévoit la nomination d'un représentant de l'insolvabilité chargé d'administrer une masse qui ne comporte pas suffisamment d'actifs pour financer les frais d'administration de la procédure d'insolvabilité, elle devrait également établir un mécanisme de nomination et de rémunération de ce représentant.

C. Créanciers – participation à la procédure d'insolvabilité

1. Introduction

434. Les créanciers ont d'importants intérêts en jeu dans l'entreprise débitrice une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. En règle générale, ces intérêts sont protégés par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité. Toutefois, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité pour les créanciers d'intervenir directement dans la procédure, pour différentes raisons. En tant que

[85] Par exemple, lorsque la procédure de liquidation est convertie en redressement.

parties intéressées au premier chef d'un point de vue économique par l'issue de la procédure, les créanciers risquent de perdre confiance dans une procédure où des décisions essentielles sont prises sans qu'ils soient consultés par des personnes qu'ils peuvent considérer comme n'ayant guère d'expérience ou de compétence dans le type d'activité exercée par l'entreprise ou comme manquant d'indépendance, selon la façon dont le représentant de l'insolvabilité est nommé. Ils sont souvent bien placés pour fournir des conseils et une aide concernant l'entreprise débitrice et pour surveiller les actes du représentant de l'insolvabilité, ce qui permet de parer à d'éventuels abus de la procédure d'insolvabilité et d'éviter des frais d'administration excessifs, mais aussi de traiter et de diffuser l'information. S'il est souhaitable de faciliter la participation des créanciers, il faut aussi faire en sorte que le mécanisme de représentation de ces créanciers reste efficace et économique et ne leur permette pas de se mêler de questions sans incidence sur leurs intérêts (bien qu'il soit difficile de distinguer clairement entre les questions qui ont une incidence et celles qui n'en ont pas).

435. La participation des créanciers, lorsqu'elle est effectivement prévue par la loi sur l'insolvabilité, peut prendre différentes formes. Certaines lois leur donnent seulement le droit d'être entendus et de comparaître pendant la procédure, tandis que d'autres leur octroient aussi le droit de se prononcer par vote sur certaines questions, de donner leur avis au représentant de l'insolvabilité si celui-ci le demande ou sur des questions spécifiées. Les créanciers peuvent se voir attribuer d'autres fonctions et obligations par la loi sur l'insolvabilité, les tribunaux ou le représentant de l'insolvabilité.

2. Degré de participation des créanciers au processus de décision

a) Degrés de participation

436. Il existe divers degrés possibles de participation des créanciers au processus de décision dans la procédure d'insolvabilité, les approches et les mécanismes dans ce domaine variant considérablement d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre. Une première approche consiste à n'autoriser qu'une participation limitée en prévoyant que le représentant de l'insolvabilité prendra toutes les décisions clefs sur les questions générales d'administration non sujettes à contestation, les créanciers jouant un rôle minime et n'exerçant guère d'influence. Le faible degré de participation des créanciers peut ici être compensé par les obligations essentielles mises à la charge du représentant de l'insolvabilité, notamment celle de protéger la valeur de la masse au profit ultime de l'ensemble des créanciers. Une telle approche peut être efficace lorsque la procédure est conduite par un représentant de l'insolvabilité expérimenté, car elle évite les éventuels retards et les frais liés à la gestion de la participation des créanciers, et lorsque le régime de l'insolvabilité réglemente strictement la procédure et l'intervention des différentes parties prenantes.

437. D'autres approches consistent à confier aux créanciers un rôle plus important dans la procédure, rôle qui peut aller de la participation à une première réunion où sont examinées certaines questions à une collaboration permanente pouvant les amener à exercer une simple fonction consultative ou à approuver certains actes et décisions du représentant de l'insolvabilité. Ces actes et décisions concernent généralement l'administration de la procédure et des questions touchant les intérêts des créanciers. Il peut s'agir, par exemple, de la vente d'actifs importants, de la

vérification des créances, de l'approbation de dépenses d'administration et de la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de l'approbation des rapport et compte finals du représentant. Les créanciers peuvent aussi être appelés à assumer au premier chef certaines fonctions d'administration. Ils peuvent également jouer un rôle dans la sélection et la nomination du représentant de l'insolvabilité et être autorisés à demander au tribunal sa révocation et son remplacement si celui-ci ne s'est pas acquitté de ses fonctions et obligations ou a fait preuve de négligence. Ils peuvent aussi demander ou recommander l'intervention du tribunal, par exemple recommander la conversion du redressement en liquidation ou encore l'engagement d'une action en annulation par la masse de l'insolvabilité ou par les créanciers au nom de la masse. Au moment de déterminer la mesure dans laquelle il convient de permettre aux créanciers de contester les actes ou décisions du représentant de l'insolvabilité, il faudra toutefois tenir compte du fait que des désaccords sont pratiquement impossibles à éviter, étant donné en particulier que le représentant de l'insolvabilité sera appelé à agir dans l'intérêt de tous les créanciers et à prendre des mesures que certains créanciers n'appuient ou n'approuvent peut-être pas. Dans le cours normal des choses, néanmoins, ces désaccords ne devraient pas justifier le remplacement par le tribunal du représentant de l'insolvabilité ni l'engagement d'une action contre ce dernier par un créancier. Les différentes solutions retenues reflètent dans une certaine mesure les différentes cultures et traditions en matière d'insolvabilité et, en particulier, ce que les créanciers attendent de leur participation à la procédure. Toutefois, cette participation est de plus en plus considérée comme un élément important d'une loi sur l'insolvabilité, en particulier comme un contrepoids au rôle confié à d'autres participants par la loi et comme un moyen essentiel de préserver les intérêts des créanciers.

b) Participation à la liquidation et au redressement

438. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient un degré de participation différent selon qu'il s'agit d'une liquidation ou d'un redressement. En cas de liquidation, bien que d'une manière générale il ne soit peut-être pas important que les créanciers interviennent dans la procédure ou participent au processus de décision, ils peuvent être une source précieuse d'avis autorisés et d'informations sur l'entreprise débitrice, en particulier lorsque celle-ci doit être cédée en vue de la poursuite de son activité. Il peut être souhaitable de faire rapport aux créanciers sur le déroulement de la liquidation de sorte que la procédure leur inspire confiance et soit transparente. En cas de redressement, en revanche, la contribution des créanciers est à la fois utile et nécessaire, car c'est d'eux que dépendront généralement l'acceptation et la bonne exécution du plan de redressement proposé.

c) Mécanismes pour faciliter la participation

439. S'agissant des mécanismes de participation, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que l'ensemble des créanciers se réunissent à des étapes clefs de la procédure, tandis que d'autres prévoient la création d'un comité (au sein duquel siègent parfois, outre des créanciers, des actionnaires et éventuellement d'autres parties intéressées) composé d'un petit nombre de créanciers (nombre qui peut être spécifié dans la loi sur l'insolvabilité) pour faciliter leur participation à l'administration de la masse. La première solution est particulièrement utile lorsque les créanciers sont peu nombreux ou se trouvent dans la même région géographique. La seconde sera sans doute plus utile lorsque les créanciers sont très nombreux ou

se trouvent dans différentes régions voire dans différents pays. Lorsqu'un comité des créanciers est constitué, il devrait avoir le droit d'agir indépendamment du représentant de l'insolvabilité, afin de représenter les intérêts des créanciers de manière équitable et objective.

440. D'autres lois encore prévoient la nomination (soit par les créanciers soit par le tribunal à leur demande) d'une seule personne (appelée dans certaines lois "intervenant" ou "inspecteur") chargée de représenter certains créanciers ou groupes de créanciers (par exemple ceux détenant au moins 10 % des créances). Par exemple, une loi a adopté cette approche afin d'assurer une participation plus rapide et plus ordonnée des créanciers et d'éviter les retards et litiges auparavant fréquents. Ce représentant joue un rôle analogue à celui du comité des créanciers, en agissant au nom des créanciers, par exemple, pour surveiller l'administration de la masse par le représentant de l'insolvabilité ou le débiteur, demander des auditions, engager des poursuites contre le débiteur, demander des renseignements sur des questions touchant les intérêts des créanciers ou réunir ceux-ci. Dans certaines lois, les créanciers sont tenus de financer les honoraires de ce représentant pour éviter toute charge excessive sur la masse, tandis que dans d'autres ces honoraires doivent être prélevés sur la masse.

441. Pour choisir entre ces différentes solutions, il faudra peut-être mettre en balance différents facteurs, tels que le temps, le coût, l'efficacité, la transparence et la démocratie. La nomination d'un représentant des créanciers, par exemple, peut être plus efficace et plus économique et aboutir à une procédure plus ordonnée et sujette à moins de litiges que la constitution d'un comité des créanciers. Cette dernière solution peut toutefois être un moyen plus transparent et plus démocratique de représenter les intérêts des créanciers. Un autre facteur à prendre éventuellement en considération est la possibilité de recourir à des professionnels de l'insolvabilité bien formés et à des institutions efficaces pour faciliter la procédure d'insolvabilité. Un rôle plus important peut être confié aux créanciers lorsque ces professionnels sont peu nombreux ou ces institutions peu développées.

d) Encourager la participation des créanciers

442. Une question importante qu'il faudra peut-être examiner lorsqu'une loi sur l'insolvabilité confie un rôle actif aux créanciers est celle de savoir comment surmonter l'apathie de ces derniers et les encourager à participer. Il n'est pas rare que des créanciers estiment, même lorsque la loi sur l'insolvabilité les autorise à participer activement, qu'ils n'auront rien à gagner d'une telle participation, surtout si les remboursements ont peu de chances d'être élevés et s'ils risquent en fait de perdre encore plus de temps et d'argent en intervenant dans la procédure. Une loi sur l'insolvabilité peut en partie régler ce problème fréquent en conciliant les différents intérêts des parties prenantes (voir, par exemple, chap. III.A.2) et grâce à des mesures spécifiques concernant notamment la sélection des membres du comité des créanciers et les fonctions devant être exercées par ce dernier (ou par les créanciers dans leur ensemble lorsqu'il n'y a pas de comité des créanciers) (voir ci-dessous), ainsi que l'utilisation de moyens électroniques pour faciliter la communication et le vote si nécessaire. Le problème de la responsabilité pouvant découler de la participation à la procédure, en particulier en tant que membre d'un comité des créanciers, se pose également. On peut régler ce problème en prévoyant

une exonération de responsabilité sauf dans des cas clairement définis, tels que des actes frauduleux ou intentionnels (voir ci-dessous).

e) Nécessité d'informer et d'aviser les créanciers

443. Il sera essentiel, pour que les créanciers puissent remplir certaines fonctions, de leur fournir, soit directement soit par l'intermédiaire d'un comité des créanciers, des informations pertinentes, actualisées et exactes sur la situation commerciale et financière du débiteur et de les aviser des questions qui ont une incidence sur leurs intérêts et sur lesquelles ils devront peut-être prendre une décision ou donner un avis. Les problèmes de confidentialité, mentionnés plus haut en ce qui concerne le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, se poseront aussi avec les créanciers ou le comité des créanciers lorsqu'ils reçoivent de telles informations.

f) Créanciers garantis

444. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité détermine la mesure dans laquelle les créanciers garantis peuvent ou devraient participer aux réunions des créanciers ou siéger dans un comité des créanciers. En règle générale, les créanciers garantis ne sont pas représentés au sein d'un tel comité si la valeur de leur sûreté est égale ou supérieure au montant de leurs créances. En pareil cas, leurs intérêts diffèrent sensiblement de ceux des créanciers chirographaires et le fait qu'ils puissent participer au processus décisionnel et éventuellement en influencer l'issue n'est sans doute pas bon pour les créanciers dans leur ensemble. Reconnaissant cette divergence d'intérêts, certaines lois sur l'insolvabilité exigent des créanciers garantis qu'ils renoncent à leur sûreté pour pouvoir participer à la procédure et voter en tant que membres de la collectivité des créanciers. En revanche, quand la valeur de leur sûreté est inférieure au montant de leur créance, les créanciers garantis auront plus probablement des intérêts semblables à ceux des créanciers chirographaires et leur participation au sein du comité ou au vote de l'ensemble des créanciers peut être utile. Dans une procédure de redressement, par exemple, les créanciers garantis souhaiteront négocier avec le débiteur et d'autres parties, en particulier lorsqu'un plan de redressement risque de modifier leurs droits ou que l'actif grevé sera essentiel au succès de ce plan.

3. Fonctions devant être exercées par les créanciers

445. Comme cela est indiqué plus haut, les fonctions devant être exercées par les créanciers varient considérablement d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre. En général, pour déterminer quelles fonctions devraient être attribuées aux créanciers, il faut examiner la structure globale de la loi sur l'insolvabilité et l'équilibre à assurer dans la répartition des tâches entre le tribunal, le représentant de l'insolvabilité, le débiteur et les créanciers, en particulier des tâches de surveillance et de supervision.

446. Dans certains cas, les créanciers remplissent une fonction consultative générale, le représentant de l'insolvabilité pouvant leur soumettre des questions sans toutefois être lié par leurs décisions. Dans d'autres, les créanciers peuvent se voir confier des fonctions particulières concernant la conduite de la procédure, lesquelles impliquent parfois une coopération et une coordination avec le représentant de l'insolvabilité. Ainsi, il arrive que ce dernier soit tenu de consulter les créanciers avant de prendre une décision ou que le pouvoir décisionnel soit entre les mains des

créanciers. Ces derniers peuvent également être amenés à superviser les actes et décisions du représentant de l'insolvabilité. Les questions pouvant présenter un intérêt pour eux sont notamment les suivantes: maintien de l'entreprise en liquidation; financement postérieur à l'ouverture de la procédure; vérification des créances; rémunération des professionnels, y compris du représentant de l'insolvabilité; exercice des pouvoirs d'annulation; sort des procédures judiciaires auxquelles le débiteur était partie à l'ouverture de la procédure; examen et approbation d'un plan de redressement; constitution d'un comité ou nomination de représentants des créanciers; supervision des actes du représentant de l'insolvabilité; répartition des actifs; et examen (et approbation) des rapport et compte finals du représentant de l'insolvabilité.

447. Lorsque le représentant de l'insolvabilité n'est pas lié par les décisions des créanciers, les lois sur l'insolvabilité comportent souvent des dispositions l'obligeant à demander l'approbation du tribunal pour certains actes ou autorisant les créanciers à saisir le tribunal pour que celui-ci lui donne des instructions contraignantes (ou le remplace s'il ne s'acquitte pas de ses obligations ou agit de toute autre manière au détriment des créanciers). En cas de litige entre les créanciers et le représentant de l'insolvabilité, de nombreuses lois font prévaloir les décisions émanant des réunions de créanciers. Dans la même optique, certaines lois exigent que les créanciers soient consultés sur toute décision devant être soumise à l'approbation du tribunal.

448. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet effectivement aux créanciers de contester les actes ou décisions du représentant de l'insolvabilité et que ce dernier n'est pas d'accord avec eux ou n'accepte pas leurs objections, les possibilités offertes aux créanciers, la procédure applicable et les règles de preuve dépendent généralement en grande partie du rôle qui est dévolu aux créanciers dans le régime de l'insolvabilité en question.

449. Lorsque le régime prévoit que les actes ou décisions du représentant de l'insolvabilité doivent être supervisés ou approuvés par l'ensemble des créanciers ou par le comité des créanciers, les créanciers sont généralement très protégés. Mais lorsqu'elle alourdit l'administration de la masse de l'insolvabilité, cette supervision ou approbation peut entraîner une augmentation des coûts et une perte d'efficacité. Pour ces raisons, il faudra établir dans le régime de l'insolvabilité un équilibre entre les exigences en matière de supervision ou d'approbation par les créanciers (et notamment définir les actes et décisions qui doivent être approuvés et la procédure d'approbation) et l'indépendance du représentant de l'insolvabilité ainsi que la nécessité de conduire la procédure de façon rapide et économique. L'équilibre réalisé entre ces facteurs potentiellement antagonistes varie d'un régime à l'autre. Devront sans doute aussi être pris en considération le degré de supervision que le tribunal exerce sur la procédure et le représentant de l'insolvabilité et l'équilibre réalisé dans le régime de l'insolvabilité entre cette supervision et la participation des créanciers.

450. Quelles que soient les fonctions revenant aux créanciers, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité indique clairement si ceux-ci sont tenus de les remplir toutes ou si certaines d'entre elles sont discrétionnaires, mais également quel type de relation les créanciers doivent entretenir avec le représentant de l'insolvabilité dans l'exercice de ces fonctions.

4. Réunions des créanciers

451. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité pour les créanciers d'exercer leurs fonctions dans le cadre d'assemblées générales. Comme on l'a vu plus haut (voir chap. I.B), une loi sur l'insolvabilité devrait exiger que l'ouverture de la procédure soit notifiée aux créanciers (personnellement, par voie de publicité ou de toute autre manière) et que cette notification contienne des informations sur un certain nombre de points, notamment sur la première réunion des créanciers devant être convoquée par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité dans un délai prescrit (pouvant aller selon les lois de cinq jours à un mois) après l'ouverture de la procédure. Dans un certain nombre de lois sur l'insolvabilité, cette première réunion est la seule que tiendront tous les créanciers. Cependant, toutes les lois n'exigent pas la convocation d'une telle réunion.

452. Les lois sur l'insolvabilité qui prévoient la tenue de réunions subséquentes des créanciers adoptent différentes approches. Certaines prévoient la convocation de réunions subséquentes par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité à des fins spécifiques, tandis que d'autres la possibilité pour les créanciers ou le représentant de l'insolvabilité, et dans un petit nombre de cas le débiteur, de convoquer des réunions selon les besoins. Lorsque les créanciers sont autorisés à convoquer une réunion, la loi peut soumettre l'exercice de ce pouvoir à certaines restrictions ou conditions, par exemple l'inaction du représentant de l'insolvabilité ou l'expiration d'un délai déterminé après qu'une mesure particulière aurait dû être prise dans le cadre de la procédure ou après que le représentant a accompli certains actes ou pris certaines décisions. Certaines lois prévoient également que seuls les créanciers détenant un certain pourcentage du total des créances ont le droit de convoquer une réunion (par exemple 10 % de la valeur des créances ou encore au moins 25 % de l'ensemble des créances ou des créances chirographaires). Une autre approche consiste à autoriser toute partie intéressée à demander au tribunal d'ordonner la convocation d'une réunion de créanciers.

453. Il est souhaitable que tous les créanciers aient le droit d'être entendus sur les questions devant être abordées lors d'une réunion. Lorsqu'un vote des créanciers est requis, il est bon qu'une loi sur l'insolvabilité établisse les conditions à remplir pour pouvoir voter ainsi que le mécanisme de vote, en indiquant en particulier si les créanciers sont tenus de voter en personne ou s'ils peuvent voter par procuration et par d'autres moyens, tels que le courrier électronique ou l'Internet. En ce qui concerne certaines catégories de créanciers du débiteur (tels que des particuliers détenant des obligations), des règles spéciales devront sans doute être énoncées pour faciliter leur participation à la procédure, surtout s'ils sont nombreux. Il conviendrait peut-être, par exemple, de permettre à des représentants dûment autorisés de compter pour un nombre ou un pourcentage déterminé de créanciers lors d'une assemblée générale de créanciers. Les mêmes considérations s'appliqueraient aux règles de vote; l'obligation de participer et de voter en personne pourrait considérablement compliquer la procédure d'insolvabilité lorsque les dettes du débiteur sont notamment constituées d'obligations émises sur le marché.

454. Il sera sans doute souhaitable aussi qu'une loi sur l'insolvabilité permette aux créanciers d'établir des règles pour la conduite de leurs réunions qui faciliteraient leur participation et leur seraient utiles dans l'exercice des fonctions qui leur ont été confiées dans le cadre de la procédure. Ces règles peuvent traiter notamment des

conditions à remplir pour pouvoir assister et participer à la réunion, du quorum, de la présidence et du déroulement général de la réunion.

5. Comité des créanciers

455. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, la constitution d'un comité des créanciers ou l'élection ou la nomination d'un représentant des créanciers est un moyen de faciliter la participation active de ces derniers à la procédure, qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement. La constitution d'un comité des créanciers ou une autre forme de représentation des créanciers n'est certes pas requise dans tous les cas d'insolvabilité mais sera sans doute indiquée lorsque, par exemple, les créanciers sont très nombreux, qu'ils ont des intérêts très divers ou que d'autres caractéristiques de la procédure rendent cette approche souhaitable ou nécessaire (par exemple, pour limiter les retards et les frais). Certaines lois sur l'insolvabilité laissent aux créanciers le soin de décider de constituer ou non un comité ou de nommer ou non un représentant, tandis que d'autres donnent la possibilité au tribunal de constituer un tel comité ou de nommer un tel représentant pour l'aider à superviser les actes accomplis par le représentant de l'insolvabilité. Quelles que soient les modalités de sa constitution, un comité des créanciers devrait être en mesure d'agir indépendamment du représentant de l'insolvabilité afin de représenter les intérêts des créanciers de manière équitable et objective.

456. En cas de constitution d'un comité, il faudra examiner dans quelle mesure ses frais seront supportés par la masse de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent les créanciers à créer des comités informels qui ne sont pas officiellement reconnus par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité et dont les frais ne sont pas remboursés sur la masse mais doivent être supportés par les créanciers. D'autres lois prévoient que les frais du comité des créanciers doivent être imputés sur la masse. La question de savoir qui doit payer est étroitement liée au rôle du comité, à la mesure dans laquelle les fonctions confiées aux créanciers par la loi sur l'insolvabilité peuvent être exercées par un comité et aux facteurs rendant ou non nécessaire la constitution d'un comité dans telle ou telle procédure. Lorsque les frais doivent être imputés sur la masse, il est souhaitable d'autoriser le tribunal à faire en sorte que ceux-ci ne soient pas excessifs.

a) Créanciers pouvant être nommés à un comité

457. Une loi sur l'insolvabilité qui prévoit la formation d'un comité des créanciers devra indiquer quels créanciers pourront y être nommés. Différentes approches sont adoptées. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent, par exemple, que seuls peuvent être nommés les créanciers dont les créances ont été admises (par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, selon la procédure d'admission), tandis que d'autres prévoient la constitution d'un comité provisoire, ouvert à tous les créanciers, en attendant que toutes les créances aient été vérifiées et admises. D'autres lois encore imposent des restrictions concernant le lieu de situation des créanciers pouvant siéger au comité. Pour garantir l'égalité de traitement des créanciers, toutefois, il est souhaitable que des créanciers tels que ceux dont les créances n'ont été que provisoirement admises et les créanciers étrangers puissent être nommés au comité.

458. Une deuxième question est de savoir quelles catégories de créanciers doivent être représentées. Bien qu'en règle générale, les comités de créanciers ne représentent que les créanciers chirographaires, certaines lois admettent que, dans

certains cas, la constitution d'un comité distinct de créanciers garantis se justifie. Cette approche se fonde sur le fait que les intérêts des différents types de créanciers ne convergent pas forcément et que laisser les créanciers garantis participer au processus décisionnel du comité, et éventuellement en déterminer l'issue, n'est pas nécessairement opportun ou ne sert pas toujours les intérêts des autres créanciers. Il est néanmoins également admis que, dans certains cas, comme indiqué plus haut (voir b) vi)), la participation des créanciers garantis sera utile.

459. D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient la représentation des deux types de créanciers au sein du même comité. Le raisonnement est le suivant: puisque le comité des créanciers est chargé de participer au processus décisionnel et de prendre des décisions clefs, les créanciers garantis devraient y être représentés, faute de quoi ils se trouveraient exclus de la prise de décisions importantes qui peuvent porter atteinte à leurs intérêts (en particulier si la valeur de leur sûreté ne couvre pas la totalité de leurs créances). Selon une autre approche, la loi sur l'insolvabilité ne préciserait pas quels créanciers devraient être représentés dans un cas donné, mais autoriserait les créanciers à choisir collectivement leurs propres représentants sur la base du consentement à siéger (compte tenu du problème fréquent de l'apathie des créanciers) et à élargir ou réduire le comité selon les besoins. Lorsque les types de créanciers devant être représentés sont trop divers pour que leurs intérêts puissent être défendus par un seul et même comité, comme cela peut être le cas pour des groupes d'intérêts particuliers, tels que les détenteurs de créances indemnitaires et les actionnaires, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir la constitution de différents comités pour représenter ces différents intérêts. Il est cependant souhaitable que cette possibilité ne soit utilisée que dans des cas particuliers, de manière à éviter des dépenses inutiles et le risque de compliquer le mécanisme de représentation.

460. La participation des actionnaires et des créanciers ayant des liens privilégiés avec le débiteur peut prêter à controverse, notamment lorsque le comité des créanciers est à même d'influer sur les droits des créanciers garantis ou lorsque les actionnaires interviennent dans la gestion de l'entreprise débitrice. Dans certains cas, toutefois, ces parties ne sont pas directement au courant de la gestion de l'entreprise ou n'y participent pas de près, par exemple lorsqu'il s'agit d'investisseurs qui ne sont pas directement associés à la gestion ou n'y ont pas directement accès. Il peut alors y avoir des raisons impérieuses de les autoriser à participer par l'intermédiaire de leur propre comité. D'autres créanciers pouvant avoir un conflit d'intérêts (par exemple, des concurrents du débiteur qui auraient un intérêt personnel susceptible de compromettre leur impartialité dans l'exercice de fonctions au sein du comité) ne devraient sans doute pas être admis non plus de sorte que le comité puisse s'acquitter de ses fonctions au nom de la collectivité des créanciers en toute impartialité et indépendance.

461. On peut également s'interroger sur la participation de parties ayant acheté les créances de créanciers. Ces acheteurs peuvent avoir des liens privilégiés avec le débiteur ou être des tiers n'ayant aucun intérêt particulier dans l'entreprise débitrice. L'achat de créances par des tiers peut poser le problème de l'accès à des informations sensibles et confidentielles susceptibles d'avoir une valeur sur le marché secondaire des créances, tandis que dans le cas d'un achat par une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, la question est de savoir si l'acheteur devrait être fondé à se prévaloir de la valeur nominale initiale de la créance ou

uniquement du montant effectivement payé pour l'acquérir (lorsque ces deux montants diffèrent), ce qui peut avoir une incidence sur le droit de vote lorsque celui-ci dépend directement de la valeur des créances.

462. Afin d'éviter tout problème, la loi sur l'insolvabilité pourrait indiquer expressément quelles parties ne sont pas habilitées à siéger dans un comité des créanciers ou à voter sur certaines questions, comme la sélection d'un représentant de l'insolvabilité ou l'approbation d'un plan de redressement.

b) Constitution d'un comité des créanciers

463. Lorsque la loi prévoit la création d'un comité des créanciers, elle contient aussi souvent des dispositions sur les modalités de sa constitution, la nature et l'étendue de ses fonctions, ses règles et son mode de fonctionnement – notamment les droits de vote, le quorum et le déroulement des réunions, ainsi que le remplacement des membres. Il peut être souhaitable d'inclure de telles dispositions sur certaines de ces questions, en particulier sur le droit de vote, les obligations et le remplacement des membres, dans une loi sur l'insolvabilité non seulement pour éviter les litiges et garantir la confidentialité, mais aussi pour assurer la transparence et la prévisibilité des procédures. D'autres questions peuvent être traitées dans les règles de procédure adoptées par le comité, concernant notamment les procédures de vote et les majorités requises; le déroulement des réunions, l'élection de la présidence et le règlement des litiges.

464. Les membres sont nommés de différentes manières, qui dépendent dans une large mesure des fonctions incombant au comité. Dans de nombreux cas, ce sont les créanciers qui ont la charge de nommer les membres du comité, généralement à leur première réunion ou après avoir reçu du représentant de l'insolvabilité des informations préliminaires sur le débiteur. La nomination des membres du comité par les créanciers peut favoriser la confiance de ces derniers dans la procédure et les encourager à y participer. Certaines lois autorisent le tribunal à désigner les membres du comité, soit d'office soit à la demande des créanciers ou du représentant de l'insolvabilité. Cette approche peut présenter plusieurs inconvénients: elle risque notamment de donner une impression de partialité et de manque d'équité et de transparence; de susciter la méfiance des créanciers à l'égard d'un système qui ne les encourage pas ou ne les autorise pas à intervenir dans le choix de leurs propres représentants; et de ne pas être de nature à résoudre le fréquent problème de l'apathie des créanciers. En revanche, elle peut contribuer à simplifier la procédure de constitution du comité et à réduire les risques de litiges entre créanciers, lesquels peuvent entraîner des retards et occasionner des dépenses. Le choix entre ces différentes approches peut dépendre de la mesure dans laquelle le tribunal supervise la procédure et intervient régulièrement, ainsi que de la mesure dans laquelle les créanciers sont tenus de jouer un rôle actif en s'acquittant de fonctions qui ne se limitent pas à la fourniture de conseils au représentant de l'insolvabilité.

465. Pour faciliter le fonctionnement du comité, certaines lois sur l'insolvabilité spécifient le nombre de ses membres – en règle générale, un nombre impair pour permettre un vote majoritaire et, dans certains cas, pas plus de trois ou cinq personnes. Lorsque le comité ne représente que les créanciers chirographaires, il n'est parfois ouvert qu'aux principaux créanciers de ce type. On peut identifier ces créanciers de différentes manières, notamment en demandant au débiteur d'en

établir la liste ou en se reportant à la liste de créanciers devant être établie par lui. Pour veiller à ce qu'il s'acquitte de l'obligation de représenter équitablement les créanciers, il peut être souhaitable que le comité soit supervisé, éventuellement par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal, lorsque la loi sur l'insolvabilité lui confie un rôle important.

c) Fonctions d'un comité des créanciers

466. En règle générale, le comité agira au nom des créanciers: ses fonctions seront donc directement liées aux fonctions générales confiées à ces derniers, comme indiqué ci-dessus. Les pouvoirs et fonctions conférés au comité des créanciers ne devraient toutefois pas priver la collectivité des créanciers du droit de continuer de participer à la procédure ou d'intervenir dans celle-ci de toute autre manière. En ce qui concerne le processus décisionnel, le comité des créanciers jouera souvent un rôle consultatif, en faisant des recommandations aux créanciers sur la façon dont les questions essentielles devraient être tranchées, mais il ne serait généralement pas habilité à prendre des décisions importantes au nom des créanciers. Il aura des échanges avec le représentant de l'insolvabilité – lorsqu'un tel représentant est nommé –, ou avec le débiteur si la loi sur l'insolvabilité prévoit qu'il ne sera pas dessaisi en cas de redressement, mais il devrait être en mesure d'agir indépendamment de ces parties pour représenter les intérêts des créanciers.

467. Les lois sur l'insolvabilité prévoient que le comité des créanciers remplit un certain nombre de fonctions, parmi lesquelles informer le représentant de l'insolvabilité des souhaits des créanciers concernant des questions telles que la vente d'actifs importants et l'élaboration du plan de redressement, tenir des consultations avec le représentant de l'insolvabilité et d'autres parties principales à la procédure, par exemple les dirigeants de l'entreprise débitrice, participer à l'élaboration d'un plan de redressement ou éventuellement superviser le représentant de l'insolvabilité. Ces fonctions peuvent être établies par la loi sur l'insolvabilité, ordonnées par le tribunal ou déterminées en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité.

468. Tout comme les créanciers dans leur ensemble (voir plus haut), il faudra que le comité puisse obtenir du représentant de l'insolvabilité des informations actualisées sur le débiteur et ses finances et donner son avis et celui des créanciers sur les questions relevant de ces fonctions ou sur des questions ayant une incidence sur les intérêts des créanciers. Pour s'acquitter de ses fonctions, le comité peut en outre avoir besoin d'une assistance administrative et d'une assistance spécialisée. Ce besoin devrait toutefois être clairement lié aux fonctions qu'il doit remplir. Le comité peut être tenu par la loi de demander au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal l'autorisation de recruter un(e) secrétaire et, si les circonstances l'exigent, des consultants et des professionnels. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que le coût de cette assistance, y compris les rémunérations, sera imputé sur la masse de l'insolvabilité, tandis que d'autres imposent aux créanciers l'obligation de prendre en charge leurs propres frais de participation à la procédure. Dans le premier cas, il est souhaitable que le tribunal contrôle non seulement la décision de recruter un professionnel mais également les coûts et frais associés à ce recrutement.

d) Responsabilité du comité des créanciers

469. Le comité aurait des obligations envers l'ensemble des créanciers. Il n'assumerait pas de responsabilité ni d'obligation fiduciaire à l'égard des propriétaires de l'entreprise insolvable. Il peut être souhaitable que la loi sur l'insolvabilité exige que le comité agisse de bonne foi et qu'elle exonère ses membres de toute responsabilité pour les actes accomplis et les décisions prises par eux ès qualités, sauf si l'on constate qu'ils ont agi de manière frauduleuse ou intentionnelle ou ont manqué à une obligation fiduciaire envers les créanciers qu'ils représentent, par exemple en tirant profit de l'administration de la masse; ou en acquérant des actifs de la masse sans autorisation préalable du tribunal. La règle de responsabilité applicable au comité peut être différente de celle qui s'applique au représentant de l'insolvabilité, car les membres du comité ne sont pas tenus de posséder des connaissances spécialisées et exercent leurs fonctions volontairement sans être rémunérés. Pour définir la responsabilité du comité, on devra sans doute trouver un juste milieu entre un niveau de responsabilité trop élevé qui favorisera l'apathie des créanciers et les découragera de participer à la procédure et un niveau trop bas qui pourrait donner lieu à des abus et empêcher le comité d'exercer efficacement sa fonction de représentation.

e) Révocation et remplacement des membres du comité

470. Il faudra peut-être que la loi sur l'insolvabilité traite des motifs pouvant justifier la révocation d'un membre du comité des créanciers et établisse un mécanisme de remplacement. Ces motifs peuvent être notamment les suivants: faute grave, absence des compétences nécessaires, incompétence, inefficacité, manque d'indépendance ou conflit d'intérêts. La procédure de révocation et de remplacement dépendra généralement de la façon dont les membres du comité sont nommés, à savoir par le tribunal ou par les créanciers. Un mécanisme de remplacement sera également nécessaire lorsque des membres du comité démissionnent ou ne sont pas en mesure de continuer à s'acquitter de leurs fonctions, par exemple en cas de maladie grave ou de décès.

6. Questions devant être soumises au vote des créanciers

471. Une loi sur l'insolvabilité devra déterminer les questions devant être soumises à un vote des créanciers et énoncer les règles de vote applicables dans chaque cas.

472. Lorsque les mesures devant être prises durant la procédure auront des conséquences non négligeables pour l'ensemble des créanciers, il est souhaitable que tous les créanciers (et pas seulement le comité des créanciers) aient le droit d'en être avisés et de voter. Il peut s'agir notamment de l'élection du représentant de l'insolvabilité lorsque la loi sur l'insolvabilité confie cette tâche aux créanciers; de l'approbation du plan de redressement; de l'approbation d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure; et d'autres actes importants tels que la vente d'actifs essentiels.

473. Différentes approches peuvent être adoptées en ce qui concerne les modalités de vote, selon la nature de la question devant être tranchée. Certaines lois prévoient que le vote doit avoir lieu en personne au cours d'une réunion de créanciers; d'autres, lorsque les créanciers sont nombreux ou qu'ils ne résident pas sur place, que le vote peut avoir lieu par correspondance ou par procuration. Le vote en

personne ne sera évidemment pas possible lorsque les créanciers, et en particulier certains types de créanciers comme les détenteurs d'obligations émises sur le marché, sont très nombreux. Il sera de plus en plus souhaitable d'autoriser le vote par des moyens électroniques, notamment par courrier électronique et l'Internet, qui peuvent être soumis à des mesures de sécurité appropriées.

474. Diverses approches sont adoptées en ce qui concerne le nombre de voix requis pour que différentes décisions s'imposent aux créanciers, certaines lois sur l'insolvabilité établissant une distinction entre différents types de décisions. Pour les décisions importantes, comme l'approbation d'un plan de redressement, la loi peut exiger à la fois une certaine proportion de la valeur des créances et un certain nombre de créanciers (voir deuxième partie, chap. IV). Certaines lois exigent une majorité en valeur pour la plupart des décisions et un vote majoritaire en valeur et en nombre pour des décisions telles que l'élection ou la révocation du représentant de l'insolvabilité ou encore le recrutement de professionnels par ce dernier. D'autres lois prévoient uniquement la majorité simple pour des questions telles que l'élection ou la révocation du représentant de l'insolvabilité. D'autres lois encore prévoient que certaines questions doivent être approuvées à la fois par les créanciers garantis et par les créanciers chirographaires et d'autres pas, les créanciers garantis participant au vote uniquement sur des questions comme la sélection du représentant de l'insolvabilité et les questions qui touchent leur sûreté.

7. Confidentialité

475. Comme on l'a vu plus haut (chap. III.A et B), il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité impose une obligation de confidentialité à la fois au débiteur et au représentant de l'insolvabilité. Pour des raisons analogues, il peut être indiqué de déterminer également dans quels cas les créanciers devraient être soumis à cette obligation. Durant une procédure, les créanciers seront généralement en mesure d'obtenir sur le débiteur et son entreprise de nombreuses informations, dont une grande partie pourra être commercialement sensible. Si, dans le cas d'une liquidation, on peut supposer que les créanciers n'auront guère la possibilité de tirer un avantage déloyal de ces informations (ou de les utiliser d'une manière préjudiciable au débiteur), il n'en va sans doute pas de même en cas de redressement, les créanciers pouvant dans certaines circonstances utiliser ces informations pour compromettre la réussite du plan convenu. C'est pourquoi il sera sans doute bon d'imposer aux créanciers et au comité des créanciers (et à tout professionnel recruté par lui) une obligation de confidentialité de sorte que ceux-ci ne soient autorisés à utiliser les informations obtenues dans le cadre de la procédure que pour l'administration de cette dernière, sauf décision contraire du tribunal. Lorsqu'un comité des créanciers est constitué (et qu'il recrute des professionnels), on peut donner effet à cette obligation en exigeant de ses membres (et des professionnels) qu'ils signent des accords de confidentialité.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité est:

a) de faciliter la participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité;

b) de prévoir un mécanisme de constitution d'un comité des créanciers ou un autre mécanisme de représentation des créanciers si cela peut faciliter la participation de ces derniers à la procédure d'insolvabilité;

c) de donner aux créanciers le droit d'obtenir des informations sur la procédure d'insolvabilité;

d) de spécifier les fonctions et les responsabilités du comité des créanciers.

Contenu des dispositions législatives

Droit d'être entendu (voir recommandation 121))

Participation des créanciers

110) La loi devrait spécifier que les créanciers, tant garantis que chirographaires, ont le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et préciser quelles fonctions peuvent être accomplies dans le cadre de cette participation.

Vote des créanciers

111) La loi devrait spécifier les questions pour lesquelles un vote des créanciers est requis et établir les droits et règles de vote correspondants. En particulier, la loi devrait soumettre l'approbation ou le rejet d'un plan de redressement au vote des créanciers.

Convocation des réunions des créanciers

112) La loi peut exiger que les créanciers tiennent une première réunion dans un délai spécifié après l'ouverture de la procédure pour discuter certaines questions. Elle peut aussi autoriser le tribunal, le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers détenant (indiquer un pourcentage du montant total des) créances [chirographaires] à demander la convocation d'une réunion de l'ensemble des créanciers. La loi devrait spécifier qui est chargé d'aviser les créanciers de la tenue de cette réunion. Elle peut spécifier les cas dans lesquels une telle réunion peut être convoquée.

Représentation des créanciers

113) La loi devrait faciliter la participation active des créanciers à la procédure d'insolvabilité par exemple par l'intermédiaire d'un comité des créanciers ou autre mécanisme de représentation[86]. Elle devrait spécifier si un comité ou une autre forme de représentation est nécessaire dans toutes les procédures d'insolvabilité. Lorsque les créanciers participant à la procédure d'insolvabilité ont des intérêts divergents et appartiennent à des catégories différentes et que leur participation ne sera pas facilitée par la constitution d'un comité unique ou la nomination d'un seul

[86] Voir recommandation 97) et la participation du débiteur à la procédure de redressement. Lorsque le débiteur n'est pas dessaisi de son entreprise, un comité des créanciers aura un rôle important à jouer en supervisant les activités du débiteur et, si nécessaire, en faisant rapport sur ces celles-ci.

représentant, la loi peut prévoir la constitution de plusieurs comités de créanciers ou la nomination de plusieurs représentants.

114) Lorsque la loi autorise la constitution d'un comité des créanciers ou la nomination d'un représentant, les rapports entre les créanciers et ce comité ou ce représentant devraient être clairement indiqués[87]. La loi devrait spécifier comment seront financés les frais du comité des créanciers.

– Créanciers pouvant être nommés à un comité des créanciers

115) La loi devrait spécifier les créanciers qui peuvent être nommés à un comité. Les créanciers qui ne peuvent pas être nommés seraient notamment les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et d'autres personnes qui pour une raison ou une autre ne seraient pas impartiales. La loi devrait spécifier si la créance d'un créancier doit ou non être admise [provisoirement ou autrement] pour qu'un créancier puisse être nommé à un comité.

– Mécanisme de nomination au comité des créanciers

116) La loi devrait établir un mécanisme de nomination des membres d'un comité des créanciers. Différentes approches pourraient être adoptées, telles que le choix des membres du comité par les créanciers ou leur nomination par le tribunal ou par un autre organe administratif.

– Droits et fonctions d'un comité des créanciers

117) La loi devrait spécifier les droits et les fonctions du comité des créanciers dans la procédure d'insolvabilité. Ces droits et fonctions seraient notamment les suivants:

a) donner des conseils et apporter une aide au représentant de l'insolvabilité ou au débiteur non dessaisi;

b) participer à l'élaboration du plan de redressement, à la vente d'actifs importants et à d'autres questions intéressant les créanciers de leur catégorie, à la demande du tribunal ou comme décidé en coopération avec le représentant de l'insolvabilité;

c) avoir le droit d'entendre à tout moment le représentant de l'insolvabilité.

– Emploi et rémunération de professionnels par un comité des créanciers

118) La loi devrait permettre à un comité des créanciers, sous réserve de l'approbation du tribunal, de sélectionner, d'employer et de rémunérer les professionnels qui pourraient être nécessaires pour l'aider dans l'exercice de ses fonctions. Elle devrait spécifier comment seront financés les frais et la rémunération de ces professionnels.

– Responsabilité des membres d'un comité des créanciers

119) La loi devrait spécifier que les membres d'un comité des créanciers sont exonérés de toute responsabilité pour les actes accomplis ès qualités sauf si l'on

[87] En particulier, la loi devrait spécifier: comment les fonctions et les pouvoirs se répartissent entre les créanciers et le comité et quel mécanisme est prévu pour régler les litiges entre les créanciers et le comité.

constate qu'ils ont agi de manière frauduleuse et qu'ils ont commis une faute intentionnelle.

– *Révocation et remplacement des membres d'un comité des créanciers*

120) La loi devrait spécifier les motifs de révocation des membres d'un comité des créanciers et prévoir leur remplacement[88].

D. Droit des parties intéressées d'être entendues et de faire appel

1. Droit d'être entendu

476. La plupart des régimes donnent aux créanciers, en tant que principaux bénéficiaires de la masse, et à d'autres parties intéressées un certain droit de regard à la fois sur l'administration de la masse et sur la façon dont le représentant de l'insolvabilité s'acquitte de ses fonctions. Le représentant de l'insolvabilité, le débiteur, un créancier, un comité des créanciers ou une autre partie intéressée souhaitera peut-être demander des mesures d'aménagement en vertu de la loi sur l'insolvabilité ou s'opposera peut-être aux demandes de telles mesures formulées par d'autres. Il faudrait que chacune de ces parties puisse être entendue lorsqu'il est porté atteinte aux droits, notamment sur des biens, ou aux obligations que leur confère la loi sur l'insolvabilité. Lorsque les décisions relatives à l'administration de la masse sont prises par les tribunaux, elles sont généralement susceptibles d'appel devant une juridiction supérieure par une partie dont les intérêts sont lésés. Toutefois, dans quelques lois sur l'insolvabilité, certaines décisions (par exemple la décision de nomination du juge chargé de superviser la procédure ou la décision d'ouverture d'une procédure) sont insusceptibles d'appel.

2. Procédures de recours

477. Les procédures relatives à l'administration de la masse dépendent en grande partie des règles régissant les fonctions du représentant de l'insolvabilité, des droits et obligations qui incombent au débiteur en vertu de la loi sur l'insolvabilité et du rôle actif éventuellement joué par les créanciers, soit individuellement soit par l'intermédiaire d'un comité des créanciers, dans l'administration. Par exemple, dans les lois exigeant que le représentant de l'insolvabilité obtienne l'approbation des créanciers ou de leurs représentants avant d'accomplir certains actes, une procédure permettant aux créanciers de recourir contre ces actes ne sera, du fait de leur participation directe à la prise de décisions, normalement pas nécessaire sauf lorsque le représentant de l'insolvabilité les a trompés.

478. Lorsque les actes du représentant de l'insolvabilité ne sont pas soumis à l'approbation préalable des créanciers, il sera peut-être nécessaire de prévoir une procédure formelle de recours pour ces derniers. Cette procédure pourrait également être utile à d'autres parties intéressées lorsqu'elles sont lésées par des actes du représentant de l'insolvabilité.

479. La plupart des lois sur l'insolvabilité exigent que les parties intéressées demandent des mesures d'aménagement ou soulèvent leurs objections par voie

[88] L'exercice du pouvoir de révocation dépendra du mode de constitution du comité.

judiciaire. Certaines autorisent les créanciers à intenter une action à titre individuel, tandis que d'autres exigent que le ou les créanciers opposants représentent un certain nombre de créanciers ou un certain pourcentage créances pour être recevables à agir, voire exigent que l'action soit intentée par le comité des créanciers ou par l'ensemble des créanciers. Ces conditions peuvent dépendre des motifs de contestation invoqués. D'autres parties intéressées peuvent être fondées à soulever une objection ou à demander des mesures d'aménagement lorsqu'il est porté atteinte aux droits, notamment sur des biens, ou aux obligations que leur confère la loi sur l'insolvabilité. Comme on l'a vu plus haut, il faut concilier le droit d'être entendu avec la nécessité d'administrer efficacement la procédure d'insolvabilité.

3. Droit de faire appel

480. Une partie intéressée dont la demande de mesures d'aménagement a été rejetée ou qui a contesté sans succès une demande ou un acte d'une autre partie devrait avoir le droit de se pourvoir en appel devant une juridiction supérieure si elle estime que le tribunal s'est trompé. La plupart des systèmes judiciaires prévoient la possibilité d'un recours en établissant différents degrés de juridiction et des procédures d'appel. Une structure similaire devrait s'appliquer au tribunal qui administre la loi sur l'insolvabilité et à ses décisions.

Recommandations

Droit d'être entendu

121) La loi devrait spécifier qu'une partie intéressée a le droit d'être entendue sur tout aspect de la procédure d'insolvabilité qui porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts. Par exemple, une partie intéressée devrait avoir le droit:

a) de contester à tout acte soumis à l'approbation du tribunal;

b) de demander au tribunal d'examiner tout acte pour lequel son approbation n'était pas nécessaire ou n'a pas été requise;

c) de demander toute mesure d'aménagement dont elle peut se prévaloir dans la procédure d'insolvabilité.

Droit de faire appel[89]

122) La loi devrait spécifier qu'une partie intéressée peut faire appel de toute décision du tribunal prise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité si cette décision porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts.

[89] Conformément à ses principaux objectifs, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que les appels formés dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ne devraient pas avoir un effet suspensif sauf si le tribunal en décide autrement, afin que l'insolvabilité puisse être traitée et réglée de manière ordonnée, rapide et efficace sans interruption inutile. Les délais d'appel devraient être conformes au droit généralement applicable, mais doivent être plus courts dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pour éviter toute interruption de cette dernière.

IV. Redressement

A. Le plan de redressement

1. Introduction

481. Les loi sur l'insolvabilité traitent généralement de diverses questions concernant le plan de redressement, telles que celles de savoir quelle doit être la nature ou la forme du plan; quand celui-ci doit être élaboré; par qui; ce qu'il doit comporter; comment il doit être approuvé par les créanciers (et homologué par le tribunal lorsque cela est exigé); quels en sont les effets et comment il doit être exécuté.

482. Les plans de redressement remplissent des fonctions différentes suivant les types de procédure. Dans certains cas, le plan peut être le point d'orgue de la procédure de redressement, prévoyant le versement d'un dividende pour solde de tout compte (autrement dit le concordat) et la structure finale de l'entreprise une fois le redressement achevé. Dans d'autres, il peut être proposé à l'ouverture de la procédure et peut indiquer la manière dont le débiteur et l'entreprise devraient être traités pendant la période de redressement – ce qui s'apparente beaucoup à un plan de travail – ainsi que les dividendes et les échéances escomptés. Dans d'autres cas encore, un plan analogue à un plan de redressement est élaboré dans le cadre d'une liquidation lorsque l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de son activité. Ce plan peut aborder des points tels que les échéances et les mécanismes de répartition provisoire. Les développements ci-après sont axés sur les questions liées à un plan proposé quelque temps après l'ouverture de la procédure, et traitent de la conduite de l'entreprise en redressement et de la modification des droits proposée pour redresser la situation financière du débiteur. Ces considérations seront aussi pertinentes, ne serait-ce que partiellement, pour d'autres types de plan.

2. Nature ou forme du plan

483. Le redressement a pour objet, en aboutissant à un meilleur résultat que si l'entreprise débitrice devait être liquidée, d'optimiser les perspectives de recouvrement des créances et de maintenir les entreprises viables en activité afin de préserver les emplois et les débouchés des fournisseurs. Vu la diversité des parties prenantes, il se peut que chacune ait des idées différentes sur la meilleure façon d'atteindre les divers objectifs. Certains créanciers, tels que de gros clients ou fournisseurs, préféreront sans doute la poursuite des relations d'affaires avec le débiteur à un remboursement rapide de leur créance. Certains pourront préférer une participation au capital de l'entreprise, d'autres pas. Il y a donc généralement, dans chaque cas d'espèce, toute une gamme d'options entre lesquelles un choix va devoir être opéré, et s'il se montre trop directif quant à l'étendue de cette gamme ou quant au choix devant être fait dans tel ou tel cas, le législateur risque d'être trop contraignant. Il est souhaitable que la loi, par exemple, n'autorise pas un plan axé uniquement sur la parfaite remise en selle du débiteur, n'interdise pas les annulations de dettes, ne prévoie pas qu'un certain montant minimum devra finalement être versé aux créanciers ou n'interdise pas la conversion de créances en prises de participation. Une approche non directive n'intégrant pas de telles restrictions a des chances d'offrir la souplesse suffisante pour que puisse être

choisie, dans une gamme de solutions possibles, celle qui est la plus souhaitable dans le cas d'espèce.

484. Certaines lois sur l'insolvabilité procèdent de manière illustrative, dressant une liste de possibilités pouvant être retenues, mais cette liste ne se veut ni exhaustive ni exclusive. Ces possibilités peuvent comprendre un simple règlement amiable (un accord prévoyant le versement aux créanciers d'un pourcentage de leurs créances, généralement dans le temps); le maintien en activité de l'entreprise en vue de sa cession à un repreneur (et la liquidation de l'entreprise débitrice); le transfert de la totalité ou d'une partie des actifs de la masse à une ou plusieurs entreprises existant déjà ou à des entreprises qui seront alors créées; la fusion ou le regroupement de l'entreprise débitrice avec une ou plusieurs autres entités commerciales; une forme sophistiquée de restructuration de la dette et du capital social ou quelque autre solution. Il est sans doute préférable que la solution à retenir soit déterminée par le marché, lorsqu'il y en a effectivement un, ou du moins par des négociations entre le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, les créanciers et d'autres personnes ayant des intérêts économiques.

485. Même si elle n'adopte pas une approche directive concernant la forme ou la nature du plan, la loi sur l'insolvabilité pourra fixer certaines limites. Elle pourra, par exemple, prescrire que le rang de priorité des créanciers prévu en cas de liquidation soit maintenu en cas de redressement, que le plan n'aboutisse pas à un retour de l'entreprise débitrice sur le marché alors qu'elle demeure insolvable et qu'il se conforme aux restrictions imposées par d'autres lois (lorsque la loi sur l'insolvabilité ne modifie pas ces restrictions), par exemple aux dispositions concernant le contrôle des changes.

3. Proposition d'un plan de redressement

486. Deux questions importantes se posent à propos de la proposition d'un plan de redressement: celle du stade de la procédure auquel il devrait être proposé et celle de la partie ou des parties qui seraient à même ou qui pourraient être autorisées à le proposer. Un certain nombre de réponses différentes peuvent être apportées à chacune de ces questions.

a) Choix du moment pour la proposition

487. En ce qui concerne la première question, celle du moment auquel il convient de proposer le plan, la réponse pourra dépendre du but ou de l'objectif du redressement en question, ou être liée à la façon dont la procédure de redressement a commencé. Certaines lois, par exemple, prévoient que le plan de redressement doit être déposé avec la demande d'ouverture d'une procédure de redressement (la demande pouvant alors être considérée comme une "proposition" de redressement) lorsque c'est le débiteur qui en prend l'initiative[90]. Les difficultés que peut soulever cette approche sont notamment les suivantes: l'ouverture de la procédure risque d'être retardée de même que, par voie de conséquence, l'arrêt des poursuites individuelles; il peut être difficile de savoir, à un stade aussi précoce, exactement ce que doit viser le plan; et si celui-ci a été élaboré sans que les créanciers et les autres parties intéressées aient été consultés tout en étant censé être un plan définitif, il se

[90] Ce type de démarche ne doit pas être confondu avec une demande de procédure accélérée qui s'accompagnerait du plan approuvé par les créanciers, voir chap. IV.B.

peut que son exécution suscite des difficultés et que cela pèse sur la procédure et entraîne, de surcroît, des retards. De nombreuses autres lois prévoient la négociation et la proposition du plan après l'ouverture de la procédure de redressement. Cette solution offre plus de souplesse puisqu'elle permet des consultations et la négociation d'un plan de redressement acceptable alors que le débiteur bénéficie de l'arrêt des poursuites. Elle présente cependant aussi un risque: celui de voir des débiteurs qui n'ont nullement l'intention, ou ne sont pas à même, de proposer un plan de redressement mettre à profit le régime de l'insolvabilité dans le seul but d'obtenir l'arrêt des poursuites. Des questions liées au choix du moment de la proposition peuvent aussi se poser en cas de conversion de la procédure de liquidation en redressement (voir 14 ci-après).

b) Parties autorisées à proposer le plan

488. S'agissant de la deuxième question, les aptitudes et les responsabilités des participants à la procédure de redressement concernant la négociation et la proposition du plan différeront suivant la façon dont la loi sur l'insolvabilité est conçue et en particulier suivant le rôle assigné au représentant de l'insolvabilité, au débiteur et aux créanciers. Par exemple, dans certaines lois, ces parties sont tenues de coopérer à la négociation et à la proposition d'un plan. Pour déterminer quelle partie devrait être autorisée à proposer un plan, ou quelles parties en sont capables, il pourra être souhaitable de trouver un équilibre entre la liberté accordée aux différentes parties de proposer le plan (par exemple, toutes les parties devraient-elles pouvoir proposer un plan? Devraient-elles pouvoir le faire simultanément ou successivement et en fonction seulement de l'acceptabilité du plan proposé?) et les contraintes qui accompagnent nécessairement le processus: conditions d'approbation (de vote) (par exemple, tous les créanciers devraient-ils jouer un rôle dans la formulation d'un plan qu'ils doivent approuver?), délais de négociation et de proposition, possibilité de modifier le plan offerte par la loi sur l'insolvabilité et autres considérations d'ordre procédural. Une approche souple, par opposition à une approche directive, aura plus de chance de déboucher sur cet équilibre, quoiqu'il soit souhaitable, dans l'intérêt de l'efficacité, de la sécurité juridique et de la prévisibilité, et d'une progression de la procédure sans retard indu, que la loi sur l'insolvabilité fournisse des orientations suffisantes pour faire en sorte que soit proposé un plan viable.

i) Proposition par le débiteur

489. Lorsque la proposition du plan doit intervenir avant l'ouverture de la procédure, elle sera généralement le fait du débiteur mais pourra impliquer des négociations avec une ou plusieurs catégories de créanciers – pas nécessairement toutes – qui pourront convenir d'un plan, sous réserve de son acceptation par les autres créanciers ou de son imposition aux autres catégories. Lorsque la proposition du plan doit intervenir après l'ouverture de la procédure, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'elle devrait émaner du débiteur, et précisent parfois que celui-ci devrait agir en coopération avec d'autres parties telles que le représentant de l'insolvabilité, les créanciers, un avocat, un comptable ou d'autres conseillers financiers. Une approche impliquant le débiteur peut avoir pour avantages d'encourager ce dernier à demander une procédure de redressement à un stade précoce et, lorsque le plan envisage la poursuite de l'exploitation de son entreprise, de tirer le meilleur parti de la connaissance qu'il a de son entreprise ainsi que des

mesures nécessaires pour la rendre de nouveau viable (encore que la liberté accordée au débiteur doive sans doute être mise en balance avec la nécessité d'obtenir la confiance des créanciers dans le débiteur et sa proposition). Cette approche peut aussi présenter des avantages lorsque le personnel de direction clef de l'entreprise du débiteur est nécessaire à son succès (en raison de sa complexité) ou sera difficile à remplacer rapidement.

490. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, la possibilité donnée au débiteur de proposer un plan est exclusive. D'autres lois procèdent par étapes, n'accordant au débiteur une possibilité d'exclusivité que pendant un délai déterminé que le tribunal est habilité à proroger si le débiteur peut prouver que le délai est justifié et qu'il existe de réelles chances de succès du redressement, une autre partie pouvant proposer un plan si à l'expiration de ce délai aucun plan n'a été proposé.

ii) Proposition par des créanciers

491. Lorsque l'approbation du plan par les créanciers est exigée, il y a toujours le risque que le redressement échoue si le plan présenté par le débiteur n'est pas acceptable. Il se peut, par exemple, que les créanciers souhaitent n'approuver qu'un plan qui prive les actionnaires de la société débitrice d'une participation majoritaire au capital et, peut-être aussi, qui retire à la direction en place toute responsabilité dans la gestion. Si le débiteur est le seul à pouvoir proposer le plan et refuse d'envisager une telle formule, le redressement risque d'échouer au détriment des créanciers, des salariés et du débiteur lui-même. Pour ces raisons, dans certaines lois sur l'insolvabilité, le débiteur doit, pour élaborer son plan, coopérer et négocier avec les créanciers; s'il ne propose pas un plan acceptable avant l'expiration de la période d'exclusivité, il est donné aux créanciers la possibilité de proposer leur propre plan (éventuellement par l'entremise d'un comité des créanciers (voir chap. III.C)). Cette option peut offrir les moyens de pression nécessaires pour amener les parties à un compromis.

iii) Proposition par le représentant de l'insolvabilité

492. Une autre solution adoptée par de nombreuses lois sur l'insolvabilité consiste à donner au représentant de l'insolvabilité la possibilité de proposer un plan, soit à titre subsidiaire à la place du débiteur ou des créanciers, soit à titre complémentaire. Le représentant de l'insolvabilité ayant eu depuis l'ouverture de la procédure l'occasion de se familiariser avec l'entreprise du débiteur, il sera sans doute bien placé pour déterminer les mesures nécessaires afin de la rendre viable. Il sera sans doute aussi bien placé pour faciliter des négociations sur le plan entre le débiteur et les créanciers. Il sera plus ou moins important de prévoir la participation du représentant de l'insolvabilité suivant les caractéristiques de la loi et, en particulier, les exigences d'approbation du plan par les créanciers ou le tribunal. Lorsque l'approbation des créanciers est requise, un plan qui tient compte de propositions rencontrant leur agrément aura plus de chances d'être approuvé. Cette considération peut ne pas valoir lorsque l'approbation des créanciers n'est pas nécessaire ou que le tribunal est habilité à refuser d'homologuer un plan approuvé pour des raisons autres que l'équité procédurale, par exemple la rentabilité. Lorsque le plan doit seulement être approuvé par le tribunal, il importera sans doute de prendre l'avis de juristes pour que le plan présenté soit approuvé. Lorsqu'il n'est pas donné au représentant de l'insolvabilité la possibilité de négocier et de proposer un plan ni de

participer à ce processus, il pourra être souhaitable de lui permettre d'examiner le plan proposé avant que celui-ci soit soumis pour approbation.

iv) Proposition par plusieurs parties

493. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent qu'un plan peut être proposé par plusieurs parties, dont le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, et les créanciers ou le comité des créanciers. Il pourra être souhaitable, dans les lois qui comportent une telle disposition, de prévoir un mécanisme qui garantisse que plusieurs plans concurrents ne soient pas proposés simultanément. Même si elle peut dans certains cas favoriser l'élaboration d'un plan mutuellement acceptable, la proposition concurrentielle de plusieurs plans risque aussi de compliquer le processus et d'être source de confusion, d'inefficacité et de retard.

494. Dans certaines lois, le tribunal doit prendre l'avis de tiers, tels que des organismes publics et les syndicats, à propos du plan. Bien que l'inclusion de ces parties dans la négociation du plan puisse dans certains cas aider à proposer un plan acceptable, il y aussi le risque, si elle est érigée en principe général, qu'une telle procédure complique et ne fasse traîner les choses. Elle n'est sans doute souhaitable que s'il y a des chances qu'elle soit profitable dans un cas donné lorsque les intérêts de ces parties sont au cœur du plan de redressement, et si la négociation est suivie de près et assortie de délais à respecter.

c) Délais de proposition d'un plan

495. Certaines lois sur l'insolvabilité fixent un délai après l'ouverture de la procédure dans lequel le plan doit être proposé. Ce délai peut s'appliquer spécifiquement à la proposition d'un plan par le débiteur ou s'appliquer en général. Une loi, par exemple, prévoit un délai maximum de 120 jours pour la proposition d'un plan par le débiteur; une fois ce délai arrivé à expiration, toute autre partie peut proposer un plan sans qu'un délai ne lui soit imposé. Les exemples de délai généralement applicable à la négociation et à la proposition d'un plan s'échelonnent entre 35 et 120 jours à compter de l'ouverture de la procédure, certaines lois prévoyant qu'il pourra être prorogé ou abrégé par le tribunal dans certaines circonstances. Si l'imposition de délais peut contribuer à éviter les retards dans la procédure de redressement, elle peut aussi présenter des inconvénients: il faut se garder de délais trop stricts qui imposent des contraintes arbitraires, en particulier dans les grandes insolvabilités lorsque la négociation et la proposition d'un plan peuvent prendre beaucoup plus de temps, par exemple plus de 12 mois; il y a aussi le risque que les délais ne soient pas observés, en particulier en l'absence de sanctions appropriées, ou que l'infrastructure de l'insolvabilité ne puisse s'y tenir (par exemple faute de ressources). Un moyen de dissiper cette crainte est d'autoriser le tribunal à proroger ce délai à condition que cette prorogation soit également limitée dans le temps et qu'il ne soit pas possible d'y recourir indéfiniment. L'avantage de cette approche est que dans ce cas, la partie qui demande la prorogation doit démontrer au tribunal que celle-ci se justifie, c'est-à-dire, par exemple, que le retard n'est pas abusif (par exemple qu'il est lié à la nécessité de mener de plus amples consultations avec les créanciers ou que les évaluations ou rapports des conseillers professionnels ont été reçus en retard), qu'il ne nuira pas aux intérêts des autres parties et que, si la prorogation est accordée, il existe de réelles chances que soit proposé un plan qui sera approuvé par les créanciers.

496. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit des délais pour la négociation et la proposition d'un plan, il convient de tenir compte des procédures converties de liquidation en redressement. Les délais courant dès l'ouverture de la procédure (de liquidation) risqueront d'être difficiles à appliquer aux insolvabilités qui se fondent sur la demande initiale d'ouverture de la procédure et traitent la conversion comme un prolongement de celle-ci.

4. Le plan

497. Le résultat du plan dépend de ce qui est faisable. En d'autres termes, il faut se demander si, sur la base des faits et circonstances connus et d'hypothèses raisonnables, le plan et le débiteur ont plus de chances de réussir que d'échouer. S'agissant de déterminer si un plan a des chances de réussir, deux questions connexes se posent: la première est celle du contenu du plan lui-même, autrement dit ce qu'il propose; la seconde est celle de la façon dont ces propositions sont présentées et expliquées aux créanciers afin d'obtenir leur appui.

a) Contenu du plan

498. La question de ce qui doit être inclus dans le plan est étroitement liée à la procédure d'approbation de ce dernier (par exemple, les créanciers qui doivent approuver le plan, la majorité requise pour l'approbation et, éventuellement, la procédure d'homologation par le tribunal), à l'effet du plan une fois approuvé (et homologué par le tribunal, lorsque cela est nécessaire) (par exemple, le plan s'imposera-t-il aux créanciers opposants et aux créanciers garantis? Qui sera responsable de son exécution et de la poursuite de la gestion de l'entreprise débitrice?) et à la question de savoir s'il existe ou non une exigence d'homologation du plan par le tribunal. De nombreuses lois sur l'insolvabilité comportent des dispositions consacrées au contenu du plan de redressement. Certaines d'entre elles posent des règles générales, par exemple que le plan de redressement doit faire connaître de façon suffisamment claire et précise à toutes les parties la situation financière du débiteur et les modifications de certains droits qui y sont proposées, ou énoncent des exigences minimales, par exemple que le plan doit prévoir le paiement de certaines créances privilégiées. On notera que le plan ne doit pas nécessairement modifier ou influencer de quelque autre manière les droits de chaque catégorie de créanciers.

499. D'autres lois entrent plus dans le détail à propos des informations qui doivent être données concernant la situation financière du débiteur et les propositions figurant dans le plan. Les informations sur la situation financière du débiteur peuvent inclure les états de l'actif et du passif, les états des flux de trésorerie, et des informations concernant les causes ou les raisons de cette situation. Les informations concernant ce qui est proposé dans le plan peuvent inclure, suivant l'objectif du plan et les circonstances d'un débiteur particulier, le détail des catégories de créances; les créances affectées par le plan et le traitement réservé dans le plan à chacune des catégories de créances; la continuation ou le rejet des contrats qui ne sont pas entièrement exécutés; le traitement des baux en cours; les mesures et arrangements concernant les actifs du débiteur (par exemple transfert, liquidation, conservation); la vente ou tout autre traitement des actifs grevés d'une sûreté; la procédure d'information et d'acceptation; les droits liés aux créances contestées en matière de participation au vote et les dispositions prévues pour le

règlement des litiges concernant ces créances; les arrangements concernant le personnel du débiteur; la rémunération de la direction de l'entreprise débitrice; le financement de l'exécution du plan; le report de l'échéance ou une modification du taux d'intérêt ou de toute autre clause des sûretés existantes; le rôle devant être joué par le débiteur dans l'exécution du plan et l'identification de ceux qui seront responsables à l'avenir de la gestion de l'entreprise débitrice; le règlement des créances et les raisons pour lesquelles le montant que recevront les créanciers sera plus élevé que celui qu'ils auraient obtenu en cas de liquidation; le paiement des intérêts sur les créances; la répartition de tout ou partie des actifs de la masse entre les parties ayant un droit réel sur ces actifs; les modifications éventuelles de l'instrument ou du document organique constituant l'entreprise débitrice (modification du règlement intérieur, des statuts, etc.) ou de la structure de son capital ou la fusion ou le regroupement de l'entreprise avec une ou plusieurs personnes; les raisons pour lesquelles l'entreprise sera capable de poursuivre son activité et pourra être redressée; la supervision de l'exécution du plan; et la durée d'exécution du plan, y compris, dans certains cas, une durée légale maximale.

500. Au lieu d'indiquer tout un éventail d'informations qui devraient figurer dans le plan, il serait peut-être préférable que la loi sur l'insolvabilité définisse le contenu minimal de ce plan, se concentrant sur ses objectifs clefs et ses modalités d'exécution. Elle pourrait, par exemple, exiger que le plan indique les catégories de créanciers et le traitement que chacune s'y verrait accorder; ses conditions générales (par exemple le traitement des contrats et le rôle du débiteur); et ses conditions d'exécution (par exemple la vente d'actifs ou d'éléments de l'entreprise, le report d'échéances, les modifications de la structure du capital de l'entreprise et la supervision de l'exécution).

501. Le contenu du plan soulève également des questions liées à d'autres lois. Par exemple, si le droit national interdit la conversion de créances en prises de participation, un plan prévoyant une telle conversion ne pourrait être approuvé. La conversion de créances en prises de participation pouvant être un élément important de l'opération de redressement, il faudrait éliminer cette interdiction, du moins dans le contexte de l'insolvabilité, pour qu'un plan puisse comporter des dispositions à cet effet et être approuvé. De même, si un plan est limité par le jeu d'autres pans du droit uniquement à la remise de dette ou au report d'échéances, il risque d'avoir des difficultés à recevoir l'adhésion des créanciers. Certains dossiers d'insolvabilité soulèvent des questions aussi simples et non controversées concernant le rapport entre la loi sur l'insolvabilité et d'autres lois. D'autres dossiers peuvent soulever des questions plus complexes: les restrictions en matière d'investissement étranger et le contrôle des changes (en particulier lorsque de nombreux créanciers sont des non-résidents), ou le traitement des salariés conformément à la législation du travail pertinente si, par exemple, le redressement soulève des questions concernant la modification de conventions collectives ou des questions liées au droit fiscal.

502. Le traitement de ces questions varie. Dans certains pays, la loi sur l'insolvabilité sera soumise à ces types de restrictions, ce qui aura pour conséquence de limiter éventuellement l'éventail des options en matière de redressement. D'autres lois sur l'insolvabilité autorisent, dans des circonstances bien déterminées, par exemple lorsque les créanciers y consentent, la levée de certaines restrictions imposées par d'autres lois, par exemple celles ayant trait à la disposition des biens du débiteur et au rang de priorité pour la répartition. Il est souhaitable que les

restrictions imposées par d'autres lois et qui influeront sur la loi sur l'insolvabilité soient prises en compte dans l'élaboration de cette dernière et que, dans l'intérêt de la transparence et de la prévisibilité, une loi sur l'insolvabilité traite expressément la question de ses rapports avec d'autres lois, notant chaque fois que possible l'impact que ces dernières peuvent avoir sur elle.

b) Informations devant accompagner le plan

503. Lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur un plan, les créanciers et d'autres parties intéressées telles que les actionnaires, qui peuvent être tenus de se prononcer sur le plan, doivent pouvoir s'assurer que les propositions que contient ce dernier sont réalisables et ne sont pas fondées, par exemple, sur des hypothèses erronées et, qu'une fois le plan exécuté, le débiteur ne sera plus surendetté. Pour faciliter cette évaluation, les créanciers et les autres parties intéressées devront disposer d'informations expliquant les propositions et leur impact sur le débiteur, sur les créanciers et sur les autres parties concernées. À cette fin, le plan pourra être présenté aux créanciers et aux autres parties accompagné d'une note d'information contenant des informations détaillées permettant à toutes les parties de l'évaluer correctement. Cette note pourra être établie par un professionnel qualifié dont on peut s'attendre qu'il fournisse une évaluation crédible et impartiale des mesures proposées par le plan ou par la partie même qui propose le plan, accompagnée ou non d'un avis professionnel. Lorsque le représentant de l'insolvabilité n'est associé ni à la proposition de plan ni à l'élaboration de la note, il sera peut-être souhaitable de lui demander de commenter les deux instruments. Si les créanciers et les autres parties intéressées ne souscrivent pas à l'évaluation qui leur a été communiquée, ou ne jugent pas convaincantes les informations accompagnant le plan, leurs objections pourraient être prises en compte soit à l'occasion du vote, par le biais d'un mécanisme autorisant la modification du plan, soit à l'occasion de l'homologation du plan par le tribunal (lorsque l'homologation est requise).

504. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité spécifient les informations qui doivent être communiquées aux créanciers et aux autres parties intéressées pour leur permettre d'évaluer le plan en connaissance de cause, que ces informations doivent figurer dans le plan lui-même ou dans un document séparé. L'obligation de communiquer ces informations, étayée par des mécanismes appropriés d'obtention des informations voulues, va dans le sens de la transparence, qui est un objectif essentiel, et peut contribuer à emporter la confiance des créanciers dans la procédure d'insolvabilité. Mais il faut aussi sans doute prendre en compte les éventuels problèmes de confidentialité découlant de l'accès à des informations financières et commerciales potentiellement sensibles concernant le débiteur, même si celles-ci seront peut-être finalement rendues publiques du fait de l'approbation ou de l'homologation du plan par le tribunal. On peut répondre à cette préoccupation en incluant dans la loi une obligation de confidentialité qui s'appliquera au débiteur, aux créanciers, au représentant de l'insolvabilité et aux autres parties intéressées. Cette obligation peut aussi permettre d'éviter la communication d'informations qui ne sont d'aucun secours pour évaluer le plan, l'accent devrait être mis sur les informations nécessaires, dans le cas d'espèce, pour évaluer les propositions spécifiques faites dans le plan.

505. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité spécifie les informations minimales devant figurer dans la note d'information. Celle-ci pourrait comprendre

des informations relatives à la situation financière du débiteur, y compris les états de l'actif et du passif et des flux de trésorerie; une comparaison du traitement accordé aux créanciers par le plan proposé à ce qu'ils pourraient compter obtenir dans le cadre d'une liquidation; les raisons pour lesquelles l'entreprise débitrice serait capable de poursuivre son activité et pourrait être redressée; des informations sur les mécanismes de vote utilisés pour l'approbation du plan; des informations montrant, s'agissant de l'effet du plan, que le nécessaire a été fait pour qu'il soit satisfait à toutes les obligations prévues dans le plan et que le débiteur devrait disposer des flux de trésorerie requis pour régler ses dettes conformément au plan.

5. Approbation du plan

506. L'élaboration des dispositions d'une loi sur l'insolvabilité relatives à l'approbation du plan nécessite la réalisation d'un équilibre entre un certain nombre de considérations antagoniques, telles que le fait de savoir si les créanciers devraient ou non voter sur le plan par catégorie et la façon dont les créanciers opposants seront traités. L'un des principes sous-jacents est que les créanciers ne peuvent être liés par un plan que s'il leur a été donné la possibilité de voter sur ce plan. Le principal objectif d'une classification des créances est de satisfaire à l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable aux créanciers, de traiter les créances de rang analogue de la même manière et de veiller à ce que tous les créanciers d'une catégorie donnée se voient proposer les mêmes conditions par le plan de redressement. C'est une façon de s'assurer que les créances prioritaires ou privilégiées seront traitées conformément à l'ordre de priorité fixé dans la loi sur l'insolvabilité. Cela pourra aussi faciliter le traitement des créances des gros créanciers, que l'on pourra persuader de bénéficier d'un traitement différent de celui réservé à la catégorie générale des créanciers chirographaires, si ce traitement est nécessaire pour rendre le plan réalisable. La classification peut, cependant, compliquer et renchérir la procédure d'insolvabilité suivant le nombre de catégories identifiées. Une autre façon de faire en sorte que les créanciers habilités à bénéficier d'un traitement spécial ne soient pas opprimés par la majorité serait de leur donner la possibilité, s'ils n'ont pas été traités de manière juste et équitable, de contester en justice la décision prise par la majorité. L'existence d'un tel mécanisme pourrait dissuader des majorités de présenter des propositions désavantageant indûment des créanciers privilégiés.

507. En ce qui concerne le traitement des créanciers opposants, il sera capital de prévoir un moyen d'imposer un plan convenu aux créanciers opposants minoritaires au sein d'une catégorie afin d'accroître les chances de succès du redressement. Il pourra aussi être nécessaire, selon le mécanisme retenu pour voter sur le plan et selon que les créanciers votent ou non par catégorie, de voir s'il serait possible de rendre le plan contraignant pour les catégories opposantes de créanciers et les autres parties concernées.

508. Dès lors qu'un plan peut être approuvé et imposé aux parties opposantes, il pourra être nécessaire de veiller à ce qu'il protège convenablement celles-ci et, en particulier, à ce que leurs droits ne puissent être injustement lésés. La loi pourrait prévoir, par exemple, qu'une catégorie opposante ne peut être liée que si elle est assurée d'un certain traitement. Il pourrait être exigé que les créanciers garantis soient réglés à hauteur de leur sûreté, tandis que les créanciers chirographaires, y compris les actionnaires, pourraient ne rien obtenir. Dès lors que la procédure

d'approbation a pour effet de porter fortement atteinte aux créances des créanciers (en particulier des créanciers garantis) et des autres parties concernées sans leur consentement, il y a le risque que ceux-ci ne soient guère disposés à accorder des crédits dans l'avenir. Le mécanisme d'approbation du plan, et l'existence de garde-fous appropriés, seront donc très importants pour la protection de ces intérêts.

a) Procédures d'approbation

509. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la convocation d'une réunion spéciale des créanciers pour que ceux-ci votent sur le plan de redressement et exigent que celui-ci (et le document d'information lorsqu'il faut aussi en fournir) soit communiqué aux créanciers et aux autres parties intéressées habilitées à voter un certain temps avant cette réunion. Dans certaines lois, les créanciers doivent voter en personne à une réunion des créanciers, tandis que d'autres admettent aussi le vote par correspondance ou par procuration. Pour faciliter le vote et prendre en compte l'usage croissant des moyens électroniques de communication, il pourra être souhaitable d'autoriser le vote en personne, par procuration et par des moyens électroniques.

510. En ce qui concerne l'approbation du plan, il faut également se demander si les créanciers et autres parties intéressées devraient voter par catégorie en fonction de leurs droits respectifs; quels types de créances (créances admises ou provisoirement admises) seront pris en compte pour déterminer si la majorité requise pour le vote a été atteinte; si les créanciers garantis doivent voter; si les voix correspondant aux créances prioritaires seront prises en compte pour déterminer la majorité requise; quelles parties intéressées autres que les créanciers sont habilitées à voter sur le plan; et la façon dont seront considérés les créanciers qui s'abstiennent et ceux qui ne participent pas. Ces questions sont examinées dans les paragraphes ci-après. S'agissant du dernier point, certaines lois, par exemple, considèrent les créanciers qui s'abstiennent ou ne participent pas comme ayant voté contre le plan. Cette approche peut avoir pour effet de priver de leur droit de vote les créanciers qui n'ont pas participé au vote sur l'approbation du plan et risque, dans la pratique, de rendre très difficile l'approbation du plan. Comme alternative, dans de nombreux pays, on calcule le pourcentage d'adhésion au plan sur la base des suffrages effectivement exprimés, en partant du principe que les créanciers qui n'ont pas participé au vote ou qui se sont abstenus peuvent être considérés comme ne s'intéressant guère à la procédure. Il peut en résulter qu'un groupe potentiellement restreint et non représentatif de créanciers influe sur le cours du redressement, du fait en particulier de la fréquente apathie des créanciers. Il faut adopter une démarche équilibrée facilitant l'approbation du plan, garantissant un soutien suffisant des créanciers pour permettre l'exécution, et évitant les abus. Cela peut se faire, quelle que soit l'approche retenue, en exigeant que les créanciers et autres parties intéressées soient dûment avisés, en particulier lorsque les créanciers sont non-résidents, et en adoptant des mécanismes de vote n'exigeant pas la présence des personnes, tel le recours à la procuration et aux moyens électroniques.

511. Certaines lois sur l'insolvabilité admettent aussi des présomptions pour simplifier la procédure de vote. Si, par exemple, un plan annule la créance d'un créancier ou un titre participatif (et que la partie concernée n'obtient rien), un vote de cette partie contre le plan peut être présumé. À l'inverse, si le plan laisse une créance intacte ou prévoit son paiement intégral, un vote en faveur du plan peut être

présumé. Le recours à de telles présomptions peut aussi rendre moins nécessaires la notification et l'information de ces créanciers et des autres parties intéressées.

b) Approbation par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires

512. Dans de nombreux cas d'insolvabilité, les créances garanties représenteront une part importante de la dette du débiteur, et différentes approches sont possibles en ce qui concerne l'approbation du plan par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires. En règle générale, toutefois, l'opportunité d'un vote des créanciers garantis dépendra de la façon dont le régime de l'insolvabilité traite ces derniers, de la mesure dans laquelle un plan de redressement peut affecter leurs sûretés et de celle dans laquelle la valeur des biens grevés permettra de désintéresser le créancier garanti.

513. Lorsque la loi sur l'insolvabilité ne porte pas atteinte aux créanciers garantis et, en particulier, ne les empêche pas d'exercer leurs droits sur les actifs grevés, il est inutile de donner le droit de vote à ces créanciers, puisque leurs sûretés ne seront pas affectées par le plan. Cette approche place les créanciers prioritaires dans une situation similaire: le plan ne peut réduire la valeur de leurs créances et ils ont le droit d'être intégralement désintéressés. Le problème que pose cette approche, toutefois, est qu'elle risque de réduire les chances de succès du redressement, en particulier lorsque les actifs grevés sont essentiels à la réussite du plan: si le créancier garanti n'est pas lié par le plan et qu'il choisit d'exercer ses droits, par exemple en reprenant possession de l'actif grevé et en le vendant, le redressement de l'entreprise risque de devenir impossible à exécuter. De même, dans certaines circonstances, la seule façon de donner au plan des chances de succès est de prévoir que les créanciers prioritaires ne seront pas intégralement désintéressés dès l'approbation du plan. Ainsi, les perspectives de redressement peuvent être meilleures si les créanciers prioritaires acceptent un paiement étalé et si les créanciers garantis souscrivent à une modification dans le temps des conditions de leur garantie. Si ces créanciers ne sont pas inclus dans le plan et tenus de voter sur les propositions qui touchent leurs droits, il sera impossible de modifier ces droits.

514. Lorsque la valeur de l'actif grevé n'est pas suffisante pour désintéresser intégralement le créancier garanti, un certain nombre de lois sur l'insolvabilité donnent à ce dernier la possibilité de voter avec les créanciers chirographaires ordinaires pour la fraction non réglée de sa créance. Dans certains systèmes juridiques, cela soulève de difficiles questions d'évaluation pour déterminer si et dans quelle mesure un créancier garanti l'est effectivement. Par exemple, si trois créanciers détiennent une sûreté sur le même actif, il se peut que la valeur de cet actif permette seulement de garantir la créance de premier rang et une partie de la créance de deuxième rang. Le deuxième créancier ne sera alors habilité à voter que pour la fraction non garantie de sa créance et le troisième ne sera pas garanti du tout. L'évaluation de l'actif est donc cruciale pour déterminer la mesure dans laquelle les créanciers garantis le sont effectivement et, partant, s'ils sont tenus ou non de voter en tant que créanciers chirographaires pour une fraction de leur créance.

515. Il existe diverses approches en ce qui concerne le vote des créanciers garantis sur un plan de redressement. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les créanciers garantis et les créanciers prioritaires sont appelés à voter, en tant que catégories distinctes, sur un plan qui modifierait les conditions de leurs créances ou à donner

d'une autre façon leur consentement à être liés par le plan. Adopter une approche permettant aux créanciers garantis de voter en tant que catégorie distincte c'est reconnaître que les droits et intérêts respectifs des créanciers garantis diffèrent de ceux des créanciers chirographaires. Le même raisonnement vaut pour les créanciers prioritaires. Dans de nombreux cas, cependant, les créanciers garantis n'auront pas tous les mêmes droits, et il pourra être impossible d'exiger que tous votent dans une même catégorie. Lorsqu'il en est ainsi, certaines lois prévoient que chaque créancier garanti forme une catégorie en soi. Lorsque les créanciers garantis votent effectivement, la majorité requise d'une catégorie de créanciers garantis sera généralement la même que celle applicable pour l'approbation par les créanciers chirographaires, bien que certaines lois prévoient des majorités différentes suivant la façon dont les droits des créanciers garantis seront affectés par le plan (par exemple, la majorité des trois quarts est nécessaire lorsqu'il doit y avoir un report d'échéance et la majorité des quatre cinquièmes lorsque les droits doivent être affectés d'une autre façon).

516. Lorsque les créanciers garantis votent par catégorie, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que, si la majorité requise dans une catégorie vote pour le plan, les membres de cette catégorie qui n'ont pas approuvé le plan seront liés par ce dernier, sous réserve de certaines protections. Dans ces lois, les protections accordées aux créanciers garantis opposants peuvent notamment consister à prévoir qu'ils doivent recevoir au moins autant que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation et que c'est là une condition *sine qua non* pour qu'ils soient liés par le plan, ou qu'ils seront liés par le plan si celui-ci prévoit leur désintéressement, dans un certain délai, à hauteur de la valeur de leurs sûretés majorée des intérêts au taux du marché. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient également la possibilité pour le tribunal d'ordonner que des créanciers garantis soient liés par le plan, à condition qu'il soit convaincu, par exemple, que la réalisation de sa sûreté par le créancier garanti compromettra considérablement les chances de succès du plan, que sa sûreté sera suffisamment protégée par le plan et que sa position ne se détériorera pas en raison de l'exécution du plan (par exemple, les intérêts futurs seront payés et la valeur de l'actif grevé garantissant la sûreté ne sera pas affectée). D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient que le plan ne peut être imposé aux créanciers garantis sans leur consentement.

517. Pour déterminer quelle approche il convient d'adopter sur ce point, il importera d'évaluer les effets sur la disponibilité et le coût du crédit garanti et d'assurer au mieux la sécurité juridique et la prévisibilité, compte dûment tenu des objectifs de la loi sur l'insolvabilité et des avantages d'un redressement réussi pour l'économie.

c) Approbation par les créanciers chirographaires ordinaires

518. Différents mécanismes peuvent être utilisés pour que les créanciers chirographaires ordinaires puissent effectivement se prononcer sur le plan. Quel que soit le mécanisme retenu, il est souhaitable qu'il soit aussi simple que possible et qu'il soit clairement exposé dans la loi sur l'insolvabilité afin d'assurer la prévisibilité et la transparence.

i) Catégories de créanciers chirographaires

519. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité ne prévoient pas la répartition des créanciers chirographaires en différentes catégories, ceux-ci formant, aux fins du vote, un seul groupe.

520. Les pays dans lesquels les créanciers garantis et les créanciers prioritaires forment des catégories à part prévoient aussi souvent la répartition des créanciers non garantis ordinaires en différentes catégories en fonction de leurs intérêts économiques divergents. La création de ces catégories vise à améliorer les chances de succès du redressement au moins à trois égards en offrant: un moyen utile de faire apparaître les intérêts économiques divergents des créanciers chirographaires; un cadre pour structurer le plan; et un moyen pour le tribunal de s'appuyer sur le fait qu'une catégorie s'est prononcée pour le plan à la majorité requise pour rendre celui-ci opposable à d'autres catégories qui se sont prononcées contre. La création de différentes catégories risquant de compliquer la procédure de vote, elle n'est sans doute souhaitable que lorsqu'il y a des raisons impérieuses d'accorder un traitement spécial à certains créanciers chirographaires ordinaires, par exemple à un grand nombre de créanciers n'ayant pas le même intérêt économique. Parmi les critères pertinents pour déterminer l'absence de communauté d'intérêts, on peut citer la nature des dettes correspondant aux créances et les voies de recours ouvertes aux créanciers en l'absence du plan de redressement, y compris la mesure dans laquelle elles leur permettraient de recouvrer leurs créances. Lorsque les créanciers chirographaires sont peu nombreux ou lorsque leurs intérêts sont similaires, il n'est sans doute pas nécessaire que les créanciers votent sur le plan par catégorie, ce qui simplifie la procédure.

ii) Établissement des catégories

521. Certaines lois sur l'insolvabilité indiquent comment établir les catégories de créanciers chirographaires ordinaires aux fins de l'approbation du plan de redressement. L'une des approches consiste à prendre comme critère pour placer des créances ou des intérêts dans une même catégorie la communauté d'intérêts ou des intérêts voisins ou encore la valeur de la créance. Lorsque le critère est la communauté d'intérêts ou des intérêts voisins, la partie qui propose le plan aura une certaine latitude pour inclure les créances dans telle ou telle catégorie. Suivant d'autres approches, le représentant de l'insolvabilité fait des recommandations au tribunal avant que les créanciers ne votent sur le plan, ou les catégories doivent être établies initialement par le débiteur auquel est laissée une certaine latitude pour déterminer la composition de chacune d'elles; les créanciers chirographaires qui ne sont pas satisfaits de la composition des catégories peuvent demander au tribunal de trancher.

d) Approbation par les actionnaires

522. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le plan de redressement doit être approuvé par les actionnaires, du moins lorsqu'il aura des incidences sur la forme sociale, la structure financière ou la répartition du capital. Les actionnaires peuvent aussi être appelés à voter lorsqu'ils sont inclus dans la répartition prévue par le plan. Lorsque la direction de l'entreprise débitrice propose un plan, il se peut que celui-ci ait déjà été approuvé par les actionnaires (suivant la structure de l'entreprise débitrice en question, cette condition peut être imposée par les statuts). Tel est

souvent le cas lorsque le plan touche directement les actionnaires, par exemple en prévoyant des conversions de créances en prises de participation, soit par le biais du transfert d'actions existantes, soit par celui de l'émission de nouvelles actions.

523. Lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise les créanciers ou un représentant de l'insolvabilité à proposer un plan et que celui-ci prévoit la conversion de créances en prises de participation, certains pays permettent l'approbation du plan par les créanciers malgré l'opposition des actionnaires, indépendamment des dispositions des statuts de l'entreprise débitrice. De tels plans peuvent avoir pour résultat que les intérêts des actionnaires en place se trouvent totalement évincés dans la nouvelle entreprise sans leur consentement.

e) Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

524. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ne doivent pas voter avec les autres créanciers pour l'approbation du plan ou que leurs voix ne compteront pas à certaines fins, par exemple pour déterminer qu'une catégorie de créanciers affectée a accepté le plan (lorsque c'est là une condition pour l'approbation). De nombreuses lois sur l'insolvabilité, toutefois, ne comportent pas de dispositions traitant spécifiquement de la question des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur. Dans ce cas, ces personnes devraient voter comme les autres créanciers. Elles seront néanmoins en général soumises au droit commun pour ce qui est de leurs affaires personnelles avec le débiteur et son entreprise.

f) Conditions exigées pour l'approbation du plan

525. De nombreuses lois sur l'insolvabilité fixent le seuil minimal d'adhésion des créanciers nécessaire pour qu'un plan soit approuvé. La majorité requise peut être calculée de diverses manières, selon que les créanciers votent ou non par catégorie, selon la façon dont ces catégories sont prises en compte pour déterminer la majorité et, comme on l'a vu plus haut (II.5 a)), selon que la loi sur l'insolvabilité exige une majorité des créanciers votants ou de tous les créanciers.

i) Lorsque le vote ne s'effectue pas par catégorie

526. Lorsque les créanciers ne votent pas par catégorie, la majorité peut être fixée par référence à l'adhésion d'une certaine proportion ou d'un certain pourcentage de la valeur des créances ou d'un certain nombre de créanciers, ou une combinaison de ces deux formules. Certaines lois exigent, par exemple, que le plan reçoive l'adhésion de créanciers détenant au moins les deux tiers ou les trois quarts de la valeur totale des créances et de plus de la moitié ou des deux tiers du nombre de créanciers. Si, en général, ces proportions s'appliquent aux créanciers prenant effectivement part au vote concernant l'approbation du plan, dans certaines lois, elles sont déterminées par référence à la valeur totale des créances et au nombre total de créanciers, que ceux-ci prennent ou non part au vote. D'autres combinaisons ont également cours.

ii) Lorsque le vote s'effectue par catégorie

527. Lorsque les créanciers votent par catégorie, toutes sortes de formules sont possibles pour déterminer quand un plan a été approuvé. Ces formules peuvent être

assez complexes, avec des exigences relatives tant à l'approbation par une catégorie particulière qu'à l'approbation de toutes les catégories, les majorités étant déterminées par référence, dans certains cas, uniquement aux créanciers votant effectivement et, dans d'autres, au nombre total de créanciers, qu'ils votent ou non (voir 5 a) ci-dessus).

– *Majorité dans une catégorie particulière*

528. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent l'approbation par une majorité des créanciers d'une catégorie, la majorité requise représentant un pourcentage ou une proportion de la valeur des créances ou un certain nombre de créanciers, ou une combinaison des deux. Même si elle rend plus difficile l'approbation du plan, une formule qui associe la valeur des créances et le nombre de créanciers a le mérite de préserver le caractère collectif de la procédure. Par exemple, si un créancier détient à lui seul plus de 50 % de la masse des créances, une telle règle l'empêchera d'imposer le plan à tous les autres créanciers contre leur gré. De même, elle pourra empêcher un gros créancier d'imposer sa non-adhésion au plan aux autres créanciers au détriment de ces derniers, encore que certaines législations donnent aux créanciers qui détiennent plus d'un certain pourcentage de la valeur totale des créances le pouvoir d'opposer leur veto à l'approbation du plan ou d'imposer une amélioration de ce dernier qui profitera à tous les créanciers. Une procédure de vote qui combine la valeur des créances et un nombre de créanciers empêchera également un grand nombre de très petits créanciers d'imposer leur volonté à quelques créanciers détenteurs de très grosses créances. Certaines lois sur l'insolvabilité comportent des dispositions telles que même lorsqu'une majorité du nombre de créanciers soutient le plan, mais que ces créanciers détiennent moins d'un certain pourcentage de la valeur totale des créances (par exemple, moins de 25 ou de 30 %), le tribunal hésitera à homologuer le plan. Cette procédure a aussi le mérite de contribuer à faire en sorte que le plan bénéficie d'un appui suffisant pour pouvoir être exécuté avec succès.

– *Majorité des catégories*

529. Certaines lois exigent que toutes les catégories de créanciers soutiennent le plan pour que celui-ci soit approuvé. Dans quelques autres, cependant, l'appui apporté par certaines catégories peut permettre de rendre le plan contraignant pour les catégories qui ne le soutiennent pas. Par exemple, la majorité simple des catégories peut être exigée, ou lorsque le plan reçoit l'adhésion de moins de la majorité des catégories, il peut néanmoins lier une catégorie opposante qui ne soutient pas le plan, à condition que le tribunal constate que certaines conditions sont réunies. Une loi, par exemple, reconnaît trois catégories de créanciers et prévoit que le plan doit être approuvé par au moins deux d'entre elles, et qu'au moins l'une des catégories approuvant le plan ne serait pas totalement désintéressée si l'entreprise débitrice devait être liquidée. Selon une autre variante, il faut qu'au moins l'une des catégories approuvant le plan soit constituée de créanciers dont les droits seront en partie lésés, et ce afin que le plan ne reçoive pas uniquement le soutien des créanciers dont il laisse les droits intacts. D'autres lois prévoient que le soutien de catégories de créanciers chirographaires ne peut déboucher sur l'approbation du plan si des créanciers garantis y sont opposés. L'examen de cette question se poursuit aux points 7 et 8 ci-après.

6. Lorsque le plan proposé ne peut être approuvé

a) Modification du plan proposé

530. Quel que soit le mécanisme de vote retenu, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité soit suffisamment souple pour permettre, en vue d'obtenir un large soutien, qu'un plan soumis à l'approbation des créanciers et des autres parties intéressées soit négocié par ces parties lors de la procédure de vote. Si une telle négociation n'est pas possible et que les créanciers et autres parties intéressées doivent voter sur le plan proposé sans pouvoir le modifier, les chances d'obtenir l'approbation du plan risquent d'être réduites. Pour obtenir cette souplesse, on pourrait donner aux créanciers la faculté d'obtenir, à l'issue d'un vote où la majorité d'entre eux s'est prononcée dans ce sens, le report de la réunion à laquelle la décision concernant le plan devrait être prise s'il apparaît que de nouvelles négociations peuvent déboucher sur un résultat favorable ou pour chercher à régler des litiges et des questions en suspens. Comme dans nombre d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité, cependant, il est souhaitable qu'un tel report soit possible seulement dans des circonstances bien circonscrites ou du moins un nombre de fois très limité, et peut-être aussi que des délais soient fixés afin de faciliter une issue rapide des renégociations et d'éviter les abus.

b) Échec de l'approbation du plan

531. Lorsqu'un plan de redressement n'est pas approuvé et qu'une renégociation et une modification du plan ne permettent pas de résoudre les difficultés rencontrées, une loi sur l'insolvabilité peut adopter différentes approches concernant la poursuite de la procédure. Certaines lois sur l'insolvabilité considèrent que, si les créanciers n'ont pas approuvé le plan, c'est le signe qu'ils sont favorables à la liquidation et prévoient alors la conversion de la procédure de redressement en une procédure de liquidation (voir aussi première partie, chap. II.D et deuxième partie, chap. IV.A.14). Une telle approche peut encourager les débiteurs à proposer un plan acceptable, sous réserve de prévoir des garde-fous afin de prévenir les abus dans les cas où la liquidation n'est pas dans l'intérêt de tous les créanciers. D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient que la procédure de redressement doit être abandonnée. Cette approche a l'inconvénient de laisser le débiteur en état de difficulté financière, de faire courir le risque de voir de nouvelles dettes s'ajouter aux autres et les actifs se déprécier, et de retarder l'ouverture d'une procédure de liquidation sans doute inévitable.

7. Lier les catégories de créanciers opposantes

532. Comme il a été noté plus haut, quelques pays qui prévoient le vote des créanciers garantis et des créanciers prioritaires sur l'approbation du plan et la création de différentes catégories de créanciers chirographaires disposent en outre d'un mécanisme en vertu duquel l'appui d'une ou de plusieurs catégories permettra de rendre le plan contraignant pour d'autres catégories (y compris, dans certaines lois, celles des créanciers garantis et des créanciers prioritaires) qui ne soutiennent pas le plan. Une loi sur l'insolvabilité qui comporte de telles dispositions pose aussi généralement des conditions qui visent à protéger les intérêts de ces catégories de créanciers opposantes. Puisque c'est en général au tribunal qu'il appartient de voir si ces conditions sont satisfaites, elles sont traitées dans la section suivante.

8. Homologation du plan par le tribunal

533. Tous les pays n'exigent pas l'homologation par le tribunal d'un plan qui a été approuvé par les créanciers; il suffit, pour qu'il soit valable, que le plan ait été approuvé par la majorité requise des créanciers, et il s'imposera aux créanciers opposants par le jeu de la loi sur l'insolvabilité. Dans ces systèmes, le tribunal continuera d'avoir un rôle à jouer lorsque le plan lui-même ou les moyens par lesquels il a été obtenu sont contestés par des créanciers minoritaires ou d'autres parties intéressées, y compris le débiteur. D'autres pays, en revanche, exigent l'homologation par le tribunal du plan approuvé par les créanciers pour que celui-ci prenne effet et devienne contraignant.

a) Contestation de l'approbation du plan

534. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que l'approbation du plan par les créanciers peut être contestée devant le tribunal. La façon dont une contestation sera entendue pourra dépendre du mécanisme utilisé pour donner effet au plan. Si l'habilitation du plan par le tribunal n'est pas requise, par exemple, les créanciers minoritaires ou d'autres parties intéressées, y compris le débiteur, peuvent présenter leur contestation au tribunal après le vote sur l'approbation. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige l'homologation d'un plan approuvé, une contestation peut être présentée à l'audience d'homologation. La loi devra aussi préciser quelles parties sont habilitées à contester l'approbation du plan et à quel moment cette contestation peut être présentée, en particulier lorsqu'elle est motivée par une fraude et il pourra être nécessaire de fixer un délai à compter de la découverte de cette fraude. Elle devra en outre préciser les conséquences d'une contestation qui aboutit, comme l'autorisation d'examiner plus avant le plan et de l'approuver en fonction des raisons pour lesquelles la contestation a abouti, ou la conversion de la procédure en liquidation.

535. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité fixent les motifs de contestation de l'approbation du plan, notamment le fait que cette approbation a été obtenue par des manœuvres dolosives (par exemple, des informations fausses ou trompeuses ont été données aux créanciers ou aux autres parties intéressées ou des informations importantes n'ont pas été communiquées au sujet du plan de redressement ou de la situation financière du débiteur); qu'il y a eu quelque irrégularité dans la procédure de vote (par exemple, des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ont participé au vote alors que la loi sur l'insolvabilité l'interdit ou la résolution approuvant le plan allait à l'encontre des intérêts de l'ensemble des créanciers); qu'il y a eu quelque irrégularité dans la façon dont a été organisée ou menée la réunion au cours de laquelle le vote a eu lieu (par exemple, la tenue de la réunion n'a pas été notifiée en temps voulu); que des motivations répréhensibles sont à l'origine des propositions avancées dans le plan ou que celui-ci contient des dispositions contraires à la loi; que le plan n'est pas réalisable (par exemple, des actifs grevés sont nécessaires à son succès, mais il ne s'impose pas aux créanciers garantis et aucun accord n'a été conclu avec les créanciers garantis concernés au sujet de leurs sûretés); que le plan ne satisfait pas aux conditions visant à protéger les créanciers opposants au sein d'une catégorie (par exemple, le plan ne leur permettra pas de recevoir autant que ce qu'ils auraient reçu si l'entreprise débitrice avait été liquidée); que les propositions lèsent de façon injuste les intérêts de celui qui remet en question l'approbation du plan; ou que le traitement des créances dans

le plan ne respecte pas la classification édictée par la loi sur l'insolvabilité (sauf s'il a été convenu de déroger à cette classification).

536. Puisqu'il est probable que tous les créanciers seront dans une certaine mesure lésés par la procédure de redressement, un préjudice ou dommage plus élevé que celui subi par d'autres créanciers ou catégories de créanciers sera généralement exigé pour permettre à un créancier de contester avec succès l'approbation. Lorsque le créancier qui conteste le plan a voté pour ce dernier, les motifs de contestation pourront être limités, par exemple, à la fraude et autres irrégularités.

b) Mesures nécessaires pour l'homologation par le tribunal

537. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige que le tribunal (ou, dans certains pays, une autorité administrative) homologue le plan, on s'attend normalement à ce que le tribunal ou l'autorité administrative en question homologue un plan qui a été approuvé par la majorité requise des créanciers (ayant ou non voté par catégorie). De nombreux pays font jouer un rôle actif aux tribunaux en autorisant ceux-ci à ordonner qu'une catégorie de créanciers qui n'a pas approuvé le plan soit néanmoins liée par ce dernier. Le tribunal peut alors être appelé à jouer un rôle qui s'apparente à une formalité juridique; il n'a pas à entrer dans les considérations commerciales sur la base desquelles le plan a été approuvé, mais à s'assurer que l'approbation du plan a été régulièrement obtenue (c'est-à-dire qu'il n'y a aucun indice de fraude dans le processus d'approbation) et que certaines conditions sont satisfaites. Ces conditions peuvent être comparables ou identiques à celles exigées pour une contestation du plan: par exemple, que les catégories de créanciers opposées au plan participeront aux avantages économiques du plan, que les catégories de créanciers opposantes obtiendront du plan autant qu'elles auraient obtenu d'une liquidation, qu'aucun créancier ne recevra plus que l'intégralité de la valeur de sa créance, que le plan respecte le rang de priorité normal des créances prévu par la loi sur l'insolvabilité et que les créanciers ayant un rang similaire bénéficient de l'égalité de traitement. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, des catégories de créanciers chirographaires non habilitées à bénéficier d'un traitement prioritaire peuvent consentir, par vote à la majorité requise de la catégorie, à un rang différent de celui qui serait le leur dans une répartition à des fins de liquidation en vertu de la loi sur l'insolvabilité. Une catégorie de créanciers chirographaires ordinaires qui ne sera pas désintéressée intégralement pourra consentir, par exemple, à une répartition faite au profit d'une catégorie de créances ou d'actionnaires de dernier rang. Les créances ou dépenses afférentes à l'administration de la procédure ou habilitées à être réglées en priorité doivent généralement être réglées intégralement pour qu'un plan de redressement soit homologué, sauf si les détenteurs des créances ou les auteurs des dépenses acceptent un traitement différent. Dans certaines lois, le tribunal est tenu d'apprécier d'autres points, par exemple si le plan peut être considéré équitable à l'égard des catégories dont il lèse les intérêts mais qui l'ont néanmoins accepté.

538. Certaines lois sur l'insolvabilité habilitent également le tribunal à rejeter un plan au motif qu'il n'est pas réalisable ou qu'il est impossible à mettre en œuvre d'un point de vue pratique plutôt que d'un point de vue économique. Une telle solution peut se justifier, par exemple, dans les cas où le plan ne s'impose pas aux créanciers garantis et ne prévoit pas non plus l'apurement intégral de leurs créances garanties. Le tribunal peut, en pareil cas, rejeter le plan s'il considère que les

créanciers garantis exerceront leurs droits sur les actifs grevés, ce qui rendrait le plan impossible à exécuter. On devrait chercher à parer à une telle éventualité dans les dispositions relatives à l'élaboration et à l'approbation du plan.

539. Plus les décisions que le tribunal est appelé à prendre concernant l'approbation ou l'homologation sont complexes, plus les juges sont tenus d'avoir des connaissances spécialisées, et plus ils risquent s'immiscer dans les choix à caractère essentiellement commercial, qui conduisent les créanciers à accepter ou à rejeter un plan. Il est souhaitable en particulier qu'il ne soit pas demandé au tribunal d'examiner les justifications économiques et commerciales de la décision des créanciers (y compris les questions d'équité qui ne concernent pas la procédure d'homologation, mais le fond de ce qui a été convenu), ni d'apprécier la faisabilité économique de certains aspects du plan, à moins qu'il n'ait les compétences et l'expérience voulues pour le faire. Pour ces raisons, il est souhaitable de concevoir avec soin les conditions d'approbation du plan par les créanciers et d'homologation de celui-ci par le tribunal (lorsque cette homologation est nécessaire) afin de réduire au minimum les problèmes tels que ceux qui sont évoqués ici.

9. Effets d'un plan approuvé [et homologué]

540. Lorsque le plan est approuvé par la majorité requise des créanciers et, si cela est nécessaire, homologué par le tribunal, les lois sur l'insolvabilité prévoient en général qu'il s'imposera à tous les créanciers chirographaires ordinaires concernés, y compris ceux qui ont voté pour, les créanciers opposants et les créanciers qui n'ont pas participé au vote. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient également que le plan s'imposera aux administrateurs, aux actionnaires et aux membres de l'entreprise débitrice, et à d'autres parties sur décision du tribunal. Certaines lois sur l'insolvabilité interdisent aux parties qui sont liées par le plan de s'adresser au tribunal pour obtenir la liquidation de l'entreprise débitrice (sauf dans des circonstances particulières, par exemple lorsque l'exécution échoue ou lorsque le débiteur ne s'acquitte pas de ses obligations comme le prévoit le plan), d'engager ou de poursuivre une action en justice contre le débiteur ou de rechercher l'exécution sans l'approbation du tribunal. Certaines lois prévoient également qu'une fois que le plan a été approuvé par les créanciers et homologué par le tribunal (lorsque cela est nécessaire), le débiteur retrouve le contrôle des biens de la masse de l'insolvabilité aux fins de l'exécution du plan et peut obtenir une remise de dettes en application du plan.

10. Contestation d'un plan après son homologation par le tribunal

541. Parmi les lois sur l'insolvabilité qui exigent que le plan soit homologué par un tribunal, nombreuses sont celles qui prévoient la possibilité de contester ce plan devant ce tribunal après l'audience d'homologation (dans certains cas, jusqu'à l'expiration d'un certain délai). Étant donné que le tribunal doit s'assurer qu'un certain nombre de conditions sont remplies avant d'homologuer un plan, les motifs de contestation après homologation pourraient être plus restreints que les motifs de contestation au moment de l'homologation et se limiter, par exemple, à la fraude. Lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise une telle contestation après l'homologation, il peut être souhaitable de spécifier le délai dans lequel une action en contestation peut être intentée à compter du moment où la fraude a été découverte et de préciser par qui elle peut l'être. Dans le cas où la contestation d'un

plan qui a déjà été homologué est reçue par le tribunal, différentes options peuvent être prévues par la loi sur l'insolvabilité. Par exemple, le plan peut être écarté et la procédure convertie en une procédure de liquidation ou le débiteur peut rester en état de difficulté financière et reprendre le contrôle de ses actifs. Cette dernière option ne résout pas les difficultés financières du débiteur et risque simplement de retarder l'ouverture de la procédure de liquidation et d'aggraver encore dans l'intervalle la dépréciation des actifs du débiteur. Pour déterminer l'option qui convient le mieux lorsque la contestation a été reçue par le tribunal, il faudra tenir compte de la mesure dans laquelle le plan a déjà été exécuté et voir comment les mesures qui ont été prises en exécution du plan, telles que les versements effectués aux créanciers, doivent être traitées.

11. Modification d'un plan après approbation par les créanciers

542. La loi sur l'insolvabilité peut ménager une possibilité limitée de modifier le plan après qu'il a été approuvé par les créanciers (et aussi bien avant qu'après son homologation lorsque celle-ci est nécessaire) si un problème majeur survient au cours de l'exécution du plan ou s'il s'avère impossible d'en exécuter une partie ou la totalité et qu'il ne peut être remédié au problème particulier qui se pose. Parmi les lois sur l'insolvabilité qui autorisent la modification, certaines prévoient cette possibilité uniquement lorsque les modifications proposées sont dans l'intérêt bien compris des créanciers. D'autres lois prévoient que le plan peut être modifié si les circonstances le justifient et s'il continue, une fois modifié, de satisfaire aux conditions posées par la loi sur l'insolvabilité concernant, par exemple, son contenu, les catégories de créanciers et la notification des créanciers. D'une manière générale, toute partie intéressée sera autorisée à proposer une modification du plan à tout moment. La seule limite temporelle qui peut être applicable concerne l'approbation de la modification par le tribunal. Pour qu'une telle approbation puisse être donnée, il faut que la procédure soit encore ouverte et que le tribunal soit compétent. Si la procédure est close après l'approbation (et l'homologation du plan), il peut être suffisant que la modification proposée soit approuvée par les créanciers concernés, à moins qu'une autre exigence soit imposée.

543. Suivant la nature de la modification, il se peut que l'approbation de toutes les catégories de créanciers ne soit pas requise, car cette approbation peut dans certains cas être difficile à obtenir. On peut envisager notamment comme autres solutions que des modifications mineures pourront être approuvées par le tribunal ou par les créanciers concernés par ces modifications, ou que les créanciers qui se sont prononcés pour l'approbation du plan seront avisés des modifications proposées et pourront élever des objections à leur encontre dans un certain délai, à défaut de quoi ils seront réputés les avoir acceptées. La même approche peut être adoptée à l'égard des créanciers qui n'ont pas approuvé le plan. Lorsque la modification proposée est importante, l'approbation de tous les créanciers pourra être nécessaire. Les lois sur l'insolvabilité qui exigent que le plan soit homologué par le tribunal peuvent aussi exiger que les modifications satisfassent aux règles ou aux conditions applicables à l'homologation.

544. Quelle que soit l'approche adoptée, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité exige non seulement qu'une notification soit adressée aux créanciers qu'il y a lieu d'aviser (qu'il s'agisse de l'ensemble d'entre eux ou seulement de ceux qui sont concernés) en spécifiant la partie à qui il incombe d'adresser cette

notification, mais aussi que soient divulguées des informations concernant l'échec du plan et la modification proposée. Lorsque le tribunal a homologué le plan initial, il pourra aussi être nécessaire qu'il en homologue la modification. Lorsque les modifications proposées n'ont pas recueilli ou ne peuvent pas recueillir l'approbation requise, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité en détermine les conséquences. Celles-ci peuvent être similaires à celles examinées plus haut lorsque le plan n'est pas approuvé par les créanciers ou est contesté avec succès, eu égard aux dispositions qui ont déjà été prises pour en assurer l'exécution et à la façon dont doivent être traités les versements déjà effectués, les contrats continués, etc.

12. Exécution d'un plan

545. De nombreux plans peuvent être exécutés par le débiteur sans que le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité ait à intervenir. Il en est ainsi en particulier dans le cas d'un redressement sans dessaisissement du débiteur ainsi qu'en vertu des lois qui prévoient la clôture de la procédure lorsque le plan prend effet. Lorsque la loi ne prévoit pas que la procédure doit être close à ce moment-là mais seulement lorsque le plan a été entièrement exécuté, il peut parfois être nécessaire que l'exécution soit supervisée ou contrôlée par une personne indépendante. Plusieurs lois sur l'insolvabilité prévoient que le tribunal continue de superviser le débiteur après l'approbation et l'homologation du plan jusqu'à ce que celui-ci soit entièrement exécuté, ce qui peut être important lorsque se posent des questions notamment d'interprétation de l'exécution ou des obligations du débiteur. Dans certains pays, le tribunal peut autoriser un contrôleur ou un représentant de l'insolvabilité à continuer de superviser les affaires du débiteur, à divers degrés, après l'approbation du plan. Une autre solution consiste à autoriser les créanciers à nommer un contrôleur ou un représentant pour superviser l'exécution du plan.

13. Échec de l'exécution

546. Les lois sur l'insolvabilité adoptent un certain nombre de solutions différentes pour faire face aux conséquences du manquement du débiteur aux obligations que lui impose le plan ou de l'inexécution de celui-ci pour une autre raison. Certaines législations prévoient que le tribunal peut résilier le plan et transformer la procédure de redressement en procédure de liquidation. Dans d'autres, l'inexécution du plan entraîne la résiliation uniquement en ce qui concerne l'obligation précise qui n'a pas été exécutée, le plan demeurant par ailleurs valable. Le créancier de cette obligation ne sera pas lié par le plan et sa créance sera intégralement rétablie (s'il a accepté que le montant en soit réduit en vertu du plan). Cela ne sera parfois le cas que si le débiteur a accumulé un arriéré important[91] dans l'exécution de ses obligations en vertu du plan. Dans certains pays, les conséquences d'une inexécution peuvent être énoncées dans le plan lui-même.

547. Une autre solution serait de considérer que la procédure d'insolvabilité a atteint son terme et d'autoriser les créanciers à exercer les autres recours offerts par la loi. Comme on l'a déjà vu, cette solution ne résout pas les difficultés financières du débiteur et pourrait aboutir à une course aux actifs que l'ouverture de la

[91] Une loi définit cet arriéré comme le non-paiement par le débiteur de la créance exigible au moins deux semaines après que le créancier lui en a fait la demande.

procédure collective était censée éviter. Une solution de compromis serait de permettre aux créanciers de proposer un plan différent dans un délai donné, la conversion du redressement en liquidation n'intervenant que dans les cas où aucun plan acceptable n'a pu être élaboré dans ce délai. Il faut reconnaître qu'à un certain moment le souci de faisabilité doit l'emporter sur la recherche du meilleur résultat pour l'ensemble des créanciers et il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité soit suffisamment souple à cette fin.

14. Conversion en liquidation

548. Il sera souhaitable que la loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme pour convertir la procédure de redressement en liquidation dans un certain nombre de situations qui peuvent survenir au cours d'une telle procédure, en particulier lorsqu'il n'a pas été possible de proposer ou d'approuver un plan de redressement ou d'approuver des modifications qu'il était proposé d'y apporter, lorsqu'il n'a pas été possible d'obtenir l'homologation du plan par le tribunal (si celle-ci est nécessaire), lorsqu'un plan approuvé ou homologué a été contesté avec succès, lorsqu'il a été décidé à la majorité des voix à une réunion des créanciers de mettre fin à la procédure de redressement, ou en cas de manquement notable ou substantiel du débiteur aux obligations découlant du plan. Il peut également y avoir lieu d'envisager une telle conversion lorsqu'il est établi que l'entreprise n'a aucune chance raisonnable d'être redressée; lorsqu'il est évident que le débiteur abuse de la procédure de redressement, soit en ne coopérant pas avec le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal (par exemple, en faisant de la rétention d'informations), soit en étant de mauvaise foi (par exemple, en opérant des transferts frauduleux); ou encore lorsque l'entreprise continue d'accumuler des pertes pendant la période de redressement ou que les dépenses d'administration ne sont pas payées (voir également le chap. I.B.8). Afin de préserver la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers, certaines lois font également obligation au représentant de l'insolvabilité de mettre fin à son mandat d'administrateur de la procédure de redressement dès qu'il est évident que le redressement ne sera pas possible. Prévoir dans la loi sur l'insolvabilité que le redressement pourra être converti en liquidation rendra prévisible l'issue ultime de la procédure, mais risque aussi d'entraîner de nouveaux retards et une dépréciation supplémentaire des actifs si la liquidation doit être considérée comme une nouvelle procédure et non comme la poursuite de la même procédure sur la base de la demande initiale.

549. Lorsque la procédure de redressement est convertie en liquidation, la loi sur l'insolvabilité devra également considérer le statut de toutes mesures prises par le représentant de l'insolvabilité avant l'approbation du plan, le maintien de l'arrêt des poursuites, en particulier à l'égard des créanciers garantis lorsqu'elle prévoit une date limite pour l'ouverture de la procédure (voir chap. II.B.3 c)), le traitement des versements effectués en exécution du plan avant la conversion et le traitement des créances qui ont été réduites au cours du redressement. Il peut être nécessaire de protéger les versements effectués au cours du redressement de l'application des dispositions d'annulation. Les créances qui ont été réduites au cours du redressement peuvent être rétablies dans leur intégralité lors de toute liquidation ultérieure. Le plan de redressement peut également envisager l'hypothèse de son échec et spécifier les droits des créanciers en pareil cas. Une telle solution facilite le traitement de ces créances et permet d'éviter des questions potentiellement difficiles concernant la loi applicable.

550. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet la conversion de la procédure, une question connexe est de savoir si cette conversion doit être automatique une fois que certaines conditions sont réunies ou s'il est nécessaire qu'une demande à cet effet soit adressée au tribunal par le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers. Le représentant de l'insolvabilité étant celui qui, après le débiteur ou la direction de l'entreprise débitrice, connaît le mieux cette dernière et, de ce fait, sait souvent à un stade précoce si elle est ou non viable, il peut jouer un rôle clef dans la conversion. Il peut aussi être raisonnable de permettre aux créanciers ou au comité des créanciers (s'il en a été constitué un) de demander au tribunal de convertir la procédure pour les mêmes motifs. On pourrait aussi habiliter le tribunal à prendre l'initiative de la conversion lorsque certaines conditions sont remplies.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant le plan de redressement est:

a) de faciliter le sauvetage d'entreprises soumises à la loi et ainsi de préserver les emplois et, dans les cas appropriés, de protéger les investissements;

b) d'identifier les entreprises susceptibles de redressement;

c) de maximiser la valeur de la masse;

d) de faciliter la négociation et l'approbation d'un plan de redressement et de définir les effets de l'approbation de ce plan, y compris un mécanisme qui lui confère un caractère contraignant pour le débiteur, tous les créanciers et les autres parties intéressées;

e) de prévoir ce qu'il adviendra s'il n'est proposé aucun plan de redressement acceptable ou si l'approbation de ce plan par les créanciers ne peut être obtenue, y compris, dans certaines circonstances, la conversion de la procédure en liquidation;

f) de permettre l'exécution du plan de redressement et de prévoir ce qu'il adviendra si l'exécution du plan échoue.

Contenu des dispositions législatives

Délai pour l'élaboration du plan

١٢٣) a) Lorsqu'un plan est nécessaire, la loi devrait spécifier que le plan de redressement est proposé au moment de la présentation, ou après la présentation, d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ou dans un délai spécifié après l'ouverture de cette procédure:

i) le délai devrait être fixé par loi;

ii) le tribunal devrait être autorisé à proroger le délai si les circonstances le justifient.

b) La loi devrait également traiter la question du délai lorsque la procédure de redressement est convertie en procédure de liquidation.

Parties autorisées à proposer le plan

124) La loi devrait indiquer quelles parties ont le droit de proposer un plan pour approbation.

125) Dans ses dispositions autorisant à présenter un plan, la loi devrait adopter une approche souple qui permette la participation de toutes les parties qui ont un rôle central dans la procédure d'insolvabilité, à savoir le débiteur, les créanciers et le représentant de l'insolvabilité. La loi peut combiner différents éléments:

a) La possibilité de proposer un plan peut être réservée à une partie jusqu'à l'expiration d'un certain délai. Afin d'encourager les débiteurs à demander l'ouverture d'une procédure à un stade précoce de leurs difficultés financières, cette possibilité devrait être donnée au débiteur. Celui-ci peut être tenu de consulter les autres parties pour faire en sorte qu'un plan acceptable soit proposé;

b) Si aucun plan n'a été proposé à l'expiration du délai susmentionné, la possibilité de proposer un plan peut être donnée à d'autres parties, telles que le représentant de l'insolvabilité, les créanciers ou le comité des créanciers agissant en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité, ou le tribunal peut proroger ledit délai si la partie à qui celui-ci a été accordé peut montrer qu'une telle prorogation est justifiée.

Élaboration d'une note d'information

126) La loi devrait exiger qu'un plan soumis à l'examen des créanciers et des actionnaires soit accompagné d'une note d'information qui permette une décision en connaissance de cause sur le plan. Cette note devrait être établie par la même partie que celle qui propose le plan et être soumise aux créanciers et aux actionnaires en même temps que le plan.

Présentation du plan et de la note d'information

127) La loi devrait prévoir un mécanisme pour la présentation du plan et de la note d'information aux créanciers et aux actionnaires qui doivent approuver le plan.

Contenu du plan

128) La loi devrait spécifier les éléments minimums d'un plan. Ces éléments pourraient notamment être les suivants:

a) des indications concernant les catégories de créanciers et le traitement accordé à chacune d'elles par le plan (par exemple, ce qu'elles recevront et le calendrier des paiements);

b) les stipulations du plan concernant notamment:

[i) le traitement des actifs grevés;]

ii) le traitement des contrats, y compris les contrats de travail;

iii) le rôle du débiteur dans l'exécution du plan, y compris le contrôle qu'il exercera sur les actifs;

c) les modalités d'exécution du plan qui peuvent inclure:

i) la possibilité d'une cession partielle ou totale de l'entreprise débitrice;

ii) une proposition de restructuration du capital de l'entreprise;

iii) la modification de l'acte constitutif de l'entreprise;

iv) la fusion ou le regroupement de l'entreprise avec une ou plusieurs personnes;

v) [la modification des conditions attachées à des sûretés, y compris] le report de la date d'échéance ou la modification du taux d'intérêt ou d'une autre condition;

[vi) la poursuite de l'utilisation des actifs grevés;]

vii) la répartition de tout ou partie des actifs de la masse entre ceux qui ont un droit sur ces actifs;

viii) l'identification des personnes qui seront chargées de la gestion future de l'entreprise;

ix) la supervision de l'exécution du plan.

Contenu de la note d'information

129) La loi devrait spécifier que les éléments ci-après seront fournis dans la note d'information[92]:

a) des informations sur la situation financière du débiteur, y compris des états de l'actif, du passif et des flux de trésorerie;

b) une comparaison du traitement accordé aux créanciers par le plan et de ce qu'ils recevraient en cas de liquidation;

c) un exposé des raisons pour lesquelles l'entreprise serait en mesure de poursuivre ses activités et pourrait être redressée avec succès;

d) des informations montrant que l'exécution du plan fera que l'actif du débiteur excédera le passif et que des dispositions adéquates ont été prises pour que toutes les obligations prévues dans le plan soient satisfaites; et

e) des informations sur les mécanismes de vote applicables pour l'approbation du plan.

Mécanismes de vote

130) La loi devrait établir, pour l'approbation du plan, un mécanisme de vote indiquant les créanciers qui ont le droit de se prononcer sur le plan par un vote; les modalités de vote (vote lors d'une réunion convoquée à cet effet ou vote par correspondance ou par d'autres moyens, y compris par voie électronique et par procuration; et si les créanciers devraient ou non voter par catégorie en fonction de leurs droits respectifs. Elle devrait permettre qu'un plan soumis à l'approbation des créanciers puisse être négocié au cours de ce processus d'approbation.

---

92 Lorsqu'il n'élabore pas le plan ni la note, et qu'il ne participe pas non plus à leur élaboration, le représentant de l'insolvabilité devrait être tenu de présenter ses observations au sujet de ces deux documents.

Approbation du plan par les membres d'une catégorie particulière

131) La loi devrait spécifier la majorité requise pour l'approbation du plan par une catégorie particulière de créanciers. Lorsque le plan est appuyé par la majorité requise, cette catégorie sera considérée comme approuvant le plan. Ne devraient être pris en compte pour le calcul de la majorité que ceux qui ont effectivement pris part au vote, que ce soit en personne, par procuration ou autrement.

132) L'exigence de l'unanimité ou d'une majorité simple des votants n'est pas recommandée. D'autres solutions peuvent consister à exiger à la fois un certain nombre de votants et une certaine proportion du montant des créances, par exemple la majorité simple des votants et la majorité simple ou une majorité supérieure (par exemple, les deux tiers) exprimée en pourcentage des créances détenues par ces derniers.

Approbation par catégories

133) Lorsque, pour l'approbation du plan, il est procédé à un vote par catégories, la loi devrait spécifier comment seront traités, aux fins de cette approbation, les résultats obtenus dans chaque catégorie. [Différentes solutions sont possibles: par exemple, on peut exiger l'approbation du plan par une majorité spécifiée ou par l'ensemble des catégories.]

134) Lorsque la loi n'exige pas l'approbation de l'ensemble des catégories, elle devrait indiquer le traitement à réserver à celles qui n'ont pas voté pour un plan qui par ailleurs a été approuvé par [les catégories requises] [la majorité des catégories requise].

Non-approbation d'un plan

135) La loi devrait spécifier les conséquences de la non-approbation d'un plan par la majorité requise des créanciers.

Effet contraignant d'un plan

136) La loi devrait spécifier que le débiteur, les créanciers et les autres parties intéressées seront liés par un plan à condition que celui-ci ait été:

a) soit approuvé par la majorité requise des créanciers;

b) soit approuvé comme prévu à l'alinéa a) puis homologué par le tribunal.

Poursuite de l'utilisation continue des actifs grevés

[137) La loi peut, lorsque des créanciers garantis n'appuient pas un plan et que les actifs grevés sont nécessaires au redressement, autoriser le tribunal à ordonner que ces actifs puissent continuer d'être utilisés pour le redressement, sous réserve que les intérêts des créanciers garantis soient protégés.]

Homologation d'un plan approuvé

138) Lorsque la loi exige qu'un approuvé soit homologué par le tribunal, celui-ci devrait homologuer ce plan si:

a) le processus d'approbation a été régulier;

[b) les créanciers ont été traités de façon juste et équitable;]

c) le plan accorde aux créanciers au moins autant que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;

d) le plan ne comporte pas de dispositions contraires au droit commun;

[e) les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure et les créances prioritaires qui ont la priorité seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le titulaire accepte un traitement différent;] et

[f) le traitement des créances[93] dans le plan est conforme à leur classement prévu par la loi, sauf dans la mesure où les créanciers concernés sont convenus de modifier ce classement[94].]

Contestation de l'approbation (lorsqu'aucune homologation n'est exigée)

139) Lorsqu'un plan devient contraignant lors de son approbation par les créanciers sans que son homologation par le tribunal soit requise, la loi devrait permettre aux parties intéressées, y compris au débiteur, d'en contester l'approbation. Elle devrait spécifier des critères permettant d'apprécier le bien-fondé de la contestation, parmi lesquels devraient figurer:

a) le fait que les conditions énoncées dans la recommandation 142) sont satisfaites;

b) la fraude, auquel cas les alinéas a) à c) de la recommandation 144) devraient s'appliquer.

Contestation d'un plan homologué

140) La loi devrait permettre qu'un plan homologué puisse être contesté au motif qu'il y a eu fraude. Elle devrait spécifier:

a) un délai pour introduire la contestation à compter du moment où la fraude a été découverte;

b) la partie qui peut introduire une telle contestation; et

c) que la contestation devrait être introduite devant le tribunal.

141) La loi devrait spécifier les conséquences de l'aboutissement d'une contestation introduite conformément aux recommandations 139) et 140).

Modification du plan

142) La loi devrait permettre de modifier un plan contraignant et spécifier les parties qui peuvent proposer des modifications et le moment auquel le plan peut être modifié.

Approbation des modifications

---

[93] Y compris celles afférentes aux frais et dépenses d'administration.

[94] Si un ou plusieurs créanciers doivent recevoir un traitement moins favorable que celui correspondant à leur rang prévu par la loi, le tribunal doit s'assurer qu'ils y ont consenti

143) La loi devrait établir un mécanisme pour l'approbation des modifications du plan. Ce mécanisme devrait exiger l'envoi d'une notification aux créanciers et aux autres parties intéressés; spécifier la partie qui doit envoyer la notification; exiger que les créanciers concernés donnent leur approbation et que les règles prévues pour l'homologation (lorsque celle-ci est requise) soient respectées. Elle devrait également spécifier les conséquences de la non-acceptation des modifications proposées.

Supervision de l'exécution

144) La loi peut établir un mécanisme de supervision de l'exécution du plan, cette supervision pouvant être assurée notamment par le tribunal, par un contrôleur nommé par le tribunal, par le représentant de l'insolvabilité ou par un contrôleur nommé par les créanciers[95].

Conversion en liquidation

145) La loi devrait autoriser le tribunal à convertir la procédure de redressement en liquidation lorsque:

[a) aucun plan n'est proposé dans le délai pouvant être spécifié par la loi et aucune prolongation de ce délai n'est approuvée par le tribunal;]

[b) une demande de conversion est présentée par le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers;]

c) le plan proposé n'est pas approuvé;

d) le plan approuvé n'est pas homologué (lorsque l'homologation est exigée par la loi);

e) le plan approuvé ou homologué est contesté avec succès;

f) il y a eu une violation substantielle des stipulations du plan.

B. Procédure de redressement accélérée

1. Introduction

551. Comme on l'a vu plus haut dans la première partie du Guide, un redressement peut être opéré de différentes manières, y compris sous la supervision formelle d'un tribunal ou d'un organe administratif (la principale forme de redressement examinée dans le présent Guide) ou dans le cadre de procédures informelles (c'est-à-dire menées dans un cadre extrajudiciaire) de négociation et d'acceptation d'un plan (appelées ci-après négociations et accords volontaires de redressement), dans lesquelles le tribunal intervient peu ou n'intervient pas du tout et qui dépendent essentiellement de l'accord des parties concernées. Comme elles permettent d'éviter en grande partie les coûts, retards et exigences procédurales et juridiques liés aux procédures de redressement formelles, les négociations volontaires de redressement représentent souvent le moyen le plus efficace et le plus économique de résoudre les difficultés financières du débiteur, même s'il se peut qu'elles ne soient pas toujours

[95] Lorsque la procédure concerne un débiteur non dessaisi ou lorsqu'elle est close lors de l'approbation du plan, il peut ne pas être nécessaire de nommer un contrôleur.

efficaces pour faire face à de telles difficultés du fait qu'elles dépendent de certaines conditions préalables qui sont examinées ci-après. Elles peuvent néanmoins constituer un outil précieux parmi les différentes solutions auxquelles peut recourir le milieu des affaires d'un pays en cas d'insolvabilité. Le recours à de telles solutions négociées devrait être encouragé, non parce que le système d'insolvabilité formel d'un pays est déficient, inefficace ou peu fiable mais plutôt en raison des avantages qu'elles peuvent offrir en tant que complément d'un tel système assurant l'équité et la sécurité juridique.

552. Il est souvent impossible de parvenir à un accord dans le cadre de négociations volontaires de redressement du fait que les créanciers ont la possibilité de faire valoir leurs droits individuellement et qu'il est nécessaire d'obtenir leur consentement unanime pour modifier les conditions de remboursement de certaines catégories de créances. Ce problème est aggravé dans le cas d'entreprises multinationales complexes, car il est alors particulièrement difficile d'obtenir le consentement de toutes les parties concernées. Pour contribuer au succès de ces négociations, la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL) 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 négociations 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.

553. Les négociations volontaires de redressement peuvent également se heurter à l'opposition d'une minorité de créanciers qui, afin de tirer avantage de leur position pour obtenir de meilleures conditions pour eux-mêmes au détriment des autres parties, peuvent refuser d'accepter une solution qui servirait au mieux les intérêts de la plupart des créanciers (on parle alors souvent de "résistance"). Dans ces cas, l'accord volontaire ne peut être exécuté que si les droits contractuels de ces créanciers opposants peuvent, d'une manière ou d'une autre, être modifiés sans leur consentement. Dans la plupart des systèmes juridiques existants, une telle modification des droits contractuels exige que l'accord volontaire soit converti en une procédure de redressement judiciaire ordinaire et conforme aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité, à laquelle participeront tous les créanciers et dans laquelle seront appliquées des normes permettant de protéger convenablement les intérêts des créanciers opposants. Le temps est généralement un facteur capital dans le redressement d'une entreprise et les lenteurs (inhérentes à une procédure d'insolvabilité judiciaire ordinaire) risquent souvent d'être coûteuses, voire de faire échec à toute solution efficace. Il importe donc que le tribunal puisse tirer parti des négociations volontaires et accepte un plan de redressement convenu avant l'ouverture d'une procédure de redressement en application de la loi sure l'insolvabilité et que cette loi l'autorise à accélérer cette procédure, qui est appelée dans la présente section "procédure de redressement accélérée".

2. Créanciers participant généralement aux négociations volontaires de redressement

554. Participent généralement aux négociations volontaires de redressement le débiteur et une ou plusieurs catégories de créanciers, tels que les prêteurs, les obligataires et les actionnaires. Interviennent souvent aussi de gros créanciers non institutionnels, généralement lorsque leur engagement est si important qu'une

restructuration effective est impossible sans leur participation. Ces types de créanciers trouvent souvent avantageux de participer à ces négociations car elles sont susceptibles de réduire les pertes qu'ils subiraient normalement dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité judiciaire ordinaire.

555. Du fait que peu de catégories de créanciers participent normalement à des négociations volontaires de redressement et, et donc à une procédure accélérée, il est plus facile de parvenir à un accord que dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ordinaire, qui touche généralement toutes les créances. Dans le cas de négociations volontaires de redressement, ces types de créanciers non institutionnels continuent habituellement à être payés dans le cours normal des affaires. De ce fait, ils ne s'opposeront probablement pas à la restructuration proposée. Toutefois, si leurs droits doivent être modifiés, il faudra qu'ils acceptent les modifications proposées.

3. Procédure d'exécution d'un accord volontaire de redressement

556. Une loi sur l'insolvabilité peut prévoir la reconnaissance d'un plan négocié et convenu avant l'ouverture d'une procédure de redressement régie par ses dispositions et la possibilité d'accélérer cette procédure. Dans ce cas, il faudra envisager de préciser quels sont les débiteurs et les parties qui pourront être concernés.

a) Débiteurs pouvant bénéficier de la procédure

557. Une procédure de redressement accélérée peut être ouverte à la demande de tout débiteur que les dispositions générales de la loi sur l'insolvabilité relatives au redressement autorisent à engager une action.

558. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité si le débiteur satisfait à des critères donnés concernant sa situation financière (par exemple, lorsqu'il est insolvable), il pourra être nécessaire de prévoir expressément que l'ouverture d'une procédure accélérée satisfait à cette exigence. La loi peut aussi prévoir un moratoire qui permettra au débiteur de ne pas remplir ces critères (et d'échapper ainsi aux sanctions prévues en cas de manquement à l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité).

b) Obligations visées

559. Comme indiqué plus haut, les négociations volontaires de redressement portent généralement sur des obligations liées à une dette bancaire ou obligataire, garantie ou non garantie, et sur d'autres obligations financières similaires. Les créances garanties pourraient aussi être incluses dans de telles négociations avec l'accord des créanciers concernés. Les autres types de créances, telles que celles détenues par les créanciers commerciaux, les créanciers privilégiés comme les autorités fiscales et les organismes de sécurité sociale et les salariés, sont généralement exclues, parce qu'il est difficile d'obtenir les approbations nécessaires pour l'aménagement de leurs créances[96] et que ces créanciers continueront d'être

[96] Ces créances pourraient être réaménagées si l'approbation par la majorité requise pouvait être obtenue.

payés dans le cours normal des affaires. Toutefois, ces créances pourraient être incluses, en particulier si les droits de leurs détenteurs devaient être modifiés au cours de la procédure de redressement, à condition que soient respectées toutes les garanties applicables en vertu de la loi sur l'insolvabilité. Les obligations particulières qui seront visées dans un cas d'espèce seront celles spécifiées dans le plan devant être homologué dans le cadre de ce type de procédure.

c) Application de la loi sur l'insolvabilité

560. Un régime d'insolvabilité permettant le recours à une procédure accélérée devra non seulement indiquer les débiteurs qui peuvent en bénéficier, ainsi que les parties qui peuvent en demander l'ouverture, mais également préciser quelles dispositions de la loi sur l'insolvabilité régissant la procédure judiciaire ordinaire s'appliqueront à ce type de procédure, en particulier si leurs modalités d'application doivent être modifiées. Ainsi, par exemple, les dispositions régissant la procédure judiciaire ordinaire qui s'appliqueront généralement de la même manière à la procédure extrajudiciaire (sauf modification expresse) seront celles concernant la procédure de demande, l'ouverture de la procédure, l'arrêt des poursuites, l'obligation d'établir une liste de tous les créanciers (pour l'information du tribunal, mais aussi à des fins de notification et pour que l'on sache qui est inclus dans le plan et qui en est exclu), les conditions d'approbation du plan (y compris la notification à adresser aux créanciers visés, la détermination des catégories de créanciers, les comités de créanciers et les critères et les majorités requises pour l'approbation), l'effet et l'homologation du plan, les questions concernant l'exécution du plan et la remise des dettes. Lorsque l'exécution d'un plan homologué dans le cadre d'une procédure accélérée échoue, il faudra prévoir dans la loi sur l'insolvabilité les conséquences de cet échec et en particulier si ces conséquences devraient être les mêmes qu'en cas d'échec d'un plan approuvé dans le cadre de la procédure formelle (examinée au chap. IV.A.13 et 14) et si les paiements déjà effectués en exécution du plan devraient faire l'objet d'une disposition spéciale.

561. Les dispositions de la loi sur l'insolvabilité qui pourraient ne pas s'appliquer à une procédure accélérée concernent notamment l'exigence de l'état de cessation générale des paiements ou d'insolvabilité, la nomination du représentant de l'insolvabilité, à moins que celle-ci ne soit expressément prévue dans le plan, la déclaration des créances, les obligations de notification de délai pour l'approbation du plan (lorsque la loi sur l'insolvabilité comporte de telles dispositions), et le vote sur le plan. Une autre exception importante à l'application de la loi sur l'insolvabilité serait que, si l'homologation du plan de redressement semble probable, le tribunal pourrait autoriser que les créanciers non visés par le plan continuent d'être payés dans le cours normal des affaires.

562. La demande d'ouverture d'une procédure accélérée devra sans doute être quelque peu différente d'une demande d'ouverture de procédure judiciaire ordinaire afin de tenir compte des différences de contexte. Elle pourra comporter, par exemple, des informations supplémentaires concernant les négociations déjà menées et l'appel à voter et le vote des catégories de créanciers concernés avant l'ouverture de la procédure, ainsi que sur les mesures de protection en faveur des créanciers opposants dans les catégories qui auront accepté le plan. Il faudra peut-être également déterminer si la demande entraînera l'ouverture automatique de la

procédure ou si elle devra être examinée par le tribunal; dans ce dernier cas, il est souhaitable que le délai d'examen soit le plus bref possible, en particulier parce que la demande est le fruit de négociations et d'un accord et que tout retard est préjudiciable non seulement à l'entreprise du débiteur, mais aussi à l'exécution du plan.

d) Accélération de la procédure

563. Pour tirer pleinement parti de l'accord négocié et éviter les lenteurs qui risquent de rendre son application impossible, il faudra peut-être examiner comment ce type de procédure pourra être mené à bien plus rapidement qu'une procédure de redressement judiciaire ordinaire. Par exemple, si un plan et d'autres documents remplissant les conditions de forme imposées par la loi ont été négociés et sont approuvés par une forte majorité, le tribunal pourra ordonner la tenue immédiate d'une réunion ou d'une audience, selon le cas, ce qui constituerait un gain de temps et d'argent. Une dispense d'une partie de la procédure formelle pourra également être accordée. Par exemple, si un plan de redressement a été accepté par une catégorie particulière de créanciers – généralement les créanciers institutionnels – à une majorité suffisante pour son approbation en vertu des règles de vote de la loi sur l'insolvabilité et si sur application ne porte pas atteinte aux droits des autres créanciers, le tribunal pourrait ordonner une réunion ou une audience limitée à cette catégorie de créanciers. De même, si les catégories de créanciers concernées ont été appelées à voter d'une manière conforme aux lois applicables en la matière (y compris aux règles de publicité prévues par les lois applicables aux valeurs mobilières), une dispense par le tribunal des procédures d'appel à voter postérieures à l'ouverture devrait être possible.

564. Même si elle prévoit le traitement rapide des affaires remplissant les conditions requises, il est hautement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité n'accorde pas aux créanciers opposants et aux autres parties une protection inférieure à celle dont bénéficient les créanciers opposants dans une procédure de redressement judiciaire ordinaire. Les règles procédurales applicables à ce type de procédure de redressement accélérée devraient donc prévoir pour l'essentiel les mêmes garanties et les mêmes protections que celles applicables aux procédures de redressement judiciaire ordinaires.

565. Il faudra peut-être modifier d'autres lois pour encourager tant les négociations volontaires de redressement que les procédures de redressement accélérées ou pour en tenir compte. Ainsi faudrait-il peut-être revoir les lois qui rendent les administrateurs responsables des opérations effectuées pendant que sont menées des négociations informelles de redressement, celles qui ne reconnaissent pas les obligations découlant de financements accordés pendant cette période ou qui en font des obligations susceptibles d'annulation et celles qui limitent la conversion de dettes en prises de participation.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant les procédures d'insolvabilité qui combinent des négociations volontaires de redressement et l'acceptation d'un plan

avec une procédure accélérée menée conformément à la loi sur l'insolvabilité en vue de l'approbation de ce plan par le tribunal est:

a) de reconnaître que les négociations volontaires de redressement, qui supposent généralement une restructuration des dettes dues aux prêteurs et autres créanciers institutionnels, ainsi qu'aux gros créanciers non institutionnels lorsque leur participation est capitale pour cette restructuration, mais qui n'incluent pas toutes les catégories de créanciers, sont un instrument économique et efficace de sauvetage des entreprises en difficulté financière;

b) d'encourager et de faciliter le recours aux négociations volontaires de redressement;

c) de mettre en place dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité une procédure qui:

i) préservera les avantages des négociations volontaires de redressement lorsqu'une majorité dans chacune des catégories de créanciers concernés souscrits à un plan;

ii) réduira au minimum les retards et les dépenses et préservera l'accord négocié et conclu dans le cadre des négociations volontaire de redressement;

iii) liera les membres minoritaires de chacune des catégories de créanciers et d'actionnaires concernés qui n'acceptent pas le plan négocié;

iv) suivra les mêmes règles de fond, à l'exception de délais plus courts, que les procédures de redressement régies par la loi, tout en offrant pour l'essentiel les mêmes garanties;

d) suspendra, en prévoyant les garanties voulues, les dispositions d'autres lois qui peuvent empêcher ou rendre difficile l'utilisation de mécanismes retardant le recours à la loi[97].

Contenu des dispositions législatives

Ouverture de la procédure de redressement accélérée

146) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure accélérée peut être ouverte à la demande de tout débiteur:

[a) qui, d'une manière générale, ne sera probablement pas en mesure de payer ses dettes à l'échéance [ou dont le passif risque de dépasser l'actif]] [qui est en droit d'ouvrir une procédure de redressement en application des dispositions de la loi sur l'insolvabilité];

b) qui a négocié un plan et l'a fait accepter par [la majorité requise de] chacune des catégories de créanciers concernés [appelés à voter conformément aux dispositions des autres lois applicables] et par chaque créancier concerné n'appartenant à aucune catégorie votante; et

[97] Par exemple, les dispositions qui exigent l'unanimité pour l'approbation d'un aménagement de la dette en dehors d'une procédure d'insolvabilité, qui rendent les administrateurs responsables des opérations effectuées pendant la période au cours de laquelle les négociations amiables ont lieu, qui ne reconnaissent pas les obligations découlant de financements accordés pendant cette période, et qui limitent la conversion de dettes en prises de participation.

c) qui satisfait aux conditions exigées pour l'ouverture d'une procédure de redressement conformément aux dispositions de la loi.

Conditions requises pour présenter une demande

147) La loi devrait spécifier que la demande d'ouverture d'une procédure de redressement accélérée devrait être accompagnée des pièces suivantes:

a) le plan et la note d'information;

b) une description des négociations volontaires de redressement qui ont précédé le dépôt de la demande d'ouverture, y compris les informations fournies aux créanciers concernés pour leur permettre de se prononcer en connaissance de cause sur le plan [ou un condensé de ces informations];

c) un certificat attestant que les créanciers non concernés sont payés dans le cours normal des affaires et que le plan ne modifie ni ne compromet sans leur accord les droits ou les créances des créanciers privilégiés tels que les autorités fiscales ou les organismes de sécurité sociale ou les salariés;

d) un relevé des voix dans les catégories de créanciers concernés démontrant que celles-ci ont accepté le plan à la majorité fixée pour chacune d'elle par la loi;

e) l'acceptation de tout créancier individuel dont les droits sont modifiés par le plan;

f) une analyse financière démontrant que le plan satisfait à toutes les conditions applicables au redressement; et

g) une liste des membres de tout comité de créanciers constitué au cours des négociations informelles.

Ouverture

148) La loi devrait spécifier que la demande d'ouverture entraînera l'ouverture automatique de la procédure ou que le tribunal sera tenu de décider rapidement s'il y a lieu d'ouvrir la procédure.

Effet de l'ouverture

149) La loi devrait spécifier que:

a) ses dispositions applicables à la procédure de redressement ordinaire s'appliqueront également à la procédure accélérée, sauf s'il est spécifié qu'elles ne sont pas applicables[98];

---

[98] Les dispositions de la loi qui ne seraient pas applicables d'une manière générale concerneraient notamment la déclaration de la totalité des créances; la notification et les délais pour l'approbation du plan; les mécanismes de communication du plan et de la note d'information aux créanciers et aux autres parties intéressées et d'appel à voter et de vote sur le plan après l'ouverture de la procédure; la nomination d'un représentant de l'insolvabilité (en général cette nomination n'interviendra que si le plan l'exige); la modification du plan après son homologation. Une exception à l'application des dispositions de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité normale serait que les créanciers non concernés par le plan seraient payés dans le cours normal des affaires pendant l'exécution dudit plan.

b) [sauf décision contraire du tribunal,] les effets de l'ouverture se limiteront au débiteur, aux créanciers individuels et aux catégories de créanciers et d'actionnaires dont les droits sont modifiés ou qui sont concernés par le plan;

c) tout comité de créanciers constitué au cours des négociations volontaires de redressement sera assimilé à un comité de créanciers constitué en application de la loi; et

d) une audience aux fins de l'homologation du plan devra avoir lieu le plus rapidement possible.

Notification de l'ouverture

150) La loi devrait spécifier que l'ouverture d'une procédure accélérée devrait être notifiée individuellement aux créanciers et aux actionnaires. Cette notification devrait indiquer:

a) le montant de la créance de chacun des créanciers concernés, selon le débiteur;

b) le délai dans lequel un créancier concerné qui conteste le montant de la créance indiqué par le débiteur doit déclarer sa créance et où il peut la déclarer;

c) le délai à respecter et la procédure à suivre pour contester les créances déclarées par d'autres parties;

d) la date et le lieu de l'audience d'homologation du plan et où et quand toute objection à l'encontre de l'homologation doit être déposée; et

e) les conséquences du plan pour les actionnaires.

Homologation du plan

151) La loi devrait spécifier que le tribunal homologuera le plan si:

a) celui-ci satisfait aux conditions de fond pour l'homologation d'un plan dans le cadre d'une procédure de redressement ordinaire, pour autant que ces conditions s'appliquent aux créanciers et aux actionnaires concernés;

b) la notification adressée et les informations communiquées aux créanciers et aux actionnaires concernés durant les négociations volontaires de redressement étaient suffisantes pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause sur le plan [et que toute demande d'acceptation du plan présentée avant l'ouverture était conforme aux lois applicables];

c) les créanciers non concernés sont payés dans le cours normal des affaires et le plan ne modifie ni ne compromet sans leur accord les droits ou les créances des créanciers privilégiés tels que les autorités fiscales, les organismes de sécurité sociale ou les salariés.

d) l'analyse financière accompagnant la demande démontre que le plan satisfait à toutes les conditions applicables au redressement.

Effet d'un plan homologué

152) La loi devrait spécifier que le plan homologué ne devrait avoir d'effet que pour le débiteur et pour les créanciers et les actionnaires concernés par ce plan.

Échec de l'exécution d'un plan homologué

153) La loi devrait spécifier qu'en cas de violation substantielle des stipulations d'un plan homologué conformément à la recommandation 150), la procédure peut être [close et les créanciers peuvent faire valoir leurs droits] [convertie en liquidation].

V. Administration de la procédure

A. Le traitement des créances

1. Introduction

566. Dans les procédures d'insolvabilité, les créances entrent en ligne de compte à deux niveaux – premièrement, pour déterminer quels créanciers peuvent voter dans le cadre de la procédure et selon quelles modalités (en fonction de la classe à laquelle ils appartiennent et de la valeur de leur créance, lorsque ce facteur est pertinent) et, deuxièmement, aux fins de la répartition (voir chap. V.B). La procédure de déclaration et d'admission des créances est donc un élément important de la procédure d'insolvabilité; il faudrait donc déterminer quels créanciers devraient être tenus de déclarer leurs créances et définir les procédures applicables à la déclaration, à la vérification et à l'admission ou au rejet des créances, les conséquences du défaut de déclaration d'une créance, et la procédure de recours contre les décisions d'admission ou de rejet de créances. Une loi sur l'insolvabilité devrait également traiter de l'effet de la déclaration et de l'admission de créances, car cela déterminera la participation des créanciers. Par exemple, la déclaration d'une créance pourra autoriser son détenteur à participer à la première réunion des créanciers, tandis que l'admission – ou, du moins, l'admission provisoire – pourra être indispensable pour qu'un créancier puisse voter sur différentes questions au cours de la procédure.

2. Déclaration des créances

a) Créanciers qui peuvent être tenus de déclarer leurs créances

567. C'est essentiellement au sujet des créanciers garantis que se pose la question de savoir quels créanciers seront tenus de déclarer leurs créances, les créanciers chirographaires (qu'ils détiennent une créance conditionnelle ou liquide) étant généralement tenus de faire une déclaration (à moins, bien entendu, que la procédure prévoie un autre mécanisme de vérification et d'admission des créances n'exigeant pas que tous les créanciers déclarent leurs créances – point examiné ci-dessous).

568. Dans les lois sur l'insolvabilité qui n'incluent pas les actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité et qui autorisent les créanciers garantis à réaliser librement leur sûreté sur les actifs grevés, les créanciers garantis peuvent être dispensés de l'obligation de déclarer leur créance dans la mesure où celle-ci sera couverte par la valeur de vente du bien grevé. Si cette valeur est inférieure au montant de la créance, le créancier garanti peut être tenu de déclarer une créance pour la fraction non garantie en tant que créancier chirographaire ordinaire. La valeur de la créance chirographaire dépend donc de la valeur de l'actif grevé, du moment auquel cette

valeur est déterminée, et de la méthode d'évaluation utilisée. En l'absence de règles d'évaluation précises, il existe un risque d'incertitude, en particulier pour ce qui est de la détermination des droits de vote lorsque ceux-ci sont calculés par référence à la valeur des créances[99].

569. Une autre approche exige des créanciers garantis qu'ils déclarent une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de leur sûreté, qu'une partie de la créance soit ou non insuffisamment garantie, obligation qui, dans certaines lois, ne vaut que pour les détenteurs de certains types de sûreté, tels que les charges flottantes, les actes de vente ou les hypothèques mobilières. Certaines des lois qui exigent que tous les créanciers garantis déclarent leurs créances prévoient des conséquences importantes pour ceux qui ne le font pas (point examiné ci-dessous). Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent aussi les créanciers garantis à remettre leur sûreté au représentant de l'insolvabilité et à déclarer une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de la sûreté.

570. Lorsque les créanciers garantis sont tenus de déclarer leur créance, les procédures de déclaration et de vérification sont généralement les mêmes que pour les créanciers chirographaires. Cette obligation de déclarer leurs créances présentes a pour but de renseigner le représentant de l'insolvabilité sur l'existence de toutes les créances, l'étendue de la dette garantie et les actifs qui pourraient être soumis à une sûreté, ainsi que sur le montant total du passif. Quelle que soit la démarche retenue, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce clairement les règles applicables aux créanciers garantis en matière de déclaration des créances. Il est important aussi, en particulier lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit que la procédure peut avoir des incidences sur les sûretés d'un créancier garanti, que la notification de l'ouverture de la procédure contienne des informations concernant la déclaration, ou le défaut de déclaration, des créances garanties.

b) Restrictions en ce qui concerne les créances qui peuvent être déclarées

571. Il est arrivé assez souvent dans le passé que des lois sur l'insolvabilité limitent le type de créances pouvant être déclarées, et excluent, par exemple, les créances de dommages-intérêts non liquides. Plus récemment, toutefois, on a observé une tendance à étendre la définition des créances pouvant être déclarées à ces dernières et aux créances contractuelles, ainsi qu'aux créances conditionnelles. Si ces créances ne sont pas prises en compte dans la procédure d'insolvabilité, les créanciers qui les détiennent ne peuvent participer et n'ont pas de recours pour les recouvrer. Il est donc souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité adopte une définition large des créances pouvant être déclarées. Il convient de noter toutefois que l'élargissement de cette définition risque de compliquer la procédure d'insolvabilité, en particulier lorsque ces créances doivent être évaluées en vue de permettre leur déclaration et leur admission, même à titre provisoire.

i) Créances nées après l'ouverture de la procédure

572. Le principe général est que seules peuvent être déclarées les créances nées avant l'ouverture de la procédure. Ce qu'il adviendra de celles qui sont nées après l'ouverture dépendra de la nature de la procédure et des dispositions de la loi sur l'insolvabilité - beaucoup d'entre elles prévoient que ces créances sont payables

[99] Pour l'évaluation des actifs grevés, voir chap. II.B.8.

intégralement parce que considérées comme des dépenses liées à la procédure (voir chap. V.B.).

ii) Types de créances exclues

573. Pour diverses raisons d'ordre public, une loi sur l'insolvabilité peut chercher à exclure de la procédure d'insolvabilité certains types de créances, comme les créances fiscales étrangères, les amendes et pénalités, les créances liées à des dommages corporels, les créances liées à la négligence et les dettes de jeu. Certaines lois disposent que ces créances peuvent être déclarées, mais qu'elles peuvent faire l'objet d'un traitement spécial, par exemple prendre rang après les autres créances chirographaires. Il est hautement souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité précise les créances qui seront exclues de la procédure d'insolvabilité (ou soumises à un traitement spécial – voir chap. V.B).

– *Créances fiscales étrangères*

574. Les créances fiscales étrangères sont actuellement exclues par de nombreux pays, ce qui est généralement considéré comme n'étant pas contraire au principe de l'égalité de traitement des créanciers étrangers et des créanciers nationaux. Il n'y a cependant aucune raison impérieuse empêchant un pays d'admettre de telles créances s'il le souhaite. Lorsque les créances fiscales étrangères sont admises, elles peuvent être traitées de la même manière que les créances fiscales nationales ou comme des créances chirographaires ordinaires. Ces différentes approches sont admises à l'article 13-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui prévoit que l'exclusion des créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers ou l'octroi à ces créances du même rang de priorité que celui des créances non préférentielles non garanties ou d'un rang de priorité inférieur, si les créances locales équivalentes ont ce même rang inférieur, ne porte pas atteinte au principe de l'égalité de traitement des créanciers étrangers et des créanciers locaux.

– *Créances résultant d'une activité illégale*

575. Lorsque les dettes de jeu sont exclues, c'est généralement parce qu'elles résultent d'une activité elle-même illégale. Au lieu d'indiquer les divers exemples de créances pouvant être exclues parce qu'illégales, la loi sur l'insolvabilité pourra exclure toute la catégorie des créances qui découlent d'une activité illégale et sont, de ce fait, non exécutoires.

– *Amendes* et pénalités

576. Pour ce qui est des amendes et des pénalités, la loi sur l'insolvabilité pourra établir une distinction entre celles qui ont un caractère strictement administratif ou punitif (par exemple, une amende infligée en cas d'infraction administrative ou pénale) et celles qui sont de nature compensatoire. On peut considérer que la première catégorie d'amendes et de pénalités devrait être exclue parce qu'elle sanctionne un acte délictueux du débiteur dont les créanciers chirographaires ne devraient pas avoir à supporter les conséquences du fait d'une réduction des actifs disponibles à répartir. En revanche, il n'y a apparemment aucune raison impérieuse d'exclure la seconde catégorie, en particulier lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice causé à une autre partie, sauf à faire valoir qu'une telle exclusion est un moyen

d'accroître les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires. Une autre possibilité serait d'admettre les créances résultant d'amendes et de pénalités au motif qu'elles ne seraient autrement jamais payées.

c) Procédure de déclaration des créances

i) Délai de la déclaration des créances

577. Pour faire en sorte que les créances soient déclarées sans tarder et que la procédure d'insolvabilité ne traîne pas inutilement, des délais peuvent être spécifiés. Certaines lois sur l'insolvabilité précisent que les créances doivent être déclarées dans un certain délai après l'ouverture de la procédure ou par référence à la survenue d'un autre événement spécifié dans la procédure. D'autres disposent que le délai doit être fixé par le tribunal ou par le représentant de l'insolvabilité et exigent qu'il soit indiqué dans la loi sur l'insolvabilité, des délais de 10 jours à 3 mois après la survenue d'un événement spécifié, par exemple l'ouverture, étant observés dans la pratique. D'autres encore ne prescrivent aucun délai de déclaration, laissant au représentant de l'insolvabilité le soin de fixer ce délai ou autorisant la déclaration de créances jusqu'à un moment spécifié de la procédure, par exemple la remise par le représentant de l'insolvabilité de son rapport final et de ses comptes. D'autres établissent différents délais en fonction de la méthode de notification de l'ouverture de la procédure; lorsque le créancier est connu et est avisé personnellement de l'ouverture de la procédure, le délai peut être plus court que lorsque le créancier doit compter pour son information sur une signification publique. Un facteur clef, dans la détermination de tout délai de déclaration, sera la procédure de vérification et d'admission des créances. Si cette procédure doit obligatoirement avoir lieu lors d'une audience ou d'une réunion des créanciers convoquée à cette fin, on peut s'attendre à moins de souplesse pour la date de déclaration, et les créances qui n'auront pas été déclarées à la date spécifiée avant cette réunion ou audience exigeront la convocation d'une audience ou d'une réunion spéciale. Lorsque la vérification et l'admission sont effectuées par le représentant de l'insolvabilité, une plus grande souplesse sera possible car il n'y aura pas le même besoin de satisfaire aux conditions procédurales liées à la convocation de réunions de créanciers ou d'audiences.

578. Si les délais aident à faire en sorte que la déclaration des créances ne retarde pas indûment la procédure, ils risquent néanmoins de pénaliser les créanciers étrangers qui, dans bien des cas, ne seront pas en mesure de s'y conformer comme les créanciers nationaux. Afin d'assurer l'égalité de traitement des créanciers nationaux et étrangers, et de tenir compte de la tendance internationale à l'abolition de la discrimination fondée sur la nationalité du créancier, on pourrait adopter une solution qui, soit permettrait de déclarer les créances à tout moment avant la répartition ou un autre événement spécifié, soit consisterait à fixer un délai qui pourrait être prolongé ou levé lorsque le créancier ne peut, pour des raisons valables, le respecter ou lorsque le délai lui cause de sérieuses difficultés.

579. Lorsqu'un délai est fixé (que ce soit par la loi sur l'insolvabilité, le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité) et que la créance est déclarée tardivement et, de ce fait, entraîne des frais, ceux-ci pourraient être supportés par le créancier. Lorsque les créances peuvent être déclarées à un stade avancé de la procédure, une question connexe à aborder est de voir si des répartitions intérimaires peuvent être faites avant que toutes les créances aient été déclarées et, dans l'affirmative, si les

créanciers qui déclarent leurs créances après qu'une répartition a été effectuée peuvent néanmoins y participer. Certaines lois disposent que dans ce cas un créancier ne peut participer qu'à des répartitions intervenant après déclaration, tandis que d'autres exigent que le représentant de l'insolvabilité constitue une provision pour les créanciers qui n'ont pas déclaré leurs créances au moment de la répartition.

ii) Charge de la déclaration et de la justification des créances

580. Dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité, c'est aux créanciers qu'il appartient de déclarer et de justifier leurs créances. Ils sont généralement tenus de produire des justificatifs attestant le montant de la créance, la nature de celle-ci, ainsi que les préférences ou sûretés qu'ils peuvent revendiquer. Dans de nombreuses lois, le représentant de l'insolvabilité est habilité à demander aux créanciers des informations ou des justificatifs supplémentaires à l'appui de leur demande; certaines lois permettent aussi le rejet de créances qui n'ont pas été dûment justifiées. Dans certains pays, on peut faciliter l'admission en exigeant que la soumission des créances prenne la forme d'une déclaration, telle qu'un affidavit, qui exposerait son auteur à des sanctions en cas de fraude; les formalités à accomplir pour de telles déclarations, dans certains pays, a conduit à l'abandon de cette pratique.

581. Il est des circonstances dans lesquelles un certain nombre de lois sur l'insolvabilité autorisent l'admission de créances sans que les créanciers aient à déclarer et justifier celles-ci, par exemple lorsque le représentant de l'insolvabilité peut, à partir des livres et des registres du débiteur, déterminer quels créanciers il doit payer et quel est le montant de la dette. Bien que dans de nombreuses affaires d'insolvabilité les livres et registres du débiteur ne soient peut-être pas entièrement fiables, cette méthode a l'avantage de réduire les formalités liées à la vérification et à l'admission des créances et peut être appropriée lorsque les créances ne sont pas contestées (point examiné plus avant ci-dessous). On peut faciliter cette approche en exigeant l'établissement, dès le lancement de la procédure, d'une liste des créanciers et des créances. L'établissement de cette liste par le débiteur présente l'avantage que celui-ci connaît ses créanciers et leurs créances et que, de ce fait, le représentant de l'insolvabilité peut avoir rapidement une idée de l'état de l'entreprise. Une autre solution pourrait être d'exiger du représentant de l'insolvabilité qu'il aide le débiteur à établir cette liste ou qu'il l'établisse lui-même. Bien que cette dernière formule puisse réduire les formalités liées à la vérification des créances, elle risque d'alourdir les dépenses et d'entraîner des retards, car elle suppose que le représentant de l'insolvabilité obtienne du débiteur des informations exactes et pertinentes. Une fois la liste établie, elle pourrait servir à déterminer quelles créances pourraient être admises sans preuve formelle et quels créanciers devraient être invités à déclarer leurs créances au représentant de l'insolvabilité aux fins de vérification, ainsi qu'aux fins d'assurer que tous les créanciers concernés ont bien déclaré leurs créances. La liste pourrait également être révisée et actualisée au bout d'un certain temps de manière à donner non seulement une idée précise du niveau d'endettement du débiteur, mais aussi de l'état de la vérification et de l'admission des créances.

582. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité traite la question des fausses créances et prévoie des sanctions appropriées pour les créanciers et autres personnes qui présentent des réclamations qui se révèlent fausses.

iii) Formalités de déclaration des créances étrangères

583. La question de savoir si la créance doit être présentée dans la langue du pays dans lequel a été ouverte la procédure d'insolvabilité et si elle doit être soumise à certaines formalités, telles que la légalisation, revêt une importance particulière pour les créanciers étrangers. Afin de faciliter l'accès de ces créanciers à la procédure, il est souhaitable de se demander si ces formalités sont essentielles ou si elles peuvent être levées, comme dans le cas d'autres formalités dont il a été question à propos de l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (voir chap. VII).

iv) Conversion des créances libellées en devises étrangères

584. Lorsque le débiteur a des activités commerciales dans différents pays, les créanciers étrangers peuvent avoir des créances libellées dans des monnaies autres que celle du pays où se déroule la procédure d'insolvabilité. Aux fins de la vérification et de la répartition, ces créances sont normalement converties dans la monnaie nationale, bien qu'il puisse y avoir des cas dans lesquels une telle conversion n'est pas nécessaire. La date de conversion pourra avoir été convenue contractuellement entre le débiteur et le créancier, ou peut avoir été fixée par référence à une date déterminée, telle que l'ouverture ou un autre moment de la procédure. Lorsqu'il y a un décalage entre la date de la conversion et celle de la répartition (qui pourrait intervenir sensiblement plus tard), il peut y avoir, dans l'intervalle, dépréciation ou appréciation de la monnaie, et, de ce fait, fluctuation du montant de la créance également. Lorsque la monnaie est relativement stable, cette fluctuation peut être sans grandes conséquences. En période de forte instabilité monétaire, en revanche, elle peut avoir pour effet de désavantager ou d'avantager considérablement un créancier par rapport à d'autres. Dans ces conditions, une loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir qu'une conversion provisoire est faite au moment de l'ouverture de la procédure aux fins du vote, et que, lorsque le taux de change fluctue au-delà d'un certain pourcentage (stipulé dans la loi sur l'insolvabilité) pendant la période précédant la répartition, la conversion sera faite au moment de la répartition ou un ajustement approprié pourra être apporté au calcul précédent.

v) Partie autorisée à recevoir les déclarations de créance

585. Pour ce qui est de la question de savoir à qui les créances devraient être déclarées, les lois sur l'insolvabilité adoptent généralement deux approches différentes. Certaines exigent que ce soit au tribunal, d'autres au représentant de l'insolvabilité, la différence tenant généralement au processus de vérification et aux rôles respectifs du tribunal et du représentant de l'insolvabilité. Lorsque ce dernier est responsable de la vérification et de l'admission des créances, les créanciers auraient en général un droit de recours au tribunal en cas de contestation de la valeur ou du rang de priorité des créances admises ou de rejet de leurs créances (voir ci-dessous).

d) Défaut de déclaration des créances

i) Défaut de déclaration dans le délai stipulé

586. Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes approches à l'égard des créances non déclarées dans un délai stipulé. Certaines font preuve de souplesse et prévoient que, nonobstant la fixation d'un délai, les créances peuvent être déclarées à tout moment jusqu'à ce que, par exemple, le représentant de l'insolvabilité ait présenté son rapport final et ses comptes relatifs à la liquidation; le créancier doit toutefois assumer les dépenses supplémentaires qu'entraîne une déclaration tardive. L'une des conséquences possibles d'une telle déclaration est que le créancier ne puisse pas participer aux répartitions intérimaires intervenant avant la déclaration (ou l'admission) de la créance; encore que certaines lois, comme on l'a noté plus haut, autorisent le créancier à percevoir, une fois la créance admise, les dividendes provisoires décidés antérieurement. Une autre conséquence est la perte du droit de vote aux réunions de créanciers lorsque la déclaration d'une créance est une condition préalable à la participation.

587. Une autre approche consiste à exiger le strict respect des délais de déclaration, le défaut de déclaration pouvant, dans certaines lois, entraîner l'extinction de la créance ou l'annulation ou la perte de sûretés, à condition que le créancier ait été informé comme il est prescrit de l'ouverture et de la nécessité de déclarer sa créance. Dans d'autres lois, le créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans les délais doit s'adresser au tribunal pour qu'elle soit admise. Lorsque le tribunal admet la créance, le créancier peut ne participer qu'aux futurs dividendes.

588. S'il est vrai que les créanciers devraient se voir accorder le maximum de possibilités pour déclarer leurs créances dans la procédure d'insolvabilité et, pour cela, être avertis à temps et de manière appropriée de l'ouverture de la procédure et de l'obligation de déclarer, il ne faudrait pas que la procédure soit retardée par des créanciers qui, tout en ayant connaissance de cette obligation et du délai applicable, ne respectent pas ce dernier, car un retard risque d'accroître les dépenses liées à la procédure et pénalise les autres créanciers. Les conséquences du défaut de déclaration devraient donc être clairement définies et les créanciers devraient en être informés au moment où ils sont avisés des délais à respecter pour la déclaration.

ii) Défaut de déclaration d'une créance avant la clôture de la procédure

589. Le défaut de déclaration d'une créance avant la publication du rapport final et des comptes peut aboutir à des résultats différents en fonction d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité. Certaines des lois qui prévoient la libération du débiteur à la clôture de la procédure d'insolvabilité prévoient également l'extinction des créances non déclarées dans la procédure d'insolvabilité.

3. Vérification et admission des créances

a) Liste des créances déclarées

590. Dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité, le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, selon que les déclarations doivent être adressées à l'un ou à l'autre, est tenu d'établir une liste des créances déclarées, soit après l'expiration du délai de déclaration, soit de façon continue lorsqu'il n'y a pas de délai ou que la date limite intervient plus tard dans la procédure. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige

l'établissement d'une liste des créanciers, ainsi qu'il a été dit plus haut (voir aussi chap. III.A), la liste de créances actualise celle-ci et peut servir de base pour la vérification et l'admission des créances ainsi que pour la notification de la réception, de l'admission ou du rejet de créances, suivant la procédure d'admission applicable. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que tous les créanciers identifiés et identifiables doivent recevoir notification des créances qui ont été produites, soit personnellement, par voie de publication dans des revues ou journaux commerciaux appropriés, soit par dépôt d'une liste au tribunal. Cela permettra aux créanciers, au débiteur et aux parties intéressées de voir quelles créances ont été déclarées et de contester les créances figurant sur la liste (lorsque la loi sur l'insolvabilité l'autorise).

b) Procédures de vérification et d'admission

591. La vérification consiste non seulement à apprécier la légitimité de la créance et de son montant, mais aussi à déterminer son rang aux fins du vote et de la répartition (créances garanties ou non, créances prioritaires, etc.).

i) Délai de vérification et d'admission

592. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité imposent des délais pour la vérification et l'admission des créances, exigeant qu'une décision soit communiquée aux créanciers dans un bref délai, par exemple 30 jours après l'expiration du délai de déclaration. D'autres lois ne prévoient pas de délai. Pour décider si une loi sur l'insolvabilité devrait ou non imposer des délais dans ce cas, il est fondamental de savoir si la procédure de vérification et d'admission exige une audience ou la tenue d'une réunion des créanciers, ou bien si elle est conduite par le représentant de l'insolvabilité. Dans le premier cas, l'admission a généralement lieu à l'audience ou à la réunion des créanciers, sous réserve que soient réglés les litiges résultant des contestations des créances. Pour des raisons de transparence et de sécurité juridique, et pour assurer la conduite efficace de la procédure sans retard excessif, il est souhaitable que la décision d'admission ou de rejet soit prise rapidement, en particulier lorsque l'admission déterminera la participation à la procédure et les droits de vote. Toutefois, comme c'est généralement le cas lorsque l'on examine la nécessité d'un délai, il faut mettre en balance les avantages de la fixation d'un délai et les inconvénients potentiels de la rigidité ainsi que de la nécessité de veiller à ce que ce délai soit respecté.

ii) Procédure d'admission

593. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des approches diverses à l'égard de la procédure d'admission, qui comportent des degrés divers de complexité et d'intervention du tribunal, du représentant de l'insolvabilité et des créanciers, exigeant dans certains cas une contribution des trois à des moments différents. Si l'on considère les voies de recours et les difficultés liées au traitement des types de créances pour lesquelles une évaluation est nécessaire, la complexité du processus risque de perturber fortement la conduite de la procédure et d'entraîner un retard qui se répercutera sur les autres étapes. Pour ces raisons, il est hautement souhaitable que les formalités soient limitées au minimum et que la prise de décision soit aussi simplifiée que possible.

– Admission par le représentant de l'insolvabilité

594. Comme il a été noté plus haut, les lois sur l'insolvabilité exigent généralement que les créances soient déclarées au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal. Nombre de ces lois prévoient que lorsque les créances doivent être déclarées au représentant de l'insolvabilité, c'est à celui-ci qu'il appartient de les vérifier et de décider si elles doivent ou non être admises, dans leur intégralité ou en partie. Le créancier sera informé de la décision du représentant de l'insolvabilité et, lorsque la créance est rejetée, ou n'est admise que partiellement, le représentant de l'insolvabilité est généralement tenu de motiver (souvent par écrit) sa décision. L'exigence d'un écrit augmentera la transparence de la procédure et sera aussi de nature à la rendre ci plus prévisible pour les créanciers. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent également, comme cela a déjà été indiqué, que les décisions du représentant de l'insolvabilité concernant l'admission des créances soient régulièrement consignées sur la liste des créances déposée auprès du tribunal ou rendues publiques de quelque autre manière de façon à faciliter leur examen par les autres créanciers et par le débiteur. Lorsque, après avoir dûment informé les créanciers, le représentant de l'insolvabilité ne reçoit aucune objection à l'encontre d'une créance qu'il propose d'admettre, celle-ci est réputée admise.

595. Dans d'autres lois sur l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité est tenu de réunir les créanciers pour examiner les créances déclarées sur la base de la liste qu'il a établie et qu'il leur a communiquée. Doivent parfois être consignées sur cette liste ses recommandations concernant l'admission, la valeur et le rang de priorité des diverses créances. Lorsqu'il n'est fait, à cette réunion, aucune objection à l'admission des créances, les lois sur l'insolvabilité qui adoptent cette approche disposent le plus souvent que les recommandations du représentant de l'insolvabilité sont réputées approuvées ou les créances réputées admises.

– Admission par le tribunal

596. Lorsque les créances doivent être déclarées au tribunal, celui-ci convoquera généralement la réunion ou l'audience à laquelle les créances sont examinées et une décision prise quant à leur admission. Un certain nombre de lois exigent que les créances soient déclarées dans le délai de tant de jours avant la date fixée pour la réunion et qu'une liste provisoire d'admissions, établie soit par le tribunal, soit par le représentant de l'insolvabilité, soit communiquée à tous les créanciers avant l'audience ou la réunion. Lorsqu'il n'est fait, à cette réunion, aucune objection à l'admission des créances figurant sur la liste, les créances sont généralement, en vertu de la loi sur l'insolvabilité, réputées admises.

– Exigence de la présence des créanciers

597. Un point pouvant poser un problème pour les créanciers, et en particulier les créanciers étrangers, tient à l'obligation qui leur est faite, dans certaines lois sur l'insolvabilité, d'assister en personne aux réunions de créanciers convoquées aux fins de l'examen des créances pour que celles-ci soient admises. Cette condition risquant de contrarier l'objectif de l'égalité de traitement des créanciers qui sont dans la même position et d'entraîner des retards, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité n'exige pas dans tous les cas que les créanciers assistent en personne pour que leurs créances soient admises, mais qu'elles puissent être admises sur la base de justificatifs.

iii) Admission automatique des créances

598. Pour limiter les formalités de vérification et d'admission des créances, une solution autre que celles exposées ci-dessus serait de prévoir que les créances non réglées au moment de l'ouverture de la procédure seront admises automatiquement sans vérification, à moins qu'elles ne soient contestées. Cette approche nécessiterait un mécanisme permettant de déterminer l'existence, la valeur et le rang de priorité des créances. Bien que cela ne suffise peut-être pas dans tous les cas, pour des raisons de fiabilité et d'exhaustivité, il peut être indiqué, dans un premier temps, de se fier aux livres et registres du débiteur, et sur la liste des créanciers à établir dans le cadre de la procédure afin de recenser toutes les créances non réglées. Lorsque ces créances ne sont pas contestées, elles peuvent être admises sans que les créanciers aient à les déclarer de façon formelle et à les justifier. Ce mode d'admission automatique des créances peut éviter bon nombre des difficultés liées à la nécessité d'une évaluation de la situation dès le début de la procédure afin de permettre aux créanciers de participer aux réunions tenues à un stade précoce et d'y voter.

iv) Admission provisoire des créances

599. On distingue deux types de créances des créanciers: les créances liquides et les créances non liquides, quand le montant dû par le débiteur n'a pas été déterminé au moment où elle doit être déclarée, ou ne peut toujours l'être à ce stade (par exemple parce qu'elles font l'objet d'une action en justice qui n'est pas terminée au moment de l'ouverture et peut-être être soumise à l'arrêt des poursuites). Ces créances peuvent avoir un caractère contractuel ou non contractuel et peuvent ou non être garanties. Les créances peuvent aussi être conditionnelles, éventuelles ou non échues au moment de l'ouverture de la procédure (ces dernières feront généralement l'objet d'une déduction correspondant au laps de temps qui reste à courir avant l'échéance).

600. Lorsque le montant de la créance ne peut être déterminé, ou ne l'a pas été, au moment où celle-ci doit être déclarée, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient l'admission provisoire de la créance, sous réserve que lui soit attribuée une valeur fictive La détermination de la valeur d'une telle créance soulève un certain nombre de questions concernant, par exemple, la date à laquelle la valeur doit être déterminée et le point de savoir si elle doit être ou non liquide (auquel cas elle devra être examinée par un tribunal), ou estimée (ce dont pourrait se charger le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou quelque autre personne désignée à cet effet). Lorsqu'un tribunal est tenu de trancher, une question connexe est celle de savoir quel tribunal sera compétent (le tribunal de l'insolvabilité ou un autre tribunal), et comment il faut traiter l'effet de tout retard dans la décision sur la conduite de la procédure d'insolvabilité. La question de l'évaluation des créances non liquides peut avoir un impact important sur la procédure d'insolvabilité lorsque, par exemple, des créances de dommages-intérêts collectives entrent en ligne de compte. Pour ce qui est du moment de l'évaluation, de nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que ce soit celui de l'ouverture de la procédure, encore que des règles spéciales puissent être requises lorsqu'il y a conversion d'une forme de procédure dans une autre.

601. Une raison importante de permettre l'admission provisoire est d'autoriser les créanciers détenant ces créances de participer à la procédure, et en particulier de voter sur des questions clefs, telles que l'approbation du plan de redressement ou d'autres questions fondamentales exigeant une décision de leur part.

602. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit l'admission provisoire de créances, il faudra sans doute s'interroger sur le point de savoir si celles-ci seront, dès le départ, soumises à la même procédure que les autres créances. Par exemple, lorsque l'admission nécessite une audience du tribunal ou la convocation d'une réunion des créanciers, les créances susceptibles d'être provisoirement admises pourraient être soumises à cette procédure, ou pourraient d'abord être admises par le représentant de l'insolvabilité, sans préjudice du droit d'une partie opposante de contester cette créance, et être soumise à la même procédure d'approbation à un stade ultérieur. Il faut aussi se demander si, lorsque des créanciers dont les créances ont été admises provisoirement votent effectivement sur un plan de redressement, ils peuvent, en tant que créanciers minoritaires, être liés par un plan auquel ils n'ont pas consenti (voir chap. IV); si les créanciers détenant des créances provisoirement admises ont le droit de participer aux répartitions survenant avant que la créance ait été entièrement admise; et, si une créance admise provisoirement est ensuite rejetée ou admise seulement en partie, quel sera l'effet de la non-admission sur les décisions auxquelles le créancier a participé. L'admission provisoire d'une créance conférera généralement au créancier le droit de participer à la procédure au même titre que les autres créanciers, à ceci près qu'il ne pourra parfois pas recevoir de dividendes tant que le montant de la créance n'aura pas été définitivement fixé et la créance définitivement admise. Lorsque la créance n'est finalement pas pleinement admise et que le créancier a voté dans le cadre de la procédure, sa participation au vote peut être annulée.

c) Créances contestées

603. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise la contestation d'une créance déclarée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité – que la contestation porte sur le montant, le rang de priorité ou le fait générateur – il est souhaitable qu'elle précise aussi quelles parties sont admises à le faire. Dans certaines lois, seul le représentant de l'insolvabilité est habilité à contester les créances tandis que dans d'autres lois, d'autres parties intéressées, y compris les autres créanciers et le débiteur, sont autorisés à le faire. En fonction des procédures de déclaration et d'admission des créances, la contestation peut s'effectuer auprès du représentant de l'insolvabilité, devant le tribunal ou lors de l'audience ou de la réunion des créanciers tenue pour examiner les créances. Lorsqu'une telle réunion ou audience a lieu, l'établissement d'une liste provisoire des créances admises, que ce soit par le tribunal ou par le représentant de l'insolvabilité, et la communication de cette liste à tous les créanciers avant l'audience ou la réunion faciliteront l'examen des créances. Lorsque des créances sont contestées dans la procédure d'insolvabilité, que ce soit par un créancier, par le représentant de l'insolvabilité ou par le débiteur, un mécanisme de règlement rapide du litige est essentiel au bon déroulement de la procédure. En l'absence d'un tel mécanisme, la faculté de contester les créances risquerait d'être utilisée pour entraver la procédure ou la retarder indûment. Dans la plupart des lois sur l'insolvabilité, le litige doit être tranché par le tribunal de sorte que la décision soit définitive.

604. Lorsque des créances déclarées dans le cadre de la procédure d'insolvabilité font l'objet d'un litige en dehors de cette procédure, elles peuvent généralement, entrer dans l'une des catégories de créances qui peuvent être provisoirement admises dans le cadre de cette procédure, en fonction de leur nature et en attendant le règlement de ce litige (sous réserve de l'arrêt des poursuites – voir chap. II.B.3 a) et 8).

d) Effet de l'admission d'une créance

605. L'admission d'une créance de créancier établit le droit de ce créancier d'assister aux réunions, et le montant pour lequel il sera habilité à voter à ces réunions, que ce soit pour l'élection d'un représentant de l'insolvabilité, l'approbation d'un plan de redressement, ou une autre question spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité. Elle déterminera également le montant et le rang de priorité dont le représentant de l'insolvabilité devra tenir compte lors de la répartition du produit de la masse entre les créanciers.

e) Compensation des créances réciproques

606. Comme noté plus haut dans le chapitre II.G, un certain nombre de lois sur l'insolvabilité prévoient, à certaines conditions, la compensation dans la procédure d'insolvabilité d'obligations monétaires réciproques contractées entre le débiteur et les créanciers. Ces conditions peuvent être par exemple les suivantes: les créances existaient et étaient exigibles au moment de l'ouverture de la procédure; le créancier a acquis la créance sans fraude ou ne connaissait pas la situation financière de son débiteur; le créancier n'a pas acquis la créance pendant la période suspecte; le créancier a déclaré au représentant de l'insolvabilité son intention de solliciter une compensation; et les créances étaient liées. Quelques très rares lois prévoient une compensation obligatoire en cas d'insolvabilité, tandis que plusieurs autres n'autorisent pas la compensation au motif qu'elle viole le principe *pari passu*. Lorsque la compensation est autorisée, elle sera généralement prise en compte par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal lors de la vérification et de l'admission des créances.

f) Créances appelant un traitement spécial

i) Créances afférentes à l'administration de la procédure

607. La procédure d'insolvabilité nécessite, dans bien des cas, l'assistance de professionnels, tels que le représentant de l'insolvabilité et les conseillers du débiteur ou du représentant de l'insolvabilité. Des dépenses peuvent être encourues par les comités de créanciers aux fins de l'exploitation de l'entreprise du débiteur, y compris pour le règlement d'un grand nombre, voire de la totalité, des créances nées après l'ouverture de la procédure, comme les créances des salariés, les loyers et créances analogues, et pour d'autres activités liées à l'exécution de la procédure.

608. S'il est certes important de garantir la rémunération de ceux qui participent à la conduite de la procédure d'insolvabilité, les dépenses d'administration peuvent avoir un impact considérable sur la valeur de la masse de l'insolvabilité. Cet impact dépendra bien sûr, dans une certaine mesure, de la conception de la loi et des dispositifs mis en place pour son application; il sera néanmoins souhaitable de chercher les moyens de le réduire. La loi pourra énoncer, par exemple, des critères

précis, quoique souples, concernant ces dépenses. On pourrait notamment baser l'engagement de telles dépenses sur leur utilité pour l'augmentation de la valeur de la masse dans l'intérêt général, ou sur le fait qu'elles sont non seulement raisonnables et nécessaires, mais aussi compatibles avec les objectifs essentiels de la procédure. Le caractère raisonnable des dépenses pourra être apprécié au regard des ressources disponibles pour la procédure et de l'effet que les dépenses pourraient avoir sur celle-ci.

609. Différentes approches peuvent être suivies pour procéder à cette appréciation. L'une d'entre elles consisterait à subordonner l'engagement de telles dépenses à l'autorisation préalable du tribunal, ou encore à subordonner à l'autorisation du tribunal l'engagement de toutes les dépenses liées à des actes sortant du cours normal des affaires. Une autre approche consisterait à exiger que les créanciers procèdent à cette appréciation, afin de faciliter la transparence de la procédure, tout en ménageant la possibilité d'un recours devant le tribunal lorsque l'appréciation des créanciers est contestée.

ii) Créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

610. Une attention particulière devra sans doute être accordée à la catégorie des créanciers qui ont avec le débiteur des liens familiaux ou d'affaires (point examiné plus haut, voir chap. II.F.3 e)). Un traitement à part des créances de ces personnes se justifiera souvent étant donné qu'il y a plus de chances pour qu'elles aient été favorisées que les autres créanciers et qu'elles aient eu connaissance, à un stade précoce, des difficultés financières du débiteur. Bien que les créances détenues par ces personnes n'entrent pas vraiment dans les catégories des créances à exclure, il convient de se demander si elles devraient être admises et traitées de la même manière que celles détenues par les autres créanciers ou être admises sous réserve qu'il leur soit appliqué un traitement particulier. Le simple fait d'une relation privilégiée avec le débiteur peut ne pas toujours suffire, cependant, à justifier un traitement particulier de la créance d'un créancier. Parfois, ces créances seront totalement transparentes, et elles devraient alors être traitées de la même manière que les créances analogues déclarées par des créanciers n'ayant pas de relation privilégiée avec le débiteur; dans d'autres cas, elles pourront susciter des soupçons et mériter une attention particulière. Il pourra être utile qu'une loi sur l'insolvabilité comporte un mécanisme permettant de déceler ces types de comportement ou les situations dans lesquelles des créances mériteront une attention particulière, comme lorsque le débiteur est nettement sous-capitalisé (par exemple, lorsque le dirigeant de l'entreprise a avancé des fonds à la société sous forme d'un prêt lorsque celle-ci est sous-capitalisé et poursuit ses activités sans avoir suffisamment de fonds pour payer ses créanciers) ou lorsqu'il y a des preuves d'opérations d'initié (c'est-à-dire que les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ont profité de leur position pour obtenir un avantage, par exemple si six mois avant une liquidation le dirigeant de l'entreprise accepte une rémunération que la société ne peut pas payer, et déclare une créance pour ce montant dans la liquidation). Dans de tels cas, la créance pourra être réduite dans les proportions pouvant être admises ou subordonnées aux créances d'autres classes de créanciers (voir chap. V.B), ou les droits de vote du créancier ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourront être limités pour certaines questions (par exemple, pour le choix du représentant de l'insolvabilité, lorsque la loi sur l'insolvabilité permet aux créanciers de faire ce choix).

iii) Créances d'intérêts

611. Il y a différentes approches concernant le cours et le paiement des intérêts sur les créances. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que les intérêts cessent de courir sur l'ensemble des créances non garanties dès l'ouverture d'une procédure de liquidation, mais que, dans le cas d'un redressement, leur paiement dépendra de ce qui est convenu dans le plan. D'autres prévoient que les intérêts puissent continuer de courir, mais que le paiement se verra accorder un faible rang de priorité et intervenir par exemple après le remboursement de tous les créanciers chirographaires.

4. Créances non admises

612. De nombreuses lois sur l'insolvabilité disposent que lorsqu'une créance est rejetée, le créancier concerné aura un droit de recours contre la décision de rejet, que cette décision ait été prise par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, dans un délai spécifié. Dans la pratique, ce délai peut aller de 10 à 45 jours (voir chap. II.D).

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions relatives aux créances de créanciers est:

a) d'indiquer les créances qui peuvent ou doivent être déclarées et le traitement qui doit leur être accordé;

b) de permettre aux personnes qui détiennent une créance contre un débiteur de la déclarer sur la masse;

c) d'établir un mécanisme de vérification et d'admission des créances;

d) de prévoir un recours en cas de contestation de créances;

e) de veiller à l'égalité de traitement des créanciers de même rang.

Contenu des dispositions législatives

Obligation de déclaration

154) La loi devrait exiger des créanciers qu'ils déclarent leurs créances[100], y compris la justification et le montant de celles-ci. Elle devrait aussi limiter au minimum les formalités liées à cette déclaration.

Créances pouvant être déclarées

155) La loi devrait préciser que les créances pouvant être déclarées comprennent tous les droits à paiement nés d'actes ou d'omissions du débiteur[101] avant

[100] La loi sur l'insolvabilité devrait traiter des créances qui peuvent nécessiter un traitement particulier, telles que celles des créanciers étrangers, les créances monétaires conditionnelles ou non conditionnelles, les créances d'intérêt, et les créances non échues.

[101] Elles pourraient comprendre les créances de tiers ou du garant d'un paiement nées d'actes ou d'omissions du débiteur.

l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient échus ou non échus, liquides ou non liquides, certains ou conditionnels[102]. Elle devrait indiquer les créances qui ne seront pas soumises à la procédure d'insolvabilité[103].

Créances garanties

156) La loi devrait préciser si les créanciers garantis sont tenus de déclarer leurs créances[104].

Égalité de traitement des créanciers de même rang

157) La loi devrait préciser que tous les créanciers de même rang, qu'il s'agisse de créanciers nationaux ou étrangers, doivent être traités sur un pied d'égalité en ce qui concerne la déclaration et le traitement de leurs créances.

Délai de déclaration des créances

158) La loi devrait préciser le délai, à compter de l'ouverture de la procédure, dans lequel les créances peuvent être déclarées,

Conséquences du défaut de déclaration

159) La loi devrait préciser les conséquences du défaut de déclaration d'une créance dans le délai spécifié.

Créances libellées en monnaie étrangère

160) Lorsque les créances sont libellées en monnaie étrangère, la loi devrait préciser les circonstances dans lesquelles elles doivent être converties et les raisons de la conversion. Lorsque la conversion est requise, la loi devrait préciser que la créance sera convertie dans la monnaie locale par référence à une date spécifiée, telle que la date de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité [sous réserve des mesures spéciales susceptibles d'être appliquées dans des situations de forte instabilité monétaire].

Justification des créances

161) La loi peut autoriser l'admission des créances non contestées sur la base de la liste des créanciers et des créances établie par le débiteur en coopération avec le représentant de l'insolvabilité[105] ou le tribunal, ou bien le représentant de l'insolvabilité peut exiger d'un créancier qu'il justifie sa créance. La loi ne devrait

---

[102] Voir le chapitre II.E pour les recommandations concernant les créances nées du rejet de contrats.

[103] Dans certaines lois sur l'insolvabilité, par exemple, des créances telles que les amendes et pénalités [infligées par les pouvoirs publics] et les créances fiscales ne sont pas soumises à la procédure d'insolvabilité. Elles continuent d'exister indépendamment de cette procédure et ne sont pas comprises dans l'effacement du passif.

[104] Voir la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, article 14-3 et le paragraphe 111 du Guide pour son incorporation, où il est indiqué que dans certaines lois un créancier garanti qui déclare une créance est réputé avoir renoncé à la sûreté ou à certains des privilèges attachés au crédit, tandis que dans d'autres le défaut de déclaration a ce résultat.

[105] Voir les recommandations sur les devoirs et les fonctions du débiteur et du représentant de l'insolvabilité.

pas exiger qu'un créancier se présente dans tous les cas en personne pour justifier sa créance.

Admission ou rejet des créances

162) La loi devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à admettre ou à refuser toute créance, en totalité ou en partie[106]. En cas de rejet, le créancier devrait être informé du motif du refus.

163) La loi devrait autoriser les créanciers dont les créances ont été rejetées, en totalité ou en partie, à demander au tribunal [, dans un délai spécifié après la notification de la décision de rejet,] d'examiner leurs créances.

Contestation d'une créance

164) La loi devrait autoriser une partie intéressée à contester toute créance déclarée, avant ou après son admission, et demander son examen par le tribunal.

Admission provisoire

165) La loi devrait préciser que les créances contestées dans le cadre de la procédure d'insolvabilité pourront être admises provisoirement par le représentant de l'insolvabilité en attendant que le litige soit tranché par le tribunal.

[166) La loi devrait autoriser l'admission provisoire des créances non liquides, en attendant que leur montant soit déterminé par le représentant de l'insolvabilité.]

[167) La loi devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut déterminer la fraction garantie et la fraction non garantie de la créance d'un créancier garanti en évaluant l'actif grevé.]

Effets de l'admission

168) La loi devrait spécifier les effets de l'admission, y compris provisoire, d'une créance. Ces effets peuvent être notamment les suivants:

a) Donner au créancier le droit de participer à la procédure et d'être entendu;

b) Permettre au créancier de voter lors d'une réunion de créanciers, en particulier pour l'approbation d'un plan;

c) Déterminer le rang de priorité de la créance des créanciers;

d) Déterminer le montant pour lequel le créancier a le droit de voter;

e) Sauf en cas d'admission provisoire d'une créance, permettre au créancier de participer à une répartition[107].

---

[106] Dans certains pays, le tribunal peut être tenu de ratifier la décision du représentant de l'insolvabilité.

[107] Toutefois, au moment de la répartition, le représentant de l'insolvabilité devrait peut-être tenir compte des créances qui ont été admises provisoirement ou qui ont été déclarées mais n'ont pas encore été admises: voir chap. V.B.

Créances des personnes ayant un lien privilégié avec le débiteur

169) La loi devrait spécifier que les créances des personnes ayant un lien privilégié avec le débiteur devrait être examinée de près et que, lorsque cela est justifié[108]:

a) Les droits de vote de la personne ayant un lien privilégié avec le débiteur pourront être restreints;

b) Le montant de la créance de cette personne pourra être limité; ou

c) La créance pourra être déclassée[109].

B. Priorités et répartition [du produit de la liquidation]

1. Priorités

a) Introduction

613. De nombreux intérêts différents et concurrents sont en jeu dans une procédure d'insolvabilité. Les créanciers ont pour la plupart acquis cette qualité du fait qu'ils ont noué une relation juridique et contractuelle avec le débiteur avant l'insolvabilité. Il y a cependant des créanciers qui n'ont pas conclu de tels arrangements avec le débiteur; c'est le cas, par exemple, de l'administration fiscale (qui interviendra souvent dans la procédure d'insolvabilité) et des détenteurs de créances indemnitaires (dont la participation sera généralement moins fréquente). Aussi les droits des créanciers seront-ils régis par plusieurs lois différentes.

614. Si de nombreux créanciers peuvent se trouver dans la même situation du fait qu'ils détiennent des types de créances fondées sur des droits légaux ou contractuels similaires, d'autres peuvent avoir des créances ou des droits supérieurs. C'est pourquoi les lois sur l'insolvabilité classent généralement les créanciers en fonction de leurs créances aux fins de la répartition du produit de la liquidation de la masse, ce qui n'est pas incompatible avec l'objectif d'un traitement équitable. Dans la mesure où différents créanciers ont conclu différents arrangements commerciaux avec le débiteur, leur classement peut se justifier par le fait qu'il est souhaitable que le système d'insolvabilité reconnaisse et respecte ces différents arrangements, préserve les intérêts commerciaux légitimes, favorise la prévisibilité dans les relations commerciales et encourage l'égalité de traitement des créanciers se trouvant dans la même situation. L'établissement d'un système de classement clair et prévisible aux fins de la répartition peut permettre aux créanciers de déterminer avec certitude leurs droits au moment de conclure des arrangements commerciaux avec le débiteur et, le cas échéant, faciliter l'octroi de crédits garantis.

615. Toutefois, ces objectifs contradictoires ne peuvent être atteints que dans une certaine limite, car il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité les concilie avec d'autres considérations d'ordre public. Lorsque ces intérêts généraux plus larges entrent en concurrence avec des intérêts particuliers, il peut en découler une distorsion des incitations commerciales normales. Outre qu'elles se fondent sur des classements établis en fonction des relations juridiques et commerciales entre le débiteur et ses créanciers, les règles de répartition reflètent aussi très souvent des

---

[108] La sous-capitalisation du débiteur ou la réalisation d'opérations d'initié, notamment, pourrait être un motif suffisant, comme indiqué ci-dessus, voir 3 f) ii).

[109] Sur le déclassement, voir chap. V.B.

choix qui tiennent compte d'intérêts généraux importants (telle la protection de l'emploi), ainsi que de la nécessité d'assurer le déroulement ordonné et efficace de la procédure d'insolvabilité (en accordant la priorité à la rémunération des professionnels de l'insolvabilité et aux dépenses liées à l'administration de l'insolvabilité) et de promouvoir la continuation de l'entreprise et son redressement (en accordant la priorité au financement postérieur à l'ouverture de la procédure). Lorsque la priorité est accordée à ces intérêts généraux et que l'égalité de traitement fondée sur le classement des créances n'est pas respectée, il est souhaitable que les considérations d'ordre public justifiant l'octroi d'une telle priorité soient clairement exposées dans la loi sur l'insolvabilité. En l'absence d'égalité de traitement, cette approche permettra au moins d'assurer une certaine transparence et une certaine prévisibilité pour ce qui est des créances (voir chap. V.A), de la répartition (voir chap. V.C) et de la constitution de classes de créanciers dans le cadre d'un plan de redressement (chap. IV.A).

616. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des règles très diverses en ce qui concerne non seulement l'ordre de priorité entre les différentes classes mais également le traitement accordé aux créanciers d'une classe particulière, par exemple, les créanciers généralement appelés "chirographaires", qui peuvent être divisés en sous-classes.

b) Déclassement des créances

617. Lorsqu'une personne physique ou morale a des dettes envers plusieurs créanciers, le classement établi dans la loi applicable ou par convention entre les parties déterminera dans quel ordre ces dettes devraient être payées. Toutefois, en dépit d'un tel classement, un créancier de rang supérieur peut être payé après un créancier de rang inférieur suite au déclassement de sa créance.

618. Le déclassement désigne une modification de l'ordre de priorité entre créanciers indépendamment de la validité ou de la légalité d'une créance. Une créance peut être valable et opposable mais, en raison de son déclassement par convention ou sur décision judiciaire, elle sera remboursée après les autres lors de la répartition alors que normalement elle l'aurait été avant. Ces deux modes de déclassement sont examinés ci-après.

i) Déclassement contractuel

619. Il y a déclassement contractuel lorsque deux créanciers ou plus d'un seul et même débiteur concluent un accord (appelé "accord de cession de rang" ou "accord de répartition") par lequel un créancier convient d'être payé après un autre. Cet accord peut être conclu entre créanciers garantis ou entre créanciers chirographaires. Dans le premier cas, il prévoit généralement qu'un créancier bénéficie d'un droit de priorité sur le détenteur d'une sûreté réelle occupant normalement un rang supérieur. Dans le second cas, il prévoit habituellement qu'un créancier sera intégralement remboursé avant que le créancier ayant cédé son rang ne soit payé.

620. Les accords de cession de rang peuvent voir le jour dans différents contextes. Par exemple, les titulaires d'obligations conviennent généralement de céder leur rang au prêteur finançant le fonds de roulement du débiteur. De même, lorsqu'une entreprise connaît des difficultés financières, certains créanciers peuvent accepter le déclassement de leurs créances pour aider cette entreprise dans ses efforts de

redressement. Ils peuvent décider de céder leur rang à un prêteur injectant de nouveaux fonds dans l'entreprise dans l'espoir que ces fonds faciliteront son sauvetage et augmenteront ainsi leurs chances d'être remboursés intégralement.

621. Les lois qui déterminent la validité et l'opposabilité des contrats de même que les motifs habituellement invoqués pour contester ceux-ci, tels que l'absence de contrepartie, la fraude ou les clauses léonines, s'appliquent aussi aux accords de cession de rang.

ii) Déclassement décidé par le tribunal pour des raisons d'équité (équitable subordination)

622. Un tribunal peut être habilité à modifier l'ordre de paiement des créances pour empêcher, par exemple, qu'un créancier ayant commis une fraude ou un autre acte illégal ou inapproprié en vue d'obtenir un avantage sur d'autres créanciers ne tire parti de cet acte. Cette mesure a été instaurée initialement pour empêcher les personnes ayant un lien privilégié avec le débiteur de recourir à des mécanismes juridiques pour être mieux classées.

623. Pour que la créance soit déclassée, il faut que l'acte considéré soit effectivement préjudiciable à d'autres créanciers, par exemple qu'il change l'ordre normal de répartition et donne au créancier un droit de priorité inéquitable. Le tribunal pourrait alors déclasser le rang de la créance pour rétablir l'ordre de priorité en vue d'une répartition équitable. Si l'acte commis ne procure pas d'avantage inéquitable, le déclassement n'est généralement pas possible.

c) Classement des créances

i) Créanciers garantis

624. De nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent aux créanciers garantis le droit d'être payés en premier soit sur le produit de la vente de certains actifs grevés, soit sur les fonds généraux. Le mode de répartition des sommes entre créanciers garantis dépend de la méthode employée pour les protéger durant la procédure. Si la protection de la sûreté réelle a été assurée par la préservation de la valeur de l'actif grevé, le créancier garanti aura généralement une créance prioritaire sur le produit de la vente de cet actif à concurrence du montant de sa créance garantie. Si la protection de la sûreté a été assurée par la fixation de la valeur de la fraction garantie de la créance au moment de l'ouverture de la procédure, le créancier aura généralement une créance prioritaire sur le produit global de la masse à hauteur de cette valeur. Lorsque la créance excède la valeur de l'actif grevé ou le montant de la fraction garantie fixé à l'ouverture de la procédure (si cette approche est retenue), la fraction non garantie de la créance sera généralement traitée, aux fins de la répartition, comme une créance ordinaire non garantie.

625. Certaines lois sur l'insolvabilité n'accordent pas aux créanciers garantis le droit d'être désintéressés en premier. Le remboursement de ces derniers peut passer après le paiement des frais d'administration et d'autres créances bénéficiant d'un droit de priorité, telles que les créances salariales impayées, les créances fiscales, les créances environnementales et les créances pour préjudice corporel. Dans d'autres lois, le montant pouvant être recouvré (en priorité) par les créanciers garantis sur les actifs garantissant leur créance est limité à un certain pourcentage de cette dernière. Certaines de ces lois font une distinction entre les sûretés réelles

grevant presque tous les actifs d'une entreprise (parfois appelées nantissement d'entreprise ou charge flottante) et d'autres types de sûretés réelles. La fraction soustraite sert généralement à désintéresser d'autres créanciers – créanciers de rang inférieur ou créanciers chirographaires ordinaires – ou à financer la rémunération et les dépenses du représentant de l'insolvabilité ainsi que les frais de préservation et d'administration de la masse, lorsque la valeur des actifs qui la composent est insuffisante pour les couvrir. Cette approche se justifie notamment par le fait que le créancier garanti devrait, d'une manière équitable, partager certaines des pertes des autres créanciers dans le cas d'une liquidation et certaines dépenses dans le cas d'un redressement. Si aucune part des actifs du débiteur n'est réservée au remboursement des autres créanciers, ceux-ci n'obtiendront probablement rien lors de la répartition. L'adoption de telles exceptions au remboursement prioritaire des créanciers garantis peut toutefois rendre incertain le recouvrement du crédit garanti et, de ce fait, décourager l'octroi de ce type de crédit et en augmenter le coût. Il est très souhaitable que le recours à ces exceptions dans une loi sur l'insolvabilité soit limité.

626. Lorsque le produit net de la réalisation de l'actif grevé sert directement à désintéresser le créancier garanti, celui ci en général, à la différence des créanciers chirographaires, ne contribuera pas (directement ou indirectement) à l'ensemble des frais découlant de la procédure d'insolvabilité, à moins que ne soient prévues des dispositions comme celles indiquées ci-dessus. Toutefois, il peut encore être tenu, dans de tels cas, de contribuer à d'autres frais directement liés à ses intérêts, tels que les dépenses d'administration encourues pour le maintien de la valeur de l'actif grevé. Si le représentant de l'insolvabilité a utilisé des fonds à cette fin, il peut être raisonnable de les recouvrer en tant que dépenses d'administration sur le montant qui serait normalement versé en priorité au créancier garanti sur le produit de la vente de l'actif. Une autre exception peut consister à octroyer un droit de priorité au financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Dans ce cas, il faudrait que l'effet d'un tel droit sur les intérêts des créanciers garantis soit clair au moment de l'obtention du financement, du fait en particulier que celui-ci peut avoir été approuvé par les créanciers garantis (voir chap. VI.B).

ii) Frais et dépenses d'administration

627. Les dépenses d'administration de la procédure d'insolvabilité ont souvent la priorité sur les créances non garanties, généralement afin que les parties agissant pour le compte de la masse de l'insolvabilité reçoivent une rémunération appropriée. Ces dépenses comprennent habituellement la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de tous professionnels qu'il emploie, ou dans certains cas du débiteur; les dettes découlant de l'exercice attendu des fonctions et des pouvoirs du représentant de l'insolvabilité (ou, dans certains cas, du débiteur) (voir chap. IV.A et B); les frais découlant de la continuation des obligations contractuelles (contrats de travail et de louage, par exemple); les frais de la procédure (frais de justice, par exemple) et, dans certaines lois sur l'insolvabilité, la rémunération de tous professionnels employés par un comité de créanciers.

iii) Créances prioritaires ou privilégiées

628. Les lois sur l'insolvabilité confèrent souvent des droits de priorité à certaines créances (principalement des créances non garanties) qui, en conséquence, seront

réglées avant les autres créances, non garanties et non privilégiées (ou moins privilégiées). Ces droits de priorité, qui sont souvent fondés sur des considérations sociales, et parfois politiques, vont à l'encontre du principe de la répartition *pari passu* et s'exercent généralement au détriment des créanciers chirographaires ordinaires du fait qu'ils réduisent la valeur des actifs à répartir entre eux. L'octroi de tels droits risque de susciter des débats stériles sur les créanciers qui devraient être prioritaires et pour quelles raisons. En outre, il a des répercussions sur l'offre et le coût du crédit, qui augmentera à mesure que diminuera le montant des fonds disponibles aux fins de la répartition entre les autres créanciers.

629. Certaines priorités sont motivées par des préoccupations sociales auxquelles il peut être plus facile de répondre dans d'autres lois, par exemple dans la législation sur la protection sociale, qu'en élaborant une loi sur l'insolvabilité pour atteindre des objectifs sociaux n'ayant qu'un rapport indirect avec les questions d'endettement et d'insolvabilité. Le fait de prévoir une priorité dans la loi sur l'insolvabilité peut au mieux apporter un remède incomplet et insuffisant au problème social tout en diminuant l'efficacité de la procédure d'insolvabilité. Si l'on veut introduire des priorités dans une loi sur l'insolvabilité ou si les priorités prévues dans d'autres lois seront reconnues et auront effet dans la procédure d'insolvabilité, il est souhaitable de les énoncer ou d'y faire référence clairement dans cette dernière (et, si nécessaire, de les classer avec les autres créances). Ainsi, l'impact du régime de l'insolvabilité sur les créanciers sera au moins transparent et prévisible et les prêteurs pourront évaluer avec plus de justesse les risques auxquels ils s'exposent.

630. Certaines lois récentes sur l'insolvabilité ont sensiblement réduit le nombre de ces droits de priorité, reflétant en cela un changement intervenu dans l'opinion publique concernant l'acceptabilité d'un tel traitement. Quelques pays, par exemple, ont supprimé récemment la priorité traditionnellement accordée aux créances fiscales. D'autres pays, en revanche, ont tendance à multiplier les catégories de créances jouissant d'une priorité. Le maintien de plusieurs rangs prioritaires différents pour de nombreux types de créances risque de rendre plus difficile la réalisation des principaux objectifs de la procédure d'insolvabilité et de nuire à l'efficacité et à l'effectivité de cette dernière. Il risque de créer des injustices et, en cas de redressement, de compliquer l'élaboration du plan. En outre, il ne faut pas oublier que la modification de l'ordre de répartition pour créer ces priorités n'augmente pas le montant total des fonds que pourront se partager les créanciers, mais ne fera qu'avantager un groupe de créanciers aux dépens d'un autre. Plus les catégories de créanciers prioritaires sont nombreuses, plus les autres groupes sont enclins à réclamer eux aussi un traitement prioritaire. Plus les créanciers recevant un traitement prioritaire sont nombreux, moins ce traitement est avantageux.

631. Pour déterminer s'il y a des raisons impérieuses d'accorder un privilège à un type particulier de créance, plusieurs facteurs peuvent être pris en considération, parmi lesquels la nécessité de donner effet à des obligations internationales; la nécessité de trouver un équilibre entre les intérêts particuliers, les intérêts généraux et les autres moyens permettant de tenir compte de ces derniers; l'opportunité d'inciter les créanciers à gérer le crédit efficacement et à en fixer le prix au niveau le plus bas possible; l'incidence de certains droits de préférence sur le coût de l'opération ou le coût d'exécution; et l'opportunité d'établir des distinctions subtiles

entre créanciers qui obligent une classe de créanciers à assumer une plus large part des créances impayées.

632. Les types de créances bénéficiant d'une priorité et la nature de cette dernière varient considérablement suivant les pays. Deux types de créances sont toutefois souvent prioritaires: d'une part, les salaires et prestations (sécurité sociale et pensions) dus aux salariés et, d'autre part, les créances fiscales. La priorité des créances fiscales peut être particulièrement problématique dans les affaires d'insolvabilité internationale. Une solution serait de refuser la priorité à l'ensemble des créances fiscales étrangères. Une autre serait de leur reconnaître un certain type de priorité, peut-être de portée limitée, soit lorsque la reconnaissance de ce type de créances est réciproque, soit lorsque la procédure d'insolvabilité à laquelle est soumis un débiteur unique est administrée conjointement dans plusieurs États. L'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale reconnaît l'importance du principe de non-discrimination dans le classement des créances étrangères, mais dispose également que les pays qui ne reconnaissent pas les créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers peuvent maintenir cette discrimination[110].

– *Créances salariales*

633. Dans une majorité de pays, les créances salariales (qui comprennent notamment les rémunérations, les indemnités de congés payés, les indemnités pour d'autres absences rémunérées et les indemnités de licenciement) constituent une catégorie de créances prioritaires, qui dans un certain nombre de cas priment les créances fiscales et les créances de sécurité sociale. Cette approche est généralement conforme à la protection spéciale accordée aux salariés dans d'autres domaines du droit de l'insolvabilité (voir chap. III.D.6) ainsi qu'aux principes de certaines conventions internationales[111]. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, la priorité accordée à la préservation de l'emploi sur d'autres objectifs de la procédure d'insolvabilité, tels que la maximisation de la valeur de la masse au profit de l'ensemble des créanciers, est attestée par le fait que l'accent est mis sur la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité (avec transfert des obligations existantes concernant l'emploi) et non sur la liquidation ou le redressement, qui permettent de modifier ces obligations ou d'y mettre fin.

634. Dans certains pays, les créances salariales bénéficient d'un droit de priorité, mais occuperont le même rang que les créances fiscales et les créances de sécurité sociale dans une classe unique de créances prioritaires et peuvent être réglées au prorata de leur montant au cas où les fonds seraient insuffisants. Dans d'autres pays, elles ne sont pas prioritaires et occupent le rang de créances ordinaires non garanties, encore que dans certains cas, le règlement de certaines obligations nées au cours de périodes spécifiées (par exemple, pour les salaires et rémunérations, dans les trois mois précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) puisse être garanti par l'État par le biais d'un fonds de garantie des salaires. Un tel fonds peut

[110] Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, article 13-2 et note 2.

[111] Par exemple, la Convention de l'OIT sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, 1992 (n° 173). L'article 8-1 dispose que "la législation nationale doit placer les créances des travailleurs à un rang de privilège plus élevé que la plupart des autres créances privilégiées, et en particulier celles de l'État et de la sécurité sociale". Cette convention est entrée en vigueur en 1995.

lui-même avoir une créance sur la masse et avoir ou non la même priorité sur cette dernière que les créances salariales en fonction de considérations de politique générale telles que l'utilisation des deniers publics (plutôt que des actifs du débiteur insolvable) pour financer le versement des salaires. Dans la pratique, le fonds jouit généralement des mêmes droits que les salariés, au moins jusqu'à hauteur d'un montant spécifié qui peut être exprimé en montant de salaires ou en nombre de semaines de salaire.

– *Créances fiscales*

635. Les créances fiscales bénéficient souvent d'un droit de priorité aux fins de la protection des recettes publiques, mais aussi pour un certain nombre d'autres raisons, notamment le fait qu'un tel droit peut être bénéfique au processus de redressement – car les autorités fiscales seront encouragées à retarder le recouvrement des impôts auprès d'une entreprise en difficulté au motif qu'elles obtiendront finalement un paiement prioritaire dans le cadre de la procédure d'insolvabilité – et que, l'État étant un créancier non commercial et involontaire, certaines options en matière de recouvrement de créances commerciales peuvent lui être fermées. Cela dit, l'octroi d'une priorité à ce type de créances peut avoir un effet pernicieux car le non-recouvrement des impôts risque de compromettre l'application uniforme des lois fiscales et de constituer une forme de subvention de l'État remettant en cause la discipline qu'un régime de l'insolvabilité efficace est censé favoriser. Il risque d'inciter les autorités fiscales à négliger le contrôle des débiteurs et le recouvrement des créances selon des méthodes commerciales qui contribueraient à empêcher l'insolvabilité et la dispersion des actifs.

iv) Créanciers chirographaires ordinaires

636. Une fois tous les créanciers garantis et prioritaires désintéressés, le solde de la masse de l'insolvabilité est généralement réparti entre les créanciers chirographaires ordinaires au prorata de leurs créances. Il peut y avoir des subdivisions au sein de cette classe, certaines créances étant déclassées ou bénéficiant d'une priorité comme on l'a vu plus haut. Certaines des créances généralement déclassées sont examinées ci-après.

v) Propriétaires et actionnaires

637. Les propriétaires et les actionnaires peuvent avoir des créances nées de prêts accordés au débiteur et des créances résultant de leur participation au capital du débiteur. De nombreuses lois sur l'insolvabilité font une distinction entre ces deux types de créances. S'agissant des secondes, nombre de ces lois excluent généralement les propriétaires et les actionnaires de la répartition du produit des actifs tant que toutes les autres créances ayant un rang de priorité supérieur n'ont pas été intégralement remboursées (y compris les créances d'intérêts courant à partir de l'ouverture de la procédure). Aussi les actionnaires et les propriétaires recevront-ils rarement quelque chose pour leur participation au capital du débiteur. Lorsqu'une partie du produit leur revient, celle-ci est généralement répartie en fonction du classement des actions spécifié dans le droit des sociétés et dans les statuts de l'entreprise. En revanche, les créances nées de prêts ne sont pas toujours déclassées.

vi) Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

638. Une catégorie de créanciers pouvant nécessiter une attention particulière est celle des créances ayant des liens privilégiés – qu'ils soient familiaux ou d'affaires – avec le débiteur (voir plus haut, chap. II.E.3 e) et V.A). Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les créances de ces personnes sont toujours déclassées; dans d'autres, elles ne le sont qu'en cas de comportement inéquitable, frauduleux ou quasi frauduleux. Lorsqu'elles sont déclassées, elles peuvent passer après les créances ordinaires non garanties. Un traitement autre que le déclassement appliqué à ce type de créances consiste à restreindre le droit de vote ou le montant de la créance qui sera admis dans le cadre de la procédure.

vii) Amendes, pénalités et intérêts postérieurs à l'ouverture de la procédure

639. Certains pays traitent les créances telles que les libéralités, les pénalités et les amendes (qu'elles soient administratives, pénales ou autres) comme des créances ordinaires non garanties et les font passer après d'autres créances non garanties. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, ces types de créances sont purement et simplement rejetées.

640. Différentes règles sont appliquées au cours et au paiement des intérêts sur les créances. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que les intérêts cessent de courir sur l'ensemble des créances non garanties dès l'ouverture d'une procédure de liquidation, mais que, dans le cas d'un redressement, leur paiement dépendra de ce qui est convenu dans le plan. Dans les autres cas où les intérêts peuvent continuer de courir après l'ouverture de la procédure, la créance d'intérêts peut être déclassée et ne sera réglée qu'après le remboursement de toutes les autres créances non garanties.

2. Répartition

a) Liquidation

641. Lorsqu'il existe plusieurs catégories de créances avec des rangs de priorité différents, les créances d'un même rang seront en général réglées intégralement avant que ne soient réglées celles du rang suivant. Une fois atteint un rang de priorité auquel les fonds sont insuffisants pour payer intégralement tous les créanciers, un partage est effectué entre eux au prorata de leurs créances. Dans certaines lois qui n'établissent pas un ordre priorité, tous les créanciers se partagent le produit de la masse au prorata de leurs créances si les fonds ne sont pas suffisants pour les désintéresser intégralement.

b) Redressement

642. Un plan de redressement peut proposer un ordre de priorité différent de celui qui est prévu par la loi sur l'insolvabilité dans le cas d'une liquidation, à condition que les créanciers appelés à se prononcer par un vote au sujet du plan approuvent une telle modification. Il peut être souhaitable, dans une procédure de redressement, de subordonner la confirmation du plan au règlement intégral des créances prioritaires, à moins que les créanciers prioritaires touchés n'en conviennent autrement (voir chap. IV).

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la priorité et la répartition est:

a) d'établir l'ordre dans lequel les créances devraient être remboursées sur la masse;

b) de garantir que les créanciers occupant le même rang soient remboursés sur les actifs de la masse au prorata de leurs créances;

c) de spécifier les cas limités dans lesquels l'octroi d'une priorité dans la répartition est permis.

Contenu des dispositions législatives

Classes de créanciers concernés par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et traitement de ces classes

170) La loi devrait spécifier les classes de créanciers qui seront concernés par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le traitement réservé à ces classes en matière de priorité et de répartition.

Établissement d'un ordre de remboursement des créances

171) La loi devrait établir l'ordre dans lequel les créances doivent être remboursées sur la masse.

Créances prioritaires

172) La loi devrait limiter au minimum les droits de priorité accordés aux créances non garanties. Elle devrait indiquer clairement les créances qui pourront être remboursées en priorité dans la procédure d'insolvabilité.

Créances garanties

173) La loi devrait spécifier que les créances garanties devraient être remboursées sur la sûreté dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de redressement, sous réserve des créances ayant éventuellement un rang de priorité supérieur. Les créances ayant un rang de priorité supérieur à celui des créances garanties devraient être limitées au minimum et clairement indiquées dans la loi. Lorsque la valeur de la sûreté est insuffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, ce dernier peut participer en tant que créancier chirographaire ordinaire.

Classement des créances

174) La loi devrait spécifier que les créances autres que les créances garanties sont classées dans l'ordre suivant:

a) frais et dépenses d'administration;

b) créances prioritaires;

c) créances ordinaires non garanties;

d) créances différées ou déclassées[112].

175) La loi devrait spécifier que tout surplus restant après remboursement intégral de toutes les créances est remis au débiteur.

Répartition dans la liquidation

176) La loi devrait prévoir, comme principe général, que les créances du même rang sont payées suivant le principe *pari passu*. Toutes les créances occupant le même rang dans une classe particulière devraient être réglées intégralement avant celles du rang suivant.

177) La loi devrait spécifier que, lors de la répartition, le représentant de l'insolvabilité est tenu de constituer une provision pour les créances déclarées qui n'ont pas encore été définitivement admises.

178) La loi devrait spécifier que, dans une procédure de liquidation, la répartition doit se faire rapidement et que des versements provisionnels peuvent être effectués.

C. Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité

1. Introduction

643. Il est courant que des opérations commerciales soient réalisées par le biais de groupes de sociétés et que chaque société du groupe soit dotée d'une personnalité juridique distincte. Lorsque l'une des sociétés du groupe devient insolvable, son traitement comme une entité dotée d'une personnalité juridique distincte soulève un certain nombre de problèmes qui sont généralement complexes et souvent difficiles à résoudre. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale d'une société était dirigée ou contrôlée par une société apparentée, le traitement des sociétés du groupe comme des entités dotées de personnalités juridiques distinctes peut déboucher sur des résultats inéquitables. Il peut, par exemple, empêcher d'accéder aux fonds d'une société pour régler les dettes ou obligations d'une société débitrice apparentée (sauf lorsque la société débitrice est actionnaire ou créancière de la société apparentée), malgré les liens étroits entre les sociétés et bien que la société apparentée ait peut-être participé à la gestion ou à l'administration de la société débitrice et ait amené celle ci à contracter des dettes et des obligations. De plus, lorsque la société débitrice appartient à un groupe de sociétés, il peut être difficile de démêler les circonstances propres au cas d'espèce afin de déterminer avec quelle société du groupe tels ou tels créanciers ont traité ou d'établir les opérations financières entre les sociétés du groupe.

644. Deux questions se posent en particulier s'agissant des procédures d'insolvabilité concernant un groupe de sociétés:

a) celle de savoir si une autre société du groupe sera responsable de la dette externe de la société insolvable (c'est-à-dire l'ensemble des dettes de la société

[112] La loi peut prévoir un classement supplémentaire des créances à l'intérieur de chacune des classes mentionnées aux alinéas a), b) et d). Lorsque les créances d'une même classe ne peuvent pas toutes être entièrement remboursées, l'ordre de paiement devrait tenir compte de tout classement supplémentaire spécifié dans la loi pour ces créances.

insolvable à l'exception de celles contractées envers des sociétés apparentées du groupe, c'est-à-dire à l'exception des "dettes intragroupe"); et

b) celle du traitement qui doit être réservé aux dettes intragroupe (créances sur la société débitrice détenues par des sociétés apparentées du groupe).

645. Les lois sur l'insolvabilité apportent diverses réponses à ces questions. Certaines adoptent une approche restrictive et limitent strictement les circonstances dans lesquelles des sociétés d'un groupe peuvent être traitées comme n'ayant pas une personnalité juridique distincte, en d'autres termes, les circonstances dans lesquelles une société apparentée peut être responsable des dettes contractées par un membre insolvable du groupe. D'autres sont moins strictes et confèrent aux tribunaux de larges pouvoirs d'appréciation des circonstances de chaque cas d'espèce sur la base de principes directeurs spécifiques. Dans ce dernier cas, l'éventail des résultats possibles est plus large que dans les lois qui suivent une approche restrictive. Dans un cas comme dans l'autre, toutefois, il est fréquent que les lois sur l'insolvabilité se fondent pour régler les questions de dettes intragroupe sur le rapport existant entre la société insolvable et les sociétés apparentées du groupe tant au niveau de l'actionnariat qu'à celui du contrôle de la gestion. Le fait de traiter ces questions dans une loi sur l'insolvabilité peut avoir l'avantage d'encourager les groupes de sociétés à suivre en permanence les activités des sociétés membres du groupe et à réagir, à un stade précoce, en cas de difficultés financières de l'une d'elles. Traiter les sociétés comme si elles n'étaient pas dotées de personnalités juridiques distinctes peut toutefois empêcher les milieux d'affaires, les investisseurs et les créanciers de faire la part des choses et d'opérer des choix concernant les risques (ce qui peut être particulièrement important lorsque le groupe comprend une société pour laquelle existent des impératifs particuliers en matière de gestion des risques, comme un organisme financier), introduire un élément d'incertitude considérable qui se répercute sur le coût du crédit, en particulier lorsque la décision concernant la responsabilité à assumer pour les dettes du groupe est prise par un tribunal après la survenance de l'insolvabilité, et compliquer le traitement comptable des dettes au sein du groupe.

2. Responsabilité du groupe pour les dettes externes

646. Les régimes d'insolvabilité prennent en compte diverses circonstances ou divers facteurs pour déterminer si une société apparentée ou société du groupe devrait assumer la responsabilité des dettes externes d'un membre insolvable du groupe.

647. Dans de nombreux pays, la société apparentée doit souvent assumer la responsabilité de la dette lorsqu'elle a donné une garantie concernant ses filiales. De même, de nombreux régimes prévoient la responsabilité de réparer toute perte ou tout dommage résultant d'opérations intragroupe frauduleuses. D'autres solutions peuvent être imposées par d'autres domaines du droit. Dans certaines circonstances, par exemple, la loi peut considérer la société insolvable comme un mandataire de la société apparentée, ce qui permettrait aux tiers de se prévaloir de leurs droits directement à l'encontre de la société apparentée en tant que mandant.

648. Lorsque la loi sur l'insolvabilité laisse aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la responsabilité d'une ou plusieurs sociétés pour les dettes d'autres sociétés du groupe, suivant certains principes directeurs, ceux-ci

peuvent prendre en compte les éléments suivants: la mesure dans laquelle la gestion, les affaires et les finances des sociétés se confondent; le comportement de la société apparentée envers les créanciers de la société insolvable; le fait que ces créanciers pensaient traiter avec une seule entité économique et non pas avec deux ou plusieurs sociétés du groupe; et la mesure dans laquelle l'insolvabilité est imputable à la société apparentée. Sur la base de ces éléments, un tribunal peut décider dans quelle mesure un groupe de sociétés a agi comme une seule et même entreprise et, dans certains pays, peut ordonner le regroupement de l'actif et du passif des sociétés[113], en particulier lorsque cela contribuerait au redressement du groupe, ou ordonner qu'une société apparentée contribue financièrement à la masse de l'insolvabilité, à condition que cette contribution ne compromette pas sa propre solvabilité. La contribution serait généralement versée au représentant de l'insolvabilité administrant la masse au profit de l'ensemble de celle-ci.

649. Une autre considération importante dans les lois sur l'insolvabilité qui autorisent de telles mesures est l'effet de celles-ci sur les créanciers. Ces régimes doivent, lorsqu'ils cherchent à assurer un traitement équitable à l'ensemble des créanciers, concilier les intérêts de deux séries (ou plus) de créanciers qui ont traité avec deux sociétés distinctes (ou plus). Ces intérêts collectifs entreront en conflit si le total des actifs de toutes les sociétés prises ensemble est insuffisant pour satisfaire l'ensemble des créances. Dans un tel cas, les créanciers d'une société du groupe qui dispose d'actifs importants verraient ces actifs réduits par les créances de créanciers d'une autre société du groupe moins bien dotée. Une solution est d'examiner si les économies réalisées pour l'ensemble des créanciers l'emporteraient sur le préjudice accessoire causé à certains d'entre eux. Lorsque les deux sociétés sont insolvables, certaines lois disposent qu'il faut déterminer si le refus de regrouper celles-ci, qui entraîne l'ouverture de procédures d'insolvabilité distinctes, augmenterait le coût et la durée des procédures et diminuerait les fonds qui auraient normalement été destinés aux créanciers, mais aussi permettrait aux actionnaires de certaines sociétés du groupe de recevoir des dividendes au détriment des créanciers d'autres sociétés du groupe[114].

650. Le principe commun à tous les régimes comportant des lois de ce type est que, pour ordonner le regroupement, le tribunal doit être convaincu que les créanciers seraient davantage lésés par son refus de l'ordonner que les sociétés insolvables et les créanciers opposants ne le seraient par sa décision de l'imposer. Par souci d'équité, certaines législations autorisent un regroupement partiel, en excluant les créances de certains créanciers et en prévoyant leur remboursement sur des actifs particuliers (non visés par la décision de regroupement) de l'une des sociétés insolvables. Les difficultés qu'entraîne cette solution de compromis font que les décisions de regroupement partiel sont rares dans les pays où elles sont autorisées.

651. Il convient de noter que les lois sur l'insolvabilité qui prévoient le regroupement sont sans incidence sur les droits des créanciers garantis, à

---

[113] Si le tribunal décide qu'un groupe de sociétés a opéré comme une seule et même entité économique, d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité s'appliqueront, par exemple celles relatives à l'obligation des administrateurs d'empêcher la poursuite de l'activité en cas d'insolvabilité. Certaines lois autorisent également, dans des circonstances limitées, les sociétés à regrouper d'elles-mêmes leurs actifs et leurs passifs.

[114] Certaines lois exigent que les créanciers, ainsi que l'actif et le passif, de chacune des sociétés du groupe concernées soient séparément identifiés avant toute répartition.

l'exception peut-être des détenteurs de sûretés intragroupe (lorsque le créancier garanti est une société du groupe).

3. Dettes intragroupe

652. Les dettes intragroupe peuvent être traitées de différentes manières. Comme on l'a vu plus haut (voir chap. II.E), les opérations intragroupe peuvent faire l'objet d'actions en annulation. Dans certaines lois sur l'insolvabilité qui prévoient le regroupement, la décision de regroupement met fin aux obligations intragroupe. D'autres solutions consistent à distinguer les opérations intragroupe des opérations analogues entre parties non apparentées (par exemple une créance peut être considérée comme une participation au capital et non comme un prêt intragroupe), en conséquence de quoi l'obligation intragroupe aura un rang de priorité inférieur à la même obligation entre parties non apparentées.

D. Loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité

(Note: La section sur la loi applicable est en cours d'élaboration. Un projet final sera présenté au Groupe de travail pour examen à sa trentième session en 2004. La version révisée des recommandations ci-dessous tient compte des débats de la vingt-neuvième session du Groupe de travail, qui a eu lieu en septembre 2003.)

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité est:

a) de faciliter les opérations commerciales en fournissant un cadre clair et transparent permettant de prévoir la loi qui s'appliquera dans le cadre de la procédure d'insolvabilité;

b) de fournir aux tribunaux des règles claires et prévisibles pour déterminer la loi applicable dans le cadre de la procédure d'insolvabilité [y compris l'application des dispositions contractuelles relatives au choix de la loi].

Contenu des dispositions législatives

Loi de la procédure d'insolvabilité

179) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que la loi du lieu où est ouverte la procédure d'insolvabilité devrait s'appliquer à tous les aspects du déroulement, de l'administration et de la clôture de cette procédure, à savoir notamment:

a) les critères d'admissibilité et d'ouverture;

b) la constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité;

c) le traitement des biens de la masse, notamment la portée de l'arrêt des poursuites, les exceptions à cet arrêt et ses aménagements;

d) les frais et dépenses;

e) la proposition, l'approbation, la confirmation et l'exécution d'un plan de redressement;

f) la nullité, l'annulabilité ou l'inopposabilité d'actes légaux préjudiciables aux créanciers ;

g) l'effet de l'ouverture de la procédure sur les contrats dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont encore pleinement acquittés de leurs obligations respectives, notamment le caractère exécutoire des clauses de résiliation automatique et des clauses de non-cession figurant dans ces contrats;

h) les conditions dans lesquelles il peut y avoir compensation après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

i) les droits et obligations du débiteur, du représentant de l'insolvabilité, des créanciers et du comité des créanciers;

j) les créances et leur traitement;

k) les priorités pour le classement des créances;

l) la répartition du produit de la liquidation; et

m) le règlement et la clôture de la procédure.

Exception à l'application de la loi de la procédure d'insolvabilité

180) À titre d'exception aux alinéas f) et h) de la recommandation 179), la loi sur l'insolvabilité peut prévoir que la loi d'un autre État s'applique à la compensation ou à l'annulabilité d'une opération réalisée avant le dépôt de la demande d'ouverture ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[115].

Validité des dispositions contractuelles relatives au choix de la loi

181) La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître les dispositions contractuelles dans lesquelles le débiteur et son cocontractant conviennent expressément que la loi applicable à leur relation juridique dans le cadre du contrat sera celle d'un pays spécifié, indépendamment du lien entre l'opération ou les parties en question et la loi applicable choisie, sauf lorsque de telles dispositions sont considérées comme manifestement contraires à l'ordre public [du pays dont la loi s'appliquerait en leur absence].

Détermination de la loi applicable

182) La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement les cas dans lesquels elle autoriserait l'application des lois d'un autre pays.

183) En ce qui concerne l'application d'une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, le tribunal de l'insolvabilité devra appliquer une règle de conflit pour déterminer l'État dont la loi devrait s'appliquer. Les règles de conflit devraient être claires et

[115] 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 [ou un acte visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers] et peut recouvrir une série composite d'opérations.

prévisibles et suivre les règles de conflit modernes énoncées dans les traités internationaux et les guides législatifs établis sous l'égide d'organismes internationaux.

VI. Clôture de la procédure

A. Décharge

1. Décharge du débiteur dans la procédure de liquidation[116]

653. Il est probable qu'un certain nombre de créanciers n'auront pas été payés intégralement une fois réparti le produit de la liquidation de la masse d'un débiteur personne physique. Une loi sur l'insolvabilité devra déterminer si ces créanciers conserveront une créance sur ce débiteur ou si le débiteur sera libéré ou "déchargé" de ces créances résiduelles.

654. Lorsque le débiteur est une société à responsabilité limitée, la question de la décharge après liquidation ne se pose pas: ou bien la loi prévoit la disparition de la personne morale, ou bien elle prévoit que celle-ci continue d'exister mais en tant que coquille vide. Les associés ne seront pas responsables des créances résiduelles et la question de leur décharge ne se pose pas. Si l'entreprise du débiteur revêt une forme différente, par exemple s'il s'agit d'une entreprise individuelle, d'un groupe de personnes (société en participation) ou d'une entité dont les propriétaires ont une responsabilité illimitée, il convient de se demander si ces personnes seront toujours personnellement responsables des créances impayées après la liquidation.

655. On prend de plus en plus conscience dans certains milieux de la nécessité de reconnaître la défaillance des entreprises comme un élément normal de l'économie et d'admettre que tant les entreprises fragiles que les entreprises saines peuvent faire faillite, quoique pour des raisons différentes, et ce, sans que leurs dirigeants aient nécessairement été irresponsables, imprudents ou malhonnêtes. Il se peut que les personnes ayant échoué dans une entreprise aient tiré des leçons de cette expérience et certaines études montrent qu'elles réussissent souvent très bien par la suite dans d'autres entreprises commerciales. C'est pourquoi un certain nombre de pays ont estimé que leur régime de l'insolvabilité devait non seulement traiter de l'administration de la faillite, mais aussi viser à aider les débiteurs insolvables à prendre un nouveau départ en apurant leur situation financière et en prenant d'autres mesures propres à atténuer l'opprobre associé à la faillite, au lieu de les sanctionner. Il faut adapter la loi sur l'insolvabilité de manière à supprimer les conditions et restrictions inutiles imposées à la décharge, mais aussi encourager les banques et l'ensemble de la collectivité à considérer différemment la faillite, et aider et soutenir ceux qui sont impliqués dans une faillite. Parallèlement, le régime de l'insolvabilité doit protéger le public et la communauté commerciale des débiteurs qui ont mené leurs affaires financières de façon irresponsable, imprudente ou malhonnête.

656. Les lois sur l'insolvabilité abordent différemment la question de la décharge. Dans certaines, le débiteur reste responsable des créances impayées, sous réserve des délais de prescription applicables (qui peuvent parfois être très longs, par

[116] Ces paragraphes portent sur la décharge du débiteur en tant que personne physique.

exemple 10 ans) et peut en outre être soumis à un certain nombre de conditions et restrictions concernant ses activités professionnelles, commerciales et personnelles. Ce type de règle privilégie la relation entre débiteur et créancier: le maintien de la responsabilité du débiteur après la liquidation vise à la fois à discipliner le comportement financier de ce dernier et à inciter les créanciers à accorder des concours financiers. Parallèlement, elle peut contribuer à restreindre les possibilités, l'innovation et l'activité entrepreneuriale car les sanctions sont sévères en cas de faillite.

657. D'autres lois en revanche prévoient la décharge complète, immédiatement après la liquidation, du débiteur honnête qui n'a commis aucune fraude. Ce faisant, elles mettent l'accent sur l'avantage du "nouveau départ" qui résulte de la décharge et visent souvent à encourager le développement d'une classe d'entrepreneurs. Elles reconnaissent également que le surendettement est une réalité économique actuelle et qu'il devrait être pris en compte dans une loi sur l'insolvabilité. D'autres lois encore tentent de trouver un compromis: la décharge est accordée à l'expiration d'un certain délai après la répartition, pendant lequel le débiteur est tenu d'essayer de bonne foi de remplir ses obligations en cours.

658. Certaines lois sur l'insolvabilité adoptent le principe selon lequel il peut être indiqué, dans certains cas, de limiter la faculté d'accorder une décharge. Ces cas varient d'une loi à l'autre, par exemple lorsque le débiteur a agi de manière frauduleuse; s'est livré à une activité délictueuse; a enfreint la législation du travail ou des lois relatives à l'environnement; n'a pas tenu les registres appropriés; n'a pas participé de bonne foi à la procédure d'insolvabilité ou n'a pas coopéré avec le représentant de l'insolvabilité; n'a pas communiqué des informations ou les a activement retenues ou dissimulées; a poursuivi ses activités commerciales alors qu'il se savait insolvable; a contracté des dettes alors qu'il ne pouvait raisonnablement escompter qu'il serait en mesure de les rembourser; et a dissimulé ou détruit des actifs ou des registres après le dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure.

659. Différentes conditions s'appliquent à la décharge dans ce type de cas. Dans certains pays, la décharge est accordée à l'expiration d'un délai qui peut être assez long ou est soumise à des conditions et restrictions, ou bien est subordonnée aux deux mesures à la fois. La décharge peut être exclue pour certains types de dettes, telles que les dettes indemnitaires; les dettes qui découlent d'une obligation alimentaire (pension versée au conjoint divorcé ou au profit des enfants du débiteur); les dettes liées à des actes frauduleux; les amendes prononcées en substitution d'une peine d'emprisonnement; et les obligations fiscales.

660. Certaines conditions peuvent également être imposées au débiteur, à la fois pendant la procédure et pour l'obtention d'une décharge, soit sur recommandation du représentant de l'insolvabilité, soit par le tribunal. Elles peuvent consister à restreindre la faculté du débiteur d'obtenir de nouveaux crédits, de quitter le territoire, d'exercer une activité commerciale pendant une période déterminée ou à lui interdire, le cas échéant, d'exercer sa profession pendant une période déterminée. Elles peuvent également prévoir que la décharge est accordée à condition que le débiteur n'acquière pas par la suite une importante fortune permettant de payer ses dettes antérieures. La durée d'application de ces dispositions varie en fonction de la situation du débiteur. Les autres restrictions adoptées par les lois sur l'insolvabilité portent sur le nombre de fois qu'une décharge peut être accordée à un débiteur.

Dans certains pays, le débiteur ne peut en bénéficier qu'une seule fois; dans d'autres, il y a un délai d'attente minimum de 10 ans par exemple, avant qu'il puisse bénéficier d'une nouvelle décharge, ou même demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pouvant déboucher sur une nouvelle décharge. Enfin, une autre approche consiste à imposer des restrictions à la décharge lorsque, par exemple, le débiteur a déjà bénéficié d'une décharge un certain temps avant l'ouverture de la procédure en cours et que les paiements effectués dans le cadre de cette procédure ont été inférieurs à un pourcentage fixé.

661. Pour choisir entre ces différentes solutions, il faut mettre en balance l'objectif fondamental de la procédure d'insolvabilité et de la décharge avec la nécessité de sanctionner certains comportements. On pourrait distinguer entre des comportements inappropriés et éventuellement négligents et des comportements qui équivaudraient à des actes délictueux. Si l'objectif fondamental de la loi sur l'insolvabilité est de régler les difficultés financières du débiteur et le laisser prendre un nouveau départ pour encourager l'entreprenariat et la prise de risque, un débiteur honnête et coopératif qui s'est acquitté des obligations que lui impose la loi sur l'insolvabilité peut bénéficier d'une décharge après liquidation avec quelques restrictions. Une approche consistant à imposer de lourdes restrictions à ce débiteur et à n'autoriser sa décharge qu'après expiration d'un long délai et sous réserve de nombreuses conditions montre que l'objectif principal est de punir et non de réhabiliter le débiteur. L'imposition de conditions et de restrictions pourrait être davantage indiquée lorsque le débiteur a été malhonnête, n'a pas coopéré avec le représentant de l'insolvabilité ou ne s'est pas acquitté des obligations qui lui incombent en vertu de la loi sur l'insolvabilité ou, dans des cas plus graves, lorsqu'il a commis une infraction.

662. Il faut également examiner le lien entre les conditions imposées et l'objectif fondamental de la décharge. L'imposition au débiteur de certaines conditions de portée générale, comme l'interdiction d'exercer des activités commerciales, peut être incompatible avec la notion même de décharge. Suivant les cas, des conditions plus limitées, comme le fait de restreindre la faculté du débiteur de siéger au conseil d'administration, seraient sans doute plus appropriées. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité impose des conditions et exclut la remise de certaines dettes, il est souhaitable que ces conditions et exclusions soient limitées au minimum. Dans la mesure du possible, les types de dettes exclues devraient être indiquées dans la loi sur l'insolvabilité pour assurer la transparence et la prévisibilité.

663. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient également que, si elle est accordée au début de la procédure, une décharge peut être suspendue lorsque, par exemple, le débiteur ne s'acquitte pas d'une obligation, ou annulée par exemple lorsqu'elle a été obtenue par fraude, que le débiteur a retenu frauduleusement des informations concernant des biens qui devraient entrer dans la masse ou ne s'est pas plié aux décisions du tribunal.

664. S'agissant de la décharge des personnes physiques exerçant une activité commerciale, il faudrait peut-être tenir compte du recoupement entre l'endettement des entreprises et l'endettement des consommateurs. À cet égard, l'insolvabilité des personnes physiques fait l'objet d'approches différentes: dans certains pays, une personne physique ne peut en aucun cas être déclarée faillie; dans d'autres, elle doit avoir agi en qualité de "commerçant". S'il est vrai que de nombreux pays n'ont pas de système élaboré régissant l'insolvabilité des consommateurs, plusieurs autres en

revanche ont adopté des lois sur l'insolvabilité qui s'efforcent de faire une distinction entre les dettes de simples consommateurs et les dettes découlant de l'activité de petites entreprises. Étant donné que le crédit à la consommation est souvent utilisé pour le financement d'une petite entreprise, comme capital de démarrage ou pour les fonds de fonctionnement, il n'est pas toujours possible de répartir les dettes dans des catégories bien définies. C'est pourquoi, lorsqu'un système juridique reconnaît l'endettement des consommateurs et celui des entreprises, il peut être impossible d'avoir pour les personnes physiques des règles différentes selon qu'il s'agit de dettes commerciales ou de dettes liées à la consommation.

2. Remise des dettes dans la procédure de redressement

665. Afin de donner au débiteur faisant l'objet d'un redressement les meilleures chances de succès, une loi sur l'insolvabilité peut reconnaître la remise ou le réaménagement des dettes et créances prévus dans le plan. Cette approche contribue à la sécurité commerciale en conférant un caractère contraignant aux remises, annulations ou réaménagements de dettes prévues dans le plan approuvé. Ce principe est particulièrement important pour garantir que les dispositions du plan seront respectées par les créanciers qui ont rejeté celui-ci et par ceux qui n'ont pas participé au processus. Il donne aussi aux autres prêteurs et investisseurs l'assurance qu'ils ne se trouveront pas impliqués dans une liquidation imprévue ou que leurs créances n'entreront pas en concurrence avec des créances cachées ou non divulguées. Ainsi, la décharge établit clairement que le plan tient pleinement compte des droits légaux des créanciers.

666. La décharge pourrait prendre effet à partir du moment où le plan de redressement prend lui-même effet conformément à la loi sur l'insolvabilité ou à compter du moment où il a été pleinement exécuté. Si le plan n'a pas pu être exécuté ou ne l'a pas été entièrement, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité d'annuler la décharge.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la décharge est:

a) de permettre à un débiteur personne physique d'être finalement libéré des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure afin qu'il puisse ainsi prendre un nouveau départ;

b) de déterminer les circonstances dans lesquelles une décharge sera accordée et quelles en seront les modalités.

Contenu des dispositions législatives

Décharge dans la procédure de liquidation

184) Lorsqu'une personne physique remplit les conditions requises pour être considérée comme débiteur en vertu de la loi sur l'insolvabilité, la question de la remise des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure devrait être traitée. La loi

sur l'insolvabilité peut spécifier que la décharge ne peut pas s'appliquer avant l'expiration d'un délai spécifié à compter de l'ouverture de la procédure, le débiteur étant censé, en attendant, coopérer avec le représentant de l'insolvabilité. À l'expiration de ce délai, le débiteur peut être libéré lorsqu'il n'a pas agi de manière frauduleuse et a coopéré avec le représentant de l'insolvabilité en s'acquittant des obligations que lui impose la loi sur l'insolvabilité. La loi peut spécifier que la décharge est annulée lorsqu'elle a été obtenue de manière frauduleuse.

185) Lorsque la loi sur l'insolvabilité exclut la remise de certaines dettes, celles-ci devraient être limitées au minimum pour aider le débiteur à prendre un nouveau départ et devraient être indiquées dans la loi. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit que la remise de dettes peut être soumise à certaines conditions, celles-ci devraient être limitées au minimum pour aider le débiteur à prendre un nouveau départ.

B. Clôture de la procédure

667. Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes approches quant à la manière de mettre fin à la procédure, aux conditions préalables à la clôture et aux formalités à accomplir.

1. Liquidation

668. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité exigent généralement que le représentant de l'insolvabilité, à l'issue de la réalisation des actifs et de la répartition de leur produit, convoque une réunion des créanciers et leur présente une comptabilité finale. Si les créanciers approuvent cette comptabilité, certaines lois exigent simplement (lorsque le débiteur est une société), pour que l'entreprise débitrice soit dissoute, que les comptes finals et un rapport de la réunion finale soient déposés auprès de l'organisme administratif chargé de l'enregistrement des sociétés, tandis que d'autres lois exigent qu'une demande formelle soit adressée au tribunal pour qu'il ordonne la dissolution. Parfois, des modalités légèrement différentes sont prévues selon que la procédure est ouverte à la demande du débiteur ou des créanciers.

2. Redressement

669. En général, les lois sur l'insolvabilité adoptent l'un des trois modes de clôture de la procédure de redressement suivants. La procédure peut être réputée close lorsque le plan de redressement est approuvé (et confirmé lorsqu'une telle confirmation est exigée) (voir chap. IV.A.6); lorsque les dettes ont été remises conformément au plan et que ce dernier a par ailleurs été pleinement exécuté (qu'il soit ou non nécessaire d'obtenir une décision formelle du tribunal, encore que certaines lois disposent que le représentant de l'insolvabilité doit être libéré de ses obligations par une décision formelle du tribunal); et lorsque le tribunal ordonne que la procédure soit abandonnée parce qu'elle constituait un abus de la loi sur l'insolvabilité ou que le débiteur ne satisfaisait pas aux critères d'ouverture au moment de l'ouverture de la procédure. La procédure peut également être close conformément aux dispositions du plan ou de tout autre accord contractuel avec les créanciers. Lorsque le plan de redressement n'est pas pleinement exécuté, la loi sur

l'insolvabilité peut prévoir la possibilité pour le tribunal de convertir la procédure en liquidation, afin d'éviter que le débiteur ne reste insolvable, sa situation financière n'ayant pas été résolue. Suivant l'approche adoptée par le pays, cette conversion peut revenir ou non à clore officiellement la procédure de redressement et à ouvrir la procédure de liquidation. Lorsque la procédure de redressement est achevée une fois que le plan a été approuvé (et confirmé, lorsqu'une telle confirmation est exigée), l'exécution des droits et obligations prévus dans le plan relèvera d'une autre loi que la loi sur l'insolvabilité.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la clôture de la procédure est de déterminer les modalités de clôture de la procédure une fois que l'objectif de cette dernière a été atteint.

Contenu des dispositions législatives

Liquidation

186) La loi devrait spécifier que la procédure de liquidation devrait être close à l'issue de la répartition définitive ou après qu'il a été constaté qu'aucune répartition n'était possible.

Redressement

187) La loi devrait spécifier que la procédure de redressement devrait être close lorsque le plan de redressement a été pleinement exécuté ou à une date antérieure fixée par le tribunal.