



# Assemblée générale

Distr.: Limitée  
30 septembre 2003

Français  
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Groupe de travail V (Insolvabilité)  
Trentième session  
New York, 29 mars-2 avril 2004

## Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction .....	1-8	3
1. Structure et contenu du <i>Guide</i> .....	1-3	3
2. Glossaire .....	4-8	4
A. Notes sur la terminologie .....	4-8	4
B. Termes et définitions .....		5
Première partie		
Établir les principaux objectifs et la structure d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective .....	9-79	11
I. Introduction .....	9-30	11
A. Principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité effective et efficace .....	11-22	11
1. Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques ..	12	12
2. Maximiser la valeur des actifs .....	13	12
3. Établir un équilibre entre liquidation et redressement .....	14	12
4. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation .....	15	13
5. Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité .....	16-17	13
6. Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers .....	18	14



7. Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations . . . . .	19-20	14
8. Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires . . . . .	21	15
9. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale. . . . .	22	15
B. Équilibrer les principaux objectifs . . . . .	23-27	15
C. Caractéristiques générales d'une loi sur l'insolvabilité . . . . .	28-30	17
II. Mécanismes de règlement des difficultés financières du débiteur . . . . .	31-71	19
A. Négociations volontaires de restructuration . . . . .	31-46	19
1. Conditions nécessaires . . . . .	34	20
2. Principaux éléments. . . . .	35-45	20
a) Engager les négociations. . . . .	36	20
b) Coordonner les participants – désigner un créancier chef de file et constituer un comité directeur . . . . .	37	21
c) Convenir d'une "trêve" . . . . .	38	21
d) Recourir à des conseillers . . . . .	39	21
e) Assurer des liquidités et un flux de trésorerie appropriés . . . . .	40-41	21
f) Accès à des informations sur le débiteur . . . . .	42	22
g) Traiter avec les créanciers. . . . .	43-45	22
3. Règles et lignes directrices pour une restructuration volontaire . . . . .	46	23
B. Procédures d'insolvabilité. . . . .	47-69	23
1. Procédure de redressement . . . . .	51-57	24
2. Procédure de redressement accélérée . . . . .	58-60	27
3. Liquidation . . . . .	61-64	27
4. Structure de la loi sur l'insolvabilité . . . . .	65-69	29
C. Procédures administratives . . . . .	70-71	31
III. Cadre institutionnel . . . . .	72-79	31

## Introduction

### 1. Structure et contenu du *Guide*

1. Le présent *Guide* a pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre juridique efficace et effectif permettant de résoudre les difficultés financières des débiteurs. Il est destiné à servir de référence aux autorités nationales et aux organes législatifs lorsqu'ils élaborent de nouvelles lois ou examinent l'adéquation de la législation et réglementation existantes. Les conseils qu'il fournit visent à concilier la nécessité de remédier aux difficultés financières du débiteur aussi rapidement et efficacement que possible avec les intérêts des différentes parties directement concernées par ces difficultés, principalement les créanciers et d'autres parties prenantes dans l'entreprise débitrice, ainsi qu'avec les préoccupations d'ordre public. Le *Guide* aborde un certain nombre de questions essentielles lorsqu'on élabore une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, questions qui sont reconnues dans de nombreux systèmes juridiques même si elles sont traitées de manière souvent différente dans les politiques et la législation. Il s'intéresse essentiellement aux procédures d'insolvabilité ouvertes en application de la loi sur l'insolvabilité et menées conformément à celle-ci, et plus particulièrement au redressement, mais examine aussi l'utilisation et l'importance grandissantes des négociations volontaires de restructuration entre débiteur et créanciers – lesquelles ne sont pas régies par cette loi. Outre un examen des dispositions législatives internes sur l'insolvabilité, on trouvera dans le *Guide* le texte de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ainsi que le *Guide* pour son incorporation dans le droit interne.

2. Le *Guide* ne fournit pas un ensemble unique de solutions types pour régler les questions essentielles qui se posent lors de l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective mais aide le lecteur à évaluer différentes options possibles et à choisir celle qui convient le mieux dans le contexte national ou local. La première section de chaque chapitre contient un commentaire qui expose les questions essentielles à examiner et analyse les différentes solutions adoptées dans les lois sur l'insolvabilité. La deuxième section contient une série de principes législatifs recommandés. Ceux-ci ont pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre législatif pour l'insolvabilité qui soit à la fois efficace et effectif et qui tienne compte des évolutions et tendances récentes dans ce domaine. Il est conseillé de lire conjointement les recommandations et le commentaire, le second donnant des informations détaillées qui permettent de mieux comprendre les premières et examinant également des questions qui ne font pas l'objet de recommandations. Compte tenu de l'importance capitale des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité et des considérations de politique générale attachées au traitement que leur accorde la loi sur l'insolvabilité, l'utilisateur du présent *Guide* est également encouragé à examiner le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*.

3. Les recommandations formulées dans le présent *Guide* portent sur des questions fondamentales qu'il importe de traiter dans une loi ayant spécifiquement trait à l'insolvabilité. Elles n'abordent pas d'autres domaines du droit, qui, comme le montre le *Guide*, ont un impact tant sur l'élaboration d'une telle loi que sur la procédure d'insolvabilité ouverte en application de cette loi. De plus, l'application efficace d'un régime de l'insolvabilité exige, outre l'établissement d'un cadre

législatif approprié, plusieurs éléments, en particulier une infrastructure institutionnelle adéquate, des moyens organisationnels, des compétences professionnelles et techniques ainsi que des ressources humaines et financières suffisantes. Ces questions sont abordées dans le commentaire mais ne le sont généralement pas dans les recommandations, sauf lorsqu'elles ont trait au professionnel de l'insolvabilité nommé pour administrer la masse de l'insolvabilité.

## 2. Glossaire

### A. Notes sur la terminologie

4. Les définitions ci-après visent à fournir des orientations au lecteur. En effet, de nombreux termes employés dans le *Guide*, comme “créancier garanti”, “liquidation” ou “redressement”, peuvent avoir des sens fondamentalement différents selon les pays. En les définissant ici, on peut faire en sorte que les concepts auxquels ils renvoient soient clairs et généralement compris.

#### **Emploi du terme “tribunal” dans le *Guide***

5. Le *Guide* part du principe qu'un tribunal exerce tout au long de la procédure d'insolvabilité une surveillance qui peut comprendre la faculté d'ouvrir la procédure, de nommer le représentant de l'insolvabilité, de superviser ses activités et de prendre des décisions au cours de la procédure. Bien que ce principe soit valable en règle générale, d'autres solutions peuvent être envisagées lorsque, par exemple, les tribunaux ne sont pas en mesure de traiter les affaires d'insolvabilité (que ce soit par manque de ressources ou d'expérience en la matière) ou que l'on préfère confier cette surveillance à un organe administratif (voir première partie, chapitre III, Cadre institutionnel). Étant donné le caractère spécialisé des actes et des tâches accomplis par un organisme d'assistance dans le cadre des procédures administratives décrites au chapitre II de la première partie, celui-ci ne doit pas nécessairement être considéré comme un tribunal au sens où ce terme est employé dans le *Guide*.

6. Par souci de simplicité, le terme “tribunal” est employé dans le *Guide* dans le même sens qu'à l'alinéa e) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, à savoir qu'il désigne une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure d'insolvabilité.

#### **Emploi du mot “loi”**

7. Sauf indication contraire, le mot “loi”, dans le *Guide*, désigne la loi sur l'insolvabilité.

#### **Règles d'interprétation**

8. Dans le *Guide*, “ou” n'est pas exclusif; le singulier implique le pluriel; les mots “inclure”, “comprendre” et leurs équivalents ne signifient pas que les listes qu'ils introduisent sont exhaustives; le verbe “peut” indique une permission et le verbe “devrait” une instruction; et les formules “tel que” et “par exemple” doivent être interprétées de la même manière que le verbe “inclure” et ses équivalents.

**B. Termes et définitions**

Acte de disposition	Tout moyen de transférer un actif ou un droit sur un actif ou de s'en défaire, en totalité ou en partie.
Actif grevé	Actif sur lequel une sûreté réelle a été obtenue par un créancier.
Actifs constituant une charge	Actifs qui peuvent être sans valeur ou avoir une valeur insignifiante pour la masse de l'insolvabilité, par exemple lorsque 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.
[Actifs du débiteur	Biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés d'une sûreté réelle ou sur des actifs appartenant à des tiers.]
[Arrêt des poursuites	Mesure qui empêche l'introduction, ou suspend la continuation, des actions individuelles, judiciaires, administratives ou autres visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur, y compris les actions visant à rendre opposable ou à réaliser toute sûreté réelle; et qui empêche les mesures d'exécution contre les actifs de la masse de l'insolvabilité, la résiliation d'un contrat conclu avec le débiteur, et le transfert des biens ou droits appartenant à la masse de l'insolvabilité, la constitution de sûretés sur ces biens ou droits ou d'autres actes de disposition de ces biens ou droits.]
[Autorité publique	État ou subdivision d'un État, notamment un ministère, un organe, un organisme ou autre entité le représentant.]
Centre des intérêts principaux	Lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers <sup>1</sup> .
Cession en vue de la poursuite de l'activité	Vente ou transfert de la totalité ou d'une grande partie d'une entreprise, par opposition à la vente séparée de ses différents actifs.
Comité des créanciers	Organe représentatif dont les membres sont désignés conformément à la loi sur l'insolvabilité et qui est doté de pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans ladite loi.

<sup>1</sup> Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, considérant (13).

[Compensation	Opération dans laquelle une créance monétaire d'une partie est compensée (contrebalancée) par une créance monétaire de l'autre partie sur la première. Une compensation peut être invoquée comme exception pour s'opposer, en tout ou en partie, au paiement d'une créance monétaire.]
[Compensation globale	Il peut s'agir, sous une forme, de la compensation (voir ce terme) de choses fongibles non monétaires (comme des valeurs mobilières ou des marchandises livrables le même jour, valant règlement) et, sous une forme plus importante, de la résiliation par un cocontractant de contrats en cours avec le débiteur, suivie d'une compensation des pertes et gains respectifs (compensation avec déchéance du terme).]
[Contrat financier	Toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d'échange portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus [alinéa k] de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2002)].]
[Convention de compensation globale	Convention entre deux parties ou plus prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes:  i) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement;  ii) Lors de l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la liquidation de toutes les opérations à leur valeur de remplacement ou à leur juste valeur de marché, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation globale sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre; ou  iii) La compensation des montants calculés comme prévu à l'alinéa ii) de la présente définition au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus. [Alinéa l] de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2002)].]
Cours normal des affaires	Transferts ou opérations réalisés dans le cadre de l'activité de l'entreprise avant une procédure d'insolvabilité.

Créance	Droit de réclamer au débiteur une somme d'argent ou des actifs qui peut résulter d'une dette ou d'un contrat, être d'un montant déterminé ou indéterminé, échu ou non échu, contesté ou non contesté, garanti ou non garanti, certain ou conditionnel.
[Créance garantie	Créance assortie d'une sûreté réelle constituée en garantie d'une dette, réalisable en cas de défaut de paiement du débiteur à l'échéance.]
Créance postérieure à l'ouverture de la procédure	Créance née d'un acte ou d'une omission survenant après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.
[Créance prioritaire	Créance qui est payée sur les actifs disponibles avant le désintéressement de l'ensemble des créanciers chirographaires.]
Créances ou dépenses afférentes à l'administration de la procédure	Créances qui comprennent les frais et dépenses engendrés par la procédure, tels que la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de tous professionnels qu'il emploie, les dépenses pour la poursuite de l'activité du débiteur, les dettes découlant de l'exercice attendu des fonctions et des attributions du représentant de l'insolvabilité et les frais découlant de la continuation des obligations contractuelles.
[Créancier chirographaire	Tout créancier qui ne détient pas de sûreté ou tout créancier ordinaire qui n'a pas de droits préférentiels.]
[Créancier garanti	Créancier détenant, soit une sûreté réelle constituée sur la totalité ou une partie des actifs du débiteur, soit une sûreté réelle sur un actif déterminé lui conférant une priorité sur les autres créanciers relativement à l'actif grevé.]
Débiteur	Personne physique ou morale exerçant une activité commerciale qui satisfait aux critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.
Décharge	Libération d'un débiteur des obligations qui étaient visées ou auraient pu être visées par la procédure d'insolvabilité.
Demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	Demande pouvant être présentée, notamment, par le débiteur, les créanciers ou une autorité publique en vue d'obtenir l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.
Dispositions d'annulation	Dispositions permettant d'annuler ou de priver d'effet d'une autre manière des opérations intervenues avant une procédure d'insolvabilité dans l'intérêt collectif des créanciers ou de la masse de l'insolvabilité pour des motifs liés à l'insolvabilité.

[Entreprise publique	[à compléter]]
Établissement	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 [alinéa f] de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale].
Insolvabilité	État du débiteur qui est généralement dans l'incapacité d'acquitter ses dettes à leur échéance ou situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs.
Liquidation	Procédure visant à regrouper et à réaliser les actifs du débiteur afin de répartir les sommes obtenues conformément à la loi sur l'insolvabilité.
Masse	Voir Masse de l'insolvabilité.
Masse de l'insolvabilité	Biens et droits du débiteur sur lesquels le représentant de l'insolvabilité exerce un contrôle ou une supervision et qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité.
Négociations volontaires de restructuration	Négociations qui ne sont pas régies par la loi sur l'insolvabilité et auxquelles participent généralement le débiteur et certains ou l'ensemble de ses créanciers.
Ouverture de la procédure	Événement déterminant la date à partir de laquelle les effets de l'insolvabilité sont applicables ou décision judiciaire ouvrant la procédure d'insolvabilité, qu'il s'agisse ou non d'une décision définitive.
<i>Pari passu</i>	Principe suivant lequel les créanciers se trouvant dans la même situation sont traités en proportion de leur créance et sont désintéressés proportionnellement sur les actifs de la masse.
Partie intéressée	Le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d'insolvabilité a des incidences <sup>2</sup> .
[Passif garanti	[Montant global des créances garanties] ou [créances des créanciers garantis].]
[Passif non garanti	Montant global des créances non assorties d'une sûreté.]
[Période suspecte	Période servant de référence pour l'annulation éventuelle de certaines opérations. Elle est en général calculée rétroactivement à partir de la date de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la date d'ouverture de cette procédure.]

<sup>2</sup> Ne sont pas censées entrer dans cette définition les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la loi sur l'insolvabilité ou la procédure d'insolvabilité aurait des incidences.

[Personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur]	Personne qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur le débiteur, telle qu'un membre du conseil d'administration ou de la direction d'une personne morale, un actionnaire ou un membre de cette personne morale, un membre du conseil d'administration ou de la direction ou un actionnaire d'une personne morale liée au débiteur; ce terme englobe toute personne apparentée à une telle personne. Par "personne apparentée", il faut entendre le conjoint, un parent, un grand-parent, un fils, une fille, un frère ou une sœur de la personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur.]
[Plan de redressement]	Plan par lequel la prospérité financière et la viabilité de l'entreprise d'un débiteur peuvent être rétablies. La loi sur l'insolvabilité peut prévoir que le plan doit être présenté par diverses parties (le débiteur, les créanciers, le représentant de l'insolvabilité) et exiger qu'il soit confirmé par le tribunal, une fois qu'il a été approuvé par le nombre requis de créanciers. Le plan peut traiter de questions comme le déroulement du processus, les engagements à souscrire, les conditions de paiement et les sûretés à offrir aux créanciers, les actions en annulation à engager et le traitement des contrats en cours, notamment des contrats de travail.]
[Priorité]	Préférence donnée au droit d'une personne sur le droit d'une autre personne et détermine, pour autant qu'il y ait lieu à cette fin, s'il s'agit d'un droit personnel ou réel, s'il a été ou non créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation et si les mesures nécessaires pour qu'il produise ses effets à l'égard d'un réclamant concurrent ont été prises [Article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international].]
Procédure d'insolvabilité	Procédure collective, judiciaire ou administrative, ayant pour but le redressement ou la liquidation de l'entreprise du débiteur, menée conformément à la loi sur l'insolvabilité.
[Protection de la valeur des actifs grevés]	Mesures visant à maintenir la valeur économique d'une sûreté réelle pendant la procédure d'insolvabilité (certaines législations parlent de "protection adéquate"). Cette protection peut être particulièrement utile lorsque la valeur de la créance garantie est supérieure à la valeur de l'actif grevé ou même lorsqu'elle lui est inférieure, mais que l'actif grevé se déprécie et que sa valeur risque finalement d'être insuffisante pour satisfaire la créance garantie. L'application de l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis ou l'utilisation de l'actif grevé dans la procédure d'insolvabilité peuvent influencer sur une telle diminution de valeur. Une protection peut être assurée

	par des versements en espèces, la constitution d'une autre sûreté ou d'une sûreté supplémentaire ou par d'autres moyens qui, de l'avis du tribunal, sont de nature à apporter la protection nécessaire. Lorsque la valeur de l'actif grevé dépasse celle de la créance garantie et ne risque pas de diminuer, la protection n'est sans doute pas nécessaire.]
[Redressement	Processus par lequel la prospérité financière et la viabilité de l'entreprise d'un débiteur peuvent être rétablies et l'entreprise continuer de fonctionner par le recours à différents moyens pouvant comprendre la remise des dettes, le rééchelonnement des dettes, la conversion de créances en prises de participation et la cession totale ou partielle de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité.]
[Règles de priorité	Règles déterminant l'ordre dans lequel le produit de la réalisation des actifs est réparti entre les créanciers et les actionnaires.]
Remise de dettes	Voir Décharge.
Représentant de l'insolvabilité	Personne ou organe responsable de l'administration de la masse de l'insolvabilité.
[Réserve de propriété	Clause d'un contrat de fourniture de marchandises par laquelle le fournisseur reste propriétaire des marchandises jusqu'au paiement du prix d'achat.]
[Superprivilège	Priorité entraînant le paiement des créances qui en bénéficient avant celui des créances afférentes à l'administration de la procédure.]
[Sûreté réelle	Droit réel consenti par une partie engageant cette dernière à s'acquitter d'un paiement ou d'une obligation. Qu'elles soient constituées volontairement par convention, ou involontairement par l'effet de la loi, les sûretés réelles incluent généralement – sans nécessairement s'y limiter – l'hypothèque, le gage, la charge et le privilège.]
Traitement préférentiel	Traitement qu'un débiteur insolvable accorde à un créancier en réalisant une opération dans laquelle ce dernier reçoit une part des actifs du débiteur supérieure à la proportion qui lui revient, ou en obtient le bénéfice.

## Première partie

# Établir les principaux objectifs et la structure d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

### I. Introduction

9. Lorsqu'un débiteur ne peut faire face à ses dettes et engagements exigibles, la plupart des systèmes juridiques prévoient un mécanisme juridique permettant de régler collectivement les créances en cours au moyen de tous ses actifs (corporels ou incorporels). Ce mécanisme juridique doit prendre en considération différents éléments: en premier lieu les parties, à savoir le débiteur, les propriétaires et les dirigeants de l'entreprise débitrice, les créanciers qui peuvent être munis de sûretés à des degrés variables (y compris l'administration fiscale et d'autres créanciers publics), les salariés, les garants et les fournisseurs de biens et services, mais également les institutions juridiques et les pratiques commerciales et sociales qui ont un rapport avec la conception de la loi sur l'insolvabilité, y compris le cadre institutionnel nécessaire à son application. En général, ce mécanisme doit concilier non seulement les différents intérêts de ces parties prenantes, mais aussi ces intérêts et les considérations pertinentes d'ordre social, politique et autre qui ont une incidence sur les objectifs économiques et juridiques de l'insolvabilité.

10. La plupart des systèmes juridiques prévoient différents types de procédures (désignées dans le présent *Guide* sous le terme générique de "procédures d'insolvabilité") qui peuvent être engagées pour résoudre les difficultés financières d'un débiteur. Bien qu'elles aient toutes ce même objectif, ces procédures revêtent différentes formes pour lesquelles la terminologie employée n'est pas toujours uniforme, et peuvent comporter des éléments que l'on pourrait qualifier de "judiciaires" et d'"informels". Les procédures judiciaires d'insolvabilité sont des procédures ouvertes en vertu de la loi sur l'insolvabilité et régies par celle-ci. Elles comprennent en général une procédure de liquidation et une procédure de redressement. Les procédures informelles d'insolvabilité ne sont pas régies par la loi sur l'insolvabilité et prévoient en général des négociations volontaires entre le débiteur et certains ou l'ensemble de ses créanciers. Ce type de négociations ont souvent été élaborées par l'intermédiaire des secteurs bancaire et commercial et prévoient normalement une forme quelconque de redressement du débiteur insolvable. Même si elles ne sont pas régies par une loi sur l'insolvabilité, leur efficacité est fonction de l'existence d'une telle loi, celle-ci pouvant prévoir des incitations indirectes ou d'autres moyens de persuasion en faveur d'un redressement (pour plus de détails, voir ci-dessous).

#### A. Principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

11. Bien que les approches des pays diffèrent, il est largement admis que des régimes de l'insolvabilité efficaces et effectifs devraient viser les principaux objectifs définis ci-dessous. Quelle que soit la façon dont une loi sur l'insolvabilité sera structurée pour atteindre ces objectifs, elle devra être complémentaire des

valeurs juridiques et sociales sur lesquelles elle se fonde et qu'elle doit finalement conforter, et être compatible avec elles. Bien que la loi sur l'insolvabilité constitue en général un régime distinct, elle ne devrait pas aboutir à des résultats fondamentalement contradictoires avec les principes sur lesquels se fonde le droit commun. Lorsqu'elle cherche effectivement à produire un résultat différent ou fondamentalement divergent du droit commun (par exemple pour ce qui est du traitement des contrats, de l'annulation des actes et des opérations antérieurs à l'ouverture de la procédure ou du traitement des droits des créanciers garantis), il est très souhaitable que ce résultat soit le fruit d'une réflexion approfondie et d'une politique délibérée.

**1. Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques**

12. Les lois et les institutions traitant de l'insolvabilité sont indispensables pour permettre aux pays de tirer avantage - en évitant les inconvénients- de l'intégration des systèmes financiers nationaux dans le système financier international. Elles devraient promouvoir la restructuration des entreprises viables ainsi que la liquidation et le transfert efficaces des actifs des entreprises en faillite, faciliter l'apport d'un financement pour la création et le redressement d'entreprises et permettre d'évaluer le risque de crédit, au niveau tant interne qu'international. Les principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité définis ci-après devraient être réalisés dans un but général de sécurisation du marché et de promotion de la stabilité et de la croissance économiques.

**2. Maximiser la valeur des actifs**

13. Les participants à la procédure d'insolvabilité devraient être fortement incités à maximiser la valeur des actifs, car cela permettra de répartir un montant plus important entre l'ensemble des créanciers et de réduire la charge de l'insolvabilité. La réalisation de cet objectif est souvent facilitée par une juste répartition des risques entre les parties concernées. Par exemple, la manière dont sont traitées les opérations antérieures à l'ouverture de la procédure peut garantir un traitement équitable des créanciers et augmenter la valeur des actifs du débiteur grâce à la récupération de valeur au profit de tous les créanciers. Mais en même temps, le traitement accordé à ces opérations risque de nuire à la prévisibilité des relations contractuelles, qui est cruciale pour les décisions d'investissement, et, partant, de rompre l'équilibre entre les différents objectifs d'un régime de l'insolvabilité. De même, il faut parvenir à un équilibre entre une liquidation rapide et des efforts à plus long terme visant à redresser l'entreprise, qui peuvent générer davantage de valeur pour les créanciers, entre la nécessité de réaliser de nouveaux investissements afin de préserver ou d'augmenter la valeur des actifs et les conséquences et les coûts de ces nouveaux investissements pour les différentes parties intéressées, et entre les différents rôles impartis à celles-ci, en particulier le pouvoir discrétionnaire que peut exercer le représentant de l'insolvabilité et la mesure dans laquelle les créanciers peuvent superviser l'exercice de ce pouvoir pour assurer le bon déroulement du processus.

**3. Établir un équilibre entre liquidation et redressement**

14. Le premier objectif qu'est la maximisation de la valeur est étroitement lié à l'équilibre à établir entre liquidation et redressement dans la loi sur l'insolvabilité.

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

#### **4. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation**

15. Cet objectif est fondé sur le principe selon lequel, dans une procédure collective, les créanciers ayant les mêmes droits devraient être sur un pied d'égalité, leurs créances étant remboursées en fonction de leur rang de priorité et de leurs droits réels. Traiter équitablement ne signifie pas traiter tous les créanciers de la même façon, mais d'une manière qui tienne compte des différents accords qu'ils ont passés avec le débiteur, ce facteur devenant toutefois moins déterminant lorsque aucun contrat créant une obligation spécifique de paiement n'a été conclu avec le débiteur, comme dans le cas des demandes de dommages-intérêts (par exemple, pour dégradation de l'environnement). Même si le traitement équitable est modifié par la politique sociale relative à la priorité des créances et devrait céder le pas aux prérogatives conférées aux détenteurs de créances ou de droits réels nés, notamment, de l'effet de la loi, ce principe garde son importance en garantissant que la priorité accordée aux créances d'une même catégorie s'applique de la même manière à tous les créanciers de cette catégorie. Le principe du traitement équitable se retrouve dans de nombreux aspects d'une loi sur l'insolvabilité, notamment dans l'application de l'arrêt des poursuites, les dispositions permettant d'annuler des actes et des opérations et de récupérer de la valeur pour la masse de l'insolvabilité, le classement des créances, les procédures de vote dans le redressement et les mécanismes de répartition. Une loi sur l'insolvabilité devrait traiter les problèmes de fraude et de favoritisme qui peuvent surgir en cas de difficultés financières, en prévoyant, par exemple, la possibilité de faire annuler les actes et les opérations portant atteinte au principe du traitement équitable des créanciers.

#### **5. Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité**

16. Il faudrait traiter et régler l'insolvabilité d'une manière ordonnée, rapide et efficace, afin de ne pas perturber inutilement les affaires et les activités du débiteur et de réduire au minimum le coût de la procédure. Une administration rapide et

efficace contribuera à maximiser la valeur des actifs, tandis que l'impartialité favorisera un traitement équitable. Tout le processus doit être soigneusement pensé afin de garantir une efficacité maximum sans sacrifier la souplesse. Il devrait en même temps viser à liquider les entreprises non viables et inefficaces et à assurer la survie de celles qui sont efficaces et potentiellement viables.

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

**6. Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers**

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

**7. Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations**

19. Une loi sur l'insolvabilité devrait être transparente et prévisible. Cela permettra aux créanciers et prêteurs potentiels de comprendre le déroulement de la procédure d'insolvabilité et de mesurer les risques liés à leur statut de créanciers en cas d'insolvabilité, renforcera la stabilité des relations commerciales et favorisera la baisse des primes de risque associées aux prêts et aux investissements. La transparence et la prévisibilité permettront aussi aux créanciers de clarifier les priorités, préviendront les conflits en offrant un cadre dans lequel pourront être déterminés les droits et risques relatifs et aideront à définir les limites de tout pouvoir discrétionnaire. Une application imprévisible de la loi sur l'insolvabilité risque par contre, non seulement d'ébranler la confiance de tous les participants dans la procédure, mais aussi de freiner leurs décisions en matière de crédit et d'investissement. Dans la mesure du possible, une loi sur l'insolvabilité devrait clairement indiquer toutes les dispositions des autres lois pouvant avoir une incidence sur la conduite de la procédure (par exemple, droit du travail; droit commercial et droit des contrats; droit fiscal; lois relatives aux devises, aux compensations et aux compensations globales, à la conversion de créances en prises de participation, voire droit de la famille et droit matrimonial).

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

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

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

**9. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale**

22. Pour favoriser la coordination entre les pays et faciliter la fourniture d'une aide dans l'administration d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger, les lois sur l'insolvabilité devraient contenir des règles sur l'insolvabilité internationale, notamment sur la reconnaissance des procédures étrangères, en incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale<sup>3</sup>.

**B. Équilibrer les principaux objectifs**

23. Étant donné qu'un régime de l'insolvabilité ne peut protéger entièrement les intérêts de toutes les parties, certains des choix fondamentaux à faire lorsqu'on élabore une loi sur l'insolvabilité ont trait à la définition des buts généraux de ladite loi (sauver les entreprises en proie à des difficultés financières, préserver l'emploi, protéger les intérêts des créanciers, encourager le développement d'une classe d'entrepreneurs) et à la réalisation de l'équilibre souhaité entre les objectifs précis définis plus haut. Les lois sur l'insolvabilité parviennent à établir cet équilibre en modifiant la répartition des risques de l'insolvabilité d'une façon qui soit compatible avec les objectifs économiques, sociaux et politiques d'un pays. De ce fait, les régimes de l'insolvabilité peuvent avoir des incidences très importantes sur l'ensemble de l'économie.

<sup>3</sup> Voir chapitre VII.

24. La première tâche d'une loi sur l'insolvabilité consiste à établir un cadre de principes qui détermine la manière dont la masse de l'insolvabilité doit être administrée au profit de toutes les parties concernées. La création de ce cadre et son incorporation dans le système juridique général sont indispensables pour maintenir l'ordre et la stabilité dans la société. Toutes les parties doivent être en mesure de prévoir ce qu'il adviendra de leurs droits si un débiteur se révèle incapable de payer une partie ou l'intégralité de ce qu'il leur doit. Ainsi, les créanciers comme les investisseurs en fonds propres peuvent calculer les incidences économiques du défaut de paiement du débiteur et, par voie de conséquence, évaluer leurs risques. Ces questions sont traitées en détail dans le *Guide*.

25. Il n'existe pas de formule universelle pour élaborer une loi sur l'insolvabilité car les besoins des pays sont sensiblement différents, de même que leurs lois régissant d'autres questions d'une importance fondamentale pour l'insolvabilité, telles que les sûretés réelles<sup>4</sup>, les droits réels et contractuels et les procédures de recours et de recouvrement. Cela étant, la plupart des lois sur l'insolvabilité traitent l'ensemble des questions soulevées par les objectifs principaux, même si l'accent ne porte pas sur les mêmes éléments. Si certaines lois (parfois qualifiées de régimes "favorables aux créanciers") privilégient la reconnaissance et l'exécution des droits des créanciers et des accords commerciaux en cas d'insolvabilité et donnent aux créanciers plus de pouvoir qu'au débiteur dans la procédure d'insolvabilité, d'autres (qualifiées de régimes "favorables au débiteur") tendent au contraire à laisser davantage de pouvoir au débiteur. D'autres encore essaient de trouver un juste milieu. Certaines lois privilégient la liquidation de l'entreprise débitrice afin d'éliminer du marché les acteurs inefficaces et incompetents, alors que d'autres favorisent le redressement. Cette dernière option peut permettre d'atteindre plusieurs objectifs: donner une deuxième chance aux actionnaires et à la direction de l'entreprise débitrice et, partant, augmenter la valeur des créances des créanciers du fait de la poursuite de l'activité; inciter fortement les entrepreneurs et les gestionnaires à adopter une attitude appropriée à l'égard du risque; ou protéger des groupes vulnérables, tels que les salariés de l'entreprise débitrice, des conséquences d'une faillite<sup>5</sup>. Certaines lois accordent une importance particulière à la protection des salariés et au maintien de l'emploi dans l'insolvabilité tandis que d'autres autorisent la réduction des effectifs et protègent très peu les salariés.

26. Cependant, il ne faudrait pas que l'adoption d'une approche favorable au redressement ait pour effet d'offrir une planche de salut à des entreprises

---

<sup>4</sup> Des mesures ont été prises ces dernières années afin d'harmoniser le droit des sûretés réelles, notamment avec l'adoption de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001) et de la Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ainsi qu'avec les travaux menés actuellement par la CNUDCI en vue d'élaborer un guide législatif sur les opérations garanties.

<sup>5</sup> Il n'y a pas nécessairement de corrélation directe entre le fait qu'un régime de l'insolvabilité soit favorable au débiteur ou au créancier, le fait que l'accent soit mis sur la liquidation ou sur le redressement, et le succès ou l'échec du redressement. Ces questions, même si leur examen détaillé n'entre pas dans le cadre du présent *Guide*, sont importantes pour l'élaboration d'un régime de l'insolvabilité et méritent d'être prises en considération. Bien que le taux de réussite des redressements varie considérablement dans les régimes considérés comme favorables aux créanciers, des études semblent infirmer l'hypothèse selon laquelle les redressements seraient moins nombreux ou leur succès moins fréquent dans ces régimes que dans ceux qui sont favorables au débiteur.

moribondes – celles qu’il n’est plus possible de sauver devraient être liquidées aussi rapidement et efficacement que possible. Dans la mesure où certains intérêts peuvent être considérés comme moins prioritaires que d’autres, la mise en place de mécanismes en dehors de la loi sur l’insolvabilité peut être une meilleure solution que la prise en compte de ces intérêts dans le régime de l’insolvabilité. Ainsi, lorsque pour des raisons de politique générale, il est décidé d’accorder un rang moins élevé aux salariés qu’aux créanciers garantis et prioritaires dans l’insolvabilité, des mécanismes d’assurance peuvent être utilisés pour protéger les droits de ces salariés.

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

### C. Caractéristiques générales d’une loi sur l’insolvabilité

28. Pour élaborer une loi sur l’insolvabilité efficace et effective, il faut examiner une série de questions ayant trait à la fois au cadre juridique (droits et obligations des parties, tant sur le fond que sur le plan de la procédure) et au cadre institutionnel requis (pour exécuter ces droits et obligations). Les questions de fond, qui sont examinées en détail dans la deuxième partie du présent *Guide*, sont notamment les suivantes:

a) identification des débiteurs qui peuvent faire l’objet d’une procédure d’insolvabilité, y compris ceux auxquels il peut être nécessaire d’appliquer un régime d’insolvabilité spécial;

b) détermination du moment où la procédure d’insolvabilité peut être ouverte et du type de procédure qui peut être ouverte, de la partie qui peut en demander l’ouverture et du point de savoir si les critères d’ouverture devraient différer en fonction de la partie qui demande l’ouverture;

c) mesure dans laquelle le débiteur devrait être autorisé à conserver le contrôle de l’entreprise après l’ouverture de la procédure d’insolvabilité ou être dessaisi et une partie indépendante (appelée dans le *Guide* le “représentant de l’insolvabilité”) nommée pour superviser et gérer l’entreprise débitrice, et distinction à opérer à cet égard entre liquidation et redressement;

d) protection des actifs du débiteur contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l’insolvabilité et, lorsque des mesures de protection s’appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur économique de leurs sûretés réelles sera protégée pendant la procédure d’insolvabilité;

e) manière dont le représentant de l’insolvabilité peut traiter les contrats conclus par le débiteur avant l’ouverture de la procédure et dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont entièrement acquittés de leurs obligations respectives;

f) mesure dans laquelle les droits à compensation ou à compensation globale peuvent être exécutés ou seront protégés, en dépit de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

g) manière dont le représentant de l'insolvabilité peut utiliser les actifs de la masse de l'insolvabilité ou en disposer;

h) mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité peut annuler certains types d'opérations qui lèsent les intérêts des créanciers;

i) dans le cas d'un redressement, élaboration du plan de redressement et restrictions éventuelles à imposer au contenu du plan, partie habilitée à élaborer ce dernier et conditions requises pour son approbation et son exécution;

j) classement des créanciers aux fins de la répartition du produit de la liquidation;

k) exécution du plan de redressement;

l) répartition du produit de la liquidation;

m) en cas de liquidation, décharge du débiteur ou dissolution de son entreprise; et

n) clôture de la procédure.

29. Outre ces questions spécifiques, il faut examiner de façon plus générale comment la loi sur l'insolvabilité s'articulera avec d'autres règles de droit matériel et si elle obligera à les modifier. Ces règles peuvent être notamment les dispositions du droit du travail qui prévoient certaines protections en faveur des salariés, les lois qui restreignent les possibilités de recours à la compensation et à la compensation globale, les lois qui restreignent les conversions de créances en prises de participation et les lois qui imposent un contrôle des changes ou un contrôle des investissements étrangers pouvant avoir une incidence sur le contenu du plan de redressement (voir contrats de travail et salariés, chapitres II.E et V.B de la deuxième partie; compensation et compensation globale, chapitres G et H de la deuxième partie; et contenu du plan de redressement, chapitre IV de la deuxième partie).

30. Bien que le présent *Guide* n'examine pas en détail le cadre institutionnel, certaines de ces questions sont abordées brièvement ci après. Nonobstant la diversité des questions de fond à résoudre, les lois sur l'insolvabilité revêtent un caractère très procédural. Les règles de procédure sont essentielles pour déterminer comment les rôles doivent se répartir entre les divers participants et en particulier qui prend les décisions. Dans la mesure où la loi sur l'insolvabilité confère en grande partie à l'infrastructure institutionnelle la responsabilité de prendre les décisions essentielles, il est indispensable que cette infrastructure soit suffisamment développée pour s'acquitter des fonctions qui lui incombent.

## II. Mécanismes de règlement des difficultés financières du débiteur

### A. Négociations volontaires de restructuration

31. Les négociations volontaires de restructuration ont été imaginées il y a quelques années par le secteur bancaire comme alternative aux procédures judiciaires de redressement menées conformément à la loi sur l'insolvabilité. Conduit et influencé par des banques et des organismes financiers opérant internationalement, ce type de négociation s'est progressivement étendu, bien qu'à des degrés divers, à un nombre considérable de pays – si certains disent y recourir rarement, dans d'autres la plupart des redressements seraient opérés par ce moyen. Cette situation peut, jusqu'à un certain point, refléter l'existence (ou l'absence) de ce qui est parfois qualifié de "culture du sauvetage" – à savoir la mesure dans laquelle les participants estiment que ce type de négociation est susceptible de réussir, même si sur le plan formel il est dépourvu de certaines caractéristiques de la procédure régie par la loi sur l'insolvabilité, telles que l'arrêt des poursuites.

32. Le recours aux négociations volontaires de restructuration s'est généralement limité aux sociétés en situation financière difficile ou insolvable ayant des dettes importantes envers des banques et des bailleurs de fonds. L'objectif est de parvenir à un accord contractuel à la fois entre les prêteurs eux-mêmes et entre ceux-ci et le débiteur en vue de la restructuration de l'entreprise débitrice, avec ou sans réorganisation du financement. Ce type de négociation peut être un moyen de conférer de la souplesse à un régime d'insolvabilité en réduisant la charge des tribunaux, en incitant les créanciers à réagir plus rapidement qu'ils ne pourraient le faire normalement dans le cadre de procédures judiciaires d'insolvabilité et en évitant l'opprobre qui est souvent associée à l'insolvabilité. Le succès de négociations volontaires, bien qu'elles ne se fondent pas sur les dispositions de la loi sur l'insolvabilité, dépend dans une très large mesure de l'existence d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective reposant sur un cadre institutionnel<sup>6</sup> et prévoyant des sanctions susceptibles d'y contribuer. Si le débiteur et ses créanciers bancaires et financiers n'en profitent pas pour se réunir et entamer volontairement ces négociations, ils peuvent invoquer la loi sur l'insolvabilité, avec les inconvénients que cela peut comporter pour l'un comme pour les autres en termes de retards, de coût et de résultat.

33. De nombreux systèmes juridiques envisagent la possibilité pour un débiteur de conclure avec certains ou l'ensemble de ses créanciers un accord ou un arrangement qui ne sera pas régi par la loi sur l'insolvabilité mais pourra l'être, par exemple, par le droit des contrats, le droit des sociétés ou le droit commercial, le droit de la procédure civile ou encore, dans certains cas, par la réglementation bancaire pertinente. Cependant, quelques pays n'autorisent pas les accords ou arrangements visant à restructurer l'entreprise débitrice et ses dettes par voie extrajudiciaire ou en dehors du cadre de la loi sur l'insolvabilité. Certaines lois considéreraient les mesures associées à de telles négociations volontaires comme suffisantes pour que les tribunaux fassent une déclaration d'insolvabilité. De même, un certain nombre de pays, du fait qu'ils imposent au débiteur l'obligation d'ouvrir une procédure

---

<sup>6</sup> Pour un examen du cadre institutionnel, voir section III ci-dessous.

judiciaire d'insolvabilité dans un certain délai après la survenue d'un certain événement caractéristique de l'insolvabilité, limitent le recours aux négociations volontaires aux cas dans lesquels les conditions formelles pour l'ouverture de la procédure ne sont pas remplies. Il semble néanmoins que, dans ces pays, les banques et autres créanciers aient souvent recours à diverses techniques pour parvenir à une forme ou une autre de redressement des débiteurs.

## **1. Conditions nécessaires**

34. Un certain nombre de conditions bien définies doivent être réunies au départ pour assurer l'efficacité des négociations volontaires de restructuration. Ces conditions peuvent être notamment les suivantes:

- a) sommes importantes dues à un certain nombre de grandes banques ou autres institutions financières;
- b) incapacité actuelle du débiteur de payer ces sommes;
- c) acceptation de l'idée qu'il peut être préférable de négocier un accord entre le débiteur et les prêteurs mais aussi entre les prêteurs eux-mêmes afin de résoudre les difficultés financières du débiteur;
- d) recours éventuel au refinancement, aux sûretés et à d'autres techniques commerciales relativement complexes pour modifier, réaménager ou restructurer les dettes ou l'entreprise débitrice elle-même;
- e) possibilité d'appliquer rapidement et effectivement la loi sur l'insolvabilité si le processus de négociation ne peut être engagé ou échoue;
- f) perspective d'une solution plus avantageuse pour toutes les parties par la négociation que par le recours direct et immédiat à la loi sur l'insolvabilité (en partie parce que le résultat de la négociation est soumis au contrôle des parties prenantes et que le processus est moins onéreux et peut être mené à bien rapidement sans perturber l'activité de l'entreprise débitrice);
- g) le débiteur n'a pas besoin d'une remise de ses dettes commerciales ou des avantages d'une procédure judiciaire d'insolvabilité, tels que l'arrêt automatique des poursuites ou la possibilité de rejeter des dettes trop lourdes; et
- h) conditions fiscales avantageuses ou neutres s'appliquant au redressement tant dans le pays du débiteur que dans les pays des créanciers étrangers.

## **2. Principaux éléments**

35. Pour que des négociations volontaires de restructuration soient efficaces, il faut suivre un certain nombre d'étapes et faire appel à diverses compétences. Les principaux éléments de ce processus sont examinés ci-dessous.

### **a) Engager les négociations**

36. Les négociations volontaires consistent essentiellement à réunir le débiteur et les créanciers, ou du moins les principaux créanciers, l'un ou plusieurs d'entre eux devant engager le processus (car ils ne peuvent s'appuyer sur une loi ni sur un organisme d'assistance pour engager, imposer ou favoriser les négociations). Un débiteur pourrait être réticent à entamer un dialogue avec les créanciers, ou du

moins avec l'ensemble de ceux-ci, et les créanciers, soucieux de leur propre situation, peuvent montrer peu d'intérêt pour des négociations collectives. C'est alors que peuvent être invoquées la possibilité et l'efficacité de recours individuels par les créanciers ou d'une procédure judiciaire d'insolvabilité pour encourager la mise en route et la progression de ces négociations. En effet, un débiteur qui reste réticent à participer à ce processus peut faire l'objet de procédures individuelles de recouvrement de créances ou de réalisation de sûretés, voire d'une procédure d'insolvabilité, qu'il ne pourra empêcher d'aboutir ni retarder. Les créanciers, de leur côté, peuvent également se trouver soumis à une procédure judiciaire d'insolvabilité qui les empêchera de faire exécuter leurs droits individuels et ne sera peut-être pas le meilleur moyen de recouvrer leurs créances. Il est donc capital de créer un cadre dans lequel le débiteur et ses créanciers peuvent ensemble rechercher et négocier un accord de règlement des difficultés financières du premier.

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

37. Les négociations volontaires devraient faire intervenir toutes les parties principales; en général, la participation du groupe des prêteurs et parfois des principaux créanciers qui peuvent être concernés par un accord volontaire de restructuration est essentielle pour les négociations. Pour mieux coordonner ces dernières, on charge souvent un créancier principal de l'orientation, de l'organisation, de la gestion et de l'administration du processus. Ce créancier fait en général rapport à un comité représentatif de tous les créanciers (comité directeur) et peut apporter une aide et répercuter les propositions concernant le débiteur.

**c) Convenir d'une "trêve"**

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

**d) Recourir à des conseillers**

39. Une restructuration volontaire se déroule rarement, sinon jamais, sans l'intervention d'experts et de conseillers indépendants de divers domaines (par exemple, droit, comptabilité, réglementation financière et commerciale, marketing). Si l'on peut penser que ces interventions entraîneront des coûts inutiles et constitueront une ingérence dans les affaires du débiteur et des créanciers ainsi qu'une perte de contrôle, il n'en est pas moins nécessaire en général de disposer d'informations vérifiées par des experts indépendants ainsi que de plans de refinancement, de restructuration, de gestion et d'exploitation élaborés par des professionnels, qui sont essentiels pour assurer le succès des négociations.

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

40. Un débiteur qui devient candidat à des négociations volontaires de restructuration aura souvent besoin de conserver l'accès à ses lignes de crédit

existantes ou de bénéficier de nouveaux crédits. Il se peut que l'octroi de crédits par les créanciers garantis existants ne présente aucun problème. Dans le cas contraire, toutefois, et si de nouveaux crédits sont nécessaires, il sera peut-être difficile d'en garantir le remboursement si les négociations échouent. Mais alors que la loi sur l'insolvabilité permettra de régler cette question en attribuant une forme ou une autre de priorité à ces prêts en cours (voir chapitre II.D de la deuxième partie), elle ne s'étendra généralement pas à un accord conclu dans le cadre de négociations volontaires.

41. Les créanciers qui participent à ces négociations peuvent néanmoins convenir entre eux que si l'un ou plusieurs d'entre eux octroient de nouveaux crédits, les autres céderont leur rang afin que les nouveaux crédits soient remboursés avant leurs propres créances. Ainsi, si les négociations de restructuration aboutissent, il y aura entre ces créanciers un accord contractuel pour le remboursement du nouveau financement apporté. Mais si elles échouent et que l'entreprise débitrice est liquidée, le créancier qui a consenti un nouveau crédit peut se retrouver avec une créance chirographaire (à moins qu'une sûreté n'ait été constituée) et n'être que partiellement remboursé au même titre que les autres créanciers chirographaires.

**f) Accès à des informations sur le débiteur**

42. L'accès à des informations complètes et exactes sur le débiteur est essentiel pour permettre une évaluation correcte de la situation financière de ce dernier et la soumission de propositions aux créanciers concernés. Les informations sur l'actif, le passif et les affaires du débiteur devront être mises à la disposition de tous les créanciers concernés, mais devront peut-être rester confidentielles, sauf si elles sont déjà publiques.

**g) Traiter avec les créanciers**

43. La complexité des intérêts des créanciers pose souvent des problèmes délicats dans les négociations volontaires. On ne peut prendre en compte ces intérêts divergents et persuader les créanciers qui ont déjà engagé à l'encontre du débiteur une action en recouvrement ou en exécution forcée de participer aux négociations que si celles-ci ont des chances d'aboutir à un meilleur résultat ou si la menace d'une procédure judiciaire d'insolvabilité dissuade les créanciers de faire valoir leurs droits individuellement.

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

45. Dans un accord volontaire de restructuration, les créanciers commerciaux et les petits créanciers sont souvent intégralement remboursés. Si cette situation semble révéler une inégalité de traitement, elle peut être jugée économiquement rationnelle par le groupe des principaux créanciers. Une autre solution est de faire accepter par les principaux créanciers un plan de restructuration qui servira ensuite de base pour une procédure de redressement sous le contrôle d'une juridiction à laquelle participeront d'autres créanciers (on parle parfois à ce propos de plan "préétabli" et, dans le présent *Guide*, de procédure de redressement accélérée – voir chapitre IV.B. de la deuxième partie). Ce plan peut ensuite lier les autres créanciers. Mais sans un régime judiciaire de l'insolvabilité efficace, ce résultat ne pourrait être obtenu dans de telles circonstances.

### 3. Règles et lignes directrices pour une restructuration volontaire

46. Pour faciliter la conduite de négociations volontaires de restructuration et, en particulier, pour traiter les problèmes mentionnés plus haut dans le cas d'entreprises multinationales complexes, un certain nombre d'organisations ont élaboré des principes et des lignes directrices non contraignants. L'une de ces méthodes, dite "de Londres", tire son nom des principes directeurs non contraignants adressés par la Banque d'Angleterre aux banques commerciales, qui sont instamment invitées à soutenir leurs débiteurs en situation financière difficile. Les décisions relatives à l'avenir à long terme des débiteurs ne devraient être prises que sur la base d'informations complètes, partagées entre toutes les banques et les autres parties qui participeraient à un accord sur ce point. Des moratoires et des accords de cession de rang facilitent l'octroi d'un financement provisoire et les banques et les autres créanciers essaient de s'entendre pour décider collectivement s'il faudrait sauver financièrement l'entreprise débitrice et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Des lignes directrices analogues ont été élaborées par les banques centrales d'autres pays. Une des organisations internationales ayant entrepris des travaux dans ce domaine est INSOL (International Federation of Insolvency Professionals), *qui a élaboré des principes pour une approche globale des accords de règlement amiable faisant intervenir plusieurs créanciers* (Principles for a global approach to multi-creditor workouts). Ces *Principes* ont pour but d'accélérer les négociations volontaires de restructuration 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.

## B. Procédures d'insolvabilité

47. Deux principaux types de procédures se retrouvent dans la plupart des lois sur l'insolvabilité – le redressement et la liquidation.

48. La séparation ou distinction traditionnelle entre ces deux types de procédures peut être quelque peu artificielle et risque de créer une polarisation et une rigidité inutiles. Elle ne tient pas compte, par exemple, des cas qu'il est difficile de ranger dans l'un ou l'autre type, c'est-à-dire ceux dans lesquels un mode souple de règlement de la situation financière du débiteur a des chances de donner le meilleur résultat, tant pour le débiteur que pour les créanciers, pour ce qui est de la maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité. Ainsi, on qualifie parfois de "redressement" un mode particulier de préservation et éventuellement

d'augmentation de la valeur de la masse dans le cadre d'une procédure de liquidation, notamment lorsque la loi prévoit que la liquidation s'opère par cession de l'entreprise à un repreneur en vue de la poursuite de l'activité. Dans ce cas, le terme "redressement" désigne simplement une technique autre que la liquidation traditionnelle (c'est-à-dire la vente ou réalisation pure et simple et séparée des actifs) utilisée pour tirer de la masse de l'insolvabilité la valeur la plus élevée possible. Aux fins de cette vente ou réalisation, la loi sur l'insolvabilité devra peut-être ménager une certaine souplesse, dont sont généralement dépourvues les lois qui définissent la liquidation comme une vente aussi rapide que possible des actifs et autorisent le maintien de l'entreprise uniquement dans ce but. Certaines lois, par exemple, permettent effectivement au représentant de l'insolvabilité de vendre ou de réaliser les actifs du débiteur à des conditions plus avantageuses que dans la liquidation. De même, le redressement peut exiger la vente d'éléments importants de l'entreprise du débiteur ou déboucher sur la liquidation ou la vente de l'entreprise à une nouvelle société et sur la dissolution de l'entreprise débitrice existante.

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

50. Dans son analyse des dispositions essentielles d'un régime efficace et effectif de l'insolvabilité, le présent Guide se focalise sur la procédure de redressement, d'une part, et sur la procédure de liquidation, d'autre part. Ce faisant, il ne cherche pas à indiquer une préférence pour des types particuliers de procédures ou pour la façon dont les différentes procédures devraient être intégrées dans une loi sur l'insolvabilité, mais plutôt à comparer les éléments essentiels des différents types de procédures et à promouvoir une approche axée sur la maximisation du résultat pour les parties impliquées dans une procédure d'insolvabilité et non sur des types de procédures strictement définis. Le législateur peut atteindre cet objectif en incorporant dans la loi sur l'insolvabilité les éléments judiciaires traditionnels d'une façon qui assure le maximum de souplesse.

## **1. Procédure de redressement**

51. Un moyen de résoudre les difficultés financières d'un débiteur est le redressement, qui vise à sauver une société ou, à défaut, une activité. Ce mécanisme peut revêtir plusieurs formes et est sans doute moins universel dans sa conception, son acceptation et son application que la liquidation. Par souci de simplicité, le terme "redressement" est employé dans le *Guide* dans un sens large pour désigner le type de procédure dont l'objectif ultime est de permettre au débiteur de surmonter ses difficultés financières et de reprendre ou de poursuivre ses activités commerciales normales (même si elle peut, dans certains cas, déboucher sur une réduction des activités de l'entreprise, sa cession en vue de la poursuite de l'activité ou sa liquidation).

52. Toutes les entreprises débitrices qui donnent des signes de faiblesse ou connaissent de graves difficultés financières sur un marché concurrentiel ne

devraient pas nécessairement être liquidées; une entreprise débitrice qui a des perspectives raisonnables de survie (par exemple, qui exerce une activité potentiellement rentable) devrait se voir donner une chance, lorsque l'on peut démontrer qu'il est plus intéressant (et par conséquent plus avantageux à long terme pour les créanciers) de maintenir ensemble son activité essentielle et d'autres de ses composantes. Les procédures de redressement visent à accorder un répit au débiteur pour lui permettre de surmonter ses problèmes temporaires de liquidités ou un problème plus permanent de surendettement et à lui donner, si nécessaire, la possibilité de restructurer ses opérations et ses relations avec les créanciers. Lorsque le redressement est possible, il aura généralement la préférence des créanciers si la valeur tirée de la poursuite des activités de l'entreprise débitrice augmente celle de leurs créances. Le redressement, toutefois, n'implique pas que toutes les parties intéressées doivent être entièrement protégées ni qu'elles devraient être rétablies dans la position financière ou commerciale qui aurait été la leur si l'entreprise n'était pas devenue insolvable. Il ne signifie pas que l'entreprise débitrice sera complètement remise sur pied ou que ses créanciers seront totalement désintéressés, ni que les propriétaires et les dirigeants de l'entreprise insolvable maintiendront et préserveront leurs positions respectives. Les dirigeants peuvent être démis et remplacés, les fonds propres réduits à néant, une partie des salariés licenciés et les fournisseurs perdre un de leurs débouchés. En général, cependant, le redressement implique que, quel que soit le type de plan, de dispositif ou d'arrangement convenu, les créanciers recevront au bout du compte un montant plus élevé que si l'entreprise débitrice devait être liquidée.

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

54. Un redressement peut prendre différentes formes. Il peut s'agir d'un simple accord concernant les créances (appelé concordat) par lequel, par exemple, les créanciers conviennent de recevoir un certain pourcentage de leurs créances et de se considérer ainsi pleinement, complètement et définitivement désintéressés. Le débiteur voit ainsi ses dettes réduites et, redevenu solvable, il peut poursuivre ses activités. Il peut aussi s'agir d'une procédure complexe prévoyant, par exemple, la restructuration des dettes (extension de la durée du prêt et du délai de remboursement, report du paiement des intérêts ou changement de l'identité des prêteurs); la possibilité de convertir une partie des créances en prises de participation moyennant une réduction (ou même la disparition) des participations existantes; la possibilité de vendre les actifs non essentiels; et l'arrêt des activités non rentables. Le choix du mode de redressement est généralement fonction de la taille de l'entreprise et de la complexité de la situation du débiteur.

55. Bien que le redressement ne soit pas aussi répandu dans les lois sur l'insolvabilité que la liquidation et ne puisse pas de ce fait suivre un modèle commun, un certain nombre d'éléments clefs ou essentiels peuvent être dégagés:

- a) soumission du débiteur à la procédure (de son plein gré ou à la demande des créanciers), qui peut comporter ou non un contrôle ou une surveillance judiciaire;
- b) interdiction ou suspension automatique et obligatoire des actions et des poursuites de tous les créanciers contre les actifs du débiteur pendant une durée limitée;
- c) continuation de l'activité du débiteur, par la direction en place, par un administrateur indépendant ou par les deux à la fois;
- d) élaboration d'un plan contenant des propositions quant au traitement des créanciers, des actionnaires ou associés et du débiteur lui-même;
- e) examen, vote et acceptation du plan par les créanciers;
- f) éventuellement, homologation ou confirmation judiciaire du plan accepté; et
- g) exécution du plan.

56. Les avantages du redressement sont de plus en plus acceptés, et de nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions relatives aux procédures judiciaires de redressement. La mesure dans laquelle on a recours, pour atteindre les objectifs du redressement, à une procédure judiciaire plutôt qu'à une forme ou une autre de négociations volontaires, varie selon les pays. En tout état de cause, il est généralement reconnu que l'existence d'une procédure de liquidation dans la loi sur l'insolvabilité peut faciliter le redressement d'une entreprise débitrice en incitant à la fois les créanciers et les débiteurs à trouver un accord approprié dans le cadre d'un plan de redressement.

57. Il y a toutefois souvent une corrélation entre la gravité des difficultés financières que connaît le débiteur, l'intrication de ses arrangements commerciaux et la complexité de la solution appropriée. Si, par exemple, une seule banque est impliquée, il est probable que le débiteur pourra négocier avec elle un accord volontaire de restructuration et résoudre ses difficultés sans faire intervenir ses créanciers commerciaux et sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir une procédure dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité. Lorsque la situation financière est plus complexe et exige la participation d'un grand nombre de créanciers de types différents, un plus grand formalisme peut être nécessaire pour trouver une solution qui satisfasse les intérêts et objectifs différents de ces créanciers puisque les accords volontaires de restructuration doivent être adoptés à l'unanimité des parties impliquées. Une procédure de redressement peut aider à atteindre l'objectif souhaité lorsqu'elle permet au débiteur et à une majorité de créanciers d'imposer un plan à une minorité de créanciers qui n'y est pas favorable, en particulier lorsque des créanciers "campent sur leurs positions" pendant des négociations extrajudiciaires. Dans certains cas, les procédures conduites conformément à la loi sur l'insolvabilité sont efficaces précisément parce qu'elles sont régies par cette loi, tandis que dans d'autres cas, les négociations volontaires réussissent parce qu'elles ne sont pas réglementées.

## 2. Procédure de redressement accélérée

58. Certains pays ont adopté ce que l'on peut décrire comme des procédures "antérieures à l'insolvabilité" ou "préétablies" (appelées dans le *Guide* "procédures de redressement accélérées"), qui sont en fait une combinaison de négociations volontaires de restructuration et de procédures de redressement régies par la loi sur l'insolvabilité. Une loi sur l'insolvabilité, par exemple, permet l'ouverture d'une procédure pour obtenir du tribunal l'homologation formelle d'un plan de redressement négocié volontairement et approuvé par les créanciers par un vote qui a eu lieu antérieurement à l'ouverture. De telles procédures visent à réduire au minimum les frais et la lenteur associés au redressement judiciaire et constituent un moyen de faire approuver un plan de redressement négocié volontairement même sans l'appui unanime des créanciers. Elles permettent d'utiliser l'approbation du plan de restructuration obtenue dans le cadre des négociations volontaires pour mener à bien un redressement qui liera tous les créanciers, tout en apportant aux créanciers concernés les protections prévues par la loi sur l'insolvabilité.

59. Une autre loi sur l'insolvabilité dispose que pour faciliter la conclusion d'un règlement amiable avec ses créanciers, un débiteur peut demander au tribunal de nommer un "conciliateur". Le conciliateur n'a pas de pouvoirs particuliers, mais il peut demander au tribunal d'imposer un arrêt des voies d'exécution à tous les créanciers s'il estime qu'une telle mesure faciliterait la conclusion d'un accord de règlement. Pendant la durée de l'arrêt, le débiteur ne peut faire aucun paiement pour s'acquitter de dettes existantes (à l'exception des salaires) ni disposer d'aucun actif en dehors du cours normal des affaires. La procédure se termine lorsqu'un accord est conclu soit avec tous les créanciers soit (sous réserve de l'homologation du tribunal) avec les principaux d'entre eux; dans ce dernier cas, le tribunal peut maintenir l'arrêt pour tous les créanciers non participants en accordant au débiteur un délai de grâce allant jusqu'à deux ans.

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

## 3. Liquidation

61. Le type de procédure appelé "liquidation" est régi par la loi sur l'insolvabilité et prévoit habituellement la prise en charge des actifs du débiteur par une autorité publique (généralement, mais pas nécessairement, un tribunal judiciaire agissant par l'intermédiaire d'une personne nommée à cette fin), en vue de mettre un terme à l'activité commerciale du débiteur, de réaliser les actifs non monétaires et de répartir ensuite le produit de la vente ou de la réalisation des actifs proportionnellement entre les créanciers. Les lois sur l'insolvabilité exigent généralement que les actifs soient vendus ou réalisés séparément aussi rapidement que possible. Certaines autorisent cependant que l'entreprise soit cédée par unités de production ou en vue de la poursuite de son activité, ce qui dans d'autres lois n'est permis que dans le redressement. La liquidation aboutit habituellement à la dissolution ou à la disparition de l'entreprise débitrice en tant que personne morale commerciale.

62. Les procédures de liquidation sont souvent très similaires dans leur conception, leur acceptation et leur application, et se déroulent normalement suivant le schéma ci-après:

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

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

64. Un mécanisme ordonné et relativement prévisible d'exécution des droits collectifs des créanciers peut également apporter à ces derniers un élément de prévisibilité au moment où ils décident d'octroyer des crédits et, d'une manière plus générale, favoriser les intérêts de tous les acteurs économiques en facilitant l'offre

de crédit et le développement des marchés financiers. Cela ne signifie pas qu'une loi sur l'insolvabilité devrait faire fonction de mécanisme d'exécution des droits de chaque créancier, encore qu'il y ait un lien manifeste et important entre exécution et mécanismes d'insolvabilité. L'efficacité et l'effectivité des procédures d'exécution individuelle des droits des créanciers éviteront à ces derniers d'avoir à recourir à la procédure d'insolvabilité dans ce but, d'autant qu'en général, le niveau de preuve, le coût et la complexité de cette procédure n'en font pas un instrument approprié à cette fin. Cela étant, une procédure d'insolvabilité efficace garantira qu'en cas d'échec des mécanismes de recouvrement des créances, les créanciers disposeront d'une ultime voie de recours susceptible d'inciter effectivement un débiteur récalcitrant à payer tel ou tel créancier.

#### 4. Structure de la loi sur l'insolvabilité

65. La structure du processus conduisant au choix de l'une de ces procédures varie considérablement d'une loi à l'autre. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient une procédure d'insolvabilité souple et unitaire avec une seule condition d'ouverture pouvant aboutir soit à la liquidation soit au redressement, selon les particularités d'espèces. D'autres prévoient deux procédures distinctes, comportant chacune ses propres conditions d'accès et d'ouverture, ainsi que différentes possibilités de conversion de l'une en l'autre. Les lois qui traitent la liquidation et le redressement comme deux procédures distinctes se fondent sur diverses considérations de principe en matière sociale et commerciale. Toutefois, un nombre important de questions étant communes à ces deux procédures, il y a entre elles de nombreux liens et chevauchements, aussi bien sous l'angle procédural qu'en ce qui concerne les questions de fond, comme le montrera la discussion ci après dans la deuxième partie.

66. Le choix de la procédure qui sera utilisée devrait dépendre, au moins en théorie, de la question de savoir si l'entreprise du débiteur insolvable est ou non viable. Mais dans la pratique, il est souvent impossible, à l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation, d'évaluer de manière définitive la viabilité financière de l'entreprise. Cette approche risque, entre autres inconvénients, de susciter une polarisation excessive entre liquidation et redressement et d'entraîner des retards, une augmentation des coûts et un manque d'efficacité, en particulier lorsque le redressement échoue et qu'une nouvelle demande distincte doit être formée pour la liquidation. On peut pallier ce manque d'efficacité, dans une certaine mesure, en établissant des liens entre les deux procédures, pour permettre la conversion de l'une en l'autre dans des cas particuliers, et en prévoyant des dispositifs destinés à prévenir tout recours abusif à la procédure d'insolvabilité, par exemple l'ouverture d'une procédure de redressement dans le but d'éviter ou de retarder la liquidation.

67. Pour ce qui est du choix de la procédure, certains pays prévoient que la partie qui demande l'ouverture de la procédure d'insolvabilité a le choix au départ entre la liquidation et le redressement. Lorsqu'une procédure de liquidation est engagée par un ou plusieurs créanciers, la loi prévoit souvent un mécanisme permettant au débiteur d'en demander la conversion en redressement quand cela est possible. Lorsque le débiteur demande l'ouverture d'une procédure de redressement, de sa propre initiative ou après avoir été assigné en liquidation par un créancier, il devrait, logiquement, être statué d'abord sur la demande de redressement. Pour protéger les

créanciers, cependant, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation dès lors qu'il est constaté, soit au début de la procédure soit plus tard, que le redressement a peu de chances d'aboutir ou est voué à l'échec. Un autre moyen de protéger les créanciers serait de fixer la durée maximale pendant laquelle une procédure de redressement peut être menée contre le gré des créanciers.

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

69. La difficulté de décider d'emblée si le débiteur devrait faire l'objet d'une procédure de liquidation plutôt que de redressement a conduit certains pays à revoir leur loi sur l'insolvabilité et à remplacer les procédures distinctes par une procédure "unitaire"<sup>7</sup>. Dans la conception "unitaire", la loi prévoit une période initiale (généralement appelée "période d'observation" qui, dans certaines lois en vigueur, peut durer jusqu'à trois mois) pendant laquelle on ne préjuge pas du sort final – redressement ou liquidation – de l'entreprise. Le choix entre l'une ou l'autre issue n'intervient qu'une fois que la situation financière du débiteur a été évaluée et qu'il a été décidé si le redressement est vraiment possible. Cette solution a principalement l'avantage d'être simple sur le plan procédural, souple et potentiellement économique. Une procédure unitaire simple peut également encourager les débiteurs connaissant des difficultés financières à y recourir rapidement, augmentant ainsi les chances de succès d'un redressement. Elle peut toutefois avoir un inconvénient, à savoir qu'entre le moment de la décision d'ouverture et celui du choix de la procédure s'écoule un laps de temps susceptible d'avoir des incidences sur l'activité du débiteur et la valeur de ses actifs. Quelle que soit la façon dont la loi sur l'insolvabilité est structurée en ce qui concerne la liquidation et le redressement, elle devrait garantir qu'un débiteur, une fois dans le système, ne puisse en sortir sans que son avenir ait été déterminé d'une manière ou d'une autre.

---

<sup>7</sup> Si l'on opte pour un système unitaire, certaines modifications devront être apportées aux différents éléments essentiels de la loi sur l'insolvabilité.

## C. Procédures administratives

70. Ces dernières années, un certain nombre de pays touchés par la crise ont mis au point des formes “structurées” semi-officielles de procédures d’insolvabilité, largement inspirées par les banques étatiques ou centrales, pour traiter les problèmes financiers systémiques au sein du système bancaire. Ces procédures ont été conçues selon un modèle similaire. Premièrement, dans chaque cas, un organisme d’assistance est chargé d’encourager et, en partie, de coordonner et d’administrer la procédure afin de fournir l’incitation et la motivation nécessaires à son déroulement. Deuxièmement, chaque procédure s’appuie sur un accord entre banques commerciales dans lequel les participants conviennent de suivre une série de “règles” concernant les sociétés débitrices qui ont des dettes envers une ou plusieurs des banques et qui peuvent participer à la procédure. Les règles indiquent les actes à accomplir et les conditions à imposer en cas de tentative de redressement de la société. Dans certains des pays, une société débitrice qui cherche à négocier un redressement dans le cadre d’une telle procédure est tenue d’accepter l’application de ces règles. Troisièmement, des délais sont fixés pour diverses parties de la procédure et, dans certains cas, des accords de principe peuvent être soumis au tribunal compétent en vue de l’ouverture d’une procédure de redressement conformément à la loi sur l’insolvabilité. De plus, un pays a créé un organisme spécial auquel la loi confère des pouvoirs extrêmement étendus lui permettant d’acquiescer des prêts improductifs auprès du secteur bancaire et financier puis d’imposer des procédures extrajudiciaires à une société débitrice défailante, y compris un redressement forcé ou imposé.

71. Ces procédures ne sont pas examinées dans le *Guide* car, d’une part, elles sont relativement complexes et supposent l’élaboration de règles et de règlements spéciaux et, d’autre part, elles concernent des cas particuliers d’échec systémique.

## III. Cadre institutionnel

72. La loi sur l’insolvabilité fait partie intégrante d’un système plus vaste de droit commercial. Sa bonne application dépend dans une très large mesure du niveau de développement non seulement de ce système mais également du cadre institutionnel chargé de l’administrer. Les choix opérés à l’occasion de l’élaboration ou de la réforme d’une loi sur l’insolvabilité devront donc être fonction des capacités dont disposent les institutions en place. Le régime de l’insolvabilité ne produira les effets voulus que si les tribunaux et les agents chargés de l’appliquer ont les moyens nécessaires pour garantir aux personnes devant en bénéficier le maximum d’efficacité, de rapidité et d’équité. Lorsque ces moyens institutionnels font défaut, il est très souhaitable que la réforme de la loi sur l’insolvabilité s’accompagne d’une réforme institutionnelle, dans laquelle on mettra en balance les coûts d’établissement et de maintien du cadre institutionnel nécessaire et les avantages d’un régime efficace et effectif qui inspire confiance au public. Si le *Guide* n’a pas pour vocation d’examiner dans le détail comment mettre en place ou accroître ces capacités institutionnelles, on peut néanmoins formuler un certain nombre d’observations générales.

73. Dans la plupart des pays, la procédure d’insolvabilité est administrée par un organe judiciaire, à savoir généralement par des tribunaux de commerce ou des

tribunaux de droit commun ou, plus rarement, par des tribunaux spécialisés dans la faillite. Dans certains pays, les juges sont spécialisés dans les questions d'insolvabilité, dont ils s'occupent exclusivement, alors que dans d'autres, ces questions ne sont qu'un aspect de leur travail. Dans quelques pays, des organes non judiciaires ou quasi judiciaires remplissent la même fonction que les tribunaux dans d'autres pays.

74. Lorsqu'on élabore une loi sur l'insolvabilité, il peut être souhaitable de se demander dans quelle mesure les tribunaux seront tenus de superviser la procédure et si leur participation peut ou non être limitée sur différents points ou être contrebalancée par l'intervention d'autres parties, telles que les créanciers et le représentant de l'insolvabilité. Cette question revêt une importance particulière lorsque la loi sur l'insolvabilité fait obligation aux juges de trancher rapidement des questions d'insolvabilité délicates (qui comportent souvent des aspects commerciaux) et que la capacité du système judiciaire est limitée, que ce soit en raison de sa taille, d'une insuffisance générale de ressources ou d'un manque de connaissance et d'expérience des types de questions pouvant se poser dans le cadre de l'insolvabilité.

75. Afin de limiter le rôle du tribunal, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser le représentant, par exemple, à prendre des décisions sur un certain nombre de questions, comme la vérification et l'admission des créances, la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la remise des actifs grevés sans valeur pour la masse, la vente d'actifs importants, l'engagement d'actions en annulation et le traitement des contrats, sans que le tribunal soit tenu d'intervenir, sauf en cas de litige. Cette solution n'est possible que s'il existe un corps de professionnels suffisamment qualifiés pour s'acquitter des fonctions de représentant de l'insolvabilité. La loi peut également autoriser les créanciers à donner leur avis au représentant de l'insolvabilité ou à approuver certaines de ses décisions, concernant par exemple la vente d'actifs importants ou l'obtention d'un financement après l'ouverture de la procédure, sans que le tribunal ait à intervenir, sauf en cas de litige. La loi sur l'insolvabilité peut indiquer les actes devant être soumis à l'approbation du tribunal, tels que l'octroi d'un droit de priorité par rapport aux créanciers garantis existants pour l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

76. Pour qu'un tribunal puisse traiter les questions commerciales souvent complexes se posant dans les affaires d'insolvabilité, il ne lui suffit généralement pas d'avoir la connaissance et l'expérience de certaines pratiques juridiques et commerciales; il faut également que cette connaissance et cette expérience soient régulièrement mises à jour. S'agissant des compétences des organes judiciaires, l'accent doit être mis avant tout sur la formation théorique et sur la formation pratique continue du personnel des tribunaux, à savoir non seulement des juges mais également des greffiers et autres auxiliaires de justice, si l'on veut que les organes judiciaires puissent traiter effectivement et efficacement toutes les affaires d'insolvabilité dont ils sont saisis.

77. Un autre problème lié à la fonction de supervision pouvant être exercée par le tribunal dans les affaires d'insolvabilité est l'établissement d'un équilibre, dans la loi sur l'insolvabilité, entre les éléments contraignants et les éléments discrétionnaires. Si des éléments contraignants, comme l'ouverture automatique de la procédure ou l'arrêt automatique des poursuites, peuvent apporter un degré élevé

de sécurité et de prévisibilité au débiteur et aux créanciers et limiter les questions devant être examinées par les tribunaux, ils risquent également d'entraîner une certaine rigidité s'ils sont trop nombreux. Une approche discrétionnaire permet au tribunal d'examiner les faits et circonstances, en tenant compte des précédents, de l'intérêt général, des intérêts des personnes qui seront touchées par sa décision et des conditions du marché, mais elle peut également lui compliquer la tâche lorsqu'il n'a pas la connaissance ou l'expérience requise pour procéder à cet examen ou ne dispose pas des ressources nécessaires pour agir rapidement. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit la confirmation du plan de redressement par le tribunal, par exemple, il n'est pas souhaitable de demander à ce dernier de se lancer dans une évaluation économique complexe de la faisabilité ou de l'opportunité du plan. Il vaut mieux qu'il se borne à vérifier la régularité du processus d'approbation et d'autres points précis. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité confère un pouvoir discrétionnaire à un organe décisionnel, par exemple à un tribunal, il est préférable qu'elle fournisse également des indications suffisantes sur l'exercice approprié de ce pouvoir, en particulier lorsque se posent des questions économiques ou commerciales. Cette approche est conforme à l'objectif de transparence et de prévisibilité du régime de l'insolvabilité.

78. L'adéquation de l'infrastructure judiciaire et, en particulier, les ressources dont disposent les tribunaux connaissant des affaires d'insolvabilité peuvent avoir une influence déterminante sur l'efficacité avec laquelle sont traitées ces affaires et sur la durée de la procédure. C'est là un aspect dont il faudra probablement tenir compte pour déterminer si la loi sur l'insolvabilité devrait imposer des délais pour la conduite de certaines parties de la procédure. Si l'infrastructure judiciaire n'est pas en mesure de satisfaire avec diligence à l'obligation qui lui est faite de veiller au respect des délais par les parties et à la progression rapide de la procédure, l'insertion de telles dispositions dans la loi ne permettra pas d'assurer l'efficacité et l'effectivité voulues au régime de l'insolvabilité. Les règles de procédure seront également importantes et des règles bien conçues aideront les tribunaux et les professionnels chargés des affaires d'insolvabilité à remédier de manière efficace et ordonnée à la situation économique du débiteur, en réduisant les retards pouvant entraîner une dépréciation des actifs de ce dernier et compromettre les chances de succès de la procédure (qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement). Ces règles contribueront également à assurer une certaine prévisibilité et une certaine uniformité dans le traitement des affaires d'insolvabilité.

79. L'application d'un régime de l'insolvabilité dépend non seulement des tribunaux mais également des professionnels intervenant dans la procédure, notamment les représentants de l'insolvabilité, les conseillers juridiques, les comptables, les experts en évaluation ou autres consultants. L'adoption de normes professionnelles et la formation peuvent aider à renforcer les capacités dans ce domaine. Il peut être indiqué de déterminer quelles fonctions présentent un caractère strictement public et devraient donc être exercées par le secteur public, de manière à inspirer la confiance nécessaire pour que le régime de l'insolvabilité soit efficace, et quelles fonctions peuvent être accomplies par des personnes du secteur privé participant à la procédure si des mesures d'incitation appropriées sont prévues. La fonction de représentant de l'insolvabilité pourrait être un exemple.