NATIONS UNIES

A

Assemblée générale

Distr. LIMITÉE

A/CN.9/WG.V/WP.50
20 septembre 1999

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité
Vingt-deuxième session
Vienne, 6-17 décembre 1999

TRAVAUX FUTURS POSSIBLES SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Note du Secrétariat

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	Page
INTRODUCTION	1-7	3	
I.	REMARQUES GÉNÉRALES	8-11	4
II.	ACTIVITÉS EN COURS D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES	12-23	5
	A. Banque asiatique de développement	13-14	6
	B. Association internationale du barreau	15	6
	C. Fonds monétaire international	16-18	6
	D. Organisation de coopération et de développement économiques	19	7
	E. Groupe de travail sur les crises financières internationales (G22)	20-21	7
	F. Banque mondiale	22-23	8
III.	PRINCIPAUX OBJECTIFS	24-31	8
	A. Maximiser la valeur des actifs	25	8
	B. Faire l'équilibre entre la liquidation et le redressement	26	8
	C. Assurer un traitement équitable	27	8
	D. Prévoir à temps le règlement efficace et impartial des insolvabilités	28	9
	E. Prévenir le démembrement prématuré des biens du débiteur par les créanciers	29	9

V.99-88014

TABLE DES MATIÈRES (suite)

		Paragraphes	Page
F.	Prévoir une procédure prévisible, transparente et de nature à encourager le rassemblement et la communication d'informations	30	9
G.	Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale	31	9
IV.	CARACTÉRISTIQUES DE BASE	32-160	9
A.	Application de la loi – personnes physiques et personnes morales	34-36	10
B.	La relation entre liquidation et redressement	37-46	10
C.	Procédures de liquidation	47-103	12
1.	Conditions d'ouverture de la liquidation	48-52	12
2.	Effet de l'ouverture	53-62	14
3.	La procédure	63-100	15
4.	Remise de dette	101-102	24
5.	Créanciers étrangers	103	25
D.	Redressement	104-143	25
1.	Traits essentiels	104	25
2.	Conditions d'ouverture	105-110	25
3.	Conséquences de l'ouverture	111-116	26
4.	La procédure	117-143	28
E.	Participation des créanciers	144-147	33
F.	Syndics et administrateurs	148-153	34
G.	Le tribunal	154-156	35
H.	Procédures d'insolvabilité extrajudiciaires	157-160	36
V.	TRAVAUX FUTURS POSSIBLES	161-168	36
A.	Loi type ou dispositions types	162-166	37
B.	Recommandations ou principes législatifs	167-168	38

INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission était saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité.[1] Cette proposition faisait référence aux récentes crises financières régionales et mondiales et aux travaux entrepris au sein d'instances internationales pour y faire face. Les rapports établis par ces instances soulignaient la nécessité de renforcer le système financier international dans trois domaines: transparence; responsabilisation; et gestion des crises financières internationales par les systèmes juridiques nationaux. Selon ces rapports, des régimes solides en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers constituaient un moyen important de prévenir ou de circonscrire les crises financières et de faciliter la restructuration rapide et ordonnée d'un endettement excessif. Dans la proposition dont était saisie la Commission, il était avancé que, vu le caractère universel de sa composition et les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale, ainsi que ses relations de travail avec des organisations internationales ayant des compétences et des intérêts particuliers dans le domaine du droit de l'insolvabilité, la Commission constituait une instance appropriée pour examiner la question du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition, la Commission était instamment priée d'envisager de confier à un groupe de travail l'élaboration d'une loi type sur l'insolvabilité des sociétés, afin de promouvoir et d'encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière.

2. La Commission s'est félicitée de cette proposition. Elle a noté que divers projets avaient déjà été entrepris par d'autres organisations internationales, telles que le Fonds monétaire international, la Banque mondiale et l'Association internationale du barreau dans le domaine de l'élaboration de normes et de principes pour les régimes d'insolvabilité. Elle a noté que l'objectif de ces organisations, dont le domaine d'activité et les méthodes de travail étaient différents du fait de leur mandat et de leur composition, était de moderniser les pratiques et les lois en matière d'insolvabilité. Les initiatives prises au sein de ces organisations étaient la preuve qu'il fallait aider les États à réévaluer leurs lois et pratiques en la matière. Il fallait toutefois également renforcer la coopération, s'il y avait lieu, entre ces diverses initiatives, afin d'éviter les doubles emplois et d'arriver à des résultats cohérents.[2]

3. La Commission s'est déclarée consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes solides en matière d'insolvabilité. Selon une opinion, le type de régime adopté par un pays était devenu un facteur de première importance dans les cotes de solvabilité internationales. On s'est toutefois déclaré préoccupé par les difficultés qu'entraîneraient des travaux à l'échelon international dans le domaine du droit de l'insolvabilité, car cela supposait des choix sociopolitiques difficiles et potentiellement divergents. Vu ces difficultés, on a craint que ces travaux n'aboutissent pas. On a déclaré qu'il ne serait très probablement pas possible d'élaborer une loi type universellement acceptable et que les travaux dans ce domaine devraient se fonder sur une approche souple laissant aux États divers choix et options. Cette notion d'approche souple a certes reçu un écho favorable, mais il a été dans l'ensemble convenu que la Commission ne pourrait prendre une décision définitive et s'engager à constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une loi type ou un autre texte sans procéder auparavant à une étude des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

4. Afin de faciliter cette étude, la Commission a été invitée par le secrétariat à envisager de consacrer une session d'un groupe de travail à la détermination de ce qui pourrait constituer, dans le contexte actuel, un produit approprié (loi type, dispositions types, ensemble de principes ou autre texte) et à la délimitation du champ des questions qui seraient incluses dans ce produit. Des avis divergents ont été exprimés sur ce point. Selon un avis, davantage de travaux préparatoires devraient être entrepris par le secrétariat et présentés à la Commission à sa trente-troisième

---

[1] Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité: proposition de l'Australie, A/CN.9/462/Add.1.

[2] Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17), par. 381 à 385.

session avant qu'une décision ne soit prise sur le lancement de travaux de fond relatifs à l'élaboration d'une loi uniforme ou d'un autre texte ayant valeur de recommandation. Selon un autre avis, cette question pourrait être examinée lors d'une session d'un groupe de travail, afin que les divers aspects puissent être examinés au préalable, et un rapport serait soumis à la Commission à sa trente-troisième session, en 2000, concernant la possibilité d'entreprendre des travaux dans le domaine de l'insolvabilité. La Commission disposerait alors de suffisamment de renseignements pour prendre une décision définitive sur ce point. Il a été souligné que les travaux préparatoires de la session du groupe de travail exigeraient une coordination avec d'autres organisations internationales déjà actives dans le domaine du droit de l'insolvabilité, car les résultats de leurs travaux constitueraient des éléments importants à prendre en considération dans les délibérations qui aboutiraient à une recommandation sur la contribution que pourrait utilement apporter la Commission dans ce domaine. Il a été noté que l'importance et l'urgence des travaux sur le droit de l'insolvabilité avaient été soulignées au sein d'un certain nombre d'organisations internationales et il a été convenu que davantage de travaux étaient requis pour promouvoir l'élaboration et l'adoption de régimes nationaux efficaces en matière d'insolvabilité des sociétés.

5. Selon l'avis qui a prévalu au sein de la Commission, une session exploratoire d'un groupe de travail devrait être organisée en vue de l'élaboration d'une proposition sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre, proposition qui serait soumise à la Commission à sa trente-troisième session. Par la suite, après que la Commission eut étudié les travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage, il a été décidé que le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité tiendrait cette session exploratoire à Vienne du 6 au 17 décembre 1999.

6. La présente note vise à recenser les questions qui pourraient être abordées et les formules qui pourraient être adoptées dans un instrument établi par la Commission. Elle ne prétend pas être exhaustive et seront soulevées, lors des débats, des questions qui n'y sont pas traitées.

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner cette note point par point, afin de déterminer tout d'abord si des travaux sur l'insolvabilité sont souhaitables et réalisables et, si tel est le cas, quels sont les sujets qui pourraient, le cas échéant, être traités. Lorsqu'il examinera ces points, le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre en considération le stade actuel des discussions et voir si les solutions proposées dans la présente note peuvent constituer une approche appropriée. En outre, il voudra peut-être examiner quelle forme donner au produit (loi type, dispositions types, ensemble de principes ou autre texte) pour traiter les questions de politique générale pertinentes et les options susceptibles d'apporter une solution aux problèmes exposés ici. Cette manière de procéder pourrait l'aider à trouver une hypothèse de travail concernant la forme à donner à un texte, hypothèse qui pourrait le guider dans ses délibérations futures et permettre une cristallisation de la forme du texte à mesure que les travaux avanceront.

I. REMARQUES GÉNÉRALES

8. Pour l'établissement de la présente note et la sélection des questions qui y sont abordées, le secrétariat s'est fondé sur des travaux et rapports antérieurs. Le chapitre II présente brièvement les travaux menés par des organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Le chapitre III donne un aperçu des principes ou objectifs jugés importants pour un régime efficace en matière d'insolvabilité tandis que le chapitre IV examine de manière un peu plus détaillée les caractéristiques fondamentales d'un tel régime. Ces deux parties sont basées sur les principes et caractéristiques clefs de régimes efficaces en matière d'insolvabilité énoncés dans le rapport du Groupe de travail sur les crises financières internationales du Groupe des 22[3] et sur des rapports du Fonds

[3] Rapport du Groupe de travail sur les crises financières internationales du Groupe des 22 , octobre 1998 ("le Groupe des 22").

monétaire international ("le FMI")[4] et de la Banque asiatique de développement (" la BAsD")[5]. Le chapitre IV comprend également des recommandations et des propositions tirées de ces rapports. Le chapitre V donne de brèves informations générales sur les différents types de textes qui pourraient former la base de travaux futurs. Y sont examinées certaines des considérations relatives à ces différents produits, y compris la façon dont chaque type de texte pourrait contribuer à réaliser l'objectif de création d'un cadre harmonisé pour des régimes nationaux efficaces en matière d'insolvabilité des sociétés.

9. Avant de passer à l'examen des questions, il peut être utile de préciser le sens qui peut être donné à certains termes fondamentaux employés dans la présente note. La plupart des systèmes juridiques contiennent des règles sur divers types de procédures pouvant être entamées lorsqu'un débiteur ne peut rembourser ses dettes. Ces procédures, désignées par des termes génériques tels que "procédures d'insolvabilité", peuvent se diviser en deux catégories, pour lesquelles la terminologie employée n'est pas toujours uniforme.

10. Dans le premier type de procédure (dénommée ci-après "liquidation"), une autorité publique, généralement un tribunal représenté par un agent nommé à cette fin (dénommé ci-après "syndic") prend en charge les biens du débiteur insolvable afin de transformer des biens non monétaires en biens monétaires, de distribuer le produit proportionnellement aux créanciers et de liquider l'entité commerciale que constitue le débiteur. Dans certains États, c'est là l'unique type de procédure utilisée. On emploie pour la désigner d'autres termes tels que bankruptcy, winding-up, faillite, quiebra, Konkursverfahren.

11. Dans le deuxième type de procédure (dénommée ci-après "redressement"), l'objectif n'est pas de procéder à la liquidation du débiteur insolvable, mais de lui permettre de surmonter ses difficultés financières et de reprendre son activité commerciale normale. Cette procédure est elle aussi généralement menée sous la supervision d'une autorité publique telle qu'un tribunal représenté par un agent désigné à cette fin (dénommé "administrateur"). Elle doit normalement conduire à un accord entre le débiteur et ses créanciers sur des mesures permettant au débiteur d'opérer un redressement pour retrouver sa viabilité financière. Les régimes en matière d'insolvabilité peuvent prévoir à la fois la liquidation et le redressement, ainsi que le passage d'une procédure à l'autre dans certaines circonstances. Les autres termes employés pour désigner ce type de procédure sont notamment rescue, reorganization, arrangement, composition, concordat préventif de faillite, suspensión de pagos, administración judicial de empresas, Vergleichsverfahren.

II. ACTIVITÉS EN COURS D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

12. Les organisations internationales dont les travaux sont mentionnés dans la présente partie n'ont pas pour principale préoccupation d'unifier les règles de droit. Leur intérêt pour les législations et pratiques en matière d'insolvabilité découle des travaux qu'elles mènent dans le système financier international et du fait que l'on reconnaît de plus en plus aujourd'hui que des régimes efficaces d'insolvabilité contribuent énormément à renforcer le système économique et financier d'un pays et, partant, à prévenir les crises financières ou, une fois qu'une crise a éclaté, à pouvoir la juguler. Ces organisations ont insisté sur l'utilité de régimes nationaux forts en matière d'insolvabilité.

---

[4]Fonds monétaire international, Rapport du département juridique, Orderly and Effective Insolvency Procedures: Key issues, mai 1999 ("Rapport du FMI").

[5]Banque asiatique de développement, Regional Technical Assistance Project, TA n° 5795-REG, Insolvency Law Reform: Preliminary Comparative Report, 1999 ("le rapport de la BAsD"); voir également le Special Report: Insolvency Law Reform in the Asian and Pacific Region, Law and Development at the Asian Development Bank, 1999 ed., ("le Rapport spécial de la BAsD").

A. Banque asiatique de développement (BAsD)

13. Le projet de la BAsD concernant l'assistance technique régionale pour une réforme du droit de l'insolvabilité (projet RETA) fait partie des activités de la Banque en matière de droit et de développement et vise à offrir aux représentants des pouvoirs publics et autres personnes intéressées par la réforme et l'administration du droit de l'insolvabilité un cadre leur permettant d'examiner leurs problèmes communs dans ce domaine et d'étudier les meilleures pratiques régionales et internationales. La BAsD a, au titre de ce projet, étudié les corrélations, dans 11 pays asiatiques, entre l'endettement des sociétés, le recouvrement des créances et l'insolvabilité des sociétés. Le rapport comparatif préliminaire de l'étude vise à recenser, commenter et évaluer les similitudes et les différences de ces corrélations dans ces 11 pays, de trouver des domaines clefs pouvant faire l'objet d'un examen et d'une évaluation critique et de proposer les principaux éléments d'un "modèle de bonne pratique" qui permette à la région de s'attaquer avec succès aux problèmes liés à l'insolvabilité des sociétés et au recouvrement des créances. Selon ce rapport, les éléments fondamentaux doivent être déterminés par référence à des politiques et principes bien établis et acceptés qui sont manifestes dans les régimes d'insolvabilité des sociétés et les pratiques connexes de nombreux pays plus développés. Le rapport note (1.6, p. 8 du texte anglais) qu'il existe de grandes différences entre les pays dans l'application et la mise en œuvre de ces politiques et principes, mais souligne néanmoins qu'il y a, dans ces régimes, une communauté d'approche élémentaire. Il est donc possible d'établir le cadre directif de base d'un régime d'insolvabilité commercialement acceptable qui semble raisonnablement applicable dans une économie de marché.

14. Le Rapport se fonde sur une étude approfondie d'un certain nombre d'aspects de l'économie des 11 pays, à savoir: les formes et structures des entreprises commerciales (essentiellement grandes et moyennes); le système bancaire et les formes de financement auxquelles ces entreprises ont accès, dont le financement et les voies d'exécution avec garantie; le financement et les voies d'exécution sans garantie; les comportements à l'égard des difficultés financières et de l'insolvabilité; les procédures amiables; les régimes en matière d'insolvabilité; les aspects étrangers et internationaux du droit d'insolvabilité; les relations entre prêteurs et emprunteurs; et une évaluation générale des différentes procédures découlant de ces questions (p. 6 et 7 du texte anglais). L'étude réalisée était axée sur la forme et le fond des questions et procédures ainsi que sur les facteurs intangibles ou sociopolitiques pouvant avoir pour eux des incidences.

B. Association internationale du barreau

15. Le Comité J de l'Association internationale du barreau s'occupe de l'insolvabilité et des droits des créanciers. Un projet récent, à savoir le code type de la faillite, a pour objet d'harmoniser le droit de la faillite en offrant des projets de dispositions sur les principaux éléments du droit de la faillite aux États qui envisagent de réformer leur régime en matière d'insolvabilité. Une première ébauche, traitant des procédures de liquidation, a été achevé en septembre 1997. Elle porte sur des sujets tels que les critères à retenir pour l'insolvabilité, les pouvoirs du représentant, les transactions non valides avant une faillite et la priorité des créances et contrats des créanciers. Une autre ébauche est en cours d'établissement.

C. Fonds monétaire international (FMI)

16. En mai 1999, le service juridique du FMI a achevé un rapport interne intitulé "Orderly and Effective Insolvency Procedures: Key Issues". Ce rapport, qui se fonde sur une étude comparative de plusieurs droits de l'insolvabilité, examine les principaux choix que les pays doivent effectuer lorsqu'ils établissent un régime en matière d'insolvabilité ainsi que des questions d'une importance universelle et pèse les avantages et les inconvénients des solutions possibles. Il exprime certes certaines préférences concernant plusieurs des choix les plus importants mais ne tente pas de proposer des normes.

17. Le rapport indique clairement que les approches adoptées en ce qui concerne ces questions varient sur un certain nombre de points, en raison de différences non seulement dans les traditions juridiques mais dans les choix

de politique générale. Bien que l'on puisse parler, pour certains de ces choix, d'une politique "procréancier" ou "prodébiteur", le rapport (p. 2 du texte anglais) précise que la mesure dans laquelle les règles énoncées dans une législation sur l'insolvabilité sont perçues comme entrant dans l'une ou l'autre catégorie est en fin de compte moins importante que la mesure dans laquelle ces règles sont efficacement appliquées par une structure institutionnelle forte.

18. Il est aussi indiqué que le rapport n'aborde pas plusieurs questions, à savoir l'application des lois sur l'insolvabilité aux particuliers; les mécanismes juridiques visant à traiter les problèmes de liquidité des pouvoirs publics nationaux ou locaux; l'insolvabilité des institutions financières; la relation complexe entre les modes de gouvernement des entreprises et l'insolvabilité; la législation sur les opérations assorties de sûretés; les caractéristiques générales d'un système judiciaire indépendant et compétent et le redressement extrajudiciaire.

D. Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

19. Depuis 1992, l'Unité de privatisation et de réforme des entreprises de l'OCDE s'attache à élaborer des règles et des politiques pour les gouvernements des pays à économie de marché émergents et en transition dans le domaine des réformes juridiques, en se concentrant sur les privatisations, l'insolvabilité et le droit des sociétés. Les travaux sur le droit de l'insolvabilité, axés sur les économies en transition, comprennent un examen de la relation entre les procédures d'insolvabilité et la restructuration des entreprises, des présentations générales comparatives des différents cadres administratif et juridiques pour l'insolvabilité, et une analyse des implications pour les orientations de politique générale du recours aux procédures d'insolvabilité ou à des procédures analogues dans la privatisation des biens publics. Dans le cadre de son programme spécial pour l'Asie, et en coopération avec la Banque mondiale et la Banque asiatique de développement, l'OCDE a entrepris d'engager un dialogue avec des experts et des responsables des pays membres, des décideurs et des spécialistes des pays à économie de marché émergents, sur la conception et l'application de systèmes d'insolvabilité. Une réunion se tiendra en novembre 1999 pour examiner un certain nombre de rapports, étudier les progrès faits dans la réforme du droit de l'insolvabilité dans les pays asiatiques, passer en revue les mesures actuellement prises pour mettre en place un cadre pour les procédures d'insolvabilité internationales et formuler des recommandations pour des travaux futurs.

E. Groupe de travail sur les crises financières internationales (Groupe des 22)

20. Le rapport du Groupe de travail, achevé en octobre 1998, recense une série de politiques et d'innovations institutionnelles qui pourraient aider à prévenir les crises financières internationales et faciliter le règlement ordonné de celles qui pourraient se produire à l'avenir. Il indique en particulier les politiques à envisager pour aider à réduire la fréquence et limiter l'ampleur des crises futures, améliorer la coordination des créanciers et promouvoir un règlement ordonné, concerté et équitable des crises financières internationales qui se produisent. Il approuve huit principes et éléments clefs des régimes d'insolvabilité, formulés en consultation avec la Fédération internationale des praticiens de l'insolvabilité (INSOL).

21. Le rapport ne contient aucune recommandation particulière sur les moyens d'assurer l'adoption de régimes d'insolvabilité conformes aux principes et éléments approuvés. Le Groupe de travail a plutôt estimé que le processus de surveillance internationale renforcé à l'examen dans un certain nombre d'instances permettrait de passer en revue les régimes nationaux et que l'aide technique fournie par le Fonds monétaire international et la Banque mondiale ainsi que la vigilance des marchés des capitaux devraient encourager des améliorations. Toutefois, il a instamment demandé que les instances compétentes envisagent de concevoir d'autres moyens et mesures d'incitation propres à encourager l'adoption de régimes efficaces.

F. Banque mondiale

22. La Banque mondiale, dans le cadre d'une action plus large visant à améliorer la stabilité du système financier international, est à la tête d'une initiative tendant à définir des principes et des lignes directrices pour l'établissement de régimes d'insolvabilité bien conçus et le renforcement des droits des débiteurs et des créanciers. Cette action doit être menée en coopération avec un certain nombre d'organisations internationales (dont le FMI, la BAsD, la CNUDCI, l'OCDE, la Société financière internationale, la Banque africaine de développement, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Banque interaméricaine de développement, l'Association internationale du barreau et INSOL), ce qui permettra à la Banque ainsi qu'à un groupe d'experts d'avoir des orientations.

23. Ce groupe d'experts établira un projet de principes et de lignes directrices sur la base d'une série de documents de travail et d'un colloque sur l' insolvabilité (Washington, 13 et 14 septembre 1999). Les documents de travail porteront sur un certain nombre de questions, à savoir le cadre juridique dans lequel s'inscrit l'insolvabilité, le cadre institutionnel, l'économie de l'insolvabilité, le cadre réglementaire, les préoccupations des entreprises et du secteur financier, le redressement et les solutions autres que l'insolvabilité, les cas de crise systémique, l'insolvabilité des entreprises publiques, l'insolvabilité des banques et les régimes débiteur-créancier.

III. PRINCIPAUX OBJECTIFS

24. Bien que la question ne soit pas traitée de la même manière dans les rapports cités dans la présente note, il y a généralement accord sur les principaux objectifs à inscrire dans les régimes d'insolvabilité pour en assurer l'efficacité.[6]

A. Maximiser la valeur des actifs

25. La législation sur l'insolvabilité devrait offrir, à titre de solution autre que la liquidation, une possibilité de redressement du débiteur lorsque les créanciers seraient disposés à recevoir moins que ce qu'ils recevraient en cas de liquidation et que la valeur du débiteur pour les créanciers peut être maximisée si on permet au débiteur de poursuivre son activité.

B. Faire l'équilibre entre la liquidation et le redressement

26. Un régime d'insolvabilité doit faire l'équilibre entre les avantages que présente le recouvrement de la dette à court terme par voie de liquidation (solution souvent privilégiée par les créanciers titulaires de sûretés) et ceux qu'offre le maintien du débiteur en tant qu'activité viable par voie de redressement (solution souvent privilégiée par les créanciers non titulaires de sûretés).

C. Assurer un traitement équitable

27. Un régime d'insolvabilité devrait traiter équitablement les créanciers qui se trouvent dans la même situation, qu'ils soient étrangers ou nationaux. Par traitement équitable, il faut entendre que les créanciers doivent être traités non de manière égale, mais de manière à tenir compte des différents contrats qu'ils ont passés avec le débiteur. Le régime d'insolvabilité devrait traiter des problèmes de fraude et traitement de faveur qui peuvent se poser en cas de difficulté financière.

---

[6]Cet examen est fondé sur les principes énoncés dans le rapport du Groupe des 22, p. 44 et 45 du texte anglais.

D. Prévoir à temps le règlement efficace et impartial des insolvabilités

28. Il faudrait régler les insolvabilités rapidement et efficacement en évitant de perturber inutilement l'activité du débiteur. À cette fin, il peut être utile de fixer, dans la loi, des délais d'achèvement de certaines démarches et de l'ensemble de la procédure, de confier la responsabilité du processus à l'entité qui administre les biens du débiteur et, éventuellement, de créer des instances judiciaires ou administratives spécialisées pour superviser le processus.

E. Prévenir le démembrement prématuré des biens du débiteur par les créanciers

29. La procédure devrait se dérouler de manière ordonnée, et les créanciers être empêchés de démembrer prématurément les biens du débiteur. Cela permettra de procéder à l'examen voulu de la situation du débiteur et facilitera à la fois la maximisation de la valeur de la masse et le traitement équitable des créanciers.

F. Prévoir une procédure prévisible, transparente et de nature à encourager le rassemblement et la communication d'informations

30. Il conviendrait de fixer dans la loi des règles de répartition des risques qui seraient systématiquement appliquées pour donner confiance dans le processus et permettre à tous les participants de prendre des mesures de gestion des risques. La transparence est étroitement liée à l'objectif de prévisibilité et exige que tous les participants au processus aient suffisamment d'informations pour pouvoir faire valoir leurs droits en vertu de la loi sur l'insolvabilité. En outre, quand la loi prévoit l'exercice d'un pouvoir d'appréciation, elle doit aussi fournir les indications voulues sur la manière d'exercer ce pouvoir.

G. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale

31. Pour favoriser la coordination entre les juridictions, les législations sur l'insolvabilité devraient contenir des règles sur l'insolvabilité internationale, compte tenu des procédures étrangères.

IV. CARACTÉRISTIQUES DE BASE

32. Les rapports de la BAsD et du FMI portent sur un certain nombre de problèmes courants qu'il convient de traiter dans un régime d'insolvabilité. À propos du cadre juridique qu'il conviendra d'établir, les rapports indiquent qu'un régime d'insolvabilité devrait résoudre différentes questions:

1. les catégories de débiteurs qui seront soumis à la loi;
2. la relation entre la procédure de liquidation et la procédure de redressement;
3. le moment où la procédure d'insolvabilité peut être ouverte;
4. la mesure dans laquelle il conviendrait de dessaisir le débiteur de la direction lorsque la procédure est ouverte;
5. la catégorie de créanciers dont les actions sont suspendues ou ne peuvent pas être engagées;
6. la mesure dans laquelle les syndics et administrateurs seraient habilités à s'opposer aux contrats passés par le débiteur avant l'ouverture de la procédure ou à annuler ces contrats;
7. les limites à imposer à l'élaboration de plans de redressement et les modalités d'approbation et d'exécution de ces plans;
8. en cas de liquidation, l'ordre de préférence des créanciers aux fins de répartition.

33. Pour ce qui est du cadre institutionnel, les principales questions à résoudre sont les suivantes:

1. la mesure dans laquelle le processus doit être supervisé par les tribunaux ou des instances administratives spéciales;

2. les pouvoirs d'appréciation à donner aux juges et aux personnes nommés dans l'exercice de leurs fonctions;
3. la mesure dans laquelle les tribunaux et les personnes nommés seraient habilités à prendre des décisions sur des questions d'ordre économique et commercial, y compris en passant outre aux objections des créanciers.

A. Application de la loi – personnes physiques et personnes morales

34. Au départ, il importe de déterminer les entités qui, en tant que débiteurs, peuvent être soumises à l'application d'une loi générale sur l'insolvabilité. Celles qui en seront exclues ne bénéficieront pas de la protection de la loi et ne seront pas non plus soumises à la discipline qu'elle impose. Un régime général d'insolvabilité peut s'appliquer à toutes les personnes morales de droit privé et de droit public, en particulier aux entités publiques qui jouent le jeu de la concurrence sur le marché et sont par ailleurs soumises aux mêmes règles économiques et commerciales que les entités privées. En plus d'une loi générale sur l'insolvabilité, il faut peut-être établir des régimes spéciaux pour les personnes physiques et les entités strictement réglementées, telles que les institutions financières, les compagnies d'assurances et les services d'utilité publique.

35. Dans son rapport (2.4, p. 14 du texte anglais), la BAsD propose de soumettre toutes les personnes morales de droit privé et de droit public (à l'exception des établissements bancaires) au régime de la même loi sur l'insolvabilité.

36. Dans son rapport (p. 17 du texte anglais), le FMI conclut que, s'il convient de faire en sorte qu'aucune entreprise n'échappe à une forme de régime d'insolvabilité, il faut admettre que les pays voudront peut-être établir, en dehors de la loi générale sur l'insolvabilité, des régimes spéciaux applicables aux personnes physiques ou aux entités rigoureusement réglementées, telles que les institutions financières. Cependant, le fait qu'une entreprise appartienne à l'État ne devrait pas en soi justifier son exclusion de l'application de la loi générale sur l'insolvabilité.

B. La relation entre liquidation et redressement

37. L'incapacité pour un débiteur d'exécuter ses engagements quand ils arrivent à échéance fera généralement surgir un certain nombre de créances parallèles sur les actifs que le meilleur moyen de satisfaire, dans certains cas, sera par voie de liquidation, même si les créanciers ne reçoivent qu'une partie de la valeur de leurs créances. Dans d'autres cas, la liquidation ne sera pas la meilleure solution et une restructuration de la dette et des opérations du débiteur pourra avoir lieu pour assurer la continuation de l'entreprise et permettre aux créanciers d'être intégralement désintéressés, ou de recevoir au moins autant que ce que la liquidation leur aurait permis d'obtenir. La conception et l'évaluation des législations sur l'insolvabilité amènent à se poser la question essentielle de savoir comment faire l'équilibre entre toute une série d'intérêts sociaux, politiques et économiques et les moyens d'encourager à participer au système.

38. Dans son rapport, le FMI indique que la nécessité de recourir aux procédures de liquidation peut être vue sous différents angles: premièrement, pour régler des problèmes entre créanciers et, deuxièmement, pour astreindre à une discipline qui est un élément essentiel d'une relation débiteur-créancier viable. À propos du premier point, le FMI signale dans son rapport (p. 10 du texte anglais) que,

> pour régler le problème entre créanciers, une procédure de liquidation ordonnée et efficace actionne une procédure collective qui vise à assurer le traitement équitable des créanciers et à maximiser la valeur des actifs à leur distribuer. [...] la procédure consiste normalement à suspendre la faculté des créanciers d'opposer leurs droits au débiteur et à nommer un syndic indépendant qui a essentiellement pour mission de maximiser la valeur des actifs du débiteur avant distribution aux créanciers.

39. Pour ce qui est de la relation permanente débiteur-créancier, le FMI indique que le mécanisme ordonné et prévisible d'exécution des droits des créanciers, qui caractérise les procédures de liquidation, peut jouer un rôle important dans les décisions d'octroi de crédit par les créanciers. D'une manière plus générale, on peut considérer que les procédures de liquidation favorisent les intérêts de tous les acteurs économiques, car elles facilitent l'offre de crédit et le développement des marchés financiers (p. 11 du texte anglais).

40. À propos du redressement, la BAsD examine dans son rapport (2.2 b), p. 12 du texte anglais) la théorie économique (plus actuelle que celle qui est utilisée pour justifier le processus de liquidation) selon laquelle il ne faut pas obligatoirement liquider toutes les entreprises en situation d'échec sur un marché compétitif. L'entité qui a des perspectives raisonnables de survie devrait avoir la possibilité de ne pas être liquidée, d'autant plus qu'on peut démontrer qu'il est plus avantageux de maintenir de telles entités en activité.

41. Contrairement à la liquidation, le redressement donne au débiteur le temps de surmonter ses problèmes de liquidité et de restructurer ses opérations et ses relations avec les créanciers et les parties intéressées afin de déterminer le meilleur moyen de maximiser la valeur de ses actifs pour satisfaire toutes les créances. La mesure dans laquelle il est fait recours aux procédures de redressement judiciaire pour atteindre ces objectifs varie, tout comme l'objectif général de ces procédures et la manière dont les différents intérêts sont équilibrés. Certains régimes sont centrés, par exemple, sur la survie de l'entité et le maintien de la répartition du capital, alors que d'autres sont axés sur les créanciers.

42. Dans son rapport (p. 11 et 12 du texte anglais), le FMI note qu'il y a un certain nombre de raisons pour lesquelles les procédures de redressement judiciaire peuvent apporter une solution qui sert les intérêts de tous les acteurs économiques. Premièrement, étant donné que le redressement extrajudiciaire exige l'unanimité des créanciers, les procédures de redressement judiciaire peuvent faciliter la restructuration lorsqu'elles permettent au débiteur et à une majorité de créanciers d'imposer un plan à une minorité de dissidents, surtout s'il y a des créanciers "irréductibles"pendant les négociations amiables. Deuxièmement, l'économie moderne a beaucoup restreint la mesure dans laquelle la liquidation permet de maximiser la valeur d'une entité. Dans les cas où le savoir-faire technique et la bonne volonté sont plus importants que les biens corporels, la préservation des ressources humaines et les relations d'affaires sont des éléments essentiels d'une valeur qui ne peut pas être réalisée par la liquidation. Troisièmement, ce sont les procédures de redressement qui sont les mieux à même d'apporter des avantages économiques à long terme, car elles encouragent les débiteurs à restructurer avant de connaître de graves difficultés financières. Enfin, il y a des considérations sociales et politiques qui sont servies par l'existence des procédures de redressement, qui protègent par exemple les salariés d'une entité en difficulté.

43. Des observateurs insistent sur l'importance particulière du redressement dans les économies en transition où la liquidation massive des entreprises insolvables, en particulier des grandes entreprises d'État, pourrait provoquer des problèmes structurels et sociaux d'une ampleur telle qu'ils pourraient porter atteinte au tissu social du pays et compromettre sa viabilité politique.[7]

44. Bien que la liquidation et le redressement soient souvent traités comme des processus séparés, il y a un chevauchement important et une grande interaction entre les deux et il arrive souvent qu'il soit difficile de dire, au moment de l'ouverture de la procédure, s'il doit y avoir liquidation ou redressement du débiteur. Un moyen de résoudre ce problème est d'inclure les deux procédures dans un régime d'insolvabilité, l'équilibre entre les deux étant à déterminer en fonction de considérations de politique générale. Ainsi, dans certains cas, la loi peut présumer qu'une entreprise devrait faire l'objet d'une opération de redressement et que les procédures de liquidation ne peuvent être

---

[7]Voir, par exemple, Manfred Balz et Henry M. Schiffmann, "Insolvency Law Reform for Economies in Transition – A Comparative Law Perspective", première partie ("Balz et Schiffmann, première partie"), Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, vol. 11, n° 1 (janvier 1996), p. 19.

ouvertes que lorsque l'opération a échoué. Une autre approche est celle de la procédure "unique", selon laquelle les mêmes règles s'appliquent au départ à toutes les insolvabilités, la séparation entre procédure de liquidation et procédure de redressement n'intervenant qu'après avoir déterminé si le redressement est possible.

45. Dans son rapport (2.5, p. 14 du texte anglais), la BAsD relève qu'il est à la fois efficace et économique de pouvoir accéder aux deux opérations en vertu d'une seule procédure. Elle cite, à titre d'exemple, la personne morale qui, après avoir demandé le redressement judiciaire et échoué, pourrait être automatiquement liquidée sans avoir à engager une procédure de liquidation. Elle propose qu'un régime d'insolvabilité prévoit la possibilité d'appliquer une seule procédure aux opérations de liquidation et de redressement. Dans son rapport (p. 14 du texte anglais), le FMI indique que cette approche offre l'avantage de la simplicité sur le plan de la procédure, ce qui peut être intéressant lorsque la capacité des institutions est limitée. Étant donné cependant qu'elle reflète une évolution récente que de nombreux pays n'ont pas encore suivie dans leur législation sur l'insolvabilité, le FMI retient le modèle de la double procédure qui prévaut encore.

46. Dans cette note, le secrétariat examine séparément les procédures judiciaires de liquidation et de redressement dont il définit et examine les dispositions essentielles.

C. Procédures de liquidation

47. Dans son rapport (p. 11 de l'anglais), la BAsD présente comme suit les étapes courantes de l'opération de liquidation:

1. demande adressée à un tribunal ou autre organe compétent soit par l'entité soit par les créanciers;
2. décision de liquidation de l'entité;
3. nomination d'une personne indépendante chargée du déroulement et de l'administration de la liquidation;
4. cessation de l'activité de l'entité;
5. dessaisissement des dirigeants et licenciement des employés;
6. vente des actifs de l'entité;
7. décisions sur les créances des créanciers;
8. distribution des fonds disponibles aux créanciers (suivant un certain ordre de préférence);
9. dissolution de l'entité.

1. Conditions d'ouverture de la liquidation

48. Les législations sur l'insolvabilité prévoient des critères d'ouverture différents, mais la plupart font intervenir un critère de liquidité (cash-flow) et exigent une cessation générale des paiements au titre du passif exigible. Dans son rapport (p. 18 du texte anglais), le FMI signale que ce critère, contrairement à celui qui exige de plus lourdes difficultés financières comme l'insolvabilité, vise à actionner la procédure suffisamment tôt, au début des difficultés financières du débiteur, pour éviter chez les créanciers une course aux actifs qui provoquerait le démembrement des biens du débiteur au détriment de l'ensemble des créanciers. Les problèmes liés à cette approche "préemptive", dont l'ouverture d'une procédure de liquidation d'une entreprise en difficulté, mais financièrement viable, peuvent être résolus si le débiteur a la possibilité de convertir la liquidation en redressement.

49. Dans son rapport (2.6, p. 15 du texte anglais), la BAsD souligne que l'accès à la procédure doit être commode, peu coûteux et rapide. Un accès restrictif peut décourager aussi bien les débiteurs que les créanciers, et les retards peuvent permettre une dispersion des biens et compromettre la possibilité de redressement. Les législations sur l'insolvabilité prévoient généralement que la procédure de liquidation peut être ouverte par un créancier ou par un débiteur. L'état de "cessation générale des paiements" est souvent exigé dans les deux cas mais, dans la pratique, les tribunaux peuvent être moins exigeants quant aux preuves de l'insolvabilité lorsque la demande émane du

débiteur qui n'a généralement pas d'autre solution face à son incapacité de payer ses dettes[8]. Quant aux créanciers, ils peuvent être en mesure de montrer que le débiteur n'a pas payé leur créance, mais il ne leur sera peut-être pas aussi facile de fournir la preuve d'une cessation générale des paiements. Ainsi que la BAsD fait observer dans son rapport (2.6, p. 15 du texte anglais), bien qu'il faille exiger une preuve minimale, il faut aussi concrètement qu'un créancier puisse présenter, sous une forme relativement simple, une preuve établissant une présomption d'insolvabilité de la part du débiteur. Les législations sur l'insolvabilité traitent cette question de différentes manières, et exigent notamment que la demande émane de plusieurs créanciers ou que le débiteur fournisse des informations au tribunal pour lui permettre de statuer sur la cessation générale des paiements. Selon le rapport de la BAsD, il suffit d'une preuve évidente du défaut de paiement d'une dette exigible.

50. Une question liée à la procédure d'insolvabilité dont l'ouverture est demandée par le débiteur concerne l'obligation qui peut lui être faite de demander cette ouverture à un stade déterminé de ses difficultés financières. Il est certain qu'il peut y avoir intérêt à établir l'obligation d'agir rapidement. Dans le cas d'un redressement, les chances de réussite de l'opération sont plus grandes si l'action est engagée rapidement et, dans le cas d'une liquidation, les intérêts des créanciers seraient protégés car une telle action empêcherait la dispersion des biens du débiteur. Toutefois, comme le fait observer le FMI dans son rapport (p. 20 du texte anglais), ces dispositions peuvent décourager la direction de rechercher le redressement par voie d'accord amiable, étant donné qu'un retard dans la demande d'ouverture de la procédure judiciaire peut engager la responsabilité personnelle. Choisir de ne pas imposer au débiteur de sanctions qui le forceraient à ouvrir la procédure peut conduire à devoir adopter des mesures pour l'encourager à le faire.

51. Au sujet de l'ouverture de la procédure, la BAsD présente dans son rapport (2.6, p. 15 du texte anglais) la proposition suivante:

> Un régime de droit en matière d'insolvabilité devrait prévoir l'accès du débiteur et des créanciers à une procédure rapide, commode et peu coûteuse, mais assortie de garanties suffisantes pour mettre à l'abri de l'abus de procédure. Une preuve devrait être produite de l'insolvabilité ou des difficultés financières de la personne morale débitrice.

52. Dans son rapport (p. 20 du texte anglais), le FMI conclut ce qui suit:

> La loi qui établit des procédures de liquidation et de redressement séparées devrait permettre l'ouverture d'une procédure de liquidation à partir d'une demande formée par un créancier ou le débiteur. Quand la demande émane d'un créancier, il est souhaitable que la preuve de l'état de cessation générale des paiements du débiteur soit le principal critère d'ouverture. Plusieurs critères peuvent être appliqués pour déterminer si, en réalité, la cessation des paiements est générale. Quand il s'agit de la demande du débiteur, il faut prendre une décision de politique générale importante sur le point de savoir si la loi devrait imposer des sanctions spécifiques à la direction pour ne pas avoir ouvert la procédure dès la cessation générale des paiements. Si la décision est négative, il est souhaitable que la loi remplace les sanctions par des mesures visant à encourager les débiteurs à recourir à la procédure de redressement suffisamment tôt. Dans les cas où les moyens de la justice sont limités, peut-être serait-il souhaitable d'exiger que le tribunal se prononce sur l'ouverture d'une procédure dans un délai déterminé à compter du dépôt de la demande.

2. Effet de l'ouverture

53. Les questions à examiner à ce titre visent à déterminer ce qui constitue l'actif de la masse et à en assurer la protection, aussi bien à l'égard du débiteur qu'à l'égard des créanciers.

---

[8]Balz et Schiffmann, première partie, p. 23.

a) Actif de la masse

54. Les éléments d'actif de la masse sont généralement les biens du débiteur à la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et les biens acquis par le syndic après cette date.

55. Font généralement partie des premiers les biens corporels et incorporels du débiteur, qu'ils soient ou non en sa possession au moment de l'ouverture, et en sont exclus les biens appartenant à un tiers, mais en possession du débiteur au moment de l'ouverture et, dans certains cas, les biens utilisés par le débiteur, mais sur lesquels, en vertu d'un contrat de bail, le bailleur détient un droit de propriété. Ainsi que le FMI le signale dans son rapport (p. 22 du texte anglais), il faudrait peut-être accorder une attention particulière aux biens de cette dernière catégorie pour s'assurer que le contrat de bail ne masque pas, en réalité, un accord de crédit. Dans ce cas, le bailleur serait soumis aux mêmes restrictions que le créancier titulaire d'une sûreté.

56. Dans les seconds entrent les biens que le syndic a acquis pour maintenir l'activité du débiteur avant la liquidation et ceux qu'il a obtenus en exerçant ses pouvoirs d'annulation.

b) Protection de la masse

57. Un des principaux objectifs de la procédure d'insolvabilité est de préserver la valeur de la masse. Il s'agira de protéger la masse contre les actions aussi bien du débiteur que des créanciers, d'une part, entre le moment où une demande est déposée et celui où il y est fait droit et, d'autre part, après l'ouverture de la procédure.

58. En ce qui concerne la première période, il faut éventuellement prendre des mesures pour que le débiteur ne transfère pas de biens hors de l'affaire ni ne se soustraie aux créanciers et que les créanciers n'engagent pas d'action en justice qui ferait obstacle à la suspension des actions contre le débiteur, suspension qui sera imposée dès qu'il sera fait droit à la demande. Les mesures conservatoires qui peuvent être prises contre ces actions, soit par le tribunal ou à la demande d'un créancier, pourraient consister à nommer un syndic intérimaire, à interdire la disposition des biens et à suspendre l'exécution de sûretés à l'encontre du débiteur. Ces mesures étant provisoires, le tribunal peut exiger que preuve lui soit apportée de leur caractère indispensable avant d'ordonner la constitution d'une caution, en particulier dans les cas où la requête aux fins de mesures conservatoires émane d'un créancier qui a fait la demande d'ouverture.

59. Une fois ouverte la procédure de liquidation, la protection de la masse peut obliger à dessaisir le débiteur de la direction de l'entreprise pour la confier à un syndic nommé. Dans certaines circonstances, par exemple dans les cas où l'entreprise doit être cédée à un repreneur, il peut être justifié de permettre au débiteur de continuer à effectuer certains actes, encore que le syndic dont la mission est d'assumer entièrement l'administration de l'entreprise est tenu pour responsable des fautes commises par le débiteur pendant cette période. Il conviendrait généralement de prendre une telle mesure en consultation avec les créanciers.

60. Afin d'assurer la protection de la masse à l'encontre des créanciers pendant la procédure, il peut être nécessaire de suspendre la faculté des créanciers d'exécuter leurs droits. Il faut parfois imposer cette suspension immédiatement afin d'en tirer le meilleur profit pour la masse et d'assurer une administration équitable et ordonnée. La durée et les conditions de la suspension devront tenir compte à la fois des intérêts du syndic qui doit avoir suffisamment de temps pour maximiser la valeur des actifs et, s'il y a lieu, céder l'entreprise à un repreneur, et de la mesure dans laquelle la loi sur l'insolvabilité devrait interférer avec les pratiques et procédés commerciaux acceptés, en particulier ceux qui intéressent les créanciers titulaires de sûretés. Dans son rapport (p. 24 du texte anglais), le FMI signale que l'on n'a guère débattu de la nécessité, d'une part, de suspendre la faculté des créanciers non titulaires de sûretés de saisir les biens pour exécuter leurs créances contractuelles et, d'autre part, d'empêcher tous les créanciers d'engager des poursuites pour recouvrer des créances échues avant l'ouverture de la procédure.

Toutefois, la protection des créanciers titulaires de sûretés soulève un certain nombre de questions (voir par. 65 à 69 ci-dessous).

61. Dans son rapport (2.7, p. 17 du texte anglais), la BAsD fait la proposition suivante:

> Si le débiteur a demandé la liquidation ou s'il est établi que la seule solution pour lui est la liquidation, la direction devrait être dessaisie de ses pouvoirs et un administrateur indépendant nommé pour les reprendre et gérer la liquidation. Par ailleurs, la suspension des poursuites et procédures contre les biens du débiteur ne devrait s'appliquer qu'aux créditeurs non titulaires de sûretés.

62. Dans son rapport (p. 24 du texte anglais), le FMI conclut:

> Dès l'ouverture de la procédure de liquidation, tous les biens sur lesquels le débiteur a un droit de propriété à la date de l'ouverture devraient être transférés à un syndic indépendant nommé par le tribunal. Le débiteur devrait être tenu de divulguer tous les biens et les opérations douteuses.
>
> Pendant la procédure, tous les biens que le syndic administre devraient être protégés par une "suspension" de la faculté des créanciers non titulaires de sûretés d'engager des poursuites à l'encontre des actifs de la masse. Bien que la suspension puisse ne pas avoir la même portée dans tous les pays, elle devrait au minimum empêcher les créanciers non titulaires de sûretés: i) de saisir ou de vendre des biens pour exécuter leurs créances ou de prendre possession de biens à cette fin ou ii) d'engager des poursuites pour recouvrer les créances antérieures à l'ouverture de la procédure de liquidation.
>
> [...] la suspension devrait s'appliquer aux créanciers titulaires de sûretés pendant une période déterminée [...].
>
> Dès qu'une demande d'ouverture a été déposée, il est souhaitable que le tribunal soit habilité à prendre des mesures conservatoires pour protéger les biens du débiteur en attendant la décision d'ouverture du tribunal. Il faudrait normalement prévoir de dessaisir totalement ou partiellement le débiteur de l'administration des biens, de nommer un administrateur provisoire et de suspendre la faculté des créanciers de saisir les biens.

3. La procédure

Généralités

63. Une condition fondamentale de l'efficacité d'une procédure d'insolvabilité est qu'elle se déroule à temps, d'une manière équitable et prévisible, et qu'elle permette, par les voies appropriées, d'identifier et de rassembler les éléments d'actif de la masse, d'identifier et de vérifier les éléments du passif, de réaliser l'actif et d'en distribuer le produit. Les différentes étapes de la liquidation soulèvent un certain nombre de questions.

a) Vérification des créances

64. La vérification des créances comprend une évaluation de leur légitimité et de leur montant ainsi qu'une détermination de la catégorie dans laquelle elles interviennent aux fins de distribution. Il appartient généralement au créancier de prouver l'existence d'une créance et, pour éviter les retards, il peut y avoir lieu de fixer des délais de production des preuves. Lorsqu'un régime permet que les créances d'un créancier soient contestées, que ce soit par le syndic ou une autre partie intéressée, la loi pourrait prévoir des moyens de règlement des litiges, tels que l'examen par les créanciers d'une liste définitive des créances ou une autre solution.[9]

---

[9]Rapport du FMI (note 4), p. 37 du texte anglais.

b) Biens grevés et créanciers titulaires de sûretés

65. Toute mesure (par exemple, une suspension) prise à l'encontre de la faculté des créanciers d'exécuter leur sûreté doit tenir compte, d'une part, de l'objectif fondamental de la procédure d'insolvabilité au regard de l'objectif de la sûreté et de l'offre de crédit à des conditions abordables et, d'autre part, du principe fondamental selon lequel les obligations contractuelles doivent être exécutées. Si la sûreté vise à protéger les intérêts des créanciers en cas de défaut de remboursement du débiteur, alors le créancier ne doit pas avoir à attendre pour faire valoir sa sûreté ni être empêché de le faire. Parallèlement, ainsi que le FMI le signale dans son rapport (p. 25 du texte anglais), il apparaît de plus en plus que si les créanciers titulaires de sûretés restent libres de séparer leur garantie des autres actifs de la masse, cela peut nuire à l'objectif fondamental de la procédure d'insolvabilité, surtout au redressement, mais aussi à la liquidation. Le fait de ne pas limiter les actions des créanciers titulaires de sûretés peut empêcher de maximiser la valeur de la masse avant distribution, en particulier quand la cession de l'entreprise à un repreneur est une possibilité. Dans ce cas, l'exécution individuelle des sûretés peut aller à l'encontre des intérêts de l'ensemble des créanciers titulaires de sûretés, car les créances peuvent avoir plus de prix quand l'entreprise est cédée à un repreneur que quand elle est liquidée.

66. Dans son rapport (2.7 c), p. 17 du texte anglais), la BAsD se demande dans quelle mesure la loi sur l'insolvabilité devrait empiéter sur les pratiques et procédures commerciales acceptées et interférer avec elles. La BAsD propose de prévoir une forme de suspension pour assurer une administration équitable et ordonnée et appuie l'idée d'une suspension "automatique" qui prend effet dès qu'une demande a été présentée. S'il s'agit véritablement d'opérer le redressement du débiteur, il faudra étendre largement l'application de la suspension et la généraliser car le redressement sera voué à l'échec s'il n'est pas prévu de conserver les actifs et autres éléments essentiels du débiteur et de ses activités. Cependant, comme ces arguments n'interviennent pas en cas de liquidation, la suspension ne devrait être applicable qu'aux créanciers qui ne sont pas titulaires de sûretés.

67. Dans son rapport (p. 25 du texte anglais), le FMI juge essentiel que toute mesure de suspension de la faculté des créanciers titulaires de sûretés d'exécuter leurs droits s'accompagne de mesures de protection de leurs intérêts pendant la liquidation. Une mesure consisterait à appliquer la suspension automatiquement, mais pour une durée limitée, afin de permettre au syndic de commencer à identifier et à évaluer la masse, la durée ne pouvant être prolongée que si le syndic en démontre la nécessité. Une autre mesure touche à la préservation ou au maintien de la valeur économique de la créance garantie pendant la durée de la suspension.

68. Dans son rapport (p. 27 du texte anglais), le FMI envisage deux moyens de protéger la valeur de la créance garantie. Le premier consiste à protéger la valeur de la garantie elle-même, en prévoyant une compensation pour dépréciation de la garantie à laquelle sera substituée une autre garantie ou en faisant des versements échelonnés en espèces qui correspondent au montant de la dépréciation; en payant des intérêts pendant la durée de la suspension si la valeur de la garantie dépasse celle de la créance; en offrant au créancier une autre garantie équivalente; ou en lui payant le montant total de la créance garantie lorsque le syndic veut vendre le bien grevé. Le deuxième moyen consiste à préserver la valeur de la partie garantie de la créance en évaluant le bien à l'ouverture de la procédure et, sur la base de cette évaluation, à déterminer la valeur de la partie garantie de la créance. Cette valeur est fixe et, lors de la distribution après liquidation, le créancier titulaire de la sûreté est payé en priorité à hauteur de cette valeur. Pendant la procédure, le créancier recevra aussi des intérêts au taux prévu dans le contrat sur la partie garantie de la créance à titre de compensation pour le retard dans la réalisation du bien.

69. Dans son rapport (p. 27 et 28 du texte anglais), le FMI conclut:

> En principe, une loi sur l'insolvabilité devrait établir l'équilibre entre deux objectifs: d'une part, empêcher les créanciers titulaires de sûretés de nuire à la maximisation de la valeur des actifs de la masse et, d'autre part, protéger l'intérêt de ces créanciers de manière à éviter une érosion de la valeur de leur garantie – et, en

conséquence, de l'offre de crédit. Pour appliquer ce principe, une loi sur l'insolvabilité devrait normalement prévoir ce qui suit:

a) Pendant une brève période – spécifiée – après l'ouverture de la procédure (par exemple 30 ou 60 jours), la suspension générale des voies d'exécution devrait aussi s'appliquer aux créanciers titulaires de sûretés pour les empêcher d'exécuter leurs droits contractuels sur la garantie pendant la procédure, sous les réserves ci-après. Normalement, le tribunal ne devrait prolonger cette période que si le syndic en démontre la nécessité pour maximiser la valeur des actifs de la masse au profit des créanciers en général (par exemple pour pouvoir céder l'entreprise ou des branches d'activité à un repreneur). Il peut être souhaitable que la loi fixe une limite à la durée de prolongation.

b) Il peut y avoir lieu de faire exception à la suspension pour les actifs qui ne sont, généralement, pas indispensables à la cession de l'entreprise à un repreneur (par exemple, garantie en espèces).

c) Pendant la durée de la suspension, il faudrait prévoir des mesures pour protéger les intérêts du créancier titulaire d'une sûreté. Dans les cas où la préservation de la valeur de la garantie offre cette protection, il s'agirait, par exemple, de prévoir une compensation pour la dépréciation de la garantie et, si le bien devait être utilisé ou vendu par le syndic, d'envisager une substitution de garanties. Autrement, les pays peuvent protéger les intérêts du créancier titulaire d'une sûreté en fixant la valeur de la garantie à l'ouverture de la procédure et en donnant au créancier une créance de premier rang fondée sur cette valeur, ainsi qu'une créance préférentielle au titre du paiement des intérêts conventionnels de retard.

Dans les cas où le syndic n'est pas en mesure d'assurer à un créancier titulaire d'une sûreté le type de protection décrit ci-dessus, la suspension à l'encontre de ce créancier devrait être levée.

c) Pouvoirs d'annulation

70. Dès lors que la procédure d'insolvabilité peut s'ouvrir longtemps après la prise de conscience, par un débiteur, qu'une telle issue sera inévitable, il existe, comme le souligne le FMI dans son rapport (p. 28 du texte anglais), de réelles possibilités pour le débiteur de tenter de dissimuler des actifs à ses créanciers, souscrire des engagements fictifs ou consentir des libéralités à des parents ou amis. Dans la perspective de la procédure d'insolvabilité qui s'ouvrira en définitive, de tels actes ont pour résultat de défavoriser les créanciers ordinaires, qui n'ont pas été partie à ces opérations et ne bénéficient pas d'une sûreté, et de faire échec à l'objectif du traitement équitable de tous les créanciers. L'objet des pouvoirs d'annulation est donc de rétablir l'égalité des créanciers et d'anéantir des transactions inéquitables ou des actes juridiques unilatéraux de nature à porter préjudice à la future masse et à ses créanciers.[10]

71. La question que posent les pouvoirs d'annulation est celle de l'équilibre à trouver entre l'intérêt de pouvoirs forts visant à maximiser la valeur de la masse dans l'intérêt de tous les créanciers et l'atteinte éventuellement portée à la prévisibilité en matière de contrats. Dans le rapport de la BAsD (2.13, p. 22 du texte anglais) il est dit que le débat sur les pouvoirs d'annulation vise non pas tant le principe qui sous-tend les dispositions que le degré d'efficacité, dans la pratique, de telles dispositions et les règles quelque peu arbitraires qui sont nécessaires pour définir, par exemple, les délais et la nature des opérations elles-mêmes. Les critiques selon lesquelles, dans de nombreux cas, de telles dispositions ne jouent pas et ne sont pas appliquées de façon efficace ne sont pas dénuées de validité.

---

[10]Voir, par exemple, Manfred Balz et Henry M. Schiffmann, "Insolvenccy Law Reform for Economies in Transition – A Comparative Law Perspective", deuxième partie, ("Balz et Shiffmann, deuxième partie"), Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, vol. 11, n° 2 (février 1996), p. 66.

72. Nonobstant les critiques éventuelles, l'importance des pouvoirs d'annulation paraît être en général reconnue, non seulement parce qu'ils ont pour effet de maximiser la valeur de la masse dans l'intérêt des créanciers, mais aussi parce qu'ils contribuent à l'établissement de conduites commerciales loyales et s'inscrivent dans le cadre de normes satisfaisantes de gestion des entreprises.[11]

73. Les questions à envisager sont notamment celles de savoir si l'annulation devrait être possible tant en cas de liquidation qu'en cas de redressement, quels devraient être les actes annulables et quels seraient les critères applicables, y compris le point de savoir si certaines opérations devraient ou non être de plein droit nulles ou annulables.

74. Dans certains ordres juridiques, les règles relatives à l'annulation ne s'appliquent qu'en cas de liquidation, et non de redressement, ce qui, de l'avis de certains commentateurs, empêcherait la réalisation de toutes les possibilités de redressement et fausserait le choix entre liquidation et redressement.[12]

75. Les règles régissant l'annulation peuvent combiner des éléments objectifs et subjectifs. Les critères objectifs portent sur la date de l'opération par rapport à celle de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et sur les types d'opérations en cause. Les critères subjectifs s'appuient sur l'intention ou la connaissance propres à chaque cas particulier. Les règles objectives peuvent être d'application facile mais elles peuvent aussi conduire à des décisions arbitraires dans des cas où, par exemple, un acte légitime se situant dans une période donnée peut être annulé, tandis qu'un acte frauduleux survenu en dehors de la période déterminée pourra être sauvegardé. À l'inverse, les critères subjectifs peuvent être source de différends et ne devraient être employés qu'en cas de nécessité. Il faut trouver un équilibre entre les deux approches.

76. Dans son rapport (p. 29 du texte anglais), le FMI insiste sur la nécessité de réglementer plus strictement les transactions et les transferts en faveur d'initiés que ceux intéressant des partenaires commerciaux indépendants, au motif que les premiers ont plus de raisons d'être avantagés et sont aussi en général très tôt informés des difficultés financières du débiteur. Entrent notamment dans la catégorie des initiés les personnes ayant des liens étroits, professionnels ou familiaux, passés ou présents, avec le débiteur.

77. Dans son rapport (p. 29 et 30 du texte anglais), le FMI distingue quatre catégories d'opérations qui sont le plus couramment visées par les dispositions relatives à l'annulation: il s'agit d'abord des transactions et transferts pour lesquels est prouvée l'intention réelle du débiteur de frauder ses créanciers par une soustraction d'actifs alors que l'autre partie avait connaissance d'une telle intention. Ces opérations constituent une fraude effective, vu l'intention frauduleuse des deux parties. De nombreuses lois relatives à l'insolvabilité ne limitent pas la période pendant laquelle des transactions et transferts de ce type peuvent être annulés. Il s'agit en second lieu des transactions et transferts conclus avec un tiers sans contrepartie suffisante. L'intention frauduleuse peut être présumée dans tous les cas où l'opération est déséquilibrée et ne paraît pas conforme aux conditions normales du marché. Certaines lois fixent une période maximum calculée rétroactivement à partir de la date de l'ouverture de la procédure, tandis que d'autres exigent aussi un constat d'insolvabilité ou d'insolvabilité imminente au moment où l'opération a été effectuée. Il y a en troisième lieu les transactions et les transferts "spontanément" consentis à des créanciers, qui posent le problème du traitement de faveur, lorsqu'un avantage est accordé à un créancier individuel qui n'a aucun titre à en bénéficier. Il peut s'agir, par exemple, du remboursement anticipé d'une dette ou de l'octroi d'une sûreté à un créancier qui n'en bénéficiait pas auparavant. Certaines lois fixent une période maximum calculée rétroactivement à compter de la date d'ouverture de la procédure tandis que d'autres exigent également un constat d'insolvabilité ou d'insolvabilité imminente au moment où l'opération a eu lieu. Il y a enfin les transactions et

---

[11]Rapport de la BAsD (note 5), 2.13, p. 22 du texte anglais.

[12]Voir Balz et Schiffmann, deuxième partie, p. 66.

transferts ordinaires conclus avec des créanciers, c'est-à-dire des opérations à tous égards normales si ce n'est qu'elles se situent au cours d'une période très brève avant l'ouverture de l'insolvabilité, ce qui peut laisser supposer un traitement de faveur. La période est généralement limitée à une durée de 30 à 90 jours et certaines lois exigent aussi que le créancier ait eu ou ait dû avoir connaissance de l'insolvabilité du débiteur. Des exceptions sont prévues lorsque les opérations s'inscrivent dans le cours normal des affaires, comme le paiement de marchandises qui sont régulièrement livrées et payées.

78. Alors qu'un certain nombre de transactions et de transferts peuvent être considérés comme nuls de plein droit par la loi relative à l'insolvabilité, dans d'autres cas la décision peut être laissée à l'appréciation du syndic, celui-ci ayant toutefois l'obligation de maximiser la valeur de la masse, compte tenu des frais et délais de recouvrement des actifs transférés.

79. Dans son rapport (2.13, p. 22 du texte anglais), la BAsD propose que le régime de l'insolvabilité prévoie l'annulation des opérations qui ont pour effet de léser les créanciers ou qui sont contraires au principe de l'égalité de traitement des créanciers de même rang.

80. Dans son rapport (p. 31 du texte anglais), le FMI conclut:

> La procédure de liquidation devrait prévoir un mécanisme permettant au syndic de réintégrer les actifs que le débiteur a transférés avant l'ouverture, lorsque ces transferts lèsent les créanciers en général. Il faudrait préciser les types de transactions et de transferts qui devraient être visés et la "période suspecte" maximum précédant l'ouverture de la procédure au cours de laquelle ces opérations seraient susceptibles d'annulation. Des règles plus strictes devraient normalement s'appliquer aux transactions et transferts conclus avec des initiés. Au minimum, il est souhaitable que soient visés les types suivants d'opérations:
>
> a) Transactions et transferts pour lesquels est prouvée l'intention réelle du débiteur de frauder ses créanciers par une soustraction d'actifs alors que l'autre partie connaissait cette intention. Il n'est pas nécessaire que la loi relative à l'insolvabilité fixe une période maximum;
>
> b) Transactions et transferts sans contrepartie suffisante, notamment les libéralités, effectués alors que le débiteur était insolvable ou sur le point de le devenir, dans le cadre d'une période maximum déterminée;
>
> c) Transactions et transferts "spontanément" consentis à des créanciers lorsque, par exemple, le débiteur procède à des remboursements de dette anticipés ou accorde une sûreté sur une dette existante. La preuve d'une insolvabilité effective ou imminente peut être nécessaire, une période maximum étant par ailleurs fixée.
>
> En outre, il est peut-être souhaitable – mais pas nécessaire – d'habiliter le syndic à annuler des opérations conclues avec des créanciers qui, bien que n'ayant aucun caractère irrégulier, se situent dans une très brève période (90 jours au plus, sauf si le créancier est un initié), lorsqu'il est prouvé que le créancier avait ou aurait dû avoir connaissance de l'insolvabilité. Il faut peut-être toutefois prévoir des exceptions pour les transactions et transferts effectués dans le cours normal des affaires.

d) Traitement des contrats

81. De nombreuses lois relatives à l'insolvabilité prévoient que le syndic peut intervenir dans des contrats qui ne sont pas encore totalement exécutés par les deux parties en décidant soit de poursuivre (et éventuellement céder ultérieurement) ces contrats, soit d'y renoncer. Comme dans le cas des règles relatives à l'annulation, l'objectif est de maximiser la valeur de la masse. Cet objectif doit toutefois être apprécié par rapport à des intérêts concurrents,

des préoccupations sociales liées à certains types de contrats, comme les contrats de travail, et à l'effet sur la prévisibilité des relations commerciales et financières de la faculté du syndic de s'immiscer dans des contrats non exécutés.

82. Plusieurs approches peuvent être adoptées s'agissant de la résiliation ou de la continuation de différents types de contrats. Certains d'entre eux peuvent être résiliés au gré du syndic tandis que d'autres sont résiliés de plein droit à l'ouverture de la procédure sans que le syndic ait la faculté de les poursuivre.[13] Le syndic apprécie l'opportunité de poursuivre des contrats avec ou sans l'accord de l'autre partie, sous réserve de certaines exceptions. Que le syndic décide de poursuivre un contrat ou de le résilier, les lois relatives à l'insolvabilité devraient exiger que, pour la sécurité juridique de l'autre partie, celle-ci soit avisée de la décision dans un délai déterminé suivant l'ouverture de la procédure.

83. La possibilité de résilier des contrats qui ne sont pas encore totalement exécutés repose principalement sur l'idée de "libérer la masse de contrats intrinsèquement équitables mais lourds à gérer, que le débiteur peut avoir conclus au cours de la période critique précédant l'insolvabilité ou qui n'ont plus aucun sens pour l'entreprise en faillite, et d'assurer l'égalité des créanciers à l'encontre d'une partie qui n'a exécuté que partiellement ses obligations et a fait crédit au débiteur pour l'engagement qui en est la contrepartie"[14]. Lorsqu'un contrat est résilié, l'autre partie est dispensée d'exécuter le reste du contrat et devient un créancier non titulaire d'une sûreté pour le montant des préjudices causés par la résiliation.

84. S'agissant de la continuation, un premier point est de savoir si le contrat considéré prévoit un droit de résiliation pour défaut de paiement lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte. Lorsqu'une telle clause figure dans le contrat, celui-ci sera en général résilié sauf si le syndic préfère le poursuivre avec l'accord de l'autre partie ou s'il décide de le poursuivre malgré l'objection de l'autre partie. Dans certains cas, il sera plus intéressant de poursuivre le contrat que de le résilier. On peut citer à titre d'exemple le louage des locaux professionnels du débiteur, lorsque l'entreprise peut être cédée à un repreneur. La continuation peut aussi présenter un intérêt pour l'autre partie dans la mesure où, dans le cadre du contrat, les services fournis après l'ouverture de la procédure peuvent être payés par priorité. En cas de continuation du contrat, le FMI souligne dans son rapport (p. 32 du texte anglais) que les intérêts de l'autre partie peuvent être sauvegardés s'il est prévu que les coûts afférents à l'exécution et tout éventuel dédommagement au titre d'un manquement du syndic seront traités en tant que dépenses d'administration ou prioritaires. Cela impliquant un risque pour les autres créanciers, un syndic ne souhaitera en général poursuivre que les contrats bénéficiant à la masse.

85. Dans son rapport (p. 34 du texte anglais), le FMI définit deux catégories générales d'exceptions à la faculté de poursuivre des contrats. La première est celle où le syndic étant habilité à annuler des clauses de résiliation, des exceptions spécifiques peuvent être prévues pour certains types de contrats, notamment des contrats financiers à court terme comme des accords de swap et des contrats à terme. La seconde catégorie est celle où, que la loi autorise ou non l'annulation d'une clause de résiliation, le contrat ne peut être poursuivi parce qu'il stipule une exécution par le débiteur ou la fourniture de services personnels.

86. Les contrats qui ont été poursuivis peuvent ultérieurement être cédés à titre onéreux. Certaines lois relatives à l'insolvabilité exigent l'accord de l'autre partie ou de l'ensemble des parties, tandis que d'autres prévoient que la procédure d'insolvabilité rend nulles et de nul effet les clauses d'interdiction de cession et laissent au syndic toute latitude pour céder le contrat dans l'intérêt de la masse. Comme le relève le FMI dans son rapport (p. 33 du texte anglais):

---

[13]Balz et Schiffmann, deuxième partie, p. 67.

[14]Ibid.

S'il est vrai que la faculté pour le syndic de décider de poursuivre et de céder des contrats en violation de leurs termes peut présenter un intérêt non négligeable pour la masse et, partant, pour les bénéficiaires du produit de la répartition suivant la liquidation, il est certain que cette faculté porte atteinte aux droits contractuels de l'autre partie. De plus, la cession pose la question du préjudice causé à la partie non débitrice au contrat, objet de la cession, en particulier lorsqu'elle ne joue qu'un rôle insignifiant, voire aucun rôle, dans le choix du cessionnaire.

87. Comme il a été indiqué, certaines catégories de contrats posent des problèmes sociaux pouvant justifier un traitement particulier dans le cadre des lois relatives à l'insolvabilité. Dans le cas des contrats de travail, en particulier, la faculté de résiliation du syndic peut être limitée de crainte que la liquidation ne serve à supprimer formellement les garanties accordées aux salariés par ces contrats. Ainsi, lorsque l'entreprise doit être vendue à un repreneur, la suppression de contrats de travail coûteux aurait un effet favorable sur le prix de vente. Une autre catégorie pourrait être celle d'un contrat de bail lorsque le débiteur est le preneur.

88. Dans son rapport (p. 34 du texte anglais), le FMI conclut:

Les procédures de liquidation devraient habiliter le syndic à résilier ou poursuivre les contrats qui n'ont pas été totalement exécutés par les deux parties. Définir la portée de cette compétence suppose des décisions de principe importantes: des pouvoirs élargis de résiliation ou de continuation permettent de maximiser la valeur des actifs de la masse, mais elles constituent aussi une plus grande ingérence dans les relations contractuelles. De plus, il peut être nécessaire de limiter ces pouvoirs à l'égard de certains types de contrats.

a) Résiliation - Le syndic devrait être habilité à résilier des contrats non exécutés. Dès la résiliation, l'autre partie deviendra un créancier non titulaire d'une sûreté dont la créance sera égale au montant des préjudices causés par la résiliation. Il est admis que les pays peuvent décider de limiter cette faculté à l'égard de contrats particuliers, comme les contrats de travail ou de bail (lorsque le débiteur est le bailleur), restriction qui sera pertinente dans les procédures de liquidation lorsqu'il est prévu de céder l'entreprise (ou une de ses branches d'activité) à un repreneur.

b) Continuation et cession - Le syndic devrait normalement être habilité à décider de poursuivre l'exécution du contrat (y compris de procéder à sa cession) dans les cas où cette poursuite n'est pas interdite par les termes du contrat. Si une telle décision est prise, l'autre partie doit se voir accorder une priorité de paiement (en tant que dépense d'administration) pour toute exécution postérieure à l'ouverture de la procédure de liquidation. Si un pays autorise le syndic à poursuivre ou céder un contrat en violation de ses termes, il doit faire obligation au syndic de démontrer que le contrat peut être correctement exécuté par lui-même ou par le cessionnaire. Des exceptions à la faculté de poursuivre le contrat devront normalement être prévues à l'égard de contrats particuliers comme des contrats financiers et de fourniture de services personnels.

e) Compensation

89. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, la reconnaissance d'un droit de compensation revient à autoriser un créancier qui est également un débiteur de la masse à exercer ce droit après l'ouverture de la procédure, ce qui peut avoir pour effet, selon les montants respectifs de la créance de l'intéressé et de la créance de la masse à son encontre, de désintéresser intégralement le créancier. Cela peut sembler donner un avantage au créancier qui est également débiteur de la masse, risquant de compromettre l'égalité de traitement des créanciers, mais on peut aussi soutenir qu'il est injuste de refuser de désintéresser un créancier tout en lui réclamant instamment un paiement. Dans son rapport (p. 35 du texte anglais), le FMI relève en outre, dès lors que de nombreux partenaires sont des banques, que le droit de compensation est particulièrement bénéfique pour le système bancaire et, partant, qu'il peut l'être généralement aussi pour l'économie. Des banques qui ont prêté à une entité à l'encontre de laquelle une procédure

d'insolvabilité a été ouverte peuvent aussi détenir en dépôt des fonds du débiteur. Un droit de compensation postérieur à l'ouverture de la procédure autoriserait la banque à opérer une compensation entre ses créances impayées et ces fonds en dépôt, même si lesdites créances ne sont pas encore échues et exigibles.

90. Dans son rapport (p. 35 du texte anglais), le FMI met également en évidence l'interaction entre un droit de compensation et d'autres dispositions de la législation relative à l'insolvabilité. Ce droit peut, par exemple, être subordonné aux dispositions relatives aux pouvoirs d'annulation dans la mesure où la créance détenue par le débiteur a été reçue par le créancier durant la période suspecte. Il peut aussi être limité par le droit du syndic d'annuler les clauses de résiliation figurant dans un contrat, sauf si ce droit est expressément restreint pour permettre au créancier de résilier le contrat et compenser les créances monétaires réciproques.

91. En conclusion, il est dit dans le rapport du FMI (p. 36 du texte anglais):

> Un droit de compensation reconnu par le droit commun préalablement à l'ouverture de la procédure devrait être sauvegardé au cours de la procédure de liquidation et, de façon générale, devrait pouvoir être exercé tant par les créanciers que par la masse. De plus, la loi devrait aussi autoriser une compensation postérieure à l'ouverture de la procédure si les créances réciproques sont nées de la même opération. Les pays peuvent également envisager d'autoriser l'exercice de droits de compensation en vertu du droit commun après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, notamment en ce qui concerne des obligations financières réciproques.

f) Aliénation d'actifs

92. Le mode d'aliénation employé par le syndic devrait viser à maximiser la valeur de la masse et suivre une procédure équitable et transparente. Cela peut supposer, par exemple, lorsque la vente a lieu de gré à gré, qu'elle puisse être le cas échéant contrôlée par le tribunal, ou que les créanciers donnent leur accord afin d'éviter toute collusion.

93. Dans son rapport (p. 38 du texte anglais), le FMI conclut:

> La procédure de liquidation des biens, menée de manière efficace et sans retard, devrait viser à maximiser la valeur des éléments d'actif liquidés. A cet effet, la loi devrait normalement autoriser les ventes tant aux enchères publiques que de gré à gré, sous réserve, dans ce dernier cas, que la vente soit contrôlée par le tribunal ou approuvée par les créanciers, ou soumise à ces deux conditions. Les créanciers devraient être dûment avisés de toute vente.

g) Ordre de préférence

94. L'établissement d'un ordre de préférence pour la répartition du produit de la masse est important non seulement en vue de faciliter le crédit, en particulier le crédit assorti de garanties, mais aussi pour assurer le déroulement régulier et efficace de la procédure. Cela suppose notamment que des dispositions soient prévues pour le paiement des syndics et pour faire en sorte que les objectifs du processus de liquidation puissent être atteints. En conséquence, il faudrait peut-être que les lois relatives à l'insolvabilité réglementent non seulement la distribution aux créanciers en fonction du type de créance qu'ils détiennent (que celle-ci soit ou non garantie, qu'elle ait un caractère administratif ou autre), mais aussi la rémunération des syndics et d'autres dépenses d'administration.

95. Dans le cadre d'un tel système, les créanciers munis d'une sûreté auront une créance de premier rang sur le produit de la vente du bien grevé à concurrence de la valeur de la créance garantie ou sur le produit de la liquidation pour ce qui est de la valeur du bien grevé, selon la méthode employée pour protéger le créancier muni d'une sûreté (voir par. 68 ci-dessus). Lorsque la créance garantie excède la valeur du bien grevé ou celle de la créance garantie

à l'ouverture de la procédure, la partie non garantie de la créance sera traitée, aux fins de la distribution, comme une créance non garantie.

96. Le premier rang de préférence pour la répartition entre les créanciers non titulaires d'une sûreté sera généralement alloué aux dépenses d'administration qui comprennent les frais de justice et les honoraires du syndic, les paiements qui ont été engagés ou poursuivis par le syndic et les frais relatifs au recouvrement, à la gestion, à l'évaluation et à la distribution des actifs de la masse. L'objectif de cette préférence est en partie d'attirer des professionnels compétents pour effectuer les tâches de liquidation afin d'assurer le déroulement régulier et efficace des procédures d'insolvabilité. Lorsque des créanciers titulaires d'une sûreté participent à une liquidation, les lois relatives à l'insolvabilité prévoient en général que les créances garanties doivent avoir priorité sur les créances d'administration. Toutefois, en vertu de certaines législations, les frais afférents à la préservation et à la vente du bien grevé doivent être déduits de la valeur de celui-ci et des créances garanties avant le désintéressement des créanciers munis d'une sûreté, tandis que, selon une autre approche, il peut être logique d'imputer ces frais sur les dépenses d'administration de la masse. Certains pays attribuent aux créances salariales échues avant l'ouverture de la procédure le même rang qu'aux dépenses d'administration.

97. Les régimes d'insolvabilité traitent de façon très différente la répartition des ressources disponibles après l'apurement des créances garanties et des créances d'administration. Certaines lois définissent différents types de privilèges qui assurent un paiement par priorité à certaines catégories de créanciers non titulaires d'une sûreté. Des raisons sociales et politiques peuvent justifier l'existence de privilèges, comme la nécessité de protéger une catégorie économiquement plus faible de créanciers ou le fait que certaines catégories de créanciers, comme les créanciers au titre d'une responsabilité civile, n'ont pas "fait crédit" de leur plein gré suivant le jeu du marché, mais y ont été contraints par le débiteur ou par la loi. Dans son rapport (2.12, p. 21 du texte anglais), la BAsD souligne que dans le cadre de nombreux régimes d'insolvabilité, les créances telles que les créances fiscales et les créances salariales doivent être payées intégralement, par préférence à celles d'autres créanciers. Il n'en reste pas moins que les privilèges risquent de réduire l'efficacité et la productivité d'ensemble du processus et créent de fait une exception à l'objectif de l'égalité des créanciers. Dans certains cas, l'existence de privilèges serait la cause du désintérêt général à l'égard de la procédure de la part des créanciers ordinaires et des banques. D'après le rapport de la BAsD, c'est pour ces raisons que l'approche contemporaine s'efforce de limiter autant que possible les créances privilégiées.

98. Dès lors que les créances des catégories de créanciers privilégiés auront été payées, le solde de la masse sera distribué, au prorata de leurs créances, aux créanciers non titulaires d'une sûreté. Cette distribution devra tenir compte des créances subordonnées. Dans certains ordres juridiques, les créances telles que les amendes et pénalités, les gratifications, les prêts des porteurs de parts et les intérêts échus postérieurement à la demande d'ouverture de la procédure sur des créances non garanties sont réputées subordonnées, tandis que dans d'autres ordres juridiques, de telles créances sont exclues ou ne sont pas admissibles.

99. Le rapport de la BAsD (2.12, p. 21 du texte anglais) contient la proposition suivante:

> Le régime légal de l'insolvabilité devrait, autant que possible, préserver le principe de l'égalité de traitement de tous les créanciers. En conséquence, la loi relative à l'insolvabilité devrait limiter à un nombre aussi restreint que possible les créances privilégiées.

100. La conclusion du rapport du FMI (p. 41 du texte anglais) est la suivante:

> Les règles fixant l'ordre de préférence à accorder aux catégories de créanciers lors de la répartition du produit de la vente des actifs de la masse devraient dûment tenir compte des dispositions contractuelles prévoyant une sûreté ou une subordination. Ainsi, en règle générale, si les actifs de la masse sont gagés, le produit de la vente de ces actifs devrait d'abord être distribué aux créanciers munis d'une sûreté à concurrence de la valeur de leur créance garantie, augmentée de toute somme due à titre de compensation en raison de la suspension, qui

n'a pas déjà donné lieu à paiement durant la procédure. Les règles de préférence devraient aussi viser à faciliter le fonctionnement efficace de la procédure d'insolvabilité. En conséquence, les dépenses d'administration (y compris la rémunération des services rendus par des professionnels, dont le syndic, et les créances postérieures à la demande d'ouverture de la procédure) devraient être payées par priorité aux créances non garanties. L'inclusion d'autres privilèges légaux, bien qu'elle puisse paraître nécessaire pour des motifs sociaux ou politiques, devrait être limitée autant que possible, de tels privilèges entravant en général l'efficacité et la productivité de la procédure d'insolvabilité.

4. Remise de dette

101. Lorsqu'il subsiste un encours de créances après l'achèvement de la distribution, la question se pose de savoir si, s'agissant de certaines entreprises, le débiteur doit en être déchargé ou s'il faut maintenir ce solde de créances. Cela intéresse les personnes physiques, les sociétés en nom collectif et les entreprises à responsabilité non limitée, cas où la responsabilité personnelle au titre des créances non apurées peut subsister. Dans son rapport (p. 42 du texte anglais), le FMI définit à cet égard deux approches possibles de cette question. La première met l'accent sur la valeur de la relation entre débiteur et créancier, le maintien de la responsabilité du débiteur après la liquidation l'incitant à la prudence dans son comportement financier et en encourageant les créanciers à fournir des fonds. Le débiteur restera tenu des créances non apurées, sous réserve de la prescription. L'autre approche, fondée sur l'idée qu'il vaut mieux "repartir à zéro", accorde au débiteur honnête et de bonne foi une remise totale de ses dettes dès la clôture de la liquidation.

102. Dans son rapport (p. 42 du texte anglais), le FMI fait la recommandation suivante:

> Le fait d'accorder à des débiteurs individuels la remise de leurs dettes après la liquidation de leur entreprise peut leur permettre de repartir à zéro. Cette remise ne devrait toutefois pas être accordée à ceux qui ont eu un comportement frauduleux ou qui ont dissimulé des informations importantes durant la procédure.

5. Créanciers étrangers

103. Dans son rapport, le FMI souligne la nécessité, pour les régimes d'insolvabilité, d'accorder aux créanciers étrangers le même traitement qu'aux créanciers nationaux. De plus, tant la BAsD (2.15, p. 23 du texte anglais) que le FMI (p. 68 du texte anglais) soulignent dans leur rapport la nécessité d'adopter, dans les lois relatives à l'insolvabilité, un cadre commun de coopération en cas d'insolvabilité relevant de plusieurs ordres juridiques, en se référant à la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

D. Redressement

1. Traits essentiels

104. Dans son rapport (2.2 b), p. 12 du texte anglais), la BAsD souligne que, bien que la procédure de redressement n'ait pas un caractère aussi universel que celle de la liquidation et risque de ce fait de ne pas suivre un tel modèle commun, un certain nombre d'éléments clefs ou essentiels peuvent être dégagés:

a) soumission volontaire de l'entité au processus, lequel peut ou non comporter une procédure judiciaire et un contrôle ou une surveillance judiciaire;
b) interdiction ou suspension automatique et obligatoire des actions et des poursuites contre le patrimoine de l'entité, opposable à tous les créanciers pendant une période de temps limitée;
c) poursuite de l'activité de l'entité, confiée à la direction en place, à un administrateur indépendant, ou conjointement aux deux;

d) élaboration d'un plan contenant des propositions quant au traitement des créanciers, des actionnaires ou associés et de l'entité elle-même;
e) examen, mise aux voix et approbation du plan par les créanciers;
f) éventuellement, sanction judiciaire du plan approuvé;
g) exécution du plan.

Ces questions sont examinées dans les sections suivantes.

2. Conditions d'ouverture

105. L'un des objectifs d'un régime de redressement est d'instituer un processus propre à inciter les débiteurs à prendre des mesures pour remédier à leurs difficultés financières en temps opportun. Il n'a y donc pas lieu d'appliquer le même critère d'ouverture que pour la liquidation (cessation générale des paiements), au moins dans le cas d'une procédure engagée par le débiteur. Certaines législations ne subordonnent pas l'ouverture de la procédure à un critère de fond tandis que d'autres adoptent un critère comme la pénurie prévisible de liquidités. Comme le relèvent tant la BAsD que le FMI dans leurs rapports (respectivement 2.5, p. 15 du texte anglais et p. 45 du texte anglais), il peut toutefois être nécessaire de prendre des dispositions afin d'empêcher tout abus de la procédure de redressement, soit qu'une entité n'ayant aucune perspective réelle de redressement l'utilise comme tactique préventive ou dilatoire, soit qu'un débiteur n'ayant pas de difficultés financières propose un plan de redressement lui permettant de s'affranchir de lourdes obligations, notamment salariales.

106. Un créancier ayant peu de chances d'être informé de la pénurie prévisible de liquidités du débiteur, il serait logique d'appliquer le critère de la cessation générale des paiements à l'ouverture d'une procédure de redressement demandée par un créancier.

107. Sur la question de l'ouverture, le FMI conclut dans son rapport (p. 46 du texte anglais):

> La loi devrait prévoir que la procédure de redressement puisse être ouverte à la demande du débiteur ou d'un créancier. Afin d'inciter le débiteur à engager le plus tôt possible une procédure de redressement, avec d'autant plus de chances de succès, l'ouverture de la procédure dans ce cas ne devrait pas être subordonnée à la preuve d'une cessation générale des paiements. En revanche, celle-ci devrait normalement servir de critère si la demande est présentée par un créancier. La loi devrait aussi prévoir l'ouverture d'une procédure de redressement par conversion d'une procédure de liquidation.

108. Comme il a déjà été noté (par. 105), il peut être nécessaire de prévoir un mécanisme pour prévenir tout abus de la procédure de redressement par le débiteur. Dans son rapport (2.5, p. 15 du texte anglais), la BAsD propose à cet égard que soit exigée d'emblée une évaluation quant aux perspectives réelles de redressement. Si cette évaluation n'est pas concluante, il pourrait être prévu une conversion automatique en procédure de liquidation. La décision de recommander ou de demander une telle conversion pourrait relever de l'administrateur, (en dehors de la direction, la partie la plus à même de comprendre l'activité du débiteur) ou du comité des créanciers, ou cette compétence pourrait être conférée au tribunal. On pourrait éviter de recourir au contrôle du tribunal en imposant des délais ou en donnant plus de poids aux créanciers.

109. Dans son rapport (2.5, p. 15 du texte anglais; 2.12, p. 21 du texte anglais) la BAsD avance la proposition suivante:

> Un régime d'insolvabilité devrait prévoir, dans le cadre du processus de redressement, une enquête indépendante et un rapport sur les activités et la situation financière de la société. Il devrait aussi prévoir une évaluation indépendante de toute proposition de redressement relative à la société. Si cette évaluation, ou une

autre effectuée ultérieurement, n'est pas concluante, il devrait être prévu un transfert automatique à la procédure de liquidation.

110. Dans son rapport (p. 50 du texte anglais), le FMI conclut:

> En vue de prévenir tout abus par le débiteur d'une procédure de redressement, il est essentiel de prévoir expressément la conversion d'une procédure de redressement en procédure de liquidation. Il devrait être notamment prévu un mécanisme permettant au tribunal de convertir immédiatement la procédure, d'office ou sur la recommandation de l'administrateur ou des créanciers, lorsqu'il est manifeste que le redressement n'est pas réalisable ou lorsque l'intention frauduleuse du débiteur est démontrée. En vue de renforcer un tel mécanisme de conversion, les pays devraient aussi envisager de préciser dans la loi que la procédure de redressement ne peut en aucun cas excéder une période déterminée. De tels délais peuvent revêtir une importance particulière dans des pays où la capacité de l'autorité judiciaire est limitée.

3. Conséquences de l'ouverture

111. S'il est vrai que l'ouverture de la procédure de redressement pose des problèmes analogues à celle de la liquidation quant à la suspension du droit des créanciers d'exercer leurs voies de recours contre le débiteur et à l'administration du patrimoine par le débiteur, les solutions adoptées dans le cadre d'une procédure de redressement sont différentes.

a) La suspension

112. Dans le cadre de la liquidation, les restrictions imposées aux créanciers quant à l'exercice de leurs voies de recours sont justifiées par le souci d'éviter un démembrement prématuré du patrimoine du débiteur et de permettre au syndic de maximiser la valeur de la masse. Cette justification est d'autant plus importante dans le cas du redressement, l'objectif étant d'assurer le redressement d'un débiteur et d'inciter les débiteurs à tenter dès que possible un redressement. Comme pour la procédure de liquidation, on peut se demander si la suspension doit s'appliquer aux créanciers titulaires d'une sûreté et, si tel est le cas, pendant combien de temps. Comme dans le cas de la liquidation, où la suspension s'applique effectivement aux créanciers titulaires d'une sûreté, il peut être nécessaire de prendre des mesures pour assurer la préservation et la protection des biens grevés, en autorisant par exemple le créancier à demander une dérogation à la suspension ou en limitant la durée de la procédure de redressement.

b) Administration de l'entreprise du débiteur

113. Alors que, dans le cadre de la liquidation, le débiteur est normalement dessaisi de l'administration de l'entreprise dont les actifs sont transférés au syndic, les avis sont partagés sur la question de savoir dans quelle mesure il doit en aller de même dans le cadre de la procédure de redressement. Comme le souligne le FMI dans son rapport (p. 47 du texte anglais), si la procédure de redressement était calquée sur la procédure de liquidation quant au droit de regard sur l'entreprise laissé au débiteur, il est manifeste que cela découragerait le débiteur de recourir de son plein gré à la procédure de redressement. L'ampleur des pouvoirs d'administration à laisser au débiteur doit être appréciée par rapport aux avantages à long terme pour l'entreprise (le débiteur étant lapartie la plus à même de bien comprendre l'entreprise) et aux effets négatifs, par exemple sur la confiance des créanciers. Une solution consiste à laisser au débiteur la maîtrise totale de l'entreprise et à ne pas désigner d'administrateur indépendant. Comme il a déjà été noté à propos de l'ouverture de la procédure de redressement (par. 105), il peut toutefois être nécessaire de prendre des mesures pour que le débiteur n'utilise pas simplement la procédure de redressement pour retarder l'inévitable et disperser les actifs de l'entreprise, compromettant ainsi les chances de redressement et portant atteinte aux intérêts, et à la confiance, des créanciers.

114. La solution de ce problème peut parfois dépendre de la question de savoir si la procédure de redressement a un caractère volontaire ou non. Une approche consiste à instituer une répartition des fonctions entre le débiteur et l'administrateur, celui-ci contrôlant les activités du premier et devant approuver les opérations importantes. Pour que les partenaires indépendants puissent savoir quelles sont les restrictions imposées au débiteur et n'avoir aucun doute sur la manière dont la procédure de redressement fonctionnera, il peut être nécessaire de définir clairement la répartition des pouvoirs entre le débiteur et l'administrateur et ne pas la laisser à la discrétion de l'administrateur.

115. Dans sont rapport (2.7, p. 17 du texte anglais), la BAsD avance la proposition suivante:

> Dans le cas d'une véritable tentative de redressement, la direction en place pourra continuer d'exercer ses fonctions, mais sous le contrôle général et la responsabilité ultime d'un administrateur indépendant. Deuxièmement, l'interdiction ou la suspension des actions et des poursuites à l'encontre des biens de la société débitrice devraient s'appliquer à tous les créanciers (titulaires ou non d'une sûreté) pendant une période raisonnable, mais sous réserve de la possibilité laissée aux créanciers lésés de solliciter une dérogation.

116. Dans son rapport (p. 48 et 49 du texte anglais), le FMI conclut:

> Il est important que la procédure de redressement prévoie une suspension du droit des créanciers d'exercer des voies de recours à l'encontre des biens du débiteur dès lors que des procédures de redressement sont ouvertes. La suspension devrait au moins avoir la même portée que le minimum défini dans le cadre des Procédures des liquidations, la suspension devrait aussi s'appliquer aux créanciers titulaires d'une sûreté.
>
> L'interdiction faite aux créanciers titulaires d'une sûreté d'exercer leurs droits à l'encontre du bien grevé pendant toute la durée de la procédure est d'une importance capitale. Il n'en faut pas moins offrir à ces créanciers une protection suffisante (y compris une dérogation à cette interdiction lorsqu'une telle protection ne peut être accordée) et, dans cette perspective, il est d'autant plus nécessaire de fixer des limites à la durée de la procédure.
>
> Le dessaisissement total du débiteur de la gestion de l'entreprise découragera les débiteurs d'avoir recours, à un stade précoce, à des procédures de redressement, ce qui risque de compromettre leurs chances de succès. En revanche, permettre au débiteur de conserver la direction de l'entreprise crée un certain nombre de risques, dont celui d'une dispersion des biens du débiteur au détriment des créanciers. C'est pourquoi, il est préférable que la loi prévoie une formule dans laquelle le débiteur reste chargé du fonctionnement quotidien de l'entreprise, mais sous l'étroite surveillance d'un administrateur judiciaire indépendant. Le tribunal pourrait toutefois décider de dessaisir totalement le débiteur dans les cas où seraient démontrés de graves fautes de gestion ou des détournements de biens.

4. La procédure

a) Élaboration et contenu du plan de redressement

117. Dans certains ordres juridiques, le plan de redressement du débiteur est élaboré par la direction en place, dans d'autres, son élaboration est confiée à un administrateur indépendant, en collaboration toutefois avec les dirigeants ou les actionnaires.

118. En confiant au débiteur le soin d'élaborer le plan, on vise à encourager le recours aux procédures de redressement par les débiteurs en difficulté financière et, comme le dit le FMI dans son rapport (p. 51 du texte anglais), à tirer parti de la connaissance qu'a le débiteur de l'entreprise et des mesures éventuellement nécessaires pour la rendre viable, améliorant ainsi les chances de réussite du plan. Cela dit, pour que le plan élaboré par le

débiteur soit accepté par les créanciers, il peut être nécessaire de prévoir une forme de contrôle ou d'évaluation de l'élaboration du plan par l'administrateur. Afin d'optimiser la participation éventuelle du débiteur à l'élaboration du plan, on pourrait définir une période initiale au cours de laquelle le débiteur aurait le doit exclusif de proposer un plan faute de quoi, soit les créanciers, soit l'administrateur (ou les créanciers et l'administrateur) pourraient être habilités à le faire. Il faudrait toutefois éviter que plusieurs plans soient proposés par différentes parties en raison des complexités inutiles et des risques de retards qui pourraient en résulter pour le processus de négociation. La manière de gérer cette approche peut dépendre du point de savoir si le plan doit ou non être approuvé par les créanciers et si cette approbation peut être annulée par le tribunal.

119. Les tiers, comme les organismes publics et les syndicats, peuvent aussi être invités à donner le cas échéant leur avis sur le plan.

120. Dans son rapport (p. 50 du texte anglais), le FMI conclut:

> Afin d'encourager les débiteurs à recourir aux procédures de redressement, la loi devrait normalement leur donner la possibilité d'élaborer un plan. Cette faculté ne devrait pas être conférée exclusivement au débiteur mais devrait aussi être accordée à l'administrateur et/ou aux créanciers à l'expiration d'une période initiale d'"exclusivité". Pour améliorer l'efficacité et la productivité du processus de négociation, il est préférable que la loi limite la faculté donnée aux différents partenaires de proposer en même temps leurs plans respectifs.

121. S'agissant du contenu du plan, le FMI souligne dans son rapport (p. 52 du texte anglais) que, dans pratiquement tous les pays, la législation exige plus ou moins que le plan de redressement informe d'une manière suffisante et claire tous les partenaires tant sur la situation financière de l'entreprise que sur la transformation de certains droits proposée par l'initiateur du plan. Au-delà de la déclaration de principe générale, le contenu du plan est étroitement lié au processus et aux effets de l'approbation, ainsi qu'à la pertinence d'autres dispositions légales. Dans la mesure, par exemple, où le droit des sociétés interdit certaines opérations comme la conversion de créances en prises de participation, un plan de redressement comportant ce type de disposition ne pourrait être approuvé que si l'interdiction est levée. L'application d'autres dispositions légales, comme celles relatives aux investissements étrangers, peut poser davantage de problèmes. Dans son rapport (p. 53 du texte anglais), le FMI cite l'exemple de restrictions aux investissement étrangers directs qui peuvent compromettre les chances de redressement lorsqu'un certain nombre de créanciers sont des non-résidents. De même, les difficultés financières du débiteur peuvent fournir l'occasion à des investisseurs étrangers d'obtenir une participation majoritaire ce qui, pour des raisons de principe, n'est peut-être pas souhaitable dans certaines circonstances. Les mêmes considérations valent pour la législation du travail et les dérogations qui peuvent être nécessaires en cas de redressement.

122. Dans son rapport (p. 53 du texte anglais), le FMI conclut:

> S'agissant de la licéité contenu d'un plan, la loi relative à l'insolvabilité ne devrait normalement imposer que les restrictions nécessaires pour protéger les créanciers susceptibles d'être engagés par les dispositions d'un plan qui porte atteinte, sans leur assentiment, à leurs droits.

b) Approbation du plan

123. Dans son rapport (2.11, p. 20 du texte anglais), la BAsD relève que, bien qu'un régime d'insolvabilité constitue un processus collectif, il ne peut accorder l'égalité à des intérêts différents et concurrents, ni dépendre pour son application d'une condition d'unanimité au sein de différents groupes d'intérêts. En conséquence, le traitement dans le cadre d'un régime d'insolvabilité, de l'approbation et des effets d'un plan de redressement requiert un équilibre entre l'ampleur de l'atteinte portée par le processus aux droits des créanciers sans leur assentiment et les moyens par lesquels le plan peut être imposé, malgré l'opposition d'une minorité de créanciers.

124. Dans la mesure où la loi offre une protection aux créanciers titulaires d'une sûreté et leur garantit qu'un plan approuvé ne portera pas atteinte à l'exercice de leurs droits, on peut concevoir que lesdits créanciers ne soient pas nécessairement appelés à se prononcer sur le plan. Cette approche peut toutefois réduire les chances de réussite du redressement, en particulier lorsqu'un bien servant de garantie peut avoir un rôle essentiel pour le succès du plan. À moins, comme le souligne le FMI dans son rapport (p. 53 et 54 du texte anglais), que le créancier titulaire d'une sûreté ne soit lié par le plan ou que celui-ci ne prévoie le désintéressement intégral dudit créancier, l'exercice par celui-ci de ses droits risque de rendre impossible l'exécution du plan.

125. Une solution à ce problème consiste à prévoir que les créanciers titulaires d'une sûreté et les créanciers privilégiés se prononcent sur le plan en tant que catégories distinctes lorsque le plan risquerait autrement de porter atteinte à la valeur de leurs créances, ou de compromettre sérieusement leur droit de demander la réalisation de la garantie. Lorsque, dans chacune de ces catégories, une majorité se prononce en faveur du plan, tous les créanciers titulaires d'une garantie ou privilégiés pourront être liés par le plan. Afin de protéger les créanciers titulaires d'une sûreté ou prioritaires qui se sont prononcés contre le plan, il peut être prévu que lesdits créanciers recevront un montant au moins égal à celui qu'ils auraient obtenu dans le cadre d'une liquidation. Pour certains créanciers titulaires d'une sûreté ou privilégiés, dont les salariés, la décision d'appuyer le plan peut les obliger à mettre en balance une dépréciation immédiate de la valeur de leurs créances et l'avenir de l'entité et ses perspectives à long terme.

126. Pour ce qui est des créanciers ordinaires non titulaires d'une sûreté, il peut être recouru à plusieurs mécanismes. Dans un premier temps, il s'agit de déterminer le seuil minimum d'appui des créanciers ordinaires non titulaires d'une sûreté qui est requis pour lier cette catégorie de créanciers, ainsi que les moyens permettant d'atteindre ce seuil. Quelle que soit la "majorité" requise pour que le plan soit approuvé, les modes de calcul de cette majorité peuvent notamment viser à déterminer si les voix exprimées (par opposition au nombre potentiel de votants autorisés à participer) représentent au moins la moitié de la valeur de la dette, la majorité du nombre des créanciers, ou satisfont à ces deux conditions. Bien que la conjugaison de plusieurs conditions risque de rendre plus difficile l'obtention de l'appui requis en vue de l'approbation, il peut y avoir des cas où le recours à ce système assure un résultat juste et équitable pour les créanciers. Un exemple cité dans le rapport du FMI (p. 54 du texte anglais) est celui où, un seul créancier détenant plus de la moitié de la valeur des créances, cette règle l'empêcherait d'imposer à tous les autres créanciers sa décision d'appuyer le plan.

127. Dans certains ordres juridiques, les créanciers ordinaires non titulaires d'une sûreté sont classés en catégories. Cela peut se justifier par le fait que ces créanciers peuvent avoir des intérêts économiques différents et viser des objectifs différents quant à ce qu'ils veulent obtenir du plan de redressement. Certains créanciers peuvent être plus intéressés par les perspectives à long terme de l'entreprise et être prêts à poursuivre leurs relations avec elle, tandis que d'autres préfèrent récupérer immédiatement une partie de leurs fonds et n'avoir plus rien à faire avec l'entreprise. Une autre justification du classement en catégories a trait à l'approbation du plan et au moyen, grâce à l'appui d'une catégorie, d'imposer le plan aux autres catégories.

128. Lorsque différentes catégories de créanciers sont invitées à exprimer par un vote leur approbation d'un plan, il peut être nécessaire de fixer des règles permettant d'imposer le plan aux créanciers minoritaires qui s'y opposent (clause de "cram-down"), tout en s'attachant à protéger les intérêts de ces créanciers et à faire respecter ceux des créanciers privilégiés. Les dispositions légales qui visent à protéger les droits des créanciers auxquels le plan est imposé stipulent également que les créanciers opposants d'un certain rang ne peuvent être contraints d'accepter une somme inférieure à l'intégralité de leurs créances si les créanciers d'un rang inférieur reçoivent un dividende ("règle de la préférence absolue"). Dans son rapport (p. 56 du texte anglais), le FMI souligne que le classement des créanciers en catégories et l'application de telles règles sont une source de complexité pour la loi et pour son application par le tribunal et l'administrateur. Cette complexité peut être justifiée lorsque les structures institutionnelles sont suffisamment développées pour y faire face, car elle peut améliorer les chances de succès du redressement. Dans d'autres cas, dès lors que l'élaboration d'un système complexe de classement et de vote des

créanciers exige l'exercice d'un pouvoir d'appréciation pour prendre les décisions correspondantes, la charge imposée aux structures institutionnelles peut effectivement nuire au processus de redressement.

129. Lorsqu'un plan risque d'avoir des incidences sur la forme sociale, la structure financière ou la répartition du capital de l'entité débitrice, certaines lois prévoient qu'il doit être soumis à l'approbation des actionnaires ou associés. Lorsque le plan est proposé par la direction, cette condition peut déjà être remplie, notamment si elle est imposée par les règles ou la législation régissant l'entité. Selon le rapport du FMI (p. 56 du texte anglais), tel est notamment le cas lorsque le plan suppose des conversions de créances en prises de participation, soit par le transfert de parts de capital existantes, soit par la création de nouvelles parts ou actions.

130. Dans son rapport (2.11, p. 21 du texte anglais), la BAsD insiste sur la nécessité de veiller à ce que, dans tout mode de votation, les voix attribuées ne soient pas manipulées et que les intérêts des véritables créanciers ne soient ni entravés ni lésés par les voix attribuées à des personnes liées à la société (initiés).

131. Les tribunaux peuvent avoir certaines compétences à l'égard de l'approbation et de l'exécution d'un plan. De nombreux pays reconnaissent aux tribunaux le pouvoir de faire exécuter le plan à l'encontre des créanciers qui ont exprimé leur opposition au cours du processus d'approbation; les tribunaux peuvent aussi avoir compétence pour rejeter un plan, bien qu'il ait été approuvé par la majorité requise de créanciers, au motif qu'il ne protège pas suffisamment les intérêts de créanciers opposants ou qu'il est démontré qu'il y a eu fraude dans le processus d'approbation ou que le plan n'est pas réalisable. Dans son rapport (p. 56 du texte anglais), le FMI relève que le plan peut ne pas être réalisable par exemple, parce que ne s'imposant pas aux créanciers titulaires d'une sûreté et ne garantissant pas le total apurement des créances garanties de ces créanciers, l'exercice de leurs droits par ces derniers rendrait le plan irréalisable.

132. Dans son rapport (p. 57 du texte anglais), le FMI conclut:

a) Il importe que la loi prévoie le moyen d'imposer un plan à une minorité de créanciers opposants tout en prévoyant, parallèlement, un mécanisme de protection des intérêts de ces créanciers lorsque ces intérêts sont compromis. Au minimum, un créancier opposant ne devrait pas être lié par un plan si celui-ci ne lui accorde pas au moins ce qu'il aurait obtenu dans le cadre d'une liquidation.

b) Pour augmenter les chances de redressement, il peut être envisagé d'accorder un droit de vote aux créanciers titulaires d'une sûreté et aux créanciers privilégiés – mais uniquement en tant que catégories distinctes – et de donner compétence au tribunal pour classer les créanciers non titulaires d'une sûreté ayant des intérêts économiques différents dans des catégories différentes. Il peut aussi être envisagé d'autoriser le tribunal à utiliser l'appui d'une catégorie pour rendre le plan obligatoire pour les autres catégories. Si cette approche est adoptée, il convient d'appliquer des règles comme celle de la préférence absolue pour que les catégories de créanciers opposants soient traitées de manière équitable en fonction du rang de préférence applicable en cas de liquidation. La mise en œuvre d'un tel mécanisme exige normalement l'exercice d'un pouvoir d'appréciation par l'infrastructure institutionnelle. Il s'ensuit que, dans les cas où la capacité de cette infrastructure est modeste, le classement des créanciers en catégories et la faculté d'imposer le plan à des catégories de créanciers opposants risque de saper la confiance dans la loi; la décision d'inclure un tel mécanisme doit donc être mûrement réfléchie.

c) Si les créanciers, à la majorité requise, ont approuvé le plan et que celui-ci est également appuyé par l'administrateur, il est recommandé que la loi n'autorise le tribunal à rejeter le plan que dans des cas restreints lorsque, par exemple, des créanciers opposants n'ont pas été traités de manière équitable ou lorsqu'il est démontré qu'il y a eu fraude lors du vote.

133. Dans son rapport (2.11, p. 21 du texte anglais), la BAsD avance la proposition suivante:

Une loi relative à l'insolvabilité devrait prévoir la participation des créanciers au processus de liquidation ou de redressement. En particulier:

a) la loi relative à l'insolvabilité devrait définir clairement les droits de vote des créanciers et énoncer les conditions minimales à respecter pour l'approbation d'un plan de redressement;
b) des dispositions devraient être prévues pour le vote de certaines catégories de créanciers, en particulier les créanciers titulaires d'une sûreté, si la proposition de redressement doit s'imposer à ces catégories;
c) la loi devrait aussi instituer une protection contre la manipulation du mode de votation et en particulier habiliter expressément un tribunal ou toute autre juridiction à annuler les résultats d'un vote obtenus par les voix d'initiés ou de personnes qui sont liées à la société, ses actionnaires ou associés ou ses dirigeants;
d) le résultat d'un vote obtenu à la majorité requise d'une catégorie devrait s'imposer à tous les créanciers de cette catégorie.

c) Pouvoirs d'annulation

134. Les problèmes liés aux coûts et avantages des pouvoirs d'annulation, qui ont été distingués dans le cas de la liquidation, (*supra*, par. 70 à 80) sont identiques en cas de redressement. Un problème qui ne se pose pas en cas de liquidation a trait à l'annulation d'opérations antérieures à l'ouverture de la procédure lorsque le débiteur conserve la direction de l'entité au cours du redressement. Dans ce cas, le débiteur peut hésiter à faire annuler une transaction pour plusieurs raisons, en particulier lorsqu'ont été effectués des prêts entre entités associées ou lorsque le débiteur risque d'avoir un conflit d'intérêts. Dans une telle situation, peut-être faudrait-il que les créanciers soient habilités à demander l'annulation de l'opération. Dans son rapport, le FMI considère que cela justifie la désignation d'un administrateur, notamment lorsque cette situation risque de se produire.

135. Dans son rapport (p. 59 du texte anglais), le FMI conclut:

> L'existence de dispositions relatives à l'annulation est une composante essentielle de la procédure de redressement. L'application d'une telle procédure sera peut-être plus efficace dans le cas où un administrateur indépendant aura été nommé.

136. La proposition avancée par la BAsD est énoncée *supra*, au paragraphe 79.

d) Traitement des contrats

137. Les questions relatives au traitement des contrats qui se posent dans le cadre de la liquidation, en particulier lorsque l'entreprise doit être vendue à un repreneur, se posent également en cas de redressement. Dans son rapport (p. 59 du texte anglais), le FMI souligne les difficultés particulières qui se posent lorsque la loi relative à l'insolvabilité ne prévoit pas la possibilité d'annuler des clauses contractuelles de résiliation en cas d'ouverture d'une procédure de redressement. Cela est particulièrement important lorsque le contrat considéré est déterminant pour le redressement de l'entité, comme un contrat de bail.

138. Dans son rapport (p. 59 du texte anglais), le FMI conclut:

> Les choix de principe quant à l'étendue du pouvoir d'aller à l'encontre des termes d'un contrat revêtent une importance particulière dans le cadre de procédures de redressement. La reconnaissance de pouvoirs étendus pour poursuivre ou résilier les contrats améliorera notablement la possibilité d'un redressement, mais certains pays peuvent craindre que l'application agressive de ce pouvoir ne nuise à la prévisibilité. Comme dans le cas de la liquidation, si l'administrateur se voit reconnaître le pouvoir d'annuler des clauses de résiliation et/ou

si la loi ne prévoit pas la compensation de créances monétaires indépendantes, il est important que soient prévues des exceptions à ces règles pour permettre la compensation de contrats financiers.

e) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

139. Si le problème de l'obtention de moyens de financement réguliers peut se poser en cas de liquidation lorsque l'entreprise doit être gérée pendant une brève période avant d'être cédée à un repreneur, il revêt une importance décisive lorsqu'il existe de véritables perspectives de redressement de l'entreprise. Les régimes d'insolvabilité répondent à ce besoin en autorisant l'administrateur à se procurer un financement, moyennant ou non la constitution d'une sûreté, et sous réserve, dans certains cas, de l'approbation des créanciers ou des tribunaux. Lorsque la constitution d'une garantie sur un bien non grevé ou d'une sûreté de deuxième rang sur un bien grevé ne suffisent pas pour obtenir le crédit nécessaire, certaines lois relatives à l'insolvabilité autorisent l'administrateur à accorder un "superprivilège" (un droit de préférence à tous les créanciers) ou un "superprivilège d'administration" (un droit de préférence à tous les créanciers titulaires de créances d'administration).

140. Dans son rapport (2.7, p. 17 du texte anglais), la BASD avance la proposition suivante:

> La législation devrait d'une part autoriser et d'autre part prévoir un "superprivilège" (un droit de préférence à tous les créanciers) pour le financement des besoins professionnels réguliers et urgents de la société débitrice.

141. Dans son rapport (p. 60 du texte anglais), le FMI conclut:

> Vu le rôle que jouent de nouveaux moyens de financement pour une entreprise en cours de redressement, il importe que la loi confère à l'administrateur des compétences suffisantes pour obtenir de tels moyens. En particulier, il devrait normalement être habilité à accorder à un créancier, après l'ouverture de la procédure, un privilège d'administration ou une garantie sur des biens non grevés. Le cas échéant, il peut aussi être envisagé d'accorder à un créancier un privilège par rapport à d'autres créanciers titulaires d'une créance d'administration. Par contre, l'octroi à un créancier d'un privilège par rapport à des créanciers titulaires d'une sûreté risque de porter gravement atteinte à la valeur de la garantie et n'est donc pas recommandé.

f) Redressement préparé et prénégocié

142. Selon cette technique, la négociation et le vote du plan peuvent avoir lieu préalablement à l'ouverture de la procédure de redressement, l'approbation du tribunal étant sollicitée dès l'ouverture de la procédure. Une autre approche consiste à négocier le plan avant l'ouverture, le vote formel intervenant après celle-ci. Dans son rapport (p. 61 du texte anglais), le FMI énumère plusieurs avantages de ces procédures. Celles-ci associent à l'intérêt et à l'efficacité d'un processus informel la faculté d'imposer un plan à des créanciers opposants, avantage important du processus de redressement formel. Elles offrent au débiteur un élément de certitude quant à la direction de l'entreprise, tout en réduisant au minimum la rupture de l'activité. Lorsque l'infrastructure institutionnelle est modeste, il sera avantageux d'abréger la phase formelle de la procédure. Il faut toutefois noter que le débiteur ne bénéficiera d'aucune protection contre les actions des créanciers lors des négociations avec ceux-ci.

143. Dans son rapport (p. 61 du texte anglais), le FMI conclut:

> Afin de renforcer l'efficacité du processus de redressement, la loi devrait autoriser l'approbation par le tribunal de plans de redressement soumis au vote (ou, au minimum, négociés), préalablement à l'ouverture de la procédure de redressement.

E. Participation des créanciers

144. Dans leurs rapports (2.11, p. 20 et 21 du texte anglais; p. 62 du texte anglais), la BAsD et le FMI insistent sur l'importance de la participation active des créanciers aux décisions à prendre dans plusieurs domaines essentiels de l'insolvabilité. Les créanciers interviendront généralement moins dans la procédure de liquidation que dans celle de redressement mais, dans le premier cas, ils pourront néanmoins être habilités à relever le syndic de ses fonctions, à autoriser le syndic à poursuivre provisoirement l'activité, et à approuver la vente privée des actifs de la masse. Il faut donc que les créanciers soient tenus au courant de l'avancement de la liquidation.

145. Dans les procédures de redressement, les créanciers seront généralement habilités à relever l'administrateur de ses fonctions, à proposer et approuver un plan de redressement et à demander ou recommander qu'une décision judiciaire soit prise, telle que la conversion de la procédure de redressement en procédure de liquidation. Pour faciliter la participation des créanciers, un comité des créanciers représentant les intérêts des différentes catégories de créanciers peut être chargé d'agir au nom de ces derniers. Bien qu'il n'ait qu'un rôle consultatif, le comité peut faciliter le processus décisionnel en présentant au tribunal comme aux créanciers des recommandations sur des questions essentielles qui appellent une décision de leur part. Le comité peut servir de cadre au règlement des divergences entre créanciers et de centre de communication des informations à leur intention.

146. Dans son rapport (p. 21 du texte anglais), la BAsD propose d'inclure, dans une loi sur l'insolvabilité, des dispositions visant à assurer la participation des créanciers à la procédure de liquidation ou de sauvetage.

147. Dans son rapport (p. 63 du texte anglais), le FMI conclut:

> La loi devrait permettre aux créanciers de jouer un rôle actif dans la procédure d'insolvabilité. À cette fin, elle devrait prévoir la constitution d'un comité des créanciers, dont les frais sont considérés comme des dépenses d'administration.

F. Syndics et administrateurs

148. Dans son rapport (p. 63 à 65 du texte anglais), le FMI fait état, à propos des qualifications, de la nomination, du renvoi, de la rémunération et de la responsabilité des syndics et des administrateurs, d'un certain nombre de questions à prendre en considération dans les lois sur l'insolvabilité. Pour avoir été nommés par le tribunal, aussi bien le syndic que l'administrateur ont l'obligation de veiller à ce que la loi soit appliquée avec efficacité et en toute impartialité et auront avec les tribunaux des échanges sur les questions qui risquent de se poser au cours de la procédure.

149. Étant donné la complexité que peuvent avoir les procédures de liquidation et de redressement, il faudra que les syndics et les administrateurs aient une expérience suffisante des questions commerciales et financières et qu'ils connaissent la loi. S'il faut des avis techniques pour faciliter la procédure, il peut être fait appel à des spécialistes. Reste à savoir comment se fera leur nomination – par exemple à partir d'une liste de spécialistes qualifiés – et s'ils seront nommés par le tribunal.

150. Les syndics ou les administrateurs pourraient être relevés de leurs fonctions sur décision prise à la majorité par les créanciers non titulaires de sûretés ou par le tribunal, soit d'office, soit à la demande d'une partie intéressée. En cas de décision émanant des créanciers, peut-être faut-il se demander si le renvoi doit être motivé et, dans la négative, s'il faut prévoir un préavis de renvoi.

151. Quelle que soit la base de la rémunération des syndics et des administrateurs, il est possible d'éviter les litiges avec les créanciers en adoptant une méthode transparente qui est expliquée aux créanciers au début de la procédure et qui évite l'exercice par les tribunaux d'un pouvoir d'appréciation exclusif.

152. La responsabilité du syndic ou de l'administrateur est aussi une question à examiner. Quand ils seront nommés par le tribunal, ils auront un devoir de prudence et de diligence à l'égard de toutes les parties intéressées et seront tenus responsables de tout manquement à ce devoir. Le critère de prudence et de diligence à leur appliquer devrait être défini compte tenu des difficultés que peut présenter la mission dont ils sont chargés, de la nécessité d'attirer des spécialistes suffisamment qualifiés et des moyens de réduire leur responsabilité, par exemple, en leur demandant de ne pas prendre de décision importante sans l'approbation des créanciers.

153. Dans son rapport (p. 65 du texte anglais), le FMI présente les conclusions suivantes sur ces questions:

a) Étant donné leur rôle central dans la procédure d'insolvabilité, il importe que le syndic et l'administrateur aient une bonne connaissance de la loi et une expérience suffisante des questions commerciales et financières. Pour s'assurer que ces personnes ont l'intégrité et les compétences nécessaires, les pays voudront peut-être envisager d'établir un système autoréglementé d'exercice de la profession.

b) Le tribunal devrait être habilité à nommer le syndic ou l'administrateur. La loi devrait définir les conditions dans lesquelles ils peuvent être relevés de leurs fonctions soit par le tribunal, soit par la majorité des créanciers non titulaires de sûretés.

c) Il y a toute une série de méthodes qui peuvent être appliquées pour déterminer la rémunération d'un syndic ou d'un administrateur, mais il importe que la méthode retenue soit transparente et que les créanciers en soient informés dès le début de la procédure.

d) Étant donné qu'ils sont nommés par le tribunal, les syndics et les administrateurs ont l'obligation de veiller à ce que la loi soit appliquée avec efficacité et en toute impartialité. En conséquence, ils ont un devoir de prudence et de diligence à l'égard de toutes les parties intéressées et devraient être tenus personnellement responsables devant elles de tout manquement à ce devoir. En règle générale, seule la négligence devrait être considérée comme un manquement au devoir de prudence et de diligence.

G. Le tribunal

154. Dans leurs rapports (2.8, p.18 du texte anglais; p. 66 du texte anglais), la BAsD et le FMI traitent de questions d'administration des procédures de liquidation et de redressement qui touchent aux fonctions de surveillance du tribunal. Dans son rapport (2.8, p. 18 du texte anglais), la BAsD fait observer qu'une loi sur l'insolvabilité exige que les fonctions d'administration et de surveillance soient exercées efficacement que ce soit pour engager la procédure ou pour assurer son bon déroulement. La BAsD laisse entendre que, d'après l'expérience de la plupart des juridictions, un tribunal spécial ou une instance administrative (ou, en tout cas des juges ou des personnes expérimentées) est souvent appelé à intervenir à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et doit ensuite exercer des fonctions générales de surveillance pour s'assurer que l'administration suit son cours et qu'il n'y a pas d'abus. Dans son rapport (p. 66 du texte anglais), le FMI note aussi qu'une loi sur l'insolvabilité ne sera efficace que si le pouvoir judiciaire a les moyens de l'appliquer, et souligne à cet égard qu'il importe de ne pas négliger le lien entre la capacité du pouvoir judiciaire et la conception d'une loi sur l'insolvabilité.

155. Dans son rapport (2.8, p. 18 du texte anglais), la BAsD propose ce qui suit:

> La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir des délais courts et rigoureux d'ouverture de la procédure à appliquer à une entreprise insolvable. Le tribunal ou toute autre instance judiciaire doit être dotée de ressources suffisantes pour pouvoir assurer le déroulement de la procédure.

L'administration à long terme d'une entreprise insolvable en cours de liquidation peut être assurée par un organisme public spécial mais, dans les cas de liquidation les plus délicats et les plus complexes, il faudrait prévoir le recours à un administrateur d'insolvabilité indépendant et spécialisé. L'organisme public doit disposer des ressources suffisantes pour s'acquitter de ses fonctions efficacement.

L'administration des cas de sauvetage devrait être confiée à un administrateur indépendant spécialisé.

Tous les cas de liquidation ou de sauvetage devraient être soumis à la surveillance du tribunal ou de l'instance compétente.

156. Dans son rapport (p .67 du texte anglais), le FMI conclut:

a) Afin d'en rendre l'application prévisible, il faudrait que la loi sur l'insolvabilité contienne des indications suffisantes sur la manière dont le tribunal doit exercer son pouvoir d'appréciation, en particulier quand sa décision fait intervenir l'évaluation de questions économiques et commerciales.

b) Étant donné que la procédure d'insolvabilité donne lieu à un processus dynamique, il importe que des mécanismes soient mis en place pour que les audiences aient lieu rapidement et que les décisions soient rendues peu après, y compris en appel. Pendant l'instance d'appel, les décisions de la juridiction inférieure devraient normalement rester exécutoires.

c) Étant donné qu'il faut assurer l'efficacité et le bon exercice des pouvoirs d'appréciation, les pays voudront peut-être envisager de créer des tribunaux spéciaux, tribunaux de la faillite ou tribunaux commerciaux. Qu'un système de justice spécialisée soit adopté ou non, il importe que les juges aient une formation et une expérience suffisantes en matière commerciale et financière.

H. Procédures d'insolvabilité extrajudiciaires

157. Au cours des 10 dernières années, un certain nombre de pays ont mis au point, à titre de solution de rechange aux procédures d'insolvabilité judiciaires, des procédures extrajudiciaires qui offrent plus de souplesse et permettent aux créanciers de réagir avec une plus grande anticipation que ne le permettent normalement les procédures judiciaires. Dans son rapport (p. 25 à 27 du texte anglais), la BAsD décrit les conditions qui doivent être réunies pour engager une procédure extrajudiciaire ainsi que les principales étapes de cette procédure et les problèmes pratiques qui se posent. La BAsD note aussi (p. 63 du texte anglais) que la culture commerciale de nombreux pays dont elle a étudié la situation pour établir son rapport conditionne ces pays à privilégier le règlement des litiges par voie de compromis et que, de ce fait, il existe probablement une base assez solide sur laquelle s'appuyer pour mettre en place les éléments nécessaires pour formuler un mode d'approche des problèmes du débiteur insolvable ou en difficulté par voie de négociation amiable.

158. Le rapport de la BAsD (p. 24 du texte anglais) énonce un certain nombre de conditions bien définies qui doivent être réunies au départ pour assurer l'efficacité des procédures extrajudiciaires. Ces conditions sont les suivantes: sommes importantes exigibles par un certain nombre de créanciers différents; préférence pour la négociation d'un accord de règlement des difficultés financières du débiteur; existence de techniques de financement, de garantie, et autres techniques commerciales relativement complexes susceptibles d'être utilisées pour réaménager ou restructurer les dettes; recours obligatoire à la loi sur l'insolvabilité en cas d'échec de la procédure extrajudiciaire; et perspectives pour tous d'une solution plus avantageuse par la négociation que par la procédure judiciaire.

159. La procédure extrajudiciaire se déroule en plusieurs étapes: création d'un centre où débiteur et créanciers peuvent rechercher et négocier un accord de règlement des difficultés financières du premier; nomination d'une banque créancière en qualité de responsable de l'organisation et de la conduite de la procédure; constitution d'un

comité “directeur” des créanciers; accord de suspension des actions des créanciers et du débiteur comparable à la décision de suspension des actions et poursuites de la procédure judiciaire; et communication d’informations sur la situation du débiteur, ses activités, sa position commerciale, etc.

160. Dans son rapport (p. 25 à 27 du texte anglais), la BAsD soulève un certain nombre de questions qu’il faudrait régler pour mettre au point une procédure extrajudiciaire: déterminer la partie qui peut engager la procédure, et les outils susceptibles d’être utilisés pour en assurer le déroulement; savoir dans quelle mesure il faudrait faire intervenir des experts et des conseillers; définir les moyens de résoudre les litiges entre créanciers, en particulier dans le cas des créances préférentielles concurrentes; prendre en compte les dissidents et les créanciers qu’il peut ne pas être possible de faire intervenir activement dans la procédure tout simplement à cause de leur nombre; assurer le financement régulier de l’entité débitrice, et établir des priorités pour assurer ce financement.

V. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

161. S’il jugeait souhaitable et possible que la Commission entreprenne d’autres travaux sur toutes les questions examinées ci-dessus ou certaines d’entre elles, le Groupe de travail pourrait aussi se demander, compte tenu de l’état des activités en cours, quel serait le genre de texte à établir: loi type, dispositions types, ensemble de principes ou autre. Dans les paragraphes qui suivent, le secrétariat examine certaines des considérations qui viennent à l’esprit à propos de ces différents textes et, notamment, la mesure dans laquelle chacun d’eux peut servir l’objectif visé: créer un cadre harmonisé pour des régimes nationaux efficaces en matière d’insolvabilité des sociétés.

A. Loi type ou dispositions types

162. Une loi type est un texte législatif qu’il est recommandé aux États d’adopter dans le cadre de leur législation nationale. En incorporant le texte de la loi type dans son ordre juridique, l’État peut en adapter les dispositions à ses besoins et, s’il y lieu, modifier ces dispositions ou en écarter certaines. C’est précisément cette souplesse qui, dans un certain nombre de cas, peut rendre une loi type plus facile à accepter pour les États qu’une convention portant sur la même question. Cependant, malgré cette souplesse, les États peuvent être invités (par exemple, par une résolution de l’Assemblée générale) à apporter aussi peu de modifications que possible au texte lorsqu’ils l’incorporent dans leur ordre juridique et cela, afin d’augmenter les chances d’atteindre un degré satisfaisant d’unification et de garantir avec certitude la portée de cette unification.

163. Une loi type est un outil approprié de modernisation et d’unification des législations nationales pour des États qui voudront ou devront adapter le texte uniforme à des exigences locales différentes ou qui le feront quand l’uniformité n’est pas rigoureusement indispensable. Ainsi, dans le cadre de l’unification du droit procédural, en raison des structures différentes des systèmes judiciaires et de la diversité des traditions en matière de procédure, les États devront peut-être apporter plusieurs modifications au texte uniforme avant de pouvoir l’adopter en temps que loi nationale. Une loi type serait justifiée aussi quand le texte uniforme vise, d’une part, à établir une norme de droit moderne dans un domaine où les systèmes nationaux sont très divers, insuffisamment développés ou dépassés et, d’autre part, à encourager l’évolution vers l’unification. Le fait qu’il est plus facile de négocier une loi type qu’un instrument contenant des dispositions qui ne peuvent être modifiées milite aussi en faveur de la première.

164. Les dernières lois types mises au point par la CNUDCI sont complétées par un guide d’incorporation alors que les précédentes comprenaient une note explicative. L’objectif du guide ou de la note explicative est de fournir des renseignements de base et des explications qui peuvent aider les gouvernements et les législateurs à utiliser le texte. Le guide pourrait comprendre, par exemple, des renseignements qui aideraient les États à déterminer, le cas échéant, les dispositions de la loi type qui pourraient devoir être modifiées compte tenu de circonstances nationales particulières, ainsi que des renseignements se rapportant aux débats du Groupe de travail sur les options et considérations de politique générale. En outre, il y a des questions non traitées dans le texte de la loi type qui peuvent apparaître dans le guide sous forme d’explications et de directives à l’intention des États qui adoptent la loi type.

165. Parmi les lois types élaborées par la CNUDCI, la Loi type sur l'arbitrage commercial international et la Loi type sur le commerce électronique illustrent la souplesse qu'offre ce type d'instrument. La Loi type sur l'arbitrage commercial international qui pourrait être assimilée à un instrument de procédure contient un ensemble distinct d'articles interdépendants. Il est recommandé d'adopter la loi type en y apportant très peu de modifications. En général, les pays qui adoptent un texte d'incorporation ne s'écartent que très rarement de la loi type, ce qui permet de penser qu'elle est largement acceptée en tant qu'instrument type cohérent.

166. En revanche, la Loi type sur le commerce électronique est un texte plus théorique. Les textes portant adoption ou proposition "d'incorporation" de cette loi en reflètent largement les principes, mais ils peuvent s'en écarter quant à la forme et à l'ensemble des dispositions adoptées ou qu'il est envisagé d'adopter. Dans la mesure où il convient de faire une distinction entre une loi type et des dispositions types, on peut considérer que la Loi type sur le commerce électronique établit une série de principes types qui sont rédigés sous forme de dispositions législatives afin d'en faciliter l'examen par les législateurs et de contribuer au développement des législations. Ces principes ne constituent pas nécessairement un ensemble distinct analogue à celui que forment les articles de la Loi type sur l'arbitrage commercial international, mais ils reprennent un certain nombre de règles existantes, parfois disséminées dans diverses parties de lois nationales différentes de l'État adoptant. L'État adoptant n'incorporera donc pas nécessairement tout le texte dans une loi distincte, mais en insérera des dispositions dans sa législation. Néanmoins, la Loi type sur le commerce électronique traite des questions juridiques qui touchent à l'établissement d'un cadre juridique de base pour le commerce électronique et, si elle n'est pas censée traiter toutes ces questions, elle renferme néanmoins une série internationalement négociée de principes qui peuvent guider le législateur dans l'examen des questions visées et la manière de les aborder.

B. Recommandations ou principes législatifs

167. Il n'est pas toujours possible de rédiger sous une forme appropriée des dispositions uniformes précises, telle qu'une convention ou une loi type, à incorporer dans les législations nationales. Ainsi, il se peut que les systèmes juridiques nationaux fassent intervenir des techniques et des approches législatives très diverses pour résoudre un problème donné, ou que les États ne soient pas encore prêts à accepter une approche ou une règle communes. Il se peut aussi que les États ne perçoivent pas tous avec la même urgence le besoin de trouver une solution unique à un problème particulier.

168. Dans ce cas, il est peut-être judicieux de ne pas chercher à élaborer un texte sous forme de loi type, mais de se limiter à établir une série de principes ou de recommandations législatives. Leur objectif serait d'aider les gouvernements et les organes législatifs à examiner l'adéquation des lois, règlements, décrets et textes similaires dans un domaine particulier. Afin de faire progresser l'harmonisation et d'offrir un modèle législatif, il faudrait ne pas se borner à énoncer des objectifs généraux sous forme de principes ou de recommandations. Ces principes ou recommandations définiraient un certain nombre de questions qui sont souvent traitées dans les lois et règlements nationaux et qu'il serait utile de reprendre dans la législation. Le texte contiendrait une série de solutions législatives possibles sur certaines questions, sans que ce soit nécessairement une série unique de solutions types. Il peut être indiqué d'y inclure des variantes en fonction des considérations de politique générale applicables. Le texte permettrait d'évaluer les différentes approches possibles et de retenir celle qui est adaptée au contexte national.

* * *