



Assemblée générale

Distr. limitée
17 février 2021
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Cinquante-huitième session
New York (en ligne), 3-7 mai 2021

Projet de texte sur un régime d'insolvabilité simplifié

Note du Secrétariat

Additif

Table des matières

	<i>Page</i>
III. Projets de recommandations sur un régime d'insolvabilité simplifié non examinés par le Groupe de travail à sa cinquante-septième session, avec le commentaire qui les accompagne	2



III. Projets de recommandations sur un régime d'insolvabilité simplifié non examinés par le Groupe de travail à sa cinquante-septième session, avec le commentaire qui les accompagne

A. Projets de recommandations

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les projets de recommandations suivants, qu'il n'a pas eu le temps d'étudier à sa cinquante-septième session. Reproduits à partir du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.170/Rev.1](#), ils ont été renumérotés et ont subi des modifications rédactionnelles et structurelles mineures.

M. Décharge^{1, 2}

Dispositions générales

Conditions de la décharge

84 [65]. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié spécifie que la décharge de la MPE débitrice peut être soumise à certaines conditions, celles-ci devraient être limitées au minimum et être clairement indiquées dans la loi. (*Voir la recommandation 196 du Guide.*)

Dettes ne pouvant faire l'objet d'une décharge

85 [66]. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié exclut la remise de certaines dettes, celles-ci devraient être limitées au minimum et être clairement indiquées dans la loi. (*Voir la recommandation 195 du Guide.*)

Critères de refus de la décharge ou d'annulation d'une décharge déjà accordée

86 [67]. La loi sur l'insolvabilité prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié devrait spécifier les critères de refus d'une décharge et ceux d'annulation d'une décharge déjà accordée, en les limitant au minimum. En particulier, elle devrait préciser que la décharge est annulée lorsqu'elle a été obtenue de manière frauduleuse. (*Voir la recommandation 194 du Guide.*)

Décharge [partielle] [échelonnée] [limitée] [retardée]³

Option 1 [reprise du document [A/CN.9/WG.V/WP.170](#)]

Décharge partielle

87 [68]. La loi sur l'insolvabilité peut envisager la possibilité que soit accordée une décharge partielle dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité simplifiée en

¹ La « décharge » est définie à l'alinéa w) de la partie « termes et définitions » de l'introduction du Guide comme « la libération d'un débiteur des dettes qui étaient visées ou auraient pu être visées par la procédure d'insolvabilité ».

² À sa cinquante-septième session, le Groupe de travail a reporté l'examen de la proposition tendant à ce que le texte traite de la décharge non seulement des entrepreneurs individuels mais aussi des MPE qui sont des personnes morales (voir [A/CN.9/1046](#), par. 98). Il souhaitera peut-être noter à cet égard que, à l'exception du projet de recommandation 90 [71] qui fait référence aux entrepreneurs individuels, toutes les autres recommandations de la présente section font référence au débiteur ou à la MPE débitrice. Ce terme est expliqué dans le projet de glossaire comme englobant tout type de MPE, et pas seulement les « entrepreneurs individuels » (voir par. 25 du projet de commentaire de la section II.B du document [A/CN.9/WG.V/WP.172](#)).

³ Lors des consultations informelles de septembre 2020, on s'est inquiété du concept de « décharge partielle » et de la référence aux créances contestées dans ce contexte. On a noté que s'il pouvait être nécessaire, dans certains cas, de prévoir une décharge échelonnée, cette possibilité pourrait être évoquée dans le commentaire (par exemple par un renvoi au projet

autorisant la remise uniquement des créances non contestées et en renvoyant les créances contestées à une procédure distincte.

Option 2

Décharge [échelonnée] [limitée] [retardée]

87 [68]. La loi sur l'insolvabilité prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié peut envisager la possibilité d'une décharge partielle en reportant la remise des créances exclues de la décharge conformément à la recommandation [85] jusqu'à ce que les éventuelles objections les concernant, qui ont été émises dans les délais, soient résolues dans le cadre d'une procédure distincte.

Option 3

Supprimer la recommandation 87 [68].

Décharge dans le cadre de la procédure de liquidation simplifiée

Décision relative à la décharge

88 [69]. La loi sur l'insolvabilité prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié devrait spécifier que, dans une procédure de liquidation simplifiée, la décharge devrait prendre effet sur décision de l'autorité compétente, après qu'il a été procédé à la répartition du produit ou qu'il a été établi qu'aucune répartition ne pourrait être effectuée.

Décharge subordonnée à l'expiration d'une période de surveillance

89 [70]. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit que la décharge ne peut s'appliquer avant l'expiration d'une période spécifiée à compter de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le débiteur étant censé, pendant cette période, coopérer avec l'autorité compétente (« période de surveillance »), la loi sur l'insolvabilité prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié devrait :

- a) Fixer la durée maximale de la période de surveillance, qui devrait être courte ;
- b) Permettre à l'autorité compétente de fixer une période plus courte au cas par cas ;
- c) Préciser qu'à l'expiration de la période de surveillance, le débiteur devrait être libéré sur décision de cette autorité, lorsqu'il n'a pas agi de manière frauduleuse et qu'il a coopéré avec elle en s'acquittant des obligations que lui impose la loi sur l'insolvabilité. (*Voir la recommandation 194 du Guide.*)

Décharge subordonnée à l'exécution d'un plan de remboursement des dettes

90 [71]. La loi sur l'insolvabilité prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié peut spécifier que la décharge complète peut être subordonnée à l'exécution d'un plan de remboursement des dettes. Dans ce cas, elle devrait [permettre à l'autorité compétente de préciser la durée de ce plan (dite « période de décharge ») et]⁴ exiger que l'autorité compétente vérifie notamment, dans le cadre de la procédure de décharge :

- a) Avant la prise d'effet du plan de remboursement des dettes, que les obligations de remboursement reflètent la situation de l'entrepreneur individuel et

de recommandation 85 [66] (dettes exclues de la décharge) et aux différentes catégories de dettes (dettes commerciales par opposition aux dettes privées)). Les options 2 et 3 ont été ajoutées pour donner suite aux avis exprimés et aux propositions faites lors des consultations informelles de septembre 2020.

⁴ Les mots entre crochets ont été ajoutés par le Secrétariat pour évoquer l'éventuelle durée de la période de décharge et préciser l'autorité qui devrait avoir le pouvoir de fixer celle-ci au cas par cas. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il convient de conserver cet ajout et, dans l'affirmative, de l'étoffer en mentionnant la durée maximale possible à préciser dans la loi, comme c'est le cas pour la période de surveillance prévue dans le projet de recommandation 89 [70] ci-dessus.

sont proportionnées à ses revenus et actifs disponibles pendant la période de décharge, compte tenu de l'intérêt en équité des créanciers ; et

b) À l'expiration de la période de décharge, que l'entrepreneur individuel a rempli ses obligations de remboursement au titre du plan, auquel cas il est libéré dès que l'autorité compétente a confirmé l'exécution du plan.

Décharge dans le cadre de la procédure de redressement simplifiée

91 [72]. La loi sur l'insolvabilité prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié [devrait] [peut] préciser que, dans le cadre d'un redressement simplifié, la décharge complète est subordonnée à la bonne exécution du plan de redressement et qu'elle prend effet dès que l'autorité compétente confirme que le plan a bien été exécuté.

N. Clôture de la procédure

92 [73]. La loi sur l'insolvabilité prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié devrait spécifier des formalités simples et minimales de clôture de la procédure d'insolvabilité simplifiée. (*Voir les recommandations 197 et 198 du Guide.*)

O. Traitement des garanties personnelles. Regroupement et coordination de procédures

Traitement des garanties personnelles

93 [74]. Le régime d'insolvabilité simplifié devrait aborder, notamment par le biais du regroupement ou de la coordination de procédures liées entre elles, la question du traitement des garanties personnelles que fournissent, aux fins des besoins commerciaux de la MPE débitrice, des entrepreneurs individuels, des propriétaires de MPE à responsabilité limitée ou des membres de leur famille.

Regroupement ou coordination de procédures d'insolvabilité liées entre elles visant des entreprises, des consommateurs ou des particuliers

Ordonnances de regroupement et de coordination de procédures

94 [75]. La loi sur l'insolvabilité peut exiger le regroupement ou la coordination de procédures d'insolvabilité liées entre elles visant des entreprises, des consommateurs ou des particuliers, afin qu'il soit possible de traiter de manière globale les dettes commerciales, personnelles et à la consommation liées entre elles qui ont été contractées par des entrepreneurs individuels, des propriétaires de MPE à responsabilité limitée ou des membres de leur famille. Elle peut prévoir que, dans de tels cas, l'autorité compétente ou, le cas échéant, un autre organisme public compétent, peut ordonner le regroupement ou la coordination de procédures d'insolvabilité liées entre elles de sa propre initiative ou à la demande d'une partie intéressée, qui peut la former lors de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou à tout moment ultérieur.

Modification ou annulation d'une ordonnance de regroupement ou de coordination de procédures

95 [76]. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement ou de coordination de procédures peut être modifiée ou annulée, sous réserve que la modification ou l'annulation n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions déjà prises en application de l'ordonnance. Lorsque plusieurs organismes publics interviennent pour ordonner le regroupement ou la coordination de procédures, ils peuvent prendre des mesures appropriées pour en coordonner la modification ou l'annulation.

Notification du regroupement ou de la coordination de procédures

96 [77]. La loi sur l'insolvabilité devrait établir des règles pour la notification des demandes et des ordonnances de regroupement ou de coordination de procédures, ainsi que de la modification ou de l'annulation de telles ordonnances, notamment en ce qui concerne la portée de ces ordonnances, les parties auxquelles la notification

doit être adressée, la partie à laquelle incombe la notification et le contenu de l'avis de notification.

P. Conversion⁵

Conditions de la conversion

97 [78]. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir la conversion entre les différents types de procédures quand les circonstances le justifient et sous réserve des conditions requises et autres exigences applicables.

Procédures de conversion

98 [79]. La loi sur l'insolvabilité devrait traiter des procédures de conversion, y compris de la notification de la conversion à toutes les parties intéressées connues et des mécanismes permettant de traiter d'éventuelles objections à la conversion.

Effets de la conversion d'une procédure sur le financement postérieur à son ouverture

99 [80]. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une procédure de redressement simplifiée est convertie en procédure de liquidation, toute priorité accordée, dans le cadre du redressement simplifié, à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer d'être reconnue dans le cadre de la procédure de liquidation. (*Voir la recommandation 68 du Guide.*)

Autres effets de la conversion

100 [81]. La loi sur l'insolvabilité devrait traiter d'autres effets de la conversion, y compris sur les délais applicables à certaines actions, sur l'arrêt des poursuites et sur d'autres mesures prises dans le cadre de la procédure en cours de conversion. (*Voir la recommandation 140 du Guide.*)

Q. Garanties et sanctions appropriées

101 [82]. La loi sur l'insolvabilité prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié devrait prévoir des garanties appropriées pour prévenir les abus ou l'utilisation indue du régime d'insolvabilité simplifié et permettre l'imposition de sanctions pour abus ou utilisation indue du régime d'insolvabilité simplifié, pour manquement aux obligations découlant de la loi sur l'insolvabilité et pour non-respect d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité. (*Voir les recommandations 20, 28 et 114 du Guide.*)

⁵ Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il convient d'étoffer cette section par des recommandations supplémentaires, par exemple le projet de recommandation 83 qui traite de la conversion d'une procédure de redressement simplifiée en liquidation (voir la section L des projets de recommandations figurant dans la section II.A du document [A/CN.9/WG.V/WP.172](#)).

R. Aspects relatifs à [la période précédant l'insolvabilité] [la prévention de l'insolvabilité]⁶

Obligations des [MPE] [personnes exerçant un contrôle sur la gestion et une supervision des activités de la MPE]⁷ pendant la période précédant l'insolvabilité de l'entreprise

102 [83]. La loi relative à l'insolvabilité⁸ devrait spécifier qu'à compter du moment où [les entrepreneurs individuels et les propriétaires et dirigeants d'autres types de MPE (ainsi que toute autre personne exerçant un contrôle effectif sur l'entreprise)] [les personnes exerçant un contrôle sur la gestion et une supervision des activités de la MPE]⁹ savent ou auraient dû raisonnablement savoir que l'insolvabilité était imminente ou inévitable, [ils] [elles] devraient tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes [comme les actionnaires]¹⁰ et prendre des mesures raisonnables [à un stade précoce des difficultés financières]¹¹ pour éviter l'insolvabilité et, si elle est inévitable, en réduire le plus possible l'ampleur. Ces mesures raisonnables pourraient notamment consister à¹² :

- a) Évaluer la situation financière de l'entreprise au moment considéré ;
- b) Solliciter les conseils de professionnels, s'il y a lieu¹³ ;
- c) Éviter d'engager l'entreprise dans des opérations pouvant être susceptibles d'annulation à moins qu'elles ne se justifient dans le cours des affaires ;
- d) Protéger les actifs de manière à en maximiser la valeur et à éviter la perte d'actifs essentiels ;

⁶ Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander laquelle des deux possibilités de titre correspond le mieux à la portée qu'il entend donner aux dispositions de cette section.

⁷ Le Secrétariat a inclus la formule contenue dans les seconds crochets pour tenir compte des préoccupations exprimées par oral lors des consultations informelles de mai et septembre 2020 et par écrit en ce qui concerne les personnes visées par ces dispositions.

⁸ On a modifié la référence à la « loi sur l'insolvabilité » qui figurait dans cette disposition dans le document [A/CN.9/WG.V/WP.170](#) en « loi relative à l'insolvabilité », pour l'aligner sur le Guide.

⁹ Des avis divergents ont été exprimés lors des consultations informelles de mai 2020 quant à savoir qui serait visé par ces dispositions. Par la suite, le Secrétariat a reçu une communication écrite de l'Association internationale du barreau s'inquiétant de la référence faite aux « propriétaires » dans cette disposition, ceux-ci n'exerçant pas toujours un contrôle sur la MPE. Cet avis a été répété lors des consultations informelles de septembre 2020, et il a été fait référence à la quatrième partie du Guide, qui n'utilisait pas ce terme, mais renvoyait aux personnes exerçant un contrôle sur l'entreprise (y compris les administrateurs occultes). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la formule proposée dans la seconde série de crochets, que le Secrétariat a ajoutée en réponse à ces préoccupations.

¹⁰ Le Secrétariat a ajouté les mots entre crochets ici et à l'alinéa e) pour donner suite à la proposition faite lors des consultations informelles de septembre 2020. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si un autre terme (par exemple « détenteur de capital ») conviendrait mieux dans le contexte des MPE.

¹¹ Le Secrétariat a ajouté les mots entre crochets pour tenir compte de la proposition faite lors des consultations informelles de mai 2020 tendant à souligner dans cette disposition que les mesures énoncées devaient être prises à un stade précoce des difficultés financières. Si cette modification est acceptée, elle pourrait affecter la portée du projet de recommandation (le titre du projet de recommandation mentionne la période précédant l'insolvabilité, tandis que la partie qui précède du projet de recommandation fait référence au caractère imminent ou inévitable de l'insolvabilité).

¹² L'ordre des mesures raisonnables citées aux alinéas a) à g) a été modifié pour donner suite à la proposition faite lors des consultations informelles de mai et de septembre 2020.

¹³ Lors des consultations informelles de septembre 2020, on a proposé d'ajouter dans le commentaire une référence aux services d'un « professionnel indépendant » qui pourraient être mis à la disposition des MPE à un stade précoce des difficultés financières. Dans le même temps, on s'est demandé comment l'autorité compétente, surtout s'il s'agissait d'un organe judiciaire, pourrait faire appel aux services d'un professionnel indépendant sans entamer d'abord la procédure. Le Groupe de travail souhaitera peut-être exprimer sa

e) Veiller à ce que les pratiques de gestion prennent en compte les intérêts des créanciers et des autres parties prenantes [comme les actionnaires] ;

f) Envisager de tenir des négociations informelles de restructuration de la dette avec les créanciers ; et

g) Demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité s'il est nécessaire ou utile de le faire¹⁴.

(Voir les recommandations 255 et 256 du Guide.)¹⁵

Mécanismes de sauvetage précoce

103 [84]. Pour encourager le sauvetage précoce des MPE, l'État devrait envisager de mettre en place des mécanismes pour envoyer aux MPE des signaux précoces de détresse financière, améliorer les connaissances des dirigeants et propriétaires de MPE en matière de gestion financière et commerciale [et favoriser leur accès aux conseils de professionnels. Ces mécanismes devraient être facilement accessibles pour les MPE]¹⁶.

Négociations informelles de restructuration de la dette

Éliminer les obstacles entravant le recours aux négociations informelles de restructuration de la dette

104 [85]. Afin d'éviter l'insolvabilité des MPE, l'État peut envisager d'identifier et d'éliminer les obstacles d'ordre législatif ou autre entravant le recours aux négociations informelles de restructuration de la dette.

Encourager la participation aux négociations informelles de restructuration de la dette

105 [86]. L'État peut envisager de prévoir des mesures législatives appropriées pour encourager la participation des créanciers, notamment des organismes publics¹⁷, [et

position sur cette question et examiner à cet égard le paragraphe 48 du projet de commentaire figurant à la section II.B du document [A/CN.9/WG.V/WP.172](#).

¹⁴ Des avis divergents ont été exprimés lors des consultations informelles de mai 2020 quant à l'opportunité de conserver ce projet de recommandation. Selon un avis, il faisait double emploi avec la recommandation 256 du Guide. Selon un autre avis, il convenait de le conserver car il simplifiait considérablement cette recommandation en l'adaptant au contexte des MPE. Ces avis divergents ont été répétés lors des consultations informelles de septembre 2020. De plus, on a noté que les obligations des administrateurs de MPE à responsabilité limitée pendant la période précédant l'insolvabilité étaient déjà traitées dans la quatrième partie du Guide. En ce qui concerne les obligations des entrepreneurs individuels dans cette période, on a noté que celles-ci seraient couvertes par le droit interne dans le contexte des obligations du débiteur envers les créanciers. De plus, on a noté que les dispositions du texte relatives à la décharge envisageaient des conséquences pour les entrepreneurs individuels agissant de mauvaise foi.

¹⁵ Lors des consultations informelles de mai et de septembre 2020, on s'est inquiété de ce que ce projet de recommandation n'était accompagné d'aucune disposition traitant de la responsabilité des personnes concernées en cas de manquement à l'obligation de prendre les mesures énoncées dans cette recommandation. On a rappelé que le Groupe de travail avait déjà examiné cette question ([A/CN.9/1006](#), par. 88). Il a été proposé d'expliquer, dans le commentaire, que cette recommandation définissait la norme du comportement attendu des personnes exerçant un contrôle sur la gestion et une supervision des activités de la MPE afin de prévenir l'insolvabilité de ces entreprises ; en cas de non-respect de cette norme, la responsabilité personnelle de ces personnes serait engagée. À cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le paragraphe 365 du projet de commentaire ci-dessous.

¹⁶ Le Secrétariat a ajouté la formule contenue entre crochets pour donner suite à la proposition faite lors des consultations informelles de mai 2020.

¹⁷ Lors des consultations informelles de mai 2020, on a préféré le terme « organismes publics » au terme « autorités publiques » utilisé dans le document [A/CN.9/WG.V/WP.170](#).

d'autres parties prenantes concernées, en particulier des salariés]¹⁸ aux négociations informelles de restructuration de la dette.

Appui institutionnel à la tenue de négociations informelles de restructuration de la dette

106 [87]. L'État peut envisager de prévoir :

a) L'intervention d'un [organisme public] [organisme public ou privé]¹⁹ compétent, si nécessaire, afin de faciliter la tenue de négociations informelles de restructuration de la dette entre créanciers et débiteurs, et entre créanciers ;

b) Une instance neutre pour faciliter les négociations et la résolution des problèmes entre débiteurs et créanciers, et entre créanciers[; et

c) Des mécanismes permettant de couvrir les coûts des services mentionnés aux alinéas a) et b) ci-dessus [lorsque la MPE concernée n'a pas les moyens d'y faire face]]²⁰.

Financement [antérieur à l'ouverture de la procédure]²¹ du sauvetage des entreprises

107 [88]. La législation devrait :

a) Prévoir et encourager les mesures incitant à l'octroi d'un financement aux MPE en proie à des difficultés financières avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, afin de leur permettre de sauver l'entreprise et d'éviter l'insolvabilité ;

b) Sous réserve d'une vérification adéquate du caractère approprié de ce financement et de la protection des parties dont les droits peuvent être affectés par son octroi, assurer une protection appropriée aux bailleurs, notamment veiller à ce qu'ils soient remboursés au moins avant les créanciers chirographaires ordinaires ;

c) Assurer une protection appropriée aux parties dont les droits peuvent être affectés par l'octroi d'un tel financement²².

¹⁸ Le Secrétariat a ajouté la formule entre crochets pour tenir compte de la proposition faite lors des consultations informelles de mai 2020, ainsi que des préoccupations exprimées quant au fait que le texte n'évoquait pas les droits des salariés.

¹⁹ Le Secrétariat propose la formule contenue dans la seconde série de crochets pour répondre aux observations faites lors des consultations informelles de mai 2020 selon lesquelles les fonctions mentionnées pourraient être déléguées à des entités privées conformément à la législation de l'État concerné, et il faudrait par conséquent conserver une certaine souplesse en ne mentionnant pas uniquement les organismes publics dans ce contexte.

²⁰ Le Secrétariat a ajouté l'alinéa c) pour donner suite à la proposition faite lors des consultations informelles de mai 2020 tendant à ce que ce projet de recommandation traite également des mécanismes permettant de couvrir les coûts des services fournis par un conseiller pour les questions de dette. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la formule « [lorsque la MPE concernée n'a pas les moyens de les couvrir] » est nécessaire. On trouve une formulation similaire dans le projet de recommandation 10, qui traite des mécanismes de couverture des frais d'administration des procédures d'insolvabilité simplifiées.

²¹ Cette formule a été ajoutée par le Secrétariat pour indiquer que ce projet de recommandation traite du financement antérieur à l'ouverture de la procédure. Le financement postérieur à l'ouverture de la procédure est traité dans le projet de recommandation 15, qui renvoie aux recommandations 63 à 68 du Guide, et également dans le projet de recommandation 99 ci-dessus.

²² Des avis divergents ont été exprimés lors des consultations informelles de mai 2020 quant à l'opportunité de conserver ce projet de recommandation. Dans la mesure où la disposition traitait du financement non pas postérieur, mais antérieur à l'ouverture de la procédure, il a été dit, à l'appui de sa suppression, que cette disposition risquait de se recouper avec les travaux du Groupe de travail I sur l'accès au crédit des MPME et que, en tout état de cause, elle n'abordait aucun aspect spécifique aux MPE. Lors des consultations informelles de septembre 2020, on a noté que s'il fallait prévoir des mesures incitant à l'octroi d'un

B. Projet de commentaire

8. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le projet de commentaire ci-après, qui concerne les projets de recommandations contenus dans la section A ci-dessus. Celui-ci a été révisé par rapport à la version qui figurait dans le document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.170/Rev.1](#).

M. Décharge [projets de recommandations 84 à 91]²³

1. Conditions de la décharge [projet de recommandation 84]

312. La remise de dettes peut s'accompagner d'un certain nombre de conditions et de restrictions concernant les activités professionnelles, commerciales et personnelles. Celles-ci peuvent s'appliquer à la création d'une nouvelle entreprise ou à la poursuite des activités de l'ancienne, à l'obtention d'un nouveau crédit, au départ du pays, ou à l'exercice d'une profession, de charges publiques ou des fonctions d'administrateur ou de dirigeant d'une entreprise. Elles peuvent prendre effet automatiquement ou sur décision de l'autorité compétente. La durée de validité de ces conditions et restrictions peut être liée à la durée du plan de remboursement des dettes (dite « période de décharge » dans le présent texte), et être prorogée. Elle peut être longue, voire indéfinie, par exemple lorsque l'entrepreneur individuel exerce une profession à laquelle s'appliquent certaines règles déontologiques particulières ou lorsque l'interdiction d'exercice est prononcée par un tribunal dans le cadre d'une procédure pénale. Pour les entrepreneurs individuels qui gèrent leur propre entreprise ou deviennent insolvable après avoir donné des garanties personnelles, certaines de ces conditions et restrictions peuvent avoir de graves conséquences, les empêchant de fait de participer à de futures activités commerciales. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit que la décharge peut être soumise à certaines conditions, le présent [texte] recommande que celles-ci soient réduites au minimum afin de faciliter la prise d'un nouveau départ. Il recommande également que ces conditions soient clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité.

2. Dettes ne pouvant faire l'objet d'une décharge [projet de recommandation 85]

313. Certains types de dettes, comme celles découlant de certaines créances indemnitaires, d'obligations de soutien familial, d'actes frauduleux, de sanctions pénales et d'obligations fiscales, ne peuvent généralement faire l'objet d'une décharge. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit que certaines dettes ne peuvent en faire l'objet, le présent [texte] recommande que celles-ci soient clairement indiquées dans la loi sur l'insolvabilité et réduites au minimum afin de faciliter la prise d'un nouveau départ.

314. La décharge ne concerne généralement que les dettes nées avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité formelle. Une fois la décharge prononcée, les créances qui n'ont pas été remboursées sont rendues inexigibles.

financement aux MPE en proie à des difficultés financières, celles-ci devraient s'accompagner de garde-fous afin d'éviter que certains créanciers ne soient favorisés.

²³ Cette section pourrait devoir être révisée à la lumière des délibérations tenues par le Groupe de travail sur les projets de recommandations relatifs à la décharge. En particulier, il n'est pas fourni de commentaire concernant le projet de recommandation portant sur la décharge [partielle] [échelonnée] [limitée] [retardée], en attendant que le Groupe de travail émette un avis sur l'opportunité d'inclure cette recommandation et, le cas échéant, sur son contenu. De plus, à sa cinquante-septième session, le Groupe de travail a reporté l'examen de la proposition tendant à ce que le texte traite de la décharge non seulement des entrepreneurs individuels mais aussi des MPE qui sont des personnes morales (voir [A/CN.9/1046](#), par. 98). <http://undocs.org/A/CN.9/1046>

Néanmoins, certains accords de « réaffirmation » ou de « rétablissement » des dettes peuvent rétablir ces créances. Dans le cadre de tels accords, le débiteur réaffirme son obligation de rembourser une dette libérée, généralement en échange de la conservation d'un actif (voiture ou espace de bureau par exemple) ou de l'obtention d'un nouveau crédit à la suite d'une insolvabilité. Des dettes peuvent être réaffirmées à travers des actes (par exemple, le débiteur continue à rembourser des dettes libérées) ou par le biais d'un accord exprès conclu avant, pendant ou après la procédure d'insolvabilité.

315. Dans certains pays, les accords de ce type sont inapplicables car ils vont à l'encontre du principe de la prise d'un nouveau départ et sont contraires aux objectifs d'équité et de prévisibilité, le débiteur étant autorisé à choisir le ou les créanciers qu'il rembourse, mais pas tous. Dans d'autres pays, ils sont applicables, mais seulement sous certaines conditions (par exemple, l'accord de réaffirmation des dettes doit avoir été conclu avant la décharge, porter sur une créance garantie et être divulgué pendant la procédure d'insolvabilité, et le remboursement de la dette ne doit pas causer de difficultés excessives au débiteur et à ses dépendants).

3. Critères de refus de la décharge ou d'annulation d'une décharge déjà accordée [projet de recommandation 86]

316. Aucune décharge ne sera généralement accordée à l'entrepreneur individuel qui a agi frauduleusement, s'est livré à des activités illicites, a activement retenu ou dissimulé des informations, ou a dissimulé ou détruit des actifs ou des documents archivés après le dépôt de la demande d'ouverture. Si elle a été accordée, la décharge est généralement révoquée rétroactivement lors de la découverte de tels faits. Le présent [texte] recommande de préciser dans la loi sur l'insolvabilité les critères de refus d'une décharge et les critères d'annulation d'une décharge déjà accordée. Elle recommande également que ces critères soient limités au minimum, et souligne que la décharge accordée devrait être annulée lorsqu'elle a été obtenue de manière frauduleuse.

[Aucun commentaire concernant le projet de recommandation 87 n'est fourni à ce stade, en attendant que le Groupe de travail émette un avis au sujet de l'opportunité de le conserver et, le cas échéant, au sujet de son contenu].

4. Décharge dans le cadre de la procédure de liquidation simplifiée [projets de recommandations 88 à 90]

317. [Lorsque la MPE débitrice est une personne morale, la question de sa décharge après la liquidation ne se pose pas ; la loi prévoit généralement la disparition de la personne morale, ou elle prévoit que celle-ci continue d'exister mais en tant que coquille vide.]²⁴ Dans le cas des MPE à responsabilité limitée, les détenteurs de capital ne sont pas responsables des créances résiduelles, sauf s'ils fournissent également des garanties personnelles pour les dettes commerciales, auquel cas un traitement spécial peut leur être accordé (voir les recommandations et le commentaire correspondant dans la section [O]). En cas d'insolvabilité d'entrepreneurs individuels ou de MPE à responsabilité illimitée, la question se pose de savoir si ceux-ci restent personnellement responsables des créances non satisfaites après la liquidation de la masse de l'insolvabilité.

318. Dans certains pays, l'entrepreneur individuel reste personnellement responsable des dettes jusqu'à ce qu'elles soient intégralement remboursées. Dans d'autres, il demeure responsable de ses dettes pendant une certaine période

²⁴ Cette affirmation devra peut-être être réexaminée à la lumière de la suggestion faite à la cinquante-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/1046, par. 98) d'expliquer dans le commentaire que, bien que conçue principalement à l'intention des personnes physiques, la décharge est également accessible aux entités à responsabilité limitée et illimitée en vertu de certaines lois nationales.

(dite « période de décharge » dans le présent texte), pendant laquelle il est censé s'efforcer de bonne foi de s'en acquitter. La décharge n'est possible qu'après l'exécution complète du plan de remboursement des dettes, à moins qu'il n'existe des motifs acceptables justifiant l'échec de sa mise en œuvre. La durée du délai de remboursement des dettes peut varier d'un pays à l'autre, voire à l'intérieur d'un même pays selon les circonstances. Conformément à certaines lois, ce délai peut être long et aller jusqu'à dix ans. La tendance actuelle est d'écourter cette période afin de favoriser les nouveaux départs²⁵. Une autre solution consiste à prévoir des mesures pour inciter l'entrepreneur individuel à respecter les modalités du plan de remboursement, en faisant dépendre la durée de la période de décharge du taux de remboursement des créanciers et du respect par l'entrepreneur individuel de ses autres obligations. En même temps, il peut être nécessaire de prévoir dans le plan de remboursement des dettes une méthode prévisible et constante d'évaluation du revenu disponible, de manière à laisser à l'entrepreneur individuel un revenu suffisant pour répondre à ses besoins domestiques et à ceux de ses proches.

319. Étant donné que les approches suivies en matière de décharge varient d'un pays à l'autre et que la décharge inconditionnelle [par exemple, sans plan de remboursement des dettes ni interdiction d'obtenir un nouveau crédit pendant une période déterminée (par exemple, de six mois à un an)] peut avoir des incidences négatives sur la discipline financière et entraîner le non-respect des obligations contractuelles, le présent [texte] envisage différentes options en matière de décharge. L'autorité compétente peut être autorisée à choisir l'approche la plus appropriée en fonction des circonstances de l'espèce et des exigences du droit interne.

320. Le présent [texte] recommande que la décharge prenne effet sur décision de l'autorité compétente, après qu'il a été procédé à la répartition dans le cadre de la liquidation ou qu'il a été établi qu'aucune répartition ne pourrait être effectuée entre les créanciers. La période de surveillance peut s'appliquer dans les deux cas, afin que l'autorité compétente ou un professionnel indépendant puisse assurer le suivi du débiteur, de ses avoirs et de ses revenus avant que la décharge ne soit accordée. Le présent [texte] recommande que cette période de surveillance soit courte et que l'autorité compétente en détermine la durée au cas par cas, jusqu'au maximum fixé par la loi. La décharge suivra à l'expiration de la période de surveillance fixée par l'autorité compétente, à condition que le débiteur se soit montré coopératif et n'ait pas agi de manière frauduleuse. Lorsque la décharge est subordonnée à l'exécution d'un plan de remboursement des dettes, le présent [texte] recommande la mise en place de garanties pour protéger les intérêts tant du débiteur que des créanciers. Il recommande en particulier : a) que les obligations de remboursement ne soient pas trop lourdes pour le débiteur ; et b) qu'aucune décharge ne soit accordée tant que l'autorité compétente n'a pas vérifié et confirmé l'exécution du plan de remboursement.

5. Décharge dans le cadre de la procédure de redressement simplifiée [projet de recommandation 91]

321. Le présent [texte] recommande que la procédure de redressement simplifiée reste ouverte jusqu'à l'exécution complète du plan de redressement par le débiteur (voir recommandation [80]), après quoi la décharge est accordée. Il a été estimé que cette approche inciterait le débiteur à respecter le plan et protégerait les créanciers. L'autorité compétente, après confirmation de l'exécution intégrale du plan de redressement, confère un caractère contraignant aux remises, annulations ou réaménagements de dettes prévus dans le plan approuvé. Si le plan de redressement n'est pas pleinement exécuté ou ne peut être exécuté, ou en cas de violation grave des conditions du plan par la MPE

²⁵ Cette section pourrait devoir être étoffée à la lumière des questions soulevées en ce qui concerne ce projet de recommandation dans la note de bas de page 4 ci-dessus.

débitrice, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir la possibilité de modifier le plan ou de convertir la procédure de redressement simplifiée en liquidation (voir les recommandations [79, 82 et 83] et le commentaire correspondant), les conditions de la décharge étant alors traitées dans le cadre de cette nouvelle procédure. [Le plan de redressement approuvé et homologué modifie le montant dû par le débiteur aux créanciers, si bien que, si le débiteur manque à ses obligations aux termes de ce plan, et que la procédure est convertie en liquidation, le montant qu'il doit aux créanciers est déterminé conformément au plan, et non par référence au montant qu'il leur devait initialement, sauf s'il en a été disposé autrement entre le débiteur et les créanciers.]²⁶

N. Clôture de la procédure [projet de recommandation 92]

322. Le présent [texte] recommande que les formalités de clôture des procédures d'insolvabilité simplifiées soient simples et minimales. Dans le cadre d'un régime d'insolvabilité simplifié, il peut être nécessaire de renoncer aux exigences qui peuvent s'appliquer à la clôture d'une procédure d'insolvabilité commerciale ordinaire, ou de les simplifier. En particulier, on peut remplacer la présentation orale du décompte final de la réalisation des actifs et de la répartition du produit ou du rapport concernant l'exécution du plan de redressement par une trace écrite de l'ordonnance de clôture de la procédure d'insolvabilité simplifiée émise par l'autorité compétente.

323. Dans une procédure de liquidation simplifiée, il se peut que la partie chargée de la réalisation des actifs et de la répartition du produit (dans le cas où elle est distincte de l'autorité compétente) doive déposer auprès de l'autorité compétente un décompte final de ces opérations. L'autorité compétente peut transmettre ce décompte aux parties intéressées connues en utilisant autant que possible des moyens électroniques. Pour autant qu'aucune objection ni opposition ne soit exprimée, l'autorité compétente peut être tenue de déposer le décompte final et le rapport de la procédure de liquidation simplifiée auprès de l'organisme chargé de l'enregistrement des entreprises afin que ce dernier puisse procéder aux inscriptions nécessaires dans les registres administratifs. Certaines lois peuvent toutefois exiger qu'une demande officielle soit adressée à cet organisme en vue d'obtenir une ordonnance de dissolution de la personne morale.

324. Contrairement aux régimes d'insolvabilité qui prévoient la clôture de la procédure de redressement après l'approbation et l'homologation du plan de redressement, et la réouverture de cette procédure si le débiteur n'exécute pas le plan, le présent [texte] prévoit que la procédure de redressement simplifiée reste ouverte jusqu'à ce qu'elle soit close par l'autorité compétente après confirmation de l'exécution du plan (voir la recommandation [80]). Il prévoit également la possibilité d'une supervision de l'exécution du plan par l'autorité compétente ou un professionnel indépendant (voir la recommandation [81]). La clôture de la procédure de redressement simplifiée devrait refléter les procédures mises en place pour la supervision du plan, le cas échéant.

325. Les procédures de redressement simplifiées peuvent être closes automatiquement sur décision de l'autorité compétente lorsque celle-ci a supervisé la mise en œuvre du plan et s'est assurée de sa pleine exécution. Par

²⁶ Lors des consultations informelles de septembre 2020, il a été estimé que le commentaire devrait préciser que, dans la mesure où le plan avait été approuvé mais où le débiteur était défaillant aux termes de ce plan, cette défaillance devrait être déterminée par rapport au montant de la dette dont le remboursement avait été approuvé dans le cadre du plan plutôt que par rapport à la dette initiale due à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité simplifiée. La même remarque pourrait s'appliquer dans d'autres contextes, comme ceux ayant trait aux effets de la conversion. Le Groupe de travail voudra peut-être formuler sa position à cet égard.

souci de transparence et d'exhaustivité, l'autorité compétente devrait être tenue de notifier à toutes les parties intéressées connues sa décision de clore la procédure et les mesures qu'elle a prises pour s'assurer de la pleine exécution du plan. Lorsque l'exécution du plan a été supervisée par un professionnel indépendant, il faudra que celui-ci présente un rapport final confirmant la pleine exécution du plan avant que l'autorité compétente ne puisse prendre des mesures pour clore la procédure de redressement. Dans certains pays, le redressement ne prend formellement fin que lorsque l'inscription y relative associée au débiteur est effectuée dans le registre administratif pertinent.

326. En cas d'échec du redressement, la procédure de redressement simplifiée devrait pouvoir être close automatiquement sur décision de l'autorité compétente à l'égard d'un débiteur solvable. En cas d'échec concernant un débiteur insolvable, l'autorité compétente devrait pouvoir, de sa propre initiative ou à la demande d'un professionnel indépendant qui a supervisé l'exécution du plan ou de toute partie intéressée, rendre une décision déclarant le débiteur insolvable et engageant la liquidation. La section [P] ci-dessous, qui traite de la conversion, examine les incidences possibles de la conversion d'une procédure d'insolvabilité simplifiée en une autre (dans ce cas, conversion de la procédure de redressement qui s'est soldée par un échec en une procédure de liquidation simplifiée ou ordinaire) sur la clôture de la procédure initialement engagée. Dans certains pays, la conversion peut être considérée comme la continuation de la procédure initialement engagée et n'implique pas la clôture formelle de celle-ci ni l'ouverture d'une nouvelle procédure, alors que dans d'autres pays, c'est le contraire.

327. La décision de clôture peut être notifiée uniquement aux parties ayant participé à la procédure. L'obligation de publier un avis public informant de la clôture d'une procédure d'insolvabilité simplifiée risque d'aller à l'encontre des mesures prises dans le cadre de la procédure pour réduire la stigmatisation liée à l'insolvabilité. Toutefois, certaines lois peuvent exiger la publication systématique d'un avis de clôture, afin de prévenir tout abus de la part du débiteur qui peut, par exemple, continuer à se prévaloir de l'arrêt des poursuites et d'autres mesures de protection déclenchées par la procédure d'insolvabilité.

O. Traitement des garanties personnelles. Regroupement ou coordination de procédures liées entre elles [projets de recommandations 93 à 96]

1. Généralités

328. Le regroupement procédural ou la coordination de procédures liées entre elles dans le cadre d'un régime d'insolvabilité simplifié peut s'avérer nécessaire en raison du chevauchement des insolvabilités professionnelle et personnelle, du recoupement entre les actifs de l'entreprise et de la famille et de l'imbrication des dettes contractées par des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, en particulier parce qu'elles ont fourni des garanties personnelles pour les besoins de la MPE débitrice. Étant donné que plusieurs organismes publics peuvent intervenir dans le traitement de procédures liées, le regroupement procédural ou la coordination de ces procédures serait non seulement pratique et rentable sur le plan procédural, mais faciliterait également la mise en commun des informations en vue d'obtenir une évaluation plus complète de la situation des diverses parties et de trouver la meilleure solution pour toutes les personnes concernées.

329. Des États prévoient déjà la possibilité de coordonner ou de regrouper des procédures liées entre elles, d'examiner les demandes conjointes et d'utiliser d'autres moyens pour traiter comme il convient les intérêts étroitement liés de diverses personnes. Le présent [texte] recommande néanmoins d'introduire des exigences et des procédures spécifiques à cet effet dans le cadre d'un régime

d'insolvabilité simplifié. Il recommande aussi d'aborder dans ce cadre la question du traitement des garanties personnelles que fournissent, aux fins des besoins commerciaux de la MPE débitrice, des entrepreneurs individuels, des propriétaires de MPE à responsabilité limitée ou des membres de leur famille. Il peut être nécessaire d'accorder un traitement particulier à ces garants afin d'alléger la charge disproportionnée qui pèse sur eux et, pour ce faire, d'envisager le regroupement procédural ou la coordination de procédures liées entre elles, entre autres moyens.

2. Traitement des garanties personnelles [projet de recommandation 93]

330. Les personnes qui prêtent aux MPE exigent souvent des garanties pour ce faire. Celles-ci sont généralement fournies par les fondateurs, propriétaires ou membres d'une MPE à responsabilité illimitée ou d'une MPE à responsabilité limitée, des membres de leur famille ou d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec eux. Les garants à titre personnel sont sommés de payer dès lors que le débiteur ne peut s'acquitter de l'obligation garantie, ce qui arrive généralement avant ou après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Si l'on ne prévoit pas de limite à l'exécution des garanties, cela peut entraîner la ruine de la famille entière d'un entrepreneur individuel, ou des propriétaires de MPE débitrices à responsabilité limitée. Pour ces raisons, le présent [texte] recommande d'aborder dans le cadre d'un régime d'insolvabilité simplifié la question du traitement des garanties personnelles que fournissent, aux fins des besoins commerciaux de la MPE débitrice, des entrepreneurs individuels, des propriétaires de MPE à responsabilité limitée ou des membres de leur famille.

331. En général, les procédures d'insolvabilité et la décharge n'ont pas pour effet d'alléger la responsabilité du garant. Le fait d'exiger une garantie personnelle vise justement à prémunir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur principal en lui garantissant qu'il sera remboursé. En diminuant la responsabilité du garant dans la procédure d'insolvabilité, on réduirait la protection du créancier. Ceci pourrait, à long terme, limiter l'accès au crédit, notamment des MPE, dont bon nombre ne seront peut-être pas en mesure de se financer d'une autre manière.

332. Néanmoins, lorsque l'invocation d'une garantie personnelle risque d'entraîner, en plus de l'insolvabilité de l'entreprise, l'insolvabilité personnelle de l'entrepreneur individuel, du propriétaire d'une MPE à responsabilité limitée ou de membres de sa famille, il faudrait envisager une procédure prenant en compte simultanément la position de la MPE débitrice et celle de ses garants. Le présent [texte] indique que l'on peut pour cela avoir recours au regroupement procédural ou à la coordination des procédures liées entre elles, en l'occurrence la procédure d'insolvabilité visant la MPE débitrice et la procédure d'insolvabilité ou d'exécution visant ses garants.

333. Par exemple, les créanciers du garant peuvent engager une procédure d'insolvabilité à son encontre en cas d'échec des tentatives d'exécution, ou le garant lui-même peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité simplifiée à un stade précoce des difficultés financières en vertu de la recommandation [23], lorsqu'il réunit les conditions requises. Au moment de la demande, le garant peut demander le regroupement procédural et la coordination des procédures d'insolvabilité liées entre elles (voir la recommandation [94] à cet égard). Cela peut déclencher le regroupement ou la coordination des procédures d'insolvabilité liées entre elles, tels qu'ils sont envisagés dans les recommandations [94 à 96]. Lorsqu'il a été engagé une procédure de recouvrement de la dette plutôt qu'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un garant personnel de la MPE débitrice, la recommandation [93] suggère de prévoir dans la loi la possibilité de lier également ces différents types de procédures qui ont été engagées (procédure d'insolvabilité visant la MPE débitrice d'un côté et procédure d'exécution de la garantie personnelle à l'encontre du garant de l'autre).

334. Lorsqu'aucune procédure n'a été ouverte à l'encontre du garant, la loi peut autoriser ce dernier à introduire les éventuelles créances de créanciers afin qu'elles soient prises en considération dans la procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre de la MPE débitrice, de façon à ce que ces créances puissent bénéficier d'un traitement approprié, le but étant de prévenir l'éventuelle insolvabilité du garant. Ainsi, la loi peut permettre de suspendre, au cas par cas, les mesures d'exécution à l'encontre des garants personnels de la MPE débitrice pendant une durée limitée. Lorsqu'elle approuve ou homologue un plan de redressement, l'autorité compétente peut accorder un traitement particulier à la créance du garant à l'encontre de la MPE débitrice par rapport aux autres créances indiquées dans le plan. La loi sur l'insolvabilité peut permettre aux garants de MPE débitrices de demander la réduction ou la libération des obligations qui leur incombent au titre de la garantie si celles-ci sont disproportionnées par rapport à leurs revenus et peut aussi leur permettre de payer en versements échelonnés sur une longue période. L'autorité compétente ou un autre organisme public compétent peut être autorisé à exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la décharge du garant ou de la réduction de son obligation à la partie de la dette qui n'est pas couverte par les obligations de remboursement de la MPE débitrice.

335. Ces mesures peuvent faciliter le redressement de la MPE débitrice et alléger une charge trop lourde pour le garant. Des mesures spéciales de protection peuvent être envisagées dans d'autres lois que la loi sur l'insolvabilité pour les garants particulièrement vulnérables, par exemple ceux qui ont été contraints de fournir une garantie, qui sont dépendants du débiteur ou ont des liens affectifs forts avec lui. Ainsi, un traitement particulier leur est accordé, par exemple, lorsque la garantie est jugée déraisonnable ou lorsque, au moment de la signature du contrat, le bailleur de fonds n'explique pas les conséquences de l'octroi d'une garantie personnelle ou de certaines clauses (comme celles dites « d'intégralité des sommes »). Certains pays limitent les types de garanties que le conjoint, un enfant ou d'autres personnes dépendantes peuvent donner.

3. Regroupement ou coordination de procédures d'insolvabilité liées entre elles visant des entreprises, des consommateurs ou des particuliers [projets de recommandations 94 à 96]

336. Le présent [texte] indique que la loi peut exiger le regroupement procédural ou la coordination de procédures d'insolvabilité liées entre elles visant des entreprises, des consommateurs et des particuliers, afin qu'il soit possible de traiter de manière globale les dettes commerciales, personnelles et à la consommation liées entre elles qui ont été contractées par des entrepreneurs individuels, des propriétaires de MPE à responsabilité limitée et des membres de leur famille. L'ordonnance de regroupement ou de coordination des procédures peut être rendue au début de la procédure d'insolvabilité simplifiée ou ultérieurement. Elle peut émaner non seulement de l'autorité compétente, mais aussi d'un autre organisme public impliqué dans l'examen d'une affaire connexe. Le regroupement ou la coordination peut être engagé à la demande de l'autorité compétente ou de cet autre organisme ou à la demande du débiteur ou d'une autre partie intéressée.

337. La portée d'une ordonnance de regroupement ou de coordination de procédures serait généralement déterminée au cas par cas par l'autorité compétente ou un autre organisme public compétent. La conduite et l'administration de procédures connexes pourraient être regroupées (regroupement procédural) ou coïncider avec les mesures prises pour assurer une coordination étroite entre les procédures (coordination des procédures). Même s'ils sont administrés de manière coordonnée, les actifs et les passifs des personnes concernées par le regroupement procédural ou la coordination de procédures resteront séparés et distincts. En conséquence, l'effet du regroupement ou de la coordination se limiterait aux aspects administratifs de

la procédure (par exemple, la coordination des délais) et n'impliquerait pas le regroupement des patrimoines envisagé dans la troisième partie du Guide. Si l'on ne peut pas entièrement exclure la nécessité, dans certains cas, de regrouper les actifs de diverses personnes concernées par l'insolvabilité d'une MPE, les complexités liées à un tel regroupement exigeront très probablement l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité commerciale ordinaire.

338. Le présent [texte] recommande également d'envisager dans la loi la possibilité de modifier ou d'annuler une ordonnance de regroupement ou de coordination des procédures. Les mesures et décisions déjà prises dans le cadre de la procédure devraient être préservées en cas de modification ou d'annulation de l'ordonnance initiale et la coordination des mesures à prendre par les organismes publics concernés devrait être assurée. Dans un souci de transparence, de sécurité et de prévisibilité, et pour protéger les intérêts de toutes les parties concernées, le présent [texte] recommande d'exiger la notification de tous les aspects liés au regroupement ou à la coordination des procédures, et de préciser dans la loi sur l'insolvabilité la portée et l'étendue des ordonnances y relatives, les parties auxquelles la notification doit être adressée et le contenu de l'avis de notification. Comme plusieurs organismes publics peuvent être concernés, la loi devrait également préciser clairement l'organisme à qui incombe la notification.

P. Conversion [projets de recommandations 97 à 100]

1. Conditions de la conversion [projet de recommandation 97]

339. Le présent [texte] recommande d'envisager, dans un régime d'insolvabilité simplifié, la possibilité de convertir différents types de procédures d'insolvabilité, qu'elles soient simplifiées ou ordinaires. La conversion d'une procédure en une autre ne serait possible que si les conditions d'éligibilité et autres exigences applicables à cette autre procédure sont remplies. Le présent [texte] recommande également de limiter la conversion aux circonstances appropriées. Il note à cet égard que la survenance d'une complication, complexité ou difficulté unique dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité simplifiée ne devrait pas immédiatement déclencher la conversion en une procédure d'insolvabilité commerciale ordinaire. Tout devrait être mis en œuvre pour préserver l'efficacité du régime d'insolvabilité simplifié pour ce qui est de résoudre les difficultés financières des débiteurs concernés.

340. Les raisons de la conversion d'un type de procédure d'insolvabilité simplifiée en un autre et de la conversion d'une procédure d'insolvabilité simplifiée en une procédure d'insolvabilité commerciale ordinaire ont été examinées dans les sections précédentes du présent [texte]. En résumé, le [texte] envisage expressément, ou n'exclut pas, la possibilité de : a) convertir un redressement simplifié en liquidation simplifiée ; b) convertir une liquidation simplifiée en redressement simplifié ; c) convertir une procédure d'insolvabilité simplifiée en procédure d'insolvabilité commerciale ordinaire ; et d) convertir un type de procédure de liquidation simplifiée en un autre (c'est-à-dire, une procédure impliquant la vente et la disposition des actifs et la répartition du produit en une autre n'impliquant pas de telles mesures et vice versa). Dans ces cas, la nécessité d'une conversion sera évaluée par l'autorité compétente.

341. Le présent [texte] envisage la conversion d'un redressement simplifié en liquidation simplifiée lorsque : a) aucun plan de redressement n'est présenté aux créanciers à des fins d'approbation dans le délai fixé (voir la recommandation [70]) ; b) le plan présenté ou modifié n'a pas obtenu l'approbation requise des créanciers (voir la recommandation [76 d]) ; c) le débiteur manque gravement aux conditions du plan ou ce dernier ne peut être exécuté (voir la recommandation [82]) ; d) le plan de redressement homologué a été contesté avec succès (voir la recommandation [78]) ; ou e) il a été établi que le débiteur

est insolvable et qu'il n'y a aucune chance de parvenir à un redressement viable (voir la recommandation [83]). Même si cela n'est pas expressément mentionné dans le texte, cette conversion peut également avoir lieu si l'autorité compétente n'est pas en mesure d'homologuer le plan approuvé par les créanciers pour les raisons évoquées dans la recommandation [77] ou si le plan modifié n'a pas reçu l'approbation requise des créanciers (voir la recommandation [79 c]).

342. La conversion d'une procédure de liquidation simplifiée en procédure de redressement simplifiée (par exemple lorsque le financement nécessaire au sauvetage de l'entreprise est octroyé à la MPE débitrice après l'ouverture de la procédure de liquidation simplifiée) n'est pas expressément envisagée dans le texte, parce qu'elle se produirait rarement. Il faudra peut-être que la loi prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié fixe un moment dans la procédure de liquidation simplifiée à partir duquel la conversion en procédure de redressement simplifiée ne serait plus possible. Elle devrait également indiquer si, et le cas échéant comment, les effets de la procédure de liquidation simplifiée seraient préservés dans une procédure de redressement simplifiée.

343. La conversion d'une procédure d'insolvabilité simplifiée en procédure d'insolvabilité commerciale ordinaire devrait être justifiée par la complexité de l'affaire. Ainsi, le présent [texte] envisage une telle conversion dans le cas où il devient nécessaire d'engager une procédure d'annulation (voir la recommandation [44]) ou, en cas d'objection à la clôture de la procédure, après que les motifs la justifiant ont été vérifiés, conformément à la recommandation [66]. La conversion d'une procédure de liquidation simplifiée en un autre type de procédure d'insolvabilité est également envisagée dans la recommandation [62], en cas d'objection au programme de liquidation. Une procédure de redressement simplifiée peut être convertie en un autre type de procédure d'insolvabilité en vertu de la recommandation [78] si le plan de redressement homologué a été contesté avec succès, ou en vertu de la recommandation [82] si le débiteur manque gravement aux conditions du plan de redressement, ou si ce dernier ne peut être exécuté. L'expression « un autre type de procédure d'insolvabilité » figurant dans ces recommandations doit être interprétée, selon le contexte, comme englobant non seulement un autre type de procédure d'insolvabilité simplifiée envisagé dans le texte, mais aussi une procédure d'insolvabilité commerciale ordinaire (liquidation ou redressement).

344. Même si elle n'entre pas dans la portée du présent [texte], la possibilité de convertir une procédure d'insolvabilité ordinaire en procédure d'insolvabilité simplifiée devrait peut-être aussi être envisagée dans la loi sur l'insolvabilité. Une telle conversion pourrait par exemple intervenir lorsqu'une procédure d'insolvabilité commerciale ordinaire a été ouverte et qu'un organisme public compétent confirme que le débiteur peut prétendre à une procédure d'insolvabilité simplifiée et que l'autorité compétente sera mieux à même d'assurer une surveillance efficace de la liquidation ou du redressement le visant dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité simplifiée (par exemple, en raison du désengagement des créanciers).

345. Il convient de distinguer la conversion d'une procédure en une autre de l'introduction de modifications dans une procédure donnée, comme le dessaisissement du débiteur non dessaisi dans le cadre d'une procédure de redressement simplifiée ou l'ajout d'une phase de médiation pour régler les différends opposant les créanciers ou le débiteur et ses créanciers. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser l'autorité compétente à introduire des modifications de sa propre initiative ou à la demande de toute partie intéressée, lorsque les circonstances de l'espèce le justifient.

2. Procédures de conversion [projet de recommandation 98]

346. C'est la loi interne sur l'insolvabilité qui détermine comment la conversion peut être déclenchée. Le déclenchement peut être automatique une fois que

certaines conditions sont réunies, la loi autorisant alors une partie opposante à contester une telle conversion automatique, ou peut exiger qu'une demande en ce sens soit adressée à un organisme public compétent par une partie intéressée. On pourrait aussi habiliter cet organisme public à prendre l'initiative de la conversion lorsque certaines conditions sont remplies. Il peut être exigé qu'une inscription concernant le débiteur soit effectuée dans le registre administratif pertinent. Pour ces raisons, le présent [texte] renvoie ces questions à la législation nationale, en suggérant que la loi sur l'insolvabilité traite des procédures de conversion, y compris de la notification de la conversion à toutes les parties intéressées connues et des mécanismes permettant de traiter d'éventuelles objections à la conversion.

347. La conversion automatique aiderait à éviter le retard et les dépenses occasionnés par l'introduction d'une demande distincte par la partie intéressée. Elle n'est cependant pas toujours souhaitable. Par exemple, dans certains cas, même lorsque la non-exécution du plan de redressement est due au manquement du débiteur à ses obligations ou à son manque de coopération, les créanciers peuvent préférer le redressement à la liquidation, car ils espèrent retirer une plus grande valeur de l'entreprise. Plutôt que de convertir la procédure en liquidation, ils peuvent décider de remplacer le débiteur non dessaisi par un professionnel indépendant. Il peut aussi être préférable de laisser les créanciers exercer leurs droits légaux, sans nécessairement ordonner la liquidation du débiteur, notamment lorsque celui-ci a entamé une procédure de redressement afin de résoudre ses difficultés financières à un stade précoce. La notification préalable de la conversion envisagée à toutes les parties intéressées connues pour leur permettre de s'y opposer peut donc être considérée comme une mesure de protection essentielle.

348. Il se pose aussi la question de savoir si une conversion doit être considérée comme une continuation de la procédure initiale ou comme la clôture formelle de celle-ci et l'ouverture d'une nouvelle procédure. Les approches peuvent varier selon les pays et le présent [texte] renvoie également cette question à la législation nationale.

3. Effets de la conversion [projets de recommandations 99 et 100]

349. Quelles que soient les approches adoptées en ce qui concerne la conversion et ses procédures, il convient d'examiner soigneusement les incidences de la conversion. Le présent [texte] met en évidence les incidences possibles sur le financement postérieur à l'ouverture de la procédure, les délais applicables à certaines actions et l'arrêt des poursuites, compte tenu de leur importance particulière pour le débiteur et les autres parties intéressées.

350. Le présent [texte] recommande que la priorité accordée à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure de redressement simplifiée soit reconnue dans une liquidation ultérieure. Cette mesure est recommandée afin d'encourager l'octroi de ce type de financement aux débiteurs en proie à des difficultés financières qui ont engagé une procédure de redressement.

351. En ce qui concerne les délais, les délais ordinaires qui courent à partir de la date effective d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devront peut-être être ajustés, car un laps de temps important peut s'écouler entre l'ouverture de la procédure initiale et sa conversion. Par exemple, lorsqu'une procédure de liquidation simplifiée est convertie en procédure de redressement, la loi sur l'insolvabilité devrait indiquer les effets de la conversion sur les délais prévus pour proposer un plan de redressement.

352. Il serait essentiel pour toutes les parties intéressées de préciser les choses en ce qui concerne le maintien de l'arrêt des poursuites et son étendue en cas de conversion. La loi sur l'insolvabilité devrait traiter d'autres incidences de la conversion, notamment : a) l'effet de cette dernière sur l'exercice des pouvoirs d'annulation en ce qui concerne les paiements effectués au cours de la procédure

de redressement ; b) l'effet de la conversion sur la fixation de la période suspecte ; c) le traitement des créances qui ont été modifiées dans le cadre du redressement, c'est-à-dire la question de savoir si, dans une liquidation ultérieure, elles doivent être rétablies à la valeur initiale ou exécutées à raison de leur valeur modifiée, telle qu'indiquée dans le plan de redressement approuvé et homologué²⁷ ; et d) tout coût supplémentaire découlant de la conversion (par exemple, la partie qui demande la conversion peut être tenue de fournir une garantie pour couvrir les coûts supplémentaires).

Q. Garanties et sanctions appropriées [projet de recommandation 101]

353. La mise en œuvre d'un régime de sanctions efficace pour prévenir les abus ou l'utilisation indue du régime d'insolvabilité simplifié et prévoir des sanctions appropriées en cas de comportements fautifs fait partie des principaux objectifs du régime d'insolvabilité simplifié (voir la recommandation [1]). Il a été estimé justifié d'inclure cet objectif dans le contexte du régime d'insolvabilité simplifié en raison des principales caractéristiques de ce régime : a) des procédures simples, souples, peu coûteuses, rapides et facilement accessibles et disponibles ; b) le non-dessaisissement du débiteur comme approche par défaut dans les procédures de redressement simplifiées ; et c) le désengagement des créanciers et, par conséquent, leur absence de contrôle effectif sur la masse de l'insolvabilité et les mesures prises par la MPE débitrice pendant la procédure d'insolvabilité simplifiée (ces caractéristiques sont examinées plus en détail dans l'introduction et la section [D] du présent commentaire). Il a été estimé, compte tenu de ces caractéristiques, qu'il était nécessaire de prévoir un système efficace de sanctions, afin de décourager les éventuels abus et l'utilisation indue du régime d'insolvabilité simplifié, mais aussi de remplir d'autres objectifs d'un régime d'insolvabilité simplifié tels que la protection de toutes les parties intéressées tout au long de la procédure d'insolvabilité simplifiée.

354. En même temps, dans la conception du régime de sanctions, il ne faut pas perdre de vue l'objectif sous-jacent du régime d'insolvabilité simplifié ni les caractéristiques des utilisateurs visés. Il ne faudrait pas imposer de sanctions dans le but de punir une MPE d'avoir pris des mesures inappropriées ou négligentes, du fait peut-être de son manque de connaissances en matière commerciale, financière et juridique. Une telle approche irait à l'encontre des objectifs de promotion de l'entrepreneuriat et de la prise de risque réfléchie par des MPE honnêtes et disposées à coopérer, et découragerait celles-ci de résoudre leurs difficultés financières le plus tôt possible en ayant recours au régime d'insolvabilité simplifié.

355. Pour ces raisons, le présent [texte] se concentre sur la mise en place de mesures de soutien et de garanties appropriées susceptibles de prévenir les erreurs. Il prévoit en particulier la fourniture d'une assistance et d'un suivi rapides et peu coûteux à la MPE débitrice pour l'aider à remplir les obligations qui lui incombent en vertu de la loi sur l'insolvabilité, avant et pendant la procédure d'insolvabilité simplifiée. Ces mesures sont complétées par des exigences en matière d'avis et de notifications (voir les recommandations [18, 31 et 32] et la section [G]) et par le droit de toute partie intéressée de soulever des objections, d'être entendue et de demander un réexamen (voir la recommandation [19]). En outre, toute une série d'options sont mises à la disposition de l'autorité compétente et des parties intéressées, qui peuvent les mettre en œuvre lorsque cela se justifie, notamment le dessaisissement du débiteur dans le cadre d'une procédure de redressement simplifiée, le cas

²⁷ À cet égard, voir la note de bas de page 26 ci-dessus.

échéant (voir la recommandation [16]) et la conversion de la procédure (voir la section [P] ci-dessus).

356. Outre la référence générale faite à un régime de sanctions efficace dans les principaux objectifs du régime d'insolvabilité simplifié, les sanctions sont expressément mentionnées dans les recommandations [30 et 38], qui traitent respectivement du rejet de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité simplifiée et de l'abandon de la procédure. Dans ces cas, l'imposition de sanctions est évoquée en tant que conséquence possible du rejet ou de l'abandon. Les mots « le cas échéant » figurant dans ces dispositions laissent entendre que l'imposition de sanctions ne constituerait pas toujours une mesure appropriée. En l'absence d'intention délictueuse, l'autorité compétente peut rejeter la demande ou abandonner une procédure déjà ouverte, ou encore engager un autre type de procédure que celui demandé par le débiteur ou le(s) créancier(s) dans leur demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, sans imposer de sanctions ni de frais.

357. Le fait qu'il soit expressément fait référence aux sanctions et aux frais uniquement dans ces deux recommandations ne signifie pas que, dans d'autres cas, il ne pourrait pas être nécessaire d'imposer des sanctions ou des frais dans un régime d'insolvabilité simplifié. Ce commentaire met en évidence d'autres cas dans lesquels il peut être approprié d'en imposer, soit au débiteur, soit aux créanciers ou à d'autres parties intéressées, afin de décourager ou de sanctionner les actes inappropriés.

358. Le présent [texte] laisse au droit interne le soin de préciser dans quels cas l'autorité compétente serait tenue d'imposer des sanctions ou autorisée à le faire et, le cas échéant, lesquelles. Il faudrait aussi déterminer à quelles parties les sanctions devraient s'appliquer dans le cas d'une personne morale, par exemple à toute personne pouvant généralement être décrite comme exerçant le contrôle de cette personne morale, notamment les administrateurs ou dirigeants (voir à cet égard les recommandations [20 et 102]).

359. Parmi les sanctions peuvent figurer le refus de la décharge, l'allongement des délais pour obtenir une décharge complète, l'imposition d'autres conditions pour obtenir une décharge, la révocation de la décharge accordée et l'interdiction d'embrasser ou d'exercer une activité commerciale ou une profession particulière. Outre celles prévues par la loi sur l'insolvabilité, certaines sanctions peuvent être prévues par d'autres lois, comme les sanctions pénales pour des fautes plus graves telles que des comportements frauduleux, malhonnêtes ou de mauvaise foi.

360. Pour être efficaces, les sanctions doivent être appropriées et proportionnées. Il serait déraisonnable d'imposer les mêmes pour un comportement frauduleux, malhonnête ou de mauvaise foi et pour un manquement moins grave à la loi sur l'insolvabilité, surtout s'il n'y a pas d'intention délictueuse. Pour être efficaces, les sanctions doivent également être applicables et être imposées et appliquées en temps utile.

R. Aspects relatifs à [la période précédant l'insolvabilité] [la prévention de l'insolvabilité]²⁸ [projets de recommandations 102 à 107]

1. Obligations de prévention de l'insolvabilité incombant aux MPE [projet de recommandation 102]

361. En raison de leur manque de connaissances en matière commerciale, financière et d'insolvabilité et du fait qu'elles n'ont pas les ressources nécessaires pour avoir régulièrement recours à des conseils de professionnels dans ces domaines, les MPE peuvent ignorer les obligations qui leur incombent en période de difficultés financières, et ne pas savoir notamment qu'elles doivent faire preuve d'une prudence particulière en ce qui concerne l'entreprise, les actifs commerciaux, les transactions commerciales, les créanciers et les employés, et prendre des mesures pour éviter l'insolvabilité ou, le cas échéant, en réduire l'ampleur. En période de difficultés financières, elles peuvent tendre à collaborer avec des personnes qui ont des liens privilégiés avec elles ou avec de puissants créanciers (par exemple, en remboursant uniquement la dette contractée auprès d'une banque ou en transférant des actifs de l'entreprise à une telle personne à un prix sous-évalué pour obtenir de nouveaux prêts) ou à obtenir des biens ou services à crédit sans aucune perspective de les rembourser. En agissant ainsi, elles peuvent engager leur responsabilité civile et pénale, et risquer l'imposition d'un délai plus long pour obtenir la décharge.

362. La recommandation [102] a été incluse pour préciser les obligations qui incombent aux MPE en matière de prévention de l'insolvabilité. Elle s'inspire des recommandations 255 et 256 du Guide, en adaptant les obligations visées dans la recommandation 256 au contexte spécifique des MPE. Par souci de commodité et de clarté, la loi sur l'insolvabilité prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié devrait idéalement elle-même énumérer ces obligations. Le présent [texte], tout comme le Guide, reconnaît toutefois que de telles obligations peuvent se trouver dans d'autres lois que la loi sur l'insolvabilité (comme le droit des sociétés ou toute loi ou réglementation spécifique aux MPE). C'est pourquoi la recommandation [102] fait référence à la loi relative à l'insolvabilité comme étant la source de ces obligations, plutôt qu'à la loi sur l'insolvabilité prévoyant un régime d'insolvabilité simplifié.

363. Certaines des obligations énumérées dans la recommandation [102], telles que l'évaluation de la situation financière de l'entreprise au moment considéré (alinéa a)) ou la sollicitation des conseils de professionnels (alinéa b)), sont continues, c'est-à-dire qu'elles existent tout au long du cycle de vie d'une MPE, que celle-ci soit en proie à des difficultés financières ou non. La référence aux conseils de professionnels peut englober les services de conseil en matière de dettes, la médiation ou d'autres conseils de professionnels et services qui peuvent être gracieusement mis à la disposition des MPE par des entités publiques ou privées dans un État donné. D'autres obligations énumérées dans la recommandation apparaissent à un stade précoce des difficultés financières (par exemple, la tenue de négociations informelles de restructuration de la dette) ou uniquement pendant la période précédant l'insolvabilité (par exemple, l'obligation de protéger les actifs de manière à en maximiser la valeur, d'éviter la perte d'actifs essentiels et les opérations susceptibles d'être annulées).

364. L'obligation visée à l'alinéa g) (demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité) est pertinente à un stade tant précoce que tardif des difficultés financières. En effet, la recommandation [23] autorise les débiteurs qui remplissent les critères à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

²⁸ Voir les questions soulevées en rapport avec les projets de recommandations concernés. Cette section devra être reformulée en fonction de l'avis exprimé par le Groupe de travail sur ces questions.

simplifiée à un stade précoce des difficultés financières, sans avoir à prouver leur insolvabilité. Le recours à cette option peut permettre au débiteur de restructurer sa dette et d'éviter l'insolvabilité. Pour certaines MPE, la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité constitue la mesure de dernier recours, pour les raisons évoquées dans l'introduction du présent commentaire. Elles n'auront d'autre choix que de demander cette ouverture lorsque l'insolvabilité est réelle, imminente ou inévitable, au risque de voir leur responsabilité civile et pénale engagée en vertu du droit national applicable en matière d'insolvabilité. L'obligation générale qui leur est faite à ce stade tardif, comme indiqué dans le chapeau de la recommandation [102], serait de tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes, telles que les salariés et les détenteurs de capital, et de prendre des mesures raisonnables pour éviter l'insolvabilité et, si elle est inévitable, en réduire le plus possible l'ampleur.

365. La recommandation [102] définit une norme de conduite, et le non-respect de cette norme peut avoir comme conséquence d'engager la responsabilité personnelle des personnes exerçant un contrôle de fait sur la gestion et une supervision des activités de la MPE. Leur comportement sera jugé en fonction des connaissances, des compétences et de l'expérience qu'elles possèdent effectivement ou que l'on peut raisonnablement attendre d'elles. Les obligations décrites ci-dessus incombent à toute personne qui exerce un contrôle de fait sur la gestion et une supervision des activités de l'entreprise au moment où celle-ci doit faire face à une insolvabilité réelle ou imminente, et peuvent viser également des personnes qui ont par la suite démissionné, mais elles ne devraient pas concerner des personnes nommées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

366. Différentes personnes peuvent exercer un contrôle de fait sur la gestion et une supervision des activités de la MPE. Dans le cas des entrepreneurs individuels, il s'agira de l'entrepreneur individuel lui-même ; dans le cas des entités, ces personnes peuvent comprendre les propriétaires, les dirigeants ou administrateurs, qu'ils aient ou non été officiellement désignés²⁹, et les particuliers et entités agissant en tant qu'administrateurs de fait³⁰ ou administrateurs « occultes »³¹, ainsi que les personnes auxquelles les pouvoirs

²⁹ Le terme « administrateur » ne fait pas l'objet d'une définition universellement acceptée. On peut considérer qu'une personne remplit les fonctions d'administrateur lorsqu'elle est chargée de prendre – et qu'en fait elle prend ou devrait prendre – des décisions clés concernant la gestion d'une entreprise. Il peut s'agir de personnes externes indépendantes ou de cadres ou dirigeants d'une entreprise agissant en qualité de directeurs exécutifs, appelés « administrateurs internes ».

³⁰ Un administrateur de fait est généralement considéré comme une personne qui agit en qualité d'administrateur mais n'est pas officiellement désignée en cette qualité, ou dont la nomination est entachée d'un vice de forme. Une personne peut être administrateur de fait quel que soit le titre officiel qui lui est attribué pour autant qu'elle s'acquitte des fonctions pertinentes. Il peut s'agir de toute personne qui, à un moment ou à un autre, prend part à la constitution, à la promotion ou à la gestion de l'entreprise. Dans les MPE, cela comprendra très probablement des membres de la famille. En règle générale, une simple participation à la gestion de l'entreprise n'est pas suffisante. Le statut d'administrateur de fait peut découler d'un ensemble d'actes, comme la signature de factures ou d'ordres de paiement ; la signature de la correspondance de l'entreprise en qualité d'« administrateur » ; le fait de permettre aux clients, aux créanciers, aux fournisseurs et aux salariés de considérer l'intéressé comme un administrateur ou un « décideur » ; et la prise de décisions financières concernant l'avenir de l'entreprise avec les banques, les créanciers et les comptables.

³¹ Un administrateur occulte peut être une personne qui n'a pas été officiellement désignée en cette qualité, mais selon les instructions de laquelle la MPE a pour habitude d'agir. Généralement, cela exclut les conseillers professionnels. Pour être considérée comme un administrateur occulte, la personne doit avoir la capacité d'influencer la prise de décisions commerciales et de prendre des décisions financières et commerciales qui lient l'entreprise. Dans certains cas, la direction peut céder tout ou partie de ses pouvoirs de gestion à l'administrateur occulte. Pour déterminer si un comportement peut relever des fonctions de l'administrateur occulte, il peut être nécessaire de tenir compte de la fréquence à laquelle ce comportement est adopté et de l'exercice ou non d'une influence.

et obligations d'un dirigeant ou d'un administrateur peuvent avoir été délégués par les directeurs ou administrateurs.

367. Parmi les personnes qui exercent un contrôle de fait sur la gestion et une supervision des activités de la MPE peuvent aussi figurer les conseillers spéciaux et, dans certaines circonstances, des banques et autres créanciers, lorsqu'ils conseillent une entreprise sur la manière de faire face à ses difficultés financières. Dans certains cas, ces « conseils » peuvent consister à déterminer la ligne de conduite que doit suivre très exactement la MPE et à subordonner l'octroi de crédits à l'adoption de cette ligne de conduite particulière. Néanmoins, pour autant que la MPE conserve la faculté de refuser la ligne de conduite dictée par les conseillers extérieurs et que ces derniers agissent en toute indépendance, de bonne foi et d'une manière appropriée du point de vue commercial, il est souhaitable que ces conseillers ne soient pas considérés comme relevant de la catégorie des personnes soumises aux obligations visées dans la recommandation [102]. Toutefois, si leur comportement intéressé compromet la position d'autres créanciers, leur responsabilité pourra être engagée en vertu de la loi sur l'insolvabilité.

2. Mécanismes de sauvetage précoce [projet de recommandation 103]

368. Le présent [texte] recommande de mettre en place des mécanismes de sauvetage précoce dans le but de prévenir les faillites de MPE. Ces mécanismes peuvent différer, mais le présent [texte] met en évidence trois possibilités : a) donner aux MPE des signaux d'alerte précoce en cas de difficultés financières ; b) améliorer leurs connaissances en matière de gestion financière et commerciale ; et c) favoriser leur accès aux conseils de professionnels.

369. Des signaux d'alerte précoce peuvent être mis en place par les États ou par des entités privées pour détecter les circonstances qui risqueraient d'entraîner l'insolvabilité et signaler à la MPE la nécessité d'agir sans délai. Les solutions informatiques peuvent notamment être utiles pour générer automatiquement des mécanismes d'alerte, par exemple lorsqu'une entreprise n'a pas effectué certains types de paiement (par exemple impôts ou cotisations de sécurité sociale). Le non-paiement de ces contributions peut toutefois être la conséquence de problèmes financiers qui sont déjà graves. Certains professionnels, tels que les conseillers fiscaux et les comptables, peuvent être en mesure d'identifier les signaux de détresse financière beaucoup plus tôt. La législation nationale peut prévoir des mesures pour inciter ces professionnels à alerter les MPE dès l'identification de ces signaux.

370. On cite souvent, comme cause d'échec des MPE – surtout les nouvelles venues – leur méconnaissance des principes de la gestion d'entreprise et des transactions financières. Pour ces raisons, le présent [texte] recommande de mettre à leur disposition des outils pédagogiques visant à accroître leurs connaissances et leurs compétences en matière de gestion financière et commerciale. La formation peut porter non seulement sur les facteurs qui entraînent habituellement la détresse financière de l'entreprise ou y contribuent, tels que la perte d'un gros client, d'un fournisseur ou d'un contrat, le départ d'un employé essentiel ou une détérioration des conditions de location, de fourniture ou de prêt, mais aussi sur la viabilité de l'entreprise et les changements qu'il peut être nécessaire d'apporter aux pratiques en matière commerciale, de dépenses et de gestion.

371. Les MPE peuvent également bénéficier des conseils de professionnels pour évaluer leur situation financière et les options de restructuration de la dette et préparer la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou la réponse à une demande d'ouverture introduite par un créancier. Des services de médiation et de conciliation peuvent aussi être utiles pour régler les litiges entre débiteurs et créanciers de l'entreprise, ainsi qu'entre créanciers. C'est pourquoi le présent [texte] recommande de promouvoir et de faciliter l'accès des MPE

aux conseils de professionnels. Ces conseils peuvent être fournis par des organismes publics ou privés, tels que les autorités fiscales, les banques, les chambres de commerce, les associations professionnelles, ainsi que les cabinets d'avocats et d'experts-comptables, dans le cadre de leurs programmes *pro bono*.

372. Le présent [texte] recommande de rendre ces mécanismes facilement accessibles pour les MPE, faute de quoi ils n'atteindront pas l'objectif recherché. On peut par exemple mettre à disposition des informations les concernant sur un site ou une page Internet dédié des autorités publiques compétentes en matière de MPE.

3. **Négociations informelles de restructuration de la dette [projets de recommandations 104 à 106]**

Généralités

373. Contrairement aux procédures d'insolvabilité formelles qui font intervenir l'ensemble des créanciers, les négociations informelles de restructuration de la dette impliquent généralement un nombre limité de créanciers, ce qui peut permettre de trouver rapidement un arrangement – ce qui n'est pas toujours le cas dans le cadre des procédures formelles. Par ailleurs, elles permettent aux parties de préserver la confidentialité, ce qui contribue à éviter les préjugés liés à l'insolvabilité. De plus, elles peuvent offrir aux débiteurs l'avantage de résoudre leurs difficultés financières sans affecter leur cote de solvabilité personnelle, ce qui est important pour obtenir de nouveaux financements et pouvoir prendre un nouveau départ. La MPE, plutôt que de devoir engager une procédure d'insolvabilité formelle chaque fois qu'elle souhaite restructurer tout ou partie de ses dettes à un stade précoce des difficultés financières, peut recourir à des négociations informelles de restructuration de la dette, qui peuvent compléter efficacement un régime d'insolvabilité simplifié et éviter qu'il soit submergé et ne puisse atteindre ses objectifs.

374. Pour ces raisons et compte tenu des avantages que l'on peut attendre des négociations informelles de restructuration de la dette pour ce qui est de prévenir l'accumulation de prêts non productifs et le surendettement des MPE, le présent [texte] invite les États à envisager de créer un environnement favorable à la tenue de telles négociations. Il recommande certaines mesures qui seraient propices à l'instauration d'un tel environnement.

Éliminer les obstacles au recours aux négociations informelles de restructuration de la dette [projet de recommandation 104]

375. Premièrement, le présent [texte] recommande aux États d'envisager de supprimer toute interdiction ou mesure visant explicitement ou implicitement à décourager le recours à ces négociations. Si, dans certains pays, ces négociations peuvent ou doivent être épuisées par un débiteur et ses créanciers avant qu'ils ne puissent engager une procédure d'insolvabilité formelle, dans d'autres, les accords ou arrangements de restructuration de la dette entre un débiteur en proie à des difficultés financières et certains ou l'ensemble de ses créanciers ne peuvent être trouvés en dehors d'une procédure d'insolvabilité formelle. En particulier, l'obligation, prévue dans la législation sur l'insolvabilité de nombreux pays, de demander l'ouverture d'une procédure formelle dans un certain délai après la survenance de certains événements fait obstacle à la tenue de négociations informelles de restructuration de la dette. Les dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à l'annulation des opérations conclues pendant une certaine période avant le dépôt de la demande d'ouverture (période suspecte) constituent un autre obstacle.

376. D'autres lois peuvent aussi décourager le recours aux négociations informelles de restructuration de la dette. Ainsi, la réglementation fiscale peut n'autoriser la sortie du bilan que des dettes remises dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité formelle. Il se peut qu'elle permette aux créanciers de

demander une indemnité pour pertes et des déductions fiscales au titre de la remise de dettes, mais impose le paiement d'impôts sur le revenu aux débiteurs dont les dettes sont annulées.

Encourager la participation aux négociations informelles de restructuration de la dette [projet de recommandation 105]

377. Deuxièmement, le présent [texte] recommande de prévoir dans la loi des mesures pour encourager la participation à ces négociations. On peut par exemple imposer aux banques des objectifs mensuels en matière de restructuration de la dette de MPE, ou prévoir des incitations fiscales à l'annulation de créances douteuses ou renégociées. Des sanctions peuvent être imposées aux parties qui agissent de mauvaise foi lors de ces négociations et la loi peut prévoir que les créanciers passifs seront liés par un accord conclu s'ils ignorent les tentatives de négociation.

378. En outre, les négociations informelles de restructuration de la dette s'avèrent efficaces lorsqu'elles s'appuient sur certaines caractéristiques des procédures d'insolvabilité formelles, telles que la suspension légale des procédures d'exécution et autres visant le débiteur et ses actifs. Grâce à cette suspension, les parties peuvent mener les négociations sans devoir craindre qu'un créancier unique ne vienne perturber le processus en demandant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, en prenant des mesures d'exécution ou en suspendant, résiliant ou modifiant des contrats existants passés avec le débiteur. Un moratoire négocié par voie contractuelle peut être moins efficace car les créanciers se réservent généralement le droit d'y mettre fin à tout moment, à leur convenance, ce qui est source d'incertitude et d'imprévisibilité pour les parties impliquées dans des négociations informelles de restructuration de la dette. De plus, la suspension négociée du recouvrement de la dette peut déclencher une insolvabilité formelle dans certains pays.

379. La loi sur l'insolvabilité peut également prévoir des mesures pour encourager la tenue et la participation à des négociations informelles de restructuration de la dette. Elle peut en particulier exempter les opérations résultant de ces négociations des actions en annulation. Elle peut également prévoir un mécanisme accéléré pour l'approbation du plan de restructuration de la dette résultant de ces négociations, si une telle approbation est requise par la loi ou souhaitée par les parties aux négociations. Les précautions habituelles s'appliqueront pour garantir que les créanciers qui n'ont pas participé aux négociations ne seront pas touchés par le plan et que les créanciers lésés seront correctement protégés. Les recommandations 160 à 168 du Guide sont pertinentes dans ce contexte.

Appui institutionnel à la tenue de négociations informelles de restructuration de la dette [projet de recommandation 106]

380. Troisièmement, le présent [texte] indique que l'intervention d'un organisme public ou privé compétent, en tant que facilitateur de ces négociations, peut être nécessaire dans le contexte des MPE. Cet organisme devrait être doté d'une autorité et d'un pouvoir suffisants pour persuader les principaux créanciers institutionnels, tels que les autorités fiscales et les banques, de participer aux négociations informelles de restructuration de la dette avec les MPE. Il devrait aussi avoir les moyens d'assurer une surveillance pour prévenir les abus (par exemple, les créanciers peuvent utiliser leur pouvoir de négociation pour refuser d'accepter une quelconque modification de leurs créances ou faire pression sur les débiteurs pour qu'ils acceptent des plans onéreux qui ne sont pas viables et ne seraient pas acceptables dans le cadre d'une procédure formelle). Cet organisme devrait aussi veiller à ce que les entreprises qui ne sont pas viables et n'ont pas de perspective de survie soient liquidées le plus rapidement possible pour éviter l'accélération et l'accumulation des pertes

au détriment des créanciers, des salariés et des autres parties prenantes, ainsi que de l'économie dans son ensemble.

381. Cet organisme pourrait être une autorité publique chargée d'encadrer les négociations entre le débiteur et ses créanciers (par exemple, une banque centrale, une agence centrale de conseil en matière d'endettement, une commission du surendettement ou l'autorité chargée du recouvrement des dettes). Dans d'autres systèmes, des intervenants semi-privés ou privés peuvent fournir aux débiteurs des services de conseil ou d'appui à la négociation.

382. Une instance neutre visant à faciliter les négociations et la résolution des problèmes entre débiteurs et créanciers et entre créanciers pourrait également être nécessaire. Il pourrait s'agir d'un mécanisme d'arbitrage ou de médiation existant ou de tribunaux spécialisés dans les affaires portant sur de faibles montants. Autrement, une autorité publique chargée d'encadrer les négociations entre le débiteur et ses créanciers peut être habilitée à nommer un médiateur ou un conciliateur ad hoc à cette fin.

383. Le présent [texte] recommande de mettre en place des mécanismes pour couvrir les coûts des services fournis par le facilitateur des négociations ou l'instance neutre, sachant que les MPE n'auront très probablement pas les moyens d'y faire face. Certains mécanismes examinés dans le commentaire relatif à la recommandation [10] peuvent être pertinents dans ce contexte (par exemple, la mise en place de mesures visant à encourager l'offre de services *pro bono* aux MPE).

4. Financement [antérieur à l'ouverture de la procédure] du sauvetage des entreprises³² [projet de recommandation 107]

384. Le succès de toute mesure de prévention de l'insolvabilité dépend très souvent de l'existence de ressources financières pour appuyer le fonctionnement de l'entreprise. Les ressources financières que les MPE sont susceptibles d'obtenir pendant toute tentative de prévention de l'insolvabilité proviendront vraisemblablement de prêteurs, clients ou fournisseurs existants qui souhaitent poursuivre leur relation avec l'entreprise concernée. Ces parties peuvent être intéressées à avancer de nouveaux fonds ou à accorder un crédit commercial afin d'améliorer leurs chances de recouvrer leurs créances existantes. Le présent [texte] recommande que la loi prévoie des mesures incitant ces créanciers à mettre de nouveaux financements à la disposition des entreprises concernées. Autrement, l'accès des MPE à de nouveaux crédits sera considérablement entravé.

385. Les créanciers conviennent généralement d'accorder un nouveau financement sous réserve que la priorité soit accordée à celui-ci ou que des sûretés supplémentaires soient constituées sur les actifs de la MPE concernée. Les créanciers qui participent aux négociations informelles de restructuration de la dette peuvent convenir entre eux que si l'un ou plusieurs d'entre eux octroient de nouveaux crédits, les autres céderont leur rang afin que les nouveaux crédits soient remboursés avant leurs propres créances. Dans de tels cas, si les négociations informelles aboutissent et que l'entreprise est sauvée, il existera entre ces créanciers un accord contractuel pour le remboursement du nouveau financement apporté.

386. Si l'entreprise ne peut être sauvée malgré ce financement supplémentaire et que, par conséquent, une procédure d'insolvabilité doit être engagée, les créanciers souhaiteront que la loi protège dans une certaine mesure le financement apporté avant l'ouverture de ladite procédure, et prévoie en particulier que l'octroi de ce financement ne sera pas déclaré nul, annulable ou inopposable, faute de quoi le créancier qui a accordé ledit financement risque

³² Voir les questions soulevées en rapport avec le projet de recommandation 107.

de se retrouver avec une créance chirographaire (à moins qu'une sûreté n'ait été constituée) et de n'être que partiellement remboursé au même titre que les autres créanciers chirographaires. Ils voudront également éviter d'encourir une responsabilité civile, administrative ou pénale pour avoir fourni ce financement, ce qui arrive souvent aux prêteurs qui octroient de nouveaux financements à des entreprises en difficulté financière.

387. Afin d'encourager les créanciers à fournir de nouveaux financements, le présent [texte] recommande que la loi offre une protection appropriée aux bailleurs d'un financement visant le sauvetage d'une entreprise. En particulier, le fait de leur accorder la priorité, du moins par rapport aux créanciers chirographaires, dans toute procédure d'insolvabilité ultérieure pourrait inciter fortement les créanciers existants à fournir de nouveaux financements aux MPE, sans risquer d'être subordonnés à de nouveaux prêteurs fournissant un financement.

388. Dans le même temps, le présent [texte] recommande de mettre en balance les mesures visant à encourager l'octroi de nouveaux financements pour éviter l'insolvabilité avec d'autres considérations, telles que la nécessité de respecter les accords commerciaux ; de protéger les droits et priorités antérieurs des créanciers ; et de réduire au minimum tout effet préjudiciable sur l'offre de crédit, en particulier de financement garanti, qui pourrait résulter d'une modification des sûretés et priorités antérieures. Il importe également de tenir compte des incidences sur les créanciers chirographaires, qui risquent de voir les actifs non grevés restants disparaître pour garantir de nouveaux prêts. Le présent [texte] recommande par conséquent que la loi assure une protection appropriée aux parties dont les droits peuvent être affectés par l'octroi d'un tel financement.

389. Les garanties peuvent prendre différentes formes, y compris des contrôles *ex ante* ou *ex post* de ces financements par des institutions publiques ou privées, telles que les organismes de réglementation qui supervisent le secteur bancaire et du crédit ou ceux qui sont chargés d'aider les MPE à lever des fonds. Ces contrôles devraient rassurer les parties concernées quant au fait que la protection assurée aux bailleurs, notamment contre les actions en annulation ou en responsabilité personnelle, est uniquement accordée pour les nouveaux financements octroyés de bonne foi et immédiatement nécessaires pour garantir la survie de l'entreprise concernée et la poursuite de ses activités, ou pour préserver ou accroître sa valeur. Elles devraient également recevoir l'assurance qu'elles bénéficieront en fin de compte de la poursuite de l'activité de l'entreprise concernée.